

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الجزائر1 (بن يوسف بن خدة)
كلية العلوم الإسلامية

قسم الشريعة والقانون

الجهل والغلط في الإباحة وأثرهما دراسة نظرية تطبيقية بين الشريعة والقانون

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية
تخصص شريعة وقانون

إعداد الطالب :
فرحات بركاني

السنة الجامعية 1439-1440 هـ / 2018-2019 م

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الجزائر 1 (بن يوسف بن خدة)
كلية العلوم الإسلامية

قسم الشريعة والقانون

الجهل والغلط في الإباحة وأثرهما دراسة نظرية تطبيقية بين الشريعة والقانون

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية
تخصص شريعة وقانون

إشراف الأستاذ الدكتور
عمار مساعدي

إعداد الطالب
فرحات بركاني

أعضاء لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الدرجة العلمية	الصفة
01 كمال أوقاسين	أستاذ دكتور	رئيسا
02 عمار مساعدي	أستاذ دكتور	مقررا
03 نعيمة كروش	دكتور	عضوا
04 كلثوم غماري	دكتور	عضوا
05 خالد بوشمة	أستاذ دكتور	عضوا
06 مصطفى بوبكر	أستاذ دكتور	عضوا

السنة الجامعية: 1439-1440 هـ / 2018-2019 م

Ministère de l'enseignement supérieur et de la recherche scientifique
Université' Alger-1(Ben youcef Ben Khadda)
Faculté des sciences islamiques

Département de la charia et le droit

L'ignorance et l'erreur dans la justification et leurs effets

Etude théorique et pratique entre la charia et le droit

Thèse présentée pour l'obtention d'un doctorat en sciences islamiques
Spécialité : Charia et droit

Réalisée par l'étudiant
FERHAT BERKANI

Année universitaire1339-1440 /2018-2019

République Algérienne Démocratique et Populaire
Ministère de l'enseignement supérieur et de la recherche scientifique
Université' Alger-1(Ben youcef Ben Khadda)
Faculté des sciences islamiques

Département de la charia et le le droit

L'ignorance et l'erreur dans la justification et leurs effets

Etude théorique et pratique entre la charia et le droit

Thèse présentée pour l'obtention d'un doctorat en sciences islamiques
Spécialité : Charia et droit

Réalisée par l'étudiant
FERHAT BERKANI

Sous la direction
Du professeur
Ammar Messadi

Membres du jury

Nom et prénom	Grade scientifique	Qualité
Kamel Ougassine	Professeur	Président
Ammar Messaadi	Professeur	Rapporteur
Naima krouche	Docteur	Membre
Keltoum ghoumari	Docteur	Membre
Khaled bouchemma	Professeur	Membre
Mustafa boubakr	Professeur	Membre

Année universitaire1339-1440 /2018-2019

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

"... رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ
الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَى وَالِدَيَّ وَأَنْ
أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَصْلِحْ لِي فِي
ذُرِّيَّتِي ۖ إِنِّي تُبْتُ إِلَيْكَ وَإِنِّي مِنَ
الْمُسْلِمِينَ (15) "

الآية 15 من سورة الأحقاف

شكر وتقدير

عملاً بقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "لا يشكر الله من لا يشكر الناس"،
فإني أتوجه بالشكر الجزيل إلى فضيلة الأستاذ الدكتور / عمار مساعدي، على
ما قدمه لي من نصائح وتوجيهات أثناء إنجاز هذا البحث، فقد صبر ونصح
ووجه، فكان نعم المشرف ونعم الناصح، أسأل الله تعالى أن يجازيه أحسن
الجزاء، وأن يوفقه لما فيه الخير والصلاح، وأن ينفع به الإسلام والمسلمين.
ولا يفوتني أيضاً أن أتقدم بشكري لكل من كان سبباً في إنجاز هذا البحث،
أساتذتي وإخواني، لهم جزيل الشكر، وأسأل الله تعالى أن يحفظهم ويرعاهم،
ويحشرنا جميعاً مع المصطفى صلى الله عليه وسلم، والحمد لله رب العالمين.

الطالب الباحث: فرحات بركاني

إهداء

إلى والدي لقاء ما حرصا على تعليمي القرآن العظيم، وأنا لم أتجاوز بعد الرابعة من السنين.

إلى روح والدي رحمه الله وأسكنه فسيح جنانه.
وإلى أُمي حفظها الله ومتعتها بطول عمرها، ونفعها بذلك.
وإلى أهل بيتي خاصة من ساعدني منهم في إنجاز هذه الرسالة بكيفية أو بأخرى ، بالأخص منهم الأستاذة خديجة ابنتي.

وإلى كل من قدم لي يد العون بالخصوص أستاذي الأستاذ الدكتور عمار مساعدي.

مقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم وبه أستعين والحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد خاتم النبيين وإمام المرسلين، وعلى آله الطاهرين الطيبين الأتقياء الأصفياء الصالحين، وعلى صحابته المجاهدين الميامين، وعلى زوجاته الطاهرات الطيبات أمهات المؤمنين، وعلى كل من تبعه بإحسان وسار على نهجه واقتفى أثره مستنيرا بالنور الذي جاء به مهتديا بهديه إلى يوم الدين. وبعد:

فإني توكلت على من عنى نفسه بقوله سبحانه وتعالى: "...وفوق كل ذي علم عليم"¹ ووصف نفسه-سبحانه وتعالى- في أي القرآن العظيم بالعلم عشرات المرات إن لم يكن مئتين. وقد كان تقديمي لعنوان البحث عندما قدمت خطته للمجلس العلمي الموقر بالكلية موسوما بـ: "أثر الجهل والغلط على الإباحة-دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون-"، غير أن المجلس الموقر رأى أن يكون العنوان: "الجهل والغلط وأثرهما على الإباحة-دراسة نظرية تطبيقية بين الشريعة والقانون-"، فتوكلت على الله -سبحانه وتعالى- ونزلت عند التوجيه الذي وجهت إليه واضعا نصب عيني المسائل الآتية:

أولاً-أهمية الموضوع: تأثير الجهل والغلط على الإباحة موضوع متصور نظريا إذ يتصور أن يغلط الفاعل ويشكل عليه الأمر وهو يقوم بعمل من الأعمال التي تدرج في إباحة الأفعال بعد أن كانت في الأصل مجرمة أو يجهل أن الفعل مباح شرعا وقانونا وهو لا يدري، فالبحث عما إذا وقع ذلك الفعل أم لا في الواقع العملي؟

ثانياً-أهداف الدراسة: هدفي من دراسة هذا الموضوع الموسوم بـ: "الجهل والغلط وأثرهما على الإباحة دراسة نظرية تطبيقية مقارنة بين الشريعة والقانون" أن أتوصل إلى مجموعة من الأهداف، وهي:

1- إثراء هذا الموضوع وتزويد المكتبة القانونية المقارنة بالشريعة الإسلامية بمادة قد تكون محفزا لباحثين آخرين. مدليا بدلوي بين دلاء الباحثين المقارنين بين الشرعتين، مقدما لهم مادة أعتقد أنها مفيدة للباحثين اللاحقين.

2- محاولة تحديد ما إذا كان الجهل والغلط لهما نفس الأثر أم أن لكل منهما أثره.

¹ الآية رقم 76 من سورة يوسف.

3- محاولة التأسيس لنظرية في هذا الموضوع.

4- العمل على الوصول إلى بعض النتائج من هذا البحث لتحديد ما وحصرها.

5- العمل على اقتراح توصيات على ضوء ما أتوصل إليه من البحث ونتائجه.

ثالثاً-أسباب اختيار الموضوع: يرجع اختياري للموضوع إلى نوعين من الأسباب : ذاتية وموضوعية:

1-الأسباب الذاتية: والمتمثلة في رغبتني في أن أتعلم وأبدد جهلي وأحصن نفسي من الوقوع في الغلط وأنا أعمل قاض، وأوفر لنفسي خلفية نظرية فلسفية على جانب من الحصافة والرصانة والموضوعية التي يقتضيها العمل القضائي.

2-الأسباب الموضوعية: من الناحية الموضوعية لقد لمست لدى كثير من المشتغلين بالقضاء وحتى بالبحث العلمي استبعادهم لأحكام الشريعة الغراء من أن تكون صالحة للعمل خاصة- في نظرهم- في مجال القوانين الجزائية وأنها غير مسايرة للعصر، جامدة غير متطورة وبدائية، وغير ذلك من المعايير التي يلصقونها بها، فأردت إجراء بحث يبرز لمثل هؤلاء مزايا هذه الشريعة وفقهها وفكرها وما وجد فيها من حلول سبقت بها الأفكار والفقه والقوانين الوضعية، وقد سبقت لي الدراسة المقارنة التي أوقفتني على ثراء فقه وفكر الشريعة الغراء.

رابعاً-الإشكالية: إشكالية هذا البحث من وجهين:

أولهما: أن مشكل هل الشريعة الغراء صالحة لكل زمان ومكان، وهي إشكالية قديمة عند من يشككون في ذلك، فأردت كما أسلفت تبديد شكهم باليقين بحكم سبق تعاملني بالبحث مع هذا الموضوع وإلمامي ببعض خصائصه.

وثانيهما: مشكل هل القضاء الوضعي قديماً وحديثاً قد سبق له أن واجهته مشكلة جهل أحد بالإباحة وهو يفعل فعلاً يعتقد لجهله أنه مجرم، أو وقع في الغلط في ذلك؟ وكيف تصرف القضاء مع ذلك؟ وكيف يجب أن يتصرف إن سلمنا جدلاً بوقوع ذلك؟ وما الموقف من الإشكالية عموماً في نظر الشريعة الغراء في فقهها؟ وما الموقف في الفقه الوضعي وقوانينه؟

خامساً-الدراسات السابقة: الدراسات التي وقفت عليها في هذا الموضوع لم تتناول ما قصدت بحثه في موضوع دراستي هاته التي أرمي بها إلى تحديد المسؤولية من عدمها في حالة ما إذا

قام الفاعل بالفعل معتقداً بجهل أنه يرتكب جرماً والواقع أن فعله مباحاً أو غلط في ذلك، سواء في الفقه الشرعي أو الوضعي.

بل كل ما وصلت إليه من أبحاث وجدت أنها تناولت إما الجهل وإما الغلط أو الخطأ، وإما المسؤولية أو سقوط المسؤولية.

فمثلاً الدكتور عبد المعطي عبد الخالق سيد أحمد كتب في "النظرية العامة للغلط في القانون الجنائي" سنة 1980.

والمؤلف الباحث محمد كمال الدين إمام كتب في موضوع: "المسؤولية الجنائية".

والباحثة دليلة براف قدمت رسالة ماجستير في موضوع: "الخطأ في تصرفات المكلفين" سنة 1996-1997 أمام المعهد العالي لأصول الدين بالجزائر.

والباحث سيد كامل قدم أمام جامعة القاهرة سنة 1992 رسالة دكتوراه تحت عنوان: "النظرية العامة للخطأ في القانون الجنائي".

سادساً-الصعوبات التي واجهتني في إعداد هذا البحث: بحكم ارتباطي بعملتي الأصلي في القضاء زيادة على عملي الإضافي بالجامعة في إطار الهواية ولتعميق معارفي، ما جعلني أعمل في إعداد هذه الرسالة حيناً وأتوقف أحياناً، الأمر الذي يجعلني كلما استأنفت العمل أضطر لمراجعة كل ما أنجزت من قبل. ثم أن ما كنت أستعمله من مراجع يفلت من يدي بعضه وأصير مضطراً للاستعانة بطبعة غير التي كنت أستند إليها، أو تتبع ما فلت مني إن لم أجد له طبعة أخرى.

كما أجد أحياناً إحالة على مصدر يكون بعيداً أو خارج الوطن فأضطر للتوقف لحين الحصول عليه.

كما أن تشعب مادة هذا البحث بين كتب فقه الشريعة وكتب أصول فقهاء وكتب أصول هذا الدين (العقيدة) التي تناولت المسؤولية (مسؤولية المكلفين) وكتب الفقه الوضعي وشروح قوانينه والكتب المتناولة للأصول والمنطقات الفلسفية لتشريعاته. هذا التشعب زاد العمل صعوبة، والله المستعان.

سابعاً- منهجية الدراسة: لقد اعتمدت على المنهج الاستقرائي في دراستي هذه لحصر مادته، ثم تحليلها في كل من الشريعة والقانون، للوصول إلى مقارنة ما في النظم الوضعية بما في الشريعة الإسلامية، متتبعا الخطوات الآتية:

- 1- جمع المادة العلمية من مظانها.
- 2- استخلاص أقوال وآراء الفقهاء سواء الشرعيين أو الوضعيين القدماء والمحدثين، وأدلة الشرعيين من الكتاب والسنة، وما بني عليهما.
- 3- مناقشة أقوال الفقهاء وتحليلها.
- 4- إبداء رأيي مؤيدا أو مخالفا، متبعا لرأيي غيري أو مستقلا برأيي فيه.
- 5- التزمت في عزو الآيات روايتي ورش وحفص في حالة اختلاف ترقيم الآيات.
- 6- التزمت في تخريج الأحاديث ما وجدت من تخريج عند من استدل به، وفي حالة عدم وجود تخريج عدت إلى كتب الحديث المعتمدة، وفي الغالب أعود إليها.

ثامناً- الخطة المتبعة في دراسة الموضوع: رغم كل ما صادفني من مصاعب توكلت على القادر الذي لا حدود لقدرته- سبحانه وتعالى- ومن يتوكل عليه فهو حسبه، واعتمدت الخطة التي سبق وأن قدمتها للمجلس العلمي الموقر، والتي اقتضى مني السير في البحث والتقدم فيه توسيعها كلما دعا لذلك داع، بتفريعها وتفصيلها أكثر، وهي التي استقرت على الصورة الآتية:

- فصل تمهيدي: أتناول فيه مفهوم الإباحة في الشريعة الغراء، وفي الفقه الوضعي وقوانينه، تحريراً للمسألة وتحديداً لها وتمييزاً لها عما قد يتلبس بها.

وبعد هذا التحديد والتمييز ورفع اللبس، أتناول الموضوع في بابين:

- أولهما خاص بمفهوم الجهل والغلط في الإباحة، مقسماً إلى فصلين: فصل أتناول فيه الموضوع من وجهة نظر الشريعة الغراء، مقسماً إلى مباحث، وفصل آخر أتناول فيه من وجهة نظر النظم القانونية الوضعية مقسماً كذلك إلى مباحث.

- وثاني البابين أتناول فيه الأساس الذي بني عليه انتفاء المسؤولية عند الجهل بالإباحة أو الغلط فيها، مقسماً كذلك إلى فصلين: فصل أتناول فيه هذا الأساس من جانب فقه الشريعة الغراء، وآخر أتناوله من جانب فقه وقوانين النظم الوضعية، وكلا الفصلين مقسم إلى مباحث بالقدر الذي يقتضيه بحث المسائل التي تظهر من خلال البحث.

وكل المباحث مقسمة إلى مطالب والمطالب إلى تفرعات متى اقتضاها المقام.
-وعلى أي حال فالتفاصيل تأتي في فهرس الرسالة في نهايتها بحول الله وقوته.
-ثم أختتم البحث بخاتمة أجمل فيها ما توصلت إليه من آراء سواء كنت فيها متبعا مساندا- وهذا ما سيحصل في الغالب- أو مبتدعا مجددا-إن حصل-، غير مدع في كل الأحوال أنني وإن كنت الأخير في زمانه لآت بما لم يأت به الأوائل، وبذلك أكون لم أدع في عملي عبقرية أبي الطيب في شعره وحياته. وقد أضمن هذه الخاتمة ما قد يعن لي من مقترحات وتطلعات. وكلها محاولات بجهد المقل الراجي التكرم بمناقشته لتصويبه أو تخطئته، وعلى رأي الإمام الشافعي- رضي الله عنه-"رأيي صواب يحتمل الخطأ ورأيي غيري خطأ يحتمل الصواب".
فجاءت الخطة كما يلي:

الفصل التمهيدي: تحديد مفهوم الإباحة
المبحث الأول: حقيقة الإباحة في الشريعة الإسلامية.
المبحث الثاني: حقيقة الإباحة في النظم القانونية الوضعية.

الباب الأول: مفهوم الجهل والغلط في الإباحة .
الفصل الأول: الجهل والغلط في الإباحة في الشريعة الإسلامية
المبحث الأول: تحديد مدلول الجهل والغلط.
المبحث الثاني: تقسيم الجهل والغلط.
المبحث الثالث: أثر الجهل بالحكم الشرعي والغلط فيه على مسؤولية المكلفين
الفصل الثاني: الجهل والغلط في الإباحة في النظم القانونية الوضعية.
المبحث الأول: تحديد مدلول الجهل والغلط والعلاقة بينهما وبين ما يشبههما.
المبحث الثاني: تقسيم الجهل والغلط.
المبحث الثالث: أثر الجهل والغلط على كل من المسئوليتين الجزائية والمدنية.
الباب الثاني: أساس انتفاء المسؤولية عند الجهل بالإباحة أو الغلط فيها.

الفصل الأول: المسؤولية في حالة الجهل بالإباحة أو الغلط فيها.
المبحث الأول: المسؤولية في حالة الجهل بالإباحة أو الغلط فيها في الشريعة الإسلامية.
المبحث الثاني: المسؤولية في حالة الجهل بالإباحة أو الغلط فيها في النظم القانونية الوضعية.
المبحث الثالث: أساس المسؤولية عند الجهل بالإباحة أو الغلط فيها في الشريعة الإسلامية.

المبحث الرابع: أساس المسؤولية عند الجهل بالإباحة أو الغلط فيها في النظم القانونية الوضعية.

الفصل الثاني: أساس انتفاء المسؤولية عند الجهل بالإباحة أو الغلط فيها في الشريعة الإسلامية.

المبحث الأول: أساس انتفاء العقاب والضمان.

المبحث الثاني: النطاق الذي يشمل انتفاء العقاب شبه المتفق عليه.

المبحث الثالث: ما هو خارج عن نطاق انتفاء المسؤولية الجزائية.

المبحث الرابع: حالات انتفاء الضمان.

الفصل الثالث: أساس انتفاء المسؤولية عند الجهل بالإباحة أو الغلط

فيها في القوانين الوضعية.

المبحث الأول: أساس انتفاء المسؤوليتين الجزائية والمدنية.

المبحث الثاني: نطاق انتفاء العقاب.

المبحث الثالث: نطاق انتفاء التعويض.

وقد اعتمدت في بحثي على مصادر بدأ من القرآن العظيم، تفاسيره معرجا على كتب السنة النبوية الشريفة فكتب اللغات من قواميس عربية، وعربية فرنسية، وفرنسية عربية، إلى كتب الفلسفة والعقائد وكتب في أصول الفقه، وفي مختلف مذاهبه، وكتب في القانون وفقهه وشروطه لمدارس مختلفة وباللغتين العربية والفرنسية.

متبعا في كل هذا منهج الاستقراء أساسا، ومنهج التحليل كلما تطلب الأمر ذلك، واستعنت بالمقارنة كذلك.

والله المستعان، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم.

الفصل التمهيدي

تحديد مفهوم الإباحة

الفصل التمهيدي تحديد مفهوم الإباحة

تمهيد وتقسيم

أحدد في هذا الفصل حقيقة الإباحة في كل من النظم القانونية الوضعية، والشريعة الإسلامية مميزا لها في النظم القانونية الوضعية عن النظم المشابهة لها، ومحددا مركزها من قواعد القانون، ومحددا في مقابلها مفهوم عدم المشروعية. وسيرا على هذا المنوال أبين في جانب الشريعة الإسلامية الفرق بين الإباحة وعدم تطبيق النص الجنائي، ومميزا الإباحة عن المفاهيم المشابهة لها. مقسما الفصل إلى مبحثين:

أولهما: أتناول فيه، حقيقة الإباحة في الشريعة الإسلامية
وثانيهما: أتناول فيه، حقيقة الإباحة في النظم القانونية الوضعية.

المبحث الأول حقيقة الإباحة في الشريعة الإسلامية

1 - تمهيد وتقسيم

في البداية أقول أن ما أعني في هذا المبحث بالشريعة الإسلامية ليس فقط أصلها العظيمين: القرآن الكريم، والسنة النبوية الشريفة، وإنما أعني كل التراث التشريعي الإسلامي المتمثل في الفقه المستنبط بالاجتهاد من هذين الأصلين عبر العصور تحقيقاً للقول بأن الشريعة صالحة لكل زمان ومكان. وكذا في أصول الفقه، باعتبار أن هذا العلم هو علم القواعد التي بني عليها الفقه وعلماء أصوليون¹ Racinal بمعنى العارفون بأصول الفقه، وليس Les intégristes .

ويمكن من حيث اللغة إطلاق وصف أصولي على العالم المتضلع في العقائد-أصول الدين- غير أنه اصطلاحاً تغلب تسمية المتكلمين أو علماء علم الكلام على هذا النوع من العلماء.

وفي بحثي هذا سأطلق الأصولي أو الأصوليين على علماء أصول الفقه خاصة. وأقسم هذا المبحث إلى أربع مطالب كما يلي:
المطلب الأول: الإباحة عند الأصوليين.
المطلب الثاني: الإباحة عند الفقهاء.
المطلب الثالث: تمييز الإباحة عن المفاهيم المشابهة لها.
المطلب الرابع: تمييز الإباحة عن عدم تطبيق النص.
متتبعا مسائل هذا المبحث بقدر من التفصيل في حدود ما يسمح به هذا البحث، لأن كثيراً من مسائل هذا البحث تحتاج لتوضيحها ودراستها إلى بحث مستقل بذاته والله المستعان.

المطلب الأول الإباحة عند الأصوليين

2 - تمهيد وتقسيم

الإباحة، أقتصر في تبينها هنا فقط على ما هو دارج عند الأصوليين من تعاريف ذات طابع لغوي لا اصطلاحى، تناولت الإباحة والمباح.
يقولون: التخيير بين الفعل والترك²، إباحة Permission والمباح Permis هو ما يستوي فيه الفعل والترك.

¹أنظر الدكتور إبراهيم أنيس وآخرين، المعجم الوسيط، بإشراف حسين علي عطية ومحمد شوقي أمين، مطابع دار المعارف بمصر، ط2، بدون سنة نشر، ص 20

وانظر الدكتور عدنان محمد جمعة، أصول التشريع الإسلامي، رفع الحرج في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة ودار العلوم الإنسانية، ط3 لسنة 1413هـ-1993م، ص161.

²أنظر سعدي أبوجيب، القاموس الفقهي، لغة واصطلاحاً، دار الفكر، ط1 سنة 1402هـ-1982م، ص163=

وهذا هو محور حديثهم من حيث اللغة على الإباحة والمباح، ومنهم من اعتمد التعريف اللغوي تعريفا اصطلاحيا مع بعض التوضيح، كما فعل الإمام أبو حامد الغزالي في مؤلفه الجليل «المستصفى»¹.

وأرى أن أقسم المطلب إلى فرعين: فرع أخصه للتعاريف القديمة، أجمع فيه مجموعة من هذه التعاريف جمعا. وفرع أخصه للنقد الموجه لها، خاصة من الأصوليين المحدثين، وبالأخص الدكتور محمد سلام مدكور، والشيخ محمد أبو زهرة، وما أراه من نقد لبعض التعاريف، والتعريف الذي اختاره الدكتور سلام، وتابعته في اختياره.

3- الفرع الأول: بعض التعاريف القديمة للإباحة

1- عرف الشاطبي² الإباحة بقوله: «إن المباح عند الشارع هو المخير فيه بين الفعل والترك من غير مدح ولا ذم لا على الفعل ولا على الترك» فقوله: «من غير مدح ولا ذم لا على الفعل ولا على الترك» يخرج الواجب بجميع أقسامه لأن الواجب من حيث أنه واجب يمدح فاعله ويذم تاركه.

2- نقل الأمدى³ تعريفا نصه: «المباح ما أعلم فاعله أو دل أنه لا ضرر عليه في فعله أو تركه ولا نفع له في الآخرة». وهذا التعريف يفيد أن الإباحة إعلان الفاعل أو دلالة أنه لا ضرر عليه في فعل الشيء أو تركه، ولا نفع له في الآخرة.

3- ثم وضع الأمدى تعريفا نقض به هذا الذي نقله باعتبار أنه غير جامع إذ يخرج منه الفعل الذي خير الشارع فيه مع إعلام فاعله أو دلالة الدليل على استواء فعله في المصلحة والمفسدة، فإنه مباح وإن اشتمل فعله وتركه على الضرر.

ونص تعريفه هذا هو: «إن المباح ما دل الدليل السمعي على خطاب الشارع بالتخيير فيه بين الفعل والترك من غير بدل» والذي يفيد الإباحة عنده دلالة خطاب الشارع بالتخيير فيه بين الفعل والترك من غير بدل. والقيد الأول في التعريف «الدليل» يخرج المباح عن فعل المولى عز وجل لأن تخييره لا يتوقف على دلالة دليل.

والقيد الثاني «من غير بدل» مخرجا للواجب الموسع في أول الوقت والواجب المخير لأن التخيير في هذين النوعين من الواجب مقيد بوجود الدليل عن كل منهما وإلا لم يكن هناك تخيير بخلاف التخيير في المباح فإنه لا يرتبط بالبدل.

وانظر محمد جواد مغنية، علم أصول الفقه في ثوبه الجديد، دار العلم للملايين، بيروت، ط2 لسنة 1980، ص263.

وانظر المعجم الوسيط، مرجع سابق، ص658.

وانظر الدكتور محمد قلجي والدكتور حامد صادق قنبي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، ط1 لسنة 1405هـ-1985م، ص37.

¹ انظر الغزالي الإمام أبو حامد المتوفى سنة 505هـ، المستصفى من علم الأصول، ج1، المطبعة الأميرية، بدون سنة نشر، ص74.

² أنظر الشاطبي الإمام أبو إسحاق موسى اللخمي الغرناطي المالكي المتوفى سنة 790هـ، الموافقات، ج1، المطبعة السلفية، ط1 لسنة 1341هـ، ص68 و69.

³ أنظر الأمدى سيف الدين أبي الحسن، الإحكام في أصول الأحكام، ج1، مؤسسة النور بالرياض، سنة 1387هـ، ص175 إلى 178.

كما نقل الأمدى تعريفا آخر للمباح، نصه: «هو ما استوى جانباه في عدم الثواب والعقاب» ونقضه نفسه لكونه غير مانع، إذ أفعال الله كذلك ولا تتصف بالإباحة.

- 6- 4- وأورد منلا خسرو¹ في كتابه المرآة تعريفاً مثل التعريف الذي نقله الأمدي نصه: «إن المباح ما استوى طرفاه في نظر الشارع بأن يحكم بذلك صريحا أو دلالة» وهو يشبه تعريف الأمدي من حيث الاستغناء عن قيد عدم المدح والذم.
- 7- 5- عرفه ابن السبكي² بما فحواه: هو ما دل خطاب الشارع المتعلق بأفعال المكلفين على التخيير بين فعله وتركه.
- 8- 6- عرفه صدر الشريعة³ بأنه: فعل المكلف الذي يستوي فعله وتركه. وقد ذكر هذا المعنى في سياق كلامه، ولم يذكره صراحة على أنه تعريف.
- 9- 7- عرفه الشوكاني⁴ بأنه: ما لا يمدح على فعله ولا على تركه، وفسره بأنه: ما أعلم فاعله بأنه لا ضرر عليه في فعله وتركه. وهذا يفيد أن الإباحة وصف في الفعل يوجب عدم المدح على فعله أو تركه.
- وقال الشوكاني أيضا: أن المباح يطلق على ما لا ضرر على فاعله وإن كان تركه محظورا. فالإباحة على هذا تطلق على وصف في الفعل يوجب عدم الضرر على فاعله وإن كان الترك محظورا، ومثل ذلك بالحكم بأن دم المرتد مباح لا ضرر على من أراقه، فالأصل في دمه أنه معصوم لكن بارتداده طرأت إباحة إراقته. والإباحة هنا عامة تشمل الوجوب أيضا.⁵
- 10- وقد سبق أن عرفه الغزالي⁶ عن طريق تعريفه للجواز المرادف عنده للإباحة بأنه: هو التخيير بين الفعل والترك بتسوية الشرع.
- وقد اختار هذا التعريف الإمام البيضاوي⁷ عند تعريفاته لأقسام الحكم، بما دل على أنها حدود (تعريفات) لتلك الأقسام.
- وقال الأسنوي⁸ عند إيراده لتلك الحدود «إن ذلك تقسيم محدد لا إيراد عليه».
- وقد أورد الأمدي⁹ ما يفيد هذا المعنى، وقال: أنه منقوض بخصال الكفارة المخيرة، فإن ما من خصلة منها إلا والمكفر مخير بين فعلها وتركها، وبتقدير فعلها لا تكون مباحة، وكذلك الصلاة في أول وقتها الموسع، فإن المكلف مخير بين فعلها وتركها، وليست الصلاة ولا الكفارة مباحة بل واجبة.

¹ أنظر منلا خسرو الشرنبلالي المتوفى سنة 885هـ، مرآة الأصول في شرح مرآة الوصول، الأستانة، سنة 1296هـ، ص 278.

² أنظر ابن السبكي عبد الوهاب تاج الدين بن علي الشافعي المتوفى سنة 771هـ، جمع الجوامع ج 1، بدون دار نشر، ط 1 لسنة 1361هـ، ص 105.

³ أنظر صدر الشريعة عبيد الله بن مسعود الحنفي المتوفى سنة 747هـ، التنقيح والتوضيح، ج 3، بدون دار نشر، ط 1 لسنة 1322هـ، ص 75-76.

⁴ أنظر الشوكاني الإمام محمد بن علي بن محمد المتوفى سنة 1250هـ، وكان شيعيا متبحرا في علومهم وعقائدهم، إرشاد الفحول، مطبعة البابي الحلبي، ط 1 لسنة 1937هـ، ص 6.

⁵ أنظر أبوزهرة الإمام محمد عالم مصري مجد من تلاميذ محمد عبده توفي في أواخر القرن الماضي، له مؤلفات جليلة في الشريعة الإسلامية عموما وعقائدها وعباداتها ومعاملاتها أنظر الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي - الجريمة دار الفكر العربي، بدون سنة نشر، ص 510.

⁶ أنظر الغزالي أبو حامد المتوفى سنة 505هـ، المستصفى، ج 1، مرجع سابق، ص 74.

⁷ أنظر البيضاوي الإمام عبد الله بن عمر المتوفى سنة 685هـ، منهاج الوصول في علم الأصول، ج 1، طبعة صبيح، بدون سنة نشر، ص 31 و 36.

⁸ أنظر الأسنوي الإمام جمال الدين عبد الرحيم المتوفى سنة 772هـ، نهاية السؤل في شرح منهاج الوصول لعلم الأصول على هامش المنهاج، ج 1، بدون مكان نشر، بدون سنة نشر، ص 31.

⁹ أنظر الأمدي، الأحكام لأصول الأحكام، مرجع سابق، ج 1، ص 175 و 178.

وقد أدرك الشاطبي¹ أن هذا التعريف غير مانع من دخول الواجب المخير الموسع فأورد هذا التعريف مع زيادة قيد يخرج هذين النوعين، فقال: «إن المباح عند الشارع هو المخير فيه بين الفعل والترك من غير مدح ولا ذم لا على الفعل ولا على الترك» فقله: «من غير مدح ولا ذم لا على الفعل ولا على الترك» يخرج الواجب بجميع أقسامه، لأن الواجب من حيث أنه واجب يمدح فاعله ويذم تاركه.

11 - الفرع الثاني: النقد الموجه للتعاريف السابقة

وجه نقد لكل هذه التعاريف، بعضها انتقده الأصوليون التقليديون وبعضها انتقده خاصة من المحدثين الدكتور محمد سلام مذكور في مؤلفه العظيم القدر: «الحكم التخييري، أو نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء». والبعض انتقده الشيخ أبو زهرة. ولي نقد لبعضها خفيف لم أجد من نقده تفصيلاً.

وفي الفقرات التالية سأبين هذا النقد، ومنتهياً بتقديم تعريف الدكتور مذكور للإباحة والذي أختاره للأسباب التي بنى عليها هو اختياره، زيادة على أنني أرى أنه استفاد كثيراً من عمل سابقه، إذ قلب بالبحث والتحصيل تعاريف عدة حتى خرج بتعريفه هذا.

نقد التعاريف

قلت أن التعاريف منها ما وجه له النقد من طرف الأصوليين التقليديين أي القدامى، وأضيف هنا أنه بل ومن الأصوليين من نقد نفسه بنقض تعريف أورده بابتداعه تعريفاً جديداً ومن صورة ذلك: نقض الأمدي لتعريف أورده.

12- نقض الأمدي لتعريف أورده: نقض الأمدي التعريف الذي ذكرناه له في الفقرة 4 بأنه غير جامع إذ يخرج منه الفعل الذي خير الشارع المكلف فيه بين الفعل والترك، مع إعلام فاعله أو دلالة الدليل استواء فعله في المصلحة والمفسدة، فإنه مباح وإن اشتمل فعله وتركه على الضرر. ثم وضع كرد على هذا النقد الناقض للتعريف المذكور تعريفه هو للمباح والذي أورده في الفقرة 5. وينتقد الدكتور مذكور² هذا التعريف بوصفه يحشو عبارة «في الآخرة».

13- نقد الدكتور مذكور للتعريف الذي نقض به الأمدي التعريفين الذين أوردهما، وهما الذين ذكرتهما في الفقرة 4 وآخر الفقرة 10 وهو الذي ذكرته في الفقرة 5، نقده مقيماً له بأنه متميز بقيديه على التعريفين الذين أوردهما أولاً. ويضيف الناقد أن الأمدي نزع في مسلكه في هذا التعريف نزعة المتكلمين (علماء أصول الدين أو علم الكلام، أو علم العقائد أو العقيدة) من أهل السنة الذين يرون أن التشريع في جميع الأحكام لاصلة بينه وبين المصلحة والمفسدة، وإنما هو المرتبط بالأدلة الشرعية، ومسائر لدلالاتها، فما دل الدليل على وجوبه فهو واجب ولو اشتمل على مفسدة والعكس صحيح. وحينئذ فلا معنى لأن يربط الأمدي الإباحة بعدم الضرر في الفعل والترك، بل الإباحة قائمة وإن حصل مع

¹ أنظر الشاطبي الإمام أبو إسحاق المتوفى سنة 790 هـ، الموافقات، تحقيق عبد الله دراز، ج1، دار المعرفة، بيروت، بدون سنة نشر، ص124 وما بعدها و150.

وانظر أحمد الريسوني، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، المعهد العالمي للفكر الإسلامي (مختارات من الرسائل الجامعية) ج1، توزيع المكتبة السلفية، ط1، سنة 1411 هـ 1990م، ص161 وما بعدها.

² أنظر الدكتور محمد سلام مذكور، نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء، دار النهضة العربية، ط3 لسنة 1965، ص36 و37.

الفعل أو الترك ضرر. وهذا واضح من تعبيره بقوله: «...هو ما دل الدليل السمعي على خطاب الشارع فيه بالتخيير...» فالعبرة إذن في الإباحة والأصل فيها أن يخير الشارع بين الفعل والترك بقطع النظر عما قد يترتب على ذلك من مصلحة أو مفسدة.

14- **نقد تعريفي¹ منلاخسرو وابن السبكي:** نقد الدكتور مدكور هذين التعريفين وهما الواردين في الفقرتين 6 و 7 بأن تعريف منلاخسرو شبيه بتعريف الأمدي، من ناحية الاستغناء عن قيد عدم المدح والذم.

وتعريف ابن السبكي قال عنه أنه وإن سلم مما اعترض به الأمدي على التعريف الذي لم يمنع دخول أفعال الله سبحانه وتعالى، فإنه لم يسلم من العيب الذي اعترض من أجله الأمدي عن التعريف الذي نقله عن الغزالي (المذكور عندنا في الفقرة 5) وهو دخول الواجب المخير والواجب المؤقت بوقت موسع.

15- **نقد الشيخ محمد أبوزهرة لتعريف الشوكاني الوارد في الفقرة 9:** تناول الشيخ محمد أبوزهرة بالنقد تعريف الشوكاني في كتاب الشيخ المسمى «أصول الجعفرية»² آخذاً على الشوكاني أنه أدخل في المباح ما يكون حراماً في ذاته ثم يعرض ما يجعله حلالاً. وضرب مثلاً على ذلك زيادة على ما مثل به أصلاً الشوكاني من إباحة دم المرتد بقول الله سبحانه وتعالى «..فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به...»³ ثم قال: إن نفي الإثم في مثل هاتين الحالتين وأشباههما لا يقتضي إباحة الفعل بل أحياناً يكون الفعل واجباً وأحياناً يكون مباحاً.

ونذكر أن الحكم بشأن المرتد إذا أصر على رده وجوب قتله، وأن حكم الافتداء يدور بين الوجوب والندب.

غير أن الشيخ نفسه عاد فقال في آخر كتابه الجريمة، تحت عنوان «سقوط الجريمة لإباحة موضوعها» ما نصه: «قد يكون الفعل في ذاته غير مباح، ولكن يعرض ما يجعله مباحاً، لأن موضوعه ليس محل نهى بل محل إباحة، وذلك إذا كان المجني عليه غير معصوم الدم، فالقتل محرم بمقتضى الشرع والفطرة الإنسانية، لكن إذا كان منه ما يقتضي إباحته، كالحربي الذي يقاتل فإن دمه يكون مباحاً، وبعد أن كان جريمة يصبح أمراً مستحسنًا أو أمراً مباحاً بشكل عام... ومن هؤلاء الذين يباح دمهم المرتد...»⁴.

ولعل الشيخ يكون قد اختلط عليه أمر عبارة الشوكاني فعلاً كما ذهب الدكتور مدكور، وليس لي شخصياً تفسير آخر للأمر غير هذا التفسير للتحليل الذي أعطاه الدكتور مدكور، وإلا فكيف يقول ما نقلنا عنه أعلاه، مع عظيم احترامي له ولعلمه.

16- **نقد الدكتور مدكور للشوكاني**

يرى الدكتور مدكور أن الشوكاني في تعريفه الأول في الفقرة 9 قريب من التعريف الذي أورده الأمدي (والذي ذكرناه في الفقرتين 4 و 5) ويفترق عنه في أن ما نقله الأمدي يزيد عبارة «في الآخرة» تلك الزيادة التي هي غير مفيدة ولا مجدية وهي حشو مفسد للتعريف.

¹ أنظر الدكتور محمد سلام مدكور، نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء، مرجع سابق، ص 37 و 38.

² أنظر الشيخ محمد أبوزهرة، أصول الجعفرية، بدون مكان نشر، ط سنة 1956، ص 53.

³ الآية رقم 229 عند ورش من سورة البقرة (2).

⁴ أنظر الشيخ محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة - الجريمة، مرجع سابق، ص 510.

وقال في تعريف الشوكاني الوارد في نفس الفقرة بشأن القول بإباحة دم المرتد وأنه لا ضرر على من أراقه، ومعنى كون تركه محظورا أنه أصبح واجبا لا مبرر لتركه. فطروء إباحة دمه بعد الردة داخله تحت إباحة أعم من الإباحة العادية، فالإباحة هنا تشمل الوجوب أيضا وتشترك مع المباح بالمعنى العادي في أن كلا منهما لا ضرر في فعله. وقال الدكتور مذكور في معرض نقده للشوكاني أنه يرى أن الشوكاني لم يدخل في المباح- بمعناه الدارج- الذي عرفه بقوله «ما لا يمدح على فعله ولا على تركه» لم يدخل فيه ما يكون حراما في ذاته ثم يعرض له ما يجعله مباحا. وإنما قصد ذكر معنى آخر للمباح يشترك فيه مع المباح بالمعنى الدارج لا ضرر في فعل كل منهما. وإنما يتميز المباح بالمعنى الثاني بأن ترك الفعل في صورته أصبح محظورا.

ويقول أن الشوكاني في تسميته المباح بالمعنى الثاني كان يتعين أن يعللها. ويرى أن العلة فيها كون الفعل الذي يسمى مباحا لهذا الإطلاق كان محظورا ثم رفع الحظر الذي كان عليه، وبهذا الاعتبار فقط يسمى مباحا، أي باعتبار رفع الحظر، وإن كان في الحقيقة قد يكون واجبا، وقد يكون مندوبا، وقد يكون مباحا بمعنى التخيير بين الفعل والترك كما هو الحكم في قوله تعالى: «فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض وابتغوا من فضل الله...»¹

ويقول أنه بالتأمل يتضح أنه بين مفهومي كل من الإطلاقين الذين أوردهما الشوكاني عموما وخصوصا وجهي، إذ يجتمعان في أمر كان محظورا ثم صار مستوي الطرفين كالانتشار في الأرض بعد صلاة الجمعة. غير أن الأول، أي الوارد في تعريفه الأول، استوى طرفاه، ولم يكن محظورا من قبل مثل ما جاء في قوله تعالى: «..كلوا واشربوا حتى يتبين الخيط الأبيض من الخيط الأسود من الفجر...»² وما في حكم هذه الآية من كون الأكل والشرب مباح للصائم حتى الفجر.

وينفرد ما جاء في تعريفه الثاني فيما طرأ عليه الوجوب أو الندب بعد الحظر، مثل قتل المرتد كما مثل الشوكاني وكما جاء في قوله سبحانه وتعالى: «...فلا جناح عليها فيما افتدت به³». ويخلص إلى أنه لا وجه لاعتراض الشيخ أبوزهرة⁴ على تعريف الشاطبي للإباحة بهذه الصورة الأخيرة.

17- نقد تعاريف الغزالي والبيضاوي والأسنوي

ما أراه في هذه التعاريف أنها لغوية أكثر منها اصطلاحية، وأن الغزالي لم يقصد وضع تعريف مانع جامع لإيضاح الماهية والحقيقة عند كلامه على الإباحة والمباح، وإنما قدم وصفا في معرض الحديث.

- وهذا ما فعله الأسنوي، فإن كلامه الذي وصف فيه الإباحة في معرض تعريفه لأقسام الحكم لم يقصد به التعريف الاصطلاحي، وإنما قصد الوصف الذي يفهم في حدود ما يصفه.

- وفي هذا الاتجاه كان مدح الأسنوي لما رآه حدودا (تعاريف) حدها الإمام الشاطبي.

¹ الآية رقم 10 من سورة الجمعة (62).

² الآية 185-186 عند ورش من سورة البقرة (2).

³ الآية رقم 227-229 عند ورش من سورة البقرة (2).

⁴ أنظر الدكتور محمد سلام مذكور، النظرية العامة للإباحة، مرجع سابق، ص 38 إلى 41.

- أما التعريف الذي أورده الأمدي وذكرناه في الفقرة 10 فإنه هو نفسه نقضه زيادة على استدراك الشاطبي عليه بقوله: «...من غير مدح ولا ذم لا على الفعل ولا على الترك». فكل هذه الحدود (التعريفات أو التعاريف) كما مر معنا لا ترقى إلى مستوى الكمال العلمي. والكمال المطلق لله سبحانه وتعالى وحده.

ولذا فإن كل من تناول الموضوع وجد مأخذاً أو مأخذ على من سبقه قل أو كثر، لكن من لاحظنا أن له باع طويل في الأخذ على من سبقوه هو الدكتور محمد سلام مذكور بلا منازع لحد الآن، ولقد اختار تعريفاً ظريفاً للإباحة لم أجد لحد الآن أبدع منه، أسوقه في الفقرة الآتية مذيلاً برأيي فيه بكل تواضع يجب على لعلم الرجل وعمله وفضله.

18- التعريف الذي اختاره الدكتور مذكور للإباحة¹:

بعد إيراد تعاريف لأصوليين للإباحة والمباح استقر رأيه على اختيار التعريف الذي وضعه الأمدي، والذي ذكرناه في الفقرة 5 كثالٍ تعريف في فرع التعاريف القديمة للإباحة، وعد مزاياه التي هي:

1- استقامته، ووضوحه وعدم احتياجه إلى إضافة قيد يبين المراد، أو اعتبار حيثيه تدفع ما قد يتوارد من معاني غير مقصودة للمعرّف (بالكسر) ولا تنطبق على المعرّف (بالفتح).

2- أن الأمدي احتسب فيه احتراساً واضحاً من الوقوع بصياغته في مفهوم المعتزلة للإباحة والمباح إذ يقولون بالتحسين والتقيح العقليين، مدعين أن الأحكام تدرك بالعقل من غير توقف على دليل الشرع، وإنما يأتي كاشفاً لها. فأكد بقوله ذلك إذ قال: «...هو ما دل الدليل السمعي على خطاب الشارع فيه...» والدليل السمعي هو ما ورد عن الشارع الحكيم نصاً (في القرآن أو السنة) أو استنباطاً منهما.

3- أنه شامل لكل أقسام ما تثبت به الإباحة الشرعية، بإطلاق قوله: «...ما دل الدليل السمعي...».

4- مع هذا الشمول لم يتعرض صراحة لإيراد التقسيم كما فعل غيره ممن قال: «...وما أعلم فاعله أو دل أنه لا ضرر...» لأن اشتمال التعريف على التقسيم يعيبه.

5- أنه تعريف بالحد والماهية والحقيقة، وليس تعريفاً بالرسم والخاصة والوصف المميز للمعرّف (بالفتح) وإن لم يكن الوصف أو الرسم داخلاً في حقيقته. وأرى زيادة على ما ذكر أن شهادته هو للتعريف مزية كبرى سادسة في مزايا التعريف.

وإذا لم يوجد غيره خيراً منه فإن ذلك مزية سابعة فيه إلى أن يوجد، وأقر أنني بحثت كثيراً وسهرت أكثر وكلي فضول علمي أن أجد شيئاً من هذا القبيل فلم أعثر عليه. هذه هي الإباحة عند الأصوليين، وهي الخلفية النظرية، والتقعيد لعلماء الفروع (الفقهاء) الذين سنتبع مسلكهم مع المسألة في المطلب الآتي.

¹ أنظر اختيار الدكتور محمد سلام مذكور للتعريف، النظرية العامة للإباحة، مرجع سابق، ص 42 و 43.

المطلب الثاني الإباحة عند الفقهاء

19- تمهيد وتقسيم

أتناول بالبحث البحث في هذا المطلب مسلك الفقهاء في نظرته إلى الإباحة مستقصيا تعاريفهم لها في مذاهب مختلفة، مع تحليل هذه التعاريف ونقد ما يحتاج إلى نقد منها، سواء كان النقد إيجابيا أم سلبيا للوصول إلى أحسنها. ثم أتناول الإباحة من الشارع الحكيم سبحانه وتعالى وإباحة (إذن) العباد فيما بينهم مقسما المطلب إلى فروع ثلاثة:
الفرع الأول: تعاريف الإباحة والمباح
الفرع الثاني: تحليل التعاريف
الفرع الثالث: إباحة الشارع وإذن العباد فيما بينهم والتعريف الذي اقترحه.
وفي كل ذلك ألتفت دائما إلى موقف الأصوليين لأنهم هم من قعد القواعد للفروع. وإن سبق في التدوين علم الفروع ثم جاء بعده علم الأصول.

20- الفرع الأول: تعاريف الإباحة والمباح

يتبين للباحث من أول وهلة يلقي فيها نظرة متفحصة دراسة على موضوع الإباحة عند الفقهاء أنهم يسلكون في تعاريفهم لها مسلك الأصوليين، وقد استعمل الأصوليون لفظ الإباحة كثيرا خاصة الأحناف منهم عندما يتعرضون للكلام على الحظر والإباحة في كتبهم، وهذه بعض منها:
21 -أولا: عرفها عبد الله بن مردود الموصلية في كتابه الاختيار¹ بقوله: «الإباحة ضد الحظر، وأن المباح ما أجزى للمكلفين فعله أو تركه بلا استحقاق ثواب أو عقاب أو مأخذ فيه».

وقد نقل عنه فقهاء كثيرون منهم من نقل عن الذي نقل عنه، وأذكر من هؤلاء جميعا: الميداني²، في شرحه لكتاب القدوري³، وأبو بكر اليميني⁴، في الجوهرة النيرة على القدوري، والحصكفي⁵ في كتابه الدر، الذي شرح به تنوير الأبصار للتمرتاشي⁶.

¹ أنظر عبد الله بن محمود بن مردود أبو الفضل الموصلية، المتوفى سنة 683هـ، شرح كتاب الحصكفي، وكتب عنه كل من الطحاوي وابن عابدين.

² أنظر عبد الغني الغنيمي دمشقي الميداني الحنفي، أحد علماء القرن الثالث عشر الهجري، ومن كبار المحققين، صاحب كتاب اللباب.

أنظر اللباب في شرح الكتاب، المطبعة الأزهرية، سنة 1927، ص484.

³ القدوري الإمام أبو الحسن أحمد بن محمد البغدادي الحنفي، المولود سنة 362هـ وتوفي ببغداد سنة 428 صاحب مختصر القدوري، وهو أحد أصلي الهداية الذي يتكون منه ومن كتاب الجامع الصغير

⁴ أنظر اليميني أبو بكر علي بن محمد الحواري المتوفى سنة 800هـ: الجوهرة النيرة، ج2، الأستانة، ط سنة 1301هـ، ص382.

⁵ أنظر الحصكفي محمد علاء الدين المتوفى سنة 1088هـ، الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج3، المطبعة المليجية، مصر، بدون سنة نشر، ص609.

⁶ التمرتاشي محمد بن عبد الله بن أحمد الخطيب الحنفي الغري المتوفى سنة 1004هـ.

- 22- ثانيا: عرف المباح الشرنبلالي¹، متأثرا بابن مردود في حاشيته على درر الحكام لمنلاخسرو² بقوله: «المباح ما خير المكلف بين فعله وتركه بلا استحقاق ثواب ولا عقاب».
- 23- ثالثا: فسر العيني³ الإباحة في كتابه رمز الحقائق: «بأنها الإطلاق في مقابل الحظر الذي هو المنع»، واتبعه في هذا التفسير قاضي زاده⁴، وشيخ زاده⁵.
- 24- رابعا: عرفها الجرجاني⁶ في كتابه التعريفات الجرجانية بقوله: «الإباحة الإذن بإتيان الفعل كيف شاء الفاعل».
- 25- خامسا: عرفها الأستاذ علي الخفيف⁷ بأنها: «حق يثبت للإنسان أثرا لإذنه بأن ينتفع» ولما رأى في صياغة هذا التعريف شيئا من الغموض بسبب إقحام التعليل بالإذن، وتعلق هذه الكلمة بين الأسلوب، عدل عنه، وأورد تعريفا آخر، صريح وواضح، هذا نصه: «الإباحة تصرف أو إذن يفيد الإنسان حق الانتفاع بطريق مباشر».
- 26- سادسا: كما عرفها الأستاذ مصطفى الزرقاء⁸ بأنها: «الإذن باستهلاك الشيء باستعماله، وهي لا تجعله مملوكا، بل هي دون التملك».
- 27- سابعا: أورد أخيرا تعريف الأستاذ أحمد إبراهيم⁹ في بحث له بمجلة القانون والاقتصاد أيضا، إذ عرفه بقوله: «إذن الإنسان لغيره بأن ينتفع بماله أو يستهلكه أو يملكه، وهي نوع من الهبة بمعناها الأعم».

28 الفرع الثاني: تحليل هذه التعاريف

أقول ابتداء أن هذه التعاريف شبيهة بنظيراتها عند الأصوليين، ولا غرو فإن الأصول هي مقدمة الفروع، وخلفيتها النظرية والتعديدية، وضابطها الذي لا يتصور أن تخرج عنه، فاستعمل الفقهاء في تعريف الإباحة كلمات الإذن، والتخيير، وعرفوا الإباحة والمباح، وقالوا أن التخيير ينصرف إلى الفعل وضده إذا كانا في حكم واحد، أو بين الفعل

¹ أنظر الشرنبلالي حسن بن عمار بن علي الوفاي الحنفي المتوفى سنة 1096هـ، الحاشية على درر الحكام، ج2، طبعة الأستاذة، بدون سنة نشر، ص385.

² أنظر منلاخسرو محمد بن فراهوز الحنفي المتوفى سنة 885هـ، درر الحكام في شرح غرر الأحكام، ج2، طبعة الأستاذة، ط سنة 1394هـ، ص385.

³ أنظر العيني أبو أحمد محمود بن أحمد قاضي القضاة، ولد بمصر سنة 762هـ وولي الحسبة بالقاهرة وقضاء الأحناف، رمز الحقائق شرح كثر الدقائق، ج2، المطبعة اليمنية، ط سنة 1320هـ، ص265.

⁴ أنظر قاضي زاده شمس الدين أحمد بن نور الدين المتوفى سنة 998هـ، تكملة فتح القدير، ج8، بدون مكان نشر، طبعة 1329هـ، ص89.

⁵ أنظر شيخ زاده عبد الرحمان محمد سليمان، المتوفى سنة 1087هـ، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، ج2، مطبعة الأستاذة، بدون سنة نشر، ص523.

⁶ أنظر الجرجاني السيد الشريف علي بن محمد بن علي المولود في جرجان شهر شعبان من سنة 740هـ، المتوفى في سمرقند سنة 792هـ، التعريفات، المطبعة الخيرية، طبعة 1 سنة 1306هـ، ص2.

⁷ أنظر الأستاذ علي الخفيف، معاصر من مصر، كتب في القواعد والنظريات الفقهية والسياسة الشرعية، أحكام المعاملات في الفقه الإسلامي، ط2، بدون سنة نشر، ص42.

⁸ أنظر مصطفى الزرقاء، معاصر له مؤلفات في الفقه، المدخل للفقه الإسلامي، بدون مكان نشر، ط6، بدون سنة نشر، ص265.

⁹ أنظر أحمد إبراهيم، مصري معاصر ولد بالقاهرة في عام 1874 وتوفي بها بتاريخ 1945، اشتغل زمنا طويلا مدرسا للشريعة بكلية الحقوق القاهرة وله مؤلفات وأبحاث كثيرة: مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول، السنة الثالثة، ص65.

والترك للشيء نفسه، واستعملوا كلمة الإجازة. ويرى الدكتور مذكور أن كلمة الإجازة أقرب إلى الدقة من كلمة التخيير، ويرى أن التخيير عند إطلاقه يقتضي أن لا يستحق فاعله ثواباً لا على فعله ولا على تركه، ومن ثم ينعدم الداعي للتقييد بالقول: «من غير استحقاق مدح ولا ذم» ويكون هذا القيد زائداً، ولا يحتج بأنه احتراز به عن الواجب المؤقت بوقت موسع، والكفارة المخيرة، لأن التخيير في هذين الواجبين غير مطلق، وإنما هو مقيد بأول وقت الصلاة، أو بفعل كفارة من عدة كفارات¹. ويرجح الدكتور مذكور² لهذه الأسباب التعريف الذي ذكرته في الأول من هذه التعاريف، ويرى أنه أقرب للدقة من غيره، وهذا ما أراه معه للأسباب التي ذكر، ولثقتي في علمه وتحقيقه، ولكوني بحثت ولم أجد أضبط من هذا التعريف. غير أنني ألاحظ عليه أنه لا يدخل ما أجاز الناس لبعضهم فيما بينهم، وأذنوا لبعضهم البعض فيه، وهو إباحة كما سيتضح في الفرع الآتي. وعليه رأيت أن أقترح في نهاية بحثي للفرع تعريفاً يشمل ذلك، ويكون جامعاً مانعاً كما يقال - بحول الله. مع كامل احترامي وتقديري للدكتور مذكور، فهونبراسي المنير الذي هداني، بعد الله سبحانه وتعالى، في طريق الوصول إلى هذا التعريف، وفي مسائل أخرى كثيرة.

29 الفرع الثالث: إباحة الشارع وإذن العباد والتعريف المقترح

يتعين لحسن بحث هذا الفرع تقسيمه إلى ثلاث فقرات كما هو واضح من عنوانه، وكما هو آت:

30 - أولاً: إباحة الشارع سبحانه وتعالى: وهي إذنه بفعل الشيء أو تركه من غير مؤاخذه، ولا ثواب ولا عقاب. ومنه الإذن في الاستيلاء على المنافع المباحة، وهي كل ما خلق الله سبحانه وتعالى لينتفع به الناس حسب العادة في استعماله، شرط أن لا يكون هذا المخلوق في حيازة أحد، مع إمكان الانتفاع به، كما يكون الإذن بمجرد الانتفاع دون الحيازة متى كان من المصلحة مجرد الانتفاع. ومن الأموال المأذون من الشارع في حيازتها الماء والكأ والنار للحديث الذي رواه ابن ماجة عن أبي هريرة رضي الله عنه³ بسند صحيح عن النبي صلى الله عليه وسلم، ومتمن الحديث: «ثلاثة لا يمنعن: الماء والكأ والنار»⁴. وهذه الأشياء الثلاثة المذكورة نماذج فقط

¹ أنظر في مسائل التخيير عند الإمام العلامة شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمان الصنهاجي القرافي المتوفى سنة 684: الفروق، ج2، عالم الكتب، بيروت، بدون سنة نشر، ص 4 وما بعدها.
وانظر محمد بن علي بن حسين المكي المالكي المتوفى سنة 1367هـ، تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية، مطبوع على هامشه، بدون سنة نشر، ص 4 وما بعدها.
وانظر الشيخ الفقيه العلامة المتكلم الأستاذ الأودد أبو القاسم قاسم بن عبد الله بن محمد بن محمد الأنصاري ابن الشاط، المتوفى سنة 723هـ، إدرار الشروق على أنواء الفروق، مطبوع أسفل الفروق، ص 4 وما بعدها
ففي هذه الكتب علم جليل وتفاصيل دقيقة في موضوع التخيير أي إباحة فعل أحد الخيارين ومن بينهما خيار الفعل أو الترك للإباحة.

² أنظر الدكتور محمد سلام مذكور، النظرية العامة للإباحة، مرجع سابق، ص 45.

³ أبو هريرة عبد الرحمان بن صخر الدوسي عريف أهل الصفة، أسلم عام خيبر سنة 7هـ من أحفظ الصحابة وألزمهم لرسول الله صلى الله عليه وسلم، توفي سنة 58هـ، ثقة لروايته لا مطعن فيه إلا لمشكك غير نزيه لكثرة روايته.

⁴ أنظر العيزي علي بن أحمد المتوفى سنة 1070 هـ، السراج المنير شرح الجامع الصغير ومعه الجامع الصغير، ج 2، المطبعة الخيرية، مصر، طبعة 1375هـ، 1956م، ص 177.

للمباحات الكثيرة. ومنها ما أباح الشارع تملكه وإحرازه، كالماء، والحيوانات الغير مملوكة كطرائد الاصطياد والأسماك ونحوها من الأرض الموات لمن يستصلحها ويحييها، والركاز من المعادن والكنوز الدفينة في باطن الأرض. (وهذا القول في الركاز في أحكام الفقه القديمة أما حالياً فإن باطن الأرض ملك للدولة، وكذلك الأرض الموات) ولهذا الموضوع أحكامه في كتب الفقه الإسلامي¹ التي ينص فيها الفقهاء على أن مكتشف الركاز ومستخرجه له نسبة منه، وللدولة نسبة.

ومن المباحات ما يأتي إذن الشارع الحكيم بشأنها وإباحته لها لأجل مجرد الانتفاع بها، كالتعبد في المساجد²، والسير في الطرقات العامة، والاستمتاع بالأماكن والمناظر الجميلة العامة في كون الله سبحانه وتعالى، من غير تعد على حق الآخرين فيها. فهذه هي الصورة المبسطة لإذن الله سبحانه وتعالى للعباد وإباحته لهم، أما إذن العباد وإباحتهم لبعضهم البعض فهو ما سنتناوله بالبحث في النقطة الموالية.

31- ثانياً: إذن العباد لبعضهم البعض: فكما يكون الإذن من الشارع الحكيم سبحانه وتعالى، يكون الإذن بين العباد فيما بينهم، وسواء كان الإذن باستهلاك العين، أو بالانتفاع بها فقط مع بقاء ملك الرقبة لمالكها تعود إليه بمجرد استيفاء المنفعة، أو تبقى له والمنفعة يحقق ما أذن له المالك من الانتفاع. وكل هذا إباحة فيما بين العباد. ولا تكون الإباحة بمعنى التعاقد، فهي لا تحتاج إلى إيجاب وقبول وصيغة ونحو ذلك، وإنما تقوم بمجرد الإذن صراحة أو ضمناً، وهي جائزة لمعين ولغير معين من الناس. وجائزة في المجهول كما ذهب ابن حزم الظاهري³.

- وما أذن بين العباد باستهلاكه كالطعام يؤكل، والهدية مما يستهلك مما لا يمكن حصره من المباحات المتداولة بين العباد في هذا المقام.

- وما أذن فيه بين العباد بالانتفاع به، كذلك كثير منه: السير في ممر مملوك، وركوب السيارة والدابة ووقف شيء للمنفعة العامة كمدرسة ومسجد ومسبح، وروضة أطفال وغير ذلك من المنافع التي تباح لغرض الانتفاع بها دون تملكها مما لا يمكن حصره من المباحات في التعامل.

وبعد هذه الأمثلة وتحليل التعاريف أخلص إلى تحديد صيغة التعريف الذي أقترحه مستأنساً باختيار الدكتور مذكور وبتوضيح الموصلي أبو الفضل عبد الله بن محمد في كتابه الاختيار، حيث قال، وهو بصدد التعليل لتسمية صاحب القدوري مسائل باسم الحظر و الإباحة: «هو صحيح لأن الحظر المنع والإباحة الإطلاق»، وبما أن الإطلاق يفهم منه لغويا الإطلاق من جانب الله سبحانه وتعالى، ومن جانب العبد، فقد رأيت أن أستبدل هذه

¹ أنظر الكاساني أو الكاشاني أو القاساني ملك العلماء أبوبكر بن مسعود بن أحمد علاء الدين، المتوفى سنة 587، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج2، دار الكتاب العربي، بيروت، ط2 لسنة 1402هـ 1982م، ص65.

وانظر السرخسي شمس الأئمة أبوبكر محمد المتوفى سنة 483هـ وقيل توفي سنة 439هـ، كما جاء في الأعلام للزركلي، ج4، ط3، ص102: المبسوط، ج2، مطبعة السعادة، ط1 لسنة 1324هـ، ص211.

وانظر ابن عابدين محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي المتوفى سنة 1252هـ، حاشيته على الدر المختار للحصكفي، رد المحتار شرح تنوير الأبصار، ج2، **بدون مكان نشر**، طبعة سنة 1249هـ، ص47.

² أنظر الدردير سيدي أحمد بن محمد أحمد العدوي أبو البركان المتوفى سنة 776هـ، الشرح الكبير على مختصر خليل، ج1، المكتبة التجارية، بدون سنة نشر، ص489.

³ أنظر ابن حزم أبومحمد علي بن أحمد بن سعيد الظاهري، المتوفى سنة 456هـ، المحلى، ج9، دار الطباعة المنيرية، الطبعة 1 لسنة 1352هـ، ص163.

العبارة عبارة «أجيز» في التعريف الذي امتدحه الدكتور مدكور، بعبارة «أطلق» فيصبح التعريف الذي أقترحه هو الآتي.

32- ثالثاً: التعريف الذي أقترحه

أقترح التعريف الآتي: **المباح ما أطلق للمكلف فعله أو تركه بلا استحقاق ثواب ولا عقاب أو مأخذ فيه.**

مدخلا فيه ما أباح الله سبحانه للعباد، وما أباح العباد لبعضهم فيما بينهم. وإن وفقت فمن الله سبحانه وتعالى أشكره رجاء المزيد، وإن جانبني التوفيق فمن نفسي الضعيفة أسأله سبحانه وتعالى السداد والرشاد في كل الأحوال. وعذري أنني اجتهدت، وهذا جهد المقل (محاولة بسيطة لعلها تثير عالماً فذاً، باحثاً محققاً فينقياها أو ينقحها) وإن كنت أتمنى التوفيق على الدوام، وهو أمر لا يدرك، فحسبي الإجتهد والإسهام. وبما أن الإباحة في فقه الشريعة وأصوله، لها ما يشبهها من المسائل كما هو حالها في النظم الوضعية، يتعين بحث هذه المسألة ببعض التفصيل، وفيما يلي بحثها في مطلب ثالث من هذا المبحث.

المطلب الثالث

تمييز الإباحة عن المفاهيم المشابهة لها

33- تمهيد وتقسيم

الإباحة في الشريعة الإسلامية بمعناها الذي مر معنا لها مسائل مشابهة لها، وقد يشكل الأمر فيها، ويدق التمييز بينها. ولذلك أتناول بالبحث هذه المسائل مميزاً لها عن الإباحة في أربع فروع، كما يلي:

الفرع الأول: تمييز الإباحة عن التخيير *choix ou option*.

الفرع الثاني: تمييز الإباحة عن الحل *licitation*.

الفرع الثالث: تمييز الإباحة عن الجواز *autorisation ou permission*.

الفرع الرابع: تمييز الإباحة عن الصحة *authenticité*.

سأناقش كل هذه النقاط المذكورة في الفروع الأربعة بما يقتضيه البحث، محاولاً الإحاطة بكل ما تثيره من مسائل، ومما يمتاز به مذهب دونا عن غيره، أنه عنه في حينه، وما اتخذ منه المذاهب موقف اتفاق ذكرته على أساس ذلك، وإن كانت نقطة مجمع عليها أشرت إلى ذلك في أوانه، وإلى أنه لا كلام في الحكم الوحيد المذكور فيها. مثل مسألة التسوية بين خيار إتيان أو ترك ما هو مباح، فهذه مسألة مجمع على جواز الأمرين فيها.

34- الفرع الأول: تمييز الإباحة عن التخيير *choix ou option*.

أتناول هذا الفرع في نقطتين، أخصص إحداها لرأي جمهور الفقهاء والأصوليين وأخصص الثانية لرأي الإمام القرافي والرد عليه من طرف ابن الشاط، وابن حسين، وتعليق الدكتور مدكور على ذلك، وموقفي من المسألة.

35- أولا: رأي جمهور الفقهاء والأصوليين.

محصلة ما توصلنا إليه من تعاريف كل من الأصوليين والفقهاء للإباحة التعريف الذي صغته عند تناولنا لمسألة الإباحة عند الفقهاء والذي نصه: «المباح ما أطلق للمكلف فعله وتركه، بلا استحقاق ثواب ولا عقاب، أو مأخذ فيه».

وفحوى الإباحة عند الأصوليين هي التخيير بين الفعل والترك من الشارع للمكلف، مع استواء الطرفين، بلا ثواب ولا عقاب، سواء على الفعل أو الترك.

وهو نفسه عند الفقهاء، مع اهتمام الفقهاء بالإذن بين العباد فيما بينهم.

- أما التخيير فليس دائما على هذه الصورة، وإنما قد يكون التخيير بين الواجبات فيما بينها أو بين المندوبات فيما بينها، ولا يقف التخيير عند المباح في فعله أو تركه.

والواجبات التي يكون فيها التخيير تستوي في الوجوب لكنها لم يتعين واحدا منها، فبقي الخيار للمكلف في فعل أي منها، كما هو الحال في الكفارة المخيرة، ككفارة اليمين المنصوص عليها في قوله سبحانه وتعالى: «فكفارتها إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة»¹. ففعل واحد من الخيارات الثلاثة يجرئ الحانت في يمينه المكفر وتسقط عنه المطالبة. ومثل ذلك التخيير في عقد الإمامة أي انتخاب رئيس الجمهورية في حالة ترشح أكثر من واحد للمنصب وكلهم أكفاء. وكذا اختيار المطلوبة للزواج أحد الخاطبين.

- ويتم التخيير كذلك بين المطلوبات على سبيل النذب، والمندوب نفسه يترك الخيار فيه لمكلف في طريقة أدائه في بعض الأحيان، كما يروى عن أبي حنيفة رضي الله عنه²، أن نوافل النهار من الصلوات يخير المكلف بين أدائها أربعا أربعا على رأس كل أربع تسليمية، وبين أدائها اثنتين اثنتين على رأس كل اثنتين تسليمية.

- والتخيير في المباح لا شيء فيه على الإطلاق، بينما من اختار ترك المندوب فله ذلك لكن يفقد ثوابه، وإن لم يعاقب على تركه.

- ومن هذا يتبين أن التخيير أعم من الإباحة، والتخيير فيما هو مباح لا شيء فيه على الإطلاق، وأن المندوب في ذاته فيه مرتبة تخيير.

- وعلى أي حال فالتخيير يكون بين متماثلين، إذ يكون بين الواجبات فيما بينها، وبين المندوبات فيما بينها. كما يكون في المباح، وفي اختيار عمل المباح المخير فيه.

- ويقول الأصوليون أن الشارع الحكيم إذا خير بين أمرين يكون حكمهما واحد، ولا يقع التخيير إلا بين أمرين من نفس المرتبة، ولم يخرج عن هذا الاتفاق إلا الإمام القرافي. ولا يؤثر خروجه في إجماع الأصوليين والفقهاء كلهم.

36- ثانيا: رأي الإمام القرافي في التخيير

ذهب الإمام القرافي إلى رأي خالف به جمهور الأصوليين والفقهاء في كتابه، الفروق، فقال بأن هناك تخيير يقتضي التسوية وتخيير لا يقتضيها. ويمثل لذلك بما ورد في قوله تعالى: «...فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة...»³، يقول في ذلك¹ أن

¹ الآية رقم 91/89 عند ورش من سورة المائدة(5).

² هو الإمام الأعظم أبوحنيفة النعمان بن ثابت الفارسي، ولد بالكوفة سنة 81 هـ وتفق به، ثم انتقل إلى مصر، وهو إمام مدرسة أهل الرأي، توفي سنة 150 هـ.

وانظر الدكتور محمد سلام مذكور، النظرية العامة للإباحة، مرجع سابق، ص 81.

³ الآية 100/101 عند ورش من سورة النساء(4).

الشارع الحكيم سبحانه وتعالى خير بين ركعتين اثنتين أو أربعة لمن هو في حالة سفر، والركعتان واجبتان جزماً والزائد ليس بواجب لأنه يجوز تركه وما يجوز تركه لا يكون واجباً، وأما الركعتان فلا يجوز تركهما إجماعاً، فقد وقع التخيير بين ما هو واجب وما هو ليس بواجب، فالتخيير واقع بين جزء وكل لذا خرج عن القاعدة المتعارف عليها عند الأصوليين والفقهاء. وبمثل هذا الحكم على مسألة طلب الدين من المدين المعسر في تخيير الدائن بين النظرة والإبراء. وكذا في تخيير المولى لنبيينا محمد صلى الله عليه وسلم في قوله تعالى: «يا أيها المزمّل قم الليل إلا قليلاً نصفه أو انقص منه قليلاً أو زد عليه ورتّل القرآن ترتيلاً»².

وقد رد عليه³ ابن الشاط في كتابه إدرار الشروق على أنواء الفروق المطبوع أسفل كتاب الفروق، مفنداً كل ما قال في الأمثلة الأربعة التي ساقها القرافي في الفرق الثامن والأربعون والذي عنوانه بين قاعدة التخيير الذي يقتضي التسوية وبين قاعدة التخيير الذي لا يقتضي التسوية بين الأشياء المخير بينها، وقال أن ما قاله القرافي هنا مجرد دعوى. ووجه له تقريباً على قلبه للحقائق.

وسانده في ذلك محمد بن علي بن حسين المكي صاحب كتاب تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية، وقال بعد أن فند ما قاله القرافي ووصف ما وقع فيه بالوهم (على حد تعبيره) .

وأرى بعد استقرائي للجدل الذي وقع بين هؤلاء الفطاحل أنه فعلاً وقع الإمام القرافي في الوهم مع عظيم احترامي له- وذلك بسبب تمكنه من التحليل والتحكم في المعاني والمسائل ، فخانته الحظ هذه المرة، ومن أراد المزيد والمتعة فليرجع إلى الفروق وحاشيته وأسفله.

37- الفرع الثاني: تمييز الإباحة عن الحل licitation

أتناول هذا الفرع في ثلاث نقاط يقتضيها حسن توضيح المطلوب، وهي: الحل في القرآن والسنة، الحل عند جمهور الأصوليين والفقهاء، الحل عند الخطيب الشربيني وسليمان البيجرمي، يتبعه رأيي في المسألة.

38- أولاً: دليل الحل في القرآن والسنة

1- ورد الحلال مقابل الحرام في القرآن العظيم في آيات كثيرة منها:

قوله تعالى: «...يحل لهم الطيبات ويحرم عنهم الخبائث...»⁴.

وقوله : «...كل الطعام كان حلالاً لبني إسرائيل إلا ما حرم إسرائيل على نفسه...»⁵.

وقوله: «يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك...»⁶.

وقوله: «ولا تقولوا لما تصف ألسنتكم الكذب هذا حلال وهذا حرام...»⁷.

¹ وانظر ابن الشاط، إدرار الشروق، مرجع سابق، ص4 وما بعدها. وانظر ابن حسين المكي، تهذيب الفروق، مرجع سابق، ص4 وما بعدها. انظر القرافي، الفروق، مرجع سابق، ص8 إلى 11.

² الآية رقم 01 من سورة المزمّل (73).

³ انظر ابن الشاط، إدرار الشروق ، مرجع سابق، ص4.

⁴ الآية 157 من سورة الأعراف (7).

⁵ الآية 93 من سورة آل عمران (3).

⁶ الآية 1 من سورة التحريم (66).

⁷ الآية 116 من سورة النحل (16).

وقوله: «قل أرأيتم ما أنزل الله لكم من رزق فجعلتم منه حراما وحلالا...»¹.

2- وورد الحلال مقابلا للحرام في السنة، في أحاديث كثيرة أيضا منها:

- ماورد في صحيح البخاري ومسلم² في حديث بني هشام بن المغيرة، وهم من أهل أبي جهل من قريش، وقد استأذنوا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يزوجوا عليا امرأة منهم فقال: «أما إني والله لا أحل حراما ولا أحرم حلالا لكن لا تجتمع بنت عدو الله وبنت نبي الله». «

وما رواه الترمذي³ وأبو داود⁴ أن الرسول عليه الصلاة والسلام قال: «المسلمون على شروطهم، إلا شرطاً حرم حلالاً أو حل حراماً» وهذا النص هو الذي رجع إليه سيدنا عمر رضي الله عنه⁵ في رسالته الشهيرة التي وجهها إلى عامله سيدنا أبي موسى الأشعري رضي الله عنه⁶.

39- ثانيا: ورود الحل عند جمهور الأصوليين والفقهاء.

يرد الحلال مقابلا للحرام عند جمهور الأصوليين والفقهاء ويشتمل التعبير بالحل عندهم كل ما عدى الحرام أو التحريم، فيدخل في معنى الحل أو الحلال عندهم المباح والمندوب والواجب بل والمكروه أيضا⁷، ولذا نجد الفقهاء يعبرون في مناسبات كثيرة بقولهم: الحل مع الكراهة⁸. فقد قال العزيزي⁹ وهو يشرح قول الرسول صلى الله عليه وسلم: «أبغض الحلال عند الله الطلاق»: «إن الحلال هو الجائز الفعل والمراد غير الحرام فيشمل المكروه»، وفي تعبيره بالجائز الفعل ما يدل على أن الجائز هنا مرادف للحلال. ومما عبر فيه الفقهاء بقولهم الحل مع الكراهة، قول التمرثاشي¹⁰ في كتابه التنوير: «وحل الذبح بالسن والظفر المنزوعين مع الكراهة» ونقل الجزيري عن الحنابلة: أن الحلال ضد الحرام، فيشمل الواجب والمندوب والمكروه.

ويقول جلال الدين المحلي¹¹ عند تفسير قوله تعالى: «ولا تتبدلوا الخبيث بالطيب»¹: «إن الخبيث الحرام والطيب الحلال» فهذه المقابلة تدل على شمول الحلال لكل ما عدى

¹ الآية 59 من سورة يونس (10).

² البخاري في كتاب الجهاد، باب ورع النبي، ومسلم في كتاب فضائل الصحابة، باب فضل فاطمة. والبخاري هو أبو عبد الله محمد بن اسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة بن بردويه الجعفي، محدث، من كتبه الجامع الصحيح، توفي سنة 256هـ.

ومسلم هو مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري، محدث، من أشهر كتبه الجامع الصحيح، توفي سنة 261هـ. ³ الترمذي هو أبو عيسى محمد بن عيسى، ولد سنة 200هـ، وقيل 210، كان ضريرا (أعمى) تتلمذ على يد البخاري وغيره، إماما محدثا، ألف كتابه السنن وغيره، توفي بترمذ سنة 295هـ.

⁴ أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، محدث، من كتبه السنن، توفي سنة 275هـ.

⁵ عمر بن الخطاب من قبيلة عدي بن كعب بن لؤي، أول أمير للمؤمنين من حيث التسمية، وأول من أنشأ للدولة الإسلامية إدارة وبقي فضله أشهر من أن يعرف، قتله غيلة أبو لؤلؤة المجوسي وهو يصلي الفجر، يوم الإثنين 26 من ذي الحجة سنة 23هـ.

⁶ أبو موسى الأشعري عبد الله بن قيس بن سليم بن حضار، ولاه الرسول صلى الله عليه وسلم القضاء على اليمن وهو مهاجر، توفي سنة 44هـ.

⁷ المكروه قسمان عند الأحناف، مكروه كراهة تنزيه، ومكروه كراهة تحريم، وهو واحد عند الجمهور، ويلحق الأحناف الأخير بالحرام، ويعتبر الجمهور كل المكروه غير حرام.

⁸ أنظر الدكتور محمد سلام مذكور، نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء، مرجع سابق، ص 86.

⁹ نفس الصفحة من نفس المرجع.

¹⁰ أنظر ابن عابدين كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي الحنفي، المتوفى سنة 861هـ، فتح القدير، شرح الهداية للمريناني، ج 5، المطبعة الميمنية طبعة 1329هـ، ص 205.

¹¹ جلال الدين محمد بن أحمد المحلي الشافعي، المتوفى سنة 862هـ.

الحرام، خاصة بمصطلح غير الأحناف من الشافعية الذين ينتمي إليهم المحلى وغيرهم، إذا الحرام يشمل ما كان مطلوب الترك سواء بدليل قطعي أو ظني

40- **ثالثا: الحل عند الشربيني² والبيجرمي³ ورأيي في المسألة**

لم يعتبر الشربيني والبيجرمي الحلال شاملا للمكروه وقصرا الحلال على ما يشمل الواجب والمندوب والمباح، وأفردا للمكروه قسما يقابل الحلال والحرام، فقد قال الشربيني: «إن الفقه يعرف به الحلال، والحرام، وغيرهما» وعلق البيجرمي على قوله هذا فقال: «إن الحلال يشمل الواجب والمندوب والمباح، وأن قوله وغيرهما تحته المكروه».

رأيي في هذه المسألة أنه: يجب أن نهتدي فيها بقوله سبحانه وتعالى: «...فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلا»⁴. وإذا رجعنا للقرآن العظيم والسنة النبوية الشريفة وهما الأصلين للشريعة الغراء، لا نجد فيهما إلا الحلال يقابله الحرام، ولا نجد فيهما المرتبة الثالثة التي عبر عنها الشربيني «بغيرهما» وفسره البيجرمي بالمكروه. فالحل إذن تقابله الحرمة لا غير، وكل ما هو غير حرام يدخل تحت الحل، ومن ذلك المكروه سواء أهو مكروه كراهة تحريم أو كراهة تنزيه، ويلحق المكروه كراهة تحريم بالحرام والمكروه كراهة تنزيه بالمباح.

وفي أي مذهب من المذاهب الفقهية الإسلامية، يمكن أن نقول أن فقهاء الإسلام وأصوليين مجتمعين على ذلك، إذ لا عبرة لمخالفة اثنين منهم. وهذا رأيي، ولا أنزهه عن الخطأ، وسبحان من لا يخطئ.

41- **الفرع الثالث: تمييز الإباحة عن الجواز permission ou autorisation**

المتنبع لعبارات الأصوليين والفقهاء في هذه المسألة يجدهم يستعملون الجائز استعمالين، أحدهما بمعنى الحلال، وثانيهما بمعنى المباح.

- وممن يرون أن الجواز مرادف للإباحة الإمام أبي حامد الغزالي، إذ يقول: «إن حقيقة الجواز التخيير بين الفعل والترك والتساوي بينهما بتسوية الشرع».
- وممن يرون أن الجواز مرادف للحلال (وهو ما سوى الحرام والمكروه كراهة تحريم عند الأحناف) صدر الشريعة⁵، إذ الجواز عنده يشمل كلا من الواجب والمندوب والمكروه تنزيها والمباح، فالجواز عنده مرادف للحلال بالإطلاق المشهور الذي يرد على أساس أنه يشمل كل ما عدا الحرام.

¹ الآية 2 من سورة النساء (4).

² الشربيني هو محمد بن أحمد الخطيب المتوفى سنة 977هـ، وكان خطيبا بالأزهر الشريف، نشر كتاب أبي شجاع في الفقه الشافعي.

³ البيجرمي سليمان السوفي بن محمد بن عمر المولود سنة 1131هـ المتوفى سنة 1221، من أهم مؤلفاته تحفة الحبيب على شرح الخطيب، وحاشيته على شرح المنهج للشيخ زكرياء الأنصاري.

⁴ الآية 58 و59 عند ورش من سورة النساء (4).

⁵ أنظر صدر الشريعة عبد الله بن مسعود المتوفى سنة 747هـ، التوضيح على تنقيح الوصول، ج1، بدون مكان نشر، بدون سنة نشر، ص 69.

ويتفق مع هذا المسلك في أسلوبه المشعر بالترادف بين الحل والجواز في موضوع الحظر والإباحة من الأحناف، القدوري واليميني، إذ يقول القدوري: «لا يحل للرجل لبس الحرير» ثم يقول اليميني، صاحب الجوهرة¹: «وكذا لا يجوز للرجل لبس المعصفر»².

42- استعمال الجواز بمعنى الصحة *authenticité*

من الفقهاء من استعمل الجواز بمعنى الصحة في مواضع من كتبهم، مثلاً عند حديثهم عن المياه التي تصح الطهارة بها فيعبرون بقولهم: «المياه التي يجوز التطهير بها... والتي لا يجوز بها التطهير»³.

43- لفظ الجواز عند صاحب مسلم الثبوت

ذهب صاحب مسلم الثبوت⁴، في أصول الفقه، محب الله عبد الشكور إلى أن لفظ الجائز يطلق على معان خمسة في الاصطلاح وهي: «المباح، وما لا يمنع شرعاً، وما ليس بممتنع عقلاً، وما استوى فيه الأمران شرعاً أو عقلاً، والمشكوك في حكمه كسور الحمار»⁵.

- ويرى الدكتور مدكور وأنا معه أن استعمال مصطلح الجواز فيما ليس بممتنع عقلاً استعمال لغوي كلامي منطقي فهو اصطلاح عند المتكلمين والمناطق (علماء المنطق) وليس من استعمال الفقهاء.

- وأن المشكوك فيه مباحين للمباح، إذ الشك لا حكم معه أما الإباحة فهي حكم يستلزم العلم بالمحكوم فيه أو على الأقل الظن القوي الراجح، ولا يلتقي الشك مع العلم ولا حتى الظن الراجح.

وخلاصة القول أن ما جاء في مسلم الثبوت غير معهود لدى الأصوليين والفقهاء، الذين يتلخص موقفهم من الجواز والصحة في أن الجواز يرادف الإباحة عند الغزالي، ويرى القدوري وصدر الشريعة وغيرهما من الأحناف أن الجواز أعم، وأنه مرادف للحل. ومن الفقهاء كما رأينا من رأى أن الجواز مرادف للصحة.

44- الفرع الرابع: تمييز الإباحة عن الصحة *authenticité*

لم أجد من الفقهاء من استعمل الجواز بمعنى الصحة، وإنما وجدت أن البيضاوي استعمل الصحة بمعنى الإباحة، فقال: «الصحة إباحة الانتفاع»⁶ وعلق عليه الدكتور مدكور بقوله: «وظاهر أن هذا تكلف منه، فإن كون الشيء مستوجبا لشيء لا يقتضي أن يكون هو ذلك الشيء...»⁷. ولو أنه صح أن الصحة هي الإباحة لا ينتقل بالتالي المعنى إلى الجواز وأمكن القول أن الصحة هي الجواز، ولكن المعنى لا يصح وبالتالي فالإباحة متباينة مع الصحة في حقيقتها وماهيتها، فإذا كانت الإباحة هي التخيير بين الفعل وتركه،

¹ أنظر اليميني أبوبكر علي بن محمد الحواري: الجوهرة النيرة، ج2، مرجع سابق، ص 382.

² المعصفر: المصوغ، أنظر مختار الصحاح، مرجع سابق، ص 183.

³ أنظر المرغيناني، الهداية، شرح بداية المبتدئ، ج1، المطبعة الخيرية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص

7. والمرغيناني هو أبو الحسن بن محمد بن عبد الجليل الرشداني برهان الدين المتوفى سنة 953هـ.

⁴ أنظر محب الله بن عبد الشكور المتوفى سنة 1119هـ، مسلم الثبوت، ج1، المطبعة الأميرية، القاهرة، طبعة 1 سنة 1322، ص 103 و 104.

⁵ السور بقية الأكل أو الشرب والبقية من كل شيء المرأة الكهلة يقال فيها سور أي بقية، أنظر المعجم الوسيط، ج1، مرجع سابق، ص 410.

⁶ أنظر البيضاوي القاضي عبد الله بن عمر بن محمد ناصر الدين المتوفى سنة 685هـ، منهاج الوصول إلى علم الأصول، ج1، مطبعة السعادة، القاهرة، بدون سنة نشر، ص 27.

⁷ أنظر الدكتور محمد سلام مدكور، النظرية العامة للإباحة، مرجع سابق، ص 92.

فإن الصحة هي موافقة الفعل ذي الوجهين لحكم الشرع¹، ولا شك أن التخيير شيء والموافقة شيء آخر، فالتخيير وصف من أوصاف الشرع أما الصحة فهي وصف لعمل المكلف إذا كان مستجمعا للشرائط التي يتطلبها الشرع. والإباحة حكم تكليفي، أما الصحة فهي حكم (في نظر الجمهور) وضعي.

وليس كل فعل يقع من المكلف يمكن وصفه بالصحة، وإنما الذي يوصف بها هو المهاييا الشرعية التي اعتبرها الشارع الحكيم سبحانه وتعالى، واعتبر لها أركاناً وشروطاً لا تتم إلا بها، أما الأفعال العادية كالأكل والشرب وغيرها فإن لا علاقة لها بحكم الصحة.

- وعلى أي حال فإن بين المباح والصحيح عموماً وخصوصاً من وجه أن كل ماهية شرعية تستجمع أركانها وشروطها، وقد أذن فيها الشارع من غير تكليف، فإنها توصف بالإباحة كما يمكن أن توصف بالصحة، كأغلب العقود القائمة الأركان والشروط، فإنها مباحة لإذن الشارع فيها، وصحيحة لكونها متوفرة الأركان والشروط.

وينفرد المباح في غير المهاييا الشرعية، من الأفعال التي خير الله سبحانه وتعالى فيها بين الفعل والترك. كما ينفرد الصحيح في كل ماهية شرعية طلبها الشارع أمراً أو نهياً، واجتمعت لها شرائط الصحة، كالصلاة الصحيحة، والصوم الصحيح، حتى أن الشيء أحياناً يكون صحيحاً، وهو منهي عنه، غير أن هذا الوضع محل جدل².

وخلاف بين العلماء من أصوليين وفروعيين، فيقول بعضهم أن المنع لا يجمع الصحة أي لا يجتمع معها، ويجيز البعض ذلك في المعاملات دون العبادات، ويناقشون هذه المسألة بمناسبة الحديث عن الصلاة في الأرض المغصوبة والثوب المغصوب، والبيع ومختلف العقود وقت النداء الثاني لصلاة الجمعة. وكثيراً ما يقول العلماء أن هذا الشيء صحيح مع الكراهة.

وبعد أن بينا ما يميز الإباحة عن كل من التخيير، والحل، والجواز، والصحة التي يقابلها البطلان أو الفساد³، ينبغي التنبيه إلى أن كل ما عدا الصحة راجع إلى الحكم التكليفي، أما الصحة فهي أساساً من الحكم التخييري وهذا في رأي البيضاوي أما في رأي غيره فإن النسبة بين الصحة والإباحة غير ظاهرة.

ولا يفوتني التنبيه هنا إلى أن هذه الألفاظ كثيراً ما يستعمل بعضها بدل بعض، ولذا لا بد من التنبيه لذلك حسب التفصيلات التي أوردناها.

¹ ذو الوجهين: أي يكون أحياناً موافقاً لحكم الشرع وأحياناً يكون مخالفاً بحسب اشتماله على الشروط الشرعية وعدم اشتماله عليها.

² أنظر الشوكاني محمد بن علي، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، **بدون مكان نشر**، ط1 لسنة 1972، ص6.

أنظر كتاب النيل، وشرح النيل لكل من العلامتين ضياء الدين عبد العزيز الثميني، ومحمد بن يوسف أطفيش، ج1، المطبعة البارونية، لقاهرة ط1 لسنة 1343، ص706.

والإمام ضياء الدين بن عبد العزيز الثميني ينسب إلى (أبي حفص) جد العائلة الحفصية، ولد ببني يزقن بميزاب بالجزائر سنة 1201هـ، وخلف 10 مؤلفات على رأسها كتاب النيل في الفقه الإباضي، توفي سنة 1220هـ عن 93 سنة... والشيخ محمد بن يوسف أطفيش كذلك ينتهي نسبه إلى أبي حفص عمر بن حفص جد العائلة الحفصية من قبيلة المصامدة البربرية، ولد ببني يزقن ثم انتقل به والده إلى غرداية ليبحر في العلوم الشرعية والقافية... ومن أعظم مؤلفاته شرح النيل، توفي سنة 1332هـ عن 96 سنة.

³ أنظر الإمام الرازي: فخر الدين بن محمد بن عمر بن الحسن المولود سنة 544هـ، المتوفى سنة 606هـ، المحصول في علم أصول الفقه - دراسة وتحقيق الدكتور طه فياض جابر العلواني - القسم التحقيقي، ج1، **بدون مكان نشر**، طبعة سنة 1399م، ص 142 و 143.

هذا ما يتعلق بمفهوم الإباحة مقارنا مع ما يتشابه معه من المفاهيم، وبانتهاؤنا من هذه المسألة، تتوارد علينا مسألة هامة يبحثها الفقهاء في القانون الوضعي ولم يغفلها فقهاء الشريعة الإسلامية، هي مسألة مقارنة الإباحة والتمييز بينها وبين حالة عدم تطبيق النص للأسباب المعروفة في الفقه الوضعي، وهل لذلك ما يماثله في الفقه الإسلامي والشريعة الإسلامية ككل؟

45- المطلب الرابع: الإباحة وعدم تطبيق النص

هذا الوضع معروف في الفقه الجنائي الوضعي في صورة ما يعرف في النظم القانونية الوضعية بعدم تطبيق النص على ذوي الحصانات، أو عدم تطبيق النص في حالة ما إذا كان الفعل لا يشكل خطورة إجتماعية، كما هو الحال في النظام السوفيياتي السابق. غير أن الشريعة الإسلامية في نصوصها الأصلية لم يرد فيها ما يفيد صراحة أو ضمنا إمكان عدم تطبيق النص على أي كان أو جعل فعله مباحا رغم حظره بنص. فالحصانة لم تمنحها الشريعة لا للحاكم ولا لديبلوماسي، فالحاكم هو والرعية سواء. وهذا ما كان عليه الرسول صلى الله عليه وسلم والخلفاء الراشدون، وذلك معروف في التاريخ الإسلامي، حفظه المسلمون، ولا ينكره عليهم غيرهم، وأمثله إعطاء الرسول صلى الله عليه وسلم القود (القصاص) من نفسه، وكذا الخلفاء الراشدون كثرة...، وأمثله إعطائهم الحق من الشرف للعامي أكثر منها. غير أن مسألة عدم تطبيق النص أرى أنها قابلة للمناقشة وإبداء الرأي. - فالفقه الإسلامي عرف رأي أبي حنيفة رضي الله عنه¹ في هذه المسألة والذي خالفه فيه الأئمة أحمد² والشافعي³ ومالك⁴ رضوان الله عليهم جميعا.

¹ أنظر من الفقهاء الأحناف الذين نقلوا رأي الإمام في موضوع عدم معاقبة الإمام الأعظم على ما بينه وبين الله سبحانه وتعالى من جرائم ومعاصي:

- الزيلعي عثمان بن علي المتوفى سنة 742هـ، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، ج3، المطبعة الأميرية ببولاق، الطبعة 1، ص187.
- ابن نجيم زين الدين بن ابراهيم إبراهيم الحنفي المتوفى سنة 970هـ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج5، المطبعة العلمية ط1 لسنة 1310هـ، ص20.
- ابن الهمام كمال الدين بن محمد بن عبد الواحد السيواسي، المتوفى سنة 861هـ، فتح القدير شرح الهداية للمرغيناني، ج4، المطبعة اليمنية، ط سنة 1392هـ، ص160.

² ومن الحنابلة أنظر:

- ابن قدامة موفق الدين هو عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة بن نصر بن عبد الله موفق الدين أبو محمد المقدسي، المتوفى سنة 620هـ، الشرح الكبير على متن المقنع، على هامش المغني، ج2، مطبعة المنار، ط1 لسنة 1348هـ، ص من 343 إلى 382.

³ ومن الشافعية أنظر:

- الإمام الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس، الأم، ج6، المطبعة الأميرية، ط1 لسنة 1324هـ، ص36.
- الشيرازي أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف، المذهب في فقه الإمام الشافعي، ج3، مصطفى البابي الحلبي، طبعة سنة 1313هـ، ص189.

⁴ للمالكية أنظر:

- الإمام مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى برواية سحنون بن سعيد التتوخي عن الإمام عبد الرحمان بن القاسم العنفي عن الإمام مالك، مطبعة السعادة بمصر، طبعة سنة 1323هـ.

- ورأي أبي حنيفة فحواه أن الإمام الأعظم الذي ليس فوقه إمام لا يطبق العقوبة على نفسه متى كان جرمه متعلقا بحق الله سبحانه وتعالى، ويطبقها إن كان الجرم يمس بحقوق العباد بقصاص أو تعويض.

- ويبين الشيخ عبد القادر عودة رحمه الله فساد هذه النظرية، وأنا معه على هذا الرأي، لأن الإمام ليس إلا نائبا عن الشعب الذي يترأسه أو يملك أو يتأمر عليه، أما الحكم في نظر الإسلام فله: «إن الحكم إلا لله يقص الحق وهو خير الفاصلين»¹، «إن الحكم إلا لله أمر ألا تعبدوا إلا إياه»²، «إن الحكم إلا لله عليه توكلت وعليه فليتكول المتوكلون»³، يتولاه الإنسان عن طريق استخلاف الله للمجموع فيستخلفون عليهم من يحكمهم باسمهم... بالبيعة الصحيحة، أي بالانتخاب الحر سواء كان المترشح فردا أو جماعة⁴، ولا يخرج الأمر كثيرا عن هذا في القوانين الوضعية التي تعرف الملكيات والإمارات والرئاسات.

- إلا أن نظرية أبي حنيفة تطرح مع هذا حلا، وتفيد أساسا في أن مسألة عدم تطبيق النص أمرها وارد في التفكير الإسلامي، بمعنى تقبله الشريعة الإسلامية، في إطار المسكوت عنه، القابل للاجتهاد بطرقه المختلفة. غير أن الشيخ عبد القادر عودة رحمه الله زيادة على أنه أنكرها، قال: لما أن الشريعة لا تستثني رئيس الدولة الإسلامية، فإنها من باب أخرى وأولى أن لا تستثني رئيس دار الحرب إن أجزم في دار الإسلام.

- وأختلف مع الشيخ رحمة الله عليه في هذه النظرة، مع كامل احترامي وتقديري لمقامه العلمي وجهاده، باعتباره من السباقين، من الرعيل الأول، الذي عمل على تقديم الفقه الإسلامي في صورة يمكن معها الاستفادة منه أكثر والتعامل معه ببسر، إلا أنني أرى أن مفهومه هذا لدار الإسلام ودار الحرب على غير فقه للنصوص، وتطبيقها على الواقع، ولعله متأثر بنضاله في هذه المسألة فطغى ذلك على علمه.

- وفهمي لهذه المسألة بكل بساطة أن الأمم المتحدة يعتبر ميثاقها عقد أمان بين الدول الموقعة عليه، أو عقد مهادنة على الأقل، وإن كنت أميل إلى أنه عقد أمان، وأن أمريكا هي دار الحرب ومن يتعاون معها من الدول حتى الإسلامية، عندما تعتدي على العراق، وهي دار الحرب عندما تعتدي على بنما بنفس المفهوم والدرجة، وهي أو غيرها دار الحرب عندما تعتدي على أية دولة عضو في الأمم المتحدة أو في منظمة المؤتمر الإسلامي، أو الاتحاد الإفريقي، لأن كل هذه المواثيق عقود أمان.

- ثم أن المعاملة بالمثل، مبدأ تعرفه الشريعة الغراء في موضوع أسرى الحرب، فهل يمكن القياس على هذا المبدأ واستنباط الحكم للواقعة التي نحن بصدددها؟ واقعة إعفاء رؤساء الدول الأجنبية ودبلوماسيها من تطبيق النصوص.

- ثم أن قضية إذا لم يحقق تطبيق النص الجنائي المقصد الشرعي منه، تعرف الشريعة تطبيقا لهذه المسألة في صورة أمر سيدنا عمر رضي الله عنه في عام الرمادة⁵ بأن لا يقام

¹ الآية 58/57 عند ورش من سورة الأنعام (6).

² الآية 40 من سورة يوسف (12).

³ الآية 67 من سورة يوسف (12).

⁴ أحسن ما قرأت في هذا الموضوع رسالة دكتوراه العلامة السنهوري علق عليها وقم لها وترجمها صهره توفيق محمد الشاوي والمرحومة السنهوري ابنته.

⁵ عام مجاعة سرق فيها غلمان خاطب بن أبي بلتعة ناقة فنحروها واقتاتوا منها، فرأى سيدنا عمر أن الجوع الجاهم مكرهين ولم يقر الحد عليهم. وغرم ابن أبي بلتعة ضعفها. أنظر الجريمة لأبي زهرة، المرجع السابق، ص 418.

الحد على السارق بسبب القحط والمجاعة التي ألمت ذاك العام بالناس، لإدراكه رضي الله عنه أن الحد في هذه الحالة لا يحقق مقصد الشارع الحكيم، الذي هو الردع، لأن من جاع وآلمه جوعه قادم على الوصول إلى الأكل بأية طريقة، وإن أدت إلى قطع عنقه، ولا ينتج عن الحد في هذه الحالة إلا إعاقة خلق كثير، وهم مضطرين لا فاسدي طبع يلزم تقويمهم. والمسألة تحتاج إلى دراسة وبحث جاد من طرف الأصوليين والفقهاء والمتخصصين في السياسة الشرعية. هذا من ناحية الفقه أما من ناحية الواقع فحديث آخر¹. فإذا حلت هذه المسألة شرعياً فإن مسألة الحصانة البرلمانية وما إلى ذلك أمرها بسيط. فالبرلماني عليه أن لا يفترى، وإن لم يفعل ذلك فلا مطلب للشرع والقانون فيه. وبعد انتهائي من عرض مسائل هذا المطلب يتعين علي أن لا أبرحه حتى أعقد فقرة أقارن فيها ما جاء فيه، ملخصاً، بين الشريعة والقانون. راجياً أن لا يكون تناول المسائل بطريقة نضالية حركية، بل ألتزم بحول الله بالعرض والمناقشة العلميين، دون سواهما. إذ نجد أن كلا من الشرعتين عرف حالة عدم تطبيق النص فقد قال بها النظام السوفياتي، وسبقه لذلك بقرون موقف سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه في موضوع السرقة في عام الرمضة. أما ما عرفته القوانين الوضعية من الحصانات فلا تجد لها مثيلاً في الفقه الإسلامي إلا ما قاله الإمام أبو حنيفة بشأن عدم معاقبة الإمام الأعظم على ما تعلق بحق الله سبحانه وتعالى. أما المعاملة بالمثل فقد عرفها التاريخ الإسلامي لكن من غير التفريط في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية. ومن المفيد التنويه إلى أن كلا من الشريعة الغراء والنظم القانونية الوضعية تتسع فيها دائرة الإباحة، وهي أصلية، وهي ما يعرف في الشريعة الغراء بالمسكوت عنه وكله مباح، وما نص الشارع صراحة على إباحته، ثم ما حكم به حاكم حكماً صحيحاً. هذا خلافاً لما يراه المعتزلة الذين بنوا نظريتهم على العقل قائلين أن الحسن والقبح عقليان لا شرعيان. وتتميز الإباحة الشرعية عن الإباحة في القانون الوضعي بأن المأمور به فعلاً أو تركاً يثاب المأمور إن تركه إن كان تركاً، أو فعله إن كان فعلاً، بخلاف القانون الوضعي لا يثيب لا على الفعل ولا على الترك بل يعاقب المخالف الذي أجرم بمخالفته فقط.

¹ الحديث عن دار الإسلام ودار الحرب بالطريقة التقليدية لا يتضرر منه إلا المسلمون في الغالب ولا ينفعهم في شيء، فماذا نفعل بروناي أو جزر القمر أو موريطانيا أو حتى دول إسلامية كبرى إن هاجمها غير المسلمين حتى مجرد جارة للدولة، إذا لم تتدخل الأمم المتحدة والتنظيمات الإقليمية والدولية التابعة لها لإغاثتها بموجب نصوص موثقتها. فالعقل يفهم من درس أخذ المارينز لنوريبيغا (الجنرال) وهو رئيس دولته (دكتاتور) ولم يمهل عند القبض عليه ليلبس سترته العسكرية بل استكثرت عليه وحمل في لباسه الداخلي أسيراً ذليلاً.

المبحث الثاني

حقيقة الإباحة في النظم القانونية الوضعية

46- تمهيد وتقسيم

لبحث المفهوم القانوني للإباحة يتعين علينا تحديد مفهومها اللغوي، ثم التعرض للتعريف الفقهي التي ذكرها شراح القوانين عند الحديث في موضوع الإباحة، ونرى أن هذه التعريفات تنطلق من نظرة المقننين والمشرعين إلى الإباحة، والنظرة وإن كانت مختلفة من شارح إلى آخر فإن هناك قدر كبير من التشابه¹. ويتعين علينا حتى نتضح فكرة الإباحة التي نحن بصدد بحثها أن نبحت فكرة عدم المشروعية، وفي سبيل ذلك أيضا يتعين علينا بحث مركز الإباحة من قواعد القانون، وتمييز الإباحة عن النظم المشابهة لها. كل ذلك أبحثه في مطلب مستقل على النحو التالي:

المطلب الأول: أخصصه لتحديد مفهوم الإباحة.
المطلب الثاني: أخصصه لتحديد مفهوم عدم المشروعية.
المطلب الثالث: أخصصه لتحديد مركز الإباحة من قواعد القانون
المطلب الرابع: أخصصه لتمييز قواعد الإباحة عن النظم المشابهة لها، من موانع المسؤولية، وموانع العقاب وعدم تطبيق القانون.

المطلب الأول

مفهوم الإباحة

47- تمهيد وتقسيم

أتناول في هذا المطلب تعريف الإباحة من حيث اللغة، وما أورده شراح القوانين الوضعية في ثنايا شروحاتهم من تحديدات لمفهوم الإباحة، سواء جاءت هذه التحديدات في صورة التعريف الجامع المانع، أم في صورة أوصاف تحدد الفهم الخاص للواحد منهم لمفهوم الإباحة في ضوء القانون الذي هو بصدد شرحه، أو في ضوء المنظومة القانونية التي يشرح الشارح على ضوءها.

- وسوف لن أغرق كثيرا في بحث التعريف اللغوي، إنما أتناوله بالقدر الذي يحدد مفهومها المنضبط لغويا.

- وأتوسع في شرح المفهوم الاصطلاحي للإباحة، وبقدر ما هو موجود من منظومات قانونية وفقهية في مجال تعريف الإباحة.

وأعمد إلى تقسيم المطلب إلى فرعين:

أخصص أولهما: للتعريف اللغوي للإباحة.

وأخصص ثانيهما: للتعريف الاصطلاحي لها.

¹ أنظر الدكتور عثمان سعيد عثمان، استعمال الحق كسبب للإباحة، القاهرة، 1968، ص 293 وما بعدها.
وانظر الدكتورة خلود سامي عزارة آل معجون، النظرية العامة للإباحة-دراسة مقارنة-، **بدون مكان نشر**، 1984، ص 12 وما بعدها.

48- الفرع الأول: التعريف اللغوي للإباحة

لا أرى أنه من المجدي كثيرا الإغراق في بحث المفهوم اللغوي لكلمة «أباح»، وإنما يتعين بحثها بالقدر الذي يجعل ما تصطلح عليه محددا في أذهاننا، وبالقدر الذي نتوصل به وبفهم مشترك لما يصطلح عليه بها من مفهوم قانوني اشتراعي، وهذا هو الهدف، وهو حقيقة معنى انضباط المفهوم الاصطلاحي. وفي سبيل ذلك أتناول الفرع في بندين:

أخصص أولهما: للتعريف اللغوي للإباحة عند فقهاء اللغة العربية. وأتناول في ثانيهما: التحليل اللغوي لكلمة الإباحة la justification في إطار سياقات لفظية على المراد منها لغة في مختلف استعمالاتها، وبالقدر الذي يفيدنا في تحديد معناها اصطلاحا، على النحو التالي:

49- أولا: تعريف اللغويين العرب للإباحة

عرفها جمهرة كبيرة من مؤلفي المعاجم والقواميس، وتدور كل التعريفات في محيط تكاد لا تخرج عن نفس الجمل والكلمات، لذا سأقتصر على القليل منها الذي يفي بالغرض الذي هو تحديد المصطلح دون الإغراق في الشروح. وأقتصر على ثلاث معاجم معتمدة: القاموس الفقهي، أنقل منه التعريف اللغوي، والمعجم الوسيط، ومختار الصحاح.

ففي مختار الصحاح¹ جاء: بوح (أباحه) الشيء أحله له والمباح ضد المحظور و(استباحه) استأصله و(باح) بسرّه أظهره وأبانه قال.

وفي القاموس الفقهي² جاء: باح بوحا ظهر فلان بالسر أظهره وأعلنه فهو بائح. أباح الرجل ماله أذن في الأخذ والترك، استباح الشيء عده مباحا. واستأصله الإباحة الإطلاق. الإباحي من يتحلل من قيود القوانين والأخلاق.

وفي المعجم الوسيط³ بوحا ظهر، وفلان بالسر أظهره فهو بائح أباحه أظهره وأحله وأطلقه، ويقال أباح الشيء استباحه: عده مباحا واستأصله، الإباحية التحلل من قيود القوانين.

وما يعيننا من هذه المعاني أباح الشيء إذا أحله، والإباحة ضد الحظر، والإذن في الفعل والترك.

هذه هي المعاني التي تنطبق على موضوعنا وعلى مسمى الإباحة فيه.

50- ثانيا: تحليل كلمة إباحة justification

ترد كلمة إباحة justification في اللغة الفرنسية بمعنى تبرئة وتبرير وتأيد⁴، وبمعنى إثبات وتبرير وتسويغ⁵. ومن هذا اللفظ الأخير يمكن القول على أسباب الإباحة:

¹ الشيخ الإمام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دائرة المعاجم في مكتبة لبنان ناشرون، ط سنة 1995، ص 28.

² سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي، ط سنة 1402 هـ-1982 م، ص 42 و 43.

³ إبراهيم أنيس وآخرون، المعجم الوسيط، ج1، مرجع سابق، ص 75 و 76.

⁴ أنظر المعجم القانوني، وزارة العدل الجزائرية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 1992، ص 90.

⁵ أنظر ر. تركي وم. كبابي، قاموس قانوني فرنسي-عربي، مع نماذج للعرائض القضائية، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، بدون سنة نشر، ص 186.

مسوغات الإباحة les causes de justification أو أفعال التبرير les faits justificatifs سواء بسواء.

وترد كلمة تأييد في القواميس العربية الفرنسية¹ بمعنى: يجعله قويا rendre fort أو متينا robuste أو تقوية raffermir أو بمعنى أزر consoler أو بمعنى ساعد aider أو عاون وساعد assister أو بمعنى الإنقاذ والمساعدة secourir. وكلمة تبرئة جاءت بمعنى خلص ونجى أو حرر: délivrer et affranchir وبمعنى أعفى absoudre وبمعنى قرر براءته prononcer innocent، ووردت بمعنى يخلص ويعفي exempter، ووردت بمعنى يبرئ المريض guérir. وجاءت بمعنى الطلاق في مفهوم الفقهاء المسلمين بصيغة «أنت بريء أو بريئة» renvoyer sa femme par divorce.

والمتتبع لمعاني الكلمات الفرنسية التي جاءت كمترادفات مع الكلمة الأصلية justification يجد أنها تعني الإباحة والتبرير أي تبرير العمل الذي قام به الشخص لجعله مقبولا، أي مستساغا، أي أن يجعل للفعل ما يسوغه أي ما يجعله مقبولا غير مرفوض. وهذا ما يهمننا من معاني هذه الكلمة في لغتها الفرنسية، وعلى هذا الأساس نتعامل معها في البحث.

51- الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للإباحة

يصف الشراح عادة الإباحة بما يفيد أن أفعالا تتوفر فيها ظاهريا أركان الجريمة، ولكن مع ذلك لا يقع فاعلها تحت طائلة التجريم وبالتالي العقاب، نتيجة إحاطة هذا الفعل ببعض الأسباب التي تجعل ارتكابه مباحا، لكون المشرع رأى أن ارتكاب الفعل لا يحقق الضرر أو الخطر الذي من أجله تجرم الأفعال قانونا، وتنفي هذه الأسباب عن الفعل صفة عدم المشروعية.

- وتسمى هذه الأسباب «أسباب الإباحة»، وترى الدكتورة خلود سامي عزارة آل معجون أن الترجمة الصحيحة للمصطلح الفرنسي causes de justification هي أسباب التبرير، ولا ترى من حيث الدلالة اللغوية والقانونية فرقا بين هاتين العبارتين².

وأرى أن عبارة «مسوغات الإباحة» لا تقل عنهما تعبيراً على المعنى اللغوي والاصطلاحي في المسألة. فالمسوغات هي الأسباب، وهذه هي الأفعال التي تبرر إباحة ما هو في ظاهره من الأعمال تتوفر فيه أركان الجريمة. والأسباب في اللغة جمع السبب وهو الحبل، وكل شيء يتوصل به إلى غيره³.

- ويصفها القاضي فريد الزغبي بأنها الظروف والحالات والأوضاع والوقائع والملابسات التي يختصرها العلم الجنائي في التعبير الفرنسي les circonstances التي يمكن أن تحيط في صورة عارضة أو محتومة إما بوضع فاعل الجريمة أو المساهمين فيها دون الأخذ بعين الاعتبار ظروفهم الشخصية، وإما بطبيعة الحق المعتدى عليه بالنسبة لموقف

¹ أنظر أ.د. بيرستين كازيميرسكي قاموس اللغتين العربية والفرنسية، ج1، مطبعة لبنان، بيروت، بدون سنة نشر، ص 104 و 72.

² أنظر د. خلود سامي عزارة آل معجون، النظرية العامة للإباحة، مرجع سابق، ص 13.

³ أنظر الرازي الشيخ الإمام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، مختار الصحاح، مرجع سابق، ص 119.

المجني عليه، عملاً بمبدأ «الثنائية الجرمية» أو ما يعرف بالتعبير الفرنسي «le couple pénal»، وإما بماهية الجريمة نفسها كوجود مادي مع صدورهما عن النشاط الإنساني¹.

- ويرى البعض أن تسمى: «أسباب إنعدام اللامشروعية (عدم المشروعية الجنائية) أو حالات انعدام الصفة الإجرامية»، انطلاقاً من صورة أن هناك نص يجرم وهو قاعدة عدم مشروعية جنائية، إلا أن نصاً أباح الفعل بسبب ملابسات خاصة ارتبطت بتلك الواقعة الجنائية التي اكتمل لها ظاهرياً شكل الجريمة، جعل هذه الواقعة مشروعة في نظر المشرع² وهذه الملابسات والظروف هي أسباب الإباحة.

- ويعرفها البعض: «بأنها حالة انتفاء الركن الشرعي بناء على قيود واردة على نطاق نص التجريم تستبعد منه بعض الأفعال»³، تأسيساً على قيام الجريمة على أركان ثلاثة: مادي، ومعنوي، وشرعي، والمقصود بالركن الأخير الصفة غير المشروعة للفعل أو الترك، أو نص التجريم الواجب التطبيق على الفعل المقترف⁴. وينتقد هذا التعريف نقداً على جانب كبير من الموضوعية مفاده: أنه من غير الممكن أن يكون النص الذي يوجد الجريمة ويقررها ركناً فيها ولما يقتضي ذلك من وجوب أن يكون المجرم عالماً بنص التجريم والواقع أنه لا عذر بجهل القانون، ولا ينفي هذا الجهل القصد الجنائي.

- ويعرفها البعض: «بأنها أحداث أو ظروف أو مواقف معينة تلبس واقعة، يكتمل لها شكلاً المظهر الخارجي للجريمة، فتتفنى عن الواقعة صفة اللامشروعية الجنائية، أي تعتبره عملاً يبيحه المشرع»⁵. وينتقد الدكتور محمد سيد عبد التواب هذا التعريف⁶ بأنه يشتمل على كثير من التفصيلات، تتنافى وواقع التعريف.

- ويعرفها: «بأنها حالات تخصيص لنص التجريم تجعل الأفعال الواردة به مباحة عند توافرها»⁷.

كما عرفها الدكتور محمد نجيب حسني: «بأنها حالات انتفاء الركن الشرعي بناء على قيود واردة على نص التجريم يستبعد منه بعض الأفعال»⁸.

- واختارت هذا التعريف الدكتورة خلود سامي عزارة آل معجون في مؤلفها: النظرية العامة للإباحة⁹.

¹ أنظر القاضي فريد الزغبى، الموسوعة الجزائية، مجلد 4، دار صادر، بيروت، طبعة سنة 1995، ص 16.

² أنظر الدكتور محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات - القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 8 لسنة 1969، ص 4.

وانظر الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة سنة 1977، ص 159.

وانظر الدكتور رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي، دار الفكر العربي، طبعة سنة 1979، ص 494. وانظر الدكتور يسر أنور علي، "الدفاع الشرعي دراسة لمبدأ المشروعية"، المجلة الجنائية القومية، مجلد 13، 1970، ص 224.

³ أنظر الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص 160.

⁴ نفس الصفحة من نفس المرجع.

⁵ أنظر الدكتور يسر أنور علي، "الدفاع الشرعي دراسة لمبدأ المشروعية"، مرجع سابق، ص 226.

⁶ أنظر الدكتور محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة -، عالم الكتب، القاهرة، ط 1 سبتمبر 1983، ص 32.

⁷ نفس الصفحة من نفس المرجع.

⁸ أنظر الدكتور محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة في التشريعات العربية، القاهرة، طبعة سنة 1962.

وانظره في: شرح قانون العقوبات - القسم العام، مرجع سابق، ص 160.

⁹ أنظر الدكتورة خلود سامي عزارة آل معجون، النظرية العامة للإباحة، مرجع سابق، ص 18.

وأستنتج من هذه التعريفات وأوصاف الإباحة وأسبابها، التعريف التالي: «الإباحة هي حالة التعطيل لنص التجريم تجعل الأفعال المجرمة به مباحة».

فعبارة «تخصيص لنص» أرى أنها لا تنطبق تماما، إذ التخصيص يقتضي عموما ما خصصه نص خاص، والأمر ليس كذلك في القاعدة المجرمة والقاعدة المبيحة فكل قاعدة تستقل بحكمها، وليس بينهما عموم وخصوص، كما هو معنى العموم والخصوص في قواعد تفسير النصوص في القانون، وأصول الفقه في فقه الشريعة الإسلامية، في المباحث اللفظية.

ولذا رأيت أن أقترح هذا التعريف إسهاما في إثراء هذه المسألة، ولغيري أن يقدم ما هو أصوب، فذلك المرتجى.

ولا يتعطل نص التجريم إلا إذا توفرت شروط نص الإباحة، وهذا أمر بديهي لا يحتاج إلى النص عليه في التعريف، وفعل ذلك يجعل التعريف مشوبا بإضافة جملة له لا تدعو متطلبات الجمع والمنع لوجودها، بل شرط أن يكون التعريف مركزا مختصرا يدعو لحذفها.

وبما أن الإباحة يصفها كل شارح انطلاقا من النص الذي يشرح هو في ضوء المنظومة القانونية التي ينتمي إليها هذا النص، سأقدم كنموذج على ذلك: مفهوم الإباحة في كل من القانون الفرنسي، والقانون الإنجليزي والقانون السوفييتي. ثم مفهومها في بعض القوانين العربية.

52- مفهوم الإباحة في القانون الفرنسي

عرف الفقه الفرنسي نوعين من الإباحة:

إباحة بالمعنى الواسع لمدلول الإباحة، وتتمثل في الحرية الفردية، التي فحواها: أنه بإمكان الشخص أن يأتي كل فعل لم يحرمه القانون، على ضوء ما جاء في إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر سنة 1789 تطبيقا لمقولة: «كل ما لم يحظر فهو مباح»¹ وتلك هي الإباحة الأصلية.

أما الإباحة بالمعنى الضيق التي تنحصر في مسوغات التبرير أو الإباحة، أو الأفعال المبررة *les causes de justification ou faits justificatifs* والتي تعني إخراج الأفعال من دائرة التجريم استثناء بسبب وقوعها في ظروف خاصة.

ويبحث الفقه الجنائي الفرنسي الإباحة بمعناها هذا عند بحثه الركن المعنوي للجريمة. والنص الأصلي في قانون العقوبات الفرنسي الذي يقنن لأسباب الإباحة ضيق هذه الأسباب إلى حالات قليلة تظهر في نص المادة 327 من قانون العقوبات الفرنسي التي تقول: « لا جنابة ولا جنحة إذا كان القتل والجرح والضرب قد أمر به القانون وطلبت له السلطة الشرعية».

- غير أن الفقه في فرنسا يجمع على أن نص المادة 327 وإن ورد ناطقا بإباحة القتل والضرب والجرح إلا أنه يتضمن أساسا لقاعدة عامة تتضمن إباحة كل الجرائم الأخرى، ويقول في هذا الفقيه Emile Garçon ما مفاده: أنه من المؤكد أن أمر القانون وطلب السلطة الشرعية يبيحان كل الجرائم.

¹ V.Barthélemy.H, Traité élémentaire de droit administratif , Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Paris, 7Ed, 1913, p. 226.

- وإلى هذا ذهب Roger Merle عندما يقول¹: «إذا كان القانون الفرنسي عدد مع التقدير الشديد، ظروف الإباحة فإن التطبيق قد استخلص من هذا النطاق القانوني الضيق مبدأ عاما سليما».

- بل وخلص الفقه الفرنسي إلى نتيجة هامة وهي أن لا يبيح فقط الأفعال التي يأمر بها، وإنما يبيح أيضا التي يأذن بها.

- ويبيح القانون الفرنسي في إطار ذلك ما أمر به القانون² والعرف³، وما أمرت به السلطة الشرعية. وأباح القانون الفرنسي استثناء في إطار ما أفرزته الحرب العالمية الثانية: من أفعال المحاربين، وأفعال لتحرير فرنسا، وحتى تنفيذ أمر السلطة غير الشرعية (سلطة الاحتلال) إذا كان بحسن نية، ومن غير مبادأة من الشخص بل تحت أمر من هذه السلطة.

53- مفهوم الإباحة في القانون الإنجليزي

يقوم معنى الإباحة في الفقه الإنجليزي على المعنيين الواسع والضيق كما مر معنا في الفقرة 52 بشأن القانون الفرنسي في هذه المسألة على النحو الآتي:

1- الإباحة بمعناها الواسع: يستخلص هذا النوع من الإباحة من الدستور وأعرافه، وهي نتيجة لمبدأ الحرية الفردية.

- ويرى الفقهاء الإنجليز أن الدستور أساسه الحقوق الفردية، وليست هذه الحقوق نتيجة له، خلافا لما عليه الحال في أوروبا، إذ تعتبر الحقوق الفردية والحريات ميزة خاصة تستند إلى الدستور وتتبع منه، باعتباره أعلى وأسمى سلطة في الدولة

- وتضمن الحرية الفردية بالالتجاء إلى القضاء الذي هو ملزم بحمايتها في مواجهة كل معتد، وإن كان الدولة عن طريق أعوانها.

2- أما الإباحة بالمعنى الضيق، فينحصر معناها في عدم تطبيق العقوبة على من يقترب الفعل المجرم ظاهريا، إذا وقع منه الفعل في ظروف خاصة، ويعني هذا جعل الفعل المجرم أصلا مباحا متى توفرت شروط يحددها القانون الذي هو في بريطانيا أغلبه أعراف وسوابق قضائية.

- إلا أن القانون الإنجليزي عند معالجته لأسباب الإباحة لم يفرد لها موضوعا خاصا، بل عالجها ضمن الاستثناءات الواردة على المسؤولية الجنائية.

- والفقه البريطاني يحدد حالات ثلاث لعدم العقاب بسبب الإباحة وهي: استعمال الحق، ويدخل فيه الدفاع الشرعي وما إليه من الحقوق التي اشتهرت في الفقه بأنها من استعمال الحقوق. وتفاهة الفعل، أو صعوبة إثباته، أو كون الضرر المترتب على

¹ Merle(R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel*, problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général, CUVAS, . Paris, 1978, p.112.

et Bouzat(P.) , *Traité théorique et pratique de droit pénal*, Dalloz ,Paris,1951, p.208.
et Donnedieu De vabres (H.), *Traité de droit criminel et législations pénales comparées*, 3 Ed, Sirey, Paris, 1947, p.237.

² Bouzat(P.) , op.cit, p.209.

³ أنظر الدكتور عثمان سعيد عثمان، استعمال الحق، مرجع سابق، ص 296 وما بعدها.

المعاقبة أشد من المترتب على تركها. استنادا إلى مفهوم: أن القانون لا يهتم بسفاسف الأمور¹، وكون الفاعل بفعله حقق مصلحة² دون أن يتعسف أو يسيء استعمال فعله³.

54- مفهوم الإباحة في القانون السوفيائي

النظام السوفيائي سابقا كان نظاما اجتماعيا يلغي إلى حد كبير الفرد أمام المجتمع، ويهضم حقه أمام مصلحته، وتوضح هذه الصورة في مجال القانون الجنائي من المادة السابعة في فقرتها الثانية من قانون 1960 إذ تنص على أنه⁴: «مع وجود نص في قانون العقوبات يقضي بتجريم الفعل فإن هذا الفعل لا يعد جريمة إذا تجرد من الخطر الاجتماعي بسبب قلة أهميته».

- ويلاحظ أن سبب قلة أهمية الفعل ذهب إليها أيضا الفقه البريطاني كما لاحظنا في الفقرة 53، لكن القانون السوفيائي ركز على عدم وجود الخطورة الاجتماعية وسبق ذلك على قلة أهمية الفعل، وجعله هو سبب قلة الأهمية⁵.

55- مفهوم الإباحة في بعض القوانين العربية

القوانين العربية ليست أصيلة إلا ما كان منها تطبيقا صارما للشرعية الإسلامية، كما هو الحال في المملكة العربية السعودية، وما يتم من محاولات هنا وهناك بين الحين والآخر في البلاد العربية والإسلامية، كما هو الحال في السودان وليبيا وباكستان ودولة الإمارات العربية المتحدة، وموريتانيا وأفغانستان، لولا أن محاولات أغليبتها كانت فتنة أكثر مما هي محاولة لتطبيق الشريعة السمحة.

لذا رأيت تأخير بحث هذه الفقرة عن سابقتها من الفقرات 52 و 53 و 54.

- وأقول في البداية أن المقنن الجزائري اقتبس عن المقنن الفرنسي المادتين 39 و 40 من قانون العقوبات، إذ اقتبسهما عن المادتين 327 و 329 من قانون العقوبات الفرنسي، مخالفا النص الفرنسي، ومستفيدا من النقد الموجه له، إذ قال: «لا جريمة» بدل قول النص الفرنسي: «لا جنائية ولا جنحة» مهملًا شأن المخالفة، وعلى كل تفادى المقننون في الجزائر بعض عيوب الصياغة في النص الفرنسي⁶.

- وقريبا من هذا الموقف، كان موقف المقننين في القانون الجنائي المغربي⁷ في مادتيه 124 فقرة 3 و 125.

¹ كمثال على ذلك ما ورد في المادة 95 من قانون العقوبات الهندي المقتبس عن القوانين والأعراف البريطانية، ونصها: "لا جريمة في فعل بسبب ضرر يحدث، أو يقصد منه إحداث ضرر أو مع العلم بحدوث ضرر منه إذا كان الضرر من التفاهة بحيث لا يشكو منه شخص عادي التفكير والطباع".

² يضرب المثل على ذلك: بنشر الأخبار في الصحافة، وتقديم الشكاوى ضد الأشخاص إلى الجهات المختصة.

³ أنظر الدكتور عثمان سعيد عثمان، استعمال الحق كسبب للإباحة، مرجع سابق، ص 202 وما بعدها.

⁴ أنظر الدكتور محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 32.

⁵ أنظر غورييف وسيدوغين، النشاط التشريعي في الاتحاد السوفيائي، ترجمة خيري الضامن دار التقدم، موسكو، سنة 1977، ص 262.

⁶ أنظر فرحات بركاني، الدفاع الشرعي دفع الصائل - دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والنظم القانونية الوضعية - رسالة ماجستير مقدمة لجامعة الأمير عبد القادر سنة 1419هـ - 1998م.

⁷ أنظر الدكتور مصطفى محمد محمود، شرح قانون العقوبات - القسم العام -، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 2 لسنة 1967، ص 113 وما بعدها.

وانظر أستاذنا الدكتور أبو المعاطي حافظ أبو الفتوح رحمه الله، شرح القانون الجنائي المغربي - القسم العام -، مطبعة النجاح، ط 2 لسنة 1405هـ 1984م، ص 106.

- ويضيف القانون الجنائي المغربي في المادة 82 منه حالة الضرورة والإكراه المعنوي¹.
- ويعتبر القانون الجنائي المغربي الدفاع الشرعي نوعا من الضرورة².
- والتشريعات العربية تتفق في النص على أن ممارسة الحق، وأداء الواجب، والدفاع الشرعي أسباب إباحة.
- وتستعمل بعض القوانين مصطلح أسباب الإباحة كالقوانين: المصري والليبي والكويتي والعراقي بينما يستعمل القانون السوري واللبناني والأردني أسباب التبرير.
- واستعمل القانون التونسي تعبيراً مخالفاً تماماً فعبر في الباب الرابع من القسم الأول: بعدم المؤاخذه بالجرائم³.
- بينما عبر عنها شارحا القانون الجنائي التونسي وهما: عبد العزيز العوادي، واسماعيل بن صالح في الباب الرابع من كتابهما، الفصل الأول منه: بالأفعال المبررة، مجارة لما عليه الفقه في فرنسا والبلاد العربية.
- ومجمل أسباب الإباحة في مختلف النظم القانونية هي: الدفاع الشرعي، وإجازة القانون، وإطاعة القانون، وموافقة الضحية، وممارسة حق بغير تجاوز⁴.
- وتنحوا بعض التشريعات إلى إباحة استثنائية كإباحة أفعال المحاربين، وأفعال ترتكب للتحريض كما في فرنسا، وتنفيذ أمر السلطة غير الشرعية من غير مبادأة من المنفذ، بل تنفيذاً لتعليمات تلقاها صادرة من السلطة الفعلية المسماة بحكومة الدولة الفرنسية. وقد صدر قانون خاص في 21-11-1944⁵ عدل النصوص المتعلقة بالمعاقبة على أعمال التعاون مع العدو النازي في فرنسا.
- هذا هو المفهوم الأساسي للإباحة في النظم القانونية الوضعية، لكن يبقى هذا المفهوم غير واضح ما لم ندرس مفهوم عدم المشروعية المرتبط به والذي لا غنى للدارس عنه. وهذا ما سأتناوله بالبحث في المطلب القادم.

المطلب الثاني مفهوم عدم المشروعية

56- تمهيد وتقسيم

- لبحث مسألة عدم المشروعية لابد من الانطلاق من مسلمة كون أسباب الإباحة تجرد الفعل من تكييف عدم المشروعية وتحيله إلى فعل مشروع رغم توافر جميع أركان الجريمة فيه.
- وعليه فإنه إن كان عدم المشروعية هو التعارض مع القانون، فإن المشروعية تعود للفعل بتوفر سبب الإباحة.

¹ أنظر الدكتور سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 33.

² أنظر الدكتور أبو المعاطي حافظ أبو الفتوح، شرح القانون الجنائي المغربي - القسم العام -، مرجع سابق، ص 105.

³ أنظر محمد الطاهر السنوسي، المجلة الجنائية، ط4، دار بوسلامة، تونس.

⁴ أنظر القاضي فريد الزغبي، الموسوعة الجزائية، مرجع سابق، المجلد الرابع كله.

⁵ أنظر الدكتور عثمان سعيد عثمان، استعمال الحق كسبب للإباحة، مرجع سابق، ص 301.

- على أنه ينبغي أن لا نخلط بين مفهومي عدم المشروعية *illégitimité* وعدم القانونية *illégalité*¹، فالفعل غير المشروع هو ذاك الفعل الذي يصطدم مع النظام القانوني مثل القتل، أما الفعل غير القانوني فهو المعدوم في القانون كالعقد ببرمه عديم الأهلية.

- ولأهمية هذه المسألة يتعين بحثها في النقاط التالية، كل نقطة في فرع على النحو الآتي:

الفرع الأول: موضوع عدم المشروعية.

الفرع الثاني: نوعا المشروعية.

الفرع الثالث: خصائص عدم المشروعية.

الفرع الرابع: معيار عدم المشروعية.

الفرع الخامس: مدى تأثير المقتنين والقضاة بمعايير مبدأ عدم المشروعية.

وفيما يلي أتناول بالبحث النقطة الأولى تحت عنوان:

الفرع الأول: موضوع عدم المشروعية

سأتناول بالبحث هذه المسألة محددا موقف كل من التقنين والفقه منها في بندين، أخصص أولهما لموقف التقنين ، وثانيهما لموقف الفقه.

57- أولا: موقف المقتنين من عدم المشروعية

يتضح من الاستقراء أنه ليس من حسن التدبير أن يعتمد المقتن الجنائي إلى صياغة تعريف عام للجريمة، وإنما يتعين ترك ذلك للفقه والقضاء، ومرد ذلك إلى سببين:

السبب الأول، أن مبدأ الشرعية الجنائية يقتضي أن تنص القوانين الجنائية على ما يعد جريمة من الأفعال.

والسبب الثاني: أن في تحديد التعريف في صلب القانون الجنائي تجميد للتجريم يحول دون مواجهة ما قد يجد من جرائم بسبب تطور الحاجات والمعاملات والمفاهيم في المجتمع.

وصحيح أنه تجد الأفضية بقدر ما يجد من الفجور، لذا عمد أغلب المقتنين الجنائيين إلى عدم صياغة تعريف عام للجريمة²، كالحال في فرنسا ومن اقتبس عنها أو تأثر بها من المقتنين العرب، ومن ذلك الجزائر ومصر.

- لكن البعض من المقتنين أورد تعريفا عاما لها³ كما هو الحال في إسبانيا، إذ تعرفها المادة 26 من قانون 1928 بأنها: «الفعل أو الترك الإرادي الذي يعاقب عليه القانون».

- كما عرفها القانون المكسيكي الصادر سنة 1931 في مادته السابعة بأنها: «العمل أو الامتناع المقرر له العقاب في القوانين الجنائية».

- وعرفها أيضا قانون العقوبات البولندي الصادر سنة 1932 إذ تنص المادة الأولى منه على أن: «المسؤولية الجنائية واقعة على من يرتكب عملا مجرما بعقوبة يقررها القانون

¹ V.Delogu(T.), Les causes de justification de droit pénal et son application, 1956, n° 3, p.68.

² بعض الفقهاء كجارو فرق بين الجريمة الطبيعية *délit naturel* وجريمة القانون الوضعي *délit du droit positif* فقال أن الأولى أخلاقية والثانية وضعية، وهذه هي التي تخضع للتغير تبعاً لسياسة التجريم في المجتمع.

أنظر محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم العام -، مرجع سابق، ص 44.

³ أنظر الدكتور عدنان الخطيب، النظرية العامة للجريمة في قانون العقوبات السوري، بدون مكان نشر، ط سنة 1957، ص 13 و 14.

الساري وقت ارتكابها». وموقف المقنن البولندي جاء موقفا وسطا بين القوانين التي عرفت الجريمة والقوانين التي لم تعرفها، إذ تعريفه لها كان غير مباشر¹.

- وإذا كان هذا هو الأمر عند المقننين، فإنه عند الفقهاء لا يختلف كثيرا من حيث الخلاف بينهم أساسا، غير أن الخلاف عندهم لم يكن على التعريف، فقد أجمعوا على وجوبه، لكنه كان حول ركن عدم المشروعية، كما سيتضح لنا في الفقرة التالية.

58- ثانيا: موقف الفقهاء من عدم المشروعية

اهتم الفقهاء على خلاف المقننين بوضع تعريف للجريمة، حرصا منهم على توضيح الأركان العامة للجريمة، وإن كانت تعاريفهم جاءت أحيانا مشوبة بالنقص وأخرى بالغموض.

واختلافهم كما قلنا حول إظهار ركن عدم المشروعية، أما الركنين المادي والمعنوي فقد جاءت تعاريفهم للجريمة متفقة بشأنهما.

أما ركن عدم المشروعية فبعضهم يراه ركنا في الجريمة²، والبعض الآخر ينكر عليه ذلك، على خلاف بين الفقهاء من بلد إلى بلد، وحتى في البلد الواحد.

وحتى تتضح الصورة أعرض فيما يلي لهذا الخلاف في كل من فرنسا وألمانيا والبلاد العربية.

59- موقف الفقه في فرنسا من عدم المشروعية

الفقهاء في فرنسا بين مغفل لمبدأ المشروعية كركن في الجريمة، ويرى أنها لا تحتاج إليه في تعريفها وقيامها، في حين يرى آخرون عكس ذلك.

فالفقهاء المعاصرون في فرنسا مثل ستيفاني ولوفاسور أغفلوا كلية عنصر عدم المشروعية، وعرف هذين الفقيهين الجريمة بأنها: «الفعل أو الامتناع المسند إلى عامله والذي ينص عليه القانون ويقرر له جزاء جنائيا»³.

أما في الفقه الفرنسي القديم فقد ذهب جازو إلى تعريف الجريمة فقال: «أنها فعل أو امتناع يقع اعتداء على القوانين التي يكون موضوعها المحافظة على النظام الاجتماعي والأمن العام»، ثم أكد في تعريفه كون: «عدم المشروعية هو جزء من ذاتها»⁴.

- هذه هي الصورة النموذجية في الفقه الفرنسي، وهي قريبة من ذلك في ألمانيا من حيث الاختلاف على فريقين، وما عدا ذلك يتضح لنا في الفقرة التالية.

60- موقف الفقه في ألمانيا من عدم المشروعية

أما الفقه في ألمانيا فإنه كان على فريقين، إلا أن الاختلاف بينهما حول أهمية ومكانة مبدأ عدم المشروعية في العناصر المكونة للجريمة.

- فذهب فريق منهم إلى اعتباره ركنا من أركانها سواء بسواء مع الركنين المادي والمعنوي.

واعتبره الفريق الثاني صفة جوهرية في مجموعها.

¹ أنظر الدكتور عدنان الخطيب، النظرية العامة للجريمة في قانون العقوبات السوري، مرجع سابق، ص 13.

² V.Garrand(R.), Traité théorique et pratique du droit pénal français librairie du Recueil, Sirey, Paris, t.1, 1913, p.203.

وانظر جندي عبد المالك، الموسوعة الجنائية، ج3، دار المؤلفات القانونية، بيروت، لبنان، 1354هـ-1936، ص 1 وما بعدها.

³ V.Stéfani.(G.) et Levasseur(G.), Droit pénal général, 12 ème Ed., Dalloz, Paris, 1966, p.88.

⁴ v.Garraud(R.), Traité théorique et pratique du droit pénal français, Paris, 3 eme éd, 1913.

- وعلى أي حال فإن الفقه في ألمانيا أولى اهتماما لهذا المبدأ، ونظر إليه بنظرة غير النظرة التي نظر بها إليه الفقه في فرنسا، وفي كلا الحالين يعطي الفقهاء الألمان للمبدأ مكانة هامة في تعريف الجريمة¹.

ومن ممثلي الفريق الأول فرانس فون ليست الذي عرف الجريمة بقوله أنها²: «الفعل الآثم الذي يطابق نموذجا قانونيا ولا يتمتع بسبب للإباحة». ويوضح ممثلو الفريق الثاني موقفهم بالقول أن: عدم المشروعية لا نجده بتحليل الجريمة إلى أركانها، وإنما نجده في كل ركن منها، أي نجده في الجريمة في مجموعها، فهو يعم كلا من الركنيين المادي والمعنوي³.

61- موقف الفقه في البلاد العربية من عدم المشروعية

لعله من نافلة القول أن أعلن بكل تواضع أن الفقه في الجزائر خاصة لا يزال في مرحلة تشكل، والكتابات لا تزال قليلة جدا، وما كتب يتجه فيه أصحابه أحد اتجاهين: -اتجاه يقوم على فكرة أن القوانين الفرنسية هي الأصل الذي اقتبست عليه القوانين الجزائرية خاصة في القواعد العامة، وبناء على هذه الحقيقة يرى فريق من الكاتبيين ومن المطبقين لهذه القوانين أن الاجتهاد فيها وتفسيرها يتعين أن يكون على منوال نظيره في فرنسا، ويؤدي هذا الموقف بداهة إلى أن الفقه في الجزائر هو نفس ما عليه الحال في فرنسا، كما مر في الفقرة السابقة

- واتجاه ثان يقوم على فكرة أن القوانين إنما تصاغ لحماية مصالح المجتمعات التي تصوغها وتطبق فيها ومن بين هذه المصالح مصالح معنوية تتشكل من مفاهيم أخلاقية ذات بعد ديني، وعليه فإن تفسير ما غمض من هذه القوانين يتعين أن يراعي ذلك.

- وهذا هو موقفي الشخصي وقناعاتي في مناقشاتي ومداولاتي في الملفات القضائية وكتاباتي. والذي سأوضحه في فقرة أختتم بها بحث هذه المسألة مع تحديد تعريف.

- وإذا كان هذا هو الوضع في الجزائر، فإنه لا يختلف كثيرا عنه في باقي البلاد العربية مع فارق كون الفقه تشكل إلى حد كبير في بعضها أخذا خصوصية البلد بعين الاعتبار، مستفيدا من تجارب الآخرين.

- وكنموذج على ذلك نأخذ مصر مثلا، فأغلب الفقهاء في مصر يغفلون عنصر عدم المشروعية في تعريف الجريمة.

- فيعرفها بعضهم بأنها: «عمل أو امتناع يرتب القانون على ارتكابه عقوبة»⁴، فالملاحظ أنه لا أثر لمبدأ عدم المشروعية في هذا التعريف.

- وذهب جانب من الفقه المصري إلى القول بأن عدم المشروعية ركن من أركان الجريمة فعرفوها بأنها: «فعل غير مشروع صادر عن إرادة جنائية يقرر له القانون عقوبة أو تدبيرا إحترازيا»⁵.

¹ أنظر الدكتور فوزية عبد الستار، "عدم المشروعية في القانون الجنائي"، مجلة القانون والاقتصاد، عدد 3 و4 لسنة 1972، ص 457 و458.

² V.Lizt Franz Von, Traité de droit pénal allemand, t.1, Paris, 1911, p.170.

³ أنظر الدكتور فوزية عبد الستار، "عدم المشروعية في القانون الجنائي"، مرجع سابق، ص 457 و458.

⁴ أنظر الدكتور محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات -القسم العام-، دار النهضة العربية، القاهرة، ط9 لسنة 1974، ص 35.

⁵ أنظر الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات -القسم العام-، مرجع سابق، ص 45.

- ووقف فريق ثالث بين هذا وذاك فأشار إلى عنصر عدم المشروعية في صورته السلبية معبرا عنه بقوله: «ليس استعمالا لحق ولا قياما بواجب».

والتعريف الذي أورده الدكتور محمد محي الدين في كتابه شرح قانون العقوبات - القسم العام - نصه كاملا هو: «كل عمل أو امتناع ضار له مظهر خارجي ليس استعمالا لحق ولا قياما بواجب يحرمه القانون ويفرض له عقوبة ويقوم به إنسان أهل لتحمل المسؤولية الجنائية»¹.

وفي حدود علمي لم يخرج الشراح في باقي الدول العربية على هذا الإطار العام للفقهاء في مصر وفرنسا.

وقد أشرت إلى أن لي رأيا في الموضوع أقدمه مفصلا في الفقرة الآتية.

62- رأيي في مسألة عدم المشروعية

أرى أن أنضم إلى الرأي القائل في الفقه الألماني: «بأن عدم المشروعية صفة جوهرية للجريمة» أي ليست مجرد ركن ثالث من أركانها فهي أعلى مرتبة من الركنين المادي والمعنوي.

وأرى مع أنصار هذا الرأي أنه لا يمكن أن نبحث الجريمة في غياب عنصر عدم المشروعية، الذي هو صفة التعارض مع القانون هذه فهو موجود في كل ركن للجريمة، ببرهان: أن أساس عدم المشروعية هو تعارض السلوك الإنساني مع قاعدة أمر من قواعد القانون، ويعم بذلك الواقعة الإجرامية.

ولما أن هذا الفعل المكون للواقعة الإجرامية قد صدر عن إرادة آثمة، تعدت الحيدة بالسلوك عن جادة القانون، فإن عدم المشروعية يعم أيضا القصد الجنائي .

- وحقا القول: «بأن عدم المشروعية نجده في الجريمة في مجموعها»². فحقا هو في الجريمة كلها وليس ركنها فيها.

وبهذا أكون قد فصلت القول بالقدر الذي يقتضيه المقام في مسألة «عدم المشروعية» كعنصر في الجريمة.

ويتعين بعد هذا بحث مسألة تنوع المشروعية، وهذا ما سأتناوله بالبحث في الفرع الآتي.

63- الفرع الثاني: نوعا المشروعية³

المشروعية نوعان لا ثالث لهما وفيما يلي بيان ذلك:

أولاً: المشروعية العادية: وهي التي تتمثل في كل سلوك إنساني غير خاضع لقاعدة تجريم توثمه وتعاقب عليه، والفعل الإنساني هنا مشروع ابتداء. وأرى أن تسميته باسم: «المشروعية الأصلية» حملا على البراءة الأصلية أحسن.

ثانياً: المشروعية الاستثنائية: وأطلق عليها: «المشروعية العائدة» إذ عادت بنص الإباحة بعد أن كان نص التجريم قد أخذها، أي جعل السلوك غير مشروع، وذلك في صورة أن يجيء الفعل تحت طائلة نص يجرمه، ثم توجد إلى جانب هذا النص قاعدة إباحة في نفس الوقت تبيح الفعل نفسه إذا توافرت ظروف محددة يقررها المشرع. وأنه من شأن قاعدة الإباحة هاته استبعاد تطبيق النص العقابي الذي يجرم الفعل.

¹ أنظر الدكتور محمد محي الدين عوض، القانون الجنائي - مبادئه الأساسية ونظرياته العامة - في التشريع المصري والسوداني، بدون مكان نشر، ط سنة 1963، ص 74.

² أنظر الدكتورة خلود سامي عزارة آل معجون، النظرية العامة للإباحة، مرجع سابق، ص 22.

³ V.Delogu(T.), Les causes de justification de droit pénal et son application, op.cit, p.104.

- هذا هو التفريق المعروف في الفقه بين نوعي المشروعية، لكن السؤال يثور حول ما إذا كان لهذا التفريق من فائدة، وهذا ما سأناقشه في الفقرة الآتية.

64- أهمية التفرقة بين المشروعية الأصلية والعائدة

بداية أنه إلى أنني سأستعمل المصطلح الذي توصلت إليه في المسألة وهو: المشروعية الأصلية، والمشروعية العائدة: *légitimité originale et légitimité revenante* وأتبع مسلك الفقهاء تجاه هذه المسألة.

- فأجد أن فريقاً منهم انتقد التمييز بين المشروعية الأصلية والمشروعية العائدة، ويرون هذا التمييز لا يقوم على أي أساس، ولا يؤدي إلى أية نتيجة. ويرون أنه لا خلاف من الناحية العملية بين أن يكون الفعل غير مستحق للعقوبة بحسب الأصل، أو أن يكون مطابقاً لنموذج تجريم ثم رفع عنه هذا التجريم بقاعدة إباحة فصار مشروعاً غير مجرم.

- أما الفريق الآخر فيرون أن ما بنى عليه الفريق الأول رأيه غير صحيح. فأسباب الإباحة تطراً وقت ارتكاب فعل أو امتناع يعده القانون أصلاً جريمة، بحيث لو لم يتم سبب الإباحة، وتوافرت في الفاعل الأهلية الجنائية لاستحق العقاب. أما الأمر الذي لا يعده القانون جريمة فهو مباح أصلاً من الناحية الجنائية، سواء قبل ارتكاب الفعل أو حال وقوعه، بحيث لا يكون للقاضي لكي يحكم ببراءة مرتكبه إلا التحقيق من عدم وجود نص جنائي يجرم هذا الفعل، وهذا هو أساس التفرقة.

أما نتيجته فإن من نتائجه أن العمل أو الامتناع قد لا يعد جريمة ومع هذا ينص القانون على تدبير احترازي ضد مقترفه، بخلاف العمل أو الامتناع الذي قام بشأنه سبب إباحة¹. كما أن من نتائج التفرقة بين المشروعية الأصلية والمشروعية العائدة أن الفعل ولو كان لا يعد جريمة قد يرتب مسؤولية غير جنائية، كما لو نتج عنه ضرر للغير مع كونه لا يرقى إلى مرتبة التجريم لانعدام النص المجرم (مشروعية أصلية). أما الفعل الذي تعود له المشروعية بسبب من أسباب الإباحة (المشروعية العائدة) فإن مرتكبه لا يتحمل أية مسؤولية من أي نوع².

وتتفق الدكتورة خلود سامي عزارة آل معجون في مؤلفها: «النظرية العامة للإباحة» مع وجهة النظر في الفقه التي تميز بين نوعي المشروعية (الأصلية والعائدة) وترى أن هذا التمييز يعطي الفرصة دائماً لاتخاذ الإجراء القانوني السليم، وأن هذا من شأنه اتقاء ما قد يقع من خلط بين أسباب الإباحة وموانع العقاب³.

- وأنضم إليها في هذا الرأي للأسباب التي رأتها، إضافة إلى اقتناعي أن النوعين من المشروعية متميزين عن بعضهما بحسب حتى وصفهما فنوع أصلي في مكانه بحسب قاعدة البراءة الأصلية، ونوع طارئ أعاد المشروعية لما كان بالأصل غير مشروع بنص جديد ولأحوال وأسباب معينة.

¹ أنظر الدكتور محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 144 و 145.

² V Merle R. et VITU A., *Traité de droit criminel, problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général*, op.cit, p.496.

³ وانظر الدكتورة خلود سامي عزارة آل معجون ، النظرية العامة للإباحة، مرجع سابق، ص 39 و 40.

³ انظر المرجع نفسه، ص 40.

65- الفرع الثالث: خصائص عدم المشروعية

من خصائص ومميزات عدم المشروعية: النسبية والذاتية وسأتناول النقطتين تباعاً في البندين الآتيين.

66- أولاً: نسبية عدم المشروعية¹: يتميز مبدأ عدم المشروعية بالنسبية، إذ يعني التعارض بين السلوك الإنساني والقانون.

وبما أن النظام القانوني يختلف من دولة إلى أخرى، فإن عدم المشروعية قد يختلف تبعاً لذلك بين الدول المختلفة النظم القانونية. فتعدد الزوجات يتصف بعدم المشروعية في فرنسا، بينما هو مشروع في البلدان التي لا يمنع نظامها القانوني هذا التعدد كالدول الإسلامية والإفريقية وكثير من الدول الآسيوية، وغيرها التي لا تدين بالمسيحية خاصة. وقد تختلف الفكرة في الدولة الواحدة من مكان إلى آخر، ومن زمان إلى آخر وكأبسط مثال على ذلك السير بلباس السباحة في مكان لا بحر فيه ولا مسبح غير مشروع بينما هو مشروع إن كان للبس والسير به داع²، وكان ذلك في مكانه وزمانه. وقد يجرم في بلد ما كان مشروعاً لأسباب الحرب وغيرها، وعكس ذلك صحيح، فالأحكام التي تقتضيها ظروف قد لا تقتضيها ظروف أخرى.

67- ثانياً: ذاتية عدم المشروعية

ومن خصائص ومميزات عدم المشروعية كذلك الذاتية³، فالرأي منقسم في الفقه حول ما إذا كان مبدأ المشروعية مدلوله واحد بالنسبة لكل النظام القانوني، أم أن هذا المدلول يتعدد بتعدد فروع النظام القانوني الواحد.

- فذهب رأي إلى أن مدلول عدم المشروعية واحد ومفهومه عام يشمل النظام القانوني كله، متى كان الفعل المجرم يتعارض مع أهداف هذا النظام.

غير أن هذا الرأي يصطدم بالنتيجة التي يفضي إليها، والمتمثلة في وجوب أن توقع عقوبة واحدة بالنسبة لجميع الجرائم.

إلا أن أنصار هذا الرأي تفادوا هذا العيب بقولهم: أن هناك تدرجاً كمياً في عدم المشروعية، تبعاً لاختلاف جسامة الأفعال غير المشروعة.

وهذا الرأي نادى به كل من الفقيهين بندونج وبيلنج

- وذهب رأي آخر إلى أن عدم المشروعية أمر غير عام بل يختلف باختلاف فروع النظام القانوني التي تقع الجريمة انتهاكاً لقواعدها. وهذا الرأي للفقيهين هافتر وشتوش وهما من الفقه الغربي. وفي الفقه العربي رأي يكرس ذاتية مبدأ عدم المشروعية، هو الرأي الذي ساعتمده لاقتناعي بتحليل القائلين به، وسأعرضه ورأيي في الفقرة الآتية.

¹ أنظر الدكتور محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة في التشريعات العربية، مرجع سابق، ص 6.

² أنظر الدكتورة خلود سامي عزارة آل معجون، النظرية العامة للإباحة، مرجع سابق، ص 24 و 25.

³ أنظر الدكتور يسر أنور، "الدفاع الشرعي دراسة لمبدأ المشروعية"، مرجع سابق، ص 218. وانظر

68- ذاتية عدم المشروعية في الفقه العربي

هذا الرأي يعتبر في حدود علمي ثالث رأي يكرس ذاتية مبدأ عدم المشروعية¹، وهو رأي في الفقه المصري المعاصر قالت به الدكتورة فوزية عبد الستار في بحثها بمجلة القانون والاقتصاد الذي هو بعنوان: «عدم المشروعية في القانون الجنائي» وأيدته الدكتورة خلود سامي عزارة آل معجون في كتابها النظرية العامة للإباحة.

- وأنضم إلى هذا الرأي لوجهته للأسباب التي بني عليها. والرأي مبني على فكرة أن عدم المشروعية العام ممكنة التصور من الناحية النظرية عندما يتجه السلوك الإنساني إلى الاعتداء على مصلحة عامة، تنتهك بذلك القانون، فهذا السلوك يعتبر من الناحية النظرية غير مشروع. ويبقى للمشرع إذا أراد أن يحمي هذه المصلحة بتقرير جزاء رادع لمن ينتهكها فإنه يعتمد إلى وضع نص تجريم لهذا الفعل مقررًا له الجزاء الملائم لردع فاعله إعمالاً لمبدأ «شرعية الجرائم والعقوبات». عند هذا نكون بصدد عدم مشروعية جنائية خاصة لها ذاتيتها المستقلة.

وتمشيا مع هذا المنطق اقتنعت أن أنضم للقائلين بذاتية مبدأ عدم المشروعية وخصوصيته، واختلافه باختلاف الفروع القانونية.

- وأكون قد أتيت على نهاية بحثي لهذا الفرع. ولاستكمال صورة موضوع عدم المشروعية لابد من بحث معياره أي معيار عدم المشروعية، وهذا ما سأتناوله بالبحث في الفرع الآتي.

69- الفرع الرابع: معيار عدم المشروعية

إنه لمن الأهمية بمكان تحديد المعيار لتقدير توافر عدم المشروعية في فعل معين. وتتجلى هذه الأهمية في الجدل الذي قام في الفقه حول هذه المسألة. إذ انقسم الفقه حولها إلى ثلاث مذاهب:

مذهب يقول بوجوب الأخذ بمعيار مادي قوامه تعارض الفعل مع قاعدة غير قانونية، تتمثل فيها حماية أهداف النظام القانوني.

وآخر يرى الأخذ بمعيار شكلي يقوم على التناقض بين الفعل والقاعدة القانونية.

وثالث اتخذ له معيارا وسطا بين الاتجاهين السابقين.

وفي الفقرات التالية أتناول بحث المسألة بشيء من التفصيل، وفي حدود ما يتطلبه هذا البحث.

70- أولا: المعيار المادي Critère matériel

يرى أنصار هذا المعيار المادي Critère matériel و هما الفقيه ألكسندر دونا المتأثر بأراء الفقيه رودولف ستاملر عن عدالة القانون. والذي يرى أن القاعدة القانونية يجب أن تكون عادلة، وتهدف إلى تحقيق غرض عادل، بوسائل عادلة².

¹ أنظر الدكتورة فوزية عبد الستار، "عدم المشروعية في القانون الجنائي"، مرجع سابق، من ص 463 إلى 467.

وانظر الدكتورة خلود سامي عزارة آل معجون، النظرية العامة للإباحة، مرجع سابق، ص 25.

² V. Delogu(T.), Les causes de justificatio.op.cit.p.88. et Darbellay(J.), Théorie générale de l'illicéité , op.cit.,p.115.

وانظر يسر أنور، الدفاع الشرعي، مرجع سابق، ص 222.

وانظر فوزية عبد الستار، "عدم المشروعية في القانون الجنائي"، مرجع سابق، ص 469.

ويرى دونا أن الوصول إلى تحديد عدم المشروعية يجب أن يمر عبر تحديد الأسباب التي دفعت المشرع إلى رفض أمور أو النهي عنها، بغرض الوصول إلى تحقيق المثل الأعلى الاجتماعي الذي يحقق العدالة في المجتمع.

غير أن الفقيه دونا حول القاضي سلطة واسعة في تقييم الفعل والحكم عليه. وقد انتقدت النظرية لإحلالها التقدير الشخصي للقاضي محل اليقين الموضوعي للقانون¹.

- وقال الفقيه ماير: أن العمل يكون غير مشروع إذا جاء متعارضاً مع قواعد الحضارة، التي هي نتاج الخبرة الإنسانية لمجتمع معين، في زمن معين. وقانون العقوبات وجد بعد قواعد الحضارة التي هي الناهية عن القتل والسرقة أو النصب وغيرها من الجرائم². ويرى أن جميع المواطنين يدرك قواعد الحضارة في حين لا يعلم إلا القليل منهم بقواعد قانون العقوبات. ولذا فتكييف الفعل بكونه غير مشروع يتم بالنظر إلى اصطدامه بقواعد الحضارة³، وهذه عدم مشروعية مادية، لا بقواعد قانون العقوبات، أما اصطدامها مع هذه القواعد الأخيرة فتلك هي عدم المشروعية الشكلية.

- وينتقد رأي ماير لاعتباره قواعد الحضارة هي المعيار critère بأن القول يتجاوز حدود المنطق والرأي السليم، كما أن هذه الفكرة اعتبرت قواعد قانون العقوبات موجهة إلى القائمين على تطبيقه لا إلى الكافة من الناس، إذ هؤلاء تضبط سلوكهم بقواعد الحضارة. وكذا يرى أن أنصار المعيار الذاتي يلجؤون إلى مفهومي العدالة والحضارة لتبرير وجهة نظرهم.

فأي مسلك يسلكه أنصار المذهب الشكلي لتبرير وجهة نظرهم؟ هذا ما سأعرض له بالبحث في الفقرة الآتية.

71- ثانياً: المعيار الشكلي

يسمي هذا المعيار عدم المشروعية: بعدم المشروعية الشكلي أو الرسمي. ومن أبرز المنادين بهذا المعيار الفقهاء بندنج وبيلندج ومتسجر، وسأبحث فكرة كل واحد منهم في نبذة فيما يأتي:

72- 1 مفهوم بندنج للمعيار الشكلي:

يرى بندنج أن قانون العقوبات جزائي بحت وهو جزء مستقل من القانون العام⁴، وعدم المشروعية لديه هو عدم مشروعية شكلية بحت، إذ يرى أن عدم المشروعية إنما يسبغ على الفعل الذي يتعارض مع تلك الأوامر القانونية التي تتضمنها قواعد خارجة عن نطاق القانون الجنائي.

ويؤخذ على هذه النظرية فصلها بين عنصر الالتزام أو القهر وبين القواعد التي يترتب على مخالفتها توقيع الجزاء الجنائي المقرر قانوناً، في حين أن الإلزام أو الإكراه هو العنصر المميز للقاعدة القانونية⁵، والتي تفقد قيمتها متى جردت منه.

¹ V.Delogu(T.), Les causes de justification, op.cit, p.217.

² V.Delogu(T.), Idem.

وانظر فوزية عبد الستار، "عدم المشروعية في القانون الجنائي"، مرجع سابق، ص 470.

³ أنظر الدكتور أمال عثمان، "النموذج القانوني للجريمة"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية لسنة 1972، ص 226.

⁴ V.Delogu(T.), Les causes de justification, op. cit.pp.41 - 42.

⁵ أنظر فوزية عبد الستار، "عدم المشروعية في القانون الجنائي"، مرجع سابق، ص 473.

73- 2- مفهوم بيلنج للمعيار الشكلي

يرى بيلنج ما يراه بندنج من كون معيار عدم المشروعية شكلي بحت، غير أنه يختلف معه في أن التعارض يكون بين السلوك الإنساني وتلك الواجبات التي تفرضها قواعد سائر فروع النظام القانوني، وهي قواعد غير جنائية يعاقب على مخالفتها بعقوبات غير منصوص عليها في قانون العقوبات. وأن كل سلوك غير مشروع وفق أي من القواعد القانونية يعتبر غير مشروع من الناحية الجنائية، إذ يقرر له القانون جزاء¹.

- ووجه لهذه النظرية نقد مؤداه أنه ليس صحيحا القول: بأن أي اصطدام للسلوك الإنساني بأية قاعدة قانونية في أي فرع من فروع القانون يعتبر غير مشروع من الناحية الجنائية. ويضرب المثل للبرهنة على صحة هذا النقد ببيع ملك الغير الذي لا يعاقب عليه القانون الجنائي مع أنه من الناحية المدنية يلزم البائع بالتعويض لصاحب الملك.

74- 3- مفهوم متسجر للمعيار الشكلي

اعتمد متسجر القاعدة القانونية الجنائية كمعيار للحكم على السلوك بعدم المشروعية، إن وقع اصطدام بينه وبين تلك القاعدة. واستلزم أن يتوافر شرطان لقيام معياره هذا:

وأول الشرطين إيجابي فحواه: وقوع فعل ينطبق عليه النص الجنائي. والثاني سلبي، فحواه: عدم وجود نص يبيح الفعل.

ولم يغفل متسجر عدم المشروعية المادي بنصه على وجوب التزام القاضي عند تكييفه للفعل بعدم المشروعية المادي الذي صبه المقنن الجنائي في قالب النموذج القانوني للجريمة، بل عليه أن يطبق بطريقة منطقية سليمة مستندا إلى عدم المشروعية المادي.

- وانتقدت النظرية بكونها اعتبرت التبرير عنصرا سلبيا للنموذج القانوني للجريمة، بينما عنصر الشيء يجب أن يكون دائما إيجابيا، ولا يتصور أن يكون سلبيا².

75- ثالثا: المعيار المختلط

نادى بهذا المعيار أحد دعاة الماركسية وهو الألماني فون ليست، فاصطبغت نظريته بأيديولوجيته، وجاءت تقوم على هدف حماية المصالح الحيوية للمجتمع كهدف أساسي، وضمان سير الحياة الاجتماعية على حساب المصلحة الفردية. ويترتب على ذلك أن الاعتداء على مصلحة قانونية أو تهديدها لا يكون غير مشروع من الناحية المادية إلا إذا كان متعارضا مع أهداف النظام القانوني. ويكون هذا الاعتداء مشروعاً مادياً على الرغم من إهداره لمصالح خاصة يحميها القانون متى كان هذا الاعتداء متفقا مع أهداف النظام القانوني. فاشتراط هذا الفقيه لاعتبار السلوك غير مشروع توافر أمرين، وهما:

- عدم مشروعية الفعل شكليا، وطبقا للقاعدة القانونية.

- عدم مشروعيته ماديا، باعتباره اعتداء على المصالح الحيوية للمجتمع.

- ويخول ليست القاضي استخلاص وجهة نظر المشرع إذا ما وقع خطأ في القانون بتجريم ما لا يستحق التجريم، أو بعدم تجريم ما يستحق التجريم.

- ويؤخذ على هذا المعيار إخضاعه التجريم للأهواء السياسية³.

¹ أنظر فوزية عبد الستار، عدم المشروعية في القانون الجنائي"، مرجع سابق، ص 474.

² أنظر الدكتور خلود سامي عزارة آل معجون، النظرية العامة للإباحة، مرجع سابق، ص 30 و 31.

³ المرجع نفسه، ص 31 و 32.

وهذه هي المعايير التي نظر بها لعدم المشروعية، ويثور السؤال الآتي بشأنها: ما مدى تأثير المقننين والقضاة بها؟

وللإجابة على هذا السؤال نبحث فيه في النقطة الآتية:

76- مدى تأثير المقننين والقضاة بمعايير مبدأ عدم المشروعية

المعايير التي درسناها وضعها فقهاء منهم من عليه تأثير أيديولوجي، ومنهم من ليس عليه تأثير من هذا القبيل، وإن كان الإنسان ابن مجتمعه يتأثر به، فمن هذه الناحية الكل عليه تأثير بكيفية أو بأخرى.

- غير أن الأيديولوجية تركت أثرها الواضح في توجيه المقنن إلى تفضيل معيار على آخر. فاختيار معيار دون آخر من طرف المقننين وراءه دوافع تملئها اعتبارات مذهبية وسياسية، واجتماعية، ودينية، واقتصادية مختلفة، وغيرها من الاعتبارات.

- فالنظم القانونية في الدول الديمقراطية التي تقدر الحريات تنص دساتيرها على مبدأ «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص» فضلا عن قوانينها العقابية. ولا يتبع فيها إلا المعيار الشكلي في التجريم، ويعتبر عدم المشروعية منحصرا في الاعتداء على النص الجنائي، كما يعبر الفقيه شتوش¹.

ومن هذه الأنظمة النظام الفرنسي، ومن هذا حذوه من النظم، ويفترض أن منها النظام القانوني الجزائري. وفعلًا تنص المادة الأولى منه على أنه «لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون».

- ومن النظم القانونية من أخذ بالمعيار المختلط كالقانون المجري للعقوبات، حيث تنص مادته الأولى على أن الجريمة تتكون من عنصرين مادي هو الخطر الاجتماعي، وشكلي هو النص القانوني، وكذا القانون البلغاري.

- وأخذ القانون السوفيتي لسنة 1926 بالمعيار المادي المحض، وكذا الدانمركي والاسكتلندي، وما زال قانون العقوبات بالصين يبيح القياس في نظام التجريم والعقاب صراحة وفي عدة نصوص.

- وينعكس هذا على القاضي أيضا الذي يتعين عليه من حيث الأصل العام أن يتقيد بشكلية القانون الجنائي مهما كان تعارض الفعل مع القيم الحضارية في المجتمع.

إلا أنه في بعض الأحيان ترد نصوص عامة يترك فيها المقنن للقاضي إنزال حكم النص على واقعة الدعوى، ولا يكون هناك من سبيل أمامه إلا الاهتداء بالنظرية المادية، باستلزام قواعد الحضارة المستمدة من قيم المجتمع الدينية والثقافية والأخلاقية والاجتماعية².

وكمثال على هذه النصوص العامة التي يفسح فيها المجال للقاضي من طرف المقنن في قانون العقوبات الجزائري:

- نص المادة 343 في آخر حالتها السابعة إذ تنص، بقولها: «...أو بأية وسيلة أخرى»

- ونص المادة 347 منه التي تنص في آخر فقرتها الأولى بقولها كذلك: «...أو بأية وسيلة أخرى».

¹ أنظر الدكتورة فوزية عبد الستار، "عدم المشروعية في القانون الجنائي"، مرجع سابق، ص 483.

² V.Darbellay (J.), Théorie générale de l'illicéité, op.cit., p.116.

- ومثالها في قانون العقوبات المصري، نص المادة 306 مكرر التي تنص على أنه: «يعاقب بالحبس كل من تعرض لأنثى على وجه يخدش حياءها بالقول أو الفعل في طريق عام أو مكان مطروق».

إذ جاءت عبارات هاته النصوص عامة ترك فيها المقنن للقاضي تحديد المقصود بالحياء، ومتى يكون القول أو الفعل يخدش حياء الأنثى من بنات حواء.

والنصين الجزائريين كذلك عبارة «...أو أية وسيلة أخرى» فما هي هذه الوسيلة؟ الجواب أن الوسيلة يحددها القاضي في كل قضية على حدة.

فالوسيلة للإغراء في نص المادة 347 قد تكون في صورة ركن سيارة وفتح بابها بنية - متعارف عليها- أن تركبها من تبيع الهوى، وهذا حاصل في مجتمعنا.

- لكن المغرق في الشككية قد يرى هذا التفسير خروج عن الشككية، وعن قاعدة عدم التوسع في تفسير النص الجزائي.

- ومن يقبل شيئا من النظرة المادية إلى مبدأ عدم المشروعية يرى أن مجتمعنا تحتم قيمه الحضارية الإسلامية أن ينزل العقاب على مثل هذا الصنيع، ويتم التعامل مع النصوص العقابية وإن كانت مقتبسة عن حضارة غربية في محيط إسلامي عربي شرقي، ولعل مثل هذا المنطق هو الذي جعل مقنننا لقانون العقوبات يورد مثل هذه العبارة.

ومن الطريف- وإن كنا بصدد بحث علمي جاد- ما رواه لي بعض أقاربي المستوطنين بتونس من إصدار واليها في عشرية الستينات قرارا يقضي بالعقاب على من وجه لأنثى من الأدميات عبارة «إش لولنا» والعبارة في ذاتها لازمة في أغنية تونسية¹، لا عيب فيها، ولكنها استعملت استعمالا غزليا للمعاكسة، فاقتضت النظرة الشككية لمبدأ عدم المشروعية المعاقبة عليها، وأصدر المقنن قرارا بذلك واضعا الشككية المطلوبة بين يدي القاضي.

- وتلك النظرة تحتم علينا مراجعة قانوننا الجنائي بين الحين والآخر، فمثال المعاقبة على حرق المصحف الشريف، وسب المقدسات الدينية ليست عنا ببعيدة. فلما كانت لا يتعرض لها سكت عن التجريم والعقاب، ولما تم التعرض لها فعلا، وهي مقدسة عند أمتنا، قامت الضرورة للتقنين من أجل حمايتهما وتم ذلك.

هذا ما يتعلق بمفهوم عدم المشروعية، ويبقى علينا بحث وتحديد مركز الإباحة من باقي قواعد القانون الجنائي. وهذا ما سأتناوله بالبحث في المطلب الآتي.

المطلب الثالث مركز الإباحة من قواعد القانون

77- تمهيد وتقسيم

أعمد في هذا المطلب إلى بحث موضع أو موقع أسباب الإباحة من باقي قواعد القانون، باحثا استقلال قواعد الإباحة عن باقي قواعد القانون، وموضحا أن قواعد الإباحة قواعد أصلية، وذلك في فرعين على هذا النحو:

الفرع الأول: استقلال قواعد الإباحة

¹اللازمة: مقطع يعاد في أغنية أو لحن في أغنية. Refrain-Ritournelle.

الفرع الثاني: أصالة قواعد الإباحة
متتبعا لمسائل هذا المطلب في كتب النصوص القانونية وشروح هذه النصوص. حاصرا ما
قيل بشأن هذه القواعد من آراء فقهية.

78- الفرع الأول: مدى استقلال قواعد الإباحة

للتحقق من مدى استقلال قواعد الإباحة لابد من استعراض آراء الفقهاء في
المسألة.

ففرق منهم يرى: أن قواعد الإباحة ليست قواعد مستقلة بذاتها، وليست سوى جزء من
قواعد التجريم ترد عليها لوضع حدود وقيود على نطاقها، ومن ثم تصبح جزءا منها، ومن
الذاهبين في هذا الاتجاه الفقيه الإيطالي جرسيني¹.

- ومنطلق أصحاب هذا الرأي هو نظرية الجزاء التي ترى أن القاعدة الجنائية ليست سوى
قاعدة مساندة تنص على الجزاء المقرر لمخالفة القواعد الأمرة في فروع أخرى من النظام
القانوني.

- وقد ثبت خطأ فكرة الجزاء، ولذا فهذا الرأي أصبح محل نظر. فقاعدة الإباحة كالقاعدة
الجنائية كلاهما مستقل بذاته.

فالقاعدة الجنائية تنطوي على عنصري الأمر والجزاء معا، وقاعدة الإباحة بدورها قاعدة
مستقلة وليست جزءا من قاعدة التجريم، ذلك أن لكل من القاعدتين وظيفة تختلف عن
الأخرى، كما أن تطبيق قواعد الإباحة مستقل عن قواعد التجريم، فإذا كانت وظيفة
القواعد الجنائية بشقيها هي تجريم السلوك المتعارض مع النص الجنائي وتحديد العقوبة
المقررة على إتيان هذا السلوك، فإن وظيفة قاعدة الإباحة تغاير وتتناقض كلياً مع وظيفة
قاعدة التجريم².

إذ هي تقرر إباحة نفس السلوك المجرم والخاضع للعقاب إذا ما تم ارتكابه في إحدى
الحالات المنصوص عليها في القانون. فبينما تكون مهمة القاعدة الجنائية هي التجريم
والعقاب فإن مهمة الإباحة هي تبرير القيام بالفعل الذي كان أصلاً معاقبا عليه.

ويبرهن الفقهاء والشرح على استقلال قواعد الإباحة عن قواعد التجريم بطرح تصور
مفاده أن قاعدة الإباحة تعكس كقاعدة قانونية- الترتيب العادي لتعارض المصالح وتجعل
ترتيبها معكوسا وغير عادي. ففي حين تحمي قواعد التجريم والعقاب مصلحة المعتدى
عليه، نجد العكس عند تطبيق قاعدة الإباحة إذ تراعى عند تطبيقها مصلحة المعتدى،
وتعطي لها الأولوية في الحماية والرعاية قبل مصلحة المعتدى عليه.

هذا كل ما يتعلق بمسألة استقلال قواعد الإباحة، في حدود ما يتطلبه هذا البحث،
ولاستكمال صورة وضع قواعد الإباحة في موضعها من باقي قواعد القانون يتعين بحث
مسألة أصالة قواعد الإباحة. وهذا ما سأتناوله في الفرع الآتي:

79- الفرع الثاني: أصالة قواعد الإباحة

يثور الخلاف بين الفقهاء حول ما إذا كانت قواعد الإباحة قواعد أصلية عامة أم
استثنائية. ولم يصل الفقه الجنائي بعد إلى اتفاق بشأن هذه القواعد. فقد ذهب فريق من
الفقهاء إلى أن قواعد الإباحة قواعد استثنائية، ويترتب على ذلك وجوب تفسيرها تفسيراً

¹ V.Merel et Vetu , Traité de droit, op. cit.,t.13, p.496.

²أنظر الدكتور خلود سامي عزارة آل معجون، النظرية العامة للإباحة، مرجع سابق، ص 41.

ضيقة، وعدم جواز اللجوء في تطبيقها إلى القياس، ومن أنصار هذا الاتجاه الفقيه باتروسييلي¹.

- وذهب فريق ثان من الفقهاء إلى أن قواعد التجريم هي القواعد الاستثنائية، وبالتالي فإن قواعد الإباحة هي قواعد القانون العام، ويمثل هذا الفريق الفقيهين روكو وباتبول².

- وبديهي أن هذا الخلاف ترجع بذوره إلى اختلاف الفقهاء حول مسألة أولية: هي تحديد متى تكون القاعدة القانونية قاعدة عامة، ومتى تكون قاعدة استثنائية. إذ يذهب فريق الفقهاء يمثلهم كل من ستامر وكارنوليتي إلى أن القاعدة الاستثنائية هي التي تنظم العدد الأقل من الحالات.

وقد انتقد هذا الرأي الذي يجعل العبرة في التصنيف لعدد الحالات التي تعالجها القاعدة، ولتعطيل القاعدة لقاعدة أخرى. ولذا يتراجع أصحاب هذه النظرية ويقولون أن العبرة في تصنيف القواعد القانونية إلى عادية واستثنائية، هي المناقضة للقاعدة العامة من طرف القاعدة الاستثنائية³.

وكل هذا الجدل يثيره استقلال قواعد الإباحة، فلو كانت قاعدة الإباحة جزء من قاعدة التجريم كما ذهب البعض لما قامت الحاجة إلى هذا الاختلاف.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن من المقننين من يضع قواعد الإباحة في القسم العام من قانون العقوبات كما هو الحال في الجزائر، إذ وضع الأفعال المبررة تحت الفصل الرابع من الباب الأول من الكتاب الأول، وهذا هو موضعها الأصلي.

في حين يضعها البعض في غير هذا المكان كما هو الحال في مصر وفرنسا، فقد وضعها المقننون في مصر تحت عنوان القتل والجرح والضرب، ووضعها نظراءهم الفرنسيين في الباب الذي يتناول الجنايات والجنح.

وفي هذا الاتجاه سار كل من قوانين العقوبات البلجيكي والسويدي.

والدعوة قائمة للمقننين الذين لم يضعوا أسباب الإباحة في مكانها الطبيعي أن يفعلوا⁴. وقد سار على النهج الذي سار عليه قانون العقوبات الجزائري كل من قوانين العقوبات في ألمانيا والدانمارك وإسبانيا والمجر وإيطاليا والنرويج وبولندا والمغرب⁵.

ونهج المقنن التونسي⁶ في المجلة الجنائية النهج الذي يرى الفقهاء أنه القويم بجعله أسباب عدم المؤاخذه بالأفعال، كما عبر عنها، أي أسباب الإباحة أو التبرير في الباب الرابع، القسم الأول في الفصول (المواد) من 37 إلى 41 أي في القسم العام من قانون العقوبات .

¹ V. Delogu(T.), Les causes de justifications, op.cit., pp. 55 et 56.

² V. Delogu(T.), Idem.

³ V. Delogu(T.), Les causes de justification, op.cit, p.58.

⁴ أنظر الدكتور خلود سامي عزارة آل معجون، النظرية العامة للإباحة، مرجع سابق، ص 43.

⁵ أنظر الدكتور أبو المعاطي حافظ أبو الفتوح "أستاذي"، شرح القانون الجنائي المغربي-القسم العام-، مرجع سابق، ص 106 وما بعدها.

⁶ أنظر الحاكم عبد العزيز العوادي والحاكم اسماعيل بن صالح، شرح القانون الجنائي التونسي-القسم العام-، الشركة التونسية لفنون الرسم، **بدون سنة نشر**، ص 198 وما بعدها.

وانظر المجلة الجنائية التونسية، إصدار محمد الطاهر السنوسي، دائرة التشريع التونسية، ط 4 عن دار بوسلامة، تونس، ص 51 وما بعدها.

وبعد هذا العرض لمركز الإباحة من باقي قواعد القانون يبقى أن نعرض في ختام هذا المبحث مسألة تمييز قواعد الإباحة عن النظم المشابهة لها في القانون، ولهذه المسألة أفرد المطلب الآتي.

المطلب الرابع **تمييز قواعد الإباحة عن النظم المشابهة لها**

80- تمهيد وتقسيم

هناك حالات معروفة في القوانين العقابية لا يوقع فيها الجزاء على الجاني، مع توافر كافة أركان الجريمة في سلوكه، والأسباب التي تعطل العقاب لا ترجع إلى أصل واحد. بل منها ما هو راجع لأسباب الإباحة، ومنها ما هو راجع لانعدام النص المعاقب، ومنها ما هو راجع لما يعرف بحالة عدم تطبيق القانون، ومنها ما يرجع لتخلف ركن من أركان الجريمة، ومنها ما يرجع لموانع المسؤولية ومنها ما يرجع لموانع العقاب. فكل هذه الحالات تنتهي إلى نهاية واحدة، وهي عدم إنزال العقاب بالجاني، وإن اختلف الأساس الذي بناء عليه لم يوقع العقاب على الجاني مع توفر المظهر الخارجي للجريمة في الفعل، من ركن مادي، وركن معنوي بكامل عناصرهما.

- ولتدقيق البحث في هذه المسألة، أقسم المطلب إلى فروع خمسة كما هو مبين أدناه:

الفرع الأول: الإباحة وانعدام النص الجنائي

الفرع الثاني: الإباحة وحالة عدم تطبيق القانون

الفرع الثالث: الإباحة وتخلف ركن من أركان الجريمة

الفرع الرابع: الإباحة وموانع المسؤولية

الفرع الخامس: الإباحة وموانع العقاب

وقد راعيت في هذا التقسيم أهمية المسألة القابلة للإباحة.

- ففي نظري أن انعدام النص هو أهم هذه المسائل جميعاً لأن عدم العقاب هنا بسبب إباحة أصلية، كما رأيت أن موانع المسؤولية أهم من موانع العقاب، لكون أن الأولى تأتي في الترتيب المنطقي الواقعي قبل الثانية، إذ العقاب لا يتم إلا بعد قيام المسؤولية.

81- الفرع الأول: الإباحة وانعدام النص الجنائي

إن تطبيق قاعدة «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص» والتي تحرص الدساتير على النص عليها عند الحديث عن الحريات العامة، وتحرص قوانين العقوبات على جعلها في صدرها، إن لم تكن على رأس موادها كما هو الحال في قانون العقوبات الجزائري.

إن مراعاة تطبيق هذه القاعدة يمنع أن يعاقب أحد دون أن يكون هناك نص سابق يجرم الفعل ويعاقب عليه.

- فانعدام النص الجنائي إباحة أصلية من حيث العقاب، لكنه مع هذا يختلف عن الإباحة بأحد أسباب التبرير في كون الإباحة بانعدام النص الجنائي لا يوجد ما يمنع مع قيامها من

تحمل المسؤولية المدنية إن ألحق الفعل ضررا بالغير. في حين لا يترتب على الإباحة بأسباب التبرير أية مسؤولية مدنية فضلا عن الجزائية.

رغم أن الإباحة بسبب انعدام النص الجنائي إباحة أصلية يستحقها الإنسان بقوة القانون ذاته، خاصة عند أصحاب النظرة الشكلية لمبدأ عدم المشروعية في قانون العقوبات، أما عند أصحاب النظرة المادية لمبدأ عدم المشروعية فيختلف الأمر، وتزداد حدة الأخذ بالتجريم خارج النص في النظام الشيوعي مراعاة للخطورة الاجتماعية في الفعل.

82- الفرع الثاني: الإباحة وحالة عدم تطبيق القانون

الأصل أن أحكام قانون العقوبات تطبق على كل من في الدولة التي أصدرته¹، وبعض من ينص قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية أنه يمتد إليهم الاختصاص الإقليمي خارج إقليم الدولة مصدرة النصوص.

غير أن هذا الأصل العام ترد عليه استثناءات أحيانا تغل يد القانون الجنائي عن الوصول إلى بعض الفئات من الناس ولو صدر منهم وعلى أرض الدولة مصدرة القانون أفعالا تعد جرائم في نظر نصوص التقنين الجنائي.

ويعرف هؤلاء الأشخاص الذين هم في منجى من تطبيق نصوص قانون العقوبات بحقهم بأصحاب الحصانة.

- وعدم معاقبتهم فيه وجه شبه في ظاهره مع الإباحة لأن السلوك الإنساني في الحالتين يتوافر فيه المظهر المادي للنموذج الإجرامي لتحقيق ركني الجريمة المادي والمعنوي، ومع هذا في كلا الحالتين لا يعاقب الجاني تحت نظر القانون.

- وقد اختلف الفقهاء في الطبيعة القانونية للإعفاء من تطبيق القانون، فظهرت ثلاث اتجاهات، أتناولها كل على حدة، مع النقد الموجه، وأعطي رأبي أخيرا في المسألة.

83- **الاتجاه الأول:** يرى أن الحصانة ليست سوى إعفاء من الخضوع للقضاء، أو هي قيد على سلطة القاضي الوطني التي لا تمتد إلى هذه الفئات، رغم عدم شرعية الفعل، وهذا الاتجاه يستند أصحابه إلى أن أصحاب الحصانات عادة لا يتابعون ابتداء.

- ويوجه نقد لهذا الاتجاه مؤداه أن الاتجاه خلط بين السبب والأثر، فالإعفاء من المحاكمة ليس إلا أثرا ونتيجة للحصانة، وليست الحصانة هي سبب الإعفاء، بل الإعفاء هو نتيجتها².

84- **الاتجاه الثاني:** يرى أن التمييز بين عنصري الأمر والجزاء في القاعدة الجنائية هو الأساس، فيقولون بأن عنصر الأمر موجه إلى جميع أفراد المجتمع ومن بينهم الأفراد المتمتعين بالحصانة.

غير أن الحصانة تسلب عنصر الأمر فاعليته .

- ويوجه نقد لهذا القول مؤداه أنه ليس بالإمكان فصل عنصري القاعدة الجنائية عن بعضهما، وإلا فقدت فاعليتها كقاعدة تجريم¹.

¹ المادة 30 من قانون العقوبات «يطبق قانون العقوبات على كافة الجرائم التي ترتكب في أرض الجمهورية. كما تطبق على الجرائم التي ترتكب في الخارج إذا كانت تدخل في اختصاص المحاكم الجزائرية طبقا لقانون الإجراءات الجزائية».

وقانون الإجراءات الجزائية الجزائري نظم الأحكام التي ذكرتها المادة أعلاه في المواد 694 وما بعده تحت عنوان الكتاب السابع الباب الأول في تسليم المجرمين. ونص قانون العقوبات المصري على هذا المبدأ في مادته الأولى إذ يقول: «تسري أحكام هذا القانون على كل من يرتكب في القطر المصري جريمة من الجرائم المنصوص عليها فيه».

² أنظر الدكتور خلود سامي عزارة آل معجون، النظرية العامة للإباحة، مرجع سابق، ص 55.

85- **الاتجاه الثالث:** يرى أن من يتمتع بالحصانة ليست قاعدة التجريم موجهة إليه، ومن ثم فإنه لا مجال للقول بأنه خالف هذه القاعدة، لأنه أصلاً غير مخاطب بها. ويوجه النقد لهذا الاتجاه على أنه ساوى بين فاقدي الأهلية من مختلي العقل وفاقدي التمييز أو ناقصيه وبين المتمتعين بالحصانة من أعضاء البرلمان، ورؤساء الدول، وأعضاء البعثات الدبلوماسية. والمنطق القانوني لا يسمح بإخضاع أشخاص تختلف أوضاعهم القانونية لقاعدة واحدة، إذ شرط كون القاعدة القانونية عامة يقتضي أنها تخاطب من هم في وضع متماثل².

86- رأيي في المسألة

استئناسا برأي الدكتورة خلود سامي عزارة آل معجون في كتابها «النظرية العامة للإباحة» أرى أنه وإن كان رأي الدكتورة المحترمة ينضم إلى الرأي الأخير في الآراء الثلاثة التي سبقت في الفقرات قبل هذه. إلا أنني أرى أن ما قاله أصحاب الاتجاه الأول من غل يد القضاء الوطني دون المتمتعين بالحصانة من وطنيين وأجانب رأي له وجاهته، ولا عبرة أن يكون الإعفاء بسبب الحصانة أو نتيجة لها فلا أرى في هذا إلا خلافاً لفظياً لا يترتب عليه شيء في مجال القانون.

وفكرة حجب أثر القاعدة القانونية أرى أنها سواء مع فكرة غل يد القضاء، فمتى رأى المقتن المصلحة في غل يد القضاء أو حجب أثر القاعدة القانونية دون شخص لمصلحة عليا للوطن فعل ذلك، وقد جرى التقليد عالمياً بهذا مع من يعرفون بأصحاب الحصانة. ويختلف الأمر في الحصانة عنه في الإباحة³، فالحصانة إعفاؤها شخصي أما الإباحة فموضوعية تبيح الفعل لكل من أحاطت به الظروف التي يحددها القانون. وبناء على فكرتي في ترتيب فروع هذا المطلب حسب أهميتها تأتي في الفرع الثالث الموالي المقارنة بين الإباحة وتخلف ركن من أركان الجريمة.

87- الفرع الثالث: الإباحة وتخلف ركن من أركان الجريمة⁴

حتى تقوم الجريمة لابد من توفر جميع أركانها، وشرطها، وإلا فلا جريمة حسب قوالب التجريم. وقد يتخلف ركن القصد الجنائي مثلاً للغلط ونحوه، أو غيره من الأركان. وسبب الإباحة يفترض معه أن الفعل ينطبق عليه قالب التجريم بتحقيق المظهر المادي للجريمة واتجاه الإرادة إلى إحداث الفعل الذي هو مجرم في ظاهره، ومع هذا إذا قام سبب لإباحة الفعل زال ركن عدم المشروعية، وأصبح الفعل لا يشكل جريمة. بينما في تخلف ركن من أركان الجريمة فإنه لا توجد جريمة، ولا تنطبق على الفعل قوالب التجريم، ومن ثم لا يؤخذ فاعله جزائياً. وإن كان ضاراً مدنياً فالقضاء المدني هو الذي يحكم بجبر الضرر.

¹ أنظر الدكتورة خلود سامي عزارة آل معجون، النظرية العامة للإباحة، مرجع سابق، ص 55.

² v.Delogu(T.), Les causes de justifications, op.cit,pp.122 et 123.

³ v.Delogu(T.),Ibid ,p.142.

وانظر الدكتور محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات -القسم العام-، مرجع سابق، ص 145.

وانظر الدكتور عثمان سعيد عثمان، استعمال الحق كسبب للإباحة، مرجع سابق، ص 226 و 227.

⁴ أنظر المرجع نفسه.

وانظر الدكتور محمد سلام مذكور، الحكم التخييري أو نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء، دار النهضة العربية، ط3 لسنة 1965، ص 54.

وكل من الإباحة وتخلف ركن الجريمة يرد الحديث عليه متى كان من صدر منه الفعل مسؤولاً أمام القانون، أما إذا كان الفاعل غير مسؤول لسبب فيه فلا مجال للحديث عن الجريمة في حقه، ومن ثم لا مجال للحديث عن الإباحة أو تخلف أركان الجريمة، بل يرد الحديث هنا عن موانع المسؤولية. وهذا ما سأتناوله بالمقارنة مع الإباحة في الفرع الآتي.

88- الفرع الرابع: الإباحة وموانع المسؤولية

موانع المسؤولية عوارض تعترض مرتكب الفعل الجرمي وتسلب إرادته، كأن يعتري الفاعل للفعل الذي تنطبق عليه قوالب التجريم جنون، أو سلط عليه إكراه يعدم إرادته ويسلب حريته في اختيار ما يفعل أو يترك. فالفعل الذي يصدر عنه في هذه الحالة لا ينفي عنه وصف الجرم متى كان وفق القوالب التي يحددها القانون الجنائي، لكن الفاعل لا يؤاخذ لانعدام مسؤوليته هو شخصياً. ويقتصر الإعفاء من العقاب عليه شخصياً لا يمتد إلى من شاركه أو ساهم معه في ارتكاب الفعل.

بينما في حالة الإباحة فإن سببها إذا توفر أخرج الفعل من قالب التجريم نهائياً وأعادته مشروعاً بسلب ركن عدم المشروعية من الفعل، لأن الفعل الذي كان في الأصل غير مشروع أصبح ولتوفر ظروف وشروط يحددها القانون مباحاً ومشروعاً. فامتناع العقاب رغم توفر المظهر المادي للجريمة، أو خضوع الفعل لقالب التجريم يختلف في حالة امتناع المسؤولية عنها في حالة الإباحة. فسبب الإباحة تعطل معه نص التجريم أما في امتناع المسؤولية فالعقاب امتنع لعدم توفر الشروط لإيقاعه في من امتنعت مسؤوليته. وبقي الفعل مجرماً¹.

هذه هي المقارنة بين الإباحة وموانع المسؤولية، وهي في نظري أسبق من المقارنة بينها وبين موانع العقاب لكون العقوبة لاحقة للمسؤولية وليس العكس، وعليه سأتناول هذه المسألة الأخيرة في الفرع الخامس الأخير الآتي.

89- الفرع الخامس: الإباحة وموانع العقاب

موانع العقاب أسباب للإعفاء منه رغم بقاء الجرم قائماً بحسب قوالب التجريم. ففي هذه الحالة يقوم الشخص بفعل تتوفر فيه كل أركان وشروط التجريم لكن مع هذا يرى المشرع إعفاء تحقيقاً لمصلحة يراها، موقفاً الأثر الطبيعي للتجريم الذي هو العقاب. ويلتقي هذا الإعفاء من العقاب مع الإباحة من حيث صورة عدم إنزال العقاب رغم كون الفعل ينطبق عليه تماماً قالب التجريم بتوفر أركان وشروط الجريمة ظاهرياً. وقواعد الإعفاء مثل قواعد الإباحة كلها تتدرج تحت وصف القواعد السلبية² التي تؤدي إلى تحرير الجاني من رتبة العقاب رغم قيام الجرم، وإن كان أساس عدم إنزال العقاب مختلفاً. فموانع العقاب أسباب تقوم في جانب شخص الجاني عن فعل توافرت فيه كافة أركان الجريمة وشروط المسؤولية عنها³، ومن ثم فالعذر المعفي لا ينفي أركان الجريمة ولا شروطها، لكن يحول فقط دون توقيع العقاب. وقد وردت هذه الحالات في القانون على

¹ أنظر الدكتور محمد الفاضل، المبادئ العامة في قانون العقوبات، ط سنة 1964-1965، ص 425.

وانظر الدكتور محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة في التشريعات العربية، مرجع سابق، ص 169.

² أنظر الدكتور رمسيس بهنام، الجريمة والمجرم والجزاء، بدون مكان نشر، ط سنة 1976، ص 104.

³ أنظر نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم العام -، مرجع سابق، ص 862.

سبيل الحصر¹، وهي ترد بمناسبة النص على تجريم الفعل والعقاب عنه كحالة من يخبر على جرائم يحددها القانون. ولا إعفاء إلا بنص في القانون، ولا يجوز القياس في ذلك. فإذا كان سبب الإباحة أو المانع من المسؤولية يقوم وقت ارتكاب الفعل، فإن الأسباب المانعة من العقاب تطرأ بعد اكتمال جميع عناصر المسؤولية الجزائية، حيث يتوفر في الفاعل العنصر المعنوي والقدر اللازم من التمييز والإدراك الذي يجعله أهلاً لتحمل المسؤولية الجزائية. ومع هذا يرى المشرع أن المصلحة في إعفائه من العقاب أكثر منها في توقيعه عليه، لما في إعفائه من مصلحة راجحة على المصلحة في عقابه. ومثال ذلك ما ورد في المادة 199 من قانون العقوبات الجزائري من إعفاء أحد مرتكبي تزوير النقود والسندات المصرفية إذا أخبر عن الجريمة أو قدم تسهيلات للقضاء حتى بعد بدء التحقيق².

- ومبدأ الإعفاء يرد في القسم العام أما الجرائم التي يتم فيها الإعفاء فهي في القسم الخاص كل جريمة على حدة، وفي النص الذي يجرمها ويقدر العقوبة لها أو في نص موالي له.

- والإعفاء شخصي لا يستفيد منه إلا من تقرر لصالحه خلافاً للإباحة التي يستفيد منها الشريك. كما أن القاعدة المعفية من العقاب قاعدة استثنائية لا أصلية كقواعد الإباحة، ولذا فالأعذار خاضعة لمبدأ التحديد التشريعي لا يقاس عليها ولا يتوسع في تفسيرها عكس أسباب الإباحة التي يجوز فيها القياس والتفسير لصالح المتهم طبعاً.

90- هذه هي الصورة عن مفهوم الإباحة في النظم القانونية الوضعية المستمدة من الفكر البشري المشبع بالتراكم الحضاري الإنساني الموغل في القدم والممتدة جذوره في أعماق الأزمنة والعصور تتغذى من تراث فيه ما يمت إلى الدين بصلة وهو جلّه، وفيه ما هو من تجارب الإنسان ذاته عن طريق تطوير الأداء بتكرار التجربة والمحاولة.

ومن هذه الصورة انتقل إلى صورة المفهوم ذاته في الشريعة الغراء، السمحة، بمصدرها الأصليين القرآن والسنة وما استنبط الفقهاء منهما مسخرين جهدهم البشري في فهم النصوص وكيفية تطبيقها على الواقع في مجتمعاتهم، مستفيدين ولا شك من التجارب الإنسانية المشتركة من لدن سيدنا وأبونا آدم- عليه وعلى نبينا وجميع الأنبياء والمرسلين أفضل الصلاة وأزكى التسليم- إلى سيدنا محمد- عليه أفضل الصلاة وأزكى التسليم- وهو المرسل بالحنيفية السمحة التي لم تلغ التراث الإنساني بل بنت عليه، وهو في الأصل نابع من الديانات، وقومت بعض ما اعوج منه بفعل أهواء البشر وسوء فهمهم وأدائهم. وفيما يلي تلخيص للمقارنة بين الشريعة والقانون في هذا الفصل.

¹ نصت على الأعذار المادة 52 من قانون العقوبات الجزائري، وهذا نصها: <<الأعذار هي حالات محددة في القانون على سبيل الحصر يترتب عليها مع قيام الجريمة والمسؤولية إما عدم عقاب المتهم إذا كانت الأعذار معفية، وإما تخفيف العقوبة إذا كانت الأعذار مخففة. ومع ذلك يجوز للقاضي في حالة الإعفاء أن يطبق تدابير الأمر على المعفى عنه>>.

² نص المادة 199: <<إذا أخبر أحد مرتكبي الجنايات المبينة في المادتين السابقتين السلطات أو كشف لها عن شخصية الجناة قبل إتمام هذه الجناية وقبل بدء أي إجراء من إجراءات التحقيق فيها أو سهل القبض على الجناة الآخرين حتى بعد بدء التحقيق فيها أو سهل القبض على الجناة الآخرين حتى بعد بدء التحقيق فإنه يستفيد من العذر المعفى بالشروط المنصوص عليها في المادة 52.

ويجوز مع ذلك أن يحكم على الشخص الذي يعفى من العقوبة بالمنع من الإقامة من خمس سنوات على الأقل إلى عشرة سنوات على الأكثر>>.

91- ملخص المقارنة بين الشريعة والقانون

في كل من الشريعة والقانون تتسع دائرة الإباحة الأصلية¹، فما يعرف في الشريعة الإسلامية بالمسكوت عنه، أي ما لم يرد فيه نص بالأمر ولا بالنهي، فهذا مباح، كما أن ما دل الدليل الشرعي على إباحته مباح كذلك، وكذلك ما حكم به الحاكم حكما صحيحا. خلافا لرأي المعتزلة الذين يبنون نظريتهم على العقل ويقولون بأن التحسين والتقبيح عقليان لا شرعيان، فعلى نظريتهم هذه المباح ما أباحه العقل، وحكم الشارع يأتي مؤيدا لما وصل إليه العقل.

- والمأمور به في الشريعة الإسلامية يثاب فاعله على فعله إن كان الأمر بالفعل، كما يثاب على تركه إن كان الأمر بالترك ولا يقف الأمر على مجرد العقاب.

- وهذا ما يميز الإباحة في الشريعة عنها في القانون الذي يعرف هذا النوع من الإباحة وينص على أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، لكن لا يثيب من لم يجرم، وإنما يعاقب من أجرم فقط.

- أما في نطاق الإباحة الطارئة فإن مثلها في الشريعة الإسلامية بالمفهوم الذي قال به الشوكاني، في الفقرة التاسعة من هذا البحث مثل ما يقول به فقهاء القانون الوضعي وشراحه.

وخلاصة هذا النوع من الإباحة في الشرعتين كما صورها أصوليون وفقهاء الشريعة الغراء بأنها الترخيص بأعمال كانت في الأصل محظورة لموجب اقتضى ذلك، كإهدار دم المرتد والباغي والصائل وقاطع الطريق والحربي. إلا أن أية ممارسة لأي عمل مباح قد يمارس بصفة صحيحة كما أذن فيه وأبيح، وقد يمارس بصفة خاطئة، لغلط أو جهل من جانب أو من آخر، وهذا هو صلب هذا البحث وما سأتناوله في بابيه متوكلا على الله سبحانه وتعالى، ومستعينا به.

¹ أنظر الدكتور محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 54 وما بعدها.

الباب الأول مفهوم الجهل والغلط في الإباحة

الباب الأول

مفهوم الجهل والغلط في الإباحة

92- تمهيد وتقسيم

باعتبار الجهل والغلط من الظواهر الذهنية العقلية، وهما مرتبطان بالناحية النفسية للإنسان إذ أن لهما طبيعة العناصر ذاتها النفسية والمعنوية للركن المعنوي، أو الاتجاه الإرادي للجريمة، لذلك يمكن الوقوف على اعتبارها سببا من أسباب انتفاء الإثم الجنائي *culpabilité pénale* من خلال اتجاه قصد الإرادة.

كما يمكن الجزم بتوافر الركن المعنوي للجريمة، أي الإرادة الآثمة متى توفرت بعض العناصر الذهنية، والنفسية من إرادة وعلم. ذلك العلم الذي يعرفه الدكتور محمود نجيب حسني بقوله: «حالة ذهنية تعبر عن نشوء علاقة بين أمر ما وبين النشاط الذهني لشخص من الأشخاص، بحيث يعد هذا الأمر عنصرا من عناصر الخبرة الذهنية التي يختزنها الشخص، ويستطيع الاستعانة بها في حكمه على الأشياء، وفي كيفية تصرفه إزاء الظروف المحيطة به»¹.

- فالجهل إذن حكم غير صحيح على الأشياء وتصرف غير صحيح إزاء الظروف المحيطة بالشخص والغلط يرى البعض أنه نفس الشيء، وإنما الاختلاف في الكم فقط. فالجهل انعدام العلم كلية، والغلط علم ناقص بالشيء أو الموضوع.

لكن هذا الرأي غير معتمد، والرأي الأكثر منه قبولاً هو الذي يعتمد على ما قال به النفسانيون، من كون الغلط حالة ذهنية إيجابية، أي يوجد علم لدى الغالط لكنه زائف غير صحيح. أما الجهل فحالة ذهنية سلبية، أي لا وجود لأي علم في ذهن الجاهل، إلا أن هذا المعيار أيضا غير مسلم به، إذ يرد عليه بأنه يمكن أن يوصف الشخص بالجاهل حتى مع وجود علم لديه إذا كان غير كاف، ولكنه علم ولو كان جزئيا.

- والرأي الذي يكاد أن يكون مسلما به هو الذي ينبني على مفهوم أنه إذا لم تتوافر الصورة الإدراكية في ذهن شخص عن شيء، أو توافرت لديه صورة إدراكية إنما غير مطابقة للحقيقة الواقعية، أي علم بها زائفة. تنتفي علاقة العلم في الحالة الأولى، وكانت معيبة في الحالة الثانية. وهذا يعني جهل في الحالة الأولى وغلط في الثانية.

- وهكذا يتوحد حكم الجهل بالشيء وحكم الغلط فيه².

- وهذا الجهل والغلط يردان على الركن المادي، وعلى الركن المعنوي للجريمة، كما يردان على ركن عدم المشروعية. ويردان على القواعد الجنائية السلبية.

وفي هذا الإطار أتناول دراسة هذا الباب مقسما إياه إلى فصلين:

الفصل الأول: أتناول فيه الجهل والغلط في الإباحة في الشريعة الإسلامية.

والفصل الثاني أتناول فيه الجهل والغلط في الإباحة في النظم القانونية الوضعية.

¹ أنظر الدكتور محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، دراسة تأصيلية مقارنة للركن المعنوي في الجرائم العمدية، دار النهضة العربية، ط3 لسنة 1988، ص 53 وما بعدها و110 وما بعدها

² أنظر الدكتور محمد زكي محمود، آثار الجهل والغلط في المسؤولية الجنائية، دار الفكر العربية، ط سنة 1967، ص 45 وما بعدها.

الفصل الأول

الجهل والغلط في الإباحة في الشريعة الإسلامية

93- تمهيد وتقسيم

الجهل والغلط في الشريعة الغراء شأنها كما هو الحال تقريبا في النظم القانونية الوضعية. غير أن الشريعة الإسلامية المبنية على نصوص القرآن العظيم والسنة النبوية الشريفة لها بعض المصطلحات الخاصة بها تقتضيها الشريعة كنظام إلهي، ولذا فالتعاريف الاصطلاحية للجهل والغلط فيها التميز أحيانا عن مثيلاتها في النظم القانونية الوضعية، تبعا لتمييز النظامين والشرعتين. وينتج عن ذلك التميز اختلاف كذلك في تقسيم الجهل والغلط، إنما هذا الاختلاف ينتهي في الأخير إلى أن المقصود منه مجرد التنظيم والتنظير، أما جوهر المسألة في الغالب هي ما انتهى إليه الفكر الإنساني في بعض تصوراته، إذ لم يجمع على ما نتناوله في هذه الدراسة، بل تكاد كل نقطة أن يعرف فيها خلاف، وهذا الوضع موجود كذلك في الشريعة الغراء إلى حد ما، بين فقهاءها، إذ مسائل الخلاف كثيرة، وأقل منها مسائل الإجماع-عند القائلين به- ومرد الاختلاف في فهم النصوص الأصلية من قرآن وسنة، أو أخذهم بالحديث إذا صح عندهم أو عدم الأخذ به لأنه لم يصح.

ولكن يبقى الهدف دائما واحدا: هو تطبيق الشريعة تطبيقا صحيحا قدر الإمكان. وفي إطار ذلك تحديد أثر الجهل بالحكم الشرعي، والغلط فيه على مسؤولية المكلف.

ولأجل بحث هذا الفصل بالدقة اللازمة يتعين توزيع مادته على ثلاث مباحث كما يأتي:

المبحث الأول: تحديد مدلول الجهل والغلط.

المبحث الثاني: أقسام الجهل والغلط.

المبحث الثالث: أثر الجهل بالحكم الشرعي والغلط فيه على مسؤولية المكلفين.

محاو لا تأصيل كل مسائل هذه المباحث ومتتبعها إياها عند الفقهاء والأصوليين، وملفتا إلى ما عليه الحال في النظم الوضعية وإبداء رأيي متى تطلب الأمر ذلك.

المبحث الأول

تحديد مدلول الجهل والغلط

94- تمهيد وتقسيم

فقهاء الشريعة الإسلامية الغراء لم يفرقوا كثيرا بين الجهل والغلط بأسباب الإباحة كما هو عليه الحال عند الوضعيين من فقهاءهم ومقننيهم، سيما فكرهم المنحدر من القانون الروماني¹، ومرجع ذلك في نظر الدكتور السنهوري، راجع إلى النزعة الموضوعية المتغلبة في الفقه الإسلامي، إذ أن الجهل والغلط في هذه الشريعة، وهما من عيوب

¹أنظر الدكتور عبد المجيد محمد الحفناوي، نظرية الغلط في القانون الروماني، دراسة تحليلية وتأصيلية، **بدون مكان نشر**، ط سنة 1974.

وانظر الدكتور عبد الودود يحي، نظرية الغلط في القانون المدني الألماني، هذه الدراسة كذلك تقدم التفاصيل عن الجهل والغلط في القانون الروماني وفي القانون الألماني

الإرادة، ينظر إليهما على أساس الاعتبار الذاتية، والإرادة المعيبة بهما أو بأحدهما هي الإرادة الباطنة وليست الظاهرة التي يقف عندها الفقه الإسلامي بنزعتة الموضوعية¹. غير أن لهم مصطلحاتهم، واستعمالاتهم، كما سنبين خلال البحث، وهي ليست متفقة بالضرورة، ولا مختلفة دائماً مع ما قال به الوضعيون، إلا أنه من حيث التعريف اللغوي لكلمتي (الجهل والغلط) وتحديد المراد بهما لغوياً، فإنه لا خلاف، إلا عندما يستعمل الشرعيون الخطأ في مقام الغلط، وأنه حتى عند بعض الوضعيين المعاصرين من العرب استعمل بمعنى الغلط، أما من حيث التعريف الاصطلاحي، فلخصوصية الشريعة الغراء، جاءت مصطلحات معينة تدل على مدلولات معينة، مستمدة المصطلح ودلالته من القرآن العظيم أو من السنة النبوية الشريفة.

ولتتبع هذه المسائل وغيرها، أقسم المبحث إلى مطالب أربعة، أبتدئها بمطلب أبحث فيه معنى العلم أو معانيه ثم أخصص ثلاث مطالب لتعريف الجهل والغلط وتمييزهما عما يشبههما ولدليلهما من القرآن والسنة وأقوال الفقهاء، ولتعلقهما بأمر ونهي الشارع وإباحته، وبإذن العباد، كما هو آت:

المطلب الأول: معنى العلم، دليله وأقسامه.

المطلب الثاني: تعريف الجهل والغلط وتمييزهما عما يشبههما.

المطلب الثالث: دليل الجهل والغلط من القرآن والسنة، وأقوال الفقهاء في ذلك.

المطلب الرابع: تعلق الجهل والغلط بأمر ونهي الشارع وبإباحته، والعباد وإذنه.

متنواً كل مطلب بالتفصيل اللازم، الذي تقتضيه المسائل، وفي حدود ما تسمح به هذه الرسالة.

المطلب الأول

تعريف العلم

95- تمهيد وتقسيم

لقد ركز علماء الفقه وأصوله في الشريعة الغراء على تعريف العلم، وسوف لن أتناوله من وجهة نظر علماء أصول الدين (المتكلمين) ولكنني سأتناوله من حيث اللغة، ومن حيث تعريف الفقهاء، وأصولي الفقه، وذلك في الفروع الأربعة الآتية:

الفرع الأول: التعريف اللغوي للعلم.

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي له.

الفرع الثالث: دليله.

الفرع الرابع: أقسامه.

متتبعا ذلك في أمهات الكتب التي تعرضت له محاولاً أخذ عينات متنوعة قدر الإمكان.

96- الفرع الأول: التعريف اللغوي للعلم

عرف اللغويون العلم إنطلاقاً من جذر الكلمة (علم) ومروراً بجميع استعمالاتها، وسأعرض ذلك عند أكثر من لغوي مختصراً من قواميسهم القدر اللازم لهذا البحث، متتبعا الكلمة في مصادرهم.

¹ أنظر الدكتور عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج4، دار الفكر، بدون سنة نشر، ص 265.

أولاً: كلمة العلم في مختار الصحاح: علم بفتحتيْن العلامة، وهو أيضا الجبل، علم بضم الميم: الثوب والراية، وعلم الشيء بالكسر يعلمه علما عرفه، (وهذا مرادنا) ورجل علامة أي عالم جدا والهاء للمبالغة، استعلمه الخبر فأعلمه إياه، وأعلم القصار الثوب فهو معلم بكسر اللام، والثوب معلم بفتحها، وأعلم الفارس: جعل لنفسه علامة الشجعان، وعلمه الشيء بتشديد اللام تعليما فتعلم، وليس التشديد هنا للتكثير بل للتعدية، ويقال أيضا تعلم بمعنى أعلم، قال عمر بن معد يكرّب

تعلم أن خبر الناس طرا قتيل بين أحجار الكلاب¹

قال بن السكيت: تعلمت أن فلانا خارج أي علمت. قال: وإذا قيل لك اعلم أن زيدا خارج قلت: قد علمت. وإذا قيل: تعلم أن زيدا خارج، لم تقل: قد تعلمت. وتعالّمه الجميع أي علموه. والأيام المعلومات: عشر ذي الحجة. والمعلم: الأثر يستدل به على الطريق. والعالم بفتح اللام: الخلق، والجمع العوالم بكسر ها. والعالمون أصناف الخلق.

ثانياً: كلمة العلم في المعجم الوسيط

علمه (بفتح اللام والميم) علما (بسكون اللام) وسمه بعلامة يعرف بها، وعلمه في العلم، وعلم شفته أي شقها. علم (بكسر اللام) علما (بفتحها) فلان أي انشقت شفته العليا، فهو أعلم وهي علماء جمع علم، وعلم الشيء علما أي عرفه (وهو مرادنا) وفي التنزيل: «ولا تعلمونهم الله يعلمهم»²، وعلم الشيء وبه، شعر به ودرى، وفي التنزيل العزيز: «قال يا ليت قومي يعلمون بما غفر لي ربي»³. وعلمت الشيء حاصلًا: أيقنت به وصدقته. تقول: علمت الشيء نافعا. وفي التنزيل العزيز: «فإن علمتموهن مؤمنات»⁴، فهو عالم والجمع علماء. أعلم نفسه وفرسه: جعل لها علامة في الحرب، وأعلم الثوب: جعل له علما، من طراز وغيره. أعلم فلان الخبر وبه: أخبره به وأعلم على كذا من كتاب غيره: جعل عليه علامة الفاعل معلم بكسر اللام، والمفعول معلم بفتحها. وأعلم فلان الأمر حاصل: جعله يعلمه، عالمه: غالبه وباراه في العلم، علم بتشديد اللام: وسم نفسه نفسه بسمى الحرب. وله علامة جعل له أمانة يعرفها، فالفاعل معلم بالفتح والمفعول معلم بالكسر. وعلم فلان الشيء تعليما: جعله يعلمه.

اعتلم البرق، لمع في الجبل. واعتلم الشيء علمه. تعالم فلان أظهر العلم. واعتلم الجميع الشيء علموه. تعلم الأمر أتقنه وعرفه. تعلم بصيغة الأمر أعلم يتعدى إلى مفعولين والأكثر وقوعه على أن وصلتها كقوله: فقلت تعلم أن للصيد غرة، استعلمه الخبر استخبره إياه. الأعلومة: السمة جمع أعاليم. العالم: الخلق كله، وقيل كل ما حواه بطن الفلك، وكل صنف من أصناف الخلق، كعالم الحيوان وعالم النبات جمع عوالم وعالمون بفتح اللام. العلامة، الأعلومة، والعلامة: ما ينصب في الطريق فيهدى به. والعلامة: الفصل بين الأرضين جمع علام. والعلامة في الطب: ما يكشفه الطبيب الفاحص من دلالات المرض. العلامى بضم العين: الحصيف، الذكي من الرجال. العلامى بفتح العين وتشديد اللام من علم للمبالغة، والعلامة: النسابة، والتاء للمبالغة: فلان علامة. العلام بضم العين وتشديد اللام صفة للمبالغة من علم والعلام: الصقر. والعلام: الحناء. العلامة بضم العين وتشديد

¹ الكلاب بضم الكاف أرض جذب، والكلية الشدة من كل شيء، المعجم الوسيط، ج 2، ص 794.

² الآية 60-61 عند ورش من سورة الأنفال (8).

³ الآية 25-26 عند ورش من سورة يس (36).

⁴ الآية 10 من سورة الممتحنة (60).

اللام: ما يستدل به على الطريق من أثر. العلم: العالم والعلم بكسر العين: إدراك الشيء بحقيقته (هذا ما يعنينا) والعلم اليقين (مما يعنينا) والعلم نور يقذفه الله في قلب من يحب والعلم المعرفة (مما يعنينا) وقيل العلم: يقال الإدراك الكلي والمركب والمعرفة تقال للإدراك الجزئي أو البسيط، ومن هنا يقال: عرفت الله دون عرفته، ويطلق العلم على مجموع مسائل، وأصول كلية تجمعها جهة واحدة، كعلم الكلام، وعلم النحو، وعلم الأرض، وعلم الكونيات، وعلم الآثار جمع علوم، وعلوم العربية: العلوم المتعلقة بالعربية كالنحو والصرف، والمعاني والبيان، والبديع، والشعر، والخطابة. وتسمى بعلم الأدب، ويطلق العلم حديثاً على الطبيعية التي تحتاج إلى تجربة ومشاهدة واختبار، سواء أكانت أساسية: كالكيمياء، والطبيعة، والفلك، والرياضة، والنبات، والحيوان، والجيولوجيا، أو التطبيقية: كالطب، والهندسة، والزراعة، والبيطرة، وما إليها.

العلم: العلامة والأثر. والفصل بين الأرضين، وشيء منصوب على الطريق يهتدى به، ورسم في الثوب، وسيد القوم، والحبل، والراية. جمع اعلام. العَلَمَانِي، نسبة إلى العلم بمعنى العالم، وهو بخلاف الديني أو الكهنوتي. العَلَمَةُ شق في الشفة العليا للإنسان. فنشبه بذلك شفة الأرنب. العلم: كثير العلم، جمع علماء. العِلَالَم: الضيع الذكر. جمع عياليم. العيلم: العيلام والعيلم البئر الغزيرة الماء. جمع عيالم. المعلم: العلامة والمعلم من كل شيء مطمئن. جمع معلم: ويقال: خفيت معالم الطريق. المعلم، من يتخذ مهنته التعليم. والمعلم: من له الحق في ممارسة إحدى المهن استقلالاً. وكان هذا اللقب أرفع الدرجات في نظام الصناعات كالتجارين والحدادين. المُعَلَّم: الملهم الصواب والخير.

ثالثاً: كلمة العلم في معجم لغة الفقهاء

العلم بالتحريك من عِلْمِ اَعْلَام، العلامة الجبل، الراية. العلامة: في الطريق والثوب، التطريز في الثوب. العلمان: الميلان الأخضران في المسعى بين الصفا والمروة. العلم بكسر فسكون من عِلْمِ جمع علوم؛ الإدراك. إدراك الشيء بحقيقته (وهذا ما يعنينا) الاعتقاد الجازم (هذا ما يعنينا) ومنه قولهم الخبر المتواتر يوجب العلم (هذا ما يعنينا) أصول كلية في موضوع واحد، كعلم الفقه الذي موضوعه الحلال والحرام. والذي يعنينا العلم ضد الجهل ignorance علم savoir علم connaissance لكن عند الفقهاء ترد مشتقات كلمة العلم في كتبهم وهي تعني هذه المعاني.

97- الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للعلم

أنتبغ تعريف العلم عند الأصوليين ثم عند الفقهاء مبتدئاً ببحث تعريفه الأصولي باعتبار أن ما قال به الأصوليون سابق أتى بعده ما قال به الفقهاء (وإن كان التاريخ يثبت أن الفروع سبقت الأصول) وفيما يلي بعض التعاريف.

وقد عرف العلم عند الأصوليين والفقهاء بما فحواه: أنه إدراك ما من شأنه أن يدرك على ما هو به في الواقع، سواء أكان إدراكاً لصورة الشيء، وهو المعروف بالتصور، كإدراك أن المخلوقات حادثية، أم إدراكاً للحكم عليه، كإدراك أن الله موجود¹. ومعنى العلم بالتكليف: هو تصور الخطاب الصادر عن المكلف كإدراك معنى قوله تعالى: «آتوا

¹ أنظر الإمام الغزالي، المستصفى، مرجع سابق، ج1، ص 86.

الزكاة»¹ وليس المراد مجرد التصديق فقط، وإلا لزم امتناع تكليف الكفار بفروع الشريعة، عند من يقول به.

واشترط الإمام القرافي² في خطاب التكليف علم المكلف، وقدرته، وكون العمل من كسبه. وقال الشوكاني³: «أعلم أنه يشترط في صحة التكليف بالشرعيات فهم المكلف لما كلف به، بمعنى تصوره، بأن يفهم من الخطاب القدر الذي يتوقف عليه الامتثال، لا بمعنى التصديق به، وإلا لزم الدور، ولزم عدم تكليف الكفار لعدم حصول التصديق». فشرط التكليف فهمه، والواقع أن الفهم هو الطريق إلى العلم وإن عبر به بعضهم عن العلم كما فعل صاحب إرشاد الفحول، والعلم إذن من أهم شروط التكليف، وما الشروط الأخرى من فهم، وقدرة إلا خادمة للعلم.

98- الفرع الثالث: دليل العلم

يستدل على كون العلم مطلوب في الأحكام الشرعية من المكلف عقلياً، وقد خاض علماء الأصول في ذلك، وهذه مناظرة من مناظراتهم: استدلو على اشتراط العلم، بقولهم في التكليف أن المراد به اختبار بني آدم، وابتلائهم، وامتثالهم للمكلف به وهذا لا يتأتى إلا إذا كان المكلف عالماً بما كلف به لأنه لو وقع التكليف بلا اشتراط العلم، لصدر من الشارع سبحانه وتعالى، تكليف البهائم، لكنه لم يقع⁴. واعترض آخرون على هذا الدليل بعدة اعتراضات منها :

99- أولاً: ما قاله صاحب التيسير، إذ قال: قال المخالفون لو لم يصح تكليف من لا يفهم التكليف لم يقع لكنه وقع، وكيف لا، وقد كلف السكران حيث اعتبر طلاقه وإتلافه. وقد أجاب المصنف فقال: أن اعتبارهما فيه من باب ربط السبب بالمسبب وصفاً شرعياً كربط وجوب الصوم بالشهر، لا من باب الأحكام التكليفية⁵. كما قال الأمدي بما يفيد ذلك، إذ قال بأن نفاذ طلاق السكران، ليس من باب التكليف في شيء بل مما ثبت بخطاب الوضع⁶.

100- ثانياً: قال المخالفون: قال الله سبحانه وتعالى: «ولا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى»⁷، فإن السكارى مخاطبون من قبله سبحانه وتعالى في حال سكرهم أن لا يصلوا، وهو تكليف لمن لا يفهم التكليف⁸. وأجيب بأن الاستدلال بهذه الآية استدلال غير صحيح لما فيه من معارضة قاطع بظاهر، فالقاطع: هو الدليل الدال على امتناع تكليف من لا يعلم، وأما الظاهر فهي هذه الآية.

¹ الآية رقم 42-43 عند ورش من سورة البقرة (2).

² أنظر الإمام القرافي، الفروق، مرجع سابق، ج1، ص 161.

³ أنظر الشوكاني، إرشاد الفحول، مرجع سابق، ج1، ص 11.

وانظر فوزية محمد عبد الله القتامي، الجهل وأثره في الأحكام الشرعية، ماجستير قدمت لجامعة أم القرى مكة المكرمة، سنة 1402/1403، ص 16 و 17.

وانظر الشيخ محمد أبو زهرة، الجريمة، مرجع سابق، ص 416 و 417.

⁴ أنظر فوزية محمد القتامي، الجهل وأثره في الأحكام، مرجع سابق، ص 18.

⁵ أنظر بادشاه محمد أمير، تيسير التحرير، ج2، بدون مكان نشر، ط 1، بدون سنة نشر، ص 244.

⁶ أنظر الأمدي أبو علي الحسن بن أبي علي محمد سيف الدين، فقيه أصولي كان حنفياً ثم انتقل إلى مذهب الشافعي، توفي سنة 631 هـ، الإحكام في أصول الأحكام، ج2، بدون مكان نشر، ط 1، بدون سنة نشر، ص 244.

⁷ الآية 43 من سورة النساء (4).

⁸ أنظر بادشاه محمد أمير، تيسير التحرير، ج2، مرجع سابق، ص 244.

والقاعدة أنه إذا تعارض ظاهر وقاطع، أول الظاهر لأجل القاطع فالآية هنا مؤولة بأنها نهى عن السكر، عند قصد الصلاة، لأن النهي إذا ورد على واجب شرعي مقيد بغير الواجب انصرف إلى الغير، فالواجب الصلاة والقيّد السكر، فالمنهي عنه في الحقيقة السكر، كما في قوله تعالى: «ولا تموتن إلا وأنتم مسلمون»¹، فإن النهي فيها عدم الإسلام لا الموت².

101- الفرع الرابع: أقسام العلم

قسم الأصوليون والفقهاء العلم إلى قسمين، وأصل هذا التقسيم ما ورد عن الإمام الشافعي رضي الله عنه في رسالته، والقسمين هما:

102- القسم الأول: علم العامة

وهذا القسم من العلم لا يسع بالغاي غير مغلوب على عقله أن يجهله، لأنه من الأمور التي انتشرت وشاعت بين الناس (كالصلوات الخمس وغيرها من أركان الإسلام. وكحرمة القتل والزنا والسرقه) وهذا الصنف كله من العلم موجود في كتاب الله سبحانه وتعالى نصاً، لأنه مصدر العلم، وموجود عامة عند أهل الإسلام ينقله عوامهم عن سلف من عوامهم، يحكونه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، ولا يتنازعون في حكايته. ولا وجوبه عليهم، وهذا العلم هو الذي لا يمكن الغلط فيه من الخبر ولا التأويل، ولا يجوز التنازع فيه، وبهذا يتبين أن هذا العلم من صريح الكتاب والسنة المتواترة، ومن الأحاديث المشهورة، والذي انعقد على علمه والحكم الذي فيه إجماع الأمة³.

103- القسم الثاني: علم الخاصة

وهو ما يصل إليه العباد من فروع الفرائض، وما يخص به من الأحكام وغيرها، ولم يرد فيه نص صريح في الكتاب أو السنة، وإن كانت في البعض منه سنة، فإنما هي في متناول الخاصة لا العامة، ولم ينعقد على ذلك إجماع. فهذا النوع من العلم يختص به الفقهاء، ومن عكفوا على دراسة الأحكام العملية، وهو درجة عالية يسع العامة أن يجهلوه ولا يسع الفقهاء ذلك. وبهذا يتبين أن الأصول العامة من فرائض ومحرمات يلزم كل مقيم في ديار الإسلام العلم به ولا يعذر بالجهل به.

المطلب الثاني

تعريف الجهل والغلط وتمييزهما عما يشبههما

104- تمهيد وتقسيم

الجهل والغلط عند الأصوليين عارضان من عوارض الأهلية، وهي من نوع العوارض المكتسبة، وإن كان الجهل خلقي في الإنسان إلا أنه اعتبر مكتسباً لأنه أمر زائد على حقيقة الإنسان، وثابت في حال دون حال، كالصغر، واعتبر الجهل من العوارض

¹ الآية 102 من سورة آل عمران (3).

² نفس الصفحة من تسيير التحرير.

³ أنظر الإمام الشافعي محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع القرشي المطلبي أبو عبد الله أحد الأئمة الأربعة، ولد بغزة سنة 150 هـ وحمل إلى مكة وهو ابن سنتين، ونشأ بها، وقدم بغداد مرتين، وحدث بها، وخرج إلى مصر ونزلها إلى حين وفاته سنة 204 هـ (عن كتاب بن زهرة الشافعي حيلته وعصره)، الرسالة، طبعة بولاف الأميرية الأولى، بدون سنة نشر، ص 358.

المكتسبة، لأن إزالته باكتساب العلم في قدرة الإنسان، فكان ترك تحصيل العلم اختياراً من الإنسان، يقابله اختيار الجهل، أي بقاءه فيه، فكان الجهل مكتسباً من هذا الوجه¹. أما الغلط فطارئ فعلاً وعارض للإنسان، حتى ما كان منه نتيجة الجهل، إذ الغلط عادة يكون سببه الجهل بحقائق الأمور.

والعوارض جمع عارض: أي أمر عارض، أو جمع عارضة: أي خصلة عارضة، أو آفة عارضة. مأخوذ من عرض كذا إذا ظهر له أمر يصده عن المضي على ما كان عليه فعله. - ومعنى كونها عوارض، أنها ليست من الصفات الذاتية - كما سبق أن أشرت أعلاه. ويراد بالعروض الطريان أو الطرآن والحدوث بعد العدم، ولا يصح في الصغر إلا على سبيل التغليب، تغليب أنه يزول فيما بعد².

ولحسن بحث هذا المطلب رأيت أن أوزعه على فرعين، فرع أبحث فيه الجهل والغلط وآخر أبحث فيه تمييزهما عما يشبههما، على النحو الآتي:

الفرع الأول: تعريف الجهل والغلط.

الفرع الثاني: تمييز الجهل والغلط عما يشبههما.

مكتفياً بالتعريف الإصطلاحي لكل من الجهل والغلط.

105- الفرع الأول: تعريف الجهل والغلط

تعريفهما من حيث الاصطلاح لازم هنا لما للشرعية الغراء من خصوصية، وهذه الخصوصية تظهر في تناول فقهاء للمسائل، ومن بينها مسألتا الجهل والغلط. وسأتناول هذا الفرع بالبحث في ثلاث نقاط.

أولها: أقدم فيها عينات من تعاريف اصطلاحية للجهل مع مناقشتها.

وثانيتها: أقدم فيها التعريف الذي أراه للجهل.

وثالثتها: أقدم فيها عينات من تعاريف للغلط مع مناقشتها.

106- أولاً: تعاريف الأصوليين والفقهاء للجهل

1- عرفه إمام الحرمين الجويني³ بقوله «الجهل عقد يتعلق بالمعتقد على خلاف ما هو به» والملاحظ على هذا التعريف صعوبة عبارته فاستعماله عقد يعني بها: اعتقاد.

2- عرفه الإمام الغزالي بقوله: «...الجهل فإنه متعلق بالمجهول على خلاف ما هو به...»⁴ وهذا التعريف جاء مقارناً للمجهول بالمعلوم إذ يقول الغزالي بعده: «...والعلم مطابق للمعلوم».

3- وبعبارة مقاربة عرفه الإمام النووي بقوله: «الجهل عند أهل الأصول إعتقاد الشيء جزماً، على خلاف ما هو به»¹ ويلاحظ على هذا التعريف أنه يستلزم كون المعلوم شيئاً،

¹ البخاري علاء الدين بن عبد العزيز المتوفى سنة 730هـ، كشف الأسرار على أصول البزدوي، ج 4، بدون مكان نشر، ط 1، بدون سنة نشر، ص 1383 و1450.

² أنظر الدكتور حسين خلف الجبوري، عوارض الأهلية عند الأصوليين، نشره معهد البحوث العلمية، وإحياء التراث الإسلامي، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، بدون سنة نشر، ص 125.

وأنظر التفقزاني سعد الدين بن مسعود بن عمر المتوفى سنة 792هـ، شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح، ج2، مطبعة صبيح، القاهرة، بدون سنة نشر، ص 167.

³ أنظر أبو المعالي الجويني عبد المالك بن الشيخ أبي محمد عبد الله بن أبي يعقوب بن يوسف بن عبد الله بن يوسف بن محمد حبوبة فقيه شافعي يلقب أيضاً ضياء الدين ويعرف بإمام الحرمين، ولد في حوبن في 18 محرم 419هـ وانتقل إلى نيسابور، له مؤلفات كثيرة مهمة منها: البرهان، حققه ووضع فيه دراسة الدكتور عبد العظيم الدين، ج1، كلية الشريعة، جامعة قطر، ط1، بدون سنة نشر، ص 120.

⁴ أنظر الغزالي أبو حامد، المستصفى، ج1، مرجع سابق، ص 25.

فيتحقق إذا الجهل بالمعدوم، كما يتحقق بالموجود، أو كون المجهول غير داخل في التعريف، وكلا الأمرين فاسد، ولهذا رد التعريف لفساده.

4- عرفه السبكي² بقوله: «هو انتفاء العلم بالمقصود» وهذا التعريف مختصر ومعبر إلى حد كبير على المقصود

5- عرفه الزركشي³ بقوله: «عدم العلم عما من شأنه أن يكون عالما» وقال أنه قيد بقوله: «عما من شأنه أن يكون عالما» حتى لا يدخل في التعريف عدم العلم المطلق الذي يستوي فيه الإنسان حتى مع الجمادات.

6- عرفه التهانوي⁴ بقوله: «إنه اعتقاد جازم غير مطابق للواقع»، وهذا التعريف يكاد يكون جامعا مانعا، أي يصلح أن يرشح على غيره.

7- عرفه ابن نجيم⁵ بقوله: «عدم العلم عما من شأنه العلم، وهو بحسب أهل الفطرة» فهذا التعريف جامع مانع لكنه استطرده بقوله «وهو بحسب أهل الفطرة».

8- عرفه البزدوي⁶ بقوله: «صفة تضاد العلم عند احتماله وتصوره» واحترز بهذا التعريف عن الأشياء التي لا علم لها، فإنها لا توصف بالجهل لعدم تصور العلم فيها. وفي التعريف بعض الإطناب.

107- ثانيا: التعريف الذي اختاره للجهل

من دراستي للتعاريف السابقة، ارتأيت أن أساهم في وضع تعريف، أخاله يحوز على ما تتطلبه التعاريف من الجمع والمنع، والإيجاز من غير إخلال بالمقصود، وأقترحه كالآتي: «عدم العلم بما من شأنه فطريا العلم به»، فهذا التعريف أراه يستجيب لشروط التعريف بكيفية واضحة مبسطة وعلمية فيها بيان المعرف، والتحرز مما ليس منه، وإن أكن قد وفقت فحمدا لله سبحانه وتعالى الموفق، وإن لم يحالفني التوفيق عذري أنني

¹ أنظر النووي أبو زكرياء يحيى بن شرف الدين بن مري بن حسن بن حسين شيخ الإسلام فقيه شافعي، ولد سنة 631هـ، ولي مشيخة دار الحديث له تصانيف عدة، تهذيب الأسماء واللغات، ج1، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، طبعة 1401هـ - 1990م، ص 56 و 57.

وأنظر كذلك الدكتور منصور محمد منصور، الشبهات وأثرها في العقوبة الجنائية في الفقه الإسلامي مقارنا بالقانون، مطبعة الأمانة، مصر، ط1 سنة 1406هـ 1986م، ص 46 وما بعدها.

² أنظر السبكي عبد الله بن علي بن عبد الكافي أبو النصر، ولد سنة 727هـ بالقاهرة وتوفي سنة 771هـ في دمشق، من مؤلفاته (جمع الجوامع) و(توشيح الصحيح): حاشية الشريبي على جمع الجوامع، ج1، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، طبعة سنة 1356هـ 1937م، ص 161 و 165.

³ أنظر الزركشي محمد بن بهادر بن عبد الله، أبو عبد الله بدر الدين، من فقهاء الشافعية، أصولي ولد بمصر سنة 774هـ، توفي سنة 794هـ بالقاهرة الصغرى، له تصانيف منها (البحر المحيط في الأصول، تشنيف السامع بجمع الجوامع)، المنشور في القواعد للزركشي، ج2، حققه الدكتور تيسير فائق أحمد محمود، راجعه الدكتور عبد الستار أبو عدة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، **بدون سنة نشر**، ص 13.

⁴ أنظر التهانوي محمد بن علي بن القاضي محمد بن حامد بن محمد بن صابر الفاروقي الحنفي، باحث هندي، توفي سنة 1158هـ، كشاف اصطلاحات الفنون، ج3، دار صادر، بيروت، **بدون سنة نشر**، مادة 455.

⁵ أنظر ابن نجيم زين الدين بن إبراهيم بن محمد، من فقهاء الحنفية، له تصانيف عدة منها (الأشباه والنظائر) و(البحر الرائق في شرح كنز الدقائق)، الأشباه والنظائر، تحقيق وتقديم محمد مطيع الحافظ، دار الفكر، ط1 لسنة 1403هـ 1983م، ص 360 و 361.

⁶ أنظر البزدوي علي بن محمد بن الحسن بن عبد الكريم أبو الحسن من أكابر الحنفية في الفقه والأصول، يلقب بفخر الإسلام، ولد سنة 400هـ في سمرقند وتوفي سنة 482هـ، له مؤلفات منها (المبسوط) مخطوط (كنز الأصول) يعرف بأصول البزدوي، و(تفسير القرآن) وغيرها، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، لعبد العزيز البخاري، صنفه وعلق عليه محمد المعتصم بالله البغدادى، ج4، دار الكتاب العربي، بيروت، ط1 سنة 1411هـ، ص 1450.

اجتهدت، وهذا جهد المقل، وعسى أن يأتي بعدي من ينتقد تعريفي ويقدم أجود منه، والعلم حلقات يرتبط بعضها ببعض.

108 - ثالثاً: تعاريف الغلط

الغلط عند فقهاء الشريعة الغراء منهم من يستعمله في محل استعماله كلمة الخطأ، ومنهم من يستعمل اللفظين كل يقصد به معنى غير الذي يقصده بالآخر (سيأتي توضيح ذلك عندما نبحت تمييز الجهل والغلط عما يشبههما). وعلى أي حال فإن الفقهاء خاصة منهم المحدثين أوردوا تعاريف متعددة للغلط قصد ضبط ماهيته، خاصة في القواعد العامة (المعاملات المدنية) ومن تعاريفه:

- 1- ما عرفه به عبد العزيز البخاري بقوله: «أنه الشعور بالشيء على خلاف ما هو عليه»¹ فهذا التعريف عام يمكن أن يستفاد من معناه في بحثنا هذا لكن ألفاظه عامة.
 - 2- عرفه الدكتور السنهوري بقوله: «حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع»² وغير الواقع إما أن يكون واقعة صحيحة يوهم عدم صحتها وإما أن يكون واقعة غير صحيحة يتوهم صحتها. وهذا التعريف عام غير خاص بالقانون الجنائي.
 - 3- وعرفه الدكتور إسماعيل غانم بقوله: «وهم يقوم بذهن شخص فيصور له أمراً على غير حقيقته»³ وهذا التعريف موجز دال على المعرف ويمكن استعماله في القانون الجنائي.
 - 4- عرفه الأستاذ زهدي يكن بقوله: «هو الإظهار الكاذب أو غير الصحيح للحقيقة، ويتولد عنه الاعتقاد بصحة شيء كاذب أو كذب شيء صحيح»⁴، هذا التعريف كثير الاستطراء، عظيم الإطناب، وهو وصف للمعرف أكثر مما هو تعريف له.
 - 5- عرفه من الباحثين في القانون الجنائي الشيخ جندي عبد المالك بقوله: «هو وقوع الشيء على غير إرادة فاعله»⁵، وتحدث عنه على أساس تسميته والاصطلاح عليه بالخطأ الذي يقصد به الغلط.
 - 6- وعرفه كذلك من الباحثين في القانون الجنائي الشيخ أبو زهرة بقوله: «أن يُقصد شخص معنيا بالأذى فيكون الأذى على غيره»⁶.
- ومن الباحثين من عرفه بقوله: «توهم خاطئ»⁷، وهو مجرد وصف لحال.
- ولم يكن فقهاء الشريعة الغراء قد اهتموا بوضع نظريات فقهية عامة وأثرها على الغلط بالذات كما لاحظ العلامة السنهوري، وعبر عن ذلك في كتابه «مصادر الحق في الفقه الإسلامي»¹.

¹ أنظر عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار، ج4، مرجع سابق، ص 625.

² أنظر الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، بدون مكتن نشر، طبعة 2 لسنة 1964، ص 289.

³ أنظر الدكتور إسماعيل غانم، مصادر الالتزام، بدون مكان نشر، طبعة سنة 1964، ص 175.

⁴ أنظر الأستاذ زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود المقارن بالقوانين الحديثة والشريعة الإسلامية، ج4، بدون مكان نشر، طبعة سنة 1962، ص 5.

⁵ أنظر الشيخ جندي عبد المالك، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقوانين الوضعية، ج 1، مؤسسة الرسالة، ط 5 لسنة 1404 هـ 1984م، ص 432.

⁶ أنظر الشيخ محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة - الجريمة، دار الفكر العربي، بدون سنة نشر، ص 446.

⁷ أنظر الدكتور سيد نشأت إبراهيم الدريني، التراضي في عقود المبادلات المالية، دار الشروق، جدة، ط 1 لسنة 1402 هـ 1982م، ص 485.

- وأرى أن تعريف الشيخ أبو زهرة هو أصلها جميعا خاصة في الميدان الجزائي.
- وأرى كذلك لو أصوغ هذا التعريف كالآتي: «قصد شخص معين بالأذى فيصيب غيره»، ولا أقول أنني عرفت الغلط بل حورت تعريف الشيخ أبو زهرة.

109- الفرع الثاني: تمييز الجهل والغلط عما يشبههما

الجهل والغلط يشبههما ويقترب منهما في المعنى بعض المفاهيم، ولإبعاد كل لبس أوضح الفروق بين هذه المفاهيم، وبين مفهوم كل من الجهل والغلط، مقسما هذا الفرع إلى نقطتين، أولاها: أتناول فيها التمييز بين الجهل وما يشبهه، وأتناول في ثانيتهما: التمييز بين الغلط وما يشبهه كما هو آت.

110- أولا: التمييز بين الجهل وما يشبهه

يشبه الجهل بعض المفاهيم والأوصاف لبعض الأحوال التي تعتري الإنسان فتؤثر في ذهنه وعقله، وتؤثر بالتالي على كيفية تعامله مع محيطه، فيقع في الغلط كما يوقعه فيه الجهل، فنقطة الغلط هي الجامع بين الجهل وما يشبهه، وهي التي تدخل الخلط والوهم بينه وبينها، ولدفع اللبس أبين هذه الأمور في الآت.

111- 1- النسيان: لفظ مشترك من حيث اللغة بين معنيين: أحدهما: ترك الشيء عن ذهول وغفلة، وذلك خلاف الذكر له. والثاني: الترك عن عمد، ومنه قوله تعالى: «ولا تنسوا الفضل بينكم»² أي لا تقصدوا الترك والإهمال. ومن قال نسيت ركعة يعني أنه أهملها ذهولا عنها، وقال أحد أئمة اللغة الزمخشري: ³ من المجاز القول نسيت الشيء بمعنى تركته.

وفي الاصطلاح هو الغفلة عن معلوم في غير حال السنة بكسر السين المشددة، فلا ينافي الوجوب، أي نفس الوجوب لا وجوب الأداء.

- وقال فيه القرافي: «النسيان لا إثم فيه من حيث الجملة، بخلاف الجهل بما يتعين على الإنسان تعلمه، والنسيان أيضا يهجم على العبد قهرا لا حيلة له في دفعه عنه، والجهل له حيلة في دفعه بالتعلم»⁴.

- وقال فيه التهانوي: «وكذا الغفلة والذهول، والجهل البسيط بعد العلم يسمى نسيانا»⁵.
- وقال فيه الأمدي: «إن الذهول والغفلة والنسيان عبارات مختلفة، لكن يقرب أن تكون معانيها متحدة، وكلها مضادة للعلم، بمعنى أنها يستحيل اجتماعها معه»⁶.

¹ أنظر الدكتور السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج 1، دار الفكر، بدون سنة نشر، ص 104.
وانظر الدكتور محمد سعيد جعفر، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومة، بدون سنة نشر، ص 14.

وانظر لبنى مختار، وجود الإرادة وتأثير الغلط عليها، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، بدون سنة نشر، ص 99.
وانظر الدكتور حسين عطا حسين سالم، نظرية الغلط في القانون والشرعية، دار الحداثة، بدون سنة نشر، ص 17.
² الآية 237 عند ورش من سورة البقرة (2).

³ الزمخشري محمد بن عمر بن محمد بن أحمد جار الله نسب إلى زمخشري قرية من قرى خوارزم لبلاد فارس، وينسب إليها أيضا. ولد في شهر رجب 467هـ، ويكنى أبا القاسم، كان واسع العلم كثير الفضل غاية في الذكاء وجودة القريحة، تعلم العربية صغيرا وتتلذذ على كثير من العلماء وألف كتباً متعددة في فنون مختلفة منها أساس البلاغة والكشاف، مذهبه اعتزالي، توفي ليلة عرفة من سنة 538هـ بجرجانية خوارزم بعد رجوعه من مكة المكرمة، عن كتابه الكشاف.
⁴ أنظر الإمام القرافي، الفروق، ج2، مرجع سابق، ص 149.

وانظر الإمام الزمخشري، أساس البلاغة، دار صادر، بيروت، ط 1 لسنة 1412هـ 1992م.

⁵ أنظر التهانوي محمد علي بن علي، كشاف اصطلاحات الفنون، ج3، مرجع سابق، ص 455.

⁶ أنظر الأمدي، الأحكام في أصول الأحكام، ج2، مرجع سابق، ص 253.

112- 2 - **السهو:** السهو في اللغة من سها يسهو سهوا: أي غفل، والسهو الغفلة. وفرقوا بين الساهي والناسي، بأن الناسي إذا ذكرته تذكر، والساهي بخلافه¹. وعرفه اصطلاحا التهانوي بقوله: «أنه يقرب من الجهل، وكأنه جهل بسيط، سببه عدم استنبات التصور حتى إذا نبه الساهي أدنى تنبيه تنبه»².

كما يختلف عنه كل من السفه، والطيش والحمق، وكل هذه الأوصاف خفة في النفس³.
113- **ثانيا التمييز بين الغلط وما يشبهه**

لقد سبق وأن أوضحت أن الغلط يستعمل من فقهاء وأصوليين قدامى ومحدثين بمعنى الخطأ، ويستعمل الخطأ في محله، ويفرق بينهما الاصطلاحيون كما يأتي.

114- 1 - الفرق بين الغلط والخطأ

يرى بعض الاصطلاحيين من الفقهاء ومن قبلهم الأصوليين أن استعمالهما يحمل معنى واحدا، ويدل على مقصود واحد. ويرى فريق آخر من الأصوليين والفقهاء أن معناهما مختلف، فإذا كان الغلط هو وضع الشيء في غير محله وموضعه، ويجوز أن يكون صوابا في ذاته ونفسه، فإن الخطأ لا يمكن أن يكون صوابا على أي وجه. ولما كان كل من الخطأ والغلط، هو فقدان التمييز بين الصواب وضده، وكلا منهما يقع في مقابل الصواب، فهذا ما يبرر الترابط بينهما، وهذه النتيجة مؤكدة عند جمهور اللغويين⁴.

115- 2 - الفرق بين الغلط والتدليس. dol, fraude

التدليس دافع إلى الغلط، بينما الغلط وهو تلقائي في نفس الغالط، ليس مدفوعا إليه وموقعا فيه من الغير بطرق إحتيالية أوقعته في الغلط، والتدليس خداع كما يعبر عنه البعض⁵.

116- 3 - الفرق بين الغلط والهزل plaisanterie, raillerie

- فالهزل ضد الجد، وهو كل كلام لا تحصيل له، مأخوذ كما يقول أهل اللغة من الهزال وقال ابن الأثير: الهزال واللعب من باب واحد، ونحوهما المزاح⁶.
- وقال عنه الاصطلاحيون: «أن لا يراد باللفظ ودلالته المعنى الحقيقي، ولا المجازي، بأن لا يراد به شيء، أو يراد به ما لا يصح إرادته به»⁷.
- والهزال كالخطأ (المقصود الغلط) في أنه من العوارض المكتسبة إلا أن المخطئ لا قصد له في خصوص اللفظ ولا في حكمه، والهازل مختار راض بخصوص اللفظ غير راض بحكمه⁸.

¹ أنظر الموسوعة الفقهية، ج26، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، دولة الكويت، **بدون سنة نشر**، ص 98.

² نفس الصفحة من نفس المرجع.

³ دليلة براف، الخطأ في تصرفات المكلفين، ماجستير قدمت للمعهد الوطني العالي لأصول الدين، الجزائر، سنة 1996-1997، ص 48 و49.

⁴ أنظر دليلة براف، المرجع نفسه.

⁵ أنظر الدكتور محمد سعيد جعفر، نظرية عيوب الإرادة في الفقه المدني الجزائري والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 43.

⁶ أنظر الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ص 131.

⁷ نفس الصفحة من نفس المرجع.

وانظر محب الله بن عبد الشكور، فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت، ج 1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط 3 لسنة 1414 هـ 1993 م، ص 162.

⁸ أنظر الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ص 131.

وحاصل الفرق بين الغلط والهزل من وجهين:

أ- للمخطئ العذر الذي ليس للهزل، إذ لا قصد للمخطئ في خصوص اللفظ ولا في حكمه لأنه غير مختار ولا راض بالتكلم بخصوص اللفظ ولا في حكمه، بينما الهازل يتكلم باختياريه ورضاه، إلا أنه لا يختار ثبوت الحكم ولا يرضاه.

ب- المخطئ نقيض العامد، بينما الهازل ضد الجاد.

117- 4- الفرق بين الغلط والنسيان oubli omission والسهو oubli

inattention المغلة inattention mégarde والذهول stupeur

هذه الألفاظ متقاربة المعنى عند الأصوليين والفقهائ، فقد نقل ابن عابدين عن شرح التحرير اتفاقهم على عدم الفرق بين السهو والنسيان.

- وقال ابن نجيم: المعتمد أنهما مترادفان.

- وصرح البيجوري: بأن السهو مرادف للمغلة، وأما الذهول فمن العلماء من جعله مساويا للمغلة، ومنهم من جعله أعم منها، ومنهم من جعله أخص منها، وجميع هذه الألفاظ ترجع إلى عيوب في الإرادة لمن فاته العلم، وما كان منافيا للعلم كان منافيا للإرادة، وصلتها بالخطأ (الغلط) أنها أسباب تؤدي إليه، والخطأ (الغلط) ينتج عنها¹

118- 5- الغلط والإكراه contrainte

الإكراه بمعناه حمل الغير على ما لا يرضاه من قول أو فعل، ولا يختار المكره مباشرته لو خلي ونفسه. وينقسم الإكراه إلى ملجئ وغير ملجئ.

- قال الأمدى: «والحق أنه إذا أخرج بالإكراه إلى حد الاضطرار، وصار نسبة ما يصدر عنه من الفعل إليه نسبة حركة المرتعش إليه، أن تكليفه به إيجابا وعدمه غير جائز إلا على القول بتكليف ما لا يطاق، وأما إن لم يفته إلى حد الاضطرار فهو مختار، وتكليفه جائز عقلا وشرعا، وأما المخطئ (الغالط) فهو غير مكلف إجماعا فيما هو مخطئ (غالط) فيه»².

وقد يكون الغلط في قصد أمر لا معصية فيه فيقع في معصية.

وهو متلاقي في الأصل اللغوي مع الكراهة، وفي الشريعة كذلك. وهو متضمن التهديد بأذى يناله المكره إما في نفسه أو ماله، أو في شأن من يهتم به في نفسه أو ماله، أو بالأذى له أو لمن يهتم بشأنه فيما دون ذلك كالسب، وفعل ما يترتب عليه المهانة، على نظر في هذا النوع الأخير من الإكراه.

ومن الإكراه ما لا يؤثر في أصل الرضا، وهو مختلف فيه ما إذا كان إكراها أم لا؟³

¹ أنظر ابن نجيم زين الدين بن ابراهيم ، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ص 302. وانظر ابن عابدين محمد أمين المتوفى سنة 1252، حاشية رد المحتار على الدر، المختار شرح تنوير الأبصار، دراسة وتعليق وتحقيق عادل أحمد عبد العزيز علي محمد عوض، قدم له وقرضه الدكتور محمد بكر اسماعيل، ج2 و ج6 ، دار الكتب العلمية، طبعة 1 لسنة 1415هـ 1994م، ص 77 و 147.

وانظر ابن المنظور الإمام أبو الفضل جمال الدين محمد المصري، صاحب أكبر موسوعة لغوية، المتوفى سنة 711هـ، لسان العرب، ج4، دار بيروت للطباعة والنشر، **بدون سنة نشر**، ص 243.

وانظر البيجرمي الشيخ سليمان، حاشية البيجرمي على متن السنوسية، نسخة منقحة ومصححة، دار الفكر، **بدون سنة نشر**، ص 29.

وانظر الموسوعة الفقهية، ج 19، مرجع سابق، ص 129 و 130.

² أنظر الأمدى، الإحكام في أصول الأحكام، ج 1، مرجع سابق، ص 117.

وانظر الأسنوي، نهاية السؤل في شرح منهاج الوصول، ج1، عالم الكتب، القاهرة، طبعة سنة 1943، ص 321.

³ أنظر الشيخ محمد أبو زهرة، الجريمة، مرجع سابق، ص 482 إلى 485.

119- 6 - الغلط والجهل ignorance

الجهل بمعناه انتفاء العلم بالمقصود بأن لم يدركه أصلاً، ويسمى الجهل البسيط، أو أدركه على خلاف هيأته في الواقع، وهو الجهل المركب لأنه جهل المدرك بما في الواقع، مع الجهل بأنه جاهل به كاعتقاد الفلاسفة أن العالم قديم.

- واعتبر الفقهاء الجهل عذراً من باب التخفيف، وعارض من العوارض المكتسبة، مثله مثل الخطأ (الغلط) وأنه مسقط للإثم، ويعتد به عذراً في حقوق الله تعالى المنهيات دون المأمورات، لأن المقصود من المأمورات إقامة مصالحها وذلك لا يحصل إلا بفعلها، أما المنهيات فمجزور عنها، بسبب مفسدها امتحاناً للمكلف أن يكف عنها، ويكون فعلها بالتعمد لارتكابها، ومع الجهل لم يقصد المكلف ارتكاب المنهي فعذر بالجهل فيه¹.

ولكن حقوق الأدميين لا يعذر الجاهل فيها، ولا المخطئ (الغالط) فهما ضامنين لما أتلفا من حقوق العباد.

وبعد أن عرفنا الجهل والغلط وميزناهما عما يشبههما، ولما أن الشريعة الغراء ترجع في كل علومها وأحكامها إلى نصوصها الأصلية (القرآن العظيم والسنة النبوية الشريفة) يتعين علينا أن نؤصل مفهوم الجهل والغلط في هذين النصين الأصليين، فنبحث على دليلهما في القرآن والسنة في المطلب الموالي.

المطلب الثالث

دليل الجهل والغلط في القرآن والسنة وأقوال الفقهاء في ذلك

120 - تمهيد وتقسيم

المنتبِع في كتب الفقه الإسلامي يجد أحكاماً كثيرة تتعلق بالجهل وبالغلط، إذ يرتب الفقهاء عليهما الأحكام أحياناً ويستبعدونهما أحياناً أخرى، وهذا في حد ذاته يعني أن للجهل والغلط أصلاً في كتاب الله سبحانه أو في سنة رسوله، صلى الله عليه وسلم. إذ الفقه قائم عليهما، وعليه ولاستجلاء الأمر أتناوله بالبحث في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: دليل الجهل والغلط في القرآن العظيم وفهم الفقهاء لآياته الدالة على ذلك.

الفرع الثاني: دليل الجهل والغلط في السنة النبوية الشريفة وفهم الفقهاء للأحاديث الدالة على ذلك.

منتبعا المسألة في أمهات الكتب المتخصصة في التفسير، وشروح السنة، وفي كتب الفقه.

¹ أنظر ابن نجيم زين الدين بن ابراهيم، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ص 303 و304.

وانظر البناني مصطفى بن محمد بن عبد الخالق المتوفى سنة 1198هـ، حاشية البناني على جمع الجوامع، ج1، بدون مكان نشر، بدون سنة نشر، ص 111 و164.

وانظر الشيخ محمد أبو زهرة، الجريمة، مرجع سابق، ص 461 وما بعدها.

وانظر الدكتور منصور محمد منصور، الشبهات وأثرها في العقوبات الجنائية في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 342.

وانظر حسين خلف الجبوري، عوارض الأهلية عند الأصوليين، مرجع سابق، ص 334 وما بعدها.

وانظر دليلة براف، الخطأ في تصرفات المكلفين، مرجع سابق، ص 43 وما بعدها.

الفرع الأول: دليل الجهل والغلط من القرآن العظيم وكيف فهم

121- أولا: يستدل الفقهاء عادة بآيات من القرآن العظيم على كون العلم لازما للتكليف من مثل قول الله سبحانه وتعالى في سورة الأنعام: «ذلك أن لم يكن ربك مهلك القرى بظلم وأهلها غافلون»¹.

فيقول الشيخ العلامة محمد الطاهر بن عاشور² في تفسير هذه الآية الكريمة: «...هو شأن حلمه سبحانه وتعالى ورحمته ورضاه لعباده الخير والصلاح، وكراهيته سوء أعمالهم... وعدم مبالغتهم بالهلاك قبل التقدم إليهم بالإنذار والتنبيه...». ومثل قوله سبحانه وتعالى في سورة هود: «وما كان ربك ليهلك القرى بظلم وأهلها مصلحون»³.

قال ابن عاشور: «المصلحون مقابل المفسدون»⁴ وقال عن المفسدين: «أنهم من قال الله سبحانه وتعالى فيهم «...وكانوا مجرمين»⁵ فالله سبحانه وتعالى لا يهلك قوما ظالما لهم ، ولكن يهلك قوما ظالمين أنفسهم».

- وقوله سبحانه وتعالى في سورة الإسراء: «... وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا»⁶. وقوله في سورة القصص: «وما كان ربك مهلك القرى حتى يبعث في أمها رسولا يتلوا عليهم آياتنا وما كنا مهلكي القرى إلا وأهلها ظالمون»⁷.

قال بن عاشور في آية سورة الإسراء: «(إن معنى) يؤذن بأن بعثة الرسل متصلة بالعذاب شأن الغاية وهذا اتصال عرفي بحسب ما تقتضيه البعثة من مدة للتبليغ واستمرارهم على تكذيبهم».

فكل هذه الآيات تدل على أن إعلام الناس بالنص الشرعي واجب أولا حتى إذا ما خرجوا عنه تحملوا مسؤولية خروجهم.

- هذا بالنسبة لما يجب من علم المكلفين حتى يتم تكليفهم، ومحاسبتهم دنيويا وأخرويا على ما كلفوا به.

122 - ثانيا: أما ما يتعلق بغلطهم في تطبيق ما كلفوا به، فإن لنا في ذلك قول الله سبحانه وتعالى في سورة البقرة: «لا يكلف الله نفسا إلا وسعها لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا ربنا ولا تحمل علينا إصرا كما حملته على الذين من قبلنا ربنا ولا تحملنا ما لا طاقة لنا به واعف عنا واغفر لنا وارحمنا أنت مولانا فانصرنا على القوم الكافرين»⁸.

بين الله سبحانه وتعالى أنه لا يكلف نفسا إلا وسعها، وأن لكل نفس ما كسبت وعليها ما اكتسبت (من الآثام).

¹ الآية 131-132 عند ورش من سورة الأنعام(6).

² أنظر الإمام الأستاذ العلامة الشيخ محمد الطاهر بن عاشور فقيه ومفسر تونسي له مؤلفات في أصول الفقه والفقه والتفسير: تفسير التحرير والتنوير، ج8، الدار التونسية للنشر، طبعة سنة 1984، ص 81.

³ الآية 117 من سورة هود(11).

⁴ أنظر الشيخ ابن عاشور، تفسير التحرير والتنوير، مرجع سابق، ص 186 و 187 في أرقام الآيات المذكورة وإن كان بعضها غير مرقم.

⁵ الآية 116 من سورة هود (11).

⁶ الآية 15 من سورة الإسراء(17).

⁷ الآية 59 من سورة القصص(28).

⁸ الآية 285-286 من سورة البقرة (2).

وحدث عباده أن يدعوهم، وأن يطلبوا منه سبحانه وتعالى رفع المؤاخذه عنهم وأن لا يعاقبهم في حال ما إذا نسوا أو أخطأوا (غلطوا)¹.

قال ابن عاشور²: «والمأخذة مشتقة من الأخذ بمعنى العقوبة والمفاعلة فيه للمبالغة أي لا تؤاخذنا بالنسيان والخطأ» والخطأ هنا يدخل فيه معنى الغلط، فالغلط ككلمة بكل مشتقاتها لم ترد في القرآن العظيم، وإنما وردت كلمة الخطأ ومشتقاتها تدل على الغلط وارتكاب الخطايا إثنا عشر مرة، منها قوله تعالى: «...وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم...»³، ومنها قوله تعالى: «وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً خطأ»⁴ ومنها قوله: «...نحن نرزقهم وإياكم إن قتلهم كان خطأ كبيراً...»⁵، ومنها قوله: «...واستغفري لذنبك إنك كنت من الخاطئين»⁶، ومنها قوله: «...إن فرعون وهامان وجنودهما كانوا خاطئين»⁷، ومنها قوله: «ومن يكسب خطيئة أو إثماً ويرم به بريئاً...»⁸. هذه عينات من الآيات التي تحدثت عن الخطأ في القرآن العظيم.

123- الفرع الثاني: دليل الجهل والغلط من السنة

ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: «إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان، وما استكرهوا عليه»⁹. ويروى الحديث بمتن آخر: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»¹⁰. قال ابن عاشور: رواه ابن ماجة¹¹، وتكلم العلماء في صحته، وقد حسنه النووي¹²، وأنكره أحمد ومعناه صحيح في غير ما يرجع إلى خطاب الوضع. فالمعنى رفع الله عنهم المؤاخذه، فبقيت المؤاخذه بالإتلاف والغرامات. ولذلك جاء في الدعاء: «لا تؤاخذنا» أي بالعقاب الإلهي على فعل: نسيان أو خطأ. وليس المراد هنا سبب النسيان أو الخطأ الذي هو التفريط والغفلة كما قال صاحب الكشف¹³. والحديث وإن كان عليه لبعض أئمة الحديث والفقهاء مأخذ إلا أنه يستدل به على أن الله سبحانه وتعالى لا يؤاخذ على الخطأ (الغلط). وبهذا أنهى هذا المطلب للانتقال للذي يليه.

¹ أنظر الدكتور منصور محمد منصور، الشبهات وأثرها في العقوبات، مرجع سابق، ص 242.

² أنظر الشيخ ابن عاشور، التحرير والتنوير، ج3، مرجع سابق، ص 140.

³ الآية 5 من سورة الأحزاب (33).

⁴ الآية 91-92 عند ورش من سورة النساء (4).

⁵ الآية 31 من سورة الإسراء (27).

⁶ الآية 29 من سورة يوسف (12).

⁷ الآية 7-8 عند ورش من سورة القصص (28).

⁸ الآية 111-112 عند ورش من سورة النساء (4).

⁹ أنظر الدكتور عدنان محمد جمعه، رفع الحرج في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة/دار العلوم الإنسانية، ط3 لسنة 1413هـ-1993م، ص220، والحديث أخرجه ابن ماجة وابن حبان والحاكم وهم أئمة في الحديث.

¹⁰ أنظر الشيخ بن عاشور، التحرير والتنوير، ج3، مرجع سابق، ص14.

¹¹ ابن ماجة أبو عبد الله محمد يزيد القزويني، طاف البلاد في طلب الحديث، وكان أحد الأئمة، توفي سنة 275هـ.

¹² النووي يحيى بن شرف الدين شيخ الإسلام أبو زكرياء الفقيه الشافعي، ولد سنة 631هـ، ولي مشيخة دار الحديث، له تصانيف عدة، أنظر ج6 من كشف الظنون، ص 408 و409.

¹³ صاحب الكشف، الإمام الزمخشري، تفسير الكشف، ج1، دار المصنف، ط2 لسنة 1397هـ-1977م، ص159.

المطلب الرابع

تعلق الجهل والغلط بأمر ونهي الشارع وإباحته

124- تمهيد وتقسيم

إنطلاقاً من كون الجهل والغلط أمران نفسيان، يعتريان أحياناً إرادة الإنسان وقصده، وهو في محيط قاعدة التجريم، إذا كانت إيجابية فيقع فيما تحظره، ويكون قد أجرم. وإذا كانت سلبية فقد يعتقد وجودها، ويقوم بالفعل على أساس ذلك فتضحي غير موجودة في الواقع ويجرم كذلك، فما مدى تأثيمه؟ وإذا كانت موجودة، وهو يجهل وجودها فيقوم بالفعل على اعتبار ذلك، وفي نيته أن فعله مجرم، فهل تطبق عليه قاعدة: «إنما الأعمال بالنيات»؟ أم يعامل على أساس الواقع بصرف النظر عن نيته؟ الإجابة على هذين السؤالين تظهر لنا من خلال مناقشة النقطتين اللتين سأناقشهما في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: تعلق الجهل والغلط بالقاعدة الإيجابية.
الفرع الثاني: تعلق الجهل والغلط بالقاعدة السلبية.
سوف أوضح المطلوب محاولاً تأصيل المسائل على ضوء القرآن والسنة، أو على ضوء ما استنبط منهما من قواعد وأحكام بطرق الاستنباط والاجتهاد المختلفة.

125- الفرع الأول: تعلق الجهل والغلط بالقاعدة الإيجابية (الحظر)

تقيم الشريعة الغراء الأعمال الصادرة عن المكلف أساساً على النية، وهذه النية إذا بقيت كامنة في نفس الإنسان لا يحاسب عليها، أما إذا عبر عنها بإرادة حرة فهنا يحاسب على ما نتج عنها من فعل، فإن كان الفعل من الجرائم المحاسب عليها دنيوياً كالقتل وأذى النفس المختلف، أو السرقة وابتزاز الأموال، لقي الجزاء عنه دنيوياً، وإن كان من الجرائم والأفعال المؤثمة التي يحاسب عليها المكلف في الآخرة، فهذه لا تعيننا هنا كالحسد، والكبر، والكره في غير الله سبحانه وتعالى.
وإرادة العبد -عند غير الجبرية- هي الفاعلة، فإذا انعقدت النية أراد المكلف الفعل وقصده بعقله بعد ذلك يقوم بفعله، فالجرم إذن يتكون في نية المجرم، ثم تقوم بفعله إرادته الحرة. فالإرادة هي التي تجمع بين نية العبد والوقائع المادية التي يقترب بها الجرم، وتختلف الإرادة من حيث نشاطها بين الجريمة العمدية والغير عمدية.

ولكون النية أمر باطني يعتلج داخل النفس الإنسانية، والجهل والغلط كذلك باطنيان في نفسه أيضاً، فإنه كثيراً ما تبني النية على غلط بسبب الجهل أو غيره، والجهل تتلبس به النفوس في كثير من الأحوال لذلك يتعين بحث علاقة الجهل والغلط بكل من التأثيم وانتفاء الإثم على ضوء ما ظهر ملموساً في صورة نشاط من نية المكلف.

وسأبحث هذا الفرع في نقطتين أولاًهما: النية الآثمة، وثانيهما: العمل المؤثم أو المجرم.
126- أولاً- النية الآثمة: هي القصد الجنائي بتعبير الفقه الجنائي الوضعي، وهي التي يبنى عليها كل عمل المكلف مصداقاً لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: «إنما الأعمال

بالنيات»¹ وهي تتكون من عنصرين: قصد ارتكاب الفعل الجرمي، والعلم بصفته غير المشروعة.

ولحسن دراسة هذا الفرع أحلله إلى ثلاثة مسائل: العلم بالعناصر المادية للواقعة المحظورة شرعا، العلم والتأثير، النية وإرادة المعصية.

127 - 1 - العلم بالعناصر المادية للواقعة المحظورة شرعا: لتوافر النية الآثمة لأبدي من العلم بكامل عناصر الفعل المحظور شرعا المكونة لماديات المعصية، أي علم المكلف بما يريد فعله، وأنه اعتداء وخروج على أحكام الشرع، وأن يعلم أن معصيته من الكبائر أو من الصغائر.

فالرسول صلى الله عليه وسلم عندما كان يقرر سيدنا ماعز بن مالك، رضي الله عنه، كان يؤكد عليه، وكان يستفسره بقوله: «لعلك قبلت أو غمزت أو نظرت»²، وأكد سيدنا ماعز بن مالك زناه، وإتيانه بالحرام ما يؤتى من الزوجة بالحلال. وأنه فعل كالميل في المكحلة³. والرشا في البئر⁴. عندها أمر الرسول بإقامة الحد عليه، بعد إقراره بهذه الصفة المتقدمة أربع مرات. فالرجل كان يعلم بإثمه وبدرجة هذا الإثم، وأنه من الكبائر⁵.

- وسيدنا علي بن أبي طالب كرم الله وجهه ورضي عنه لما صرف الرجل ولم يقم عليه الحد، وقد اتهمته زوجته أنه زنى بجارتها، ولم يقرره حتى مجرد التقرير، لم يفعل ذلك تهاونا في حدود الله سبحانه وتعالى، وإنما لإدراكه أن الرجل لا يعلم أن ما قام به إثم

¹ هذا الحديث رواه البخاري أبو عبد الله محمد بن اسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة بن بريدة الجعفي المتوفى سنة 256 هـ، إمام من أبرز أئمة الحديث إن لم يكن أبرزهم على الإطلاق، ويكفيه كتابه الجامع، صحيح البخاري (الجامع الصحيح)، ج 1، (كتاب المعلم)، إنارة الطباعة المنيرية، ط 2 لسنة 1402، ص 37، رقم 53. وانظر مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري من أئمة الحديث، توفي سنة 261، صحيح مسلم (الجامع الصحيح)، ج 6، كتاب قوله صلى الله عليه وسلم إنما الأعمال بالنيات، - دار المعرفة، بيروت، لبنان، **بدون سنة نشر**، ص 48. وانظر النسائي أحمد بن شعيب الخرساني المولود في 215 هـ، قال أئمة الحديث كان أحفظ من مسلم، وترتب سننه بعد الصحيحين، توفي سنة 303 هـ، سنن النسائي شرح الحافظ جلال الدين السيوطي، ج 1، كتاب الطهارة، و ج 6 كتاب الطلاق، دار العلم، بيروت، **بدون سنة نشر**.

وانظر الترمذي أبو عيسى محمد بن عيسى، من ناحية سوره، ولد سنة 200 هـ وقبل سنة 210، سمع من البخاري وغيره من مشايخه، إماما محدثا، ألف السنن والعلل، وكان ضريرا، توفي بترمز على نهر جيجون سنة 295 هـ: سنن الترمذي بشرح الإمام ابن اعرابي المالكي، ج 7، أبواب فضائل الجهاد، دار الكتاب العربي، بيروت، **بدون سنة نشر**، ص 151 و 152.

وانظر ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، كان أحد أئمة الحديث طاف كثيرا في طلبه، توفي سنة 275 هـ، سنن ابن ماجة تحقيق محمد ناصر الدين الألباني، ج 2، مكتب التربية العربية لدول الخليج، ط 3، **بدون سنة نشر**، رقم 413 و 3405.

² الغمز هنا يقصد به اللمس والجس باليد في الأعضاء الحساسة جنسيا، يقال غمز التينة أنضجت أم لم تنضج، انظر مختار الصحاح، مرجع سابق، ص 201.

وانظر المعجم الوسيط، ج 2، مرجع سابق، ص 661.

³ الميل: المردود أي العود الذي يكتحل به بإدخاله بين جفني العين.

⁴ الرشا: الحبل الذي يدل به الدلو في البئر.

⁵ أنظر الشيخ الإمام الصنعاني محمد بن اسماعيل الأمير اليمني المتوفى سنة 1182 هـ، سبل السلام - شرح بلوغ المرام، ج 4، صححه وعلق عليه محمد عبد العزيز الخولي، **بدون مكان نشر، بدون سنة نشر**، ص 1274 و ص 1275.

وانظر عبد الخالق النووي، التشريع الجنائي الإسلامي، دار الثقافة، بيروت، ط 2 لسنة 1974، ص 59 وما بعدها.

وانظر الدكتور أحمد فتحي بهنسي، نظرية الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي، دار الشروق، ط 4 لسنة

1403 هـ 1983 م، ص 160 وما بعدها.

وانظره في: الجرائم في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة، دار الشروق، ط 5 لسنة 1403 هـ 1983 م، ص 124 وما بعدها.

فضلا عن أن يعلم أنه من الكبائر. وهذا ما يفيد صراحة رواية ابن حزم للموضوع، إذ جاء في نهاية الرواية: «فقال له اذهب ولا تعد، كأنه درأ عنه الحد بالجهالة»¹.

128 - 2- العلم والتأثيم: المستقصي لسنة الرسول صلى الله عليه وسلم وعمل الخلفاء الراشدين والصحابة بعده على سننه واتباعا لهديه، رضي الله عنهم أجمعين يدرك التضييق الدائم للقاعدة: «الأعمال بالنيات» فلا نية إلا إذا علم المكلف ما ينوي أولا، ثم يأتي بعد ذلك تنفيذ النية الذي يظهر منه القصد الآثم، فإذا كان المكلف لا يعلم في الأصل أن فعلا ما محظور شرعا، فإنه إذا نوى أن يفعله، وفعله، فإنه إنما قام بما قام به بغير نية إثم، وقد يعذر ولا يؤثم فعله إذا لبسته بعض الظروف المعتبرة شرعا. كحدائث المكلف بالإسلام، وكون ما جهل مسألة لا يصل إليها علم العامة. غير أن النية يحاسب عليها دنيويا ما ظهر منها في العمل، ففي مثال صرف الإمام علي كرم الله وجهه الرجل الذي اتهمته زوجته بالزنا ولم ينكر، دون أن يتخذ معه من الإجراءات ما يصل بها إلى إقامة الحد عليه، إنما لعلم سيدنا علي كرم الله وجهه، أن الرجل يجهل أن ما فعل إثم وكبيرة من الكبائر. فقال له لما صرفه: «لا تعد» فهنا حصل علم الرجل بأنه آثم. وبداية منه يمكن أن يؤخذ على المعصية.

وكثير من الجهل البالغ درجة ينتفي معها سوء النية لا يؤثم معه المكلف. فالأعرابي الذي تبول في ناحية من المسجد لما هم به الصحابة رضوان الله عليهم، وكانت نيتهم أنه أهان المسجد ودنسه نهرهم الرسول صلى الله عليه وسلم، وقال لهم لا تزرموه أي لا تقطعوا عليه تبوله، وألقوا عليه ذنوبا من الماء، أي سيلا كاف منه لإزالة هذا البول، فهذا الأعرابي بلغ من الجهل مبلغا، ولذلك كانت القاعدة أن تبين الأحكام أولا ثم يؤخذ المكلفين على مخالفتها والقاعدة نصت عليها كثير من النصوص الأصلية من الكتاب والسنة، أبرزها قوله سبحانه وتعالى: «ما كنا معذبين حتى نبعث رسولا» وما لم ينص عليه صراحة في القرآن والسنة أو في إجماع من يصح منهم الإجماع، يمكن استنباطه من هذين الأصلين، ويمكن للحاكم المسلم النص عليه وتحديد العقوبة على مخالفته، فالشريعة الغراء لم ينص القرآن والسنة فيها على كل الجرائم بل وضع قواعد عامة يرجع إليها كأصول يفرع عنها ما تمس الحاجة إليه في حينه.

ولكن القاعدة أن العقاب على الفعل الآثم يتم سواء علم المكلف بأن ما قام به إثم أو لم يعلم، إذا لم تتوفر الملابس التي تجعل لجهله اعتبارا في حكم الشرع.

129 - 3- النية وإرادة المعصية: النية عنها تنشأ الإرادة، فالنية سابقة، والإرادة تأتي بعدها، ولا تكفي النية لقيام الإثم، بل لابد من إرادته وتحرك الإرادة بطريقة تحدث الفعل أو الامتناع الآثم. وقد يفعل الفعل أو الامتناع وينتج عنه زيادة على ما كان في نية الفاعل ما لم يكن قد نواه كالضرب لمجرد الضرب فتنتج عنه الوفاة، وهذا ما يصفه الأئمة أحمد والشافعي، وأبو حنيفة بالقتل شبه العمد، الذي لم يقل عنه الإمام مالك رضي الله عنهم جميعا، فالإمام مالك لا يقول إلا بالعمد والخطأ في القتل والجناية على ما دون النفس.

ومسألة تجاوز الضرر لما كان في نية الفاعل عالجها فقهاء الشريعة الإسلامية، فمنهم من قال أن الجرم عمدي ومنهم من قال أنه خطئي، ومنهم من قال أنه شبه عمد².

¹ أنظر المحلى لابن حزم، ج13، مرجع سابق، ص 118 و119.

² أنظر مسائل القصاص والدية في كتب الفقه، وانظر ابن عاشور، التحرير والتنوير، مرجع سابق، ص 155 وما بعدها.

130- ثانيًا: صورتنا اتجاه الإرادة: إرادة المعصية قد تتجه إلى الفعل فقط كمعصية في ذاته، وقد تتجه إليه وإلى ما ينتج عنه، ولهذا كان من الجرائم ما هو عمدي وما هو خطئي. فالمكلف إذا قصد بمعصيته ما نواه وحدث ذلك فإنه يكون قد تحقق قصده ويسأل على ما نوى وتحقق، أما إذا نوى فعلا وقام به ونتاج عنه ضرر لم يكن في نيته، فهنا يختلف الفقهاء كما مر معنا في الفقرة السابقة. والقرآن والسنة لم يقعدا للعمد والخطأ، لكن الفقهاء وضعوا لذلك قواعد يمكن الاستئناس بها.

وإرادة المكلف قد تتعمد الفعل والنتيجة كما قلنا، وقد تتعمد الفعل دون النتيجة. ففي الحالة الأخيرة نكون أمام الخطأ، وفي الحالة الأولى نكون أمام العمد كما صورهما المولى سبحانه وتعالى في جريمة القتل بقوله: «وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأ...»¹ وقوله: «ومن يقتل مؤمناً متعمدا...»².

131- الفرع الثاني: تعلق الجهل والغلط بإباحة ما هو مؤثم أصلاً

الجهل بالمشروعية والغلط فيها كما قلت - نقطتان تتماس معهما القاعدة السلبيه، أي المبيحة لما هو مؤثم أصلاً.

وتبحث النقطتان من قبل الفقهاء المحدثين³، تحت عناوين: الجريمة الظنية، أو الوهمية، أو التصورية. والبراءة الظنية، أو الوهمية، أو التصورية، والجهل في المشروعية، والغلط في المشروعية.

أما الفقهاء التقليديون فبطبيعة فقههم العملي - على حد تعبير الأستاذ العلامة السنهوري - فإنهم بحثوا مسائل هذين العنوانين ضمن مواضيع مختلفة. واخترت أنا بحثها تحت عنواني: الجهل بالمشروعية، والغلط في المشروعية.

132- أولاً: الجهل بالمشروعية

لما أن الشريعة الغراء في نصوصها الأصلية، القرآن العظيم، والسنة النبوية الشريفة، لم تنص على تفاصيل القواعد الكلية التي جاءت فيهما، والفقهاء التقليديون بحثوا المسائل متفرقة، وغير مجموعة في نظريات كاملة، ولا حتى تحت عناوين موحدة في كثير من الأحيان. والمحدثون لم يصلوا إلى درجة التنظير لهاتين المسألتين، ولا بحثهما تحت عنوان لكل واحدة بل ما زالوا يثيرونهما كمثالين في معرض حديثهم عن الجهل والغلط في أعمال المكلفين.

ولما أن الأصل في الشريعة الغراء أن الأعمال بالنيات، فإن مقتضى ذلك أن يعامل المكلف بحسب نيته فإن قصد الإجماع يعاقب على الشروع فيه، وإن كانت النتيجة غير آثمة، أي غير مجرمة وهو لا يعلم رفع التأثيم عنها.

لكن العبرة في النية دنيوية، وما يحاسب عليه منها المكلف هو ما ظهرت نتيجته في العمل، أما ما بقي داخل نفسه أو نواه وعمل به ولم ينتج نتيجة آثمة مست أحدا فإن حسابه في ذلك

¹ الآية 91 من سورة النساء (4).

² الآية 91 من سورة النساء (4).

³ أنظر الدكتور محمد سيد عبد التواب، نظرية الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 48 وما بعدها. وأنظر الدكتورة خلود سامي عزارة آل معجون، النظرية العامة للإباحة، مرجع سابق، ص 448 وما بعدها. وأنظر الدكتور محمد سلام مذكور، نظرية الإباحة، مرجع سابق، كامل الرسالة.

على الله وحده سبحانه وتعالى وفي الآخرة، وهو آثم لا شك إن قصد أحدا بالشر وإن لم يصبه.

وأبرز مثال يضربه الفقهاء على هذه المسألة¹ ويحددون الحكم فيها على نحو مما ذكرت هو أن يكون القصد إلى حرام، هو معصية، فيتبين أن الفعل حلال، كمن يقصد إلى قتل شخص على أنه مؤمن معصوم الدم عدو له، فيتبين أنه حربي حلال الدم. فهذا وإن كان آثما عند الله سبحانه وتعالى فإنه غير معاقب في الدنيا، لأن الحكم فيها على ما ظهر من النية.

والجهل بالمشروعية يأخذ حكمه تجاوزها، فالتجاوز بحسن النية لا يزال صاحبه في حدود المشروعية. وإن جهل أنه ما زال في حدودها.

133- ثانيا - الغلط في المشروعية

هذه المسألة تعامل معها الفقه كسابقته، سواء الأقدمون منهم أو المحدثون، وهي تقوم عندما يكون قصد المكلف أمر لا معصية فيه، فيقع في معصية، وأبرز مثال لها: من يخطئ في الظلام فيطأ امرأة أجنبية على أنها زوجته، وهو ما يسمى في عرف الفقهاء الوطء بشبهة، وهذا الوصف في ذاته يوحي ابتداء بسقوط الحد عليه، وهو كذلك. فلا عقوبة على الفاعل، ففي حق الله سبحانه وتعالى معفو عنه، من العقوبتين الدنيوية والأخروية، أما في حقوق العباد يكون مطالبا بالأرش أي التعويض، لأن الضرر ثابت. -والأمثلة على الجهل بالمشروعية والغلط فيها كثيرة في كتب الفقه، تراجع أبواب الحدود (حد الزنا، وحد السرقة، وحد الخمر)، وأبواب العدوان على النفس وما دونها.

المبحث الثاني تقسيم الجهل والغلط

134- تمهيد وتقسيم:

الجهل والغلط كعيبين يعتريان إرادة المكلف، وقصده، وقد يعدمانهما، أو يؤثران عليهما تأثيرا تختلف درجته، وتبعاً لذلك قد تنعدم مسؤولية المكلف، أو يتغير تحميله تبعه عمله من الشدة إلى التخفيف، كأن يحمل تبعه الجرم الخطأ بدل الجرم العمد. وهذه مسائل بحثها الأصوليون والفقهاء بمناسبات مختلفة، ولحسن الأخذ من أبحاثهم بالكيفية والقدر اللازمين لهذا الموضوع، في هاته الرسالة أقسم المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: أقسام الجهل

المطلب الثاني: أقسام الغلط

محددا التقسيم فقط، ومرجئاً الآثار المترتبة على كل قسم إلى المبحث الموالي -إلا ما كان من الآثار يتطلبه معرفة القسم- فإنني أذكره بالقدر الموضح للمسألة في حينها.

¹ أنظر الشيخ محمد أبو زهرة، الجريمة، مرجع سابق، ص 446 و447.

المطلب الأول أقسام الجهل

135- تمهيد وتقسيم

يقسم الجهل عند علماء الشريعة، تقسيمات عدة، كل تقسيم ينطلق من فكرة، أو يهدف إلى تحقيق غاية يبينها على التقسيم. فقد قسمه فقهاء اللغة إلى: جهل بمعنى: خلو النفس من العلم: وهذا هو الأصل. وجهل بمعنى: اعتقاد الشيء بخلاف ما هو عليه. وجهل بمعنى: فعل الشيء بخلاف ما حقه أن يفعل. وهذه التقسيمات تكاد تكون تعريفات لغوية للجهل¹.
قسمه المتكلمون أو علماء أصول الدين إلى جهل بسيط وجهل مركب. فالجهل البسيط هو: عدم العلم علما من شأنه أن يكون عالما، والجهل المركب معناه: اعتقاد جازم، غير مطابق للواقع².

وهذين التقسيمين لا يعنينا في هذا المبحث، وإنما ما يعنينا هو تقسيمات الفقهاء وعلماء أصول الفقه، وهو الجهل الذي يكون عارضا من عوارض الأهلية، وشبهة من الشبهات التي يمكن درء الحد بها. ولبحث هذا المطلب، وإيفاء مسأله حقه، ارتأيت تفريعه إلى فرعين.

136- الفرع الأول: تقسيم الحنفية للجهل

يقسم أصوليو الحنفية وهم يتكلمون عن عوارض الأهلية الجهل إلى ستة أقسام، باعتباره عارضا مكتسبا من عوارض الأهلية. وهذه الأقسام هي:

137- القسم الأول: الجهل الذي يتأتى من مكابرة العقل، وترك البرهان القاطع، وهو جهل الكافر، ولا يكون عذرا بحال من الأحوال، بل يؤاخذ به الكافر في الدنيا والآخرة. ويتحمل مسؤوليته عن كل خطأ يصدر منه فيهما.

138- القسم الثاني: الجهل الذي يكون من مكابرة العقل وترك الحجة الجلية أيضا، لكن المكابرة فيه أقل من المكابرة في القسم الأول، لكون الجهل هنا ناشئ عن شبهة منسوبة إلى القرآن العظيم أو السنة النبوية الشريفة. وهذا الجهل هو الذي وقعت فيه الفرق الضالة من أهل الأهواء. وهذا الجهل لا يكون عذرا، ولا يترك أهل هؤلاء الفرق على ضلالهم وجهلهم لكن يتعين محاجبتهم وإقناعهم ليقبلوا العمل بدين الإسلام.

139- القسم الثالث: جهل نشأ عن اجتهاد واستنادا إلى دليل شرعي، لكن فيما لا يجوز فيه الاجتهاد بأن يخالف المجتهد الجاهل ما هو واضح في القرآن العظيم، أو واضح في دلالته قطعي في ثبوته من السنة النبوية الشريفة، أو أن يخالف أمرا فيه إجماع شرعي عند علماء المسلمين، أو من باب أخرى إن كان إجماعا للصحابه رضي الله عنهم. وإن كان هذا النوع من الاجتهاد قد لا يؤثم صاحبه، لكنه لا يكون عذرا في الحكم ولا ينفذ القضاء به.

¹ أنظر إبراهيم مصطفى وحامد عبد القادر وأحمد حسن الزيات ومحمد علي النجار، المعجم الوسيط، ج1، نشر مجمع اللغة العربية بالقاهرة، مطبعة مصدر، طبعة سنة 1381هـ 1961م، ص 144.

وانظر التهانوي محمد علي بن علي، كشاف إصطلاحات الفنون، مرجع سابق، ص 453.

² أنظر فوزية القتامي، الجهل وأثره في الأحكام الشرعية، مرجع سابق، ص 31.

وانظر الأصفهاني أو الأصبهاني حسين بن محمد بن الفضل أبو القاسم المعروف بالراغب، لغوي حكيم ومفسر، توفي سنة 502 أو 500هـ، المفردات، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة نشر، ص 116.

- 140- القسم الرابع:** الجهل الذي ينشأ عن اجتهاد له مسوغ وهو عذر مقبول وينفذ القضاء بما وصل إليه هذا الاجتهاد، على حسبه، وبحسب ما وصل إليه المجتهد.
- 141- القسم الخامس:** الجهل الذي ينشأ عن شبهة وخطأ (غلط) كمن وطئ أجنبية يظنها زوجته (وكان لظنه ما يسوغه) وهذا المجتهد الجاهل يعذر بإسقاط الحد عنه.
- 142- القسم السادس:** الجهل الذي لزمته ضرورة بعذر، وهو أيضا عذر يسقط به الحد كجهل المسلم في دار الحرب أحكام الإسلام، فلا حد بالشرب¹.

143- الفرع الثاني: تقسيم الشيخ محمد أبو زهرة للجهل:

قسم الشيخ محمد أبو زهرة الجهل إلى أربعة أقسام استنادا إلى تقسيم الإمام الشافعي رضي الله عنه للعلم في رسالته «الأم» وقد أورد الشيخ أبو زهرة هذا التقسيم في كل من كتابيه «الجريمة والعقوبة» وحدد الأحكام في كل قسم، سأنتبع تقسيمه في هذا الفرع مرجئا أحكام كل قسم إلا ما تعلق منها بالتقسيم في حد ذاته- إلى المبحث الثالث من هذا الفصل، مبينا تقسيمه للجهل كما هو آت:

144- القسم الأول: جهل لا يعذر فيه صاحبه، ولا شبهة فيه كالردة بعد الإسلام، وارتكاب ما نص القرآن صراحة على تحريمه بنص قاطع، معتقدا حله وهو مسلم كجهل حرمة الزنا في ذاته، وجهل حرمة السرقة والقتل والضرب والجرح، وغيرها من الأمور المنصوص على تحريمها بنصوص قطعية، لأن جهل هذه الأحكام إثم في ذاته فلا يبرر الإثم الإثم.

وألحق الفقهاء بهذا النوع من الجهل جهل غير المسلم بوحداية الله سبحانه وتعالى، وبرسالة سيدنا محمد صلى الله عليه بعد تبليغ رسالة الإسلام إليه على وجهها الصحيح، وهذا الجهل جحود في مقام البينات الصحيحة الواضحة الظاهرة التي لا مسوغ لإنكارها. ولكن هل يعد جهل غير المسلم بالأحكام التي جاءت بها الشريعة بنصوص قطعية لا مجال للشك فيها²؟ سنجيب على هذا السؤال في المبحث الثالث.

145- القسم الثاني: الجهل الذي لا يكون في موضع اشتباه، وهذا الجهل يشتمل أمرين: أولهما: الجهل الذي يكون في مسائل يحتاج فهمها إلى تأويل، وتفسير، وتكون هي محتملة، كتأويل البعض من الناس صفات الله سبحانه وتعالى بما لا يتفق مع ما قال به علماء السلف، فإن هذا النوع من الجهل له تأويل.

وثانيهما: جهل الباغي الخارج عن الحاكم في نظر الحنفية ويخالفهم فيه جمهور الفقهاء. وفحوى رأي الحنفية في هذه المسألة، أن الباغي أي الخارج عن الحاكم بمعارضة مسلحة، إذا تكونت له دولة قائمة بذاتها يحكم فيها، فإن جهله بكونه على غير حق بتأويله الفاسد يعذر فيه، وفيما يترتب من أحكام للشبهة التي كان عليها عند بغيه.

¹ أنظر محب الله بن عبد الشكور، فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت، مرجع سابق، ص 160 و161.

وانظر القرافي، الفروق، ج2، مرجع سابق، ص 148.

وانظر الموسوعة الفقهية، ج16، مرجع سابق، ص 200.

² أنظر الشيخ محمد أبو زهرة، الجريمة، مرجع سابق، ص 464 و465.

وانظر في العقوبة، مرجع سابق، ص 213.

146- القسم الثالث: وهو الجهل الذي يكون عذرا، وقد قرر الشارع اعتباره عذرا، وهو الجهل الذي في موضع الاجتهاد، أو الذي يكون سبب العلم فيه غير متوافر بما فيه الكفاية، أو يكون الجهل في موضع تكون فيه الشبهة مسقطة للعقاب. وهذا النوع من الجهل يتفرع إلى ثلاث فروع:

أولها: في حالة ما يكون الجهل بأمر موضع اجتهاد ويتنازع دليلا فيعمل ما قام بشأنه الدليل الضعيف، كمن ذهب إلى ما ذهب إليه قلة من علماء المدينة واقتصم ممن له عليه قصاص مشترك فيه مع آخرين فعفي عنه الشركاء. فهذا الاجتهاد له مسوغه لأنه وإن كان جمهور الفقهاء على القول بأن القصاص لا يتبع بعض، فإن قلة منهم قالوا: لمن لم يعف أن يقتص¹.

-وكم دخل بجارية ابنه لشبهة الملك التي له فيها لقول النبي صلى الله عليه وسلم «أنت ومالك لأبيك» هذا النص مثبت لشبهة الملك وإن لم يثبت الملك.
-وكحربي يدخل دار الإسلام ويسلم، لكنه يشرب الخمر، ويقول إذا سئل عن عمله كنت أجهل أن الخمر حرام في الإسلام.

وثانيها: عدم توافر أسباب العلم كجهله وجود العلاقة المحرمة بينه وبين التي تزوجها، كمن يعقد على امرأة وبعد الدخول بها يتبين أنها أخته من الرضاع أو من النسب².
وثالثها: أن تقوم أسباب العلم، ومع هذا يدعي الفاعل الجهل، وتكون هذه الحالة حيث لا تتعارض الأدلة مع توافر أسباب العلم. وتتشعب هذه التفرعة إلى شعبتين:

1- أن يكون ادعاء الجهل في مظنته.
2- أن لا تكون مظنة للجهل، كالمسلم في الديار الإسلامية إذا ادعى الجهل، في المحرمات على وجه التأبيد، أو زواج المسلمة بغير المسلم، فإن ذلك يتناول في أمرين:
أ- أن يكون التحريم ثابتا بالقرآن أو بالسنة مجمعا عليه.

ب- أن يكون التحريم ليس محل إجماع كالزواج من الأخت في عدة أختها، الذي لم ير فيه بعض الصحابة بأسا، ومنهم سيدنا عمر رضي الله عنه. وكالعقد على خامسة في عدة المطلقة طلاقا بائنا. والعقد على المطلقة طلاقا مكمل للثلاثة. فكل جهل حكمه كما سيأتي في المبحث القادم (الثالث).

147- القسم الرابع:³ الجهل بالأحكام الإسلامية في غير الديار الإسلامية، فإذا كان العلم بالأحكام في ديار الإسلام ممكنا، فإن هذا العلم في ديار غير الإسلام يصبح متعسرا ومظنة للجهل قائمة، ويختلف هذا القسم عن سابقه في أن القسم السابق مبني على الجهل بالدليل حيث تتعارض الأدلة فيشكل على الشخص معرفة النص أي الدليل الذي يتعين العمل به.

¹ أنظر الشيخ محمد أبو زهرة، الجريمة، مرجع سابق، ص 467 و468
عن البزدوي علي بن محمد بن الحسين بن عبد الكريم أبو الحسن البزدوي من كبار علماء الحنفية في الفقه والأصول، ولد سنة 400 هـ في سمرقند، له مؤلفات منها أصول البزدوي، وتفسير القرآن وغيرها. توفي سنة 482 هـ.

² أنظر الشيخ محمد أبو زهرة، الجريمة، مرجع سابق، ص 468 و469.
وانظره في العقوبة، مرجع سابق، ص 214 و215.

³ أنظر الشيخ محمد أبو زهرة، الجريمة، مرجع سابق، ص 470.
وانظره في العقوبة، مرجع سابق، ص 216.

أما الجهل في هذا القسم فيتعلق بأصل الخطاب أي التشريع. وقد يترتب عنه أن يمكن شخص مدة لا يصلي ولا يصوم في بلاد غير دار الإسلام. فالفرق بين القسمين الثالث والرابع: أنه في القسم الرابع الجهل بسبب انعدام الدليل أصلاً لدى المكلف، بينما في القسم الثالث فإن الجهل لاشتباه الدليل على المكلف. وعند هذا الحد ننتهي من تقسيم الجهل، فإلى تقسيم الغلط أو الخطأ في المطلب الآتي.

المطلب الثاني أقسام الغلط

148- تمهيد وتقسيم

لقد درج فقهاء الشريعة الغراء كما قلنا على عدم التفرقة بين الغلط والخطأ، وهذا ما عليه جمهور الفقهاء، إذ يعتبرونهما لفظين مترادفين¹، ومعناهما واحد، في حين رأى البعض من العلماء التفريق بينهما في الاستعمال.

- ورأي هؤلاء أن المخطئ يطلق على من أراد الصواب فصار إلى غيره، من غير قصد، ولا إرادة منه، بينما الغالط يطلق على من تعمد سبيل الخطأ.

- ويرجح الدكتور حسين الجبوري وجهة النظر التي ميزت بين الخطأ والغلط.

- وعلى هذا الأساس سار فضيلة الشيخ أبو زهرة، ويرى أن وجهة النظر هذه هي الصائبة سواء من الناحية الأكاديمية، لتحديد وضبط المصطلحات، وسواء لترتيب الأحكام بعد ذلك لأن الغلط يختلف عن الخطأ، والقتل إذا كان خطأ فإنه لم يقصد ولكن إذا كان غلطاً فإنه قصد، لكن لم يقع على من قصد، وهذا ما يفهم من شروح الفقهاء.

- وفي هذا يقول الشيخ أبو زهرة رحمه الله: «فإن الخطأ يكون فيه اعتداء في الفعل، ولا يكون اعتداء في القصد، أما الغلط، فإنه لا بد أن يكون فيه اعتداء في القصد، وربما فيه اعتداء في الفعل، فيكون غلط إذا قصد الاعتداء على معصوم الدم فأصاب غيره، وقد يكون العصيان في القصد ولا يكون في الفعل عصيان كمن يقصد الزنا بامرأة فيتضح أنها حليلته، وعلى ذلك يكون الفرق جوهرياً بين الخطأ والغلط، إذا الخطأ يكون فيه الاعتداء في الفعل دائماً، والقصد يكون سليماً لا معصية فيه. أما الغلط فالقصد آثم دائماً، والفعل قد يكون فيه اعتداء، وقد يكون خالياً من الاعتداء».

وأرى أن أقسمه إلى صنفين، أحدهما في الفرعين الآتين:

149- الفرع الأول: تقسيم الغلط من حيث المؤاخذه عليه وعدم المؤاخذه.

الغلط باعتباره من الوهم يقع فيه الجاني فيصور له الأمر على غير حقيقته، وقد يدفع به إلى اتخاذ موقف معين، إيجابياً كان أو سلبياً.

ويثار التساؤل هل الشريعة الغراء اعتدت بالغلط، ورتبت أحكاماً شرعية له؟

الإجابة على هذا التساؤل يقف عليها الباحث من استقراء أقوال الفقهاء المسلمين وأصوليهم، خاصة الفقهاء في المسائل الجديدة، لعدم وجود نظريات عامة في الفقه الإسلامي التقليدي.

¹ أنظر الشيرازي أبي اسحاق بن إبراهيم بن علي بن يوسف المتوفى سنة 476هـ، المذهب في فقه الإمام الشافعي، ج-1، مصطفى البابي الحلبي، ط2 لسنة 1396هـ، ص 233.

وانظر حاشية بن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار، ج-7، مرجع سابق، ص 422.

وبهذا الاستقراء يتبين أنهم اعتنوا بإيجاد أحكام للغلط، ما يعيننا منها في هذا الفرع هو نوعيه، أما المسؤولية عن كل نوع فسنبحثها في المطلب الآتي، ونوعي الغلط من حيث المؤاخذه عليه وعدم المؤاخذه هما:

150- 1- **الغلط المسقط للعقوبة (الجريمة الظنية):** ويطلق على هذا النوع من الغلط في كتب الفقه الإسلامي: شبهة جهل العبد أو المكلف، وهي تنشأ عندما يأتي الفاعل المكلف الفعل معتقداً بإباحته، ويضرب لذلك الفقهاء أمثلة كثيرة في كتبهم منها: ما ذكره الإمام ابن حزم¹ من كون المرأة تهيو جارتها في هينتها، وتجعلها في حجلتها فيقع عليها زوجها أي زوج المرأة يقصد غلطاً فيها.

- وما قاله ابن قدامة² من أن الرجل تزف إليه العروس ويقال له هذه زوجتك فيطأها، يقصد على سبيل الغلط.

- ومن أخذ مالا اعتقد أنه ملكه وتبين فيما بعد أنه مملوك للغير، وأنه اشتبه عليه الأمر³.
- ومن شرب ما في إناء على ظن أنه ماء فتبين أنه خمر⁴، ومن يعقد على امرأة ثم يتبين أنها أخته بعد الدخول⁵. وقال الحطاب في مواهب الجليل: «ومن تزوج بخامسة وأخته من الرضاع قال ابن حبيب عن أصبغ، وأخته من النسب أو غير الأخوات من ذوات المحارم أو طلق امرأته ثلاثاً ثم تزوجها قبل زوج...».

والأمثلة في كتبهم كثيرة اجتزأت منها ما ذكرت.

151- **الغلط غير المسقط للعقوبة:** وهو غلط ينصب على عنصر لا يدخل في تشكيل عناصر الجريمة، ومن أمثلته حالتي الخطأ في الشخص والشخصية، أي الغلط فيهما. فالخطأ في الشخص: يوجد حين يقصد الجاني قتل علي فيصيب بعمله المجرم صالحاً، والخطأ في الشخصية: يوجد حين يريد الجاني قتل شخص هو علي ولكن يتضح أن من قتل هو صالح.

ويقول فقهاء الشريعة الغراء: أن الخطأ في الشخص هو خطأ في الفعل، وأما الخطأ في الشخصية: فهو خطأ في ظن الفاعل وقصده⁶.

- وقد ثار خلاف فقهي-سنقف على تفاصيله في المطلب القادم بعد هذا الفرع وفي الفصل الثاني من الباب الثاني- حول تحديد أساس المساءلة الجنائية هنا، هل هي على أساس الخطأ، أم على أساس العمد؟

¹ أنظر ابن حزم، المحلى، ج-13، مرجع سابق، ص 216 و 217.

² أنظر ابن قدامة موفق الدين المقدسي المتوفى سنة 610هـ، المغني، ج 8، دار المنار، طبعة سنة 1334هـ، ص 184.

³ أنظر الشريبي محمد بن أحمد الخطيب المتوفى سنة 377هـ، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، مطبعة الحلبي بمصر، طبعة سنة 1352هـ-1933م، ص 145.

وانظر الدكتور منصور الحفناوي، الشبهات وأثرها في العقوبة الجنائية، دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة القاهرة سنة 1980م، ص 273.

⁴ أنظر الشيخ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، ج 1، مرجع سابق، ص 433.

⁵ أنظر الحطاب أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن الرعيني المتوفى سنة 954هـ، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، مطبعة السعادة، مصر، طبعة سنة 1329هـ، ص 239 و 240.

⁶ أنظر الشيخ عبد القادر عودة، ج 1، التشريع الجنائي الإسلامي، مرجع سابق، ص 437.
وانظر الدكتور عبد العزيز عامر، التعزير في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، دار الفكر العربي، ط 5 لسنة 1976، ص 107.

152- الفرع الثاني: تقسيم الغلط من حيث مقصد الغلط

ينقسم الغلط من هذه الوجهة إلى ثلاثة أقسام تناولها الفقهاء بالبحث في كتبهم متفرقة في المسائل التي يدرجونها في أبواب كتبهم، وبالأستقراء يتبين هذا التقسيم.

153- القسم الأول: أن يكون الغلط في قصد أمر لا معصية فيه، فيقع في أمر فيه معصية، كمن يغلط ويبطأ في الظلام أجنبية على أنها زوجته، وهو ما يعبر الفقهاء عنه بوصف الوطء بشبهة.

154- القسم الثاني: أن يكون الغلط في القصد إلى حرام، هو معصية، ثم يتبين أن الفعل حلال، كمن يقصد إلى قتل شخص على أنه مؤمن عدو له، معصوم الدم فيتبين أنه حربي دمه مباح.

155- القسم الثالث: هو أن يقصد الجاني إلى معين يكون القصد إليه معصية، ولكن يتبين أن من نزلت به جريمته كان غير المقصود وهو معصوم الدم. هذه الأقسام الثلاثة لكل أحكامها التي سنبحثها في المبحث الثالث الآتي.

المبحث الثالث

أثر الجهل بالحكم الشرعي والغلط فيه على مسؤولية المكلفين

156- تمهيد وتقسيم

تكلم علماء المسلمين من متكلمين (علماء أصول الدين) وأصوليين (علماء أصول الفقه) وفقهاء في تفسير ماهية الجهل، وأعطوا له تعريفات، مر معنا نماذج منها. ولعل أبسط نموذج لم نذكره من قبل هو تعريفه بالقول بأنه: «عدم العلم»¹ والجهل يصلح تارة لإعفاء من تلبس به من المؤاخذة باعتباره معذورا، ولا يصلح تارة أخرى. فالعلماء تصدوا لمسألة جهل المكلف بالحكم الشرعي، بعد أن قام الدليل عليه، وكان للشارع فيه نص وجب على المكلفين العلم به، غير أن أحادهم جهلوه، فلم يمتثلوا لأمره بالفعل أو الكف. وناقشوا ما إذا كان عدم الامتثال في هذا الحال، وقبل التعرف من المكلف على حكم الشارع سبحانه وتعالى على الوجه الصحيح، يكون عذرا في الخروج عن مقتضى الحكم، سواء اعتقد صواب علمه أو لم يعتقد ذلك. وقسموا الإجابة على هذا التساؤل عدة تقسيمات، سأعتمد منها التقسيم الذي اعتمده أكثرهم²، وهو جيد لمناقشة المسألة، مقسما المبحث إلى مطلبين، كما هو آت: المطلب الأول: أثر الجهل بالحكم الشرعي على مسؤولية المكلف. المطلب الثاني: أثر الغلط في الحكم الشرعي على مسؤولية المكلف.

¹ أنظر الدكتور محمد عبد السلام مذكور، الحكم التخييري، مرجع سابق، ص 508.

² أنظر العلامة أمير بادشاه محمد أمين، تيسير التحرير، ج4، مرجع سابق، ص 211 و 227. وأنظر العلامة المحقق ابن أمير الحاج المتوفى سنة 879هـ، التقرير والتحرير، ج3، المطبعة الأميرية ببولاق القاهرة، ط 1 لسنة 1317هـ، ص 312 و 330.

وأنظر الإمام القارافي، الفروق، ج2، مرجع سابق، ص 149.

وأنظر ابن الشيخ الحسين، تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية، ج2، مرجع سابق، ص 223.

مبيناً أحكام كل من الجهل والغلط على حده، في هذه المسألة تمييزاً للشقين (الجهل والغلط) عن بعضهما، ومتنبعا لمسائل كل واحد منهما في كتب الفقه.

المطلب الأول

أثر الجهل بالحكم الشرعي على مسؤولية المكلف

157- تمهيد وتقسيم

الجهل بمعنى عدم العلم مسألة عقلية نفسية، ذاتية تقوم بالإنسان، وتؤثر على قصده الجنائي، وعلى إرادته، فتحول قصده خاصة عن حقيقة المقصود. ويمكن نظرياً لكل من ارتكب جرماً أن يدعي الجهل للتملص من المسؤولية، فهل هناك في فقه الشريعة الغراء من ضوابط لادعاء الجهل، قصد الفكاك من العقاب خاصة؟ ومن تحمل المسؤولية عامة؟

فعلاً لقد ناقش الفقهاء ادعاء الجهل بالأحكام، ووضعوا له ضوابط، وقالوا أن مما قد يدعى من الجهل ما لا يعتد به، ومنها ما يعتد به فعلاً، وفي إطار مناقشة الجهل وأثره في المسؤولية أقسم المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: الجهل الذي لا يعتد به، ولا يرتب أي أثر على مسؤولية المكلف.

الفرع الثاني: الجهل الذي يعتد به، ويؤثر على مسؤولية المكلف.

مبرزاً كلا من النوعين بأمثلة من كتب فقهاء الشريعة الغراء في مختلف مذاهبها.

158- الفرع الأول: الجهل الذي لا يعتد به

أتناول هذا الفرع في نقاط أربعة هي: جهل المسلم، وجهل غير المسلم، ورأيي في المسألة، والخطأ في تفسير النصوص.

159- أولاً: جهل المسلم: بالنسبة للمسلمين، القاعدة العامة أنهم لا يعذرون بجهل الأحكام، ولا يرتب الجهل أي أثر في نفي مسؤوليتهم، سواء الجنائية أو المدنية، هذا إذا تعلق الجهل بأصول التحريم المجمع عليها، كأحكام الصلاة، والزكاة، والحج، كونها فرائض واجبة، وككون السرقة وابتزاز الأموال حرام، وككون التعدي على الأعراض والأبدان حرام، وكل ما هو معلوم من الدين بالضرورة، فإن هذا يستوي فيه المتعلم وغير المتعلم.

- والجدير بالذكر هنا أن غير المسلم في بلاد الإسلام (دار الإسلام) هو إما مستأمن دخل البلاد مؤقتاً، وإما صاحب أمان يقيم على سبيل الدوام في دار الإسلام (ذمي) وهؤلاء هم المعنيون في النقطة الموالية.

- هذا بخصوص الجهل الذي ينشأ عن مكابرة العقل وترك البرهان، إذ هو جحود ومكابرة، إذ القاعدة¹ أنه لا يعذر المسلم بجهله، لما هو ثابت ثبوتاً قطعياً بنص من القرآن وأمن السنة، أو بإجماع صحيح. ولا يعد جهله بها شبهة له تدرأ عنه الحد²، فإذا جنى

¹ أنظر الأستاذ علي حسب الله، أصول التشريع الإسلامي، بدون مكان نشر، ط6 لسنة 1952، ص 416.

² أنظر الشيخ محمد أبو زهرة، الجريمة، مرجع سابق، ص 464 و465. وانظر في العقوبة، مرجع سابق، ص 213.

وانظر الدكتور عبد الرحمن حسين علي علام، أثر الجهل والغلط في القانون على المسؤولية الجنائية. رسالة دكتوراه، غير منشورة، جامعة القاهرة، بدون سنة نشر.

وانظر الدكتور حسين خلف الجبوري، عوارض الأهلية عند الأصوليين، مرجع سابق، ص 239 و240.

المسلم جناية من هذا النوع وادعى جهله بأحكام الشرع وهو مقيم في ديار الإسلام غير حديث عهد به، فإن كانت حدية أقيم عليه الحد وحمل ضمان ما نتج عنها من ضرر، وإن كانت تعزيرية عزر كذلك وحمل الضمان، وإن كانت مما يكفر به، حكم عليه بذلك.

160- ثانياً: جهل الكافر: أما الكافر في بلد المسلمين بأمن أو أمان، فإن علماء المسلمين متفقون على أنه لا عذر له بالجهل إذا تعلق الأمر بالجرائم الماسة بحقوق العباد، فإنه يحمل المسؤولية عنها من عقوبة وتعويض، وكذا الأمر في الجرائم الحدية عامة، أما فيما يتصل من الجرائم بعقائدهم، وأحكام الحل والحرمة عندهم، في طعامهم وشرابهم، وأحوالهم الشخصية، فإن أبا حنيفة يرى: أن التحريم لغير المسلم لم يثبت من حيث الأصل في التعامل وتطبيق الأحكام، وعلى ذلك لا يصح لمسلم أن يتلف خمر الذمي، أو خنزيراً له، وتحترم ملكيته لهما. كما يقرر أنه لا يتعرض لهم إذا تزوجوا من محارمهم إذا كان الدين الذي يدينون به يسمح لهم بذلك، كالمجوس يتزوجون بناتهم وأمهاتهم، وأنه لا يجوز للحاكم أن يحكم عليه بتعزير على ذلك فضلاً عن أن يقيم عليهم الحد، وإن ترفعوا أمام قاض المسلمين حكم في الزواج بما ترتب عليه من آثار كالنسب والنفقة والتوارث، ولا يحكم بصحته. باعتبار أننا أمرنا بتركهم وما يدينون في أحوالهم الشخصية. وخالف أبو حنيفة أصحابه، كما خالفه جمهور الفقهاء في ذلك، وقال الإمام أبو زهرة مخالفاً له أن دخولهم بالمحرم يعد شبهة تسقط عليهم الحد لتحليل دينهم ذلك وقول الشبهة بهذا التحليل¹.

أما جمهور الفقهاء فقد قلنا أنهم يخالفون الإمام أبا حنيفة رضي الله عنه، فهذا الإمام الشافعي رضي الله عنه يقول بشأن قاعدة لا عذر بجهل الأحكام التي هي معلومة من الدين بالضرورة: «تطبق على المسلمين كما تطبق على غير المسلمين القاطنين في الديار الإسلامية على أساس أن إقامة الذميين (أهل ذمة الله ورسوله) في الديار الإسلامية توجب عليهم معرفة قوانين الدولة التي يقيمون فيها، والزواج الإجتماعية التي تطبق على المسلمين، إذ يجب أن يعرف أن السارق تقطع يده، وأن من قتل يقتل، وأن أكل أموال الناس بالباطل حرام. فضلاً عن أن إقامتهم في الديار الإسلامية توجب لهم ما للمسلمين وما عليهم، والقول بغير ذلك يهدم الأحكام في حقهم، وأصبحوا معفيين من الحدود والقصاص بدعوى الجهل الذي لا تشهد الحال لهم فيها»².

- ويستند علماء الشريعة في ذلك إلى أن الرسول صلى الله عليه وسلم أقام الحد على يهوديين زنياً، وقام الدليل عليهما أمامه، ولو كان لهما ما يدرآن به الحد لادعياه³.

- ويقول ابن قدامة في هذا ما نصه: «إذا رفع إلى الحاكم من أهل الذمة من محرم، يوجب العقوبة مما هو محرم عليه في دينه كالزنا والقذف والسرقة، فعليه إقامة حده عليه، فإن كان زناً جلده، وإن كان سكران عذب، وإن كان محصناً رجم، كما روى عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أتى يهوديين فجراً بعد إحصانتهما فأمر برجمهما فرجما».

161- رأيي في المسألة: أرى أن ما ذهب إليه الجمهور أقوى حجة وأكثر تماشياً مع مقاصد الشارع الحكيم، إذ من أهم مقاصده صون المجتمع وحمايته من الفساد، فإذا سلمنا

¹ أنظر الشيخ محمد أبو زهرة، الجريمة، مرجع سابق، ص 165.

وانظره في العقوبة، مرجع سابق، ص 213.

² أنظر الإمام الشافعي أحد أئمة المذاهب الأربعة، الرسالة، تحقيق وشرح محمد أحمد شاكر، مرجع سابق، ص 154.

وانظر الدكتور منصور الحفناوي، الشبهات وأثرها في العقوبة، مرجع سابق، ص 265.

³ أنظر ابن قدامة، المغني، ج 11، دار الكتاب العربي، بيروت، طبعة 1392هـ/1972م، ص 129 و130.

بوجهة نظر أبي حنيفة المتطرفة في اتجاه شخصية العقوبة، على ما هي عليها، يتسبب هؤلاء المستأمنون الذميون في تحلل المجتمع المسلم-الذي هم فيه أهل ذمة الله ورسوله- بما يشيعون فيه من مفاصد يقولون أن دينهم يحلها. بل إن القاعدة أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين تلزمهم بأحكام الإسلام على الأقل في ظاهر حالهم، وذلك في المسائل التي تمس النظام العام للمجتمع المسلم، وإن أرادوا أن يخالفوا لأن دينهم مخالف تعين عليهم أن يتحصلوا على إذن من الحاكم المسلم، وله التقدير في منح الإذن إن كان الأمر لا يؤثر على النظام العام للمجتمع، وأن لا يمنحه إن كان ما يراد عمله ماسا بنظامه العام، وللمقننين في بلاد الإسلام تقنين أحكام ينظمون بها هذه المسائل ابتداء، وهذا ما يتوافق مع مبدأ إقليمية القوانين.

وإن وجدت مسائل تقتضي اتباع مبدأ شخصية القوانين ينص عليها كذلك.

162- ثالثاً: مسألة الخطأ في تفسير النصوص

الشرعية الغراء، في حكم فقائها يسوون بين من خالف الأمر والنهي الواردين في النصوص الشرعية نتيجة الجهل بها، وبين من يجهل التفسير الصحيح لهذه النصوص. فلو ادعى الجاني أن النص لا يدل على التحريم، أو أن نصاً آخر أباح الفعل، وكان ذلك بسبب جهل منه، فيما لا يعذر فيه بالجهل، فإن تفسيره الخاطئ هذا لا يعذر به، ولا يمنع من تحميله كامل مسؤوليته من الناحية الجزائية، ومن الناحية المدنية إذا ترتب على فعله ضرر أي تحميله العقوبة والإرش كما يعبر عنه في فقه الشريعة الغراء.

- ويستدل علماء الشريعة الغراء على ذلك بما قرره أمير المؤمنين سيدنا عمر رضي الله عنه حينما شرب الخمر أحد المهاجرين، فأمر بجلده ثمانين، فقال الرجل: لم تجلدني وبينني وبينك كتاب الله؟ فقال عمر: وفي أي كتاب تجد لا أجلك؟ فقال الرجل: أن الله يقول في كتابه: «ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا إذا ما اتقوا وآمنوا وعملوا الصالحات ثم اتقوا وآمنوا ثم اتقوا وأحسنوا، والله يحب المحسنين»¹، فأنا² من الذين آمنوا وعملوا الصالحات ثم اتقوا وآمنوا ثم اتقوا وأحسنوا، فقال عمر: ألا تردون عليه ما يقول، فقال ابن عباس أن هذه الآيات نزلت عذراً لمن عذر وحجة على الناس كافة، فقال عمر رضي الله عنه: أنه إذا شرب يسكر وإذا سكر هذى، وإذا هذى افتري، وعلى المفتري ثمانون جلدة، فأمر رضي الله عنه، فجلد ثمانين جلدة³.

وفي رواية أخرى فإن عمر رضي الله عنه قال لمن احتج بآية وفسرها على غير وجهها الصحيح، وأخطأ التفسير: أخطأت التأويل، إذا اتقيت الله اجتنبت ما حرم الله، وأمر بالجلد. فالغلط أو الجهل بالتفسير يأخذ حكم الجهل بالأمر والنهي التشريعي وذلك تطبيقاً للقاعدة الشرعية القائلة: «بأن الجهل في دار الإسلام لا يعتبر عذراً» وذلك لأن الجاهل بالحكم يمكنه أن يعلم به عن طريق الاستفسار وسؤال أهل الذكر كما قال سبحانه وتعالى: «فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون»⁴. فالنصوص التشريعية تعتبر معلومة للكافة، ولو لم يطلع عليها أغلبهم، طالما العلم بها ممكن لهم فلا يسوغ لهم أن يتركوا واجباً ولا أن

¹ الآية 93-95 عند ورش من سورة المائدة (5).

² الرجل هو قدامة بن مضعون، أنظر الشيخ بن عاشور، التحرير والتنوير، مرجع سابق، ص 37.

³ أنظر القرطبي أبو بكر عبد الله بن محمد أحمد الأنصاري الخزرجي، الجامع لأحكام القرآن، ج3، دار الكتب المصرية، طبعة سنة 1396 هـ - 1950م، ص 294.

⁴ الآية 7 من سورة الأنبياء (21).

يفعلوا محرماً بدعوى عدم العلم بالحكم مع إمكان العلم، ومن قصر في ذلك فهو آثم لتقصيره في طلب العلم بما هو ضروري له. ويؤيد هذا قوله سبحانه وتعالى: «ولا تقف ما ليس لك به علم»¹. وقول الرسول صلى الله عليه وسلم: «طلب العلم فريضة على كل مسلم»².

الفرع الثاني: الجهل الذي يعتد به ويؤثر على مسؤولية المكلف

163- تمهيد وتقسيم

الأعذار منها ما هو معفو من العقاب، ومنها ما هو مخفف له، والشرعية في هذه المسألة شأنها شأن القوانين الوضعية، تعرف العذر المعفي والعذر المخفف، والعذر المعفي هنا في الجهل يعتد به، ويؤثر على مسؤولية المكلف بمنع مسؤوليته أي ينفىها، وسأبحث هذا مبيناً الأدلة التي تقوم عليها الأحكام التي قال بها الفقهاء والمذاهب الفكرية لمفكري الأمة الإسلامية.

164- الأصل في المسؤولية التكليف أولاً ثم بعد ذلك يكون المكلف مطالباً بأن يقوم بما كلف به، إذا كان أمراً فعله، وإن كان نهياً انتهى عنه. بحسب ما إذا كان الأمر أو النهي للوجوب أو التحريم، أم لما دون ذلك أي النذب والكرهية.

وفي هذا يقول الله سبحانه وتعالى: «وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا»³، وفيه يقول الرسول صلى الله عليه وسلم: «إن الله رفع عن أمتي الخطأ والنسيان، وما استكروها عليه»⁴، فهذا الحديث النبوي الشريف يشير إلى تعلق المسؤولية بالإرادة السليمة من كل عيب.

والآية الكريمة قبله تقرر قاعدة شرعية أخرى، وهي أن لا مؤاخذه أي لا حساب إلا بعد التبليغ أي بعد التشريع. فالتشريع إذن أولاً ثم تأتي المحاسبة بعد تبليغ هذا التشريع أي بعد بلوغ رسالة النبيين -على نبينا وعليهم أفضل الصلاة وأزكى التسليم- وهذا ما هو جار في الرسالة المحمدية الخاتمة، التي تدرس هذه الدراسة على أساسها.

ومع هذا فالفكر الإسلامي اختلف حول مسألة المساءلة بعد التبليغ وحتى دون حصوله فكان للمعتزلة رأيهم، ولغيرهم من السلف والأشاعرة رأيهم وهذا ما سأتناوله في النقطتين الآتيتين:

¹ الآية 36 من سورة الإسراء (17).

² أخرجه ابن ماجه 224 وابن عبد البر في جامع بيان العلم 9-11 والطبراني في الصغير 22 من طرق عن أنس وهو عند البيهقي في الشعب من عدة طرق وجاء من غير طريق أنس أيضاً كابن مسعود عند الطبراني في الكبير 10439 وابن عباس وأبي سعيد عند الطبراني في الأوسط مجمع الزوائد 120\1 وهو في الصغير أيضاً 61 عن الحسين بن علي وذكره في كنز العمال 28651 معزواً أيضاً لتمام عن ابن عمر وللخطيب عن علي . وقد ضعفه رغم طرقه هذه ابن الصلاح في مقدمته 223 مع التقييد والبيهقي وابن عبد البر وغيرهم والحق أن الحديث طرقاً أخرى عن أنس عند ابن عدي والعقيلي وهو بمجموع طرقه قابل للاعتضاد والتقوية ففيها ما يصلح لذلك كما نقل الكناي في تنزيه الشريعة 1\ 258 عن الذهبي قوله (روي عن علي وابن مسعود وابن عمر وجابر وأنس وأبي سعيد وبعض طرقه أوهي من بعض وبعضها صالح ؛ والله أعلم) أه ونقل الكناي أيضاً تحسينه عن الحافظ أبي الحجاج المزي والحافظ العراقي وكذا حسنه السيوطي في التدريب 157\2 ونقله أيضاً عن المزي وقد صححه الشيخ الألباني في صحيح الجامع 3808 و 3809.

³ الآية 15 من سورة الإسراء (17).

⁴ وفي رواية أخرى: إن الله تعالى وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكروها عليه. وفي لفظ: إن الله تعالى تجاوز لي عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكروها عليه. وفي لفظ: رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكروها عليه. رواه أحمد والطبراني وغيرهما وصححه الألباني.

165- أولا مذهب المعتزلة¹: يقول أنصار هذا المذهب: أن الإنسان العاقل يستطيع أن يقف على الحقيقة، ويتعرف على آثارها ويحكم عليها بالحسن والقبح بمجرد عقله، فبه يحكم على الأفعال والأقوال والأشياء بالحسن أو القبح، فما قبحه العقل وذمه كان فعله محرما وما حسنه العقل يكون حسنا وفعله مباحا.

- ويترتب منطقيا على وجهة نظر المعتزلة هاتيه: أن من لم تبلغه دعوة الرسل ولا شرائعهم مكلفون من الخالق سبحانه وتعالى باجتنب ما تهديهم عقولهم إلى أنه قبيح، وأن الله معاقبهم عليه إن هم فعلوه، أما إن هداهم عقولهم على أن فعلا ما حسنا فإن فعلوه أثابهم الله على ذلك.

166- ثانيا- مذهب أهل السنة والجماعة والأشاعرة: يقول أتباع هذا المذهب: أن العقل لا يرجع إليه كمعيار به يمكن الحكم على ما إذا كان الفعل يعد حسنا أو قبيحا، إنما الله سبحانه وتعالى هو الذي يحدد لنا بشرعه ما هو حسن وما هو قبيح.

فالحسن من أفعال العباد هو ما دل الشارع على حسنه، وطلب فعله، والقبيح من أفعالهم ما دل الشارع سبحانه وتعالى على أنه قبيح وطلب تركه.

- وتبعاً لذلك لا يكلف العبد من الله سبحانه وتعالى بفعل شيء أو ترك شيء حتى تبلغه الرسالة، ويبلغه شرع الله سبحانه وتعالى. ولا يعاقب على فعل أو ترك إلا إن أعلم عن طريق الرسول صلى الله عليه وسلم ما يجب فعله وما يجب تركه.

وأن من عاش في عزلة تامة بحيث لم تبلغه دعوة الرسول صلى الله عليه وسلم، فهو غير مكلف من الله سبحانه وتعالى بشيء ولا يستحق العقاب ولا الثواب. وأن أهل الفترة بين الرسل لا ثواب لهم ولا عقاب عليهم وهم غير مكلفين بشيء²، وذلك تطبيقاً لقوله سبحانه وتعالى: «...وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا»³.

- وهذا ما عرف عن الصحابة رضوان الله عليهم، إذ يقول ابن قدامة: «ولا حد على من لم يعلم تحريم الزنا، قال عمر وعثمان وعلي: لا حد إلا على من علمه، وبهذا قال عامة أهل العلم، فإن ادعى الجاني الجهل بالتحريم، وكان يحتمل أن يجهله، كحديث عهد بالإسلام، والناشئ ببادية لأنه يجوز أن يكون صادقا» وقال ابن قدامة أيضا: «وإن ادعى الجهل بفساد نكاح باطل قبل قوله، لأن عمر قبل قول المدعي للجهل بالتحريم، كتحريم النكاح في العدة، ولأن مثل هذا يجهله الكثير، ويخفى على غير أهل العلم»⁴.

¹المعتزلة فرقة في أمة الإسلام ظهرت كمدرسة من مدارس الفكر الإسلامي وعلم الكلام في بداية القرن الهجري الثاني بمدينة البصرة التي كانت حينها مركز شعاع علمي وحضاري مشبع جوها بآثار الثقافات الأجنبية وموضع يلتقي فيه أهل الديانات المختلفة. ويختلف في تسميتهم، فمن قائل بأنها بسبب اعتزالهم قول الأمة بشأن مرتكب الكبيرة باعتباره في منزلة بين منزلتي الكفر والإيمان، ومن قائل أن زعيمها وأصل بن عطاء لما اختلف مع الحسن البصري في هذه المسألة، وأدلى برأيه فيها اعتزل مجلس الحسن هو وبعض من وافقه الرأي فقال الحسن: اعتزل عنا وأصل، ومن قائل أن سبب التسمية اعتزال علمائهم الناس واعتكافهم على طلب العلم، ويسمون أنفسهم أهل الحد والتوحيد وأهل الحق. أنظر زهدي جار الله، المعتزلة، نشر المؤسسة العربية للدراسة والنشر، ط6، لسنة 1410هـ-1990، ص 9 وما بعدها.

²أنظر الدكتور زكرياء البري، أصول الفقه الإسلامي، دار النهضة، طبعة سنة 1980، ص 284 و285.

وانظر الدكتور زهدي جار الله، المعتزلة، مرجع سابق، ص 94 وما بعدها.

³الآية 15 من سورة الإسراء(17).

⁴أنظر ابن قدامة، المغني، ج8، مرجع سابق، ص 85.

وانظر ابن عابدين محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي المتوفى سنة 1252هـ، حاشيته على الدر المختار المسماة رد المختار على الدر المختار، شرح تنوير الأبصار، دار المعرفة، بيروت، طبعة 3، بدون سنة نشر، ص 6.

ويذكر الفقهاء أن الجهل دارنا للحد-استنادا إلى القولين السابقين لابن تيمية- في حالات ثلاثة، ويقول بعض الفقهاء القدامى: أن الجهل مسقط للعقوبة، وهذا ما سأبينه في النقاط الآتية:

167- أ-إن كانت سبل العلم بعيدة المنال، ووسائله غير ميسرة، كجهل من يقيم بعيدا عن الديار الإسلامية بأحكام الإسلام.

فإن كان الجهل في الأصل لا يسقط الخطاب، ولا ينفي العقاب، فإن الجهل بالحكم نتيجة تعسر معرفته يسقط الخطاب، والعقاب¹، تطبيقا لقوله تعالى: «وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا»².

168- ب-حادثة العهد بالإسلام: إذا أسلم شخص حديثا وكان يجهل الأحكام الشرعية ولم يتيسر له معرفتها بعد، لكونه كان بعيدا عن ديار الإسلام، أو لكون ديانتته لا تحرم شيئا حرمه الإسلام، فجهله هنا ينفي وصف الجريمة على فعله إن كان محرما في حكم الإسلام حتى يعلم الحكم فيه³.

169-ج-حالة الذمي الذي دخل دار الإسلام حديثا، وبقي على ما في دينه من إباحات حتى لو أن الإسلام يحرمها- وهذا حتى في نظر الجمهور القائلين: بأن له ما لنا وعليه ما علينا- فإن جهله بحكم الإسلام في هذه الأمور لحادثة عهده بدياره يرفع التجريم عن فعله حتى يعلم حكم الإسلام فيه بخلاف ما إذا أتى حتى ما يحرمه دينه.

-فقد أورد ابن الهمام في كتابه «فتح القدير»⁴ ما نصه: «ينبغي أن تعلم أن ادعاء الجهل بتحريم الزنا لا يعفي الجاني من العقوبة المقررة حتى ولو كان قريب عهد بالإسلام، فالحربي إذا دخل دار الإسلام فأسلم فرنا، وقال ظننت أنه حلال، لا يلتفت إلى قوله، ويحد، ولو كان فعله أول يوم دخل دار الإسلام لأن الزنا حرام في جميع الأديان».

170-د- جهل المسلم بحكم من الأحكام التي هي موضع اجتهاد بين الفقهاء: إذا جهل المسلم حكما غير مجمع عليه بين الفقهاء، ولم يكن في وسعه معرفة الحكم، فالجهل هنا يمكن أخذه في الاعتبار نظرا لأن الحكم في مثل هذه الحالة يحتاج المكلف لكي يصل إليه إلى إعمال الفكر، وهذا غير ميسر إلا للعلماء، كما أن اختلاف العلماء في شأن مسألة معينة شبهة دارئة للحد، على قول كثير من الفقهاء من شافعية وحنابلة، ومن نهج نهجهم من باقي المذاهب الأخرى، فقد أعذر سيدنا عمر رضي الله عنه في الزواج بأخت لم تنقض عدة أختها لجهل الفاعل بالحكم. كما أن زواج خامسة في عدة المطلقة طلاقا بائنا، فإن كل ذلك موضوع خلاف، ومثل ذلك النكاح بلا ولي أو شهود لا حد فيه لاختلاف العلماء في حله، واختلافهم شبهة تدرأ الحد⁵.

¹أنظر الشيخ محمد أبو زهرة، العقوبة، مرجع سابق، ص 217.

وانظر الدكتور منصور الحفناوي، الشبهات وأثرها في العقوبة الجنائية، مرجع سابق، ص 27.

²الآية 15 من سورة الإسراء(17).

³أنظر الأنصاري زكرياء بن محمد بن زكرياء الشافعي المتوفى سنة 926هـ، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، ج1، دار إحياء الكتب الدينية، بدون سنة نشر، ص 165.

⁴أنظر ابن همام، فتح القدير، ج4، مرجع سابق، ص 146.

⁵أنظر ابن همام، فتح القدير، ج4، مرجع سابق، ص 146.

وانظر السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ص 6.

171- وقد ذكر الخطاب في كتابه: «مواهب الجليل» ما نصه: «... ومن طلق امرأته طلاقاً واحدة ثم وطئها بعد الطلقة، وقال ظننت أنه لا يبينها منه إلا الثلاثة فلا صداق ولا حد عليه، إذ عذر بجهل، ولو طلقها بعد البناء ثلاثاً ثم وطئها في العدة، وقال ظننت ذلك يحل فإنه عذرا بالجهالة لا يحد، وكذلك من تزوج خامسة أو أختها من الرضاة أو النسب (في العدة) عذر بجهالة التحريم ولم يحد»¹.

172- وقد ذكر ابن حزم في كتابه «المحلى» ما نصه: «من أصاب شيئاً محرماً فيه حد أو لا حد فيه، وهو جاهل بتحريم الله تعالى له، فلا شيء عليه فيه - لا إثم ولا حد ولا ملامة - لكن يعلم، فإذا عاد أقيم عليه حد الله تعالى، فإذا ادعى جهالة نظر. فإن كان ذلك ممكناً قلا حد عليه أصلاً، وقد قال قوم بتحليفه، ولا نرى عليه حداً ولا تحليفاً، وإن كان متيقناً أنه كاذب لم يلتفت إلى دعواه».

- وقد استند ابن حزم على ما ذهب إليه بأدلة متعددة، منها ما روي عن السلف، من أن امرأة أتت إلى علي بن أبي طالب كرم الله وجهه ورضي عنه، فقالت: إن زوجي زنا بجارتني، فقال صدقت، هي وما لها إلى حد، فقال له علي اذهب ولا تعد كأنه درأ عنه الحد بالجهالة². كما روي عن ابن المسيب أن عاملاً لعمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب إليه يخبره أن رجلاً اعترف بالزنا، فكتب إليه عمر أن سله، هل كان يعلم أنه حرام؟ فإن قال: نعم، فأقم عليه الحد، وإن قال: لا، فأعلمه أنه محرم³، فإن عاد فأحده.

- فالثابت أن على الحاكم أن يبلغ في دار الإسلام الأحكام لمن فيها من مسلمين وأهل ذمة، فتعلم في معظمها، أما ما يبقى منها ما يحتاج إلى اجتهاد، فلا لوم على من جهله لكون الجهل فيه حتمي.

173- يبقى أن أقول أن رأيي في مسألة مسؤولية المكلفين على أفعالهم، وخاصة معرفة المكلف لأحكام الشرع من حظر وإباحة، إن رأي المعتزلة، مع احترامهم للفكر الممجد للعقل الذي ميز الله سبحانه وتعالى به بني آدم، وإن كنت لا أذهب معهم في تمجيده إلى تحكيمه على النص بل النص حاكم عليه، قلت رأيي أن رأيهم متشدد كثيراً فلا يمكن معه نفي العلم للإفلات من العقاب إلا إذا ثبت ذهاب العقل، في حين أن رأي أهل السنة والجماعة والأشاعرة مر معنا قولهم بأن الجهالة إذا كان لها مسوغ ترفع الحد واللامة على الجاهل.

وأرى أن هذا هو الرأي المعقول، لأنه إذا كان عقل الإنسان في جملته يعرف الحسن والقبح، وأن على الإنسان أن يعمل ما هو حسن، ويتجنب ما هو قبيح فيكون بذلك قد طبق حكم الشرع، فإن أغلب الناس لا يعرف الحسن والقبح حقيقة، بل قد يستحسن العبد ما هو قبيح، ويستقبح ما هو حسن، فكيف يحاسب هذا؟ أما معيار أهل السنة والجماعة

وانظر الأستاذ علي حسب الله، أصول التشريع الإسلامي، مرجع سابق، ص 412.

¹ أنظر الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج6، مرجع سابق، ص 293.

² أنظر ابن حزم: المحلى، ج13، مرجع سابق، ص 118 و 119.

³ نفس الصفحة 118 من نفس المرجع.

فموضوعي تراعى فيه القرائن وواقع الحال، فإذا كان المخطئ حديث العهد بالإسلام، أو بعيد الدار عن داره، فهذا واقع حال يكون قرينة على جهله بالحكم، فلا يؤاخذ. فالثواب والعقاب على طاعة حكم الشرع، لا على اتباع حكم العقل.

المطلب الثاني

أثر الغلط في الحكم الشرعي على مسؤولية المكلف

174- تمهيد وتقسيم

الغلط كنوع من الجهل المركب، ومن الوهم الذي يعتري ذهن وعقل الإنسان، فيتصور الجاني المتلبس به الأمور على غير حقيقتها، وقد يدفعه ذلك إلى اتخاذ موقف معين إيجابي أو سلبي، فيكون ذلك مخالفا لأحكام الشرع مؤثما.

- فهنا يثار التساؤل ما إذا الشريعة الغراء اعتدت بالغلط وحددت له أحكاما، ونقف على ذلك من استقراء كتب الفقه وأصوله، فنجد أنهم نظروا للغلط، من غير أن يجمعوا آراءهم وقواعدهم في نظرية عامة، كما هو الحال في الفقه الوضعي، بل لكون فقههم عمليا (كما يعبر عنه الدكتور السنهوري) نصوا على أحكام الغلط متفرقة في أبواب الفقه وبمناسبة مناقشة مسائله، فتبين من أحكامهم أن من الغلط ما لا أثر له على مسؤولية المكلف الجنائية والمدنية، ومنه ما يسقط المسؤولية، وسأتناول هذا المطلب في فروع ثلاثة:

الفرع الأول: الغلط المسقط للمسؤولية

الفرع الثاني: الغلط الذي لا يسقط المسؤولية

الفرع الثالث: الجريمة المتعدية القصد

سأتناول هذه الفروع باستقصاء الغلط في كتب الفقه وأصوله، والذي يعبر عنه

أحيانا كما سبق في علمنا- بالخطأ

175- الفرع الأول: الغلط المسقط للمسؤولية

يذكر الفقهاء أمثلة من الغلط تسقط العقاب وبالتالي المسؤولية الجزائية، ويبقى

الأرش، أو التعويض عن المسؤولية المدنية لمن تضرر.

- ومن أمثلتهم أن الرجل الذي تهىء له زوجته جارتها في هياتها وتجعلها في حجلتها فإنه لا عقوبة على الرجل لغلطه في المرأة ظنا منه أنها زوجته.

وأن المرأة التي وقع عليها إن كانت تعلم بما سيقع ولم تكن في وضع الغلط كالرجل، تحد على الزنا. والمرأة التي تسببت في وقوع الرجل على جارتها يقول الفقهاء «تتكلم» أي تعاقب تعزيرا بما يراه الحاكم مما دون الحد¹.

وجمهور الفقهاء مع أن هذا ومثله ممن تدس لهم المرأة فيطأها بظن أنها زوجته لا حد عليه لأن فعله لم يقصد به زنا².

¹ أنظر ابن حزم، المحلى، مرجع سابق، ص 210 و 217.

وأنظر الشيخ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، مرجع سابق، ص 433.

² أنظر الخطيب البغدادي الشيخ الشربيني أبي شجاع المتوفى سنة 977هـ، مغني المحتاج شرح متن المنهاج لأبي زكرياء النووي، ج4، مكتبة الباوي وأولاده بمصر، طبعة سنة 1377هـ 1958م، ص 145.

إلا ما قاله أبو حنيفة- رضي الله عنه- فيما حكى عنه: أنه يعاقب حداً، لأنه وطئ في محل لا ملك له فيه.

وعلماء الأحناف يقولون بحد من وقع على امرأة بظن أنها زوجته ما لم يكن أعمى. وأن من نادى زوجته وأجابته أخرى فحضرت ووطئها يحد، إلا إذا كان من غير الممكن أن يميزها، لظلام، وحداثة عهده بعشرتها، لا يميز صوتها عن أصوات غيرها من النساء¹.
- أما إذا ذهب رجل ليصطاد في الغابة فرأى شيئاً تحرك ظنه طريدة صيد، فأطلق النار عليه، فإذا هو إنسان أصابه فمات، فإنه في هذه الحالة لا يعد مرتكباً لجريمة قتل عمدية، لأنه لم يقصد قتل هذا الإنسان، فالقصد الجنائي هنا منعدم، ولا علاقة لتعمد الصياد بقتل الإنسان.

176- الفرع الثاني: الغلط الذي لا يسقط المسؤولية

الغلط الذي لا يسقط المسؤولية سواء الجنائية أو المدنية، هو الذي انصب على عنصر خارج عن نطاق التجريم، أي لم يمس بأركان وشروط تجريم الفعل، كما إذا غلط الجاني في الشخص الذي أراد قتله بإصابة غيره، أو غلط إذ أراد قتل زيد لكنه قتل بدلاً منه عمراً بسبب الغلط في الشخصية، فالجاني هنا يتحمل مسؤولية فعله من الناحية الجنائية، ومن الناحية المدنية كاملة.

فمن الناحية الجزائية يقتصر منه، وإذا سقط القصاص بسبب من الأسباب المسقطة عزره الحاكم بما يرى من تعزيز².

وفي الجانب المدني يتحمل الدية أو الصلح على دم من قتل مع أولياء دمه.
وإن كان الجدل قائماً حول اعتبار القتل عمداً أو خطأ³.

- وأمثلة كثيرة في كتب الفقه الإسلامي يرى الفقهاء أنه لا تأثير على مسؤولية الفاعل المكلف، كمن يدخل منزلاً لسرقته مال صاحبه، ويسرق مالا يجده بالمنزل لكن يتضح أنه غير مملوك لصاحبه.

وكل غلط تعلق بالنتيجة فلا أثر له، لأن النتيجة لا تعد من عناصر الجريمة. فالغلط فيها غير ناف للمسؤولية الجنائية وبالأحرى المدنية- لعدم انتفاء القصد، كما أن الغلط في صفة المسروق لا تأثير له على المسؤولية، لأنه مما لا يحيط به قصد الجاني⁴.

¹ أنظر الشيخ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، ج2، مرجع سابق، ص366.

وانظر ابن قدامة، المغني، ج10، مرجع سابق، ص155.

وانظر ابن همام، فتح القدير، مرجع سابق، ص14 و41.

² أنظر الشيخ محمد أبو زهرة، الجريمة، مرجع سابق، ص450.

وانظره في العقوبة، مرجع سابق، ص209 وما بعدها.

وانظر الشيخ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، ج1، مرجع سابق، ص437.

وانظر الدكتور عبد العزيز عامر، التعزير في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص107.

³ أنظر الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج6، مرجع سابق، ص240.

وانظر الدردير سيدي أحمد بن محمد أحمد العدوي أبو البركان المتوفى سنة 776هـ، شرح الدردير على مختصر خليل

، ج4، دار الفكر، بدون سنة نشر، ص215.

⁴ أنظر الشعراني أبو المواهب عبد الوهاب بن أحمد بن علي الأنصاري الشافعي، كشف الغمة عن جميع الأمة، ج7،

شركة البابي الحلبي وأولاده بمصر، بدون سنة نشر، ص237.

وانظر الخطيب محمد الشربيني المتوفى سنة 977هـ، الإقناع في ألفاظ أبي شجاع، ج4، مطبعة صبيح، القاهرة، بدون

سنة نشر، ص108.

وانظر الأنصاري، فتح الوهاب، ج1، مرجع سابق، ص156.

177- الفرع الثالث: الجريمة المتعدية القصد

عرف الفقه الإسلامي الجريمة المتعدية القصد، وتعرض الفقهاء للحكم في هذا الموضوع في مؤلفاتهم، فقد ذكر ابن حزم في كتابه «المحلى» ما نصه: «حدثنا عبد الله ابن ربيع عن ابن مفرج عن قاسم بن أصبغ عن ابن وضاح عن سحنون عن ابن وهب أخبرنا ابن لهيعة، عن عبد الله بن هبيرة السبائي أن رجلا رمى حداة فخرت الحدأة على صبي فقتلته، قال هو على الذي رمى، وكل شيء يكون من فعل رجل فهو عليه. قال: وبلغني عن يحيى بن سعيد أنه قال في رجل مر برجل وهو يحمل على ظهره حجرا فسقط منه فأصاب رجلا فقتله: فعليه دية المقتول، قال سحنون: هذه مسألة سواء»¹.

178- وورد في نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ما نصه: «من يدخل أصبعا في عين إنسان، ففققأها، أو أذهب بصرها، ومن رمى إنسانا بحجر فهشم رأسه سئل عن جناية متعمدة لا شبه عمدية، أما من لطم شخصا أو لكزه رأسا، أو أمسك رجله، أو ضربه بعصا خفيفة فأدى ذلك إلى وفاته، أو فقد منفعة عضو من أعضائه، سئل عن جناية على النفس أو ما دون النفس شبه عمدية، وليست متعمدة، وتوقع عليه عقوبة التعزير والدية المغلظة، أو حتى القتل تعزيرا عند من يقول به»².

179- ويرى الإمامين الشافعي وأحمد رضي الله عنهما أن من صفع شخصا ففققأ عينه، أو أذهب بصره، دون أن يقصد إلى ذلك لا يسأل عن الفعل بوصفه تعمد، ولكن يسأل عنه بوصفه شبه عمد³. فالفقهاء المسلمون وضعوا أحكاما للجريمة المتجاوزة القصد.

180- وفي إطار الغلط كالحال في الجهل فإن الفقهاء، قد قالوا بأحكام اعتدوا فيها بأنها من أسباب انتفاء المسؤولية، بشرط أن يكونا متعلقين بما يعد من عناصر الجريمة، وما ينبغي أن يحيط علم الجاني به، أما إذا لم يكونا كذلك فلا يعتد بالجهل والغلط فيه، ولا أثر لهما على مسؤولية المكلف من حيث العقوبة ولا من حيث الضمان (الأرش أو التعويض).

وهكذا أكون قد انتهيت من بحث هذا الفصل من هذا الباب الأول. ويتعين أن أقدم تلخيصا بما جاء في هذا الباب مقارنا بين الشريعة الغراء والقوانين الوضعية.

فإذا كانت النظم الوضعية تصدت لبحث مسألتين الجهل والغلط، في إطار بحثهما للقاعدتين السلبية والإيجابية في قوانين العقوبات، وتعرضت لتعريفهما لغة واصطلاحا، وتصدت لتأثيرهما على كل من المسؤولية الجزائية والمدنية. فإن الفقه الإسلامي كان سابقا لذلك، ولم يستند في سبقه إلا لنصوص الشريعة الغراء، بعيدا كليا عن التأثير بالقوانين الرومانية التي كانت قد قعدت للجهل والغلط. بل الفقهاء المسلمون على مر العصور الذهبية أتوا بحلول عملية للمسائل التي تعترض في حياة مجتمعاتهم. ومن ذلك أحكام كثيرة توصلوا إليها بخصوص الجهل والغلط، سواء من حيث تأثيرهما في مجال الجريمة والعقوبة أو في حالة الضمان للإتلاف. وستتضح لنا الفكرة أكثر بعد الفصل الآتي الثاني.

¹ أنظر ابن حزم، المحلى، ج12، مرجع سابق، ص 331.

² أنظر الشريبي، نهاية المحتاج، ج7، مرجع سابق، ص 267.

وانظر ابن قدامة، المغني، ج9، طبعة دار المنار لسنة 1348هـ، ص 428.

³ أنظر الدكتور جلال ثروت، الجريمة المتجاوزة القصد، مرجع سابق، ص 26.

الفصل الثاني

الجهل والغلط في الإباحة في النظم القانونية الوضعية

181- تمهيد وتقسيم

ذكرت في فقرة سابقة أن الجهل والغلط يردان فيما يردان عليه، على القواعد الجنائية السلبية، وتوضيحا لهذا المفهوم أقول: أن القواعد الجنائية نوعان: قواعد جنائية إيجابية، وهي القواعد التي تجيء في صورة الأمر أو النهي، إذ تنتهي عن فعل عمل معين كأن تنتهي عن القتل أو السرقة أو التزوير أو الزنا، وقد تأمر القاعدة الجنائية الإيجابية بإتيان عمل معين، وعند ذلك يكون عدم إتيانه جريمة كالقاعدة التي تفرض على موظف معين أو شخص معين القيام بعمل، فإذا امتنع عن القيام به كان امتناعه جريمة يعاقب عليها هذا القانون الذي أمره بالفعل.

- أما القاعدة الجنائية السلبية¹ فهي تلك التي لا تتضمن أمرا ولا نهيا وإنما يقتصر عملها على تعطيل القاعدة الإيجابية، في ظروف معينة، وتسمى القاعدة السلبية لأنها في هذه الظروف تزيل كل أثر للقاعدة الإيجابية، فيصبح السلوك الذي كان أصلا مجرما مباحا ولا عقاب عليه أو تعويض، لأن هذه القاعدة السلبية أزلت عنه صفة أو ركن عدم المشروعية، كالقاعدة التي تبيح الدفاع الشرعي (المادتين 39 و 40 من قانون العقوبات الجزائري).

- والجهل والغلط وارد الحديث عنهما في الفقه الوضعي بالنسبة للقواعد الإيجابية وكذا بالنسبة للقواعد السلبية، ونحن هنا إنما يعيننا الجهل والغلط في الإباحة أي في القواعد السلبية في النظم القانونية الوضعية، ولحسن بحث هذه المسألة أقسم الفصل إلى مباحث ثلاثة كما يأتي:

المبحث الأول: تحديد مدلول الجهل والغلط والعلاقة بين المفهومين وما يشبههما
المبحث الثاني: تقسيم الجهل والغلط.
المبحث الثالث: أثر الجهل والغلط على كل من المسؤولية الجزائية والمدنية.

¹ أنظر الدكتور رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، نشر منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة سنة 1971، ص 323 وما بعدها.

ويسمى البعض هذه القواعد: الحد السلبي للتجريم، أنظر الدكتور فتوح الشاذلي، والدكتور علي عبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات - القسم العام - دار المطبوعات الجامعية، طبعة سنة 1977، ص 166 وما بعدها.
ويسمى البعض: المشروعية الاستثنائية، أنظر الدكتور عبدالفتاح مصطفى الصبغى، قانون العقوبات - النظرية العامة - دار الهدى للمطبوعات، بدون سنة نشر، ص 437 وما بعدها.
وتسمى كما مر علينا أسباب التبرير.

المبحث الأول تحديد مدلول الجهل والغلط والعلاقة بينهما وبين ما يشبههما

182- تمهيد وتقسيم

لم أجد في كتب الفقه الجنائي الوضعي اهتماما بالتعريف اللغوي للجهل ولا للغلط، على غرار ما عليه الحال في ظل الشريعة الإسلامية. غير أنه للأمانة-الفقهاء لما يتحدثون عن الجهل والغلط نجدهم جميعا يتحدثون قاصدين شيئا واحدا متواجدا في أذهانهم، يفهمه القارئ بنفس المعنى المقصود لديهم. إلا أن الأمر يختلف في الشريعة الإسلامية- كما رأينا - ليس فقط في الفقه التقليدي، وإنما حتى عند من كتبوا مؤخرا في الفقه الجنائي مقارنا بنظيره الوضعي، من أمثال الشيخ عبد القادر عودة في كتابه «التشريع الجنائي الإسلامي»¹، والدكتور حسن خلف الجبوري في كتابه «عوارض الأهلية عند الأصوليين»²، والدكتورة خلود سامي عزارة في كتابها «النظرية العامة للإباحة»³، وإن كان الدكتور الجبوري ينهي كلامه بما يفيد التفريق بين الغلط والخطأ، ويقول أن هذا هو الموقف عند فقهاء القانون. وأطمح أن أسس بهذا البحث لتوحيد مصطلح الغلط، رافعا عنه كل لبس، وكذا ما قد يوجد من لبس في مصطلح الجهل، محددًا مفهومهما اللغوي، إسهاما في تقريب الفقه الجنائي الإسلامي من القارئ. وحتى القارئ الغير مسلم، والغير عربي، فالشريعة رحمة للعالمين. مقسما المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: تعريف الجهل والغلط .

المطلب الثاني: الجهل والغلط وتعلقهما بكل من القاعدتين الإيجابية والسلبية.

المطلب الأول تعريف الجهل والغلط

183- تمهيد وتقسيم

أحدد هنا الوجه الصحيح لاستعمال الكلمتين، في مجال الفقه الجنائي وأرى أن هذا الاستعمال من الممكن لغة واصطلاحا أن يطبق في كل من الفقه الجنائي الشرعي والوضعي، إذ لا أرى داع لجعل استعمالهما للكلمات والمصطلحات في هاتين المسألتين يختلف طالما أن المتحدث عنه والمصطلح عليه واحد، فأرى أنه يحسن أن تتوحد الكلمات المصطلحية، لأن التوحيد يسهل التخاطب بين الفريقين، ويعمم الفائدة ويقرب المفاهيم تسهيلا للفهم، خاصة لأن الإشكال مطروح حتى في ترجمة الكلمتين خطأ وغلط إلى ومن اللغة الفرنسية.

متناولا هذا المطلب في خمسة فروع على النحو الآتي:

الفرع الأول: التعريف اللغوي.

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي.

¹ أنظر الشيخ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، مرجع سابق، ص 134 وما بعدها.

² أنظر الدكتور حسن خلف الجبوري، عوارض الأهلية عند الأصوليين، مرجع سابق، ص 393 وما بعدها.

³ أنظر الدكتورة خلود سامي عزارة آل معجون، النظرية العامة للإباحة، مرجع سابق، ص 413.

الفرع الثالث: العلاقة بين مفهومي الجهل والعلم وتعلق الجهل والعلم بالقاعدتين الجنائيتين الإيجابية والسلبية.

الفرع الرابع: العلاقة بين مفهومي الجهل والغلط.

الفرع الخامس: علاقة الجهل والغلط ببعض ما يشبههما.

متناولا كل فرع في عدد من النقاط بالقدر الذي تتطلبه المسائل التي يتناولها في حدود ما يسمح به هذا البحث.

الفرع الأول: التعريف اللغوي

أعتمد في هذا الفرع إلى تحديد ترجمة هاتين الكلمتين، حتى يتحدد معنا معناه في اللغتين العربية والفرنسية.

184- الترجمة وتحديد المصطلح

ففي ترجمة كلمة *faute* ترد الكلمة باللغة العربية بمعنى خطأ وترد بمعنى غلطة وذنب

- وفي كلمة *erreur* ترد بمعنى خطأ وترد بمعنى غلط.

وهذا يعني من الناحية اللغوية وجود تأرجح في المعنى بين كلمتي *faute* و *erreur*

وهذا التأرجح موجود كذلك في اللغة العربية بين كلمتي غلط وخطأ.

- وإن كان الاستعمال المشهور المعبر عن المقصود في هذا المقام هو استعمال كلمة الغلط باللغة العربية تقابلها كلمة *erreur* باللغة الفرنسية¹.

- وفي ترجمة كلمة الجهل *l'ignorance* التي تفيد كذلك *stupidité* أي حماقة و *incompétence* أي عدم الكفاءة.

ونحن لا يعني في بحثنا هذا إلا كلمة الجهل *l'ignorance*² المناقض للعلم *le savoir* ou la connaissance.

ومن معاني الكلمات السابقة بالفرنسية في قواميس هذه اللغة³:

¹ من معاني كلمة الغلط في اللغة العربية: غلط، غلطاً، أخطأ وجه الصواب، يقال غلط في الأمر أو في الحساب، فهو غلطان، أغلط: أوقعه في الغلط، غالطه، مغالطة وغلطاً: أغلطه، غلطه وأغلطه، قال له غلطت، نسبه إلى الغلط. الأغلوطة: ما يغلط فيه، أو ما يغالط به من الكلام المبهم، جمع أغاليط، الغلطة (بكسر الغين): المرة من الغلط، جمعها غلطات، الغلاط: الكثير الغلط، المغلطاني الذي يغالط الناس في حسابهم.

أنظر الدكتور إبراهيم أنيس وآخرين، المعجم الوسيط، مرجع سابق، ص 658.

² ومن معاني كلمة الجهل: جهلت القدر جهلاً: اشتد غليانها، وجها عليه جهلاً وجهالة: جفا وتسافه، جهل الشيء وجهل به: لم يعرفه، جهل الحق: أضاعه، وهو جاهل، جمعه جهال وجهلة، وجهلاء، وهو جهول، جمعه جهل، اجهل فلان: جعله جاهلاً، وجده جاهلاً، استجهل فلان: عده جاهلاً، ووجده جاهلاً، وحمله على جهل، وفي حديث ابن عباس: من استجهل مؤمناً فعليه إثم.

تجاهل: أظهر أنه جاهل وليس به جهل، جهل فلان: نسبه إلى الجهل أو أوقعه فيه، الجاهلية ما كانت عليه العرب قبل الإسلام من الجهالة والضلالة، وفي القرآن: وقرن في بيوتكن ولا تبرجن تبرج الجاهلية الأولى. الأحزاب آية رقم 33. الجاهلية. الجاهل عند المالكية من كان قبل الإسلام، ولم يكن من أهل الكتاب، الجهل نقيض العلم (وهذا ما يعني) المجهول: مجهول النسب.

أنظر الدكتور إبراهيم أنيس وآخرين، المعجم الوسيط، مرجع سابق، ص 72.

وانظر في الترجمة ر. تركي وم. كبابية، قاموس قانوني فرنسي عربي، مع نماذج من العرائض القضائية، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، بدون سنة نشر، ص 131 و 119.

³ V.PAULE ROBERT: Le petit Robert¹, nouvelle édition, 1982,

pp.684,764,958,980,1772,367.

ERREUR:Acte de l'esprit qui tient pour vrai ce qui est faux, et inversement, jugement, faits psychiques qui en résultent. P.684.

Erreur: faute. Ignorance:incompétence. Savoir: connaissance

توضيحاً للأمر زيادة على تحديد المصطلح الذي انتهينا منه، ولم يبق أمامنا إلا أن ننقل إلى بحث التعريف الاصطلاحي في الفرع الآتي.

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للجهل والغلط في الإباحة

185- تمهيد وتقسيم

أحدد هنا بعض التعاريف التي ترد عادة عند شراح وفقهاء القانون الوضعي، لكل من الجهل والغلط. والجدير بالذكر في هذا المقام أن التعريفين يردان بمناسبة الحديث عن الجريمة الظنية، أو التصورية، والبراءة الظنية، مقسماً هذا الفرع إلى فقرتين:

الفقرة الأولى: أتناول فيه التعريف الاصطلاحي للجهل بالإباحة.

الفقرة الثانية: أتناول فيه التعريف الاصطلاحي للغلط في الإباحة

متتبعا تعاريف الجهل في موضوع الجريمة الظنية، وتعاريف الغلط في موضوع البراءة الظنية عند الشراح، مع نقد تعاريفهم. وفي نهاية الفرع أختتم بتقديم تعريف أقترحه.

أولاً: التعريف الاصطلاحي للجهل بالإباحة

عرف كثير من الشراح الجهل بالإباحة، وهم بصدد تحليل الجريمة الظنية أو الوهمية، فعرفه كثيرون تعريفات مختلفة منها:

186- 1- عرفه الدكتور رؤوف عبيد بقوله: «ارتكاب الإنسان كل الصورة الخارجية لما كان يصح أن يعد جريمة، لكن القانون مع ذلك قد يبيح الفعل صراحة استثناء من قاعدة العقاب عليه»¹.

والملاحظ على هذا التعريف إطنابه، وتعبير الشارح بقوله: «قد يبيح» هذه العبارة تفيد أن الإباحة ترد بعد الفعل المجرم، وليست موجودة فعلاً عند قيامه. ولو استعمل استثناء من قاعدة التجريم، أو رفعاً للتجريم لكانت العبارة أصوب في هذا المقام لأننا بصدد الإباحة.

187- 2- عرفه الدكتور رمسيس بهنام بأنه: «توهم تخلف هذه الظروف (المبيح أو المعفي من العقاب) مع أنه في الحقيقة قائم»².

=FAUTE:Acte ou omission constituant un manquement, intentionnel ou non, soit à une obligation contractuelle, soit à une prescription légale, soit à l'obligation de se comporter avec diligence et loyauté envers ses semblables. Manquement au devoir.p.764.

IGNORANCE:Défaut de connaissances ou de pratiques dans un domaine déterminé.p.958.

INCOMPETENCE: Défaut des connaissances ou de l'habilité nécessaire.p.980.

SAVOIR:Ensemble des connaissances plus ou moins systématisées acquises par une activité mentale suivie.p.1772

CONNAISSANCE:Le fait ou la manière de connaître. Faculté de connaître,propre à un être vivant.p.367.

¹أنظر الدكتور رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي، مرجع سابق، ص 498 والطبعة 3 من نفس المرجع لسنة 1966، دار الفكر، ص 412.

²أنظر الدكتور رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، مرجع سابق، ص 457.

استعمل هذا التعريف كلمة التوهم، وهي معبرة في هذا المقام، وعني في التعريف بالجهل الجهل سواء بالإباحة أو بالإعفاء من العقاب. والجهل بكل واحد منهما يدخل في المعنى الاصطلاحي للجهل في هذا المقام.

188-3 وعرفه الدكتور محمد زكي أبو عامر بقوله: «يقصد بالجهل بالإباحة أن تتوفر في دنيا الواقع، حقيقة وفعلا سبب من أسباب إباحة الفعل، لكن الفاعل، لسبب أو لآخر لا يعلم به، فيصدر عنه الفعل وهو معتقد عدم مشروعيته وتشكيله للجريمة، بينما يتضح أن هذا الفعل كان هو ذاته في واقعة الحال مباحا لتوفر سبب من أسباب إباحتها في الحقيقة والواقع دون أن يعلمه الجاني»¹.

وهذا الكلام لا يصدق عليه أن يعتبر تعريفا اصطلاحيا لكثرة الاستطرادات فيه لعدم تحكم صاحبه في اللغة بدليل أنه استعمل كلمة «تتوفر» مع كلمة «سبب» ويكون كلامه: تتوفر سبب، وهذه الصياغة لا تقبلها اللغة العربية، كما لا تقبل استطراداته المذكورة، ويبقى الكلام وصفا للجهل بالإباحة حسب قصد صاحبه.

189-4 وعرفه الدكتور محمود نجيب حسني بقوله: «يفترض الجهل بالتبرير توافر سبب التبرير بكل شروطه، واعتقاد مرتكب الفعل غير ذلك». وأضاف الدكتور شارحا تعريفه هذا بقوله: «أي اعتقاده أن سبب التبرير لم يتوافر فعله غير شرعي»².

هذا التعريف هو أكثر التعاريف المتداولة صلاحية، وتعبيرا عن المراد، بألفاظ وجمل ميسورة، معبرة عن حقيقة الجهل بالإباحة.

- ومع هذا يعن لي أن أقدم تعريفا أراه أكثر جمعا ومنعاً، وتعبيرا عن حقيقة الجهل بالإباحة، معرفا لهذا النوع من الجهل اصطلاحا.

190-5 -التعريف الذي أقترحه للجهل للإباحة: أقترح للجهل بالإباحة التعريف التالي: «الجهل بالإباحة هو ارتكاب الفعل بقصد جنائي كامل الشروط جهلا بأنه مستوف لشروط التبرير».

ثانيا: التعريف الاصطلاحي للغلط في الإباحة

عرف كثير من الشراح الغلط في الإباحة، وهم بصدد شرح وتحليل البراءة الظنية أو الوهمية، فعرفها كثيرون تعريفات مختلفة منها:

191-1 -عرفها الدكتور عبد الفتاح مصطفى الصيفي بأنها: «الحالة التي فيها يتوهم الفاعل وجود سبب من أسباب الإباحة في حين أن هذا السبب لا وجود له في الواقع»³. هل هذا التعريف ذكر الفعل المجرم؟

192-2 -عرفها الدكتور محمود نجيب حسني بقوله: «الغلط في التبرير توهم مرتكب الفعل توافر سبب للتبرير بكل شروطه في حين أن هذا السبب غير متوفر»⁴، وشرحه

¹ أنظر الدكتور محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات -القسم العام- دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، طبعة سنة 1986، ص 297.

² أنظر الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات اللبناني -القسم العام-، دار التقوى للطباعة، بيروت، ط2 لسنة 1975، ص 186.

³ أنظر الدكتور عبد الفتاح مصطفى الصيفي، قانون العقوبات -النظرية العامة-، دار الهدى للمطبوعات، الجزائر، بدون سنة نشر، ص 434.

⁴ أنظر الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات اللبناني -القسم العام-، مرجع سابق، ص 186.

بقوله: «الغلط اعتقاد توافر الوقائع التي يقوم عليها سبب التبرير، في حين أن هذه الوقائع ليست متوافرة».

- وهذين التعريفين أولهما لم يذكر أن الفعل مجرماً، وثانيهما لم يذكر الفعل من الأصل.

193- 3- عرفها الدكتور محمد زكي أبو عامر بقوله: «الغلط أن يقوم في ذهن الفاعل اعتقاد خاطئ مقتضاه توفر سبب من أسباب إباحة فعله في حين أن هذا السبب في الحقيقة والواقع غير موجود»¹. لم يذكر هذا التعريف الفعل المجرم بل ذكر الفاعل والمقصود الفاعل للفعل المجرم.

194- 4- عرفه الدكتور رمسيس بهنام بقوله: «أن يتصور إنسان في ظروف ما وجود سبب مبيح لسلوكه الإجرامي... بينما لا يكون لهذا السبب كيان في الحقيقة والواقع»².

هذا التعريف بين السبب المبيح والمعفي من العقاب في نصه، وقد تركت السبب المعفي لم أذكره ووضعت مكانه النقط، ثم استعماله: "يكون لهذا السبب كيان في الحقيقة والواقع" هو إطناب يمكن الإستغناء عنه بكلمة واحدة، فهذا إطناب لا مبرر له.

195- 5- وعرفه الدكتور رؤوف عبيد³ بما يفيد أنه الخطأ الذي يقع فيه أحد الأشخاص في فهم الواقع أو القانون متى كان الفهم الصحيح لهما يقتضي القول ببراءته لتوافر الإباحة.

وإنما قدم وصفا في معرض حديثه عن الجريمة الوهمية أو الظنية.

أما التعاريف السابقة فكلها تفي بالغرض المطلوب مع ما رأيت فيها من بعض المآخذ، ولذا أقترح التعريف الآتي:

196- 6- التعريف الذي أقترحه للغلط في الإباحة

أقترح للغلط في الإباحة التعريف الآتي:

الغلط في الإباحة: تصور الفاعل خطأ وجود سبب مبيح لفعله المجرم.

فمثل هذا التعريف أراه جامعاً مانعاً، لا إطناب فيه ولا تكرار يعبر على المعرف بأقل ما يمكن من الكلمات. وأدعو الباحثين إلى تقديم ما هو أحسن وأفضل خدمة للعلم والحقيقة.

197- ثالثاً- العلاقة بين مفهومي الجهل والعلم وتعلقهما بالقاعدتين الإيجابية والسلبية

يترتب على اختلاف مدلول كل من الجهل والغلط، كما مر معنا تعريفهما في اللغة وفي الاصطلاح، إمكان دراسة ما إذا كان بين المفهومين أية علاقة، ونوعية هذه العلاقة، ما داماً يبحثان في الحالة النفسية للجاني وفي سلوكه تجاه الجريمة⁴. ويتضح لنا للوهلة الأولى أن بين الجهل والغلط علاقة عموم وخصوص، فالجهل عام يدخل تحته الغلط، ولا عكس، فلا يمكن أن نقول الغلط يدخل تحته الجهل، إذ لا يتصور أن يكون هناك غلط مبني على غير جهل، وليس كل جهل مولد للغلط بالضرورة، فحين لا يرتكب الشخص عملاً إجرامياً بسبب جهله لواقع معين، فهنا لم يولد الجهل الغلط، ولدراسة العلاقة بين مفهومي

¹نظر الدكتور محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 295.

²أنظر الدكتور رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، مرجع سابق، ص 440 إلى 455.

³أنظر الدكتور رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام، مرجع سابق، ص 415 من الطبعة 2 وص 500 من الطبعة 4.

والتعريفات كثيرة، وهذه عينات منها، وكل من تحدث عن البراءة الظنية حاول بطريقة أو بأخرى تعريف الغلط في الإباحة، ولذا كل من تحدث في موضوع الجريمة الظنية حاول تعريف الجهل بالإباحة.

⁴أنظر الدكتور فتحي الشنيطي، دراسة فلسفية، القيم والمعرفة، طبعة سنة 1956، ص 11 وما بعدها.

الجهل والعلم يتعين أولاً دراسة مفهوم العلم المقابل للجهل المقصود في هذا المقام، ثم دراسة العلاقة بين الجهل والعلم والقصد الجنائي. باحثا المسألة في النقطتين اللآتين.

198-1- مفهوم العلم المقابل للجهل بالقاعدة السلبية في مضمونه النفسي

العلم والمعرفة تناولهما الفلاسفة كثيراً ولهم في ذلك نظريات، ومنها ما بحث في علم الجاني ومعرفة بالجرمة، وتحديد دور العلم كأساس في الركن المعنوي¹، أو بأسباب تبريرها.

ويفسر الفلاسفة وعلماء النفس العلم عموماً بأنه العمليات العقلية التي توصل إلى تحصيل المعلومات، وتكوين الصورة الذهنية الإدراكية للأحداث² ووقائعها في الحياة، فتغدو هذه الأحداث والوقائع عنصراً من عناصر المدركات، والخبرات الذهنية، التي يخترنها الشخص حتى يستطيع الاستعانة بها في أحكامه على الأمور، ومن ثم تحديد كيفية تصرفه في مختلف ظروف الحياة. فالحياة الخارجية وحقائقها هي بمثابة الأصل، والعلم بها بمثابة الصورة الذهنية عنها³، وبهذا المنطق يفهم العلم على أنه تصوير ذهني لما هو كائن وواقع، بغير حذف ولا زيادة أو تغيير.

لكن من الناس من يحصل في ذهنه التطابق ومنهم من لا يحصل عنده العلم. وهذا الوصف للعلم يتعلق بالعلم الفطري العادي لا علم الخبراء والمخابر والآلات والمجاهر.

وفي الفقه الجنائي، ولعدم وجود نص في قوانين العقوبات اختلف الرأي بالنسبة لأي قدر من العلم يتطلب في الجاني بتوفر عناصر الجريمة، أو عناصر إباحة الفعل، والفقهاء في ذلك على فريقين: أولهما يقول بوجود توفر العلم الحقيقي، وإن اقتضى ذلك من القاضي أن يستعين بالخبراء، لكن هذا الرأي يجعل أغلب الجرائم لا يعاقب عليها، لتقلص نطاق توافر العلم بالوقائع في الجرائم.

والرأي السديد والمعمول به هو الذي يتطلب العلم الفطري الذي هو في عرف الناس وأذهانهم على الوقائع والأحداث والأشياء.

199-2- العلم كأساس في الركن المعنوي للجريمة

إذا كانت الإرادة هي جوهر القصد الجنائي ولبه، وهي التصميم الواعي للشخص على تنفيذ فعل معين⁴، وهي المحرك لأنواع من السلوك ذات طبيعة مادية تحدث آثاراً مادية وتؤثر في الإنسان والأشياء⁵، فإن العلم يشمل كل ما يدخل في أوصاف الفعل حتى يعد جريمة، فإن قصر العلم عن وصف منها انتفى الجرم، ولا يؤثر قصور العلم عن معرفة شروط العقاب في قيام الجرم.

وإنما يجب أن يعلم الجاني في حدود العلم الفطري لمجتمعه أن كلمة ما سببة في رئيس بلده، ويفعل ذلك، أو يعلم أن فعلاً ما خادشاً للحياء أو العفة في مفهوم مجتمعه ويقدم عليه.

¹ أنظر الدكتور عادل يحي قرني علي، النظرية العامة للأهلية الجنائية، القاهرة، طبعة سنة 2000.

² أنظر الدكتور فتحي الشنيطي، دراسات فلسفية، القيم والمعرفة، مرجع سابق، ص 11.

³ أنظر الدكتور زكي نجيب محمود، نظرية المعرفة، طبعة سنة 1956، ص 10 وما بعدها.

⁴ أنظر الدكتور محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، مرجع سابق، ص 121 وما بعدها.

وانظر الدكتورة فوزية عبد الستار، "عدم المشروعية في القانون الجنائي"، مرجع سابق.

⁵ وانظر الدكتورة أمال عبد الرحيم عثمان، "النموذج القانوني للجريمة"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، عدد يناير 1972.

ومسألة لزوم العلم بعدم مشروعية السلوك حتى يدخل الفعل في إطار التجريم أثار جدلا بين الفقهاء قديما وحديثا، وتعددت الآراء في ذلك، أرى حصرها بإيجاز في النقاط الآتية:

200- أذهب كثير من الفقهاء الأقدمين إلى أن العلم بعناصر الجريمة وحده غير كاف لقيام القصد الجنائي، وإنما يجب أن يعلم الجاني كون فعله مخالف لقانون العقوبات.

-وهذا الرأي معيب، وهجر حاليا لكونه يتعارض مع مبدأ لا عذر بجهل القانون.

201- بذهب رأي ثان¹، وفي نية القائلين به تفادي النقد الموجه للفريق الأول إلى اشتراط العلم بعدم مشروعية السلوك، أو مخالفته لواجب مقرر. وخفف بعض منهم فلم يشترط العلم الحقيقي بل اكتفى بمجرد إمكان هذا العلم.

-ويؤخذ على هذه النظرية أن فريقها الأول رأيه ليس إلا صياغة أخرى لرأي الفريق الذي قال بالنظرية السابقة، الذي اشترط العلم بقانون العقوبات، فهذا الفريق أيضا يشترط العلم أو إمكانه بالواجب الذي أوجبه قانون وهو قانون العقوبات طبعاً. وأما الفريق الثاني من أصحاب هذا الرأي فقد أضاف إلى القصد الجنائي عنصراً غريباً عليه، إذ إمكان العلم ليس علماً، ونسبة هذا العلم إلى شخص حكم يصدره الغير على الجاني فهو عنصر لا شأن للفاعل به.

202- ج- وذهب فريق ثالث إلى اشتراط أن يعلم الجاني منافية فعله لقواعد الأخلاق. وهذا الرأي هرب من التصادم مع مبدأ «لا عذر بجهل القانون» فإنه لا يقدم حلاً للمشكلة إذا كان الجاني غير عالم بالقانون الذي يعاقب على الجرائم التي تنافي الأخلاق.

203- د- وذهب فريق رابع إلى وجوب علم الجاني بما ينطوي عليه سلوكه من تعارض مع قيم المجتمع السائدة ومصالحة.

وهذا الرأي بدوره منتقد إذ من الجرائم ما هو متوافق مع أهداف المجتمع ومصالحة، كالجرائم السياسية وجرائم الرأي.

ومن ثم فإذا شرع على أساس هذه النظرية يفلت هؤلاء من العقاب كما يفلت مرتكبي جرائم المرور لحيلولة هذا الرأي دون قيام القصد الجنائي لكل هؤلاء.

204- هـ- ومن الفقهاء من يشترط لقيام القصد الجنائي أن يعلم الجاني أن سلوكه يصيب بالضرر أو يعرض للخطر مصلحة مشروعة أو حقاً للغير.

وميزة هذا الرأي تفادي أن يتعرض لأسباب النقد التي في الآراء السابقة. لكن مع هذا يمكن أن يؤدي إلى الإفلات من العقاب لنفي القصد الجنائي في حق الجاني في أحوال غير مسلم بانتفائه فيها. إذ يتيح الرأي لمن قصر علمه عن الإحاطة بطبيعة السلوك وعواقبه أن يتذرع بجهله أحكام قانون العقوبات، وهو أمر لا يمكن قبوله.

205- و- والموقف السليم هو الذي ينطلق من وضع أن العلم بعدم المشروعية لسلوك ما، أو عدم العلم بقاعدة التجريم ليس من عناصر القصد الجنائي، إذ ينحصر نطاق العلم فقط في عناصر الجريمة، أما ما يخرج عن هذه العناصر فسيان العلم أو الجهل به.

ولما كان نص التجريم لا يعتبر عنصراً في الجريمة فإن قصور العلم عنه لا يؤثر في قيام القصد الجنائي. وهذا الرأي الذي يستقيم مع النظام القانوني القائم الذي يسلم بقاعدة: «لا يعذر أحد بجهله القانون» وإذا حرم المتهم من الإعتذار بجهل القانون، مع جعل هذا

¹ وانظر الدكتور رمسيس بهنام، الاتجاه الحديث في الفعل والفاعل والمسؤولية، مجلة الحقوق، عدد 1 و2 سنة 9.

القانون عنصرًا في القصد الجنائي، فإن هذا من باب التعجيز الذي لا يقبله منطق القانون والحق.

ويقول بهذا الرأي في الفقه العربي الدكتور محمود مصطفى¹، ويخالفه الدكتور محمود نجيب حسني، لقوله بأن الجريمة يتعين أن يتوفر فيها بالإضافة إلى ركنيها التقليديين (المادي والمعنوي) ركن عدم المشروعية، ولذا يعتبر العلم بقاعدة التجريم عنصرًا في القصد²، وأميل إلى رأي الدكتور محمود مصطفى للأسباب التي أوضحتها سابقًا.

206- رابعا- العلاقة بين مفهومي الجهل والغلط

يثور التساؤل حول ما علاقة الجهل بالغلط؟ هل هما شيء واحد أم مفهومان مختلفان؟ وفي حالة اختلافهما ما الآثار التي تترتب على هذا الاختلاف؟ والباحث المدقق يجد أن الجهل والغلط يختلفان من حيث الكيف والكم، ويجد أن لهذا الاختلاف نتائج. وهذا ما سأنتبّه في النقاط الآتية:

207- 1- اختلاف الجهل والغلط كيفا

لما أن العلم بالشيء هو المعرفة به أو هو الصورة الذهنية الإدراكية التي يكونها شخص ما عنه، فلذا يلزم أن يكون عدم العلم بذلك الشيء، أي الجهل به هو انتفاء تلك الصورة الذهنية الإدراكية عنه في ذهن وإدراك ذلك الشخص.

لذا فالجهل هو عبارة عن حالة إدراكية ذهنية سالبة، بمعنى خلو الذهن من الصورة الإدراكية لهذا الشيء خلوا تاما، هذا في غالب وقوع صورته وفي رأي أكثر الشراح.

- أما الغلط فإنه على العكس من ذلك، فهو يمثل حالة ذهنية موجبة، إذ تقوم في العقل صورة إدراكية عن ذلك الشيء بمعنى أنه يتوفر في الذهن العلم به فعلا، إلا أنه علم زائف غير حقيقي، لكون الصورة الموجودة في ذهن الشخص غير مطابقة للصورة الواقعية للشيء الذي تصوره غلطا.

وهذا يعني اختلاف الجهل والغلط من حيث كفيتهما في نفس الشخص³. وبهذا التصور ينظر إليهما الفقه والقانون⁴.

208- 2- اختلاف الجهل والغلط كما

من الفقهاء من يرى أن الاختلاف بين الجهل والغلط لا يكمن في كفيتهما، وإنما في كمهما، أي ليس اختلافا في نوعهما، وإنما في درجتتهما وكثافتتهما.

ففي حين الجهل هو عبارة عن انعدام العلم كلية بالشيء أو الموضوع، فإن الغلط هو علم الشخص بالشيء أو الموضوع علما ناقصا، وهذا يعني أن الغلط هو عدم اكتمال العلم

¹ أنظر الدكتور محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات - القسم العام -، مرجع سابق، ص 424.

² أنظر الدكتور نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم العام -، مرجع سابق، ص 34 و 61 وما بعدها.

وانظره أيضا في، النظرية العامة للقصد الجنائي، مرجع سابق، ص 120 و 145.

³ أنظر الدكتور جلال ثروت، نظرية الجريمة المتعددة القصد في القانون المصري والمقارن، منشأة المعارف بالإسكندرية، طبعة سنة 1995، ص 136.

وانظر الدكتور يوسف مراد، مبادئ علم النفس، طبعة سنة 1980.

⁴ أنظر الدكتور محمد نعيم فرحات، النظرية العامة لعذر تجاوز حدود الدفاع الشرعي، دراسة تحليلية لمبدأ المشروعية الجنائية في القانون المصري والمقارن، دار النهضة العربية، طبعة سنة 1981، ص 213.

V.deVareilles-Sommières (G.) Etude sur l'erreur en droit romain et en droit français, Cotillon et fils, Paris, 1871, p.6.

بتفاصيل الشيء كلها، وبهذه الصورة هو جهل لبعض جزئيات الشيء أو الموضوع، ومن ثم فالفارق بين الجهل والغلط ينحصر في درجة الجهل (جهل كلي في حالة الجهل، و جهل جزئي في حالة الغلط)¹

209- 3-الرأي السائد عند الفقهاء في الموضوع

غير أنه يسود الرأي القائل بالفرق الكيفي بين الجهل والغلط، فمعظم الفقهاء على هذا الرأي، أي يرى أن معيار التفرقة بين الجهل والغلط يتركز في الكيف لا في الكم أو الدرجة²، ولهذا ذهب سافيني إلى القول بأنه يصدق تماما في وصف الغلط أن يوصف بأنه الفكرة الزائفة حول الموضوع، واعتبار الغلط حالة ذهنية موجبة والجهل حالة ذهنية سالبة. لكن لا يمكن القول أن غياب الفكرة كلها عن الموضوع هي الجهل فقط، لأن غياب الفكرة جزئيا يمكن أن يوصف أيضا بالجهل، فالجهل عنده كليا وجزئيا.

وإلى هذا ذهب في النهاية الفقيه الإيطالي فروزالي³ الذي يرى أن الجهل حالة نفسية سلبية باعتباره إما فراغا، أو نقصا في معلوماتنا، بعبارة أخرى هو نقص في العلم لدينا. أما الغلط فهو شيء آخر، هو وليد المفارقة بين الشيء كما هو في الحقيقة والواقع، ونفس هذا الشيء كما هو في تصورنا. وتبدو سيادة هذا الاتجاه جليا في موقف الفقه الإيطالي الذي يرى: أن الجهل والغلط فكرتان متوازيتان، سواء من حيث الكيف، أو النوع، أو الماهية. وبالتالي فإنه من غير الممكن أن يكون الفرق بينهما في تفاوت كمي، أو تفاوت في درجة غياب المعرفة في الموضوع، فالجهل نفسه قد ينطوي على غياب جزئي للعلم بالموضوع أو الشيء، وإذا كان هذا هو معنى الجهل فإنه لا يفيد بذاته معنى الغلط، لأن الجهل حالة سلبية للعلم تجاه الموضوع أما الغلط فهو حالة إيجابية تجاهه. ولا يشير الغلط إلى فراغ في العلم عن الموضوع، إنما يشير إلى فكرة إدراكية موجودة قائمة فعلا في الذهن ومعلومة فيه، لكنها فكرة وعلم يختلفان عن الحقيقة الواقعية للموضوع أو الشيء. فالجهل حالة ذهنية إدراكية تفيد نقص العلم، أما الغلط فهو نتاج التفاوت بين ما يقوم في الذهن من صور إدراكية للموضوع أو الشيء، وبين الحقيقة الواقعية لذلك الشيء⁴.

210- 4-الجهل سبب دائم للغلط

على الرغم من اختلاف الجهل والغلط من حيث الكيف، إلا أنهما غير منفصلين عن بعضهما انفصالا تاما، بل هناك دائما روابط تجمعهما، ذلك أن عدم تطابق الصورة الإدراكية للشيء أو الموضوع مع صورته الواقعية لا يقوم إلا إذا كان الشخص جاهلا بحقيقة هذا الشيء أو الموضوع، إما كليا وإما على الأقل جزئيا. بناء على هذا فإنه واضح تماما أن الصلة بين الجهل والغلط دائما صلة سببية والعلاقة بينهما علاقة العلة بالنتيجة فالجهل سبب وعلّة والغلط نتيجة. فلا غلط بدون جهل، ولا عكس إذ أنه يمكن أن تقوم حالة الجهل لدى الشخص بواقع معين فيمسك ولا يقع في الغلط فيه.

211- 5-آثار التفرقة بين الجهل والغلط

¹أنظر الدكتور محمد زكي محمود، آثار الجهل والغلط في المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 46.

²أنظر الدكتور جلال ثروت، نظرية الجريمة المتعدية، مرجع سابق، ص 237.

³أنظر نفس الصفحة من نفس المرجع.

⁴أنظر الدكتور محمد زكي محمود، آثار الجهل والغلط في المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 48 و 49.

ذهب بعض الفقهاء إلى ترتيب آثار على أساس التفرقة الكيفية بين الجهل والغلط، فمن هؤلاء الفقيه الإيطالي كارارا¹ الذي يرى أنه: لما أن هدف القانون هو السلوك الإنساني، وسلوك الناس يتأثر عادة بما هو حاصل لديهم من أفكار ومعلومات، فإن هذا يقتضي من المشرع الجنائي ألا يعتد وألا يقيم أثرا قانونيا إلا لحالة الغلط أي للحالة الإيجابية من العلم الزائف، دون الجهل لأن الجهل حالة إدراكية سلبية بحتة، لا تدفع إلى السلوك، ولهذا فالجهل لا يؤثر في وجود الإرادة ولا في توجيهها بخلاف الغلط الذي يدفع بإيجابيته إلى السلوك، وبالتالي يؤثر وجوده في توافر الإرادة أصلا وفي توجيهها. ولذا فإن ما يعيب الإرادة هو الغلط لا الجهل إلا في حدود ما يولد الجهل من الغلط في الشيء أو الواقع. ولما كان قانون العقوبات لا يهتم بأحوال النفس إلا بقدر كونها سببا في سلوك الفرد. والجهل باعتباره حالة نفسية سالبة لا يمكن أن يكون سببا نفسيا للسلوك لذا يرى هذا الفقيه أن على الفقه الجنائي أن لا يهتم بالجهل بل عليه أن يصرف اهتمامه كلية إلى الغلط. - ويرد على هذا الرأي القول: أن هناك حالات من الجهل لا تثير الغلط، ومع هذا يعتد بها القانون ويرتب عليها أثرا جنائيا، فالجهل باعتباره انتفاء العلم، فمن الجائز أن يكون هذا الانتفاء كاملا أو جزئيا. وإذا كان الغياب الكلي للعلم لا يحرك النفس تجاه الموضوع أو الشيء أية حركة ذهنية، لعدم صحة أن يتصور أن إنسانا تحركت في ذهنه صورة غائبة عن الذهن تماما، إلا أن هناك من الجهل صورته الثانية التي تتمثل في الغياب الجزئي للعلم، وهذه تتيح للذهن وإن كانت لا يتيح فكرة كاملة عن الموضوع. أن يفكر، وتبعاً لذلك يبقى الذهن في حالة شك، وحالة الشك هي من مميزات القصد الاحتمالي. وهي تنتج عن عدم العلم بنتيجة الفعل ونقص في تصور هذه النتيجة، للتذبذب في الحكم الإدراكي للشخص، كما لو تصور شخص أن نتيجة معينة تقع بناء على سلوكه، فقد تقع وقد لا تقع على نفس المستوى والدرجة من احتمالها. فهذه الحالة من الشك المنبثقة عن الجهل بظروف الحال تختلف عن الغلط، ومع هذا يقام على أساسها القصد الاحتمالي. فالغلط والشك يختلفان بحيث يقوم الغلط إذا كون الشخص صورة إدراكية غير مطابقة للحقيقة الواقعية التي عليها موضوع أو شيء ما. ويقوم الشك عندما يكون اعتقاد الشخص وحكمه الإدراكي مذبذبا غير مستقر².

212- 6- رأي الفقيه سافيني في العلاقة بين الجهل والغلط

ذهب سافيني في اتجاه يعاكس اتجاه الفقيه كارارا الذي يرى أنه إذا كان للغلط أهمية وأثر قانوني، فإن ذلك لم يكن له إلا لسبب الجهل وبعبارة أخرى فإن أهمية الغلط تكمن في الجهل بالحقيقة الواقعية للأشياء. وعليه فإذا كان العلم بحقيقة الشيء أو واقعه أمرا تطلبه القانون، فإن الجهل أو بعبارة أخرى العلم الزائف بها الذي هو الغلط، يؤدي إلى نفس النتيجة، وتترتب عنه نفس الآثار.

¹ V.Carara(F.): programme de cours de droit criminel, Morescq Ainé libraire- Editeur, Paris, 1876.

² أنظر الدكتور جلال ثروت، نظرية الجريمة المتعدية، مرجع سابق، ص 238.
v.Radulesco(J.)De l'influence de l'erreur sur la responsabilité pénale(thèse), Paris, 1923, p12.

ولذا فلا أهمية قانونية للتفرقة النفسية بين الجهل والغلط من حيث الكيف. بل لو تحرينا الحكم الصحيح على الأمور نقول بأن الجهل دائما هو صاحب الأثر الفعال لأنه هو الأصل دائما والعلة في الغلط. ولما كان الغلط يشكل دائما النتيجة للجهل فالأجدر أن تنسب الآثار إلى الأصل أي السبب الذي هو الجهل.

213- 7-الرأي السائد عند الفقهاء في الموضوع

يسود عند الفقهاء في الموضوع تصور أنه يجب النظر إلى الموضوع في مجمله غير مجزء، بمعنى أن ينظر إلى الرابطة النفسية التي يتطلب المشرع توافرها بين الإنسان والشيء فإذا كانت هي العلم، كان لابد أن تتوافر الصورة الذهنية الإدراكية عن ذلك الشيء أولا. ثم ثانيا لا بد وأن تكون هذه الصورة الإدراكية متطابقة مع الحقيقة الواقعية لذلك الشيء، بمعنى أن العلم هو توافر المعرفة الفعلية والصحيحة بالشيء¹.

ولذلك أصبح من البديهي القول: بأنه إذا لم تتوافر الصورة الإدراكية في ذهن الشخص عن الشيء أو الموضوع، فهو جاهل به، أو توافرت لديه زائفة وغير متطابقة لما هي عليه في الواقع صارت علاقة العلم معيبة (متنفية جزئيا). وعلى هذا الأساس فحكم الجهل بالشيء هو حكم الغلط فيه². والدليل على ذلك أن المشرع الجنائي نفسه يستعمل كلا من الجهل والغلط للدلالة على ذات الأثر، في القوانين التي نصت على ذلك، مثل قانون العقوبات الألماني الذي نص في مادته 59 على أنه: «إذا جهل الفاعل وقت ارتكابه الفعل المجرم بوجود الظروف التي تمثل العناصر القانونية التي تتركب منها الجريمة أو الظروف التي تشدها، فإن هذه الظروف لا يعتد بها ضده»³.

ونص مشروع قانون العقوبات للجمهورية العربية المتحدة سابقا في مادته 53 على أنه⁴: «يصلح كدفاع الجهل بقاعدة مقررة في قانون آخر» ونصت مادته 51 على أنه: «ينتفي القصد الجنائي في الجريمة إذا وقع الفعل المكون لها بناء على غلط في واقعة تعد ركنا من أركانها».

والقانون الجزائري والمصري الحالي كالقانون الفرنسي القديم لا تحدد أحكام الجهل والغلط، غير أن المقنن الفرنسي أدخل مادة جديدة تحت رقم 122 فقرة 3 في قانون العقوبات تنص على: «فالجهل هو انتفاء العلم كلياً أو جزئياً بموضوع معين، ولذا فهو يمثل وضعاً سلبياً إذ يعني انعدام كل رابطة بين الذهن والواقعة، إذ لم تدر تلك الواقعة بخلد من نسب إليه هذا الجهل ابتداء»⁵.

214 -وأرى أنه يتعين على القوانين التي لم تحدد مفهوم الجهل والغلط المؤثر على المسؤولية الجنائية كالقانون الجزائري والمصري أن تبادر للنص على ذلك، احتراماً لحقوق الإنسان وإعمالاً لمبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، فإن كثيراً من الجرائم لا بد

¹ أنظر الدكتور محمود نجيب حسني، "القصد الجنائي-تحديد عناصره وبيان الأحكام التي تخضع لها"، مجلة القانون والاقتصاد، مجلد سنة 1958، ص 94 وما بعدها.

² أنظر الدكتور محمد زكي محمود، آثار الجهل والغلط، مرجع سابق، ص 51.

³ أنظر الدكتور محمد زكي محمود، آثار الجهل والغلط، مرجع سابق ص 52.

وانظر في تفصيل التشريعات المقارنة القائمة بتعريف الجهل أو الغلط في صلب تقنيناتها. الدكتور عبد الرحمن حسين علي عام، أثر الجهل والغلط في القانون على المسؤولية الجنائية، من ص 91 إلى 120، رسالة دكتوراه، غير منشورة، القاهرة.

⁴ أنظر الدكتور رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، مرجع سابق، ص 737 وما بعدها.

⁵ أنظر الدكتور عادل يحيى قرني علي، النظرية العامة للأهلية الجنائية، مرجع سابق، ص 156.

فيها من كيفية للعلم يقوم معها القصد الجنائي، وإلا وقع التعدي على الحريات وجرم ناس وهو من العدل ألا يجرموا.

215- 8-الرأي الذي اتجه إليه أغلب المقتنين

يتجه أغلب المقتنين إلى التسوية بين الجهل والغلط في الأثر المترتب عنهما على ضوء ما قاله الفقهاء من أمثال الدكتور مأمون محمد سلامة في شرحه لقانون العقوبات: «إن الجهل الذي يهتم به القانون هو الذي يؤدي إلى غلط، ومن أجل ذلك يذهب الرأي الراجح في الفقه إلى اعتبار الجهل والغلط إصطلاحين مترادفين في محيط الركن المعنوي»¹، كما نصت المادة 59 من القانون الألماني الصادر سنة 1870 المذكورة في الفقرة السابقة، وهذا ما ذهب إليه قانون العقوبات الإيطالي واليوناني. فجاء في المادة 05 من قانون العقوبات الإيطالي: «لا يجوز لأحد أن يعتذر بجهله للقانون الجنائي» وقال في المادة 47: «إن الغلط في الواقعة التي تتكون منها الجريمة تنفي إمكان عقاب الجاني».

وجاء في المادة 30 من قانون العقوبات اليوناني: «لا يمكن إسناد فعل إلى فاعله، إذا كان هذا الأخير يجهل بتوافر الوقائع التي يرتكب منها فعله وقت ارتكابه له». ويا حبذا لو جاء ما يوضح هذه المسألة في قانون العقوبات الجزائري بعد تنقيحه المنتظر، فإن إفلات مجرمين من العقاب أحسن من إدانة بريء.

216- لقد تحدد عندنا إلى حد كبير مفهوم الجهل والغلط، غير أن تحديد مفهومهما لا ينضبط معنا ما لم نميزهما عن بعض المفاهيم التي تتشابه معهما، من الشك والنسيان وحسن النية، وفيما يلي أتناول هذه المسائل بشيء من التفصيل في حدود ما تتسع له هذه الرسالة، مبينا أثر ذلك على الإباحة في هذا الفقرة. **خامسا:** أتناول فيه علاقة الجهل والغلط ببعض ما يشبههما وأثر تلك الأمور على الإباحة في النقاط الآتية:

217- 1- علاقة الجهل والغلط بالشك والإباحة

كل من الجهل والغلط والشك محله النفس والذهن، ويتفق الشك مع الغلط في كونهما حالة إيجابية في النفس، ويختلفان بطبيعة الحال عن الجهل الذي هو حالة سلبية في النفس. ومع هذا يختلف الشك عن الغلط في كون الأفكار الإيجابية في نفس الغالط لا تطابق الحقيقة، وهي عند الشاك غير مجزوم بصحتها. والأثر القانوني للشك اختلف فيه الفقهاء² فمنهم من رأى أن يسوي بينه وبين الجهل، إذ أن كليهما يؤثر في القصد والمسؤولية الجنائيين باعتبار الشك جهلا جزئيا كالغلط. وناقشه رأي آخر بين الجهل والغلط من ناحية، والشك من ناحية أخرى، فقال بتأثير الجهل والغلط، وعدم تأثير الشك على القصد والمسؤولية الجنائيين باعتبار أن العلم اللازم لوجود القصد الجنائي لا ينبغي أن يكون يقينا.

¹ أنظر الدكتور مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات - القسم العام، طبعة سنة 1979.
وانظر تفصيل القوانين التي اتخذت هذا الموقف في رسالة أثر الجهل والغلط في القانون على المسؤولية الجنائية للدكتور عبد الرحمن حسين علام، مرجع سابق، من الصفحة 40 فما فوق.
² أنظر الدكتور عبد الرحمن حسين علام، أثر الجهل أو الغلط في القانون على المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 130 و131.

218- رأيي اتفاقا مع رأي الدكتور عبد الرحمن حسين علام : أرى معه وجوب التفريق بين الحالات الأربع التالية:

- 1- إذا كان محل الشك قاعدة تجريبية فلا اعتبار لهذا الشك.
 - 2- إذا كان محل الشك وقائع لا يفرق القانون بشأنها بين علم الجاني وعدم علمه كسرقة مال يشك إن كان لزيد أم لعمر، فلا اعتبار كذلك لهذا الشك.
 - 3- إذا كان الشك في الإباحة فلا أثر له عليها لكونها موضوعية متى توفرت.
 - 4- إذا انصب الشك على وقائع يشترط القانون العلم بها فإن هذا الشك معتبر ولا جريمة في فعلها، كإخفاء المسروقات إذا لم يعلم المخفي أنها مسروقة وما في حكمها¹.
- وهذا ما ذهب إليه قرار المجلس الأعلى (المحكمة العليا الجزائرية حاليا) في قراره المؤرخ في 02 أفريل 1968 مجموعة الأحكام ص 316 عند نواصر العايش في كتابه تقنين العقوبات، إذ أحد ركني جريمة الإخفاء: سوء النية أي علمه بكون ما أخفى متحصل من عمل إجرامي مما اشترط القانون².

219- 2- علاقة الجهل والغلط بالنسيان والإباحة

يعرف علماء النفس النسيان بأنه عدم قدرة الشخص عقليا على استرجاع ما حصله من معلومات سابقة وأنه ضياع لما في نقش على الذاكرة من معلومات³، ويقسمون النسيان إلى عادي ومرضي⁴، فالمرضي هو الذي يمحو كل أثر لمعلومات الشخص وخبراته السابقة.

ويختلف النسيان عن الجهل في كون الأول يفترض وجود معلومات ثم زوالها كلياً أو جزئياً، أما الجهل فهو خلو الذهن من المعلومات سواء وقت ارتكاب الفعل أو قبله. ووجه التشابه بينهما هو فراغ الذهن من أية معلومات في وقت من الأوقات. والنسيان الذي يصل إلى حد العاهة ينفي المسؤولية الجنائية متى كان له أثر على وقائعها. أما النسيان العادي فأثره كآثر الجهل في رأي الدكتور عبد الرحمن حسين علام⁵، وأرى معه هذا الرأي، لكون الحاليين يخلو فيهما الذهن من المعلومات.

أما إذا كان النسيان ينصب على وقائع يتطلب القانون العلم بها وقت ارتكاب الجاني فعله الإجرامي وكان النسيان هو سبب إقدامه على الفعل أو الترك، فتنتفي المسؤولية بوجوده. وإذا كان النسيان وارداً على قاعدة جنائية فيفترض أنه لا أثر له على المسؤولية الجنائية.

220- لكنني أرى في هذا أنه إذا كان النسيان ورد على القاعدة الجنائية بطريقة نالت أصل التمييز في الفعل إن كان خيراً أو شراً، فإن هذا النسيان نوع من العاهة العقلية التي لا يؤاخذ معها من اتصف بها.

¹نص المادة 387 من قانون العقوبات الجزائري على: كل من أخفى عمداً أشياء مختلسة أو مبددة أو متحصلة من جنابة أو جنحة في مجموعها أو في جزء منها يعاقب بالحبس.....

ونص المادة 388 منه: في حالة ما إذا كانت العقوبة المطبقة على الفعل الذي تحصلت عنه الأشياء المخفاة هي عقوبة جنابة، يعاقب المخفي بالعقوبة التي يقررها القانون للجناية، وللظروف التي يعلم بها وقت الإخفاء.....

²أنظر الدكتور نواصر العايش، تقنين العقوبات، مطبعة عمار قرفي، باتنة، 1991، ص 197 و 198.

³أنظر الدكتور أحمد عطية، الذاكرة والنسيان، دار الفكر العربي، طبعة سنة 1945، ص 313.

⁴المرجع نفسه، ص 378.

⁵أنظر الدكتور عبد الرحمن حسين علام، أثر الجهل والغلط، مرجع سابق، ص 133 وما بعدها.

221- علاقة الجهل والغلط بصفاء الطوية والإباحة

فضلت أن أعبّر بصفاء الطوية لأنني أشعر أن النية الحسنة، قد تتوفر حال الفعل أو قبله أو في مستقبله، أما صفاء الطوية فдал على انطواء سر الفاعل على صفاء دائم وهو يؤتي الفعل المجرم في ظاهره.

وفي كل الأحوال، فإن حسن النية أو صفاء الطوية مسألة كذلك تتعلق بالنفس البشرية. فتوقعها في الحكم على الأمور خلافا للحقيقة، كما هو الحال في الجهل والغلط. وقد عرفت أنها محكمة النقض المصرية بقولها: حالة يوجد الشخص فيها نتيجة لظروف معينة تجعله يشوه حكمه على الأمور رغم تقديره لها تقديرا كافيا واعتماده على تصرفه فيها على أسباب معقولة¹، ومرجع حسن النية قد يكون بسبب الجهل، وقد يكون مرجعه الغلط.

-وعلى هذا إما أن تسلب عن الذهن علمه بظاهرة معينة أو بحقيقتها، فتطابق مع الجهل. وإما أن تشغل الذهن بمعلومات غير صحيحة، وهنا يكون الجاني عالما بما لا يجب العلم به وهذا هو الغلط.

ولصفاء الطوية أثر على المسؤولية الجنائية متى كان صاحبها خال من نية الإضرار بالغير، وكانت سريرته فعلا صافية.

وهو موجود عادة في جرائم مثل القذف والسب، وجرائم القصد الخاص كالتزوير فمن رسم ورقة نقدية تمرنا على الرسم ولا شيء في نيته غير التمرن فلا يعتبر مزور نقود، ومن قال لشخص قولا لا يعلم أنه سبه فيه فلا يعتبر سبا، لكن إذا كان يعلم أن القول سبة فإنه لا يعتد بحسن النية وصفاء الطوية لديه، وعدم قصد الحط من شأن من وجهها إليه، وعلى هذا استقر الفقه والقضاء في فرنسا².

وحسن النية يوقع في الغلط ويجافي العلم لذا فهو دائما ربيب الغلط والجهل ويوجد معهما³.

-ولا يخفى أنه حتى يكون للجهل والغلط أثر على المسؤولية الجنائية فإنه لابد من بنائهما على المنطق والمعقول. كما أنهما متى توافرا مع القاعدة السلبية رأيت أن يعتبر أن صدرنا عن صفاء طوية كما مر معنا.

وبهذا أكون قد أنهيت بحث المسائل المدرجة في المطلب الأول. وانتقل إلى المطلب الثاني.

¹ أنظر الدكتور عبد الرحمن حسين علام، أثر الجهل والغلط في القانون على الإباحة، مرجع سابق، ص 109.

² V.Mahmoud Gamal eddine Zaki: La bonne foi dans l'acquisition des droits en droit privé et comparé, 1952, p.54.

³ أنظر الدكتور محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات -القسم العام-، مرجع سابق، ص 367.

المطلب الثاني

الجهل والغلط وتعلقهما بكل من القاعدتين الإيجابية والسلبية

222- تمهيد وتقسيم

مادام الجهل والغلط نفسيان، فإن إرادة الإنسان المشوبة بهما قد تتحرك مع القاعدة الإيجابية، فيعمل ما تحظره، تحت تأثير الجهل أو الغلط في نفسه، فيكون قد أجرم. وقد يعتريه الجهل أو الغلط في القاعدة السلبية فيعتقد وجودها خطأ، ويمارس الفعل في ظل اعتقاد أنه مباح، فهل يكون في هذه الحالة قد أجرم أم لا؟ أو يعتقد عدم وجود القاعدة السلبية، التي ترفع التجريم عن فعله هذا معطلة القاعدة الإيجابية، فهل يؤخذ على فعله هذا أم لا؟

هذان التساؤلان هما الذان سأحاول الإجابة عنهما في بحثي لهذا المطلب، مقسما إياه إلى فرعين:

الفرع الأول: تعلق الجهل والغلط بالقاعدة الإيجابية

الفرع الثاني: تعلق الجهل والغلط بالقاعدة السلبية

موضحا كل ما يتعلق بهاتين المسألتين الهامتين، واللتين تتقابل أحكامهما.

223- الفرع الأول: تعلق الجهل والغلط بالقاعدة الإيجابية

يتفق الفقه الجنائي على أن الإرادة هي الأساس في التجريم¹، وأن النشاط الإرادي الحر هو الأصل النفسي لمادية الجريمة، أو العمليات العقلية أو النفسية التي تربط شخص الجاني بالواقعة المادية التي اقترف الجرم بها، ويختلف النشاط الإرادي هذا في الجريمة العمدية عنه في غير العمدية.

ونظرا لأن الجهل والغلط ذهنيان عقليان يرتبطان بالنفوس أي لهما طبيعة معنوية في الاتجاه الإرادي لإرادة الجاني، لذلك يمكن الوقوف على اعتبارهما سببا من أسباب انتفاء التأثيم أو الإثم الجنائي من خلال بحث صور الاتجاه الإرادي للإرادة. وسأتناول هذه المسألة في نقطتين أخصص أولاها لبحث صورتي اتجاه الإرادة والثانية للقصد الجنائي.

224- أولا: صورتا الإرادة

تتجه الإرادة إما إلى إرادة النتيجة مع الفعل، وإما إلى إرادة الفعل دون النتيجة، ونظرا لاختلاف دور الرابطة النفسية، من جريمة لأخرى، يتدخل المشرع في الغالب ليحدد نوع هذه الرابطة، وتحديد صورتها في القاعدة الجنائية.

ومسلك المشرعين تجاه هذه المسألة اتخذ وجهتين، وجهة ينص فيها المقننون بنصوص مستقلة على هذه العلاقة النفسية، ووجهة تشير إلى الاتجاه الإرادي في نصوص متفرقة، بمناسبة تحديد أركان بعض الجرائم.

225- ومن أمثلة الوجهة الأولى: قانون العقوبات السويسري الصادر سنة 1938 في المادة 18 منه التي تنص على أنه: «لا يعاقب شخص على جنائية أو جنحة إلا إذا تعمد ارتكابها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، ويتوافر العمد متى ارتكب الجاني الجنائية أو

¹ V.Trousse(P.E.): Les nouvelles-droit pénal,T.1 ,V. 1, Bruxelles, 1956.

V.Delogu(T.): La complicité dans la théorie générale de l'infraction, Alexandrie, 1949.

الجنحة عن علم وإرادة» وأوضح في المادة 20 منه انتفاء الإثم إذا كان الغلط في الواقع أما إذا كان الغلط في القانون، فقد اعتبر في ذلك تخفيفاً للعقاب¹.

وفي هذا الاتجاه سار قانون العقوبات البلغاري الصادر سنة 1951 فقد جاء في مادته الرابعة: «الفعل يكون معتبراً كإثم عندما يرتكب عمداً أو خطئياً (بالإهمال). والفعل يكون عمداً عندما يريد الفاعل النتائج الاجتماعية للخطر الناتجة أو عندما هو يتوقعها، والفعل يكون مرتكباً بالإهمال عندما لا يكون الفاعل قد توقع النتائج الاجتماعية للخطر، وإنما كان يجب عليه ذلك وكان في إمكانه هذا أو كان يتوقع هذه النتائج وإنما كان في إمكانه تجنبها».

226- ومن أمثلة الوجهة الثانية: اتجاه المقننين في كل من فرنسا وبلجيكا ومصر والمغرب وتونس.

فالمشرع الفرنسي لم يفرد نصوصاً خاصة بالخطأ أو العمد، وإن كان الفقيه الفرنسي روكس² يرى أن المادة 64 من قانون العقوبات الفرنسي تضع مبدأ ليس هو مبدأ انتفاء العقاب لكن تعبر عن مبدأ أكثر عمومية، إذ منها يمكن القول أن غياب الخطأ لا يكون لغياب الوعي والحرية، ولكن إن كان الفاعل ارتكب فعله تحت تأثير الجنون أو الإكراه³ فهذه تؤكد على المبدأ العام: أن لا مسؤولية دون خطأ.

والمقننون الذين ساروا في هذا الاتجاه يحرصون على ذكر العمد أو الخطأ في النصوص أو ما يقوم مقام اللفظين حتى يبينوا الجريمة العمدية والخطئية.

227- لكن مهما تكن الطريقة التي يتبعها المقنن في بيان صورة الاتجاه الإرادي فإن المستقر فقها وقانوناً: أن الاتجاه الإرادي هو جوهر الركن المعنوي. وقد يأخذ هذا الاتجاه صورة العمد، وقد يأخذ صورة الخطأ. والصورة العمدية هي الأصل والأساس لقيام المسؤولية الجنائية، فإن لم يصرح عنها القانون فالأصل أنها عمدية، والاستثناء ما كان غير ذلك، وهو لا يكون إلا بنص صريح يصرح بتوافر الجريمة ويقرر المسؤولية عنها على أساس توافر الصورة الخطئية⁴. ومع هذا يستطيع الفاعل في الصورة الخطئية التهرب بالدفع من أمثال أن عمله هو عمل الرجل المعتاد وإثباته أنه ما كان له ولا لغيره أن يتوقع ما حصل، وأنه راعي واجب الحيطة والحذر وأن ما صدر منه حتمي عليه. ولما كان التوقع والتبصر أو إمكانية ذلك عنصر من عناصر الخطأ، ناف للخطأ الحتمي أو الواقع تحت إكراه مادي أو بسبب القوة القاهرة، فإن علم الجاني يعد أحد العناصر اللازمة لبناء القصد كما نصت على ذلك الكثير من التقنيات. وهذا ما سأتناوله في النقطة المخصصة للقصد الجنائي.

¹ V.de Asua.(L.J.): *La Notion De Culpabilité En Droit Comparé* , Revue internationale de droit comparé , Vol. 6 - Issue 1 - 1954 - pp. 5-18.

² V.Roux(J.A.): *cours de droit criminel français*, T.1, Recueil Sirey, Paris, 1926, p.147.

³ أنظر الدكتور عبد الرحمن حسين علام، أثر الجهل أو الغلط في القانون، مرجع سابق، ص 77 و 78 و 79.

⁴ V.Levasseur(G.): *Etude de l'élément de l'infraction*, Rapport au collège de Toulouse, 1969, p.83.

228- ثانيا: القصد الجنائي وعناصره:

يعتمد الفكر الجنائي الكلاسيكي على أفكار نفسية راسخة تعتبر القصد الجنائي أحد درجات العنصر المعنوي اللازم للإثم¹ حيث يقولون في مضمون القصد الجنائي أو الإثم: أنه إرادة ارتكاب الفعل مع العلم بالصفة غير المشروعة له، من غير النظر إلى الباعث². فالقصد إذن يتكون من عنصرين: إرادة ما يرتكب، ومعرفة أن ما ارتكب محذور في القانون³.

ولحسن دراسة القصد الجنائي لابد من الإحاطة بعناصر الواقعة الإجرامية، أي بكل العناصر المكونة لماديات الجريمة، وبمعنى آخر بكل ما يريد الجاني فعله، معطيا للواقعة دلالتها الإجرامية⁴، ومميزا تكييفها القانوني عن غيرها من الجرائم⁵.

فحقيقة السلوك المرتكب، وخطورته على الحق المعتدى عليه، وخصائص هذا الحق هي أمور كلها يتعين أن يحيط بها علم الجاني، كما ينبغي أن يحيط الجاني بظروف تشديد العقوبة لأنها داخلة في تكييف الجريمة، وتمييز الجريمة عن غيرها من الجرائم المنصوص عليها، ومن المعلوم أن لكل جريمة نموذجها القانوني، وهذا النموذج هو الذي يحدد العناصر القانونية لها، وقد يحيل القانون في تحديد هذه العناصر إلى قواعد الخير والعرف الإنسانيين، أو إلى قواعد قانونية تكون خارج قانون العقوبات.

لذلك فجهل الجاني لهذه العناصر أو عدم توقعها من طرفه أثناء ارتكاب الوقائع نتيجة للغلط أو الجهل، ويكون هذا الجهل أو الغلط ذو أثر على نفي القصد ومن ثم الإرادة الآثمة والإثم الجنائي⁶.

وإذا كانت القاعدة أن ما يدخل في تكوين عناصر الجريمة يجب أن تحيط به الإرادة، فإن ما يخرج عن تكوينها لا يشترط فيه ذلك، إذ لا تأثير له على القصد⁷، ولا دخل له في الإثم.

229- 1- العلم وعدم المشروعية

يتعين أن نفرق هنا بين العلم بالعناصر التي تدخل في بنيان واقعة الجرم، والعلم بالصفة غير المشروعة. ونبين أن الفقهاء اتجهوا في هذه المسألة ثلاثة اتجاهات، ذهبت مع فريق منهم كما سلف. ولتوضيح الأمر أنناقش موقف هذه الفرق في النقاط التالية.

230- أ- اتجه فريق من الفقهاء في فرنسا وإيطاليا وألمانيا إلى تحديد مفهوم القصد بأنه إرادة انتهاك القانون فمعرفة غير المشروعية عند هذه الطائفة ضرورية لقيام القصد الجنائي⁸ فالعلم بالقاعدة القانونية يعد أحد عناصر القصد.

¹ V.Vidal (G.) et Magnol (J.): cours de droit criminel et de sciences pénitentiaire, Paris, 1947, pp.161 et 193.

² أنظر الدكتور عبد الرحمن حسين علام، أثر الجهل أو الغلط في القانون، مرجع سابق، ص 83.

³ أنظر الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 47.

⁴ أنظر الدكتور عبد الرحمن حسين علام، أثر الجهل أو الغلط في القانون، مرجع سابق، ص 83.

⁵ أنظر الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات -القسم العام-، مرجع سابق، ص 47.

⁶ أنظر الدكتور عبد الرحمن حسين علام، أثر الجهل أو الغلط في القانون، مرجع سابق، ص 87.

⁷ أنظر الدكتور مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 307.

وأنظر الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات -القسم العام-، مرجع سابق، ص 47.

⁸ نفس الصفحة من نفس المرجع.

وذهب بعض أنصار مدرسة الامتناع النفسي إلى أبعد من ذلك، فقالوا: بأن القصد الجنائي لا يتوافر إلا إذا كان الجاني يعلم بالقاعدة الجنائية والعقوبة التي تحددها¹.

وفي هذا الاتجاه ذهب من قبل موضحاً أن ما لا تقوم الجريمة إلا به هو أن يعرف الجاني أن هذا الأمر مجرم ينبذه المجتمع، وإن كان لا يعرف النص الجنائي الذي يعاقب عليه، ولم أذهب في رأيي ذاك إلى ما ذهب إليه أنصار مدرسة الامتناع النفسي، وقلت أن الرأي المخالف تضار به الحقوق والحريات.

231 ب- اتجه رأي آخر إلى القول أن القصد يتكون من عنصرين إرادة الفاعل من ناحية، والعلم بالصفة غير المشروعة من ناحية أخرى، وهذا العلم مفترض في حق الكافة، ولا يقبل ادعاء أحد الجهل بشأنه ولا إثبات عدم علمه²، إذ لا عذر بجهل القانون. وهذا هو الرأي السائد في فرنسا وبلجيكا ومصر، ومن سار في هذا الاتجاه كالجزائر والمغرب.

232 ج- ذهب الرأي الثالث في اتجاه يلطف به حدة الاتجاه السابق³، فاستبعد العلم بالصفة غير المشروعة، من عناصر القصد لأن الصفة غير المشروعة حكم على الواقع يتم خارج نطاق الجاني، ولا يتوقف على علمه أو إرادته، وسواء علم أو لم يعلم فإنه يكون محلاً للعقاب، والحقيقة فإن العلم بالصفة غير المشروعة في تقييم سلوك الشخص، وتحديد مفهوم الإثم الجنائي، الذي لا يمكن نسبته إلى شخص إلا إذا اتجهت إرادته إلى مخالفة القواعد القانونية الجنائية⁴.

233 -2- الإرادة والقصد

القصد ينتج عن الإرادة إذا توجهت كملكة ذهنية، يستطيع بها الإنسان أن يوجد ويسيطر على نشاطه الخارجي، لذلك فالإرادة هي أبرز عناصر القصد، فالفاعل لا بد أن يقرر ما يريد فعله، وأن يكون هذا الفعل والقرار نابعين من داخله لا مفروض عليه الفعل مسلوب الإرادة⁵. وانتهاك القانون كذلك لا بد وأن يكون إرادياً. فلا يكفي إذن لوجود الجريمة، ولقيام الإثم أن يكون بإمكان الجاني ممارسة الأفعال، أو ملكات عقلية بخصوص الواقعة وعناصرها المادية، ولكن لا بد أن يكون انتهاك القانون حدث بطريقة طوعية إرادية⁶، وعلى هذا فلا بد أن تتجه الإرادة إلى الفعل، وإلى تحقيق النتيجة غير المشروعة في آن معا وإلا تخلف القصد⁷. ولذا قيل بحق: حتى يتحقق القصد لا يكفي أن تعلم ولكن لا بد أن تريد⁸، ومن هنا كان الإكراه المادي والقوة القاهرة من أسباب انتفاء الإثم الجنائي، لذا فإن الإرادة ما كان يمكن أن تمنع من إتيان النتيجة غير المشروعة. فالنتيجة غير المشروعة إذا هي إرادة القصد.

¹ أنظر الدكتور عبد الرحمن حسين علام، أثر الجهل أو الغلط، مرجع سابق، ص 88

² المرجع نفسه.

³ أنظر الدكتور عوض محمد، الوجيز في قانون العقوبات - القسم العام -، طبعة سنة 1968، ص 111.

⁴ أنظر الدكتور عبد الرحمن حسين علام، أثر الجهل أو الغلط، مرجع سابق، ص 90.

⁵ المرجع نفسه، ص 83.

V. Levasseur (G.): Etude de l'élément de l'infraction, op.cit, p.83.

⁶ أنظر الدكتور عبد الرحمن حسين علي علام، أثر الجهل أو الغلط، مرجع سابق، ص 84.

⁷ V. Ortolan (J.): élément de droit pénal, ed 1875, Paris, p.244.

⁸ Stefani (G.) et Levasseur (G.): Droit pénal, t.1, Paris, 1964., p.107.

غير أنه من الجرائم ما يندمج فيها القصد مع السلوك في النتيجة، فيكفي فيها القصد حسب أنصار نظرية الإرادة، فالعقد يختلط مع الإرادة، وهما القصد، وقد يريد الفاعل فعله وترتبط به نتائج أخرى كحرق المركبة للاحتيال على شركة التأمين فيموت ركبها وتلتهم النار الأموال التي في داخلها، فأنصار نظرية الإرادة هنا يقولون أن القصد هنا شامل لكل ما وقع لإرادة النتيجة وقصدها والتي هي احتراق السيارة والنتائج التي تجاوزت قصده الأصلي يتحملها ويسأل عنها. وهذا الاتجاه يوسع نطاق المساءلة الجنائية، لذا قيده بعض أنصار هذه النظرية بلزوم توقع النتيجة النهائية أنها ستتحقق أو من المحتمل أنها ستتحقق¹.

وبهذا أكون قد انتهيت من بحث نقاط هذا الفرع، ويتعين الانتقال إلى الفرع الثاني الذي عنوانه الجهل والغلط وتعلقهما بالقاعدة السلبية.

234- الفرع الثاني: تعلق الجهل والغلط بالقاعدة السلبية

يتماس الجهل والغلط مع القاعدة السلبية في نقطتين بحثان تحت عناوين الجهل بالمشروعية، والغلط في المشروعية، أو تحت عنواني الجريمة الظنية أو الوهمية أو التصورية أو البراءة الظنية أو الوهمية أو التصورية، وهذا ما سأبحثه في النقطتين التاليتين: الجهل بالمشروعية، والغلط في المشروعية، مفضلاً هذا الاستعمال ليسره وإحاطته بالمعنى المقصود.

235- أولاً: الجهل بالمشروعية²

هذه الوضعية تحدث عندما يرتكب أحد سلوكاً مطابقاً للنموذج المجرم من حيث ظاهره- لكن يحدث في هذه الحالة أن يقترب هذا السلوك بأحد أسباب تبريره القانونية المكتمل الشروط، لكن الجاني يجهل ذلك معتقداً أنه أتى سلوكاً إجرامياً معاقباً عليه. وهنا يثور التساؤل عن الآثار القانونية للقاعدة السلبية أو سبب التبرير، فهل تتوقف مشروعية سلوك الفاعل (الجاني) على ضرورة توافر علمه؟ ومن ثم يصبح جهله بها سبباً لتجريمه وتحمله المسؤولية الجنائية عن فعله. هذه المسألة نوقشت على مستوى الفقه شرحاً للنصوص القانونية خاصة ونقداً لأعمال القضاء، وتجرداً لنصرة الشرعية، كما نوقشت على مستوى القضاء. وسأتناول ذلك في الموقفين الآتيين:

1- موقف الفقه من المسألة: تباينت مواقف الفقهاء تجاه هذه المسألة، ويمكن حصر الآراء التي توصلت إليها في الاتجاهات الآتية:

236- الاتجاه الأول: يتزعمه بعض الفقهاء الألمان الذين يذهبون إلى أن توافر حالات التبرير، وظهورها في الواقع مستكملة لشروطها، يترتب عليه أن تنتج المشروعية التي خصصت لها، بأسلوب موضوعي بعيد عن علم الجاني سواء بوجودها أو استكمالها لكافة شروطها³.

وفي هذا الاتجاه ذهب فريق من الفقهاء الإيطاليين مستندين إلى نص المادة 59 من قانون العقوبات الإيطالي التي تنص على أن: «الظروف المستبعدة للعقاب تقدر لصالح الفاعل

¹ أنظر الدكتور مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص 305.

² V.Delogu(T.): Les causes de justification, op.cit.,p.111.

وانظر الدكتور محمد نعيم فرحات، النظرية العامة لعذر تجاوز حدود الدفاع الشرعي، مرجع سابق، ص 232.

³ أنظر الدكتور رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، مرجع سابق، ص 459.

حتى ولو لم يكن يعلم بها أو كان يعتقد -لوقوعه في غلط- عدم توافرها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك»¹.

237- الاتجاه الثاني: يتزعمه البعض الآخر من الفقهاء الألمان ويتفرع موقفه إلى رأيين: الرأي الأول: يقرر بأن جهل الفاعل لحظة ارتكابه السلوك الإجرامي بقيام سبب المشروعية يترتب عليه عدم محاسبته عن جريمة مكتملة الأركان، وإنما ينسب إليه الشروع في الجرم فقط².

الرأي الثاني: يرى وجوب أن يقوم في ذهن الفاعل سبب المشروعية، كما يجب تماماً أن يقوم في ذهنه ركنا الجريمة المادي والمعنوي لحظة ارتكابه الفعل.

238- الفقه المصري وموقفه: لخلو قانون العقوبات المصري من أي نص يعالج هذه المسألة لذا تناولها الفقهاء، كما سنرى أنه تناولها القضاء بالاجتهاد كذلك. ويتجه الفقه المصري إلى أن الجهل بالإباحة لا يؤثر فيها لموضوعيتها مع اختلاف في التعليل عند الشراح³.

2- موقف القضاء من المسألة: وجدت قضيتين عرضتا على محكمة النقض المصرية في هذه المسألة وكان القضاء في إحدهما يخالف القضاء في الأخرى، وهذا عرضهما:

239- قضية نقض 34/12/3 عرضت على محكمة النقض المصرية قضية تتلخص وقائعها في أن ضابط بوليس فتش سكناً لأحد الأشخاص في غير الأحوال التي يجيزها القانون- ودون أن يكون الضابط عالماً بوجود إذن من النيابة يسمح له بهذا التفتيش، ويضفي عليه المشروعية واقعياً- الأمر الذي يترتب عليه بطلان هذا التفتيش، وجاء قضاء محكمة النقض في هذا الموضوع يقرر: «أنه لا يصح التفتيش لأن الإذن به كان قائماً على غير علم الضابط، إذ كان يجب أن يكون الضابط عالماً بهذا الإذن»⁴.

240- قضية نقض 39/5/15: تتلخص وقائع هذه القضية⁵ في دفع المتهم بأن ضابط البوليس أجرى تفتيش منزله بناء على إذن من النيابة، لم يكن يعلم به وقت إجراءاته التفتيش.

وكان قضاء محكمة النقض بأن مثل هذا الدفع من المسائل الموضوعية التي لا تعرض على محكمة النقض.

241- الجهل بتجاوز المشروعية: يطبق عليه ما يطبق على الجهل بالإباحة، وهذا منطقي، فإذا ما ثبت عدم مراعاة الفاعل لحدود المشروعية المقررة لممارسة حق من الحقوق أو أداء واجب من الواجبات بالرغم من تحقق علمه بعناصر تلك المراكز القانونية بناء على ما تكون لديه من اعتقاد غير صحيح- فإنه مازال في دائرة المشروعية، وهذه الحالة⁶ حالة جهل بالتجاوز.

242- ثانياً: الغلط في المشروعية

¹ أنظر الدكتور محمد زكي محمود، آثار الجهل والغلط، مرجع سابق، ص 278.

² أنظر الدكتور محمد نعيم فرحات، النظرية العامة لعذر تجاوز حدود الدفاع الشرعي، مرجع سابق، ص 236.

³ المرجع نفسه، ص 233 و 234 و 235.

⁴ مجموعة القواعد القانونية، ج 2، رقم 293، ص 399.

⁵ مجموعة القواعد القانونية، ج 4، رقم 390، ص 549.

⁶ أنظر الدكتور محمد نعيم فرحات، النظرية العامة لعذر تجاوز حدود الدفاع الشرعي، مرجع سابق، ص 241.

هذه الوضعية تحدث هي الأخرى، عندما يعتقد الشخص-الذي يتواجد في ظرف معين- بقيام إحدى حالات التبرير التي تبيح سلوكه المجرم أصلا، في حين أن اعتقاده هذا غير صحيح إذ لا وجود لما يبرر فعله قانونا. ويأتي هذا الغلط على صورتين: الصورة الأولى: أن يكون الغلط في قيام المشروعية، ويتحقق هذا عندما يثبت أن الجاني قد اعتقد-خلافًا للواقع- توافر أحد أسباب التبرير.

والصورة الثانية: أن يقع الغلط في حدود المشروعية ويتحقق ذلك متى ثبت أن سبب التبرير قائم أصلا، غير أن الجاني تجاوز حدوده معتقدا خلاف الواقع-أنه مازال في حدود الإباحة المبررة.

فيثور في مثل هذه الحالة التساؤل حول قيام أو انتفاء المسؤولية الجنائية، وتتعدد المواقف بين الفقهاء والمقننين والقضاة، وإليك هذه المواقف في النقاط الآتية:

243- 1- موقف المقننين: من المقننين من لم ينص على مسألة الجهل والغلط كما سبق أن رأينا- كالمقنن الفرنسي والجزائري، ومن سار في فلكهما، ومن المقننين من نص على ذلك¹ صراحة كالمقنن المجري في قانون العقوبات المادة 1/14 منها التي تنص على أنه: «لا يعاقب الفاعل إذا ارتكب الفعل معتقدا أن فعله لا يشكل خطرا إجتماعيا، وكان لا اعتقاده هذا أسبابا معقولة»، وعلى هذا الموقف كان القانون السوفياتي.

- أما المقنن في مصر فلم ينص صراحة على هذا الوضع، وإنما يستنتج من نص المادة 60 من قانون العقوبات التي تنص على أنه: «لا تسري أحكام قانون العقوبات على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملا بحق مقرر بمقتضى الشريعة».

-وانتهج المقنن السويسري منهج النص على الغلط في الواقع، فنصت المادة 19 من قانون العقوبات السويسري الصادر سنة 1937 على أنه: «كل من ارتكب سلوكا تحت تأثير الغلط في تقدير الواقع فإنه يعامل بمقتضى هذا التقدير إن كان في مصلحته».

244- 2- موقف الفقهاء: ذهب الفقهاء أيضا في هذه المسألة مذاهب حسب القانون الذي يشرحونه أحيانا، ومقدمين آراء فقهية يقترحونها أحيانا أخرى. فذهب الفقه في سويسرا إلى أن الغلط والاعتقاد الخاطئ بتوفر أحد أسباب التبرير يجعل الفاعل يستفيد من غلطه، وتنتفي مسؤوليته فلا يعاقب². وإذا كان الاستنتاج من المادة 60 من قانون العقوبات المصري يستفاد منه أعمال الغلط وإفادة الغلط في الإباحة منه، فإن جانباً من الفقه المصري انتقد هذا الوضع وقال: بأن الغلط في الإباحة لا يعتد به لموضوعية أسبابها، بل يجب أن تتوفر الإباحة فعلا بكل شروطها، وإن كان الغلط في الإباحة ينفي القصد الجنائي كالغلط في أركان الجريمة، فيصبح الغلط في الإباحة ارتكب جريمة غير عمدية³.

ويرد البعض بالقول أن الغلط هنا مبني على مبدأ هو عدم تكليف الإنسان بما ليس في وسعه، ولا يجوز مساءلة الجاني هنا لعدم قصده مخالفة القانون⁴.

¹أنظر الدكتور محمد نعيم فرحات، النظرية العامة لتجاوز حدود الدفاع الشرعي، مرجع سابق، ص 229 و230.

²المرجع نفسه، ص 220.

³أنظر الدكتور يسر أنور علي، شرح النظريات العامة للقانون الجنائي، طبعة سنة 1979، ص 378.

وانظر الدكتور محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة في التشريعات العربية، مرجع سابق، ص 168.

⁴أنظر الدكتور علي راشد، القانون الجنائي-المدخل وأصول النظرية العامة-، **بدون مكان نشر**، ط2 لسنة 1974، ص 519.

ويذهب رأي ثالث في الفقه المصري إلى التفريق بين الغلط في الإباحة في حالة تجاوز الموظف في أعمال وظيفته كما هو منصوص عليه في المادة 63 من قانون العقوبات المصري، وفي حالة الدفاع الشرعي المنصوص عليها في المادتين 249 و250 من قانون العقوبات، بذكر فرضيتين في الموظف، فرضية أن يتحرى ويتحقق ومع هذا يتلبس بالغلط، وفرضية أن لا يتحرى فيغلط. ويعتبرون غلظه في الفرضية الأولى مبررا، وفي الفرضية الثانية غير مبرر، أما غلط المدافع فمبرر لدقة موقفه دائما ووجوده في حالة غير عادية¹.

245- 3 موقف القضاء: اتجه القضاء في مصر إلى اعتبار الفعل مبررا إذا كان غلط الفاعل بسبب توهمه لأسباب معقولة أن فعله مبررا وبحسن نية منه². أما إذا ثبت طيش الجاني وعدم تثبته وعدم تحريره وإطلاقه النار على من ظنهم معتدون، وهم ليسوا كذلك ودون مبرر لغلظه فإنه يستأهل إدانته بجريمة الجرح العمدى³. وفي الدول الغربية حكم في إيطاليا في غلط في أداء الواجب بامتناع مسؤولية جنود غرر بهم نصاب وسرق بهم أموال البلدية باعتباره ضابطا كلف بذلك⁴. وحكم في فرنسا في حالة دفاع شرعي بعدم اشتراط أن يكون الاعتداء حقيقيا، واكتفت بتحقيق الاعتداء الوهمي. ويكتفي القضاء الفرنسي بتوافر مظهر الحقيقة من الناحية الموضوعية بحيث تعتقد الكافة ذلك⁵. والمسألة موضوعية تخضع لتقدير القاضي في نظري ولا يخضع لرقابة محكمة النقض. وبهذا أكون قد انتهيت من المبحث الأول لأنتقل إلى الثاني.

المبحث الثاني تقسيم الجهل والغلط

246- تمهيد وتقسيم

الفقه الجنائي يحدد لكل جريمة عناصر مادية، وعناصر معنوية، أو نفسية يجب توافرها في الفعل حتى يكون جريمة. والعناصر المادية للجريمة تتكون من الفعل والنتيجة وعلاقة السببية بين الفعل والنتيجة. والعناصر المعنوية للجريمة تتكون من العلاقة النفسية التي تربط بين الفاعل والواقعة المجرمة وهي التي يطلق عليها في الفقه «الخطأ بالمفهوم الواسع». إذ الخطأ له درجتان، درجة أشد إذنابا وإثما جنائيا، وتسمى القصد الجنائي، ودرجة أخف إذنابا وإثما جنائيا، وتسمى الخطأ غير العمدى.

¹ أنظر الدكتور رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام، مرجع سابق، ص 534.

² أنظر نقض 31. 561 مجموعة أحكام النقض، سنة 7 رقم 40، ص 118.

ونقض 23. 10. 56 سنة 7، رقم 292، ص 1065.

ونقض 42. 57 سنة 8، رقم 95، ص 1085.

ونقض 16. 4. 1959 سنة 10، رقم 44، ص 178.

³ نقض 11. 3. 1935، مجموعة القواعد القانونية، ج3، رقم 357، ص 4478.

⁴ أنظر الدكتور رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، مرجع سابق، ص 416.

⁵ أنظر الدكتور محمد نعيم فرحات، النظرية العامة لعذر تجاوز حدود الدفاع الشرعي، مرجع سابق، ص 229.

والخطأ العمدى، أو القصد الجنائي يقوم متى أراد الفاعل الفعل المكون للجريمة، وتوقع نتائجه، ووجه إرادته لتحقيقها. أما الخطأ غير العمدى فإنه يقوم بمجرد إرادة الفاعل الفعل، دون أن يتوقع النتيجة، وإنما كان من الإمكان أن يتوقعها، بل كان من الواجب أن يتوقعها. -ويقسم الفقهاء الجهل والغلط، إلى الجهل والغلط في القانون، والجهل والغلط في الواقع. ولا يرى عذرا بجهل القانون أو الغلط فيه، وتفيد بعض التشريعات هذا الرأي بعدم الإعذار في القانون الجنائي فقط¹. أما غيره من القوانين فتعذر الجاهل والغالط فيها، كشأن الغلط في الواقع.

ويشترط بعض الفقهاء للإعذار بالجهل والغلط سواء في القانون أو في الواقع: أن يبرر أنه لا يمكن تجنبه².

-ومنهم من قسم الجهل والغلط إلى جهل وغلط مغتفر، وإلى جهل وغلط غير مغتفر، وجهل وغلط جوهري *essentielle* وجهل وغلط عارض *accidentelle* وجهل وغلط حتمي *invincible* وجهل وغلط غير حتمي.

وكلها جهل وغلط يقصد بها ما كان منها في العناصر القانونية للجريمة، وسأتناول بالتفصيل في المطالب الآتية:

المطلب الأول: الجهل والغلط المنصب على العناصر الجوهرية.

المطلب الثاني: الجهل والغلط المنصب على توابع الجريمة.

المطلب الثالث: الجهل والغلط المنصب على ظروف الجريمة.

المطلب الرابع: الجهل والغلط المنصب على العناصر غير الجوهرية.

وأتناول تحديد ماهية هذا النوع من الغلط مرجئاً ما يترتب عليها من مؤاخذه أو عدم مؤاخذه إلى المبحث الثالث من هذا الفصل (أثر الجهل والغلط على كل من المسؤولية المدنية والجزائية).

المطلب الأول

الجهل والغلط المنصب على العناصر الجوهرية للجريمة

247- تمهيد وتقسيم

هذا النوع من الجهل والغلط يطرح مشكلة الجهل والغلط الحتميين، وغير الحتميين، وعلاقتهم بالجرائم السلبية المحضة، وبباقى الجرائم الأخرى التي لا تقوم إلا عمداً. وسأتناول بحث هذا المطلب في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: الجهل والغلط الحتميين وغير الحتميين.

الفرع الثاني: علاقة الجهل والغلط الحتميين وغير الحتميين بالجرائم السلبية، وبالجرائم التي لا تقوم إلا عمداً: سأوضح ما علاقة الجهل والغلط بكل نوعي الجرائم مع إعطاء أمثلة من الفقه أو القضاء، بعد تحديد ما الجهل والغلط الحتميين، وما الجهل والغلط غير الحتميين مبتدأ بهذه النقطة الأخيرة.

¹ أنظر الدكتور عبد الرحمن حسين على علام، أثر الجهل والغلط في القانون، مرجع سابق، ص 185 وما بعدها.

² المرجع نفسه، ص 199 وما بعدها.

248- الفرع الأول: الجهل والغلط الحتميين وغير الحتميين

يكون الجهل أو الغلط حتميا، متى كان من غير الممكن للشخص أن يعلم الحقيقة تماما، ويعيب هذا النوع من الجهل والغلط الإرادة¹. ويمثل لها الفقهاء: بحالة شخص دخل منطقة حدود، ولم يوضح أمام الجمارك أن بداخل عربته أشياء تترتب عليها رسوم، وكان يجب عليه أن يقدم عليها بيانات لرجال الجمارك، حتى يقدرُوا الرسوم المستحقة عنها، وعند ضبط هذه الأشياء، صرح أنه لم يكن يعلم عنها شيئا، وأنها قد دست عليه على غير علم منه، وتبرأ من المسؤولية عنها، لأنه كان ضحية غلط حتمي أخفى كل إثم عنده، ونفى كل نية آثمة لديه.

وهذا الغلط الحتمي معتبر سواء في الجنايات أو الجنح أو المخالفات في رأي راديلكو².
249- يبرر هذا الفقيه رأيه بالقول أن الإرادة هي العنصر الشخصي والأساسي في كل أفعالنا التي تتمخض عنها النتيجة الإجرامية سواء أكانت متوقعة أو غير متوقعة. فكل فعل إيجابي أو سلبي يتمخض عن نتيجة معاقب عليها، لابد أن يكون مصدرها الإرادة، فمتى غابت هذه الإرادة لسبب أو لآخر لا يمكن أن يكون هناك محلا للمساءلة، مهما تكن النتيجة مادامت النتيجة كانت بسبب الجهل المفضي إلى الغلط، فإن ذلك يمحو الإرادة ولا يسأل الجاني لأن الإرادة تحذف بالغلط الحتمي والواقعة الناجمة عنه مثلها مثل الحادث الفجائي³.

فالجهل عندما يكون حتميا يكون له، ويجب أن تكون له نتيجته على الإسناد الجنائي.
250- وعرض القضاء الفرنسي قضية تتلخص وقائعها في حجز رجال الجمارك في بورت فانور عند فحصهم لأحد الطرود الموجودة على أحد المراكب التابعة لشركة ترانس أطلانتيك للطرد الذي وجدوا بداخله تبغا محرم إستيراده إلا بإذن سابق، ورفعت إدارة الجمارك الدعوى ضد الشركة التي مثلت أمام محكمة سيرت، ومحكمة النقض اللتين اعتقدتا بوجود الغلط الذي تمتنع معه المسؤولية وعلى العكس من ذلك كان موقف محكمة استئناف منتبولي، إذ رأت كل من محكمة سيرت ومحكمة النقض أن الناقل يجهل ما بداخل الطرد، إذ ليس له أن يفحص ما بداخله، في حين رأت محكمة الاستئناف أن الإرادة وإن كانت عنصرا جوهريا في كل جريمة إلا أنها لا تمنع المسؤولية⁴.

251- لقد أيد الفقيه لابورد قضاء محكمة الاستئناف، وعلق عليه قائلا بأنه بدون الإرادة لا يقوم الإثم الجنائي، وقد ولى الزمن الذي كانت تعاقب فيه الأشياء والحيوانات، واقتصر العقاب على الأشخاص الذين لهم الإرادة وحرية الاختيار، وانتقد هذا الفقيه قضاء محكمة النقض بقوله أن تأسيس براءة الشركة وممثليها على أساس الإكراه قول غير دقيق لكون الإكراه يفترض معه العلم بالواقعة محل التجريم، لكنه عمل تحت سيطرة قوة لا قبل له بتجنبها. فالفاعل هنا تكون له حرية التمييز لكن تنعدم عنده حرية الاختيار.

¹ V.Radulesco(J.):L'influence de l'erreur sur la responsabilité pénale,op.cit, p.115.

² Ibid.

³ أنظر الدكتور عبد الرحمن حسين علي علام، أثر الجهل والغلط في القانون، مرجع سابق، ص 235.

⁴ V.Labord(A.) : *L'élément moral dans les infractions non intentionnelles*, Revue critique de législation et de jurisprudence, t14, 24 ème année, 1885, pp.256 -268.

ومثل عمل عمال شركة النقل بعمل المجنون الذي يقوم بالأعمال دون تمييز وبطريقة آلية. وقال أن عمال الشركة لم يكونوا ضحية إكراه، وإنما كانوا ضحية غلط حتمي ما كان يمكن تجنبه، وهذا الغلط يحذف الإرادة ولذلك يجب أن يكون سبب لعدم الإسناد¹. وهنا فالحديث عن الجهل والغلط الحتميين، فهما اللذان ينتفي معهما الإذنب والإثم الجنائي خلافا للجهل والغلط الغير حتميين.

والجهل والغلط يكونان حتميين متى تعلقا بوقائع الجريمة. **252-** يختلف رأي آخر مع الرأي السابق في الفقه، ويقول عكس له أن أثر الجهل والغلط الحتمي لا ينصرف إلى الركن المعنوي للجريمة ويمنع الخطأ من أساسه كما يقول أتباع الرأي الأول وإنما ينصرف إلى رابطة الارتكاب المادي بين الجاني والواقعة، بمعنى أن المتهم لم يرتكب ولم يباشر ذات الفعل أو السلوك المكون للجريمة، حتى يبحث إذا كان فعله له إراديا أو غير إراديا².

253- رأي الدكتور عبد الرحمن حسين علي علام في المسألة: يرى الدكتور علام، وأرى معه أن الاختلاف الفقهي هنا مجرد اختلاف شكلي، لكن الفريقان يصلان في نهاية المطاف إلى أن أثر الجهل والغلط المنصب على الواقعة الإجرامية، انصرف إلى إرادة إحداث هذه الواقعة فأعدهما، ولذلك كان لهذا الجهل أو الغلط أثر على نفي الركن المادي للجريمة.

ويبقى بعد ذلك أن نعرف علاقة الجهل بكل من الجرائم السلبية البحتة، والجرائم التي لا تقوم إلا عمدا. وهذا ما سأجيب عنه في الفرع الآتي:

254- الفرع الثاني: علاقة الجهل والغلط الحتميين وغير الحتميين بالجرائم السلبية والجرائم التي لا تقوم إلا عمدا

يتعين أن نقسم هذا الفرع إلى قسمين، قسم لمسألة علاقة الجهل والغلط بالجرائم السلبية، وآخر لمسألة علاقتهما بالجرائم التي لا تقوم إلا عمدا، وكل ذلك بالنظر للجهل والغلط الحتميين وغير الحتميين، متناولا المسألتين في النقطتين الآتيتين بما يلزمهما من التفصيل.

255- أولا: علاقة الجهل والغلط بالجرائم السلبية البحتة

الجريمة السلبية البحتة هي التي تقوم بمجرد الامتناع عن القيام بواجب قانوني، يلزم بهذا الفعل، وأن يكون الامتناع إراديا، فهذا النوع من الجرائم يفترض أن تتحقق أولا في عالم الواقع واقعة معينة تلقي على عاتق الجاني بحكم القانون الجنائي أن يقوم بفعل معين، وأن يكون في مقدور هذا الجاني القيام بهذا الفعل، فعند ذلك إن امتنع وأخل بالتزامه القانوني، تقوم الجريمة، وهذه الجريمة هي الجريمة السلبية البحتة³. ومن أمثلته امتناع من عليه حكم بالنفقة عن تسديدها مع قدرته على ذلك، ومضي شهرين على امتناعه⁴.

¹ V.Labord, *L'élément moral dans les infractions non intentionnelles*, op.cit.,p.260.

² أنظر الدكتور محمد زكي محمود، آثار الجهل والغلط في المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 64.

³ V.Donnedieu de vabres (H.): *Traité de droit criminel et de législation pénale comparé*, 3 ed, 1947, p.80

⁴ نص المادة 131 من قانون العقوبات الجزائري: يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 500 إلى 1500 كل من امتنع عمدا ولمدة تجاوز شهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته، وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه على زوجته أو أصوله أو فروعها، وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليهم=

وإذا لم يتم تبليغ المحكوم عليه بهذا الحكم بالنفقة، فإن جهله بالحكم جهل حتمي لا يمكن معه مساءلته كما لو بلغ به، وهو يحمل مبلغا حكم به، وقد وقع الخطأ من الجهة القضائية في هذا المبلغ، فذلك أيضا يشكل غلطا حتميا يجعل الفاعل في منأى من المساءلة.

256- والفقه يقول في مثل هذه المسألة أن جهل الجاني بالواقعة محل ومصدر التزامه بالواجب القانوني، أو غلظه فيها يعد بمثابة جهل وغلط حتميين، إذ لم يعلم الفاعل بالواجب القانوني المتعلق بذمته أو علم به علما غير صحيح، وبالتالي لا يمكن القول بأنه أخل بالتزامه القانوني، أي بوجود إخلال أو امتناع عن تنفيذ ما طلب منه القانون بموجب الحكم، ولا يمكن أن ينسب إليه الإخلال بواجبه بأي حال من الأحوال¹.

257- ثانيا: علاقة الجهل والغلط بالجرائم التي لا تقوم إلا عمدا

هذا النوع من الجرائم تكون محلا لأن يؤدي الجهل والغلط فيها متى كانا حتميين دورهما، ومن أمثلة هذه الجرائم حيازة المخدرات، وجرائم التهريب الجمركي. فإذا نفى من ضبط وبحوزته مواد مهربة من الجمارك فإمكانه إثبات عدم علمه بها، وأنها دست عليه.

وكذا إذا ضبطت في محله مخدرات فإمكانه نفي علمه بها، أو إثبات غلظه فيها، إذا سلمت له على أنها مادة أخرى شبيهة.

258- والقضاء في مصر يتجه إلى أنه متى أمكن للمتهم أن يثبت انتفاء الرابطة المعنوية التي تربطه بالفعل المادي في هذه الأمور وأنه ليس هو من قام بالسلوك المادي للجريمة بطريقة تقبلها الاعتبارات العملية والقول بهذه الاعتبارات لا يجافي العدالة، طالما ينتفي علم الجاني بالوقائع المادية المشكلة للجريمة ينتفي قصده.

وقد استقر أخيرا على اشتراط ضرورة علم المتهم بوجود المخدر بالمكان الذي ضبط فيه حتى تمكن مساءلته عنه، واضطرر هذا القضاء لدى محكمة النقض² وعدلت بقضائها عن قضائها السابق الذي تطلب فيه من المتهم إثبات دفعه بعدم العلم.

المطلب الثاني

الجهل والغلط المنصب على توابع الجريمة

259- تمهيد وتقسيم

يقصد بتوابع الجريمة تلك النتائج الضارة والإجرامية، التي لم تكن أصلا في حسان الجاني، لكنها نتيجة لفعله الإجرامي أصلا، كأن يضرب ويحدث عن الضرب وفاة من ضرب، دون أن يكون قصد قتله كما في الحالة التي تنص عليها المادة 271 من قانون العقوبات الجزائري³. وكما في حالة لو ترك أحد عاجزا من صغير أو مسن أو ذي عاهة

ويفترض أن عدم الدفع عمدي ما لم يثبت العكس، ولا يعتبر الإعسار الناتج عن الاعتقاد على سوء السلوك أو الكسل أو السكر عذرا مقبولا من المدين في أية حالة من الأحوال.

¹ أنظر الدكتور محمد زكي محمود، آثار الجهل والغلط، مرجع سابق ص 39 وما بعدها.

وانظر الدكتور عبدالرحمن حسين علي علام، أثر الجهل والغلط في القانون، مرجع سابق، ص 249.

² المرجع نفسه، ص 150.

³ نص المادة 271 من قانون العقوبات الجزائري: إذا نتج عن الضرب أو الجرح أو العنف أو التعدي المشار إليه في المادة 269 فقد أو بتر أحد الأعضاء أو الحرمان من استعماله أو فقد إبصار إحدى العينين أو أية عاهة مستديمة أخرى

لا يقدر على حماية نفسه في مكان عرضة للخطر، ونتج له من ذلك عجز مستديم أو وفاة، وما كان تاركة يقصدهما¹. فتوابع الجريمة نتائج إجرامية تتجاوز قصد الجاني، وتتجاوز في جسامتها الجريمة الأصلية التي قصدها، ولكن مع هذا فبسبب وجودها غلط الجاني، إذ هي بسبب خطئه حدثت، وهي أثر من آثار سلوكه، ارتبطت به برابطة السببية الموضوعية، وتأتي متلازمة مع الجريمة التي قصدها أصلا، ووقعت على ذات الموضوع الذي وقعت عليه الجريمة الأصلية. والفرق بينها وبين الجريمة الأصلية جسامته التبعة.

فما مدى تأثير الجهل والغلط على مسؤولية الجاني في هذا النوع من الجرائم بالتشديد أو التخفيف، الإجابة على هذا التساؤل نرجئها إلى المبحث الثالث من هذا الفصل. لكن في هذا المبحث نتبع القول بالعلاقة بين الجهل والغلط وتوابع الجريمة في المحيط الفقهي والقضائي والقانوني. ونأخذ كنماذج كل من الفقه عموما، وفي فرنسا وإيطاليا ومصر وألمانيا. بعد أن بينا في التمهيد صورة من موقف قانون العقوبات الجزائري، ولبحث هذه النقاط يتعين تقسيم المطلب إلى الفروع الآتية:

الفرع الأول: الجهل والغلط المنصب على توابع الجريمة في الفقه.
الفرع الثاني: الجهل والغلط المنصب على توابع الجريمة في فرنسا.
الفرع الثالث: الجهل والغلط المنصب على توابع الجريمة في مصر.
الفرع الرابع: الجهل والغلط المنصب على توابع الجريمة في إيطاليا.
الفرع الخامس: الجهل والغلط المنصب على توابع الجريمة في ألمانيا.
متتبعا هذه المسألة، دون الخوض في آثار هذا الجهل والغلط مرجئا ذلك إلى المبحث الموالي (الثالث).

260- الفرع الأول: الجهل والغلط المنصب على توابع الجريمة في الفقه

الجهل والغلط الحتميين المنصبين على توابع الجريمة في الفقه المقارن، والتي يعبر عنها بالنتائج أو الجرائم المتجاوزة القصد، هو موضوع القصد الإجمالي². وقال الفقيه چارسون³ أن القصد الإجمالي يتوافر عندما يريد الفاعل ارتكاب جريمة عمدية، لكن يحدث خطأ نتائج إجرامية أخرى تتجاوز قصده. فالغلط انصب هنا ليس على عناصر الجريمة، ولكن على توابع الجريمة التي لم يقصدها الجاني ولم يتوقعها. وعند الفقيهيين فيدال ومنيال⁴ أن النتيجة المتجاوزة القصد في مجال القصد الإجمالي عندما تحدث نتائج

فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى 20 سنة. وإذا نتجت عنها الوفاة بدون قصد إحداثها فتكون العقوبة هي الحد الأقصى للسجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة...

¹ نص المادة 316 من قانون العقوبات الجزائري: "كل من ترك طفلا أو عاجزا غير قادر على حماية نفسه بسبب حالته البدنية أو العقلية عرض للخطر في مكان غير خال من الناس أو حمل الغير على ذلك يعاقب لمجرد هذا الفعل بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة. إذا نشأ عن الترك أو التعريض للخطر مرض أو عجز كلي لمدة تجاوز 20 يوما فيكون الحبس من سنة إلى سنتين، وإذا حدث للطفل أو العاجز بتر أو عجز في الأعضاء أو أصيب بعاهة مستديمة فتكون العقوبة هي الحبس من سنتين إلى خمس سنوات".

² أنظر الدكتور عبد الرحمن حسين علي علام، أثر الجهل والغلط في القانون، مرجع سابق، ص 142.

³ V.Garçon(E.): Code pénal annoté, nouvelle édition refondue et mise à jour par Marcel Rousselet, Maurice Patin et Marc Ancel, T.1, N°9, Paris, Recueil Sirey, 1952 ,

⁴ V.Vidal (J.) et Magnel (J.): cours de droit criminel et de science pénitentiaire, 1947, Paris, p.175.

إجرامية أشد مما كان يريد الفاعل أو يتوقعه، كمن يضرب امرأة يجهل أنها حامل فيتسبب لها في الإجهاض. وعند الفقيهيين بيزات وبنثال¹ أن شأن هذا النوع من الجرائم شأن الجرائم العمدية والقصد فيها احتمالي، وعند الفقيهيين ستيفاني ولوفاسور² يقولان: الجريمة المتعدية القصد، والقصد الاحتمالي كلاهما يحدث نتيجة أشد جسامة من التي يرغبها الجاني، وهذه النتيجة غير مرغوبة وغير متوقعة إلا أنه من الممكن توقعها وإن كان الفرق بين الجريمة المتعدية القصد والقصد الاحتمالي، أن نتيجة الأولى تكون مقصودة جزئياً. وكلا النوعين من الجريمة على حافة القصد وقريباً من مجرد الخطأ.

261- الفرع الثاني: الجهل والغلط المنصب على توابع الجريمة في فرنسا

المادة 309 من قانون العقوبات الفرنسي القديم كانت تسوي بين القصد المباشر والقصد غير المباشر في جريمة القتل إذ كانت تطبق عقوبة القتل العمدى على من أزهق روح إنسان، سواء قصد إزهاق الروح أم مجرد الضرب والجرح، فحدث الموت دون قصد إحداثها لكن المادة عدلت بتاريخ 1932/04/23 وأدخلت عليها فقرة جديدة، جعلت القتل الحادث بسبب ضرب أفضى إليه دون قصد القتل في ذاته دون القتل العمدى في الإثم وبالتالي في الجزاء³. وكان القضاء في فرنسا يطبق حسب النص القديم، وبعد تعديله عدل طبعاً تبعاً لذلك⁴، كما أنه يطبق نفس وجهة النظر بشأن جريمة الإجهاض⁵ إذا ما نتجت دون قصدها عن ضرب الحامل، وكذا الحال بشأن ما ينتج عن الحريق العمدى⁶.

262- الفرع الثالث: الجهل والغلط المنصب على توابع الجريمة في مصر

يتجه غالبية الفقهاء في مصر إلى أن القصد الاحتمالي مجاله الجرائم المتعدية القصد⁷، كما ذهب الفقه والقضاء في فرنسا، ويشترط القائلون بهذا الرأي أن يكون هناك أساساً قصد الجريمة الأخرى، أما إذا انعدم هذا القصد من أساسه فإن ما ينتج عن الرعونة والإهمال يكون جريمة الخطأ⁸.

ويؤسس أصحاب هذا الرأي رأيهم على نصوص في قانون العقوبات المصري تعاقب على الجريمة الأشد، وهذا هو الرأي الغالب، ومع هذا يوجد في الفقه المصري اتجاهان آخران، أحدهما يقول بمسائلة الجاني على هذه الجرائم ليس على أساس القصد الاحتمالي، ولكن على أساس القصد المتعمد، في حين يرى الاتجاه الآخر تقسيم هذه الجرائم إلى فئات ثلاث، وأقام المسؤولية في كل فئة على أساس مختلف. ويتزعم هذا الاتجاه الأخير

¹V.Bouzat(P.) et Pinatel(J.): Droit pénal général, édition 2, Dalloz, 1970, p.265 et 266.

²V.Stefani(G.) et Levasseur(G.): Droit pénal général, op.cit, p.16.

³V.Bouzat(P.) et Pinatel(J.): Droit pénal général, op.cit., p.264.

⁴أنظر الدكتور عبد الرحمن حسين علي علام، أثر الجهل أو الغلط، مرجع سابق، ص 346.

⁵أنظر الدكتور محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، مرجع سابق، ص 291.

⁶نفس الصفحة من نفس المرجع.

⁷أنظر الدكتور سعيد مصطفى سعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، دار المعارف بمصر، الطبعة 4 لسنة 1962، ص 195.

⁸أنظر الدكتور مصطفى القلي، المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 188.

وانظر جندي عبد المالك، الموسوعة الجنائية، المرجع السابق، ص 149.

وانظر الأستاذ علي بدوي، الأحكام العامة في القانون الجنائي، ج1، مطبعة بدري، طبعة سنة 1938، ص 358.

الأستاذ علي راشد¹، مصنف الجرائم على النحو الآتي: الصنف الأول تتدرج تحته جرائم: الأمر بتعذيب متهم، وجريمة الضرب أو الجرح المحدث لعاهة مستديمة، وجريمة القتل الحادثة عن الحريق العمدي، وجريمة هتك العرض للقاصر الذي لم يبلغ 16 سنة، فهذه الجرائم القصد فيها احتمالي.

ويندرج تحت الصنف الثاني: الاشتراك في الجريمة وإن كانت ليست هي التي تعمد الجاني الاشتراك فيها، فهذه الجريمة تعامل معاملة العمد.

ويندرج تحت الصنف الثالث جرائم الضرب والجرح وإعطاء الدواء التي تحدث عاهة مستديمة، أو عجزاً لمدة 20 يوماً، ويعامل هذا النوع على أساس علاقة نفسية مزدوجة التكوين من العمد والخطأ. والقضاء المصري مسير للفقهاء، لكن استقر رأي محكمة النقض على أساس القصد الاحتمالي،² حاصرة مجاله في الحالات التي وردت فيها نصوص صريحة، وأحياناً أخرى تخرج على النصوص الصريحة متى كانت النتيجة المحتملة وفقاً للمجرى العادي للأمر ولم تقرر ذلك صراحة³.

263- الفرع الرابع: الجهل والغلط المنصب على توابع الجريمة في إيطاليا

نصت صراحة المادة 43 فقرة 2 من قانون العقوبات الإيطالي على أنه: «تعد الجريمة متجاوزة القصد إذا ترتب على الفعل أو الامتناع نتيجة ضارة أو خطرة أشد جسامة من التي أرادها».

- فالمقتن الإيطالي حدد الفكرة الأساسية التي تقوم عليها الجرائم المتعدية القصد، وهي تفترض أن الجاني أراد بفعله أو امتناعه نتيجة معينة، فحدثت نتيجة أشد خطراً من التي أراد ولكن هذه النتيجة مرتبطة بعلاقة سببية مع فعله الأصلي الذي قصد به النتيجة الأخف، وكانت من آثاره النتيجة الأشد، فهي تطور للنتيجة الخفيفة⁴.

غير أن الرأي الغالب في الفقه الإيطالي يرى أن الجريمة المتجاوزة القصد، هي التي نص عليها قانون العقوبات، وتنحصر فقط في جريمة الضرب المفضي إلى الوفاة أو عاهة مستديمة، المنصوص عليها في المادة 584 من قانون العقوبات.

- وتختلف في نظر هذا الفريق من الفقه الإيطالي هذه الجرائم عن الجرائم ذات النتيجة المغلظة، التي يذهب اتجاه آخر في الفقه الإيطالي بأنها تعد من الجرائم المتعدية القصد مثل حالة المادة 459 حالة وفاة المرأة بسبب الإجهاض، وحالة حدوث ضرر أو وفاة لمن تم التخلي عنه من الأشخاص المنصوص عليها في المادة 591، حالة وفاة طفل ثم التخلي عنه بسبب السرقة المنصوص عليها في المادة 562. وجريمة الامتناع عن تقديم الإغاثة المنصوص عليها في المادة 563 إذا حدثت بسبب ذلك وفاة الشخص المستغيث، وجرائم الإتلاف الذي يحدث عن الغرق أو الانهيار أو سقوط الكتل الثلجية، المنصوص عليها في المادة 427، وكل هذه المواد من قانون العقوبات الإيطالي.

¹ أنظر الدكتور علي راشد، القانون الجنائي-المدخل وأصول النظريات العامة-، طبعة 1 لسنة 1970، ص 427.

² أنظر الدكتور جلال ثروت، الجريمة المتعدية القصد في القانون المصري والمقارن، دكتوراه، جامعة الاسكندرية، 1964، ص 404.

³ أنظر الدكتور عبد الرحمن حسين علي علام، أثر الجهل أو الغلط في القانون على المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 353 - 357.

⁴ أنظر الدكتور محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، مرجع سابق، ص 323 و 324.

ويذهب هذا الاتجاه في الفقه الإيطالي إلى القول بأن الجرائم المتعدية القصد تتوفر في كل حالة يريد فيها الجاني إحداث نتيجة خفيفة فتحدث فيها نتيجة أشد¹.

264- الفرع الخامس: الجهل والغلط المنصب على توابع الجريمة في ألمانيا

على غرار ما عليه الحال في إيطاليا، ذهب الفقهاء الألمان إلى أنه حتى تتوافر عناصر الجريمة المتعدية القصد، لا بد أن تتجه إرادة الجاني إلى إحداث نتيجة معينة فيترتب على فعله نتيجة أشد من تلك التي قصد، ولا بد من ارتباط النتيجة بعلاقة سببية مع الفعل الذي ارتكبه الجاني.

ومن أمثلة هذه الجرائم في قانون العقوبات الألماني، ما تنص عليه المادة 178 التي تنص على هتك العرض والوقاع من غير رضا إذا أفضى إلى الوفاة.

والحالة التي تنص عليها المادة 221. إذا أفضى ترك الطفل أو القاصر إلى إلحاق جروح به، أو إلى وفاته، وما نصت عليه المادة 226 الخاصة بالإيذاء المفضي إلى الموت دون قصد الموت، وما نصت عليه المادة 229 الخاصة بإعطاء مواد سامة أو ضارة بنية الإضرار بالصحة إذا حدث منها ضرر جسيم، أو وفاة، وحالة المادة 307 التي تنص على ما إذا أدى الحريق إلى الوفاة².

وعلى هذا سارت سويسرا وغيرها من البلدان الناطقة بالألمانية³.

وبهذا نأتي على بحث هذه المسألة المتعلقة بتقسيم الجهل والغلط في هذا المطلب الخاص بالجهل والغلط المنصب على توابع الجريمة، لننتقل إلى المطلب الذي يليه (الثالث).

المطلب الثالث

الجهل والغلط المنصب على ظروف الجريمة

265- تمهيد وتقسيم

تعني ظروف الجريمة في الفقه، مجموع الوقائع التبعية، المعدلة للأثر القانوني المترتب على الجريمة، إما بالتشديد أو بالتخفيف. كسبق الإصرار في الضرب أو التردد أو حمل السلاح ولو لم يستعمل⁴. فهذه ظروف تشديد، ترفع العقوبة. ومثل السرقة إذا تناولت قطف أو أكل الثمار المملوكة للغير في الحقول، وجمع بقايا المحاصيل منها قبل أن ترفع منها بكاملها، أو جني الكروم منها، وترك مواد تعيق مجاري

¹ أنظر الدكتور محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، مرجع سابق، ص 326.

وانظر الدكتور جلال ثروت، الجريمة المتعدية القصد، مرجع سابق، ص 417.

² أنظر الدكتور عبد الرحمن حسين علي، أثر الجهل أو الغلط في القانون على المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 355.

³ أنظر الدكتور محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، مرجع سابق، ص 332.

⁴ مثلاً تنص المادة 266 من قانون العقوبات الجزائري: إذا وقع الجرح أو الضرب أو غير ذلك من أعمال العنف والاعتداءات الأخرى، ولم يؤد إلى مرض أو عجز كلي عن العمل لمدة تتجاوز خمسة عشر يوماً مع سبق الإصرار أو التردد أو مع حمل أسلحة فيعاقب الجاني بالحبس من شهرين إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 10000 دينار ويمكن مصادرة الأشياء التي استعملت أو قد تستعمل لتنفيذ المخالفة، مع مراعاة حقوق الغير ذوي النية الحسنة، فالجريمة هنا مخالفة كما سماها النص نفسه، ولكن مع ذلك تشدد العقوبة فيها كالجنح الخطيرة.

المياه والعيون بهذه الأماكن التي من شأنها أن تعيق مجاريها، فإذا كان القانون يشدد العقوبة في الحالة السابقة، فإنه في هذه الحالة على العكس من ذلك يخففها فيجعلها لا تتعدى غرامة من 100 إلى 1000 دينار و الحبس لمدة 3 أشهر إلى سنتين(المادة 361 فقرتها الأخيرة من قانون العقوبات الجزائري)، في حين أن السرقة إذا اقترنت بظروف التعدد أو الليل وحمل السلاح أو غيرها من الظروف الموصوفة في القانون تشكل جنائية قد تصل فيها العقوبة إلى الإعدام، لكن في الحالات السابقة خفف القانون هذه العقوبة كما بينت، وكما هو محدد في قانون العقوبات الجزائري. ولدراسة هذا المطلب دراسة وافية أقسمه إلى فرعين:

الفرع الأول: أنتاول فيه جهل أو غلط الفاعل في الظروف المشددة.
الفرع الثاني: أنتاول فيه جهل أو غلط الفاعل في حالة المساهمة الجنائية.
مبيناً هذه المفاهيم في الفقه والقانون، متتبعا لها في مختلف النظم بالنظر المطلوب الذي تسمح به هذه الرسالة.

266- الفرع الأول: جهل أو غلط الفاعل في الظروف المشددة

قد يكون هذا الجهل أو الغلط، إما في الظروف التي تغير من الجريمة، وإما في الظروف التي تغير من العقوبة، ولكل نوع من هذين النوعين تعريفه، وتحديد ماهيته في الفقه والقانون، وأمثله. ولبحث هذه المسألة أنتاولها في النقطتين الآتيتين:

267- أولا: جهل الفاعل أو غلطه في الظروف التي تغير من وصف الجريمة: قد يغلط الفاعل في الظروف التي تنقل الجريمة من وصف إلى آخر كحالة اقتران السرقة بظرف من الظروف كحمل السلاح فينقلها من جنحة إلى جنائية. أو اقترانها بظرفين أو أكثر كالليل أو التعدد أو غيرهما من الظروف التي تصفها المادة 353 من قانون العقوبات الجزائري¹.

- فالسرقة البسيطة التي لم تقترب بأي ظرف من الظروف التي يحددها القانون جنحة أما إذا اقترنت ببعض الظروف قد تصل فيها العقوبة إلى الإعدام وهي جنائية طبعا². والجاني لا يمكنه الاعتذار بجهله لظروف التشديد هنا.
وكذلك لا يمكنه الاعتذار، بعدم علمه مسبقا بالنتيجة في حالة ما إذا قام بالحرق العمد للممتلكات، ونتج عن الحريق قتل شخص أو إصابته بعاهة مستديمة¹.

¹نص المادة 353 من قانون العقوبات الجزائري: "يعاقب بالحبس المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة، كل من ارتكب السرقة مع توافر ظرفين على الأقل من الظروف الآتية:

1- إذا ارتكب السرقة مع استعمال العنف أو التهديد به
2- إذا ارتكب السرقة ليلا.

3- إذا ارتكب السرقة بواسطة شخصين أو أكثر.

4- إذا ارتكب السرقة بواسطة التسلق، والكسر من الخارج أو من الداخل، أو عن طريق مداخل تحت الأرض، أو باستعمال مفاتيح مصطنعة، أو بكسر الأختام، أو في المنازل أو المساكن، أو الغرف أو الدور، سواء كانت مسكونة أو غير مسكونة، أو مستعملة للسكن، أو في توابعها."

²نص المادة 351 من قانون العقوبات الجزائري: "يعاقب مرتكبو السرقة بالإعدام إذا كانوا يحملون أو يحمل أحد منهم أسلحة ظاهرة أو مخبأة حتى ولو وقعت السرقة من شخص واحد، ولم يتوافر أي ظرف مشدد آخر، وتطبق العقوبة ذاتها، إذا كان الجناة يضعون السلاح أو يضعه أحدهم في المركبة التي استقلوها إلى مكان الجريمة، أو استعملوها في تأمين فرارهم".

فمثل هذه الحالة وقعت في مصر² وتناولها الشراح واتجه الرأي إلى القول: بأنه لا يسأل من أحرق الخم إلا عن حرقه، دون موت الخادم الذي فيه، والذي لم يكن الفاعل يعلم بوجوده لأن غرضه الانتقام من صاحب الخم لا من خادمه الثاني الذي كان في الخم. وسؤاله لذلك يكون عن حرق الخم مجردا من الظروف المشددة. في حين يرى چارسون³: أنه يتعين أن يسأل عن الجريمة التي ارتكبها وعن كافة الظروف المحيطة بها، ولو لم يكن عالما بها، لأنه بارتكابه الحريق عمدا يكون قد تقبل جميع نتائج القانونية، لدخولها في نطاق قصده الاحتمالي. ورأي چارسون هذا لم يفرق بين الظروف المشددة والنتائج المتجاوزة القصد، وكلا الأمرين عادة يحرص القانون على تحديدها حصرا عملا بقاعدة عدم القياس في النصوص العقابية، وعدم التوسع في تفسيرها. ومن أمثلة الغلط المنصب على الظروف المادية المشددة أن يتوجه الفاعل لإتمام سرقة، فيقبض عليه وفي جيب معطفه مسدسه الذي وضعته زوجته دون علم منه. وكذلك قد يقوم شخص بفعل يجهل ظروف التخفيف المحيطة به وهذا ينقلنا إلى النقطة الثانية.

268- ثانيا: جهل الجاني أو غلظه في الظروف التي تغير في العقوبة: الظروف التي تغير في العقوبة هي التي تشدد فيها أو تخفف، ولا يؤدي ذلك إلى التغيير في الجرم، إذ يظل للجريمة وصفها المحدد لها في نص التجريم. ومن أمثلة ذلك: ظروف العود، وظروف صغر السن، فهذه الظروف ذات طبيعة شخصية محضة، تحدد مقدار جدارة من توافرت لديه في التخفيف أو التشديد في العقوبة، ولا تأثير على وصف الجرم⁴. يسلم الرأي الغالب في فرنسا ومصر بعدم تأثير جهل الفاعل أو غلظه في هذه الظروف على مسؤولية الجاني، إلا أن الأمر خلافا لذلك في ألمانيا⁵، والذي يرى أن احكام العود لا تنطبق على الجاني إلا إذا ثبت علمه وقت ارتكاب الفعل الجرمي اللاحق للوقائع التي أدين بها سابقا ويعد بها عائدا عند ارتكابه للجديدة. وأرى أن هذا الاتجاه يتعارض مع قواعد القصد الجنائي التي لا تعتد إلا بأركان الجريمة والشروط التي في حكمها، وذهب الدكتور عبد الرحمن علي علام في هذا الاتجاه عندما أيد تحليلا للدكتور محمود نجيب حسني، يتجه هو الآخر في هذا الاتجاه⁶. - ويشبه بهذا الموقف من جهل الجاني بصغر سنه، وقت ارتكابه الجريمة، إذ يعمل على أساس سنه الحقيقية، ولا عبرة بجهله بها أو علمه.

¹ أنظر الدكتور محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، مرجع سابق، ص 88.
² أنظر الأستاذ أحمد أمين، شرح قانون العقوبات الأهلي - القسم الخاص -، نقحها علي أحمد راشد، **بدون مكان نشر**، طبعة 1941، ص 406.

³ أنظر الأستاذ علي بدوي، الأحكام العامة في القانون الجزائي، ج1، مطبعة بدري، طبعة سنة 1938، ص 294.

⁴ أنظر الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم العام -، مرجع سابق، ص 482.

⁵ أنظر الدكتور محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، مرجع سابق، ص 86.

⁶ أنظر الدكتور عبد الرحمن حسين علي علام، أثر الجهل والغلط في القانون على المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 404

269- الفرع الثاني: الجهل والغلط في حالة المساهمة الجنائية

وأتناول بالبحث في هذا الموضوع نقطتين، أولاًهما مدى تأثر الشركاء بالجهل والغلط المتعلق بالظروف المادية للجريمة، وثانيهما : مدى تأثرهم بالجهل والغلط المتعلق بالظروف الشخصية.

270- أولاً: الجهل والغلط المنصب على الظروف المادية: اتجهت التقنيات حيال هذه

المسألة ثلاث اتجاهات، فكان اتجاه طائفة من التقنيات صراحة إلى بيان وجوب علم الشريك، والفاعل بالظروف المادية للجريمة، مبينة صراحة حكم جهلها بهذه الظروف. واتجهت الطائفة الثانية إلى عدم تطلب وجوب علم الفاعل أو الشريك بهذه الظروف مقررة أثر كليهما بوجودها رغم عدم العلم بها.

واتجهت طائفة ثالثة إلى ترك الأمر كلية للفقهاء، وأوضح الفقه حكم ذلك ، بالنظر لنصوص أخرى في هذه التقنيات. وتفصيل ذلك كما في النقاط الثلاث الآتية:

271- 1- الجهل والغلط المنصب على الظروف المادية للفاعلين والشركاء في ظل

التقنيات من الطائفة الأولى: من التقنيات التي اشترطت علم الشريك أو الفاعل الآخر بالظروف المادية حتى يمتد أثرها إليه: قانون العقوبات الإسباني الصادر سنة 1944 إذ تنص المادة 60 منه على أن: « الظروف المادية يمتد أثرها إلى جميع المساهمين بشرط أن يكونوا عالمين بها »¹.

ومن هذه التقنيات قانون العقوبات البلغاري في المادة 9، وكذا قانون العقوبات التركي في مادته 61، وقانون العقوبات الكويتي في المادة 13 منه، واليوناني في المادة 30 فقرة 2 منه². وهذه المواد تقابل نص المادة 44 من قانون العقوبات الجزائري التي تنص على أنه: «يعاقب الشريك في جناية أو جنحة بالعقوبة المقررة للجناية أو الجنحة، ولا تؤثر الظروف الشخصية التي ينتج عنها تشديد أو تخفيف العقوبة أو الإغفاء منها إلا بالنسبة للفاعل أو الشريك الذي تتصل به هذه الظروف والظروف الموضوعية للصيقة بالجريمة التي تؤدي إلى تشديد أو تخفيف العقوبة التي توقع على من ساهم فيها يترتب عنها تشديدها أو تخفيفها بحسب ما إذا كان يعلم أو لا يعلم بهذه الظروف. ولا يعاقب على الإشتراك في المخالفة على الإطلاق ».

وهذا ما ذهب إليه بعض الفقهاء في مصر، باعتبار أن الظروف المادية المشددة تأخذ حكم الأركان، وطالما لا قصد جنائي للفاعل فلا يسأل، وكذلك إذا لم يكن له علم بالظروف المادية المشددة، لكونها لصيقة بالجريمة فإذا لم يعلم بها لم يقصدها³. وذهب في هذا الاتجاه الدكتور عبد الرحمن حسين علي علام⁴ وذهب معه إلى ما ذهب إليه للتعليل الذي قام عليه هذا الاتجاه.

¹ أنظر الدكتور عبد الرحمن حسين علي علام، أثر الجهل والغلط في القانون على المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 408.

² المرجع نفسه، ص 409.

³ أنظر الدكتور محمد محمود مصطفى، أصول قانون العقوبات، بدون مكان نشر، ط1 لسنة 1970، ص 94.

⁴ أنظر الدكتور عبد الرحمن حسين علي علام، أثر الجهل والغلط في القانون على المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 411.

272- 2-الجهل والغلط المنصب على الظروف المادية للفاعلين والشركاء في ظل تقنيات الطائفة الثانية: تقنيات هذا الاتجاه لا تتطلب وجوب علم الشريك أو الفاعلين بالظروف المادية المشددة أو المخففة حتى يمكن مساءلته عنها، بل ترى سحب هذه الظروف على كافة المساهمين، سواء علموا بها أم لم يعلموا.

وهذا ما ذهب إليه قانون العقوبات الإيطالي في مادته 118 التي نصت على أن الظروف المشددة أو المخففة تسري إن كانت مادية على كافة المساهمين في الجريمة ولولم يكن العلم متوافرا لديهم أجمعين.

وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة أن سريان الظروف المادية المشددة على كافة الشركاء سواء علموا بها أو لم يعلموا بها على أساس أنها عناصر عارضة تلحق بالجريمة وترتبط بها برابطة سببية، وتؤدي إلى جسامتها، وتشدّد عقوبتها، وعلى كل من ساهم في فعل غير مشروع أن يتحمل جميع آثاره المترتبة عليه¹.

ويأخذ قانون العقوبات العراقي بهذا الاتجاه²، وفيه سار قانون العقوبات اللبناني في مادته 216، والسوري في مادته 215، والأردني في مادته 74، والمغربي في مادته 3130³. وهذا هو ما ذهب إليه أغلب الفقه في مصر.

- ويستنكره الدكتور عبد الرحمن حسين علي علام⁴. وأستنكره معه لنفس المنطق الذي يستنكره به، وكنت قد ذهبت معه في الاتجاه المخالف.

أما منطق استنكار هذا الرأي فإن من الظروف ما لا يمكن لغير من توفر فيه العلم به، وإن حاول غيره العلم فكيف يحاسب عليه من يجهله، وهو لا قصد له فيه.

273- 3-الجهل والغلط المنصب على الظروف المادية للفاعلين والشركاء في ظل تقنيات الطائفة الثالثة

هذه الطائفة من التقنيات تركت أمر علم أو جهل الفاعلين أو الشركاء بالظروف المادية المشددة للجريمة دون النص عليه صراحة.

ومن هذه التقنيات: قانون العقوبات الفرنسي، والبلجيكي، والألماني، والمصري، والليبي، والكويتي، والتونسي، والسوداني.

ويتجه الفقه في كل من فرنسا ومصر إلى أن الفاعل أو الشريك لا يؤثر علمه أو عدم علمه بهذه الظروف، إذ هي جزء من ماديّات الجريمة، وهي بمثابة مخاطر المشروع الإجرامي⁵. وبهذا يأخذ القضاء في مصر والفقه في فرنسا¹.

¹ أنظر الدكتور محمد هشام أبو الفتوح بدوي، النظرية العامة للظروف المشددة، رسالة مقدمة بجامعة القاهرة، سنة 1980، ص 396.

² نص المادة 51 من قانون العقوبات العراقي: إذا توافرت في الجريمة ظروف مادية من شأنها تشديد العقوبة أو تخفيفها سرت آثارها على كل من ساهم في ارتكابها فاعلا أو شريكا علم بها أو لم يعلمن أما إذا توافرت ظروف مشددة شخصية سهلت ارتكاب الجريمة فلا تسري على غير صاحبها، إلا إذا كان عالما بها، أما ما عدا ذلك من الظروف فلا يتعدى أثرها شخص من تعلقت به، سواء كانت ظروفًا مشددة أو مخففة.

³ هذه المواد تتشابه في صياغتها بخصوص هذه المسألة.

⁴ أنظر الدكتور عبد الرحمن حسين علي علام، أثر الجهل أو الغلط في القانون على المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 214 - 216.

⁵ أنظر الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم العام -، مرجع سابق، ص 436.

وأنظر الدكتور سعيد مصطفى سعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 584.

غير أن من الشراح في مصر من قال أن الفاعل والشريك مسؤولان عن الظروف المادية التي لا يعلمانها يستنتج من مفهوم المخالفة للمادة 41 من قانون العقوبات المصري، وكذا من نص المادة 69 من قانون العقوبات البلجيكي و50 فقرة 2 ألماني و99 و110 ليبي.² ويعارض الدكتور عبد الرحمن حسين علي علام هذا الاتجاه وأعارضه معه، استنادا للمبرر الذي يراه، من أن قانون العقوبات لا يتوسع في تفسير نصوصه، ولا يقاس عليها. وأضيف إلى هذا أنه بالخصوص وأن التفسير بهذه الطريقة يسوئ من حال المتهم، والمتهم له الحق في حالة ما إذا كانت ضرورة للتفسير أو القياس، أن يكون ذلك لصالحه، كما يفسر الشك لصالحه. وهذا كله احتراماً لقاعدة أن لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص حماية للحريات التي هي أعلى من كل شيء. وحتى لا تعبت بها الأمزجة. والرأي الذي يتجه إلى وجوب أن تحدد القوانين بنصوص صريحة عدم تأثر الفاعل أو الشريك بالظروف المادية المشددة إلا إذا كان يعلمها، هو في نظري الأصوب.

274- ثانياً: الجهل والغلط المنصب على الظروف الشخصية

الظروف الشخصية المحيطة بالجريمة، على عكس الظروف المادية، فهذه تأخذ الطابع الشخصي للفاعل أو الشريك، ومثالها صفة القرابة أو العلاقة الشرعية الأخرى في جريمة الاغتصاب، وكذا صفة القرابة في الفعل المخل بالحياة أو هتك العرض في قانون العقوبات الجزائري التي نصها: «إذا كان الجاني من أصول من وقع عليه الفعل المخل بالحياة أو هتك العرض أو من فئة من لهم سلطة عليه، أو كان من معلميه، أو ممن يخدمونه بأجر أو كان خادماً بأجر لدى الأشخاص المبيينين عليه أو كان موظفاً، أو من رجال الدين، أو إذا كان الجاني مهما كانت صفته قد استعان في ارتكاب الجناية بشخص أو أكثر فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة، في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 334، والسجن المؤبد في الحالتين المنصوص عليهما في المادتين 335 و336»، ونص القانون المصري للعقوبات على الجهل والغلط المنصب على ظروف الجاني أو الشريك الشخصية في مواد كثيرة منها المادة 317 التي تصف الموظف العمومي وتجعل وصفه مشدداً للعقاب عليه في جرم التزوير، وقد نص القانون الجزائري للعقوبات على ذلك أيضاً في المادة 214 منه. ويطرح الفقه المسألة في نقاط ثلاثة هي :

جهل أو غلط الفاعل بأحوال وظروف الفاعل الآخر، وجهل أو غلط شريك في أحوال الفاعل، وجهل أو غلط فاعل أو شريك في أحوال الشريك الآخر، وأتناول هذه النقاط تفصيلاً.

وانظر الدكتور أحمد عبد العزيز الألفي، شرح قانون العقوبات - القسم العام، - بدون مكان نشر، طبعة سنة 1976، ص 329.

وانظر الدكتور رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، مرجع سابق، ص 718.
v.Bouzat(P.) et Pinatel(J.): Droit pénal, op.cit.,p.766.

¹أنظر الدكتور عبد الرحمن حسين علام، أثر الجهل أو الغلط في القانون على المسؤولية الجنائية ، مرجع سابق، ص 419.

²أنظر الدكتور أحمد عبد العزيز الألفي، شرح قانون العقوبات - القسم العام، - مرجع سابق، ص 332.

275- 1 جهل أو غلط الفاعل في أحوال فاعل آخر: وهو كالحالة التي نص عليها قانون العقوبات المصري في المادة 39 التي تنص على أنه: «... ومع ذلك إذا وجدت أحوال خاصة بأحد الفاعلين يقتصر تغيير وصف الجريمة أو العقوبة بالنسبة له، فلا يتعدى أثرها إلى غيره منهم، وكذلك الحال إذا تغير الوصف باعتبار قصد مرتكب الجريمة أو كيفية علمه بها»، وإلى هذا ذهب القانون الألماني للعقوبات في المادة 50 منه والإسباني في المادة 60 منه، واليوغسلافي في المادة 32، والسوداني في المادة 81، والجزائري في المادة 444 التي مرت معنا¹.
ويأخذ القانون الإيطالي بمبدأ استقلال كل فاعل بظروفه الشخصية².

276 - 2 جهل أو غلط الشريك بظروف الفاعل

القاعدة أنه لا تأثير على الشريك من الأحوال الخاصة بالفاعل التي تقتضي تغيير وصف الجريمة، إذا كان الشريك غير عالم بتلك الأحوال فهذا هو فحوى المادة 41 من قانون العقوبات المصري، ولكن مثل هذه المادة لا توضح الأحوال التي تتغير فيها العقوبة كحالة عدم بلوغ أحد الفاعلين سن الرشد. ويرجع في هذا إلى القواعد العامة حيث لا يطبق على القاصر إلا تدابير الأمن إذا كان دون سن الثالثة عشر، ونصف عقوبة الرشد إذا كانت سنه ما بين 13 و18 سنة³.
وكذلك لا عبرة بعود الفاعل علمها الشريك أو لم يعلمها.

أما الظروف التي تغير وصف الجريمة، فيحاسب بها الشريك إن علمها كحال من يشترك مع شخص آخر ليقول أباه، فإذا علم الشريك بأن المجني عليه أب للفاعل الأصلي يؤخذ

¹ أنظر الدكتور محمود نجيب حسني، المساهمة الجنائية في التشريعات العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 374، وشرحه لقانون العقوبات - القسم العام -، مرجع سابق، ص 437.

وانظر الدكتور أحمد فتحي سرور، أصول قانون العقوبات، دار الفكر العربي، طبعة 1973.

² أنظر الدكتور محمد هشام أبو الفتوح، مرجع سابق، ص 486 و490.

³ نص المادة 444 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري: "لا يجوز في مواد الجنايات والجناح أن يتخذ ضد الحدث الذي لم يبلغ الثالثة عشر إلا تدبيراً أو أكثر، من تدابير الحماية والتهديب الآتي بيانه:

- 1- تسليمه لوالديه أو لوصيه أو لشخص جدير بالثقة.
- 2- تطبيق نظام الإفراج المشروط عنه ووضعه تحت الرقابة القضائية.
- 3- وضعه في منظمة أو مؤسسة عامة أو خاصة معدة للتهديب أو التكوين المهني مؤهلة لهذا الغرض.
- 4- وضعه في مؤسسة طبية أو طبية تربوية مؤهلة لذلك.
- 5- وضعه في مصلحة عمومية مكلفة بالمساعدة.
- 6- وضعه في مدرسة داخلية صالحة لإيواء الأحداث المجرمين في سن الدراسة.

غير أنه يجوز أن يتخذ كذلك في شأن الحدث الذي يتجاوز عمره 13 سنة تدبير يرمي إلى وضعه في مؤسسة عامة للتهديب تحت المراقبة أو التربية الإصلاحية.

ويتعين في جميع الأحوال أن يكون الحكم بالتدابير المذكورة آنفاً لمدة معينة لا يجوز أن تتجاوز التاريخ الذي يبلغ فيه القاصر سن الرشد.

نص المادة 445: "يجوز لجهة الحكم بصفة استثنائية بالنسبة للأحداث البالغين أكثر من 13 سنة أن تستبدل أو تستكمل التدابير المنصوص عليها في المادة 444 بعقوبة الغرامة أو الحبس المنصوص عليها في المادة 50 من قانون العقوبات. إذا ما رأت ذلك ضروريا نظرا للظروف أو لشخصية المجرم الحدث على أن يكون ذلك بقرار توضح فيه أسبابه خصيصا بشأن هذه النقطة."

على الجريمة بوصفها مشددة¹، بل ويذهب الفقه الفرنسي إلى مؤاخذته حتى ولو لم يعلم وكذا القضاء الفرنسي².

ولأن هذا الوضع في فرنسا يسوئ وضع الشريك لدرجة شديدة غير عادلة، ذهب التقنيان الحديثان إلى النص على أنه: لا يؤاخذ الشريك على الظروف الشخصية التي لا يعلم بها للفاعل الأصلي³. وإلى هذا ذهب الفقه والقضاء في مصر إذ المادة 41 فقرة أولى من قانون العقوبات المصري تنص على هذا الحكم فتقول: «... ومع هذا (أولا) لا تأثير على الشريك من الأحوال الخاصة بالفاعل التي تقتضي تغيير وصف الجريمة إذا كان الشريك غير عالم بتلك الأحوال...» وهذا ما ذهب إليه قانون العقوبات العراقي في المادة 51 فقرة 2.

277- 3 جهل أو غلط فاعل أو شريك في أحوال الشريك الآخر: هذه المسألة تناولها الفقهاء وذهبوا فيها مذهبين، مذهب يقول بنظرية استعارة الشريك لفعله من الفاعل الأصلي، ونظرية تقول باستقلال فعل الشريك عن فعل الفاعل الأصلي. ويفرق الدكتور عبد الرحمن حسين علي علام⁴ في الحالة ما إذا كان الشريك طبيبا، بين ما إذا استعين به لكونه طبيبا أو مجرد شريك عادي في الجريمة. في الحالة الأولى يرى أن لا تطبق عليه نظرية استعارة إجرامه من إجرام الفاعل الأصلي، وفي الحالة الثانية تطبق عليه هذه النظرية. ورأيه هذا أستسيغه إذ لا أرى علاقة بين تعاونهما في ضرب حامل فتجهض وكونه طبيبا أم غير طبيب، وإن كان المقصود الإجهاض للإجهاض لا بسبب الضرب، ولكن يقع هذا وذاك، وحتى الإجهاض للإجهاض قد يشارك فيه طبيب ليس بوصفه طبيبا لكن كإنسان يعنيه هذا الإجهاض، وتعنيه مساعدة الفاعل الأصلي بصفته إنسانا لا بصفته طبيبا، ويظهر عمله فعلا على مسرح الجريمة على هذا الأساس، أما إذا تعامل بوصفه طبيبا فعقوبته تكون العقوبة المقررة للطبيب طبعا.

المطلب الرابع **الجهل والغلط المنصب على العناصر غير الجوهرية**

278- تمهيد وتقسيم

العناصر غير الجوهرية هي العناصر العارضة التي لا تدخل بنيان الجريمة أي في تكوينها القانوني، ومن أمثلتها شروط العقاب والظروف المخففة أو المشددة التي تغير في العقوبة، وعناصر الأهلية الجنائية. ولبحث هذه المسألة يتعين تقسيم المطلب إلى ثلاثة فروع:

¹مجموعة القواعد القانونية في 25 سنة، ص 64، بند 95.

²V.Vidal (J.)et Magnol(J.):Cours de droit criminel et des sciences pénitentiaires, op.cit, p.592.

V.Donnedieu de vabre (H.), Traité de criminel et de législation pénale comparé, op.cit.p.260.

³أنظر الدكتور عبد الرحمن حسين علي علام، أثر الجهل أو الغلط في القانون على المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 433.

⁴أنظر الدكتور عبد الرحمن حسين علي علام، أثر الجهل أو الغلط في القانون على المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 441.

الفرع الأول: الجهل أو الغلط في شروط العقاب.
الفرع الثاني: الجهل أو الغلط في عناصر الأهلية الجنائية.
الفرع الثالث: الجهل أو الغلط في الظروف المشددة أو المخففة.
مبيناً ذلك في الفقه والقضاء والنصوص القانونية في عدة دول تمثل عينات عن الموضوع.

279- الفرع الأول: الجهل والغلط في شروط العقاب

شروط العقاب هي شروط يلزم تحققها لكي يستحق فاعل الجريمة العقاب. والفقه بشأن شروط العقاب يتجه اتجاهين: أولهما يعتبر شروط العقاب بمثابة أحد عناصر الجريمة، إذ هي بمثابة أحداث مستقلة عن السلوك الإجرامي¹ وخارجة عنه أو معاصرة له، أو لاحقة له، لا يتوقف وقوعها على إرادة صاحب السلوك، ومع هذا يلزم تحققها في سبيل استحقاق الجاني العقاب، وهذا الرأي لبعض الفقهاء الإيطاليين مثل متريني وأنتلوزي... ويستند هذا الرأي إلى المادة 44 من قانون العقوبات الإيطالي التي نصها: «إذا كان القانون يتطلب للعقاب على الجريمة تحقق شروط يسأل فاعل الجريمة عنها، ولو كان الحدث متوقفاً عليه تحقق شرط غير مقصود من جانبه»². ويستفاد من هذه المادة أن شرط العقاب أمر لاحق لوجود جريمة متكاملة الأركان، ووجوده شرط لا لكي توجد الجريمة ولكن لكي يستحق فاعلها العقاب، وهذا هو الرأي الغالب في الفقه المصري³، ولا يشترط علم الجاني بهذه الشروط لتحقيق القصد الجنائي عند الجاني، وبالتالي لا قيمة لجهل الجاني بها⁴.

280- الفرع الثاني: الجهل أو الغلط في عناصر الأهلية الجنائية

من المعلوم أنه ليس كل إنسان تتوفر فيه الأهلية لكي يحمل المسؤولية الجنائية بل لابد من توافر بعض الصفات في الجاني حتى يكون أهلاً للمساءلة الجنائية، وهذه الصفات هي حياته أولاً ثم إدراكه، واختياره الحر من غير إكراه ملجئ له، وتوافر ملكتي الإرادة والاختيار لدى الإنسان هما مناط أهلية الأداء الجنائي لديه، كما أن الحياة هي أهلية الوجوب الجنائية لديه.

ويطلق فقهاء الفقه الجنائي على أهلية الأداء الجنائية أهلية العقوبة، أو أهلية الإسناد، أي إسناد المسؤولية الجزائية عن الواقعة الإجرامية لمرتكبها، فأهلية الإسناد إذا مناطها توافر عناصر نفسية ذات طبيعة ذهنية تمكن الجاني من فهم فعله، ومدى خطورته على الآخرين، وتمكن الجاني أخيراً من السيطرة على أفعاله، وتوجيهها لغاياته. فمتى توافرت لديه هاتين الملكتين معا يكون أهلاً لتحمل المسؤولية الجنائية.

¹ في القانون الإيطالي: إذا دبر أحد إفلاسه بالتدليس لا يطبق عليه العقاب إلا إذا توقف فعلاً عن الدفع للدائنين، المادة 641 من قانون العقوبات الإيطالي.

أنظر الدكتور محمد زكي محمود، آثار الجهل والغلط، مرجع سابق، ص 397.

² أنظر الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم - العام، مرجع سابق، ص 53.

³ نفس الصفحة من نفس المرجع.

⁴ أنظر الدكتور محمد زكي محمود، آثار الجهل والغلط، مرجع سابق، ص 396.

وتحدد القوانين عادة سن تحمل المسؤولية الجزائية بسبع سنين، كما هو الحال في مصر¹، وقانون الإجراءات الجزائية الجزائري سكت عن وضع الحدث ما قبل الثالثة عشر من السنين لكن ماهو جار عليه العمل تقليدا أن متابعة الحدث لا تتم إذا كان دون السادسة من السنين باعتبار هذه السن يحصل معها التمييز، كان هذا هو المتبع في القضاء الجزائري بل وبعض النيابة تابعت أحداثا حتى دون هذه السن وهي سن الدراسة²، وكان الموضوع محل نقد واستنكار، ولما صدر قانون حماية الطفل رقم 01/14 حدد في المادة 49 منه سن إمكان متابعة الحدث بـ 10 سنوات. والتقنين الفرنسي للأحداث كذلك الصادر سنة 1945 يجعل سن التمييز عند الثانية عشر، وقانون العقوبات اليوناني المادة 121 منه تحدد السن بـ 12 سنة، والقانون الليبي للعقوبات يحدد هذه السن بـ 14 سنة في المادة 83 منه، وقانون عقوبات رومانيا يحدد السن بـ 14 سنة في المادة 99 منه³.

وأرى أن هذه القوانين تحدد هذه السن لإمكانية تسليط العقوبة زيادة على تدابير الأمن، أما تدابير الأمن فالسن التي معها يخضع لها الحدث دون ذلك، وتتراوح مع سن الدراسة تقريبا كما كان عليه الوضع في الجزائر سابقا، أو تجعل هذا السن لإمكان المتابعة الجزائية.

والجهل أو الغلط في العناصر المتعلقة بالأهلية الجنائية لا يؤخذ به لكونها موضوعية.

281- الفرع الثالث: الجهل والغلط في الظروف التي تغير في العقوبة

هذه الظروف ذات طبيعة شخصية محضة، وتغيير العقوبة قد يكون بالتشديد كما في العود، وقد يكون بالتخفيف كما في حالة صغر السن، فصغر السن عذر أو ظرف مخفف، وقد يكون مانعا للمسؤولية إذا كان الصغير دون سن التمييز 6 سنوات عندنا في الجزائر، قبل صدور القانون 01-14 المتعلق بحماية الطفل، الذي رفع السن إلى 10 سنوات. ولا ينظر إلى علمه ولا إلى جهله بذلك⁴. كما لا ينظر إلى علم ولا جهل العائد بأنه في حالة العود أو أن العود يشدد عليه العقاب⁵.

¹ أنظر الدكتور فوزية عبد الستار، المعاملة الجنائية للأطفال، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، طبعة سنة 1977، ص 6.

² أنظر على سبيل المثال عبد القادر قواسمية، جنوح الأحداث في التشريع الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، بدون سنة نشر، ص 42 و 43.

³ أنظر الدكتور عبد الرحمن حسين علي علام، أثر الجهل والغلط في القانون على المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، هامش ص 453.

⁴ أنظر الدكتور عبد الرحمن حسين علي علام، أثر الجهل أو الغلط في القانون على المسؤولية الجنائية، مرجع سابق ص 456 و 457.

⁵ أنظره في الصفحة 457 وأنظر الدكتور نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، مرجع سابق، ص 87. وأنظر الدكتور مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات - القسم العام -، مرجع سابق، ص 347.

وأنظر الدكتور سعيد مصطفى سعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 415.

المبحث الثالث

أثر الجهل والغلط على كل من المسؤولين الجنائي والمدنية

282- تمهيد وتقسيم

من المعلوم في القانون الجنائي أن كل جريمة تتكون من عناصر مادية، وأخرى معنوية أو نفسية.

والعناصر المادية للجريمة تتكون من الفعل والنتيجة وعلاقة السببية بينهما.

والعناصر المعنوية تتكون من العلاقة النفسية التي تربط بين الفاعل والواقعة الإجرامية.

- وهي التي يطلق عليها في القانون والفقه الجنائيين الخطأ بمفهومه الواسع.

والخطأ درجتان، درجة أشد إثماً جنائياً وإذناً، وتسمى القصد الجنائي، ودرجة أخف إثماً وأقل إذناً وتسمى الخطأ غير العمدى.

ويحصل الخطأ العمدى أو ما يسمى في الفقه والقانون الجنائيين: القصد الجنائي، متى أراد الفاعل الفعل المكون للجريمة، وتمثل أو توقع نتيجة فعله، ووجه إرادته لتحقيق تلك النتيجة.

ويحصل الخطأ غير العمدى، متى أراد الفاعل فعله ولكنه لم يتمثل أو يتوقع نتيجة الفعل، وإنما كان في الإمكان تمثلها وتوقعها، أو كان ذلك واجباً عليه.

وإذا كان إهمال الجاني أو عدم انتباهه، غير معاقب عليه أحياناً كجريمة خطئية، تنتفي في حق صاحبها كل مسؤولية جزائية. ومع ذلك فإنه إن ترتب على خطئه أي ضرر للغير، مهما كان الخطأ بسيطاً وبحسن نية، وحتى إن كان تحت قوة لا قبل له بها أو ارتكبه من لا يتحمل المسؤولية عن أفعاله، فإنه يلزم من صدر الخطأ أو المسؤول عنه مدنياً بتعويض المضرور منه طبقاً لقواعد المسؤولية المدنية.

وإذا كان الأصل أن القانون الجنائي يعاقب على الجرائم العمدية، والجرائم غير العمدية المقترنة بالإهمال، وعدم الانتباه، فإنه إن تجردت الواقعة من أي عنصر نفسي، كما لو كانت وليدة القوة القاهرة، ففي مثل هذه الحالة تنعدم الواقعة الإجرامية، إذ لا يمكن أن ينسب لإنسان أنه أتى فعلاً، إذا كان مجرد آلة نفذ بها الفعل، وهنا تنتفي الجريمة في حقه.

ويتجه الفقه المقارن¹ إلى قياس الغلط الحتمي بالقوة القاهرة، من حيث الأثر، إذ بسبب الغلط الحتمي ينتفي كل أثر للإثم الجنائي أو ما يعرف بالإذنب، وعلى العكس من ذلك إذا كان الجهل أو الغلط مما يمكن تجنبه، فإن كان الجاني لا يسأل عن الواقعة المرتكبة على أساس أنها جريمة عمدية، فإن مسؤوليته على الخطأ تظل قائمة، ولذلك فإنه يسأل عن جريمة الخطأ، إن كان القانون يعاقب عنها متى اقترنت بالإهمال وعدم أخذ الحيطة والحذر اللازمين وحتى وإن كانت مجرد ممنوعة، كما في قواعد المرور.

ففي كل فرض من افتراضات الجهل والغلط المنصبيين على العناصر الجوهرية للجريمة، فإن تأثيرهما على المسؤولية يختلف حسب ما إذا كان يمنع كل خطأ، أو يمنع فقط القصد ويبقى الخطأ، أو يمنع الركن المادي ويبقى القصد.

وعلى ذلك يتعين تقسيم هذا المبحث إلى 05 مطالب كالاتي:

المطلب الأول: الجهل أو الخطأ الذي يمنع كل مسؤولية.

¹ أنظر الدكتور عبد الرحمن حسين علي علام، أثر الجهل أو الغلط في القانون على المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 232.

المطلب الثاني: الجهل أو الغلط الذي يمنع المسؤولية العمدية ويبقي الخطئية.
المطلب الثالث: الجهل أو الغلط في نطاق الجريمة المستحيلة.
المطلب الرابع: الجهل أو الخطأ الذي لا تأثير له.
المطلب الخامس: الجهل والغلط في توابع الجريمة.
متتبعا التفاصيل التي يطرحها كل مطلب ومفصلا لها بالقدر اللازم، الذي يسمح به هذا البحث.

المطلب الأول الجهل أو الغلط الذي يمنع كل مسؤولية

283- تمهيد وتقسيم

عرفنا في الفقرة السابقة أن الجهل أو الغلط المانع لكل مسؤولية جنائية لدى الجاني، هو الجهل أو الغلط الحتمي، أي الذي لا يمكن تجنبه من قبل الرجل المعتاد. فهذا النوع من الجهل والغلط هو الذي ذهب بشأنه رأي في الفقه إلى القول: بامتناع كل خطأ جنائي فيه، إذ أنه بمثابة الحادث العرضي أو المفاجئ الذي لا يمكن تجنبه، ولا دفعه. وذهب بشأنه رأي ثان في الفقه إلى القول: أن هذا النوع من الجهل والغلط لا يؤثر على الركن المعنوي فقط للجريمة، ولكن أثره ينصرف إلى الركن المادي لها، ويمكن بسببه أن ينسب إلى الفاعل أنه أتى فعلا. وبالتالي فلا محل معه للبحث في الركن المعنوي للجريمة. ولإجلاء المسألة، تعين لي أن أبحثها في فروع أربعة، أقسم عليها هذا المطلب، كما يلي:
الفرع الأول: رأي الفقه المقارن في الجهل أو الغلط الذي يمنع كل مسؤولية.
الفرع الثاني: وجهة النظر المعارضة للرأي الأول.
الفرع الثالث: وجهة نظر الدكتور عبد الرحمن حسين علي علام.
الفرع الرابع: رأيي في المسألة.
مركزا خاصة على المسؤولية في بحثي لهذه الآراء.

284- الفرع الأول: رأي الفقه المقارن في الجهل أو الغلط الذي يمنع كل مسؤولية

يرى الفقيه راديلسكو¹ إستنادا إلى رأي فقهاء آخرين من أمثال روكس، ولابورد، وفيليبي: أن الجهل والغلط الحتميين ينتفي معهما كل إثم، ولا مسؤولية على من وقع فيهما من الناحية الجزائية، وفي هذا يقول لابورد²: أن الإرادة هي أصل كل جريمة وبدونها لا يمكن القول بإذئاب الجاني. وأن الجهل أو الغلط الحتمي المنصب على الوقائع المادية المكونة للجريمة هو مجال الجهل والغلط الحتميين، وهما سبب انعدام المسؤولية الجنائية. وفي هذا الاتجاه سار القضاء الفرنسي، الذي قرر أنه يمتنع كل خطأ جنائي، ولا تقوم الجريمة مع الجهل أو الغلط الحتمي، إذ لا جريمة دون خطأ³. والجهل والغلط الحتميان ينفيان الإرادة⁴، ويعدمانها، وبالتالي يعدمان الخطأ.

¹ V.Radulesco(J.): L'influence de l'erreur sur la responsabilité pénale, op.cit., p.115.

² V.Labord (A.): l'élément moral dans les infractions non intentionnelles, op.cit., p.252.

³ V.Radulesco(J.):L'influence de l'erreur sur la responsabilité pénale, op.cit., pp.116-117-118-119.

⁴ أنظر الدكتور عبد الرحمن حسين علي علام: أثر الجهل أو الغلط في القانون على المسؤولية الجنائية مرجع سابق، ص 63 و 64 .

285- الفرع الثاني: وجهة النظر المعارضة للرأي الأول

إذا كان أنصار الاتجاه الأول يقولون بأن الجهل أو الغلط يؤثران على المسؤولية الجنائية إذا كانا حتميين، إذ ينصرف أثرهما إلى الركن المعنوي للجريمة فيعدم الإرادة، ويمنع الخطأ.

فإن هذا الاتجاه يرى أتباعه انتفاء المسؤولية الجنائية بسبب الجهل والغلط كذلك، ولكنهم يرون أن أثر الجهل والغلط لا ينصرف إلى الركن المعنوي، إنما ينصرف إلى رابطة الارتكاب المادي بين الجاني والواقع، وهذا هو سبب عدم قيام مسؤوليته¹، وليس إعدام إرادته هو سبب عدم قيام المسؤولية في جانبه، ويرون أن الجهل والغلط لا يعلمان إلا علم الجاني بالأفعال المجرمة، دون أن يمسا إرادته بشيء مستعنيين في أقوالهم هذه بتحاليل علماء النفس².

286- الفرع الثالث: وجهة نظر الدكتور عبد الرحمن حسين علي علام

يذهب هذا الباحث إلى أن وجهتي النظر السابقتين، الاختلاف بينهما مجرد اختلاف في الطريق التي يصلان عبرها إلى أن الجهل أو الغلط انصب على الركن المادي للجريمة، لذلك انعدمت.

فعبر طريق الاتجاه الأول، انصرف الجهل أو الغلط إلى إرادة إحداث الواقعة الإجرامية، فمحا الواقعة لما لم تتجه إليها الإرادة. وهو أثر على الركن المادي.

وعبر طريق الاتجاه الثاني يمر الجهل أو الغلط عبر بيان أثرهما الحتمي المنصب على الحدث الإجرامي، وكيفية تحقيق هذا الأثر. ويصل إلى أنه لا خلاف بين الاتجاهين لكون أثر الجهل أو الغلط الحتميين ينصرف في كلتا الحالتين إلى الركن المادي، ومن ثم تتعدم مسؤولية الجاني لعدم إمكان نسبة الواقعة التي تحققت إليه، لأنه لم يقم في جانبه أي خطأ³.

287- الفرع الرابع: رأي في المسألة

أرى خلافا للدكتور عبد الرحمن حسين علي علام أن الاتجاهين في الفقه المقارن الذين ناقشتهم في الفرع الأول والثاني من هذا المطلب يختلفان اختلافا جوهريا، وإن كانا يتفقان في نفي المسؤولية عن مرتكب الوقائع، إن كان سبب وقوعه في ارتكابها هو وقوعه قبل ذلك في جهل أو غلط حتمي.

فمع اتفاقهما على هذه النتيجة، فإنهما يختلفان من حيث قولهما بالطريق الموصول إليها، ففي حين يرى أتباع الرأي الأول: أن طريق تأثير الجهل أو الغلط في نفي الصفة الإجرامية على الفعل يمر عبر الركن المعنوي معدما الإرادة.

يرى أتباع الاتجاه الثاني: أن الطريق الذي يمر به الجهل أو الغلط إلى أن نفي الصفة الإجرامية عن الفعل هو طريق عدم الارتكاب المادي بين الجاني والواقع، موضحين قولهم هذا: (عدم الارتكاب المادي)، بأن المعنى: أن الفاعل لم يرتكب ولم يباشر ذات

¹ أنظر نفس الصفحات من نفس المرجعين السابقين.

² أنظر الدكتور أبو مدين الشافعي، **الانتباه** الإرادي، بدون مكان نشر، طبعة سنة 1946، ص 19، 20، 21.

³ أنظر الدكتور عبد الرحمن حسين علي علام، أثر الجهل أو الغلط في القانون على المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 244 و 245.

الفعل أو السلوك المكون للجريمة حتى يسأل عنه بعد ذلك إن كان قد صدر عنه إرادياً، أو من غير إرادته¹.

وهذا ولا شك خلاف جوهرى بين الرأيين، سها عنه الدكتور عبد الرحمن مع احترامى له وإن كان الرأيان يتفقان فعلا على نفي المسؤولية عن الفعل بسبب الجهل والغلط الحتميين، وهو الهدف من كل هذه الآراء.

المطلب الثاني

الجهل والغلط الذي يمنع المسؤولية العمدية ويبقى الخطئية

288- تمهيد وتقسيم

الركن المعنوي في الجرائم العمدية هو القصد الجنائي، وفي الجرائم التي تقوم على مجرد الخطأ هو الخطأ نفسه.

فالجهل أو الغلط المنصب على الوقائع الجوهرية لاشك في أنه يحذف القصد الجرمي، أي الركن المعنوي للجريمة. ويتوقف الأمر بعد ذلك على إرادة المشرع، فإذا كان لا يعاقب على الجريمة إلا في صورتها العمدية، ففي هذه الحالة فإن الجهل والغلط ينفيان المسؤولية مطلقاً من الناحية الجزائية، وتبقى من الناحية المدنية إن كان الفعل أضر بالغير. أما إن كان المشرع يجرم الفعل إن ارتكب خطأ بالإهمال أو الرعونة، أو عدم أخذ الحيطة والحذر اللازمين، أو عدم احترام اللوائح، فإن جهل الجاني هنا أو غلطه إن كانا ينفيان المسؤولية العمدية الجنائية فإنهما يبقيان المسؤولية الخطئية الجنائية.

ولحسن دراسة هذا المطلب وبحثه، أقسمه إلى فرعين، أتناول بالبحث في أولهما: انتفاء القصد الجنائي والمسؤولية الجنائية بالجهل أو الغلط الجوهرى. وفي ثانيهما: انتفاء القصد الجنائي والمسؤولية الجنائية العمدية، وبقاء المسؤولية الجنائية الخطئية كأثر للجهل أو الغلط الجوهرى.

289- الفرع الأول: انتفاء القصد الجنائي والمسؤولية الجنائية بالجهل أو الغلط الجوهرى

المرجع في المسؤولية عن الأفعال الجرمية أو عدم المسؤولية عنها تأثراً بالجهل أو الغلط الجوهريين، هو النص القانوني، فإن كان القانون لا يعاقب إلا على الجريمة التي ارتكبت عمداً، فإن جهل أو غلط الجاني ينفي مسؤوليته عنها، طالما لا تقوم الجريمة إلا عمداً.

وأمثلة هذه الجريمة كثيرة، وهي الغالبة في قوانين العقوبات، فجرائم السرقة والتزوير، والزنا وانتهاك العرض، والبلاغ الكاذب، ومختلف الفواحش، وابتزازات الأموال، والرشوة لا تكون إلا عمداً. وهذه كلها تتأثر بالجهل والغلط الجوهريين، وتنتفي مسؤولية الفاعل فيها بهما.

¹ أنظر الدكتور محمد زكي محمود، آثار الجهل والغلط في المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 64.
وانظر الدكتور عبد الرحمن حسين علي علام، أثر الجهل أو الغلط في القانون على المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 240.

لكن تنثور مشاكل في هذه المسألة كالعلم بصفة المجني عليه¹ وحاله في جرائم العرض، والعلم بصفة الشخص المقدمة إليه الرشوة في جرائم إرشاء الموظفين. وعالج الفقه والقضاء هذه المشاكل² ولنا فيها ما نقوله من موقف الفقه والقضاء تجاههما في النقطتين الآتيتين:

290- أولاً: افتراض العلم بصفة المجني عليه، وأثر الجهل والغلط على انتفاء القصد الجنائي، وبالتالي المسؤولية الجنائية

حتى تقوم الجريمة العمدية بقيام القصد الجنائي، لا بد وأن يعلم الجاني بالصفات التي يتطلبها القانون في المجني عليه، وإلا إن جهلها أو غلط فيها فإن قصده الجنائي ينتفي، وتنتفي مسؤوليته الجنائية بالتالي، متى كانت هذه الصفات تمثل عناصر جوهرية لازمة لبيان الجريمة.

وجاء قضاء محكمة النقض المصرية يشترط لقبول الدفع بجهل الجاني لسن المجني عليه أي أنه لم يبلغ 18 سنة كاملة في جريمة هتك العرض، أن هذا الدفع لا يقبل متى لم يثبت الجاني أن ظروف استثنائية أوقعت في الجهل بسن المجني عليه وجعلته من المستحيل أن يقف على الحقيقة³.

في الحين الذي كان فيه الفقه في مصر يقول بأن الجهل أو الغلط بسن المجني عليه غلط جوهري لأهمية السن في مثل هذه الجرائم ويجعل الجهل به أو الغلط فيه ينفي المسؤولية الجنائية⁴.

291- ثانياً: افتراض العلم بصفة الموظف حتى تقوم جريمة إرشاء الموظف

هذه الجريمة يرى الفقه والقضاء أنها لا تقوم تجاه من يقدم العطية إلا إذا علم أن من قدمها له موظف، وأن يكون تقديمها له ليخل بواجبات وظيفته. أما فعل تقديم العطية أو الوعد بها في حد ذاته، أو تلقيها وقبولها كذلك في حد ذاته لا تقوم عليه أية مسؤولية جزائية، أما المسؤولية المدنية، فلا محل لها هنا، لأنه ليس هناك من متضرر يقتضى تعويضه.

وهذا ما عليه القضاء في كل من مصر وفرنسا⁵.

¹ أنظر الدكتور محمد زكي محمود، آثار الجهل والغلط في المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 172 فما فوق. وانظر الدكتور عبد الرحمن حسين علي علام، أثر الجهل أو الغلط في القانون على المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 257 فما فوق.

² أنظر الدكتور محمد زكي محمود، آثار الجهل والغلط في المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 170 و 171. وانظر الدكتور عبد الرحمن حسين علي علام، أثر الجهل والغلط في القانون على المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 271 و 272.

³ أنظر مجموعة أحكام النقض سنة 13، رقم 130، ص 510، نقض 11 / 4 / 70 ومجموعة أحكام النقض سنة 22، رقم 86، ص 350.

وانظر الدكتور محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، مرجع سابق، ص 77.

⁴ أنظر الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - جرائم الإعتداء على الأشخاص، طبعة سنة 1978، ص 402.

وانظر الدكتور محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات - القسم العام -، مرجع سابق، ص 322.

وانظر ه أيضاً في، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص -، طبعة سنة 1974، ص 322.

⁵ أنظر مجموعة أحكام النقض سنة 21، رقم 49، ص 200.

وانظر الدكتور رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، مرجع سابق، ص 758.

وجريمة الغدر كذلك ينفيها عدم علم من حصل أكثر مما ينبغي من الأموال إذا كان فعله هذا تحت تأثير الجهل بما عمل أو الغلط فيه¹.

292- الفرع الثاني: انتفاء القصد والمسؤولية العمدية وبقاء المسؤولية الخطئية كأثر للجهل أو الغلط

إذا كان المرجع كما قلنا في أثر الجهل أو الغلط على المسؤولية الجنائية، هو نص التجريم، الذي يتحدد منه، ما إذا ينفي الجهل أو الغلط كل مسؤولية جنائية عمدية أو خطئية، فيسمى الجهل أو الغلط هنا بالجهل أو الغلط المانع². ولكن في أحيان أخرى رغم أن الجهل أو الغلط قد ينفي القصد الجنائي، فينفي تبعاً لذلك المسؤولية الجنائية العمدية المشددة، فإنه يبقى مسؤولية جنائية خطئية، وهذه الحالة هي التي يطلق عليها الفقه: حالة الجهل أو الغلط الذي ينفي القصد، ويبقى الخطأ³. ففي جريمة القتل، فإن من قام بقتل إنسان بقصد جنائي فإنه يسأل عن فعله جزائياً ومدنياً، فيسأل جنائياً عن جناية القتل العمدية، أما لو أن إنساناً قام بفعل لا يقصد به إلحاق أي أذى بأي شخص وتسبب فعله هذا في قتل أحد الأشخاص، فإن جريمته هنا يجعلها القانون قتلاً خطأً، فإن كان لم يؤخذ بالقتل العمدية لانتهاء العمد لديه لتجرد فعله من نية القتل، فإن القتل حدث فعلاً بسبب فعله الذي أراده. فهنا تحل المسؤولية الخطئية محل العمدية، وخطأ الجاني هنا هو الذي منع فكرة القصد وأحل محل المسؤولية العمدية المسؤولية الخطئية.

المطلب الثالث

الجهل أو الغلط في نطاق الجريمة المستحيلة

293- تمهيد وتقسيم

أحياناً ينصرف أثر الجهل أو الغلط إلى الركن المادي ولكنه لا يمس القصد الجنائي، وإن نفى في هذه الحالة الركن المادي فإنه يبقى القصد الجنائي. وإذا كانت القاعدة المعروفة تقضي بأنه: لا جريمة بدون خطأ، وبدون ركن مادي فإن القوانين تستثني من هذه القاعدة، ورغم عدم إتمام الجريمة، بعدم إتمام الفاعل لركنها المادي بكامل عناصره، إلا أن المشرع يرى تسليط العقاب عليه، لمقاومة وردع الخطورة الإجتماعية التي كشف عنها النشاط العدواني الذي صدر منه، ولحماية المجتمع من أي خطر منه على مصالحه التي تحميها قواعد التجريم. فالفرض أن تكون الواقعة هذه حدثت من الفاعل عن قصد، ولكن الغلط انصب على الركن المادي للجريمة، كمن أراد قتل آخر بالسهم، فظهر أن الكمية قليلة على إحداث النتيجة التي قصدها، أو أن العقار غير فعال، أو غلط أصلاً في القنينة التي تحتويه. وكمن أراد سرقة شخص فظهر أن ما سرق منه ماله هو المودع لديه. هذه الافتراضات تثير ما يعرف في الفقه بالجريمة المستحيلة وما يعرف فيه بالشروع في الجريمة.

¹ أنظر الدكتور عمر السعيد رمضان، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص -، طبعة سنة 1969، ص 77.

² أنظر الدكتور محمد زكي محمود، آثار الجهل والغلط في المسؤولية، مرجع سابق، ص 64.

³ V.Radulesco (J.): De l'influence de l'erreur sur la responsabilité pénale, op.cit.,p.120.

وسأفصل المطلب إلى فرعين: أو لهما : أبحث فيه الاستحالة المادية، والاستحالة النسبية كصور من صور الشروع، وفي ثانيهما: أبحث الاستحالة المطلقة أو القانونية وأثر الجهل على المسؤولية.

294- الفرع الأول: الاستحالة المادية، والاستحالة النسبية صورة من صور الشروع
يرى انصار هذا الاتجاه أن الشروع يتواجد في حالتي الاستحالة المادية والاستحالة النسبية.

وترجع الاستحالة المادية إلى ظروف مادية، تجعل الجاني لا يستطيع تحقيق الاعتداء الذي هدف إلى تحقيقه، وقد تحيط هذه الظروف بموضوع الحق، وقد تحيط بوسيلة تحقيق الاعتداء.

- ومن أمثلتها إطلاق الرصاص على شخص تعود الوجود في مكان معين في وقت معين، وتبين فيما بعد عدم وجوده وقت إطلاق النار بالذات، أو محاولة سرقة فلم يجد ما يسرق، أو محاولة قتل شخص بإطلاق الرصاص عليه فلا يصيبه الرصاص لسوء استعمال السلاح من الجاني.

فإذا تخلف محل الجريمة، أو وقع خطأ في استعمال وسيلة ارتكابها فإن ذلك لا يحول دون تحقق جريمة الشروع والعقاب عليها جزائياً، والتعويض عن الأضرار الناجمة عنها. فإذا جهل الجاني الوسيلة التي تؤدي إلى إتمام جرمه، كان يجهل كمية السم القاتل أو وقع له غلط في هذه الوسيلة كأن يقدم شراباً علاجياً يظنه الشراب المسموم ولا يؤدي ذلك إلى الموت الذي قصده فإن هذا لا يمنع من مساءلته على جريمة الشروع فيه.

295- الفرع الثاني: الاستحالة المطلقة أو القانونية ، وأثر الجهل أو الغلط على المسؤولية

يميز بعض الشراح والفقهاء بين درجتي الاستحالة فيسمون النوع الأول بالاستحالة المطلقة أو القانونية، ويسمون النوع الثاني باسم الاستحالة المادية، ومثال النوع الأول: ارتكاب فعل على أنه جريمة، والواقع أن القانون لم يجرمه. فهذه استحالة قانونية ومطلقة لأن أهم عناصر الجريمة لم يتحقق، إذ لم يوجد نص قانوني يطبق على الواقعة لذا حق لجارو أن يسمى هذه الاستحالة ¹l'impossibilité de droit. أما الاستحالة المادية كمن يطلق النار على شخص من سلاح تبين أنه غير محشو بالذخيرة.

ومن يستعمل وسيلة لا فعالية لها بطبعها جاهلاً بتلك الفعالية أو غالطاً فيها لتحقيق جرم كمن يطلق النار من بندقية لعبة أطفال لا تقتل أو يمارس الشعوذة لقتل أحد بتأثيرها ففي هذه الحالات لا شروع².

وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية في قضائها في نقض جلسة 1980/12/10³.

¹ V.Garaud (R.): Traité théorique et pratique de droit pénal français, T.10, Paris, 1898, p.515.

² V.Radulesco(J.): De l'influence de l'erreur sur la responsabilité pénale, op.cit.,p.132.

³ أنظر الدكتور عبد الرحمن حسين علي علام، أثر الجهل أو الغلط في القانون على المسؤولية الجنائية ، مرجع سابق، ص 301.

المطلب الرابع الغلط أو الجهل الذي لا تأثير له

296- تمهيد وتقسيم

الجهل أو الغلط يكون مؤثرا على المسؤولية بمنعها، أو تحويلها من العمد إلى الخطأ، وقد يكون غير مؤثر عليها. ويبدو هذا واضحا في حالات هي: حالة الغلط في الشخص أو الشخصية، وحالة الحيدة عن الهدف، والغلط في موضوع النتيجة وعلاقة السببية، وأحيانا أخرى قد لا يكون مؤثرا كأصل عام، والاستثناء يكون الغلط مؤثرا. ولبحث الموضوع بشكل جيد أوزع هذا المطلب على الفروع الآتية:
الفرع الأول: بيان حكم الحيدة عن الهدف
الفرع الثاني: بيان حكم الغلط في النتيجة الإجرامية
الفرع الثالث: بيان حكم الغلط في زمان ومكان النتيجة الإجرامية
الفرع الرابع: بيان حكم الغلط في كيفية التسلسل السببي
منتبعا أحكام هذه المسائل في الفقه، وما جاد به القضاء.

297- الفرع الأول: الغلط وحالة الحيدة عن الهدف

الحيدة عن الهدف هي الغلط الذي يشوب الفعل التنفيذي للجريمة، بحيث تصيب الجريمة شخصا آخر غير المستهدف نتيجة لعدم الدقة في التصويب أو الجهل باستعمال السلاح عموما. وحكم هذه الحالة مثار اختلاف بين الفقهاء أعرضه في النقاط الآتية:

298- أولا: اتجه رأي الفقه الفرنسي إلى القول أنه في حالة الحيدة عن الهدف توجد جريمتان جريمة الإهمال وشروع في الأخرى.

ويعيب هذا الرأي تناقضه مع قواعد القصد الجنائي، إذ تحققت الجريمة التي يريد فعلها، والقول بمسألتها على جريمة الخطأ فيه إهدار لحقوق المجتمع والدفاع الاجتماعي الذي يجرم الاعتداء على الحياة الإنسانية بصرف النظر عن الشخص المعتدى عليه.

299- ثانيا: اتجه رأي آخر في إيطاليا وألمانيا إلى القول أن الجاني لا يسأل في حالة الحيدة عن الهدف إلا على جريمة خطئية. وهذا الرأي أدنى من سابقه إذ يتعارض مع قواعد القصد، ويهدر مقتضيات الدفاع الاجتماعي، زيادة على أنه لا ينظر إلى الشروع كما قال الرأي الأول¹.

300- ثالثا: ذهب رأي آخر إلى أن القتل والشروع فيه أي قتل من أصيب خطأ لأن الفاعل قصد القتل فحدث، والشروع في قتل الذي قصده هو لم يكن لسبب خارج عن إرادته، وتختلف عنصر النتيجة في هذه الجريمة، العنصر الذي تحقق في الأخرى، وتطبق على الجاني هنا العقوبة الأشد في الجريمتين².

وهذا ما عليه الفقه في كل من فرنسا وبلجيكا ومصر³. وتطبق هذه الأحكام على الجهل أو الغلط في الشخص المجني عليه.

¹ V.Stefani(G.) et Levasseur(G.): Droit pénal général, op.cit,p.317.

² أنظر الدكتور محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، مرجع سابق، ص 97.

³ أنظر الدكتور سعيد مصطفى سعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 470

وعلى هذا كان القانون الروماني¹ قديما إذ لا عبرة بالغلط في شخص المجني عليه في كل هذه القوانين والاتجاهات الفقهية.

وجاء في حكم محكمة النقض المصرية² ما نصه: «يكفي للعقاب على جرائم القتل أن يكون المتهم قد قصد بالفعل الذي قارفه إزهاق روح إنسان ولو كان القتل الذي انتواه قد أصاب غير المقصود، وسواء كان ناشئا عن الغلط في شخص من وقع عليه الفعل، أو كان خطأ في توجيه الفعل فإن جميع العناصر القانونية تكون متوافرة في الحالتين كما لو وقع الفعل على ذات المقصود قتله».

301- الفرع الثاني: الغلط والنتيجة الإجرامية

النتيجة الإجرامية هي الآثار المادية الناجمة عن الفعل الجرمي، والتي تصيب حقا يحميه القانون، ويقرر له عقابا، ومثار التساؤل، هو: لو أن الجاني قصد إحداث نتيجة في موضع، فأخطأه، وحدثت النتيجة في موضع آخر، فما أثر ذلك الغلط على النتيجة الإجرامية؟

302- أولا: الغلط الجوهري والنتيجة الإجرامية

يكون الغلط جوهريا إذا كان مؤثرا على المسؤولية الجنائية، وذلك إن كانت النتيجة التي قصدها الجاني لا تتفق في قيمتها مع التي حدثت فعلا، كما لو أراد صيد طائر فأصاب إنسانا لم يره بسبب من الأسباب. ففي هذه الحالة يمكن أن يسأل الجاني عن جريمة قائمة على أساس الخطأ متى كان الرجل المعتاد في محله يمكن أن يصدر عنه هذا الفعل ويقع في الخطأ الذي وقع فيه الجاني.

303- ثانيا: الغلط غير الجوهري والنتيجة الإجرامية

يكون الغلط غير جوهري، ولا يؤثر على فعل الجاني إذا كانت النتيجة التي قصدها ولم تحدث تتفق في القيمة القانونية مع النتيجة التي حدثت، والتي كان الجاني لم يقصد إحداثها، بل حدثت على الرغم منه. مثل التصويب لقتل عمر فيصيب زيدا فيقتله أو يجرحه. فالجاني هنا يظل مسؤولا على جرح عمر أو قتله عمدا³.

304- ثالثا: الظروف المشددة والغلط في موضوع النتيجة

إذا أراد الجاني ارتكاب فعل يشدد القانون العقوبة على ارتكابه، فيقع في الغلط، وتنصب أفعاله على موضوع لا يشدد القانون العقاب عليه كالأول، كمن استهدف مال مخدمه لسرقته فيتضح أن المال لأحد الجيران، ومن يستهدف والده بالقتل فيتضح أن المقتول شخص آخر.

وانظر علي أحمد راشد، أصول القانون الجنائي، مرجع سابق، ص 412.

وانظر الدكتور أحمد فتحي سرور، أصول قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 467.

¹ V.Radulesco (J.): De l'influence de l'erreur sur la responsabilité pénale, op.cit., pp.151 et 160.

² أنظر مجموعة القواعد القانونية، ج6، رقم 232، ص 454، نقض 44/04/10.

ومجموعة القواعد القانونية، ج7، رقم 85، ص 67، نقض 46/12/18.

³ أنظر الدكتور عبد الرحمن حسين علي علام، أثر الجهل و الغلط في القانون على المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 315 و 316.

ففي هذه الحالة يتجه الفقه إلى القول بأن الجاني يستحق العقاب على النتيجة التي حدثت فعلا. غير أن هذا الرأي يعيبه أنه أهمل خطورة سلوك الفاعل، والصحيح أن يسأل على الجريمة العمدية التي وقعت، وعلى الشروع في ذات الظروف المشددة التي خاب أثرها بسبب غلطه¹.

والصورة الأخرى للغلط في الظروف المشددة وموضوع النتيجة الإجرامية هي الصورة العكسية للتي قدمت، كأن يريد قتل الغير فيظهر المقتول والده، أو سرقة الغير فيظهر المال لمستخدمه، ففي هذه الحالة غلطه يجعل الظروف المشددة لا تقع على عاتقه لأنه لا علم له بها ولم يقصدها، وفي هذا قال القانون الإيطالي في مادته 60 ما نصه: «...في حالة الغلط في شخصية المجني عليه لا توضع على عاتق الفاعل الظروف المشددة التي ترجع إلى صفات وأحوال الشخص الذي ناله الفعل أو العلاقة بينه وبين الجاني»².

305- الفرع الثالث: الغلط في زمان ومكان حدوث النتيجة

الغلط في الزمان والمكان الذين تحدث فيهما النتيجة الإجرامية عادة لا يؤثر على تشديد أو تخفيف العقوبة أو الإغفاء منها، إلا إذا جعل القانون الزمان أو المكان عنصرا في التجريم، فعند ذلك يؤثر الغلط فيه في مسؤولية الجاني ويعتبر هنا غلطا جوهريا، كزمان الليل في السرقة ذات الظروف المشددة، فلو يثبت الجاني أنه لم يكن يعلم أن الوقت ليلا لكونه أعمى مثلا يغير هذا الجهل وصف الجرم بالنسبة له من جناية إلى جنحة³.

والغلط غير الجوهري كذلك في مكان حدوث السلوك الإجرامي لا تأثير له، متى كان غير داخل في مكونات السلوك الإجرامي⁴.

غير أنه إذا نص القانون على اعتبار المكان من عناصر النموذج الإجرامي، أي اشترط لقيام الجريمة أن ترتكب وقائعها في مكان معين كالخيانة الزوجية في بيت الزوجية فهنا الغلط في هذا المكان أو الجهل به يؤدي إلى انتفاء الجرم⁵، لكون المكان هنا من عناصر الجرم يتعين أن يعلمه الجاني.

306- الفرع الرابع: الغلط وكيفية حدوث التسلسل السببي

عادة لا يهتم القانون بكيفية حدوث التسلسل السببي لأية جريمة، إذ لا أهمية لما إذا مات من ألقى في البئر ليموت بسبب الغرق أم بسبب سقوط رأسه قبل الوصول إلى الماء على حجر ناتئ في الجدار المبطن للبئر، فما هو مهم أن إلقاءه لقتله فمات فعلا⁶.

¹ أنظر الدكتور أحمد فتحي سرور، أصول قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 449.

وانظر الدكتور محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، مرجع سابق، ص 94.

² أنظر الدكتور أحمد فتحي سرور، أصول قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 449.

³ أنظر الدكتور رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، مرجع سابق، ص 616.

وانظر الدكتور محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، مرجع سابق، ص 68.

⁴ أنظر الدكتور رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، مرجع سابق، ص 146.

⁵ أنظر الدكتور محمد زكي محمود، آثار الجهل والغلط، مرجع سابق، ص 146.

⁶ أنظر الدكتور أحمد فتحي سرور، أصول قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 449.

V.Delogu(T.): la culpabilité dans la théorie générale de l'infraction, cours de doctorat, 1949-1950, p.270.

لكن التصور الذي كان متصورا في ذهن الجاني هو أن يغرق المجني عليه فيموت. ومع هذا فقد عرفت هذه المسألة وجهتي نظر مختلفتين أعرضهما في النقطتين الآتيتين:

307- أولا: وجهة نظر تقول بمسؤولية الجاني بغض النظر عن كيفية حدوث التسلسل السببي، لأن هذه المسألة بأحداثها تخرج عن نطاق قصد الجاني، فسواء حدث التسلسل الزمني السببي وفق ما تصور أم حدث بكيفية أخرى تظل المسؤولية على عاتقه هي نفسها رغم غلظه أو جهله بهذا التسلسل. إذ في غالب الأحيان لا يدور في خلد الجاني هذا التسلسل¹. ووجهة النظر هذه في الفقه الألماني.

308- ثانيا: وجهة نظر أخرى تنتقد هذه لإغفالها كون علاقة السببية، هي التي تقيم وحدة الركن المادي، وتجعل من النتيجة أثرا للفعل. ومع هذا لم يسلم أتباع هذا الاتجاه بأثر الجهل أو الغلط في كيفية حدوث التسلسل السببي، على مسؤولية الجاني، رغم تأكيدهم على أن علاقة السببية هي أحد عناصر الركن المادي للجريمة. ويرون أن هذا الجهل أو الغلط غير مؤثر، ويرون أن اعتبار هذا الجهل أو الغلط الجوهرية مؤثرا، فيه إهدار لمصالح المجتمع².

ويثير هذان الرأيان مشكلة المعيار في الغلط الجوهرية، فيتجه الفقه كذلك إلى القول بمعيارين مختلفين أعرضهما في الفقرتين الآتيتين:

309- 1- المعيار الموضوعي في الغلط الجوهرية: يصنف أنصار هذا الاتجاه الجهل أو الغلط جوهرية، إذا كان القانون نص على حصول النتيجة الإجرامية وفق تسلسل معين، فالجهل أو الغلط حينئذ يكون جوهرية مؤثرا على المسؤولية الجنائية.

أما إذا كان القانون لم يحدد تسلسلا معيناً لحدوث الفعل المجرم، إذ لا يعلق القانون عادة أهمية على التسلسل الذي يؤدي إلى النتيجة الإجرامية وفق أية كيفية يتم، فهنا لا عبء للجهل أو الغلط في كيفية التسلسل السببي داخل علاقة السببية الرابطة بين الفعل الإجرامي ونتيجته، ولا يترتب عليه نفي المسؤولية الجنائية، أو إنقاصها.

310- 2- المعيار الشخصي: يقول أصحاب هذا المعيار أن العبء في كيفية قصد الشخص الجاني أن يحدث تسلسل الأسباب، فكيفية حدوثها وفق تصور الجاني هي المعتبرة جوهرية، فإذا أراد أن تتحقق النتيجة الإجرامية على نحو معين، فحدثت فعلا على هذا النحو من تسلسل الأسباب فهذا هو المعتبر في قصده الجنائي، أما لو حدثت وفق تسلسل سببي آخر نتيجة لجهل الفاعل أو غلظه، فإن هذا الجهل أو الغلط مؤثر على مسؤولية الجاني³.

ووجهة النظر هذه معيبة ولا شك، ولا تصلح معيارا، إذ تفرض على القاضي البحث عن حقيقة ما في نفس الجاني، وهذا أمر مستحيل.

وهنا أنهى بحث هذا المطلب للانتقال إلى الموالي.

¹ أنظر الدكتور محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، مرجع سابق، ص 101 و 103.

² المرجع نفسه، ص 103.

³ أنظر الدكتور مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات - القسم العام، بدون مكان نشر، طبعة سنة 1979، ص 351.

المطلب الخامس الجهل والغلط في توابع الجريمة

311- تمهيد وتقسيم

توابع الجريمة، هي نتائج يجرمها القانون، تتجاوز قصد الجاني، وتتجاوز في جسامتها الجريمة الأصلية التي أرادها الجاني، بسبب غلظه، وهي مع هذا أثر من آثار سلوكه، مرتبطة به برابطة سببية موضوعية¹، وجاءت ملازمة للجريمة التي أراد تحقيقها، ووقعت على ذلك الحق الذي مسته الجريمة المقصودة أصلاً. والفارق بينها وبين الجريمة الأولى من حيث الجسامة، إذ النتائج الأشد تعتبر تطوراً للجريمة الأولى الأخف². فالجريمة الأشد تقع في ذات المجرى السلبي للجريمة الأخف، التي كان يقصدها الجاني. ومثار التساؤل ما إذا كان للجهل أو الغلط أثر على مسؤولية الجاني، في إطار تلك النتائج التي تجاوزت قصده، وهل يمكن أن تؤثر فيها بالغائها أو تشديدها أو تخفيفها، أو ليس للجهل والغلط أثر عليها؟

ولدراسة هذا المطلب دراسة وافية يتعين توزيع بحثه على فروع، نبحت فيها أساس المساءلة عن النتائج المتجاوزة القصد كما يأتي:

الفرع الأول: أساس المساءلة عن النتائج المتجاوزة القصد في فرنسا.

الفرع الثاني: أساس المساءلة عن النتائج المتجاوزة القصد في مصر.

الفرع الثالث: أساس المساءلة عن النتائج المتجاوزة القصد في ألمانيا.

الفرع الرابع: أساس المساءلة عن النتائج المتجاوزة القصد في إيطاليا.

الفرع الخامس: الأساس الصحيح في نظري لمساءلة الجاني عن النتائج المتجاوزة القصد. سنعرض الآراء والنظريات التي ظهرت في مناقشة هذه المسألة في الفقه المقارن، وما يتعلق بذلك من مسائل.

312- الفرع الأول: أساس المساءلة عن النتائج المتجاوزة القصد في فرنسا.

هذا الكلام يفترض أن ينطبق أيضاً في الجزائر، طالما أن قانونها مقتبس عن الفرنسي، وطالما لم يظهر لها فقه في هذا الموضوع. ولحسن مناقشة هذا الفرع يتعين توزيعه على نقطتين، أولاهما أناقش فيها هذه المسألة في نظر القضاء الفرنسي، وثانيهما أناقش فيها نظر الفقه الفرنسي.

313- أولاً: أساس المساءلة عن النتائج المتجاوزة القصد في القضاء الفرنسي.

اتجه القضاء الفرنسي قبل تعديل قانون العقوبات سنة 1932 إلى التسوية بين القصد المباشر والقصد غير المباشر، حيث كان يطبق عقوبة القتل العمدى على من أدى مساسه بجسم إنسان بالضرب والجرح إلى وفاته، دون حاجة للبحث عن نية الجاني، إذ القانون حينها أخذ بفكرة القصد الإحتمالي. وهذا القضاء انتقد لتسويته بين من له نية القتل، وبين من لا نية له في إحداث هذه النتيجة، وكنتيجه لهذا النقد عدلت المادة 309 عقوبات بتاريخ 1932/04/28 بإضافة فقرة جديدة

¹ أنظر الدكتور محمود زكي محمود، آثار الجهل والغلط في المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 273. وانظر الدكتور مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات - القسم العام -، مرجع سابق، ص 373.

² أنظر الدكتور محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، مرجع سابق، ص 224.

إليها نص فيها على جريمة الضرب المفضي إلى الموت، وحددت لها عقوبة دون عقوبة القتل العمد، وأكثر من عقوبة القتل الخطأ، فاستقر القضاء بعد ذلك على تطبيق هذا النص الجديد بعد التعديل.

وهذا ما جرى مع الحريق العمد الذي يحدث وفاة أحد دون قصدها، وجريمة الضرب الذي يؤدي إلى الإجهاض دون قصده¹.

314- ثانياً: أساس المساءلة عن النتائج المتجاوزة القصد في الفقه الفرنسي

اتجه الفقه الفرنسي كما اتجه القانون والقضاء هناك بادئ الأمر إلى الأخذ بالقصد الإجمالي، فمن ضرب امرأة حاملاً فنتج عن الضرب إجهاض دون قصد يؤاخذ على الإجهاض حتى ولو كان لا يعلم بحملها. وبهذا قال الفقهاء مونليار وقارسون وفيدال وكذا بوزات وبينتال، والفيهان ستيفاني ولوفاسور، ويستندون في قولهم هذا إلى ما قال به القانون في جريمة الحريق العمد الذي تنتج عنه وفاة أحد الأشخاص دون قصد قتله ومثيلاتها من الجرائم².

315- الفرع الثاني: أساس المساءلة عن النتائج المتجاوزة القصد في مصر

لحسن بحث هذه المسألة كذلك يتعين توزيعها على نقطتين أولاهما يناقش فيها الأساس في نظر القانون والقضاء المصريين وثانيهما يناقش فيها هذا الأساس في نظر الفقه المصري، ومنه الباحث عبد الرحمن حسين علي علام.

316- أولاً: أساس المساءلة عن النتائج المتجاوزة القصد في القضاء والقانون المصري

اعتدت محكمة النقض المصرية بالرأي السائد لدى كل من الفقه والقضاء الفرنسيين، إذ أقرت مسؤولية الشريك على أساس القصد الإجمالي، معتبرة أنه كان عليه أن يعلم كافة النتائج التي يحتمل عقلاً، وبحكم المجري العادي للأمر أن تنتج عن الجريمة التي اتفق مع شركائه على ارتكابها³.

كما اعتدت بالقصد الاحتمالي في قضايا كثيرة أعطت الجريمة فيها نتائج أشد من المقصودة أصلاً.

كما اعتمدت المحكمة القصد الاحتمالي في حالة الحيدة عن الهدف⁴.

¹ V.Garçon(E.) : Code pénal annoté, op.cit, p.11.

V.Bouzat (J.) et Pinatel (J.): Droit pénal général, op.cit. , p.246.

² V.Garçon(E.): Code pénal annoté, op.cit.

V.Garraud (R.): Traité théorique et pratique de droit pénal français, op.cit., p.175.

V.Vidal(J.) et Magnol(J.): Cours de droit criminel et des sciences pénitentiaires, op.cit, p.175.

V.Bouzat(P.) et Pinatel(J.): Droit pénal général, op.cit, p.178.

V.Stéfani(G.) et Levasseur(G.): Droit pénal général, op.cit, p.816.

وانظر الدكتور محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، مرجع سابق، ص 288 و 287.

وانظر جندي عبد المالك، الموسوعة الجنائية، المرجع السابق، ص 149.

وانظر الدكتور سعيد مصطفى سعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، طبعة سنة 1952، ص 398.

³ أنظر مجموعة القواعد القانونية، ج3، رقم 182، نقض 1943/01/18، ص 224. ونقض 194/10/26

وانظر مجموعة أحكام النقض، سنة 8، رقم 204، ص 760، طعن 1957/10/07، ونفس المجموعة طعن

1961/01/30، سنة 12، رقم 25، وطعن 1965/06/07، وطعن 1935/07/17.

⁴ أنظر الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم العام-، مرجع سابق، ص 317.

وخلاصة القول أن المحكمة أخذت بالقصد الاحتمالي في الجرائم المتجاوزة القصد متى نص القانون على ذلك صراحة، وأحيانا حملته المسؤولية خروجاً حتى على النصوص، متى كانت النتيجة المحتملة وفق المجرى العادي للأمر¹.

317- ثانياً: أساس المساءلة عن النتائج المتجاوزة القصد في الفقه المصري

الرأي السائد في الفقه المصري وفي الفقه والقضاء الفرنسي، والسائد في القضاء المصري فيسأل الجاني عن النتائج المتجاوزة القصد على أساس القصد الاحتمالي².

غير أن في الفقه المصري إلى جانب هذا الاتجاه اتجاهات ثلاثة أتناولها في النقاط التالية.

318- الاتجاه الأول: للدكتور جلال ثروت الذي يرى أن الأساس في القصد الجنائي

المتعدي يقع بين الخطأ العمدي والخطأ غير العمدي³، ويرى أن هذا الأساس استثنائي في ترتيب المسؤولية الجنائية، باعتبار أن الجاني قد يقع الحدث الجسيم رغماً عنه ودون توقع منه. وقد يقع في ظروف يكون فيها من الممكن للجاني توقعه لكن بسبب غلط منه يتوقع أن تسير الأمور وفقاً لسيرها العادي، وهو سوء تقدير منه.

319- الاتجاه الثاني: يقول به الدكتور علي راشد، ويقسم الجرائم ثلاث أصناف، صنف

يجعل أساس المساءلة عنها القصد الاحتمالي⁴، وصنف يجعل أساس المساءلة عنها العمد المفترض⁵، وصنف ثالث يجعل أساس المساءلة عنها علاقة نفسية مزدوجة التكوين هي مزيج من العمد والخطأ⁶.

320- الاتجاه الثالث: يقول به الدكتور عبد الرحمن حسين علي علام، الذي يرى أن

أساس مساءلة الجاني عن النتائج المتجاوزة القصد هو التحديد على أساس مادي، نظراً لعدم تحديد المشرع صورة العلاقة النفسية بين الجاني وهذه النتائج الإجرامية المتجاوزة القصد هذا في الجرائم التي حدد فيها القانون على سبيل الحصر المعاقبة على النتائج غير المقصودة.

أما في بقية الجرائم فتحكم القواعد العامة في ضوء العلاقة النفسية التي تربط شخص الجاني بهذه النتائج، فقد تكون العلاقة قصداً احتمالياً، أو خطأ، فهنا يمكن أن يؤثر جهل الجاني أو غلظه.

321- الفرع الثالث: أساس المساءلة عن النتائج المتجاوزة القصد في ألمانيا

اختلف الفقهاء في ألمانيا إلى اتجاهين بشأن هذه المسألة، فاتجاه يقول بأن أساس مساءلة الجاني عن هذه النتائج المتجاوزة لقصدته يقوم على أساس مادي محض، إذ يكفي أن تتجه إرادته إلى إحداث النتيجة الأخف، وأن النتيجة الأشد ليست عنصراً من عناصر

وانظر مجموعة القواعد القانونية، نقض 1934/03/12 رقم 221، ص 292.

¹ انظر مجموعة الربع قرن، نقض 928 لسنة 11، جلسة 41/04/07، ص 951، وطعن رقم 1523 منها، سنة 8، ص 278.

² أنظر الدكتور سعيد مصطفى سعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 195 وص 396.

وانظر الأستاذ علي بدوي، الأحكام العامة في القانون الجنائي، ج 1، مرجع سابق، ص 358.

وانظر العيلي مصطفى، المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 188.

³ أنظر الدكتور جلال ثروت، الجريمة المتعدية القصد في القانون المصري والمقارن، مرجع سابق، ص 295 و 402.

⁴ الجرائم التي تنص عليها المواد 126 و 168 و 257 و 268 من قانون العقوبات.

⁵ الجريمة المنصوص عليها في المادة 43 من قانون العقوبات.

⁶ أنظر الدكتور علي أحمد راشد، مبادئ القانون الجنائي، مرجع سابق، ص 427.

الجريمة إنما هي مجرد شرط موضوعي للعقاب عنها، وهذا يخرج عن نطاق تكوين الجريمة، ولا يلزم أن يحيط بها قصد الجاني، ومتى وجدت النتيجة الأشد جسامة يسأل عنها على أساس أنها عمدية سواء توقعها أم لم يتوقعها. ومن أنصار هذه الوجهة فونليست¹ ومازجار. واتجاه آخر يقول: أن مساءلة الجاني على النتيجة الأخف على أساس الخطأ غير العمدي، وعلى النتيجة الأشد على أساس القصد الجنائي، ويقولون أن هذا ما يتفق والمبادئ العامة التي تسود في الفقه الحديث، الذي يسأل الجاني دون مراعاة العلاقة النفسية، ويتجه هذا الاتجاه الفقيهين هندية وبيندنج.

322- الفرع الرابع: أساس المساءلة عن النتائج المتجاوزة القصد في إيطاليا

يتجه الرأي في إيطاليا كذلك بخصوص هذه المسألة ثلاث اتجاهات. فتذهب الغالبية إلى أن من أتى فعلاً غير مشروع عليه أن يتحمل كافة نتائج، وتقوم النتيجة الأشد جسامة على مجرد توافر رابطة السببية التي لا يمكن أن تشبه بالمسؤولية العمدية ولا بالمسؤولية التقصيرية، بل يمكن تفسيرها على أنها من قبيل المسؤولية الموضوعية، أو الشاذة².

ويذهب البعض من الفقهاء إلى أن المسؤولية في هذه الحالة تتميز بأحكام خاصة، ويرون أن تكون المساءلة على كل من الجريمتين بكيفية وسط بين العمد وغير العمد³. ويذهب اتجاه ثالث إلى القول: بأن الجاني حينما تتجه إرادته إلى إحداث النتيجة الأقل جسامة، فهو حينها يتوقع النتيجة الأشد، وإن كان غير راغب فيها فإنه لم يكن راغباً عنها. والعلاقة بين الجاني وهذه النتيجة في مرتبة وسط بين العمد والخطأ. ويخلص إلى وجود علاقة سطحية بين الإرادة وهذه النتيجة، وهذه العلاقة كافية لجعلها أساساً لمساءلة الجاني عن الجرائم المتعدية القصد⁴.

323- الفرع الخامس: الأساس الصحيح في نظري لمساءلة الجاني عن النتائج المتجاوزة القصد

أرى - وبالله التوفيق - أن ما يمكن اعتباره أساساً لمساءلة الجاني عن النتائج التي تجاوزت قصده الأصلي: هي النية الأثمة المفترضة، باعتبار أنه لما بيت النية أصلاً أن يرتكب فعلاً جرمياً فإن نيته هاته يفترض أن تشمل كل ما ينتج عنها وعن فعله المبني عليها من نتائج. وقد تكون النتائج في حدود تصوره الأصلي وقد تتعداه، وإذا ما تعدته فإن نيته الأصلية يتعين أن يفترض انصرافها إلى ذلك الحد الذي نتج عن فعله. ويتعين أن يؤخذ على ذلك باعتباره تعمد لا باعتبار خطئه فيه. وبهذا أكون قد أنهيت بحث هذا الفصل الثاني من الباب الأول لأنقل إلى الباب الثاني.

¹ أنظر الدكتور عبد الرحمن حسين علام، أثر الجهل أو الغلط في القانون على المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 366 و 367.

² أنظر الدكتور جلال ثروت، الجريمة المتعدية القصد، مرجع سابق، ص 340. ومن أنصار هذا الاتجاه انتوليسي وفروسالي.

³ يعاب على هذا الرأي مخالفته للمبادئ العامة لأن الجاني لا يمكن حسبها محاسبته على ما لم يتعمد أن يفعله على أساس التعمد، ولا على ما تعمد على ذلك الأساس.

⁴ هذا الرأي حديث لم يقل به القانون الجنائي من قبل والذي لم يقل من قبل بالعلاقة النفسية.

الباب الثاني أساس انتفاء المسؤولية عند الجهل بالإباحة أو الغلط فيها

الباب الثاني

أساس انتفاء المسؤولية عند الجهل بالإباحة أو الغلط فيها

324- تمهيد وتقسيم

رأيت أن أقدم بين يدي هذه المسألة التي عنونت بهذا الباب مسألة هي أصل لها، بمثابة التمهيد لطرح المسألة الأصلية، فقبل الحديث عن أساس انتفاء المسؤولية عند الجهل بالإباحة أو الغلط فيها أرى أن أطرح أولاً فكرة المسؤولية، فما المسؤولية المعنية؟ ثم ما أساسها عند الجهل بالإباحة أو الغلط فيها في الشريعة؟ ثم في النظم الوضعية؟ ولا يخفى أن المسؤولية المعنية في هذا البحث: هي كل من المسؤوليتين الجزائية والمدنية، لأنهما تنشآن معاً عن الجرم، والجزاء يختلف أحياناً في الشريعة الإسلامية عنه في القوانين الوضعية، لما للشريعة من طابع خاص. والعمل غير المشروع يمس أحياناً حق الله – سبحانه وتعالى- وهو ما يعرف بحق المجتمع، كما يمس أحياناً أخرى حق العبد أو الفرد. وكل حق تم التعدي عليه له جزاؤه، والأجزية كما قلنا قد تختلف بين الشريعة والقانون لأن من الأجزية في أحكام الشريعة ما لا مثيل له في القوانين. كما أن المسؤولية نظرت إليها الفرق الفكرية الإسلامية نظرة تختلف من فرقة فكرية عقدية إلى فرقة أخرى، كما اختلفت نظرة مفكري وفقهاء القانون الوضعي إليها. ولتوضيح كل هذا أتناول هذا الباب في ثلاثة فصول على النحو الآتي:

الفصل الأول: المسؤولية في حالة الجهل بالإباحة أو الغلط فيها.
الفصل الثاني: أساس انتفاء المسؤولية عند الجهل بالإباحة أو الغلط فيها في الشريعة الغراء.
الفصل الثالث: أساس انتفاء المسؤولية عند الجهل بالإباحة أو الغلط فيها في النظم القانونية الوضعية.

الفصل الأول

المسؤولية في حالة الجهل بالإباحة أو الغلط فيها

325- تمهيد وتقسيم

أتناول المسؤولية في هذا الفصل من حيث ماهيتها ومن حيث أساسها، إذ بتحديدتها يتحدد معنا فيما بعد انتفاؤها من عدمه، وهو المقصود من هذا الباب. أما من حيث ماهيتها فإنه يتعين دراسة ما مدى قيام المسؤولية عند الجهل بالإباحة أو الغلط فيها؟ وما الحقوق التي يترتب المساس بها قيام المسؤولية في الشريعة وفي القانون؟ وأية مسؤولية؟

ولحسن دراسة هذا الفصل يتعين تقسيمه إلى أربعة مباحث على النحو الآتي:
المبحث الأول: المسؤولية في حالة الجهل بالإباحة أو الغلط فيها في الشريعة الإسلامية.
المبحث الثاني: المسؤولية في حالة الجهل بالإباحة أو الغلط فيها في النظم القانونية الوضعية.
المبحث الثالث: أساس المسؤولية عند الجهل بالإباحة أو الغلط فيها في الشريعة الإسلامية.
المبحث الرابع: أساس المسؤولية عند الجهل بالإباحة أو الغلط فيها في النظم القانونية الوضعية.

المبحث الأول

المسؤولية في حالة الجهل بالإباحة أو الغلط فيها في الشريعة الإسلامية

326- تمهيد وتقسيم

لبحث المسؤولية الجزائية منها والمدنية في فقه الشريعة الغراء لابد من بحث أنواع الحقوق التي يترتب انتهاكها هذه المسؤولية، سواء أعند بحث المسؤولية الجزائية ، أو المدنية التقصيرية، ومنها خاصة الناجمة عن الجرم. فطبيعة المسؤولية في الشريعة الإسلامية الغراء تختلف أحيانا عنها في الفقه الوضعي وما يبنى عليه من القوانين، إذ من الأجزية ، أو الجزاءات عن انتهاك الحقوق ما لا تعرفه النظم الوضعية كال كفارة والدية، بمعنى الدية لا بمعنى التعويض، أو الإرش، ولا تعرف النظم الوضعية القصاص خاصة، ومن المعلوم أن هذه الأجزية في الشريعة الغراء في أحيان كثيرة يستعاض ببعضها عن البعض، وهي أجزية الكثير منها لا تعرفه النظم الوضعية.

ولذا سأتناول هذا المبحث بالبحث في مطلبين:
المطلب الأول: الحقوق التي تترتب المسؤولية عن المساس بها.
المطلب الثاني: مصير مسؤوليات المكلف عند الجهل بالإباحة أو الغلط فيها.

سأتناول بالبحث هذين المطلبين مستعينا في الولوج إلى فقه الشريعة الغراء العظيم عظمة الحضارة التي أفرزته والتي دامت مزدهرة قرابة العشرة من القرون، سأستعين بمن سبقني من الباحثين، ومنهم الأعلام العباقرة، من أمثال: الإمام أبوزهرة، والشيخ عودة، والعلامة السنهوري، والفقهاء: بهنسي، والحصري، والجبوري، وعبدالفتاب، وقاسم، والزحيلي، والحفيف علي وكثير، لكنهم على كثرتهم لا يساوي عملهم مجتمعا الكثير بالنسبة لبحر الفقه الإسلامي، وأرجو أن يكون بحثي هذا باب آخر لتسهيل الولوج إلى عالم الفقه الإسلامي الفسيح.

المطلب الأول

الحقوق التي تترتب المسؤولية على المساس بها.

327- تمهيد وتقسيم

لحسن بحث هذا المطلب يتعين تفريعه إلى فرعين أساسيين على النحو الآتي:

الفرع الأول: الحقوق

الفرع الثاني: أجزية الاعتداء على الحقوق.

فبعد أن أعرف الحقوق أولا وأحددها وأبين كيف يقع المساس بها بجرم بعد ذلك، وهنا يتعين علي ذكر أنواع الجرائم الماسة بهذه الحقوق وتحديد الأجزية عنها (من عقاب أو قصاص، خاصة، ودية أو أرش أي تعويض) وذلك لاختلاف العقوبات والأروش والديات من حال إلى حال في حكم الشريعة الغراء.

328- الفرع الأول: الحقوق Les droits

وكلمة الحق التي تجمع على حقوق لها مدلول في كتب اللغة وعند الفقهاء، نكتفي منها بما قالوا: حق له فعل كذا، وهو حقيق به¹. والحق : النصيب الواجب، فهي ما يجب إما لله وإما للعباد، وإما لهما معا، والحقوق كما بينا ثلاثة أنواع. ومن المعلوم أنه في فقه الشريعة الغراء لا توجد قاعدة عامة في فقهها تجعل العمل غير المشروع مصدرا للالتزام بوجه عام، ولكن في هذا الفقه من القواعد التطبيقية، ما يغني عن هذه القاعدة، التي يمكن تنظيرها، إذا وجدت من الباحثين من أولاهها عنايته بالبحث.

¹ أنظر المعجم الوسيط، مرجع سابق، ص 187 و188.

وانظر مختار الصحاح، مرجع سابق، ص 62.

وانظر معجم لغة الفقهاء، مرجع سابق، ص 182.

كلمة حق من الجذر ح ق ق، حق الأمر حق، وحقه، وحقوقا: صح وصدق، وفي التنزيل العزيز: {لينذر من كان حيا ويحق القول على الكافرين}، ويقال: يحق عليك أن تفعل كذا، يجب ويحق لك أن تفعل كذا: يسوغ، وهو حقيق بكذا: جدير، وحقيق علي ذلك: واجب. وأنا حقيق على كذا: حريص. والصغير من الإبل- جقاً وجقاً: دخل في السنة الرابعة. والأمر جقاً: تيقنه. وصدقته. يقال: حَقَّقْتُ حرز فلان، وحقَّقْتُ ظنه: فعلت ما كان يحزره أو يظنه وحق فلانا: عليه في الخصومة، وضربه في حاق رأسه أو حَقَّ كتفه وحق العقدة: أحكم شدها. وحق الطريق: توسطه. حَقُّ له أن يفعل كذا: حق وفي التنزيل العزيز: {وأذنت لربها وحققت} أحق فلان: قال حقا، وحق ادعائه فثبت له. احتق الرجلان: تخاصما وادعى كل منهما الحق لنفسه، وتحاقا. استحق الأمر: استوجبه. الحاق وسط كل شيء، مؤنثه الحاقه وهي النازلة والداهية، وتطلق على يوم القيامة. والحق اسم من أسمائه سبحانه وتعالى. والثابت بلا شك، وفي التنزيل العزيز {إنه لحق مثل ما أنكم تنطقون}. والنصيب الواحد للفرد والجماعة. الحق: وعاء وغطاء من عاج ونحوه. الحقاني: المنسوب إلى الحق، والحقيق بالأمر: الجدير به. وغيرها من المعاني والاشتقاقات.

لكن عن طريق هذه القواعد يمكننا تقسيم الحقوق إلى نوعين رئيسيين، هما حقوق الله، وحقوق العباد، وينتج من اجتماعهما حق مشترك. ويتضح الأمر بهذا التفصيل بين هذه الحقوق.

329- أولا- حق الله سبحانه وتعالى: وهو ما يتحقق به النفع من غير اختصاص بأحد، فينسب إلى الله سبحانه وتعالى لعلو مقام الحق وشمول نفعه.

وحصر التفتراني¹ الحقوق التي تضاف إلى الله سبحانه وتعالى في ثمانية هي: عبادات خالصة كالإيمان والصلاة، وعقوبات خالصة كالحدود، وعقوبات قاصرة كالحرمان من الميراث، وحقوق دائرة بين الأمرين كال كفارات، وعبادات فيها معنى المؤونة كصدقة الفطر والزكاة، ومؤونة فيها معنى العبادة كالعشر، ومؤونة فيها شبه العقوبة كالخراج²، وحق خاص قائم بنفسه كخمس الغنائم، وخمس الركاز³.

ومن تعداد هذه الحقوق يتضح اتساع منطقة حقوق الله سبحانه وتعالى، وهي موجودة في الديانة المحضة، وفي القانون عامه، وخاصه.

330- ثانيا- حقوق العباد: وحق العبد ما تعلقت به مصلحة خاصة لمستحقه، كالدية، والأرث(الضمان) أو التعويض. ويتلخص حق العبد في منطقة القانون الخاص على اعتبار أن الدية تعويض لا عقوبة، وحتى عند القائلين بأن لها وجه العقوبة يبقى مستحقها هو ولي الدم، والمجروح، فهي من منطقة القانون الخاص(المدني).

331- ثالثا- مجتمع فيه الحقان: وهو يلحق بحق الله إذا كان هو الغالب، وبحق العبد إن كان هو الغالب، ومثال الأول: حد القذف، ومثال الثاني: القصاص.

332- الفرع الثاني: أجزية الاعتداء على هذه الحقوق⁴ تختلف الأجزية من حق إلى حق، وفي الحق الواحد. وبصفة عامة يمكن الحديث عنها في ضوء أجزية التعدي على ما هو حق لله سبحانه وتعالى، وأجزية التعدي على ما هو حق للعبد في النقطتين الآتيتين:

¹ أنظر التفتراني سعد الدين بن مسعود بن عمر الشافعي المتوفى سنة 792 هـ أو 1791، التلويح في كشف حقائق التنقيح، مكتب صنايع اسطنبول، طبعة سنة 1310 هـ، ص 705 و 713.

² الخراج: جمعه أخرجة وأخراج، ما تأخذه الدولة من ضرائب على الأرض المفتوحة عنوة، أو صلحا(معجم لغة الفقهاء)، مرجع سابق، ص 194.

³ الركاز: ما ركز في باطن الأرض من معدن أو كنز، عن الدكتور مذكور: نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء، مرجع سابق، ص 178.

⁴ يرجع في تقسيم الجرائم وأجزيتها إلى الشيخ أبو زهرة: الجريمة، مرجع سابق، ص 49 وما بعدها، ويرجع إليه في العقوبة، مرجع سابق، ص 24 وما بعدها.

وإلى الدكتور بهنسي أحمد فتحي، المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي، دار الشروق، طبعة 3 لسنة 1404 هـ 1984 م، ص 83 وما بعدها، وانظره في: الجرائم في الفقه الإسلامي، دار الشروق، طبعة 5 لسنة 1983 م، ص 16 وما بعدها. وانظر الدكتور عوض محمد، دراسات في الفقه الجنائي الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، بدون سنة نشر، ص 41 وما بعدها.

وانظر الدكتور منصور محمد منصور، الشبهات وأثرها في العقوبة الجنائية في الفقه الإسلامي، مطبعة الأمانة، مصر، ط 1 لسنة 1406 هـ - 1986 م، ص 23 وما بعدها.

وانظر الشيخ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي، مرجع سابق، ص 66 وما بعدها. وانظر الدكتور هلال عبد الإله أحمد، أصول التشريع الجنائي الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة سنة 1995، ص 21 وما بعدها.

وانظر الدكتور عبد الخالق النواوي، التشريع الجنائي في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، بيروت، ط 2 لسنة 1974، ص 21 وما بعدها.

333- أولا-أجزية التعدي على حقوق الله سبحانه وتعالى:الجزاء في التعدي على حق من حقوق الله سبحانه وتعالى، يكون بعقوبة عامة، وهي إما حد، وإما تعزير، وإما كفارة، أو الحرمان من الميراث.

1-الحد: هو عقوبة مقررة قدرها الشارع الحكيم، والحدود المقدره ستة، هي: قطع اليد في السرقة، إذا توافرت الشروط، والرجم للزاني المحصن، والجلد مائة جلدة لغير المحصن، والجلد ثمانين جلدة لشارب الخمر، سكر أم لم يسكر، والجلد ثمانين على القذف. ويضاف إليه قطع يد ورجل قاطع الطريق من خلاف إذا نهب المال ولم يقتل، وقتله إن قتل مع صلبه، ونفيه إن نشر الرعب في الناس دون قتل ولا سرقة ولا نهب.

2-التعزير عقابا على حق من حقوق الله سبحانه وتعالى عما لم يحدد له عقوبة محددة، ويبدأ التعزير من حيث خفته وشدته من التوبيخ إلى القتل تعزيرا وما بينهما من حبس وتخريب وضرب وهجر. وتقديره متروك للحاكم، وكذلك تقدير الجرم الذي يستوجبه، وتعين حاليا تحديد الجرائم الموجبة للتعزير، وتحديد العقوبات عنها في إطار حماية الحريات العامة.

3-الكفارة:وهي واجبة في مثل القتل الخطأ، وتجب في بعض العبادات الخالصة كانتهاك حرمة شهر الصيام والحنث في الأيمان المعقودة، والظهار¹.

4-الحرمان من الميراث: وهو عقوبة شبه تبعية يعاقب بها الوارث إذا قتل مورثه زيادة على ما يعاقب به من عقوبة أصلية.

334- ثانيا-أجزية التعدي على حقوق العبد

تختلف كذلك الأجزية التي تترتب على العدوان على حق عبد من العباد أو مجموع منهم، من عقوبة خاصة، إلى ضمان، أي تعويض، وجبر الضرر ماليا، أو عينا. وجزاء يدور بين النوعين(العقوبة والضمان) وسأتناول هذه الأنواع من الأجزية أو الجزاءات في النقاط الآتية:

1-التعزير في حق العبد:وهو كالتعزير في حق الله لا يختلف في شيء عدا الحق المعتدى عليه.

2-القصاص:ويجب فيما تكون فيه المماثلة بين المحليين، وهو معروف في الشرائع القديمة أيضا، وفي الشريعة الإسلامية جاء في القرآن حكاية على هذه الأمم وتشريعا للمسلمين، قوله سبحانه وتعالى:«وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص...»² وهو في القتل العمد، وفي الجناية عمدا على مادون النفس كما هو واضح من الآية الكريمة.

3-الجزاء الذي يدور بين العقوبة والضمان: وهو ثلاثة أنواع:
-النوع الأول: الدية³، وكانت مقدرة بمائة من الإبل أو بألف دينار ذهب أو عشرة آلاف من دراهم الفضة، وهي في القتل الخطأ على عاقلة القاتل، وفي العمد وشبه العمد عند من

=ويرجع في تفصيل الحقوق عامة إلى كتب الفقه التقليدي في مختلف أبوابها من العقائد إلى الجنايات والحدود والتعازير والديات، فهذه الحقوق متفرقة في كل مواضع الفقه الإسلامي، ما يعود منها لله، وما يعود للعباد، وما هو مشترك في المعاملات والجنايات وبعض العبادات.

¹الظهار: هو أن يقول الرجل لزوجته، هي عليه كظهر أمه، أو ظهر الدابة، أو ظهر والده.

²الآية 45-47 عند ورش من سورة المائدة (5).

³أنظر الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، مرجع سابق، ص 233 و234 و271 و272.

يقول به من الأئمة وهم الثلاثة لا مالك رضي الله عنهم جميعاً، على القاتل. وكذا لا تعقل العاقلة الصلح أي لا تتحمل الصلح في الدم، والعاقلة مختلف في تحديدها، من قائل هي قبيلة الرجل الذكور القادرين على الحرب إلى قائل هم خاصته وديوانه. كذلك تكون الدية على الجناية على ما دون النفس، وكل عضو محددة له دية في الأعضاء المزدوجة من الجسم عند إصابتها خطأ، أو قبول المضرور الدية، وإلا فالقصاص.

-النوع الثاني: الأرش، وهو بنسبة ما أصيب من الأعضاء المتعددين كالأصابع والأسنان عند إصابتها على سبيل الخطأ كذلك، وهي محددة كذلك بالسنة، من نصف الدية في اليد إلى نصف عشرها في السن.

-النوع الثالث: حكومة العدل: وتكون في الجناية على ما لا تمكن فيه المماثلة سواء كانت الجناية عمداً أو خطأ، ويمكن أن يرجع تقدير ذلك إلى القضاء يحدده عن طريق ذوي الاختصاص من الأطباء، وهذا هو معنى الحكومة، أي يحكم في الأرش أي التعويض عن الجرح. وأكثر الجراح والشجاج وضروب الأذى التي تلحق الجسم تعوض على هذا الأساس.

335- ثالثاً- الضمان: وهو ما يعرف في الفقه الوضعي بالتعويض المدني، وهو في الفقه الإسلامي نوعان، ضمان العقد (المسؤولية العقدية) وضمن الفعل (المسؤولية التقصيرية) وهذا هو النوع الذي يعيننا في بحثنا هذا.

-وضمن الفعل لا يكون إلا في الجرائم التي تقع على المال، وليس لهذا الضمان قاعدة عامة كما هو الحال في الفقه الإسلامي، ولكن التطبيقات الموجودة فيه تغني عن هذه القاعدة ولمن شاء أن ينظر لها ويقعد فلا مانع، وقد نظر لها فعلاً بعض المحدثين من أمثال الدكتور الزحيلي، والأستاذ علي الحفيف.

ومن الأحوال التي نص الفقهاء على أن فيها الضمان نذكر خمسة هي:

336- الحالة الأولى: الإلتاف ويكون بالمباشرة، أو بالتسبب، فدفع سيارة الغير على منحدر لتتكسر، وتقتل حيواناً بأسفل المنحدر، يكون فيه كسر السيارة بالمباشرة، وقتل الحيوان بالتسبب، والقاعدة أن المباشر ضامن¹، مهما كان حاله ودرجة تكليفه بأحكام الشرع، ولو غير مكلف. والمتسبب ضمن إذا تعدى أصلاً، أما إذا كان عمله الأصلي لا تعدي فيه فلا ضمان عليه²، وكل أمر لا يصح لا يجب الضمان على الأمر³. والضمان يكون بالمثل أو القيمة.

= وانظر الدكتور عوض أحمد إدريس، الدية بين العقوبة والتعويض في الفقه الإسلامي المقارن، دار مكتبة الهلال، بيروت، بدون سنة نشر، كامل الكتاب.

وانظر الدكتور أحمد فتحي بهنسي، الدية، دار الشروق، طبعة 5 لسنة 1403هـ 1983م، كامل الكتاب.
وانظر الكتب التي اتخذها المؤلفين كمصادر في الفقه الإسلامي، وكل المطولات في الفقه الإسلامي التي تعرضت لأحكام الدماء.

¹ أنظر البغدادي الصيرفي أبو بكر محمد بن عبد الله الفقيه الشافعي، المتوفى سنة 330هـ، مجمع الضمانات، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر، ص 149.

² أنظر الدكتور وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، دراسة مقارنة، دار الفكر، بدون سنة نشر، ص 198 و199.

³ أنظر الأستاذ علي الحفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، معهد البحوث والدراسات العربية، بدون سنة نشر، ص 74 و75.

337- الحالة الثانية: الغصب وهو أخذ مال متقوم محترم بلا إذن من له الإذن، على وجه يزيل يده بفعل في العين، وهذه القيود الستة كل قيد يخرج شيئاً من حكم الغصب. والقول أنه مال يخرج الخمر والميتة لأنهما ليسا بمال. والقول أنه متقوم يخرج الخمر المملوك لمسلم لأنه غير متقوم. والقول أنه محترم يخرج مال الحربي لأنه غير محترم. والقول بلا إذن من له الإذن يخرج عن الوديعة وما في حكمها من تسليم المال بطرق مشروعة، وبإذن صاحبه.

والقول على وجه يزيل يده فالغصب بإزالة اليد المحقة باليد المبطل¹. والقول بفعل في العين: إزالة اليد المحقة بالمبطل بفعل في العين. وهذان الشرطان الأخيران يشترطهما البعض من الفقهاء ولا يشترطهما البعض.

338- الحالة الثالثة: التغرير: ويكون فيه الضمان في مسائل ثلاثة: المسألة الأولى- إذا كان الغرور بشرط، كأن يزوج له المرأة على أنها حرة ثم تظهر أمة، فإن المجرر ضامن لما دفع المغرر به للمستحق.

المسألة الثانية- أن يكون في ضمن عقد معاوضة، فيرجع المشتري على البائع بقيمة الولد، إذا استحققت بعد الاستيلاد، ويرجع بقيمة البناء لو بنى المشتري ثم استحققت الأرض.

المسألة الثالثة- أن يكون في عقد يستحق نفعه الدافع كالوديعة والإجارة حتى هلكت العين ثم استحققت بعد الهلاك، وضمن المستأجر والمودع فإنهما يرجعان على الدافع المغرر بما ضمناه. وهكذا يضمن من كان في معناهما. ولا يضمن المستعير والموهوب له لأن القبض كان لنفس المستعير والموهوب له².

339- الحالة الرابعة: حالة الإكراه: فالإكراه المادي حكمه أن يضاف الحكم إلى المكره بكسر الراء لا إلى المكره بفتحها، لأن الأول هو الفاعل الحقيقي، وإن أكرهه على فعل القتل فعليه الدية والكفارة، كأن يحمله على دحرجة صخر فيصيب إنساناً يريد قتيلاً.

340- الحالة الخامسة: في بعض الجنايات كالسرقة فإن لها حكمان: الحد بقطع اليد، وضمان المال، فالإمام الشافعي رضي الله عنه يجمع بين الجزاءين، وكذا لقطع الطريق الحكمان: الحد، والرد، فالرد إذا كان المال موجوداً بعينه، وإلا فقيمت³.

المطلب الثاني

مصير مسؤوليات المكلفين عند الجهل بالإباحة أو الغلط فيها

341- تمهيد وتقسيم

لبحث هذا المطلب أرى تفريعه إلى فرعين ابحت فيهما مصير المسؤولية أو تكليف المكلف عند الجهل بالإباحة، ومصير المسؤولية عند الغلط فيها، والأحكام المختلفة في كل ذلك على النحو الآتي: الفرع الأول: مصير تكليف المكلف عند الجهل بالإباحة. الفرع الثاني: مصير تكليف المكلف عند الغلط في الإباحة.

¹ أنظر الأستاذ علي الحنيف، الضمان في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 88.

² أنظر البغدادي، مجمع الضمانات، مرجع سابق، ص 454.

³ أنظر التفتزاني، التلويح، مرجع سابق، ص 791 و 798.

342- الفرع الأول : مصير تكليف المكلف عند الجهل بالإباحة

يختلف الأمر بين أن يكون جهله جهل مكابرة وعناد، وأن يكون جهله لدقة الموقف، واحتياجه إلى علماء لمعرفة. وعلى أي حال، فالجهل الذي يعتد به في نفي التبعة عن المكلف أو تخفيفها هو أن لا يكون الجهل بمكابرة وعناد من المكلف. وهو مؤثر في مسؤولية المكلف بدرجتين:

343- أولا- ما عده أبو حنيفة عذرا مخففا للمسؤولية: هذا فيما لم يثبت بالكتاب أو السنة، وهو محل نظر واجتهاد، كتأول الباغي أن الإمام أي الحاكم يجب خلع طاعته لخروجه عن الشرع. وفي قول أبي حنيفة رضي الله عنه أنه لا حد عليه، ولا ضمان، لأنه غير داخل في ولاية الإمام حين البغي والعقوبة والضمان بالولاية، غير أن التعزير ممكن على عدم الطاعة.

فهذا سقوط لكل مسؤولية في نظر أبي حنيفة رضي الله عنه. إلا المسؤولية أمام الله سبحانه وتعالى، من كفارة على من قتل، وتوبة، وحسابه في الآخرة على الله سبحانه وتعالى. أو ما قد يرى لهم الإمام من تعزيز على عدم الطاعة.

وخالف جمهور الفقهاء أبا حنيفة رضي الله عنهم أجمعين، فأسسوا حكمهم على أن الباغي لا يزال مسلما، ولهذا رأوا أن يتحمل كل التكالييف التي على المسلمين، ويتحمل كامل المسؤولية من قصاص وعقوبة وضمان ما أتلّف، وأسسوا كذلك حكمهم هذا على أن البغي في ذاته معصية من كبريات المعاصي، فكيف يسقط الحقوق بل المنطق أن يشددوا ويضاعفها¹.

344- ثانيا- ما عد جهلا مانعا لكل مسؤولية ومسقطا لها: وهو جهل من لم يبلغ بالحكم الشرعي فلا تكليف عليه، فإذا لم تبلغه رسالة الإسلام في جها لحدائته عهده بالإسلام لا يحاسب على ما فيها من تكالييف، وإذا كانت المسألة التكاليفية من الجزئيات التي يجتهد الإمام في وضعها كسائر التنظيمات، فإن عليه إعلام الناس بها بطريقة لا يعتذر معها أحد بجهلها، كما هو الحال في القوانين تنشر في صحف خاصة لتعلم، كما يعلن عنها في مختلف وسائل الإعلام، والصحيفة الخاصة عندنا في الجزائر هي الجريدة الرسمية. وقد ثبت بشأن عدم العلم لعدم النشر، أنه يسقط التكليف أن سيدنا عمر رضي الله عنه ضرب بالدره رجلا طاف مع النساء، وكان قد خصهن بوقت للطواف من غير اختلاطهن مع الرجال، لما كان الحرم يتسع لذلك، فلامه الرجل أنه لم يعلم عزمته أي التنظيم الذي عزم عليه، فاعتذر له سيدنا عمر رضي الله عنه لإحساسه أنه لم يعلم عزمته بما فيه الكفاية.

وهذه المسألة للمعتزلة فيها قول يذهب إلى مسؤولية المكلف إذا فعل قبيحا ولو لم يعلم بحكم الشارع، وأهل السنة والجماعة والأشاعرة يقولون بأن لا تكليف إلا بحكم الشارع سبحانه وتعالى، لأن الحسن ما حسن والقبح ما قبح.

ويشترط لسقوط الحد والعقوبة بالجهل شروط:

- 1- أن كان سبيل العلم يتعذر على المكلف.
- 2- أن كان قريب العهد بالإسلام، أو بعيد العهد لكنه لم يلق من يعلمه لبعده عن ديار الإسلام وعلمائهم.

¹ أنظر الشيخ محمد أبو زهرة، الجريمة، مرجع سابق، طبعة دار الفكر العربي، ص 471.

3- الجهل بجزئية اجتهدية يسقط التكليف بها. وأرى هنا أيضا أن كل مسؤولية جزائية سقطت لا يسقط معها حق الضرر منها في التعويض، إلا من لحقه ضرر من الدفاع الشرعي القائم الشروط والأركان، وأن تجاوز الدفاع فيه نظر فإن ظهر أنه بسوء نية يعاقب المتجاوز ويعوض، مع تقدير ظروفه وإن كان بحسن نية، ولا يمكن من تجاوز في ظروفه إلا فعل ذلك لا يحمل أية مسؤولية. كذا إذا رضي المجني عليه سقط الضمان عن الجاني عليه. -وأرى أن أبا حنيفة في مخالفته للجمهور بشأن الباغي أنه أثابه حيث يجب أن يعاقب، ورأيي لذلك مع الجمهور. ولو ذهب أبو حنيفة إلى القول بتحمل الإمام عنه التعويضات أي الضمان إذا سلم نفسه من قبل القدرة عليه لكان هذا معقولا إلى حد ما.¹ ومتماشيا مع قول الله سبحانه وتعالى: «إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم»². فإذا كان إعفاؤهم من العقاب هنا تشجيعا للخارج على العودة، فإنه ليس هناك ما يمنع الحاكم من تحمل ضمان ما أتلّفوا حال بغيهم إن رجعوا قبل القدرة عليهم.

345- الفرع الثاني: مصير تكليف المكلف عند الغلط في الإباحة

من الغلط ما يسقط العقوبة ومنه ما لا يسقطها. 346- أولا-الغلط المسقط للعقوبة، يرى الجمهور غير الحنفية، أن الغلط إذا كان ثابتا أنه غلط لظروف أحيطت بالغالط تجعله يغلط كمن هيئت له امرأة ووضعت مكان زوجته فوطئها، فإنه لا حد عليه³. ولا يسقط عنه الضمان بصدّق المثل لأنه نكاح شبهة، وإن كان هنا الصداق على من أوقعه في الغلط والذي عليه التعزير أيضا. أما لو غلط من تلقاء نفسه لالتباس حقيقي لديه، فإنه لا حد عليه ولكن عليه صداق مثلها. -خالف الأحناف فقالوا أن عليه الحد إلا إذا كان أعمى ولا يعرف نعمة كلامها لحدثة عهده بها⁴. وأسقط العقوبة عن الغلط في الزواج بمحرم لجهل محرميتها، وطبيعي أن لها الضمان بصدّق المثل. وعلى من أخذ مالا يعتقد أنه له، ثم تبين أنه مملوك لغيره، فهذا أيضا لا عقوبة عليه، وإنما يضمن المال برده أو قيمته إن فانت عينه. 347- ثانيا-الغلط الذي لا يسقط العقوبة، وبالتالي لا يسقط الضمان ولا شيئا منه. وهو كل غلط ينصب على عنصر خارج نطاق ما يكون الجريمة من العناصر كالغلط في الشخص أو في الشخصية، فهذا الغلط يؤاخذ ويعاقب على فعله، ويتحمل ضمان وتعويض ما نتج عنه، ويتحمل إثم ما عمل.

¹ أنظر الشيخ محمد أبو زهرة، الجريمة، مرجع سابق، ص 461 وما بعدها

وانظره في: العقوبة، مرجع سابق، ص 209 وما بعدها.

² الآية 34-36 عند ورش من سورة المائدة (5).

³ أنظر ابن حزم، المحلى، ج13، مرجع سابق، ص 216 و217.

وانظر الشيخ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، مرجع سابق، ص 433.

⁴ أنظر ابن قدامة، المغني، ج8، مرجع سابق، ص 184.

وانظر الخطيب، مغني المحتاج، ج4، مرجع سابق، ص 145

348- وما قلته عند إنهاء بحثي للفرع السابق المتعلق بمسألة مصير المسؤولية عند الجهل بالإباحة والغلط فيها أكدته هنا، أن الغلط لا يسقط الضمان إلا في حالة الدفاع الشرعي، ويمكن القياس عليه وباعتبار حالة الرجل المعتاد، كما يمكن أن يسقط الضمان إذا استغرق غلط المضرور غلط الضار، كأن يخبر المريض الطبيب أنه شرب سما من السموم فيعطيه دواء مضادا له، وهو لم يشرب السم فيتسبب الدواء في قتله، فإن كان سلوك هذه المهنة يجعل الطبيب لا يتصرف إلا كما تصرف، سقط عليه كل من العقوبة والضمان، أما لو كان يجب عليه مهنية تحليل معين في إمكانه القيام به دون فوات الأمر أي دون خطورة على المريض وتهاون، فهنا يحاسب على مقتضى الجرم الخطأ ويضمن على أساس الخطأ لا على أساس العمد، ولا يعفى من فعله الضار. وهذا هو الاتجاه في الفقه الإسلامي ولا يخرج عن هذا الفقه الوضعي في نظري. وهنا أنهي هذا المطلب للانتقال للذي يليه.

المبحث الثاني

المسؤولية في حالة الجهل بالإباحة أو الغلط فيها في النظم القانونية الوضعية

349- تمهيد وتقسيم

طبيعة بحث هذا المبحث في النظم القانونية الوضعية تطرح أمرين، الأمر الأول هو المسؤولية في حد ذاتها، أية مسؤولية هي، أم هي المسؤولية القانونية؟ أم المسؤولية الأخلاقية؟ أم المدنية؟ أم الجزائية؟ أم التقصيرية؟ والأمر الثاني: مصير هذه المسؤولية عند الجهل بالإباحة، أو الغلط فيها. ويتعين لذلك تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول: المسؤولية المعنية

المطلب الثاني: مصير المسؤولية عند الجهل بالإباحة أو الغلط فيها.

المطلب الأول

المسؤولية المعنية

350- تمهيد وتقسيم

هذا المطلب يتعين تفريعه إلى خمسة فروع على النحو الآتي:

الفرع الأول: أحدد فيه أنواع المسؤولية.

الفرع الثاني: تعريف المسؤوليتين الجزائية والمدنية.

الفرع الثالث: أحدد فيه الفرق بين المسؤوليتين الجزائية والمدنية.

الفرع الرابع: الآثار التي تترتب على اجتماع المسؤوليتين.

الفرع الخامس: التمييز بين المسؤوليتين الجزائية والمدنية وغيرهما من المسؤوليات.

351- الفرع الأول: أنواع المسؤولية

المسؤولية تنتوع تقليديا إلى أنواع منها:

المسؤولية الأدبية Responsabilité morale

والمسؤولية القانونية Responsabilité légale ou juridique

والمسؤولية الجنائية أو الجزائية Responsabilité pénale

والمسؤولية المدنية Responsabilité civile

أو المسؤولية التقصيرية Responsabilité délictuelle

والمسؤولية العقدية Responsabilité contractuelle

ويهما من هذه المسؤوليات المسؤوليتان الجزائية أو الجنائية، والمدنية التقصيرية من جملة المسؤولية القانونية، أما المسؤولية الأدبية، أو الأخلاقية فلا مجال لهما في النظم القانونية الوضعية، وأمرها موكول لضمائر الناس، على خلاف ما عليه الوضع في الشريعة الإسلامية من رجاء الثواب الأخروي وخشية العقاب كرادع قانوني فيها.

352- الفرع الثاني: تعريف المسؤوليتين الجزائية والمدنية: وأبدأ بتعريفهما لغة تعريفا مقتضبا بقدر ما يلزم لتحديد معناهما دون الإغراق في تفاصيل اشتقاقات واستعمالات الجذر (سأل).

353- أولا- عرفها المعجم الوسيط: «المسؤولية، بوجه عام، حال أو صفة من يسأل عن أمر تقع عليه تبعته، يقال أنا بريء من مسؤولية هذا العمل، وتطلق أخلاقيا على التزام الشخص بما يصدر عنه قولاً أو عملاً. وتطلق قانوناً على: الالتزام بإصلاح الخطأ الواقع من الغير طبقاً للقانون».

354- ثانياً- أما التعريف الاصطلاحي للمسؤولية الجزائية فقد عرفها الكثير من الشراح، نأخذ بعضها منها على سبيل المثال، وبالقدر الذي يلزمنا في هذا البحث، فقد عرفها الدكتور مصطفى العوجي في كتابه «المسؤولية الجنائية»¹ عدة تعريفات منها أنها: «التزام شخص باحترام ما فرضه عليه القانون، من موجبات وسلوك تحت طائلة تحمل عواقب الإخلال بهذا الالتزام» وبقوله: «التزام شخص بتحمل نتائج فعل أتاها بنفسه أو بواسطة أكان مفروضاً عليه أم عاملاً باسمه». والتعريف الأخير يعبر على المسؤولية المدنية أكثر منه على المسؤولية الجزائية.

وعرفها الدكتور عاطف النقيب² بقوله: «المسؤولية الجزائية تستهدف حماية المجتمع، بالاقتصاص ممن أخل بأمنه واستقراره كلما كان الإخلال مؤلفاً جرماً جزائياً عرفه

¹ أنظر الدكتور مصطفى العوجي، المسؤولية الجزائية في المؤسسة الاقتصادية، مؤسسة نوفل، بيروت، بدون سنة نشر، ص 23 و 24.

² أنظر الدكتور عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، مرجع سابق، ص 21. الاستعمال اللغوي لمشتقات جذر سأل: سألته عن كذا، وبكذا سؤالاً وتسألأ، ومسألته: استخبره عنه، وفي التنزيل العزيز: (يا أيها الذين آمنوا لا تسألوا عن أشياء إن تبد لكم تسؤكم)، وفيه أيضاً: (فاسأل به خبيراً)، والمحتاج يسأل الناس: طلب منهم الصدقة، وسأل فلاناً الشيء: استقصاه إياه، ويقال: سألت زيدا درهماً، وفي التنزيل العزيز: (لا نسألك رزقاً نحن نرزقك)، أسأله سؤاله ومسألته: قضى له حاجته، سألته: سأله، تسألوا: سأل بعضهم بعضاً، السائل: الفقير، وفي التنزيل العزيز (وأما السائل فلا تنهر)، السأل: الكثير السؤال، والسؤال طلب الصدقة، وفي الحديث نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن كثرة السؤال، والسؤال: ما يطلب من طالب العلم الإجابة عنه في الامتحان جمع أسئلة، السؤال والسؤل: ما سألته، السؤلة: السؤال. السؤلة: كثير لسؤال، السؤل: السأل، المسألة: مصدر وتستعار للمفعول، يقال: تعلمت مسألة وفي الاصطلاح العلمي: القضية التي يبرهن عليها جمع مسائل، المسؤول من رجال الدولة: المنوط به عما تقع عليه تبعته (محدثه).

المسؤولية بوجه عام: حال أو صفة من يسأل عن أمر تقع عليه تبعته، يقال: أنا بريء من مسؤولية هذا العمل وتطلق أخلاقياً على: التزام الشخص بما يصدر عنه قولاً أو عملاً، وتطلق قانوناً على الالتزام بإصلاح الخطأ الواقع على الغير طبقاً لقانون، عن المعجم الوسيط، ج 1، مرجع سابق، ص 411.

القانون تخصيصاً، وعين له العقاب تحديداً...». فكما هو ملاحظ أن هذه التعريفات عبارة عن وصف للمعرف يميزه بعض الشيء عن غيره لكنها ليست التعريف الجامع المانع المختصر في غير إخلال بالمعنى، والبعيد عن كل حشو وإطناب.

355- ثالثاً-أما التعريف الاصطلاحي للمسؤولية المدنية، فقد عرفها الدكتور عاطف النقيب¹ بكيفية الوصف كما فعل مع المسؤولية الجزائية أو الجنائية فقال واصفاً لها: «المسؤولية المدنية ترمي إلى توفير التعويض على من تضرر من فعل أتاه الشخص المسؤول عن إخلال بموجب يقع عليه». وأول ما ألاحظ على هذا التعريف الوصفي – كما قلت- استعماله لكلمة «على» أرى أن الصحيح الصياغة التالية «التعويض لمن تضرر»، كما أنه بحكم أنه يشرح القانون المدني اللبناني، وإنه يعبر بكلمة الموجب بدلاً من الالتزام المتداوله أكثر.

وعرفها الدكتور محمود جلال حمزة² بقوله: ي «هي جزاء الإخلال بالالتزام سابق». هذا تعريف نظر إلى المسؤولية من حيث ما يترتب عنها، وهو تعرف جيد ويمكن أن يعبر به على كل مسؤولية مضاف إليه فقط ما يحدد المسؤولية المعرفة، وهذا هو القدر الذي يلزمنا من التعريف بالمسؤوليتين الجزائية أو الجنائية والمدنية.

356- الفرع الثالث: الفرق بين المسؤوليتين الجزائية والمدنية: بين المسؤوليتين فرقان أساسيان يميزانها عن بعضهما، وعدة فروق ثانوية، أحدها الفرقين الأساسيين كل في نقطة، والفرق الثانوية في نقطة ثالثة.

357- أولاً-قيام المسؤولية الجزائية على وجوب صون المجتمع من كل ما ينجم عنه إيذاؤه، وحمايته من الإخلال بالقواعد التي يقوم عليها نظامه، ولتطبيق ذلك لابد من تقرير العقاب على ما من شأنه أن يؤدي إلى الإخلال، ومعاقبة المخل زجراً له، وردعاً لغيره، وهذه العقوبة حتى توقع لئلا يبد من الوقوف على النية والقصد لدى الجاني، وهذا يدخل في العوامل النفسية، كما هو الحال في المسؤولية الأدبية. على أن مصلحة المجتمع هنا أي في المسؤولية الجزائية، تقتضي التزام طريق الاعتدال، ولذا كان لزاماً تعيين الأفعال المعاقب عليها مقدماً وتحديد العقوبات كذلك، وهذا ما درجت عليه التشريعات الحديثة التي فصلت بين ما يعد جريمة وعقوبته وفي أي مرحلة من مراحل الإعداد والتنفيذ يجرم الفعل. وما يشترط من نية. وحددت شروط وأركان الجرائم، ولم تترك ذلك للقضاء، ولو حصل ذلك لاختلط الأمر على الناس وأشكل عليهم ما هو مباح وما هو محظور، فضلاً عن اختلاف وجهات النظر التي ستكون في الأقضية.

فهذا واحتراماً للحريات الفردية في المجتمع لابد من مراعاة قاعدة «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص».

358- ثانياً-أما المسؤولية المدنية، فإنه لا يقتضي فيها وقوع الضرر بالمجتمع وإنما يكون فيها الضرر ماساً بأحد الأفراد، فلا يكون لهذا الفرد كذلك، غير المطالبة بالتعويض جبراً

وعن مختار الصحاح، مرجع سابق، ص 119 السؤال: ما يسأله الإنسان وقرئ (...أوتيت سؤلِكَ يا موسى) بالهمزة وبغيره وسأله الشيء وسأله عن الشيء سؤالاً ومسألاً، وقوله تعالى: (سأل سائل بعذاب واقع) أي عن عذاب واقع، قال= الأخفش: يقال خرجنا نسأل عن فلان، وفلان، وقد تخفف همزته فيقال، سأل يسأل، والأمر منه سل، ومن الأول:

أسأل، ورجل سؤلة بوزن همزة، كثير السؤال، وتساءلوا: سأل بعضهم بعضاً.

¹ أنظر الدكتور عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، مرجع سابق، ص 21.

² أنظر الدكتور محمود جلال حمزة، المسؤولية الناشئة عن الأشياء غير الحية، مرجع سابق، ص 15.

لما أصابه من ضرر، ويغلب أن يكون التعويض بمبلغ مالي عن طريق دعوى مدنية أساسها الإخلال بما كفله القانون للمضرور من حق¹. والدعويان يمكن أن يقوموا معا على فعل واحد، لكن مع تمايزهما في عدة نقاط عن بعضهما.

359- ثالثا-الفروق الأخرى بين الدعويين: زيادة على الفرقين الأساسيين السابقين هناك فروق أخرى دونها أهمية وهي:

- 1-الدعوى العمومية تحركها النيابة باسم المجتمع، أما المدنية فيحركها المضرور أصلا، ويجوز للمضرور تحريك الدعوى العمومية في حدود ما يسمح به القانون².
- 2- الجزاء في الدعوى العمومية للمجتمع، أما في الدعوى المدنية للمضرور.
- 3- الدعوى العمومية لا يجوز الصلح فيها في حين الدعوى المدنية الأصل فيها الصلح³. غير أن بعض القوانين العقابية تجيز الصلح في بعض الجرائم التي من طبيعتها أن ضررها لا يتعدى إلى المجتمع كجرائم الشيك، والنفقات، والسب، ونحوها، كما جاء في تعديل قانون العقوبات الجزائري بالأمر رقم 15-02 المعدل والمتمم لقانون العقوبات في مواده 37 مكرر إلى 37 مكرر⁹.
- 4-الجرائم محصورة في القانون لأنها تمس بحريات الناس وتؤلمهم، فلا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، أما المسؤولية المدنية فإنها تقوم متى كان العمل أو الامتناع غير المشروع أضر بالغير من غير حاجة لنص.
- 5-النية أساسية في الجريمة، وتكاد تكون لا دخل لها في الفعل الضار إذ الجريمة العمدية تختلف عن غير العمدية، ولا فرق بين أن يقع الضرر عمدا أو خطأ، إلا ما يحدثه العمد في نفس القاضي من رفع التعويض في العمد بحكم سلطته التقديرية⁴.

360- الفرع الرابع: الآثار التي تترتب على اجتماع المسؤوليتين

يترتب على اجتماع المسؤوليتين مجموعة من الآثار من حيث الاختصاص، والتقدم، وحجية الشيء المقضي به، ووقف الدعوى. ونفصل هذه النقاط فيما يلي:

361- أولا-الفرق بين الدعويين من حيث الاختصاص: للمضرور من جريمة أن يختار رفع الدعوى أمام الجهة الجزائية أو أمام الجهة المدنية⁵ على أن يراعي في ذلك جملة من الشروط:

- أ-تتبع الدعوى المدنية الدعوى الجزائية المرفوعة قبلها، أما م الجهة الجزائية⁶.
- ب-إذا رفع المتضرر من الجريمة، مع هذا دعوى تعويضية أمام م الجهة المدنية بعد تحريك الدعوى العمومية، لا يحق له الرجوع إلى الجهة الجزائية⁷.

¹أنظر الدكتور السنهاوري، مرجع سابق، ص 744 و 745.

وانظر المستشار حسين عامر والنائب العام عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 4 و 5.

²المادة 01 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، ومن الحالات التي يسمح فيها القانون للمضرور بتحريك الدعوى العمومية جريمة الزنا وجريمة عدم دفع النفقة المحكوم بها، وجريمة الصك بدون رصيد.

³المادة 06 الفقرة الأخيرة من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

⁴أنظر العلامة السنهاوري، الوسيط، مرجع سابق، ص 745.

⁵المادتين 03 و 04 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

⁶المادة 03 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

⁷المادة 05 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

ج- الادعاء مدنيا أمام الجهة الجزائية لا يقبل أمام المحاكم العسكرية¹.

362- ثانيا- الفرق بين الدعويين من حيث التقادم: فإن الدعاوى الجنائية، تتقادم الجنايات فيها بعشر سنوات، والجنح بثلاث سنوات، والمخالفات بسنتين². أما الدعاوى المدنية تتقادم وفق أحكام القانون المدني، إذا كان التعدي على تركة مثلا فالتقادم لا يكون إلا بمرور 33 سنة. وبعض الدعاوى تتقادم بسنتين، وبعضها بأربع، وبعضها بخمس، والبعض بخمسة عشر. وتنص القوانين على كيفيات للتقادم تختلف فيها الدعاوى الجزائية عن الدعاوى المدنية³.

363- ثالثا- الفرق بين الدعويين من حيث حجية الشيء المقضي به: الحكم الجزائي حجة على القاضي المدني يتقيد بما قضى فيه من وقائع، دون التكييف القانوني للوقائع، فإن القاضي المدني مستقل فيه.

364- رابعا- الفرق بين الدعويين من حيث وقف الدعوى: إذا حركت الدعوى العمومية ووقعت في نفس الوقت دعوى مدنية متعلقة بنفس الوقائع، تعين على الجهة المدنية أن تقضي بوقف سيرها إلى حين الفصل في الدعوى الجزائية، ولا يجوز الرجوع عن الطريق المدني في هذه الحالة إلى الطريق الجزائي. والقاعدة المعروفة في هذه الحالة هي قاعدة «الجزائي يعطل المدني»⁴.

365- الفرع الخامس: التمييز بين المسؤولية المدنية والجزائية وغيرهما من المسؤوليات

المسؤوليات التي ذكرت أنواعها تتميز كلها عن المسؤولية الجزائية، كما بينا سابقا في التمييز بين المسؤولية المدنية والجزائية.

وتتميز المسؤولية الأدبية أو الأخلاقية عن المسؤولية القانونية، ومنها المسؤوليتين الجزائية والمدنية، بكون المسؤولية الأدبية:

أولا- المسؤولية الأدبية لا يترتب عليها أي جزاء قانوني، وهي موكولة إلى الضمير، بينما القانونية يترتب عليها الجزاء القانوني.

ثانيا- المسؤولية الأدبية تقوم على أساس ذاتي فهي أمام الله ثم الضمير، بينما المسؤولية القانونية موضوعية تقوم تجاه الشخص أو أشخاص آخرين .

ثالثا- المسؤولية الأدبية تتحقق وإن كان الضرر ألحقه الشخص بنفسه، وتتحقق عن الأفكار الداخلية. بينما القانونية لا تتحقق إلا على ما تم فيه العمل أو الامتناع وألحق الضرر بالغير.

رابعا- المسؤولية الأدبية أوسع نطاقا، فهي تتصل بعلاقة الإنسان بربه وبنفسه فضلا عن علاقته بالآخرين، أما المسؤولية القانونية فلا بد فيها من العلاقة بالناس⁵.

¹ الادعاء المدني لا يقبل أمام المحاكم العسكرية حسب القضاء العسكري الجزائري.

² المواد 07 و08 و09 و10 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

³ أنظر العلامة السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 747.

وانظر المستشار حسين عامر والنائب العام عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 7.

⁴ المادة 04 فقرة 02 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

⁵ انظر الدكتور السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 743 و744.

366 وتتميز المسؤوليتان الجزائية والمدنية (التقصيرية) عن المسؤولية المدنية العقدية، في أن الإخلال في هذه الأخيرة يكون بأحد بنود العقد، أما الإخلال في المسؤولية التقصيرية فإن أي فعل ضار يشكل الإخلال بالعلاقة بين الفاعل والمضرور. والفرق بين المسؤولية العقدية والجزائية، أن الإخلال في هذه الأخيرة يتم بقاعدة قانونية جنائية حددت الجريمة والعقوبة عنها. غير أن من الفقهاء من يرى أن المسؤولية التقصيرية والعقدية تجمعهما طبيعة واحدة، هي الإخلال بالترام سابق من حيث أساسهما¹.

المطلب الثاني

مصير المسؤوليتين الجزائية والمدنية عند الجهل بالإباحة أو الغلط فيها

367- تمهيد وتقسيم

إذا كانت المسؤولية الجنائية أو الجزائية تقوم أساسا على قصد ارتكاب الفعل المجرم الآثم، والمسؤولية المدنية تقوم متى ألحق الفاعل ضررا بالغير بعمله، أو بامتناعه، بصرف النظر عن حسن وسوء النية، وإن كان سوء وحسن النية يراعيهما القضاء في تقدير التعويض، ولا يعتد كثيرا بقصد الفاعل أو عدم قصده في الفعل الضار) أي المسؤولية المدنية التقصيرية).

ومن المعلوم كذلك أن الإباحة في الأصل تحل الفاعل من كلتا المسؤوليتين ولا تحمله أيا منهما. إلا أنه قد يقع أن يرتكب الفاعل الفعل، وهو يعتقد أنه أجرم جزائيا، وارتكب بالتالي فعلا ضارا من الناحية المدنية، وهو يجهل أن الفعل أحاط به من الظروف ما برر له فعله ورفع عن فعله له التجريم، وأباح الفعل الذي كان قد مارسه على أنه إجرام. كما يحدث أن يغلط الفاعل فيظن أن فعلا ما له صورة الجريمة في ظاهره مباح لوجود ما يبرر فعله ويبيحه، والواقع غير ذلك فالأفعال التي أتاها مازالت مجرمة ولا شيء يبيحها. وهذا الواقع ناقشه الفقهاء وفيه أحكام للقضاء، واختلفت بشأنه التقنيات، ومن المقننين من قنن له الأحكام، ومنهم من ترك الأمر للقواعد العامة.

والأمر في بحثنا هذا له أهميته، وهدفا من أهدافه، ولتوضيحه أبحثه في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: مصير المسؤوليتين الجزائية والمدنية عند الجهل بالإباحة.

الفرع الثاني: مصير المسؤوليتين الجزائية والمدنية عند الغلط في الإباحة.

368- الفرع الأول: مصير المسؤوليتين الجزائية والمدنية عند الجهل بالإباحة

اتجه الفقهاء في هذه المسألة اتجاهين وللقضاء في مصر اتجاهه، ولي رأي في الموضوع، وذلك ما سأبينه في الفقرات الآتية.

369- أولا- مصير المسؤوليتين في نظر الفقه في مصر: أناقش هذه المسألة في الفقه في

مصر خاصة لأن مصر من البلدان التي لم يحدد فيها المقنن أحكاما خاصة للمسألة، أي مسألة الغلط في الإباحة على غرار ما هو عليه الحال في فرنسا.

وعليه أناقش المسألة في النقطتين الآتيتين موضحا اتجاهي الفقه في مصر:

¹ أنظر الدكتور عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، مرجع سابق، ص 30.

370- الاتجاه الأول: يرى أتباعه أن أسباب الإباحة موضوعية تنتفي معها كل من المسؤولية الجزائية والمدنية، وسواء في ذلك أكان جهل الفاعل بتوافر أسباب التبرير لا اعتقاده الخاطئ في فهم القانون، أو اعتقاده الخاطئ في فهم الواقع.

وبهذا قال الشراح والفقهاء في كل من مصر¹، وبعض الفقهاء في ألمانيا² وإليه اتجه بعض الفقهاء الإيطاليين مستنبطين الحكم من المادة 59 من قانون العقوبات الإيطالي³.

371- الاتجاه الثاني: لا يسقط مسؤولية الجاهل بالإباحة كلية، وإنما يخففها فينقلها في رأي لأصحاب هذا الاتجاه إلى مجرد الشروع في حالة الجهل بالإباحة.

وهنا بطبيعة الحال تبقى كل من المسؤوليتين الجزائية والمدنية، ولكن تخففان، المسؤولية الجزائية بدل أن تكون عن جريمة تكون عن الشروع فيها، والمدنية يراعى فيها القضاء في حدود ما للقاضي من سلطة تقديرية حسن نية الفاعل الذي يجهل قيام سبب لتبرير فعله. وفي رأي فريق آخر من هذا الاتجاه أنه لا أثر للإباحة التي لا يعلمها الفاعل حين ارتكابه الفعل.

وهنا يكون الفاعل مسؤولاً جزائياً ومدنياً مسؤولية كاملة، هذا موقف الفقه، أما موقف القضاء فبالإضافة لما له من السلطة في تقدير التعويض في حلة اعتبار ما صدر عن الجهل يشكل جريمة خطئية، فإن له موقفه.

372- ثانياً- مصير المسؤوليتين في نظر القضاء عند الجهل بالإباحة: ما عرفنا من أحكام القضاء هما حكمي محكمة النقض المصرية الصادرين في نقض 1934/2/03 و 1939/05/15، هذا الحكم الأخير لم يناقش مسؤولية الجاهل بالإباحة، بل قال أن: مسألة علم الشرطي بالإذن له بالتفتيش للمنزل في غير الوقت المسموح به قانوناً، مسألة موضوعية تترك لقضاة الموضوع⁴.

أما الحكم الأول فقد اعتبر جهله ناف للإباحة، وبالتالي فالشرطي الذي فتنس المنزل وهو يجهل وجود إذن له بالتفتيش عمله مجرم⁵، ويسأل عنه طبعاً جزائياً في دعوى عمومية ومدنياً بطلب التعويض عن الضرر.

والفقه في مصر منقسم حول هذا الحكم بين مؤيد ومعارض. وهكذا يبدو جلياً أن المسألة غير مثبتة فيها، وهي موضع أخذ ورد، لذا يتسنى لي تقديم رأيي فيها.

373- ثالثاً: رأيي في المسؤولية عند الجهل بالإباحة: أن يطبق فيها ما يطبق حال الجهل بتجاوزها، وهي أيضاً مسألة محل خلاف، ولكنني وصلت فيها عند بحثي في رسالة الماجستير⁶ إلى أنه لا يخلو من خطأ، أي التجاوز فإذا كان عمدياً فالجريمة الناتجة عنه عمدية، أما إذا كان التجاوز خطئياً فالجريمة الناتجة عنه خطئية، وهنا الجهل بالإباحة

¹ أنظر الدكتور محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة في التشريعات العربية، مرجع سابق، ط 2، ص 166. وأنظر الدكتور علي راشد، القانون الجنائي - المدخل وأصول النظرية العامة -، مرجع سابق، ص 499.

² أنظر الدكتور محمود زكي محمود، آثار الجهل والغلط في المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 278.

³ المادة 59 من قانون العقوبات الإيطالي تنص على أنه: "الظروف المستبعدة للعقاب تقرر لصالح الفاعل حتى ولو لم يكن يعلم بها أو كان يعتقد لوقوعه في غلط - عدم توافرها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

⁴ راجع مجموعة القواعد القانونية، ج 2، رقم 293، مرجع سابق، ص 399.

⁵ راجع مجموعة القواعد القانونية، ج 4، رقم 390، مرجع سابق، ص 539.

⁶ راجع فرحات بركاني، الدفاع الشرعي (دفع الصائل) بين الشريعة الإسلامية والنظم القانونية الوضعية، قدمت لجامعة الأمير عبد القادر، سنة 1419هـ/1998م، ص 275.

دائماً غير عمدي طبعاً فيكون ما نتج عنه يكيف على أساس أنه جريمة خطئية. يحمل الجاني الجاهل بالإباحة المسؤولية على جريمته الخطئية من حيث الدعوى الجزائية، ومن حيث الدعوى المدنية يحمل التعويض الذي تتدخل فيه سلطة القاضي التقديرية لتقديره في ضوء جهل الفاعل وحسن نيته. ويمكن تقنين المسألة وتحديد ما هو ضروري لها من الشروط.

وعلى أي حال فإن نية الفاعل منصرفاً إلى الإجرام، فمن الناحية الأدبية الخلقية فهو مسؤول لكن بما أننا بصدد المسؤولية القانونية فهذا ما نراه بشأن مسؤوليته.

374- الفرع الثاني: مصير المسؤوليتين الجزائية والمدنية عند الغلط في الإباحة

حول مصير المسؤوليتين خاصة الجزائية عند الغلط في الإباحة اختلفت الآراء بين الفقه والقضاء سواء في البلاد العربية أو الغربية، وكذا القوانين، فإن بعضها لم ينظم المسألة بنص صريح، وبعضها نظمها بنص صريح، وفريق ثالث يستنتج حكم المسألة من بعض نصوصها. وكل ذلك أحاول معالجته في هذه النقاط الثلاث التالية، محددا رأيي في نقطة رابعة.

375- أولاً- الوضع في القوانين: المقتنون، كما أشرت منهم من نص صراحة على اعتبار الغلط لصالح الغالط، كما هو الحال في قانون العقوبات السويسري، الذي تنص مادته 19 على أن: «كل من ارتكب سلوكاً تحت تأثير غلط في تقدير الوقائع، فإنه يعامل بمقتضى هذا التقدير، إن كان لمصلحته»¹.

فمثل هذا النص يعتد بالغلط متى كان في مصلحة الغالط، وهذا يعني أنه يعفيه به من المسؤولية الجزائية أو الجنائية، وتبقى المسؤولية المدنية التي يكون له الحق في تقديرها عليه للقضاء على اعتبار غلظه وحسن نيته في الفعل الذي صدر عنه، وأضر بالغير. وإلى هذا ذهب المقتن في إيطاليا أيضاً في المادة 59 من قانون العقوبات فقرتها الثالثة، وفي إحدى الحالتين الواردتين فيها، إذ تنص المادة على أنه: «إذا اعتقد الفاعل عن طريق الغلط، وجود ظروف تستبعد العقاب، يعتد بهذه الظروف لصالحه دائماً...». إلى هذا الحد فإن الفاعل لا مسؤولية جزائية عليه، وتبقى مسؤوليته المدنية خاضعة لسلطة القاضي التقديرية يراعى فيها غلظه وحسن نيته.

ولكن المادة تكمل: «...ومع ذلك إذا كان الغلط أساسه خطأ فإن العقاب لا يستبعد إذا نص القانون على عقاب الواقعة بجريمة غير عمدية، إن توافرت بالطبع- سائر شروط تحقق المسؤولية».

أما هذه الحالة الأخيرة فتخفف المسؤولية الجزائية من عمدية إلى جعلها خطئية، إذا كان الفعل يمكن وصفه بذلك وتوفرت الشروط التي يمكن بها أن يوصف بالجرم الخطئي. وهذا في حد ذاته تخفيف للمسؤولية الجزائية، وكذلك إعطاء للفرصة للقضاء أن يقدر خطأ الجاني وحسن نيته².

¹ أنظر الدكتور محمد نعيم فرحات، النظرية العامة لعذر تجاوز حدود الدفاع، مرجع سابق، ص 219.

² أنظر الدكتور رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، مرجع سابق، ص 416.

وأنظر الدكتور محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة في التشريعات العربية، مرجع سابق، ص 36.

وأنظر الدكتور محمود زكي محمود، آثار الجهل والغلط في المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 273.

أما بعض القوانين فإنها جاءت فيها نصوص يستنتج منها أحكام عامة للغلط، كما هو الحال في مصر¹ وألمانيا².

وبعض القوانين تركت الأمر للقضاء والفقه كما هو الحال في الجزائر وفرنسا.

376 ثانيا- الوضع في القضاء: القضاء في فرنسا، اكتفى بتوافر مظهر الحقيقة في الخطر من الناحية الموضوعية بحيث يكون واضحا للكافة، فيكفي أن يقوم هذا المظهر ليعتد بغلط الفاعل³، ويعفى من مسؤولية فعله، والأمر هنا يتعلق بالدفاع الشرعي، ففي هذه الحالة الإغفاء يكون كلياً، أي من كلتا المسؤوليتين الجنائية والمدنية. بل ويعفى من المسؤولية الأخلاقية، إذا كان في موضع أخلاقي سليم، وهذا يتوقف على حسن نواياه.

- وفي إيطاليا قضت محكمة إيطاليا استناداً إلى مبدأ الغلط ببراءة الجنود وانتفاء مسؤوليتهم، وكانوا موضع تغرير من نصاب مثل عليهم دور ضابط عليهم واستعان بهم في سرقة أموال عامة⁴.

-وفي مصر استقر القضاء على اعتبار الغلط في المشروعية متى اقترن بحسن النية، وبأسباب معقولة، وبناء على هذا فإنه لا تقوم مسؤولية الفاعل. وعدم قيامها من الناحية الجزائية ثابت⁵، أما من الناحية المدنية فما لم يتعلق الأمر بالدفاع الشرعي، فإن المسؤولية تبقى لتقدير القضاء، يعتبر فيها حسن نية الفاعل وظروفه، ومن بينها الظروف التي ارتكب فيها جرمه. وتقدير إن كان للمضروور خطأ، فإنه يراعى في مسؤولية الفاعل، وإن استغرق خطأ المجني عليه خطأ الجاني أعفى هذا الأخير من المسؤولية المدنية أيضاً.

-وفي إطار المادة 63 لم تعف المرووس الذي اختلس أموال عامة طاعة لرؤسائه حتى يرشيه بغض النظر عن أخطائه.

وحمل المسؤولية الجزائية وبالتالي المدنية، معللة أنه ليس عليه طاعتهم في مخالفة القانون صراحة.

-وفي حالة الدفاع الشرعي اعتدت بالغلط متى رأى المدافع في تقديره هو أن الأفعال لازمة للدفاع، ولم تطلب منه عناية الرجل المعتاد وأقامت قضاءها على معيار شخصي⁶.

¹المادة 63 من قانون العقوبات المصري تنص على أنه: "للاجريمة إذا وقع الفعل من موظف أميري في الأحوال الآتية: أولاً-إذا ارتكب الفعل تنفيذاً لأمر صادر إليه من رئيس وجبت عليه إطاعته، أو اعتقد أنها واجبة عليه ثانياً-إذا حسنت نيته، وارتكب فعلاً تنفيذاً لما أمرت به لقوانين، أو ما اعتقد أن إجراءاته من اختصاصه. وعلى كل حال يجب على الموظف أن يثبت أنه لم يرتكب الفعل إلا بعد التثبت والتحري، وأنه كان يعتقد مشروعيته، واعتقاده كان مبنياً على أسباب معقولة".

وكذلك يستنتج الشراح الإباحة والغلط فيها من المادتين 249 و250 من قانون العقوبات المصري التي جاءت لتنظيم أحكام الدفاع الشرعي.

²وتستنتج حالة الجهل والغلط في قانون العقوبات الألماني من المادة 59 التي تنص على: "إذا انتفى علم الشخص عند إتيانه الفعل المعاقب عليه بتوفر العناصر الواقعية التي يقوم عليها التحديد القانوني للجريمة أو التي تؤدي إلى تشديد العقوبة، فإنه يعتبر غير مسؤول عن هذه العناصر...".

³ V.Merle (R) et Vitu (A): Traité de droit criminel, problèmes généraux de la législation criminelle, Ed 1967, Paris, p.314.

⁴أنظر الدكتور رمسيس بهنام، النظرية العامة، مرجع سابق، ص 416.

⁵أنظر نقض 1956/01/31 مجموعة أحكام النقض السنة السابعة، رقم 40، ص 118.

انظر نقض 1956/10/23 مجموعة أحكام النقض السنة السابعة، رقم 292، ص 1065

ونقض 1957/04/02 مجموعة أحكام النقض السنة الثامنة، رقم 95، ص 1058.

ونقض 1959/02/16 مجموعة أحكام النقض السنة العاشرة، رقم 44، ص 168.

⁶أنظر الطعن رقم 1123 للسنة 46، جلسة 1977/01/31 عند الدكتور محمد نعيم فرحات، النظرية العامة لعذر تجاوز حدود الدفاع الشرعي، مرجع سابق، ص 227.

وفي هذه الحالة (أي حالة الدفاع الشرعي بالذات) تنتفي كلتا المسؤوليتين الجنائية والمدنية، وحتى الأخلاقية، متى كانت نية الفاعل سليمة.

377- ثالثاً- الوضع في الفقه: ذهب الفقه في ألمانيا إلى القول بغائية الهدف من السلوك، فقال بأن من توهم سبب المشروعية دون سبب معقول، يعاقب على جريمة عمدية، ويعني هذا أنه يحمل المسؤولية المدنية تبعاً لذلك، لانصراف إرادته إلى إحداث النتيجة التي تجرمها القاعدة القانونية.

وقال هذا الفقه: بأنه رغم هذا يخفف عليه العقاب لبراءة الباعث عنده، وهو اعتقاده الذي لم يغتفر له بقيام سبب الإباحة. فهنا يعود الفقه ليقدر له ظروف التخفيف وهذا يمنح للقاضي السلطة التقديرية في تخفيف المسؤولية المدنية كذلك مراعاة لظروفه.

-وذهب الفقه في مصر إلى أن الغلط في المشروعية لا ينفي القصد الجنائي لكون المشروعية موضوعية تنصب آثارها على الفعل لا على الشخص. ويرى الفقه هنا تحميل الفاعل كامل المسؤولية الجزائية عن فعل عمدي، وهذا يعني تحميله المسؤولية المدنية كاملة¹. وهذه هي آراء وأقوال الفقه والقضاء والنصوص القانونية، ورأيي هو كالاتي.

378- رابعاً رأيي في المسألة: أرى أن أسباب الإباحة، وإن كانت تجمعها قواعد عامة إلا أن لكل سبب خصوصيته، فالدفاع الشرعي وما يحيط به عادة من فقدان المدافع لتمييز الرجل المعتاد وتبصره يجب أن تراعى له هذه الظروف، ويؤخذ غلظه بعين الاعتبار في إطار هذه الظروف. ومتى كان آخر في نطاق سبب آخر للإباحة في مثل ظروفه اعتبر كذلك غلظه، وبذلك يمكن القول بجعل معيار للمسألة شخصي تراعى فيه ظروف الفاعل، وموضوعي تقاس فيه أفعاله بأفعال المدافع في مثل حاله، فالطبيب الذي تصله امرأة فاقدة الوعي، لا يمكنه تشخيص حالتها فيجهضها غالطاً في التشخيص غير الذي يغلط بسبب إهمال منه، وسوء تقدير.

وأن يكون نفي المسؤولية في الجانب الجنائي فقط، فيما عدا الدفاع الشرعي. أما الدفاع الشرعي فتنتفي فيه كلتا المسؤوليتين، وفي باقي الحالات، وحالة تجاوز الدفاع الشرعي بسوء تقدير وإهمال من الفاعل (المدافع) تراعى ظروف الفاعل من حيث التعويض المدني، ومتى ثبت سوء النية، فلا مراعاة لظروف أي فاعل.

وانظر نقض 69/01/06 مجموعة أحكام النقض السنة 20، رقم 1، ص 24.
وانظر نقض 1978/01/23 لسنة 1978، رقم 657، السنة 47 عند الدكتور محمد نعيم فرحات، نفس المرجع، ص 228.

وانظر نقض 1973/1/11، مجموعة أحكام النقض، السنة 04، رقم 193، ص 935.
وانظر الدكتور رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام، مرجع سابق، ص 535.
¹ أنظر الدكتور محمد نعيم فرحات، النظرية العامة لعذر تجاوز حدود الدفاع الشرعي، مرجع سابق، ص من 223 إلى 226.

وانظر الدكتور رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام، مرجع سابق، ص 525، من طبعة سنة 1979 و ص 534 و 536.
وانظر الدكتور رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، مرجع سابق، ص 456.

المبحث الثالث

أساس المسؤولية عند الجهل بالإباحة أو الغلط فيها في الشريعة الإسلامية

379- تمهيد وتقسيم

يتعين أن أبحث أولاً مسألة أساس المسؤولية الجنائية، حتى تتضح عندنا مسألة أساس انتفاء المسؤولية عند الجهل بالإباحة أو الغلط فيها. فإن كان فقهاء القانون الوضعي منقسمين في تحديد أساس المسؤولية إلى فريقين، فريق يعتبر أساس المسؤولية هو النص الذي تحدث عنها، أي في المسؤولية الجزائية النص التجريمي، وفريق آخر يرى أن الأساس يكمن في النظرة الفلسفية التي يقوم عليها ويستند إليها النص، فكذلك الأمر في الشريعة الغراء، مع فارق تقتضيه طبيعتها الربانية، وهو أن النظرة الفلسفية والفكرية هنا لا يسند إليها النص، وإنما العكس هو الصحيح، فالفكرة هنا تستند إلى النص محاولة الوصول بالعقل البشري إلى حكمة الشارع الحكيم سبحانه وتعالى في النص، ولا خلاف في ذلك بين فرق الفكر الإسلامي، أي لا يختلف أتباع هذه الفرق في أن الأصل هو القرآن العظيم والسنة النبوية الشريفة، والكل بعد ذلك يستقي من هذين النبعين الصافيين.

ومن أمثلة من جعل النص هو أساس المسؤولية الجنائية، من جعله أساساً للأحكام مباشرة دون أن يمر عليه الفكر الإنساني اللهم إذا كان النص غامضاً يحتاج إلى اجتهاد فيكون عمل الإنسان هنا مجرد العمل للوصول إلى فهم النص بأي طريق من طرق الاجتهاد، من هؤلاء الذين جعلوا النص هو الأساس مباشرة الدكتور وهبة الزحيلي في كتابه: «نظرية الضرورة الشرعية»¹.

ومن القائلين بكون أساس المسؤولية هو الفكر الإنساني مستلهما النصوص التشريعية في جملتها الدكتور فتحي بهنسي في كتابه: «المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي»². والقول بأن الأساس هو النص مباشرة حسم المشكلة في حدود نظريته تلك. أما القول بأن الأساس هو الفكر والفلسفة الإنسانيين مستلهمين الشريعة في جملة نصوصها فإنه يطرح وجهات نظر ثلاثة، شبيهة بتلك المطروحة في الفكر الوضعي، كما سنرى. ووجهات النظر هاته قال بها كل من الجبرية والقدرية (المعتزلة) والأشاعرة. لذا سأتناول الموضوع لتوضيح وجهات النظر هذه في أساس المسؤولية في مطالب أربعة كما هو آت:

¹ أنظر الدكتور وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي، مؤسسة الرسالة، بيروت، طبعة 2 لسنة 1399هـ-1979م، ص 13.

² أنظر الدكتور أحمد فتحي بهنسي، المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي، دار الشروق، ط 3 لسنة 1406هـ-1984، ص 27 وما بعدها.

وانظر كلا من الدكتور خلود سامي عزارة آل معجون، النظرية العامة للإباحة، مرجع سابق، ص 275 وما بعدها، و ص 280 وما بعدها.

وانظر الدكتور محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 381 و 382 و 576 و 577 و 588 و 589.

وانظر فرحات بركاني، الدفاع الشرعي، مرجع سابق، ص 43 وما بعدها. البنود 16 و 17 و 18.

وانظر الدكتور خالد عبد المجيد فراج، المنهج الحكيم في التجريم والتقويم، منشأة المعارف، بدون سنة نشر، ص 28 وما بعدها.

المطلب الأول: أساس المسؤولية عند الجبرية.
المطلب الثاني: أساس المسؤولية عند القدرية.
المطلب الثالث: أساس المسؤولية عند الأشاعرة.
المطلب الرابع: رأيي في الموضوع بعد تحليل فقهي.

محاولاً إبراز هذا الأساس في فكر كل فريق بتقديم حججه. وأنهى الموضوع بإعطاء رأيي فيه، أي في أساس المسؤولية ككل، سواء عندي من الناحية الوضعية أو من الناحية الشرعية.

المطلب الأول أساس المسؤولية عند الجبرية

380- تمهيد وتقسيم

لا أكون قد قلت جديداً إذا قلت أن الشريعة الغراء سبقت الفكر الجنائي الوضعي بزمان ليس بالقصير، في إبراز ملامح النظريات الفكرية في المسؤولية الجنائية، والتي تقوم على أساس أخلاقي¹، يستلهم النصوص التشريعية الأصلية، وإن لم يضع فقهاء الإسلام نظرية أو نظريات لاتجاهاتهم كعادتهم، إنما الأحكام التفصيلية في كتب الفقه والفكر الإسلامي تنطق بهذه النظريات. ولعل أول اتجاه ظهر كنظرية في الفكر الإسلامي تجعل الأساس للمسؤولية المكلف، هي التي يمثلها، ويقول بها الجبرية، ولهؤلاء كما لغيرهم أسانيد لنظريتهم من القرآن والسنة. ولبحث الموضوع أقسم المطلب إلى فروع أربعة، أتناول في الفرع الأول: كيف تأسس الفكر الجبري ومضمونه، وفي الثاني أدلة الجبريين من القرآن، وفي الثالث أدلتهم من السنة، وفي الرابع أدلتهم العقلية والرد على حججهم.

381- الفرع الأول: كيف تأسس الفكر الجبري ومضمونه

قبل الحديث عن الفكر الجبري وكيف تأسس لأبد من تعريف وتحديد معنى الجبر والجبرية من الناحيتين اللغوية والاصطلاحية كدأبنا مع كل مصطلح مهم جديد في هذه الرسالة.

¹ أنظر الشهرستاني أبو الفتح محمد بن عبد الكريم ابن أبي بكر أحمد، المولود سنة 479 هـ، المتوفى سنة 548 هـ، الملل والنحل، ج1، (الجبرية)، دار المعرفة، بيروت، ص 108 و 109.
وانظر الدكتور محمد كمال الدين إمام، المسؤولية الجنائية - أساسها وتطورها دراسة مقارنة في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية -، ط1، رسالة دكتوراه، ص 23 وما بعدها وص 462 وما بعدها،
وانظر الدكتور هشام محمد فريد، الدعائم الفلسفية للمسؤولية الجنائية - دراسة مقارنة -، دار النهضة العربية، طبعة سنة 1981، ص 159 وما بعدها، وص 201 وما بعدها.
وانظر الدكتور علي راشد، القانون الجنائي - المخل وأصول النظرية العامة -، دار النهضة العربية، ط2 لسنة 1974، ص 65.

-فكلمة الجبرية تعني من حيث اللغة: القهر والإكراه، وهذا هو المعنى الذي يلزمنا من جذر(جبر) واستعمالات هذه الكلمة واشتقاقاتها أحيل فيها إلى الهامش¹.
ومن حيث الاصطلاح: يعرف الجبر بأنه: نفي العلم حقيقة عن العبد وإضافته إلى المولى سبحانه وتعالى.

والجبرية أصناف² منهم الجبرية الخالصة التي لا تثبت للعبد فعلا ولا قدرة على الفعل أصلا، والجبرية المتوسطة تثبت للعبد قدرة غير مؤثرة، وجبرية تثبت للقدرة الحادثة أثرا ما في الفعل وتسمى ذلك كسبا، ولا يعد العلماء المحققين جبرية هذه الطائفة التي تقول بهذا القول الأخير.

-والفكر الجبري تأسس على إثر ركود حركة الفتوحات الإسلامية واستقرار المسلمين في الأمصار، واختلاطهم بغيرهم من أهل الملل والديانات الأخرى في خراسان وفارس، فكثرت القول في مدى اختيار الإنسان في أفعاله أمام قدر الله سبحانه وتعالى وقضائه، وكان ذلك في عهد بني أمية في كل من العراق والشام.

-ومضمون مذهب الجبرية يتمثل في إنكار حرية الإنسان في الاختيار ومبدأ المسؤولية الأخلاقية، والقول بجبرية السلوك والمسؤولية والجزاء كدعائم أساسية يقوم عليها هذا المذهب³. فهو ينكر على الإنسان أفعاله، ويقول أنها لا تنسب إليه إلا على سبيل المجاز، ويترتب على ذلك إنكار قدرة الإنسان على الاختيار، وعلى توجيه إرادته إلى ارتكاب الفعل أو الإحجام عن ذلك، ومن هنا ينكر أنصار هذا المذهب دور الأهلية الجنائية. ويقول هؤلاء أن الإنسان تملي عليه إرادة الله سبحانه وتعالى أفعاله وما هو إلا أداة لتنفيذها⁴.

¹ وكلمة جبر في مختلف استعمالات هذا الجذر واشتقاقاته كما يأتي: جبر جبرا وجبورا: صلح، يقال جبر العظم الكسير. وجبر الفقير واليتيم، وجبر العظم الكسير جبرا، وجبورا، وجبارة: أصلحه وجبر وضع عليه الجبرية، ويقال جبر عظمه: أصلح شؤونه وعطف عليه، وجبر الفقير واليتيم: كفاه حاجته، وفي حديث الدعاء: <<اللهم أجبرني واهدني>>، ويقال جبر ما فقد: عوضه. وجبر الأمر جبرا: أصلحه وقومه ودفع عنه، وجبر فلانا جبرا أصلحه وقومه ودفع عنه. وجبر فلانا على الأمر: قهره عليه وأكرهه (وهذا هو المعنى الذي يعيننا) أجبره على المر: أجبره وأجبر فلانا: نسبته إلى مذهب الجبرية (الذي نحن بصدد) جبر العظم: جبره، ويقال: اجتبر فلان: غني بعد فقر وانتعش. انجبر العظم جبر، ويقال: انجبر الفقير واليتيم. تجبر: تكبر وتجبر العظم واليتيم والفقير: جبر. وتجبر الشيء: أخذ في سبيل صلاحه. يقال تجبر النبات والشجر: أخذ يخضر بعد يبس. وتجبر الكلاء: أخذ ينمو بعد أن أكلته المواشي. وتجبر المريض: صلت حاله. وتجبر فلان: عاد إليه من ماله بعض ما ذهب. وتجبر الرجل مالا: أصابه. استجبر الفقير: صلت حاله بالإحسان إليه واستجبر فلانا: بالغ في تعهده بالإحسان إليه وإصلاح حاله. التجبار: التكبر الجبار: الهدر، وهو ما لا قصاص فيه ولا غرم، يقال: ذهب دمه جبارا، ويقال حرب جبار: لا دية فيها ولا قصاص. وجبار: البرئ، يقال: أنا منه جبار. وجبار: اسم يوم الثلاثاء في الجاهلية. الجبارة: حرفة المجرى والجبارة ما يشد على العظم المنكسر لينجبر، جمعها جبائر. والجبار: من أسمائه سبحانه وتعالى. والجبار: المتكبر والجبار: القاهر العاتي المتسلط. ويقال: قلب جبار لا تدخله الرحمة ولا يقبل الموعظة، جمعه جبارة. وجبار: النخل يطول ويفوت اليد. الجبائر: الشديد التجبر. الجبر: الشجاع. الجبر: العود تجبر به العظام جمعه جبار. ومذهب الجبرية (الذي عرفناه) الجبر: من الرياضيات. والتسعير الجبري. أنظر المعجم الوسيط، مرجع سابق، ص 104 و 105.

= وانظر مختار الصحاح، مرجع سابق، ص 39.

وانظر معجم لغة الفقهاء، مرجع سابق، ص 159.

² أنظر الدكتور زهدي جار الله، المعتزلة، المؤسسة العربية للدراسة والنشر، طبعة 6 لسنة 1410 هـ-1990، ص 22.

وانظر الدكتور أحمد فتحي بهنسي، المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 26.

³ أنظر الدكتور هشام محمد فريد، الدعائم الفلسفية للمسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 162.

⁴ أنظر الشهرستاني، الملل والنحل، موسوعة ناصر للثقافة، بدون سنة نشر، ص 36.

وانظر الدكتور فاروق دسوقي، القضاء والقدر في الإسلام بين السلف والمتكلمين - ج 2، دار المعارف، القاهرة، بدون سنة نشر، ص 36

-ويلتقي هذا المذهب مع المدرسة الوضعية الإيطالية في قولها بحتمية السلوك، والمسؤولية القانونية أو الاجتماعية.¹

382- الفرع الثاني: أدلة الجبريين من القرآن العظيم

يستند الجبريون على آيات كثيرات من القرآن العظيم لتبرير موقفهم، نذكر منها:

- 1- قوله تعالى: «قل لن يصيبنا إلا ما كتب الله لنا...»².
- 2- قوله سبحانه وتعالى: «كذلك يضل الله من يشاء ويهدي من يشاء»³.
- 3- وقوله سبحانه وتعالى: «قل لا أملك لنفسي نفعا ولا ضرا إلا ما شاء الله...»⁴.
- 4- وقوله جل وعلا: «ولو شئنا لآتينا كل نفس هداها ولكن حق القول مني لأملأن جهنم من الجنة والناس أجمعين»⁵.
- 5- قوله سبحانه وتعالى: «ولا ينفعكم نصحي إن أردت أن أنصح لكم إن كان الله يريد أن يغويكم هو ربكم وإليه ترجعون»⁶.
- 6- وقوله سبحانه وتعالى: «ولقد بعثنا في كل أمة رسول أن اعبدوا الله واجتنبوا الطاغوت فمنهم من هدى الله ومنهم من حقت عليه الضلالة...»⁷.
- 7- وقوله سبحانه وتعالى: «إن الذين كفروا سواء عليهم أأنذرتهم أم لم تنذرهم لا يؤمنون، ختم الله على قلوبهم وعلى سمعهم وعلى أبصارهم غشاوة ولهم عذاب عظيم»⁸.
- 8- وقوله جل وعلا: «فمن يرد الله أن يهديه يشرح صدره للإسلام ومن يرد أن يضله يجعل صدره ضيقا حرجا كأنما يصعد في السماء»⁹.

383- الفرع الثالث: أدلة الجبريين من السنة

يستند الجبريون في السنة النبوية الشريفة إلى كثير من المرويات، منسوبة إلى سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم، يستدلون بها على صحة منهجهم، ومن هذه المرويات:

- 1- ما روي من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «إن أحدكم يجمع في بطن أمه أربعين يوما، يكون علة مثل ذلك، ثم مضغة مثل ذلك، ثم يبعث الله ملكا فيؤمر بأربع، برزقه، وأجله، وشقي أو سعيد، فوالله إن أحدكم-أو الرجل-ليعمل بعمل أهل النار، حتى ما

وانظر الأستاذ الطنطاوي أحمد عمر، توضيح الجوهرة في علم التوحيد، مكتبة السعادة، مصر، ط1 لسنة 1387هـ-1967م، ص 65.

¹ أنظر الدكتور المرصفاوي حسن صادق، قواعد المسؤولية الجنائية في التشريعات العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، طبعة سنة 1972م، ص 45.

وانظر الدكتور علي حسن عبد الله الشرقي، الباعث وأثره في المسؤولية الجنائية، رسالة دكتوراه، القاهرة، 1997، ص 287.

² الآية 51 من سورة التوبة (9).

³ الآية 188 من سورة الأعراف (7).

⁴ الآية 49 من سورة يونس (10).

⁵ الآية 13 من سورة السجدة (32).

⁶ الآية 34 من سورة هود (11).

⁷ الآية 36 من سورة النحل (16).

⁸ الآية 5 و 6 من سورة البقرة (2).

⁹ الآية 25-26 عند ورش من سورة الأنعام (6).

يكون بينه وبينها غير باع، أو ذراع، فيسبق عليه الكتاب، فيعمل بعمل أهل الجنة فيدخلها، وإن الرجل ليعمل بعمل أهل الجنة، حتى ما يكون بينه وبينها غير ذراع أو ذراعين، فيسبق عليه الكتاب، فيعمل عمل أهل النار فيدخلها¹».

2- ما رواه علي بن أبي طالب رضي الله عنه إذ قال: «كان رسول الله صلى الله عليه وسلم جالسا وفي يده عود ينكت به، فرفع رأسه فقال: ما منكم من نفس إلا وقد علم منزلها من الجنة والنار، قالوا: يا رسول الله فلم نعمل؟ أفلا نتكل؟ قال: لا إعملوا، فكل ميسر لما خلق له. ثم قرأ (فأما من أعطى واتقى وصدق بالحسنى فسنيسره لليسرى²، وأما من بخل واستغنى وكذب بالحسنى، فسنيسره للعسرى³».

3- وما روته أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها، إذ قالت: «دعي رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى جنازة صبي من الأنصار فقلت يا رسول الله: طوبا لهذا العصفور، من عصافير الجنة، لم يعمل السوء ولم يدركه، قال: أو غير ذلك يا عائشة، إن الله خلق للجنة أهلا، خلقهم لها وهم في أصلاب آبائهم، وخلق للنار أهلا، خلقهم لها وهم في أصلاب آبائهم⁴».

4- وما حدث به أبو هريرة رضي الله عنه إذ قال: «قال لي النبي صلى الله عليه وسلم: حيف القلم ما أنت لاق⁵».

5- وما حدث به عبادة رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: «أول ما خلق الله تبارك وتعالى القلم، ثم قال له: أكتب، فقال: وما أكتب؟ قال: فاكتب ما يكون وما هو كائن إلى أن تقوم الساعة⁶».

6- وما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال: «الشقي من يشقى في بطن أمه والسعيد من وعظ بغيره⁷».

7- وما ينسب إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم من قوله: «لا يؤمن عبد حتى يؤمن بالقدر، خيره وشره⁸».

8- وما روي أيضا من أنه صلى الله عليه وسلم قال: «ما بلغ عبد حقيقة الإيمان حتى يعلم أن ما أصابه لم يكن ليخطئه وما أخطأه لم يكن ليصيبه⁹».

384- الفرع الرابع: أدلة الجبريين العقلية

الأدلة العقلية التي يستندون إليها-إن صح أن يقال عليها أنها عقلية- يستنبطونها هي الأخرى من الآيات القرآنية، ولابد من الذكر بأن العقلية الجبرية هي الغالبة على المسلمين من عهد السلف إلى اليوم.

¹ أنظر الإمام البخاري، الجامع الصحيح، ج7، القاهرة، طبعة سنة 1878، ص 196.

² أنظر الإمام مسلم، الجامع الصحيح، ج8، الأستانة، طبعة 1915، ص 47.

³ الآية 5 و6 و7 و8 و9 و10 من سورة الليل (92).

⁴ أنظر الإمام مسلم، الجامع الصحيح، ج8، مرجع سابق، ص 55.

⁵ أنظر الإمام البخاري، الصحيح، ج7، مرجع سابق، ص 196.

⁶ أنظر الإمام أحمد بن حنبل الشيباني العربي، أحد الأئمة الأربعة، المتوفى ببغداد سنة 241هـ: المسند، ج5، القاهرة، ط سنة 1313هـ-1895م، ص 317.

⁷ أنظر الإمام مسلم، الصحيح، ج8، مرجع سابق، ص 45.

⁸ أنظر الإمام ابن حنبل، المسند، ج2، مرجع سابق، ص 181.

⁹ أنظر الإمام ابن حنبل، المسند، ج6، مرجع سابق، ص 441.

والجبريون يستدلون عقليا لمذهبهم بدليلين:
الدليل الأول: قولهم بسبق علم الله سبحانه وتعالى بأفعال العباد.

والدليل الثاني: هو خلق الله للعباد وأفعالهم جميعا¹.
وهم يستنبطون دلالة هاتين الحجتين من مثل قوله سبحانه وتعالى: «إنا كل شيء خلقناه بقدر»² وقوله سبحانه وتعالى: «قل لن يصيبنا إلا ما كتب الله لنا...»³، وقوله سبحانه وتعالى: «وربك يخلق ما يشاء ويختار ما كان لهم الخيرة...»⁴، وقوله جل شأنه: «ما أصاب من مصيبة في الأرض ولا في أنفسكم إلا في كتاب من قبل أن نبرأها إن ذلك على الله يسير»⁵.

385- ويرد على حججهم بحجج تنقضها، وأحسن من انبرى لمحاجتهم الإمام ابن حزم الظاهري⁶ في كتابه: «الفصل في الملل والأهواء والنحل» فقرر أن مذهبهم ظاهر البطلان بالنص، والحس، واللغة.

-فأما النص: فقد دلل على قدرة الإنسان على الفعل والعمل والصنع بأي القرآن العظيم، من ذلك قوله تعالى: «يا أيها الذين آمنوا لم تقولون ما لا تفعلون»⁷. وقوله تعالى: «جزاء بما كانوا يعملون»⁸. وقوله تعالى: «الذين آمنوا وعملوا الصالحات»⁹.

-أما الحسن: فإن العقل والعلم يقطعان بأن الإنسان صحيح الجوارح يختلف عن غيره ممن لا صحة بجوارحه، فالأول يفعل القيام والقعود وسائر الحركات مختارا لها دون مانع بعكس الثاني فإنه لو أراد جهده أن يفعل ما قدر أن يفعل أصلا.

-وأما اللغة: فإنها تفيد بأن المجبر هو الذي يقع منه الفعل بخلاف اختياره، وقصده، أما من وقع منه الفعل باختياره وقصده فلا يسمى في اللغة مجبرا.

-ويحاجهم بالقرآن العظيم فيقول: أن الله سبحانه وتعالى لما أثنى على قوم دعوا بقولهم: «...ولا تحملنا ما لا طاقة لنا به...»¹⁰ وصفهم بأن لهم الطاقة وهي الاستطاعة، والقدرة في اللغة مترادفان، وهي تعبر عن صفة من يمكنه الفعل أو الترك باختياره، فإن ذلك يعني أن هؤلاء القوم الذين دعوا قد كلفوا طاعات وأعمال، واجتنبوا معاص، فلولا أن لهم بهذا طاقة لما كلفوا به، ولولا أنهم لا طاقة لهم لما دعوا الله سبحانه وتعالى أن لا يكلفهم ما لا طاقة لهم به وهم لا طاقة لهم بشيء، فيصير دعاؤهم أن لا يكلفوا ما كلفوا وهذا محال، والله سبحانه وتعالى لا يثني على المحال، فصح بهذا أن لهم طاقة، وقدرة موجودة على الأفعال.

¹ أنظر الدكتور عادل يحيى قرني علي، النظرية العامة للأهلية الجنائية، مرجع سابق، ص 113 و114.

² الآية 49 من سورة القمر (54).

³ الآية 51 من سورة التوبة (9).

⁴ الآية 68 من سورة القصص (28).

⁵ الآية 21-22 عند ورش من سورة الحديد (57).

⁶ ابن حزم أبو محمد علي بن أحمد، الفصل في الملل والأهواء والنحل، ج3، مكتبة المتنبي، بغداد، بدون سنة نشر، ص 23 وما بعدها.

⁷ الآية 2 من سورة الصف (61).

⁸ الآية 24-26 عند ورش من سورة الواقعة (56).

⁹ الآية 29-30 عند ورش من سورة الرعد (13).

¹⁰ جزء من الآية 285-286 عند ورش من سورة البقرة (2).

ويقول أن الإجماع منعقد على قول: «لا حول ولا قوة إلا بالله»¹ وهذا يدل على أن لنا حول وقوة، وإن لم يكن ذلك إلا بالله سبحانه وتعالى.

والأهلية الجنائية، وحرية الإرادة الإنسانية التي تبنى عليها، وما يترتب على ذلك من حرية الاختيار بين الفعل والترك، وذلك هو شرط التكليف أو المسؤولية الجنائية، كل ذلك ثابت للإنسان، وهو ما عليه أغلب الفقه الإسلامي كما سنرى في المطلبين القادمين.

المطلب الثاني

أساس المسؤولية عند القدرية (المعتزلة)

386- تمهيد وتقسيم

المعتزلة حكموا العقل، وتطرفوا أحياناً في تحكيمه، والفكر الاعتزالي نشأ مبكراً في البصرة حول حلقة الحسن البصري التي انشقوا عليها، ففي التاريخ الإسلامي رواية تفيد أن مؤسس هذه المدرسة الفكرية، كان يرتاد حلقة الحسن البصري² في بداية القرن الهجري الثاني ثم اختلف مع الحسن البصري واعتزل الحلقة، وعليه قيل عنه أنه اعتزل، ولما أخذ يلتف حوله من على رأيه، سموا بالمعتزلة³.

ورواية تقول أن واصل بن عطاء هذا أخذ الاعتزال عن الحسن البصري ذاته. وعلى أي حال فليس المهم ظهورهم فإن هناك من يرجع ظهورهم إلى عهد النبي صلى الله عليه وسلم، وإنما المهم فكرهم، وموقفهم من التكليف والأهلية والمسؤولية.

ولبيان موقفهم من الأهلية والمسؤولية أقسم المطلب إلى فروع، أتناول في الفرع الأول: كيف تأسس الفكر الاعتزالي، ومضمونه، وفي الثاني أدلة المعتزلة النقلية أو النصية، وفي الثالث أدلتهم العقلية، وفي الرابع الرد على أدلتهم، ونقدي لفكرهم.

387- الفرع الأول: كيف تأسس الفكر الاعتزالي ومضمونه

يقال أن أصل نشأة المعتزلة هو: أن رجلاً دخل على الإمام الحسن البصري وهو عند عمود مسجد بالبصرة حوله حلقة ناس يدرس عليهم فسأل الرجل الإمام عن مرتكب الكبيرة، وقبل أن يجيبه الإمام أجابه التلميذ واصل بن عطاء، ويقال أن جوابه كان رداً على الحسن البصري وعلى غيره. وبجوابه هذا قرر مبدأ المنزلة بين المنزلتين واعتزل هو ومن معه في حلقة الحسن البصري، وطبقوا فيما بعد الحكم على المتحاربين من الصحابة على طلب الخلافة، ومن معهم من التابعين، إذ كان الخلاف بشأن المتحاربين قائم فأصحاب الإمام علي كرم الله وجهه ورضي عنه يكفرون أصحاب معاوية رضي الله عنه، وأصحابه يكفرون أصحاب علي كرم الله وجهه.

¹ انظر ابن حزم، الفصل في الملل والأهواء والنحل، ج3، مرجع سابق، ص 23 و24.

² الحسن البصري هو الحسن بن يسار مولى زيد بن ثابت أمه خيرة كانت مولاة لأم سلمة أم المؤمنين رضي الله عنها وعنه، ولد سنة 21 هـ قبل خلافة عمر رضي الله عنه بسنتين، روى عن كثير من الصحابة والتابعين، كان فقيها ثقة تولى قضاء البصرة في عهد عمر ابن عبد العزيز لكنه استعفى، وانتصب للإفتاء، توفي سنة 110 هـ.

³ واصل بن عطاء تلميذ الحسن البصري الذي انشق واعتزل حلقة شيخه، ويقال أن سبب ذلك لما قالت الخوارج لتكفير مرتكب الكبيرة، وقالت الجماعة من أهل السنة أنه مؤمن فاسق بارتكابه الكبيرة، خرج واصل وقال أنه لا مؤمن ولا كافر، فهو في منزلة بين المنزلتين. وهو شيخ المعتزلة، توفي سنة 181 هـ.

وكانت صورة الاختلاف حول هذه المسألة أن شيعة الإمام علي كرم الله وجهه يكفرون من خرج عليه، وجماعة معاوية رضي الله عنه يلعنون عليا كرم الله وجهه في المساجد، والخوارج يقولون أن أصحاب الجمل كفروا بقتالهم عليا كرم الله وجهه، وأن عليا كان على الحق في قتالهم، وقتال أصحاب معاوية إلى أن حكم فكفر بالتحكيم. وأهل السنة يعتقدون بصحة إسلام الفريقين في حرب الجمل وصفين، ويرون أن من قاتلوا عليا فيهما كانوا عصاة مخطئين ولم يبلغ خطاهم الفسق أو الكفر. وأما المرجئة فيؤمنون بحسن إسلامهم جميعا، ويرجئون الحكم على الفريقين إلى يوم القيامة. وقال واصل أن الإمامة باختيار الأمة، لأن الله لم ينص فيها على أي وضع أو رجل بعينه، ولا عين الرسول صلى الله عليه وسلم لها أحدا.

ففي هذا الجو نشأ الفكر الاعتزالي، الذي نشأ جريئاً في كل أدائه. ومضمونه أن الإنسان يخلق أفعاله بنفسه خيراً وشرها، ويستحق على ما يفعله منها الثواب أو العقاب. والله سبحانه وتعالى منزه أن تضاف إليه الشرور والمظالم، فالإنسان مختار في كل ما يفعله من شر أو خير. ولذلك كان التكليف وكان من أظهر من قال بهذا القول غيلان الدمشقي، أو القدري كما هو معروف، ويعتبره المعتزلة من طبقتهم. وهم ينكرون القدر، ولذا سموا القدرية، وقد افترقوا إلى عشرين فرقة¹ يجمعون كلهم على أمور هي صلب مضمون مذهبهم، وهي أن:

1- الله سبحانه وتعالى غير خالق لأكساب الناس أي لما كسبت أيديهم من أفعال خيراً وشرها، ولا لشيء من أعمال الحيوانات، ويرون أن الناس هم الذين يقدرون أكسابهم، وأنه ليس لله عز وجل في أكسابهم وأعمال سائر الأحياء صنع ولا تقدير. هذا ما ابتدأوا به، وبمرور الزمن أكملوا مبادئهم الآتية:

2- التوحيد.

3- العدل.

4- الوعد والوعيد.

5- المنزلة بين المنزلتين

6- الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.²

ويهمنا في بحثنا هذا مبدأهم الثالث (العدل) لأنه هو الأساس الذي نحلل على ضوئه حرية الجاني واختياره بإرادته.

388- الفرع الثاني: أدلة المعتزلة النقلية

يستدل المعتزلة لمذهبهم من القرآن العظيم خاصة بالآيات مثل الآتية:
قول الله سبحانه وتعالى: «ومن يعمل سوءاً أو يظلم نفسه ثم يستغفر الله يجد الله غفورا رحيماً، ومن يكسب إثماً فإنما يكسبه على نفسه وكان الله عليماً حكيماً»³.

¹ أنظر الدكتور زهدي جار الله، المعتزلة، مرجع سابق، ص 59 وما بعدها.

= وأنظر الدكتور أحمد فتحي بهنسي، المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 28.

² أنظر نفس المرجع، ص 121 وما بعدها في تفصيل فرق المعتزلة وعقائدهم.

وأنظر ابن حزم، الفصل في الملل والأهواء والنحل، ج3، مرجع سابق، ص 51 وما بعدها.

³ الآيتان 110 و 111-109 و 110 عند ورش من سورة النساء (4).

وقوله سبحانه وتعالى: «هنالك تبلو كل نفس ما أسلفت...»¹، وقوله جل وعلا: «قل يا أيها الناس قد جاءكم الحق من ربكم فمن اهتدى فإنما يهتدي لنفسه ومن ضل فإنما يضل عليها وما أنت عليهم بوكيل»²، وقوله سبحانه وتعالى: «قد جاءكم بصائر من ربكم فمن أبصر فلنفسه ومن عمي فعليها»³، وقوله سبحانه وتعالى: «وقل الحق من ربك فمن شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر...»⁴، وقوله جل وعلا: «من عمل صالحا فلنفسه، ومن أساء فعليها وما ربك بظلام للعبيد»⁵.

وقوله سبحانه وتعالى: «كل نفس بما كسبت رهينة»⁶، وقوله جل من قائل: «إنا هديناه السبيل إما شاكرا وإما كفورا»⁷.

ومن السنة لم يستدلوا وقد رفضوا الأحاديث التي تثبت القدر وكذبوا روايتها. وهذا رأيهم في اعتماد الأدلة النقلية إذا كانت توافق فكرهم وأغراضهم، ويتأولونها، أو يرفضونها إذا كانت تخالفها.

فهكذا تأولوا الآيات القرآنية التي تقول بالجبر صراحة، ومع هذا أولوها وأخرجوا منها معنى الجبر في زعمهم.

389- الفرع الثالث: أدلة المعتزلة العقلية

يستند المعتزلة لإثبات صحة مذهبهم في إنكار القدر إلى مسائل مثل التكليف والوعد والوعيد، ولتبرير إرسال الرسل، وبني الظلم عن الله سبحانه وتعالى، وسأتناول كل نقطة من هذه النقاط في بند مستقل فيما يأتي.

390- أولا: التكليف: يرى المعتزلة أن الله سبحانه وتعالى خلق الخلق لمنفعتهم، وتعريضهم لثواب الأبد بمعرفته وعبادته، لذلك وجب عليه تعالى أن يكلفهم⁸ لأن التكليف هو السبيل لتلك المعرفة. ولو لم يكلفهم لكان أغراهم بالمعاصي⁹، لذلك فبعثة الأنبياء واجبة عليه سبحانه وتعالى¹⁰ لأنهم واسطة التكليف. وأنه سبحانه وتعالى لا يكلف عباده إلا بما يطيقون¹¹، لأن الغاية من التكليف صلاح العباد¹². ولذا وجب عليه أن ينزع عنهم حتى تتمكن عقولهم ومقدراتهم من العمل أو الامتناع¹³، ولذا لا بد أن يكون العبد عاقلا مفكرا حتى يصل بعقله إلى معرفة الله سبحانه وتعالى¹⁴، وما كان غير مكلف فقد خلقه الله

¹ الآية 31-30 عند ورش من سورة يونس(10).

² الآية 108 من سورة يونس(10).

³ الآية 104-105 عند ورش من سورة الأنعام(6).

⁴ الآية 28-29 عند ورش من سورة الكهف(18).

⁵ الآية 45/46 عند ورش من سورة فصلت(41).

⁶ الآية 38/41 عند ورش من سورة المدثر(74).

⁷ الآية 3 من سورة الإنسان(76).

⁸ أنظر الإمام الغزالي أبو حامد، الاقتصاد في الاعتقاد، طبعة القاهرة لسنة 1327هـ/1909م، ص 82.

⁹ أنظر البغدادي أبو منصور عبد القاهر الأشعري، المتوفى سنة 429هـ، أصول الدين، طبعة إسطنبول لسنة

1347هـ/1928م، ص 149.

¹⁰ أنظر الغزالي، الاقتصاد في الاعتقاد، مرجع سابق، ص 86.

¹¹ أنظر الأشعري أبو الحسن، مقالات الإسلاميين، ج1، الأستانة، بدون سنة نشر، ص 203.

¹² أنظر الأشعري، أصول الدين، مرجع سابق، ص 214.

¹³ أنظر الشهرستاني، نهاية الإقدام في علم الكلام، أكسفورد، طبعة سنة 1353هـ-1934م.

¹⁴ المرجع نفسه، ص 401.

لينتفع به المكفون، أو ليكون لهم عبرة ودليلاً¹. وأنه لا يمكن أن يزداد أو ينقص مما ورد به التكليف فما أوجبه الشرع لا يجوز سقوطه، وما أسقطه لا يمكن إيجابه².

391- ثانياً: الوعد والوعيد: فهم يحتجون لمذهبهم بقولهم: إذا كان الله سبحانه وتعالى خلق أفعال العباد بطل التكليف لأن التكليف طلب والطلب يستدعي مطلوباً ممكناً من المطلوب منه، وإلا بطل التكليف، وبطل الوعد والوعيد، لأنه إذا كانت أفعال العباد من صنع الله تعالى فكيف يحاسبهم عليها فيثيبهم أو يعاقبهم، وهم لا صنع لهم فيها ولا تقدير؟³ فلكي يصح التكليف والثواب والعقاب ينبغي أن تكون للإنسان قدرة على أفعاله. وفي هذا قال ثمامة: «لا تخلو أفعال العباد من ثلاثة أوجه، إما كلها من الله ولا فعل لهم ولم يستحقوا ثواباً ولا عقاباً ولا مدحاً ولا ذمّاً، أو أن تكون منهم، ومن الله ويجب المدح لهم جميعاً والذم، أو منهم فقط كان لهم الثواب والعقاب والمدح والذم»⁴.

والمعتزلة يرون أن أفعال العباد منهم وحدهم، ولهم ثوابها، وعليهم عقابها.

392- ثالثاً: تبرير إرسال الرسل: قول المعتزلة إذا كانت أفعال العباد من خلق الله لا من خلقهم فما الفائدة من إرسال الرسل؟ إذ لا معنى لدعوة من يعلم الله سبحانه وتعالى مسبقاً أنه لا يستجيب له، وهو لا يرجو إجابته، وإذا كان الأمر كذلك فلا داعي لإرسال الرسل، فهو سبحانه وتعالى يقدر من يكون مؤمناً ومن يكون غير مؤمن⁵. وحتى يكون لإرسال الرسل مبرر وجب أن يكون المرسل إليهم أحراراً في اختيار أفعالهم قادرين على ذلك الاختيار وعلى فعل تلك الأفعال، أو الامتناع عنها.

393- رابعاً: نفي الظلم عن الله سبحانه وتعالى: رأى المعتزلة في إثبات أهل السنة والمجبرة القدر لله سبحانه وتعالى، ونسبته إليه وحده، وقولهم أنه خالق أفعال العباد، اتهامهم المولى سبحانه وتعالى بالجور، ذلك أن في أفعال العباد ما هو سوء من ظلم وكذب وزور وكفر، فلو كان الله خالق لهذه الأفعال لكانت تلك القبائح من خلقه تعالى، وهذا لا يجوز في حقه تعالى، إذ لا يجوز أن ينسب إليه سوء⁶، ثم أنهم يتساءلون كيف يخلق الله سبحانه وتعالى أفعال عباده، ويقدرها لهم ثم يعاقبهم عليها؟ أليس من أجبر غيره على معصية ثم عاقبه عليها ظالم له؟ ومن أعان أحداً على فعل الظلم ثم عاقبه عليه كان جائراً⁷.

فهم يمتنعون عن القول بأن الله خالق أفعال العباد لينفوا عنه الظلم، والقبح، والجور. وهم يجمعون على أنه سبحانه وتعالى عادل، لا يظلم الناس شيئاً⁸. وأنه يريد من عباده جميعاً الطاعات ويكره منهم المعاصي⁹. ويستدلون على ذلك زيادة على البراهين العقلية بآيات

¹ أنظر الأشعري، مقالات الإسلاميين، ج1، مرجع سابق، ص 251.

² أنظر البغدادي، أصول الدين، مرجع سابق، ص 149.

³ أنظر الشهرستاني، نهاية الإقدام، مرجع سابق، ص 83 و 84.

⁴ أنظر زهدي جار الله، المعتزلة، مرجع سابق، ص 104.

وانظر المرتضى أحمد بن يحيى أحد كبار أئمة الزيود في اليمن معتزلي، توفي سنة 840 هـ: **المنبية والتبیه**، حيدر آباد، طبعة سنة 1316 هـ-1902 م، ص 35.

⁵ أنظر الخياط أبو الحسن عبد الرحيم، المتوفى سنة 300 هـ، الانتصار والرد على ابن الروندي الملحد، القاهرة، طبعة سنة 1344 هـ-1925 م.

⁶ أنظر ابن حزم، الفصل في الملل والأهواء والنحل، ج3، مرجع سابق، ص 36.

⁷ المرجع نفسه، ص 56.

⁸ نفس الصفحة من نفس المرجع.

⁹ أنظر أبي الحسن الأشعري المتوفى سنة 330، الإبانة في أصول الديانة، ط1، حيدر آباد، ص 60 و 64.

من القرآن العظيم¹: قوله تعالى: «...فما كان الله ليظلمهم ولكن كانوا أنفسهم يظلمون»²، وقوله تعالى: «إن الله لا يظلم الناس شيئا ولكن الناس أنفسهم يظلمون»³، وقوله جل وعلا: «...ولا ظلم اليوم»⁴، وقوله: «...وما الله يريد ظلما للعباد»⁵، وقوله سبحانه وتعالى: «...وما ربك بظلام للعبيد»⁶، وقوله سبحانه وتعالى: «...ولا يرضى لعباده الكفر...»⁷.

394- الفرع الرابع: ردي على أدلتهم ونقدي لفكرهم

لا أزعج أنني بردي هذا ألزم المعتزلة الحجة، وأنفي فكرهم الذي دام قرونا بما له وما عليه، وإنما أقدم توضيحا لقارئ بحثي.

فالمعتزلة كما مر معنا في الفرع الثاني من هذا المطلب، يردون الأدلة النقلية إذا كانت لا توافق أغراضهم فطالما كذبوا الرواة من الصحابة، فقالوا عن ابن مسعود رضي الله عنه، وهو الصحابي الجليل الحجة على الأمة أنه كذب على النبي صلى الله عليه وسلم بحديثه عنه: «الشقي من شقي في بطن أمه والسعيد من سعد في بطن أمه»، كما تأولوا آيات القرآن العظيم التي لا تخدم فكرهم تأويلات لا يقبلها عقل إلا عقولهم المتحيزة لفكرهم، فهذا الزمخشري أحد أئمتهم يفسر قول الله سبحانه وتعالى في سورة البقرة: «ختم الله على قلوبهم...» بقوله: «فلم أسند الختم إلى الله... لينبه على أن هذه الصفة من فرط قدمها كالشيء الخفي غير العرضي... كقولهم سال به الوادي إذا هلك، وطارت به العنقاء إذا أطال الغيبة... وليس لله فعل في تجافيتها عن الحق...»⁸.

قلت لا أنتقد رأي المعتزلة لأفنده، بل لأبين بعض ما فيه من الغرائب، والتطرف، والتحيز لنصرة فكرهم، ولو أحيانا على حساب الحق الواضح. فهم من يمكن بوصفهم أنهم إيديولوجيو الفكر الإسلامي. وإن كان قولهم بمسؤولية الإنسان الكاملة على أفعاله لأنه يأتيها بإرادته، ما كانت هذه الإرادة حرة غير معيبة، وهذا صواب في تحميله كل نتيجة أفعاله، حتى يتحقق العدل والردع. فهذا القول أنا معهم فيه. كما أنني معهم في الرفع من شأن العقل البشري، لكن ليس إلى حد أن يحكم في النصوص بل تبقى دائما النصوص الشرعية حاكمة عليه، فهي: «تنزيل من حكيم حميد»⁹ وفيها قال سبحانه وتعالى: «...وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا...»¹⁰.

وأرى أن ظهور الأشعري ومذهبه التوفيقي كان لا بد منه، حتى لا يتطرف المعتزلة كثيرا في أفكارهم التي كانت ولاشك متأثرة بفكر غير المسلمين، وكانت كرد فعل على ثبات السلف على النص ثباتا يكاد يكون تحكيما لظواهر النصوص، فجاء الفكر الاعتزالي يحكم

¹ أنظر الشهرستاني، نهاية الإقدام، مرجع سابق، ص 258.

² الآية 71 من سورة التوبة (9).

³ الآية 44/45 عند ورش من سورة يونس (10).

⁴ الآية 16/17 عند ورش من سورة غافر (40).

⁵ الآية 31/33 عند ورش من سورة غافر (40).

⁶ الآية 45/46 عند ورش من سورة فصلت (41).

⁷ الآية 8/9 عند ورش من سورة الزمر (39).

⁸ أنظر الإمام الزمخشري، الكشف، مرجع سابق، ص 29 و 30 و 31.

⁹ الآية 41/42 عند ورش من سورة فصلت (41).

¹⁰ الآية 7 من سورة الحشر (59).

روح النصوص في نظر أهله، ولعله ذلك مقصده، لكن الغلو يمكن أن يخرج به عن هذا القصد، لذا كما قلت كان لابد من أشعرية، وهذا ما سأبحث في هذا المطلب القادم.

المطلب الثالث أساس المسؤولية عند الأشاعرة

395- تمهيد وتقسيم

الأشعرية مذهب اعتقادي في العقيدة الإسلامية، له آراؤه في العقيدة والشريعة، ومن بين المسائل التي خاض فيها الأشاعرة، والتي تميزوا بها عن غيرهم من المعتزلة والجبرية مسألة حرية الإرادة الإنسانية، وما يترتب عليها من أهلية جنائية. ولبحث هذا الموضوع بالدقة اللازمة أتناوله في الفروع الآتية:

الفرع الأول: تأسيس الفكر الأشعري.
الفرع الثاني: مضمون الفكر الأشعري (نظرية الكسب).
الفرع الثالث: التوفيق بين نظرية الكسب الأشعري وحرية الإرادة.
مبينا خاصة معنى الكسب الأشعري، كنظرية في مقابل جبر الجبريين، والحرية المطلقة للقدرين (المعتزلة).

396- الفرع الأول: تأسيس الفكر الأشعري

عندما أفل نجم المعتزلة والاعتزال بعد سطوع بهر العالم ودام ردحا من الزمن، تبنته ممالك وحاربه أخرى، وكرم من أجله ناس، وأوذى آخرون، ومحنة الإمام أحمد بن حنبل رضي الله عنه مع فتنة خلق القرآن معروفة.
قلت عندما أفل نجم الاعتزال، ظهر أبو الحسن الأشعري¹، الذي كان معتزليا صميما لينقذ ما أمكن إنقاذه من مذهب الاعتزال، الذي عاد الاضطهاد عليه، بعد أن كان له. فقد ر بعقل ناضج مدى الاتساع والازدياد المستمر للهوة بين المعتزلة وبين أهل السنة والجماعة، فعلم أن الاعتزال زائل لا محالة، لذا تنكر لهذا الفريق، وأعلن انفصاله عنهم، ورجوعه إلى فريق أهل السنة والجماعة²، غير أن رجوعه لم يكن إلا ظاهريا، بل اتخذ له مذهباً جديداً هو عبارة عن موقع وسط بين الاعتزال والسلفية السنية³. وللتقدم الحضاري الذي عليه الأمة الإسلامية حينها (أواخر القرن الثاني للهجرة) استحسّن الناس هذا المذهب الجديد للخروج من الجمود، وخرج الحنابلة عن هذا الاستحسان وحدهم.

¹ أبو الحسن علي بن اسماعيل بن أبي بشير الأشعري المولود سنة 200هـ، المتوفى سنة 330 أو 334هـ.

² أنظر أبي الحسن الأشعري، الإبانة في أصول الديانة، مرجع سابق، ص8.

وانظر ابن خلكان، المتوفى سنة 681هـ، وفیات الأعيان، ج1، القاهرة، طبعة سنة 1275هـ-1858م، ص464.

³ أنظر ابن خلدون العلامة عبد الرحمن المغربي، المتوفى سنة 808هـ، المقدمة، بيروت، طبعة سنة 1279هـ-1879م، ص406.

وانظر الدكتور زهدي جار الله، المعتزلة، مرجع سابق، ص262.

-وكان لهذه الفرقة الجديدة التي أسسها أبو الحسن الأشعري، والتي نسب إليه رأيها، وفكرها، وكان من بين فكرهم ما يلزمنا هنا في موضوع حرية الإرادة الإنسانية، وأهلية الإنسان لتحمل تبعه ما كسبت يده¹، وكانت تلك هي نظرية الكسب الأشعري.

397- الفرع الثاني: مضمون الفكر الأشعري (نظرية الكسب)

قلت أن الفكر الأشعري، وسطي أي توفيقي بين فكر الاعتزال والجبر، أي بين القدرية والجبرية. حيث يرى الأشاعرة أن الأفعال من العباد تحدث بقدره الله سبحانه وتعالى، وفاعليته خلقا وإبداعا، مع نسبتهم الفعل نفسه بوجه ما إلى الاستطاعة البشرية، فيوجبوا بذلك المسؤولية على العبد (المكلف) ويرتبوا عليه الجزاء. إلا إن بعضهم أنكر هذه الفكرة بدعوى أنها لا تكاد تختلف عما نادى به أنصار مذهب الجبرية، وأنها تتطوي على إنكار حرية الإرادة، ومبدأ المسؤولية الأخلاقية، ونتيجة لذلك عدل بعض أئمة الأشاعرة نظريتهم القائلة بالكسب الأشعري ووقفوا بينها وبين حرية الإرادة الإنسانية، وكان لهذا التعديل تأثير واضح على موقف الأشاعرة من فكرة الأهلية المبنية على حرية الإرادة. وفيما يأتي عرض ذلك بالتفصيل قدر الإمكان.

398- نظرية الكسب الأشعري كأساس للمسؤولية والجزاء

ينطلق الأشعري في نظريته هاته إلى نسبة حدوث كل شيء في الكون إلى خالقه سبحانه وتعالى، رافضا أن تكون هناك فاعلية حقيقية في هذا الكون لغير الله سبحانه وتعالى. وينطلق من هنا في تحديد فكرة الكسب البشري كأساس للمسؤولية والجزاء. مؤكدا على إطلاق فاعلية المولى سبحانه وتعالى، وأن القدرة والعلم والإرادة صفاته سبحانه وتعالى قديمة مطلقة².

إلا أنه مع تأكيده على إطلاق الفاعلية الإلهية، وشمولها، لا ينفي لدى الإنسان الاستطاعة، التي توجب عليه المسؤولية والجزاء. وإن حد هذه الاستطاعة بحدود، ووصفها بخصائص معينة، بحيث تبقى دائما غير مستقلة عن القدرة الإلهية المطلقة.

-فالله سبحانه وتعالى عندما يعلم من العبد عزمًا وتصميما على القيام بفعل ما، فإنه يخلق له الفعل، ويمده في آن الوقت بالقدرة، والاستطاعة على فعله. فيكون حينئذ دور الإنسان هو اكتساب الفعل المخلوق.

-ويرى الأشعري أن الاستطاعة هي صفة للذات البشرية، وليست جزءا منها، وهذه الاستطاعة تحدث مع الفعل وتنتهي بانتهائه. وهي إمكانية يمد الله سبحانه وتعالى بها العبد لحظة حدوث الفعل، ثم تنعدم بانتهاء حدوثه، فهي مخلوقة لله، يخلقها في العبد مع الفعل. فالكافر ليس له الاستطاعة على الإيمان وإلا آمن، والمؤمن ليس له الاستطاعة على الكفر وإلا لكفر³.

¹ أنظر الدكتور محمد عمارة، المعتزلة ومشكلة الحرية الإنسانية، مرجع سابق، ص 3410 وما بعدها.
وانظر الدكتور عبد الوهاب حومد، دراسات معمقة في الفقه الجنائي المقارن، جامعة الكويت، طبعة سنة 1983، ص 201.

² أنظر الدكتور فاروق الدسوقي، القضاء والقدر في الإسلام بين السلف والمتكلمين، دار المعارف، القاهرة، طبعة سنة 1966، ص 305 و316.

³ أنظر المرجع نفسه، ص 313 و314.

-وهكذا يلتقي الأشعري مع الجبرية في قوله بكون الإنسان ليس هو خالق أفعاله¹، وإنكار حرية الإرادة الإنسانية في الفعل، ومبدأ المسؤولية الأخلاقية عنه². ولا يلطف من موقفه هذا قوله بالكسب، إذ أن الكسب لا يخرج عن مجرد تعلق قدرة الإنسان وإرادته بالفعل، دون أن يكون له دخل أو تأثير في وجود الفعل سوى كونه محلاً لهذا الفعل³.

399- محاولة التوفيق بين نظرية الكسب وحرية الإنسان:

تحت تأثير الانتقادات الموجهة لنظرية الكسب الأشعري، انبرى بعض الأشاعرة من المتأخرين إلى محاولة إصلاح هذه النظرية، ومحاولة التوفيق بينها وبين حرية الإرادة الإنسانية⁴، وكانت أهم المحاولات من الإمامين العظميين الإمام الباقلاني⁵ والإمام الجويني⁶. فالإمام الجويني حاول التوفيق بين نظرية الكسب وحرية الإرادة، من خلال توفيقه بين إثبات القدرة الحادثة المؤثرة، التي يتأسس عليها الثواب والعقاب، وبين شمول القدرة الإلهية المطلقة⁷.

ويثبت للقدرة الحادثة تأثيراً حقيقياً في الفعل المكتسب، إذ يرى أن فعل العبد قدرة وهبها الله له، وهي تصاحب الفعل، وتنتهي بانتهائه. وأن فعل العبد ينسب إلى قدرته الحقيقية، لأن العقل والحس يباينان نفي القدرة والاستطاعة عن الإنسان الفاعل. ولا يعني ذلك استقلال العبد تماماً بقدرته عن القدرة والفاعلية الإلهيتين. إذ قدرة الإنسان مرتبطة بسلسلة من العلل والمعلولات، تنتهي إلى القدرة الإلهية، ذات الفاعلية المطلقة، التي تخلق لكل الفاعليات إمكانية التأثير وتمدها به⁸.

-وهكذا ينتهي إلى المذهب الوسط بين المعتزلة، أنصار الحرية المطلقة، والجبرية أنصار الجبر الخالص، بإثباته للإرادة الإنسانية قدراً من الفاعلية ليست خالقة مبدعة، وإنما كاسبة مؤثرة في الصفات الخلقية للفعل. وبقوله: أن المخلوق أي الفعل مجرد عن الخير والشر، وإن أصبح بعد ذلك، بقصد الفاعل واختياره، حسناً أو قبيحاً⁹.

-والإمام الباقلاني عمد إلى توسيع فكرة الكسب الأشعري، وأخرجها من دائرة التعليق والاقتران بقدرة العبد إلى جعلها نوعاً من الفعل بقوله: أن الله هو الخالق لأفعال العباد، وقدرة العبد حادثة لا توجد شيئاً، ولكنها تخصص هذا الوجود، ومن ثم فإن فعل العبد يقع بالقدرة الحادثة، أي بالكسب. وبالرغم من أن القدرة عند الإنسان هي قدرة محدثة بقدرة

¹الأشعري الإمام أبو الحسن، كتاب اللمع في الرد على أهل الزيغ والبدع، تقديم وتصحيح الدكتور حموده غرابية، جماعة الأزهر للتأليف والترجمة والنشر، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، طبعة سنة 1975، ص 73.

²أنظر الدكتور محمد عمارة، المعتزلة ومشكلة الحرية الإنسانية، دار الشروق، طبعة سنة 1988، ص 35.

³أنظر الدكتور محمد عمارة، المرجع نفسه، ص 36.

⁴أنظر الدكتور فاروق الدسوقي، القضاء والقدر، مرجع سابق، ص 327 وما بعدها.

⁵الباقلاني القاضي أبو بكر محمد بن جعفر البصري المتوفى سنة 453.

⁶الجويني أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله النيسابوري، إمام الحرمين، ولد سنة 419هـ، ودرس على والده رئيس الشافعية حتى برع في علوم الدين، خاصة علم الكلام والأصول، وهو أستاذ الغزالي، توفي سنة 478هـ.

⁷أنظر الدكتور فاروق الدسوقي، القضاء والقدر، مرجع سابق، ص 341 و342.

وانظر الدكتور هشام محمد فريد، الدعائم الفلسفية للمسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 186.

وانظر الدكتور عادل يحيى قرني علي، النظرية العامة للأهلية الجنائية، مرجع سابق، ص 122 و 123.

⁸أنظر الدكتور فاروق الدسوقي، القضاء والقدر، مرجع سابق، ص 341 و342.

⁹المرجع نفسه، نفس الصفحات.

إلهية أحدثتها، إلا أن إثبات القدرة للإنسان، يعني إثبات استطاعته ضمناً أن يفعل، وهو أساس الحرية الإنسانية، من الوجهة العلمية.¹ فالباقلاني ينتهي إلى أن الإنسان يأتي أفعاله بإرادته وحريته واختياره، وإن كان خالق الفعل هو الله سبحانه وتعالى. -وهكذا يوفق هذان الإمامان العظيمان بين نظرية الكسب الأشعرية، ونظرية حرية الإرادة الإنسانية.

المطلب الرابع

تحليل فقهي ورأيي في موضوع أساس المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية

400- تمهيد وتقسيم

رأيي هنا سأقدمه بعد تحليل فقهي لأراء المدارس الفكرية في الفقه الإسلامي الثلاثة (جبرية ومعتزلة وأشعرية). وأرى ابتداءً أن المنتبِع لفكر هذه المدارس الثلاثة يجد أن أتباعها جميعاً، ينتهون بكيفية أو بأخرى، إلى أن أساس المسؤولية يقوم على الإرادة الإنسانية، ويجعلون بالتالي الأهلية الجنائية شرطاً أساسياً لهذه المسؤولية.² -غير أن لكل فريق طريق سلوكه، حتى وصل إلى هذا الحكم، كما أنهم يختلفون في درجة الوضوح في القول به، وفي الأهمية التي يعطونها له في بناء المسؤولية عليه. ولذا سأنتبِع مسلك كل فريق من هذه الفرق الثلاثة الذي وصل عبره إلى أن الأهلية، وما يتعلق بها من إرادة وقصد، هي أساس المسؤولية الجنائية. وأقدم رأيي بعد الانتهاء من هذا التحليل الفقهي، وذلك في فروع أربعة من هذا المطلب كما هو آت:

401- الفرع الأول: مسلك الجبرية للوصول إلى أن الأهلية أساس المسؤولية الجنائية وأهميتها في ذلك

في الواقع إن الاعتراف بحرية الإرادة الإنسانية، وقدرة الإنسان على الإدراك، وعلى الاختيار، أي أن القرار بأهليته الجنائية، وارد عند الجبرية، ولو كان هذا الأمر اهتم به الجبرية اهتماماً ثانوياً. إذ أنه ولئن قال زعيمهم جهم بن صفوان³: «لا فعل في الحقيقة لأحد إلا الله وحده، وأنه هو الفاعل، وأن الناس إنما تنسب إليهم أفعالهم على سبيل المجاز، كما يقال: تحركت الشجرة، ودار الفلك، وزالت الشمس، وإنما فعل ذلك بالشجرة، والشمس، والفلك، الله سبحانه وتعالى»⁴، فإننا نجد الأشعري ينسب إليه أنه قال

¹ أنظر الدكتور فاروق الدسوقي، القضاء والقدر، مرجع سابق، ص 342.

وانظر الدكتور هشام محمد فريد، الدلائل الفلسفية للمسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 185.

وانظر الدكتور عادل يحيى قرني علي، النظرية العامة للأهلية الجنائية، مرجع سابق، ص 122.

² أنظر الدكتور فاروق الدسوقي، القضاء والقدر، مرجع سابق، ص 342.

وانظر الدكتور عادل يحيى قرني علي، النظرية العامة للأهلية الجنائية، مرجع سابق، ص 117 و 118.

³ رئيس من رؤساء فرقة الجهمية، توفي سنة 128هـ-745م.

⁴ أنظر أبو الفتح الشهرستاني، موسوعة الملل والنحل، مؤسسة ناصر للثقافة، مرجع سابق، ص 36.

أيضا: «...إلا أنه خلق للإنسان قوة كان بها الفعل، وخلق له إرادة للفعل، واختار له منفردا، كما خلق له طولا كان به طويلا، ولونا كان به متلونا»¹.
 -ولا يشك أحد في أن هذا القول ينفي على الإنسان كونه مجبرا مثل الحيوان، أو الجماد، وهو المعنى الذي يوحي به ما أكده جهنم بن صفوان، وبهذا يعترف للإنسان، دوناً عن غيره من الكائنات، بالقدرة على الفعل، وإرادة الفعل، وبوجود الاختيار لديه².
 -وهذا في محصلته يدل على أن أنصار المذهب الجبري، لا ينفون عن الإنسان كلية القدرة على الاختيار، ولم يجردوه من الحرية، وهم بهذا أقرب ما يكونون من الأشاعرة³، بل وهناك من قال: أنهم بقولهم هذا اقتربوا من القدريّة (المعتزلة) في قول هؤلاء: بالقدرة الخالقة في الإنسان لأفعاله، وإن هذه القدرة أودعها الله سبحانه وتعالى فيه وخلقها من أجله ليصير متمكنا من اختيار الفعل أو الترك⁴.
 وهكذا ينتهي الجبرية إلى الأخذ بكون الأهلية هي أساس المسؤولية الجنائية. وإقرارهم بالتالي بشيء من حرية الاختيار لدى المكلف.

402- الفرع الثاني: مسلك المعتزلة في جعل الأهلية الجنائية أساس المسؤولية

المعتزلة يقوم فكرهم على أساس حرية الإنسان، وأن ما يعمل به يكون بإرادته وحده، لدرجة أنهم ينسبون للإنسان خلق أفعاله، فالمكلف عندهم يتمتع بكامل الأهلية، وما يتعلق بها من حرية الإرادة، والقدرة على الاختيار والإدراك. وأن أفعاله منسوبة إليه حقيقة لا مجاز⁵.
 منطلقين في ذلك من مبدأ العدل الذي هو دليل من أدلتهم العقلية على صحة مذهبهم، الذي بموجبه يشترطون الإثم أو الذم لتحميل الفاعل المسؤولية الجنائية⁶.
 -ويبررون كون أفعال العبد هو الذي يخلقها وبأن الله سبحانه وتعالى يستحيل أن يخاطبه بأن يفعل وهو لا يمكنه ذلك⁷.
 -وأن حرية الإنسان فيما يقرر بإرادته، أساسها العقل الذي باكتماله يمكن التمييز بين الخير والشر⁸.
 ولذا يقولون بانعدام مسؤولية من صدر منه فعل دون علمه بكيفية وقوعه كالنائم والساهي، ومن في حكمهما ممن لا يستحق اللوم، ولا يحمل الإثم لفقده العلم بما يفعل⁹. والعلم عندهم

¹ أنظر الدكتور فاروق الدسوقي، القضاء والقدر في الإسلام، مرجع سابق، ص 81.

² أنظر الدكتور عادل يحيى قرني علي، النظرية العامة للأهلية الجنائية، مرجع سابق، ص 118.

³ أنظر الدكتور علي سامي النشار، نشأة الفكر الفلسفي في الإسلام، ج1، دار المعارف، القاهرة، ط4 لسنة 1966.

⁴ أنظر الدكتور يحيى هشام حسن فرغل، نشأة الآراء والمذاهب والفرق الكلامية، مجمع البحوث الإسلامية، طبعة 1391هـ-1972م، ص 177.

⁵ أنظر هشام محمد فريد، الدعائم الفلسفية للمسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 168.

وأنظر الدكتور محمد عمارة، المعتزلة ومشكلة الحرية الإنسانية، مرجع سابق، ص 71 وما بعدها.

⁶ أنظر الدكتور فاروق الدسوقي، القضاء والقدر في الإسلام، مرجع سابق، ص 129 وما بعدها.

وأنظر الأستاذ أحمد أمين، فجر الإسلام، الهيئة المصرية العامة للكتاب، طبعة سنة 1966، ص 468.

⁷ أنظر الشهرستاني، الملل والنحل، مرجع سابق، ص 22.

وأنظر الدكتور علي حسين عيد الله الشرفي، الباحث وأثره في المسؤولية الجنائية دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، -دكتوراه مقدمة سنة 1986 لجامعة القاهرة، ص 277 و278.

⁸ أنظر الدكتور هشام محمد فريد، الدعائم الفلسفية للمسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 169.

⁹ المرجع نفسه، ص 179.

يستوي فيه الحقيقي والمفترض، على أن يقترب القصد الجنائي بارتكاب الفعل المجرم ويعاصره¹.

-ولكن مع هذا يرى المعتزلة أن لحرية الإنسان في الاختيار حدود فهي غير مطلقة، بل تؤثر عليها مؤثرات، وترد عليها قيود من الظروف المحيطة بالإنسان، ومن عوامله الداخلية². كداع قوي يلجئه، وطبع جبل عليه³، ومع هذا في حالة الطبع لا ينفون الاختيار واستطاعة الفعل أو الترك، ومن ثم المسؤولية الأخلاقية على الفعل. ويجعلون حكم المضطر يختلف عن حكم المختار⁴.

-وميز المعتزلة بين أفعال الإنسان التي يتحمل عنها المسؤولية الجنائية بين مباشرة، ومتولدة، وقالوا بمسؤولية الإنسان على الفعلين سواء، وخالف الجاحظ ومن معه فشكوا في مسؤوليته على المتولدة⁵.

وهكذا نجد المعتزلة يقولون بحرية الإنسان واختياره لأفعاله وأهليته في إتيانها وقصدها، ولا مؤثر عليه في ذلك عدا بعض الطباع أو الغرائز التي يجب أن لا تراعى كما يقول الجاحظ: «...إن كل من هؤلاء إنما هو رهن بأسبابه، وأسير لأيدي الله، عذرتهم جميع اللئام، وجميع المقصرين، وجميع الفاسقين والضالين»⁶ إذ قال له بعضهم أن الطبيعة الكامنة لا يمكن تفسيرها بالاختيار الإنساني، ولا يرون عذرا عن الفعل المتولد خلافا للجاحظ ومن معه.

403- الفرع الثالث: مسلك الأشعرية في جعل الأهلية الجنائية أساس المسؤولية

الأشاعرة وصلوا إلى جعل الأهلية أساس المسؤولية الجنائية، بمذهبهم التوفيقي، بين مذهب الجبرية والمعتزلة، عبر تصورهم بأن الفاعلية الحقيقية لله سبحانه وتعالى وحده، وأن للإنسان الاستطاعة، وبها يكسب إما الطاعة وإما المعصية، وتنتهي استطاعته التي بدأت مع فعله، بانتهائه⁷. وقال الباقلاني بأن قدرة العبد تخصص ما أوجدت وخلقت قدرة الله⁸. وقال الجويني: بأن فعل العبد ينسب إلى قدرته الحقيقية وهكذا يثبت الأشاعرة فاعلية الإرادة الإنسانية، وقصده كأساس للثواب والعقاب والمدح والذم⁹. وإن أفردوا الله

¹ أنظر أبو الحسن الأشعري، مقالات الإسلاميين واختلاف المصلين، ج2، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، مكتبة النهضة المصرية، طبعة سنة 1969، ص 93.

² أنظر الدكتور محمد عمارة، المعتزلة ومشكلة الحرية الإنسانية، مرجع سابق، ص 73 و74 و75.

³ أنظر الجاحظ أبو عثمان عمرو بن بحر، أحد أئمة المعتزلة وفضلائهم، والذي انفرد عنهم بمسائل من بينها ما عرف باسم (الطبع) أي الغريزة، توفي سنة 255هـ، رسائل الجاحظ، ج1، تحقيق عبد السلام هارون، طبعة القاهرة، ص 102 و103.

⁴ أنظر الشهرستاني، الملل والنحل، مرجع سابق، ص 31 و32.

وانظر الدكتور هشام محمد فريد، الدعائم الفلسفية للمسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 177.

وانظر الجاحظ أبو عثمان عمرو بن بحر، الحيوان، تحقيق عبد السلام هارون، القاهرة، طبعة سنة 1944، ص 203

وانظر الدكتور محمد عمارة، المعتزلة ومشكلة الحرية الإنسانية، مرجع سابق، ص 77.

⁵ أنظر الدكتور هشام محمد فريد، مرجع سابق، ص 169.

وانظر الدكتور محمد عمارة، مرجع سابق، ص 143.

⁶ أنظر الجاحظ، الحيوان، مرجع سابق، ص 203.

⁷ أنظر الدكتور فاروق الدسوقي، القضاء والقدر في الإسلام، ج2، مرجع سابق، ص 305 و313 و314 و316.

وانظر الدكتور محمد عمارة، المعتزلة ومشكلة الحرية الإنسانية، مرجع سابق، ص 35 و36.

⁸ أنظر الدكتور هشام محمد فريد، الدعائم الفلسفية للمسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 185 و186.

⁹ أنظر الدكتور فاروق الدسوقي، المرجع السابق، ص 341.

سبحانه وتعالى بالخلق والإبداع مقرين بدور الأهلية الجنائية كأساس للمسؤولية الجنائية¹،
وشرط لقيام هذه المسؤولية.

404- الفرع الرابع: رأيي في أساس المسؤولية الجنائية على ضوء المذاهب الفكرية في الفقه الإسلامي

باستقراء آراء المفكرين في الفقه الإسلامي نجد أن المعتزلة حسموا قضية العلاقة بين الإنسان والفعل الصادر عنه حسبما لم يكن في مذهب آخر غير مذهبهم من المذاهب الفكرية في الفقه الإسلامي، بحيث أرسوا دعائم نظريتهم المتكاملة في هذا الموضوع - مؤكدين على مسؤولية الإنسان عن أفعاله تأسيساً على ما يتمتع به من حرية في اختياره لهذه الأفعال، ومع هذا لم يغفلوا رغم تزعمهم لمدرسة هذا الرأي-أثر الظروف الموضوعية، والشخصية على هذه الحرية لإرادة الإنسان في الاختيار، ولم يقولوا بكون الإنسان فاعلاً في فراغ، ولا بأن حريته مطلقة من كل القيود.
فهم يؤكدون على مبدأ مسؤولية الإنسان الأخلاقية التي تقوم على حرية الإرادة الإنسانية في الاختيار بين طريقي الخير والشر، وأن يتوافر مع ذلك الإثم أو الذم كشرط لقيام المسؤولية الجنائية، وهذا يبرز أهمية الأهلية كشرط لقيام المسؤولية الجنائية. فالإنسان عندهم مسؤول ما دام عاقلاً حراً مختاراً.

أما الأشعرية، فالدارس يلاحظ أن مذهبهم توفيق بين تشدد الجبرية في إنكار إرادة الإنسان الحرة، ومغالاة القدرية المعتزلة في القول بخلق الإنسان لأفعاله، وإن كان المعتدلون منهم يقولون أنه لم يخلقها من العدم. وكذلك وقف الأشاعرة موقف وسط بين الفريقين بشأن مسألة حرية الإرادة الإنسانية، مثبتين فاعلية الإرادة الإنسانية، ومعللين دور القصد كأساس للثواب والعقاب، والمدح والذم. وإن أفردوا الله سبحانه وتعالى بالخلق والإبداع. ولاشك أن التأكيد من طرفهم على فاعلية الإرادة الإنسانية كأساس للثواب والعقاب تكريساً لمبدأ المسؤولية الجنائية، القائمة على الأهلية الجنائية كشرط لهذه المسؤولية.

وأنصار الجبر ذاتهم لم ينفوا على الإنسان كل حرية للاختيار، ولم يجردوه من القدرة على هذا الاختيار بحرية، وبهذا يقتربون من المذهب التوفيقى الأشعرى الذي بدوره يقترب من المذهب القدرى الاعتزالى، ويقتربون كذلك من المذهب الاعتزالى نفسه في قول المعتزلة: «بأن القدرة الخالقة في الإنسان لأفعاله، هي قدرة أودعها الله سبحانه وتعالى فيه وخلقها من أجله ليصير بها متمكناً من الفعل أو الترك»².

وهكذا نجد الجميع ينتهي إلى إقرار الأهلية الجنائية كشرط للمسؤولية الجنائية. وأن بعض الخصوصيات التي قال بها البعض، كبعض المعتزلة بخصوص الطبع أي الغريزة فإن هذه الخصوصيات يمكن الرجوع إليها عند الحاجة، كما لو قدر الطبيب أن غرائز مرضية هي التي كانت من وراء الفعل، وأنه لا مهرب للفاعل من ارتكاب فعله، لأن هذا المرض يؤثر على أهليته، وبالتالي على مسؤوليته عن الفعل، فإن ذلك يؤخذ بعين الاعتبار، إذ قد

¹ أنظر الدكتور عادل يحيى قرني، النظرية العامة للأهلية الجنائية، مرجع سابق، ص 123.

² أنظر الدكتور يحيى هشام حسن فرغل، نشأة الآراء والمذاهب والفرق الكلامية، مرجع سابق، ص 177.

يرفع التكليف عن الفاعل، فالله سبحانه وتعالى قال: «...لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاها...»¹. وكذلك يمكن بحث مسألة الفعل المتولد، ما ينتج عنه، أهو جريمة عمدية؟ أم خطئية؟ أم شروع في العمدية؟

وهذا وغيره كله ثراء في الفقه الإسلامي أرى أنه يجب تركيز البحث فيه، وإثراء الفقه الجنائي بالحلول التي يحملها، والتي قالت بها مختلف مدارس الفكر الفقهي الإسلامي جبريها، وقدريها وأشعريها، أما السلف فهم أصحاب النص الحريصين على المنبع الأصلي. فالسلف هم الذين يحوزون الذخيرة العظيمة من نصوص القرآن العظيم، والسنة النبوية الشريفة، يفسرون القرآن ويشرحونه، ويتبعون ما يجد في العلم يؤصلونه فيه، قال تعالى: «ما فرطنا في الكتاب من شيء...»². والسنة شارحة للقرآن ومكملة له، لا يفهم بعض آيه إلا بها. وهما معا حضارة حية، تتجدد مع الأيام، لأن الله أراد لهذه الرسالة المحمدية أن تكون هي الخاتمة، وأن يتم بها النعمة ويكمل بها الدين: «...اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً...»³، وما علينا نحن إلا أن نعمل فيهما العقل فنجد أن ديننا صالح لكل زمان ومكان بقواعده الكلية. وما علينا إلا فقه ديننا، وفقه الحياة كما فقهها سلفنا الصالح. وبهذا أنتهى من بحث هذا المبحث لأنقل إلى المبحث الذي يليه: أساس المسؤولية عند الجهل أو الغلط في الإباحة في القوانين الوضعية.

المبحث الرابع

أساس المسؤولية عند الجهل بالإباحة أو الغلط فيها في النظم القانونية الوضعية

405- تمهيد وتقسيم

لبحث هذه المسألة رأيت أن أستبق ما هو آت بأن أقارنها بما هو ضد لها لفظيا قبل أن أصل إلى بحث هذا الضد فقهيًا، وأعني بذلك انتفاء المسؤولية، وال ضد يعرف بضده، فإذا اتضح لنا لفظيا انتفاء المسؤولية خلصنا إلى قيام المسؤولية دون كبير عناء، وأصبح فهم المسؤولية من تحصيل حاصل. فانتهاء المسؤولية يؤدي بالضرورة إلى عدم العقاب وأحيانا إلى عدم شغل الذمة بالتعويض. أما ما يترتب على قيام المسؤولية فهو استحقاق من ترتبت عليه-إن كانت جزائية- العقاب، والتعويض أو الدية أو الارش -إن كانت مدنية-.

¹ الآية 7 من سورة الطلاق (65).

² الآية 39/38 عند ورش من سورة الأنعام (06).

³ الآية 4/3 عند ورش من سورة المائدة (5).

ولا تسقط المسؤولية سواء في الشريعة الغراء أو في النظم الوضعية إلا في حالات محددة متعارف عليها سنتبين لنا عند بحث مسألة سقوط المسؤولية عند الجهل بالإباحة أو الغلط فيها (الفصل الثاني من هذا الباب).

غير أنه لتحريير هذا الأساس الذي نحن بصدد دراسته لآبد من دراسة أساس المسؤولية الجزائية التي تتبعها في الغالب المسؤولية المدنية، ثم دراسة واستقصاء موقف الفقهاء الوضعيين من أساس المسؤولية عند الجهل بالإباحة أو الغلط فيها، وذلك في مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول: أساس المسؤولية الجنائية.

المطلب الثاني: موقف الفقه الوضعي من أساس المسؤولية عند الجهل بالإباحة أو الغلط فيها.

المطلب الأول أساس المسؤولية الجنائية

406- تمهيد وتقسيم

في البداية أود أن أحدد معنى الأساس من الناحية اللغوية، ومن الناحية الاصطلاحية، كما رأيت في هذا البحث، وكوني أفعل ذلك هنا في التمهيد فإنه انطلاقاً من اعتقادي أن مصطلح الأساس ليس محل خلاف كبير، إذ عند استقرائي له في كتب الشراح تأكد لي ذلك.

وعلى كل حال فالأساس بمعنى le fondement فهو قاعدة كل شيء وأصله ومبدؤه. ويمكن القول أن أساس المسؤولية الجنائية هي أصلها وقاعدتها التي تقوم عليها. وهذا من حيث اللغة. أما من حيث الاصطلاح فإن من يرجع إلى كتب الفقه الوضعي يجد الشراح عندما يتحدثون على أساس أي حكم يذهبون في اتجاهين، اتجاه يذهب أصحابه إلى أن أساس هذا الحكم، هو النص القانوني الذي قال به، إذا كان هناك نص، أو القاعدة من القواعد العامة التي يقوم عليها¹.

واتجاه آخر يذهب إلى أبعد من ذلك، فيرى أساس الحكم في الفكرة الفلسفية التي يقوم عليها ويستند إليها².

¹ أنظر الدكتور عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء، منشورات عويدات، بيروت، وديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، بدون سنة نشر، ص 397.

وانظر الدكتور وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة، مؤسسة الرسالة، ط 2، بدون سنة نشر، ص 13.
وانظر الدكتور يوسف نجم جبران، النظرية العامة للموجبات، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، وعويدات، بيروت، بدون سنة نشر، ص 38 وما بعدها.

² أنظر الدكتور محمد عبد الجواد محمد، أصول القانون مقارنة بأصول الفقه، منشأة المعارف، الاسكندرية، طبعة 1411هـ-1991م، ص 39 وما بعدها.

وانظر الدكتور عادل يحيى قرني علي، النظرية العامة للأهلية الجنائية، مرجع سابق، ص 368.
وانظر الدكتور محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات اللبناني - القسم العام -، الدار الجامعية، بيروت، طبعة سنة 1981، ص 16 و ص 321 وما بعدها.

وانظر الدكتور علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات - القسم العام -، طبعة سنة 2000، ص 581 وما بعدها.
وانظر الدكتور أحمد فتحي بهنسي، المسؤولية الجنائية، دار الشروق، ص 23 وما بعدها.

وبما أن جعل الأساس هو النص فإن ذلك لا يعطي نظرية عامة، إنما الذي يعطي هذه النظرية هو الأساس الفلسفي النظري، لذلك سأبحث المسألة من هذا المنطلق مقسما المطلب إلى ثلاثة فروع:

الفرع الأول: الأساس التقليدي للمسؤولية الجنائية.

الفرع الثاني: الأساس الوضعي للمسؤولية الجنائية.

الفرع الثالث: الأساس عند التوفيقين.

محاو لا استقصاء النظرة الفلسفية إلى هذه المسألة عند الفريقين الأولين، وفي موقف التوفيقين، ومحيلا إلى الهامش بخصوص الاستزادة فيما يتعلق بالمعنى اللغوي لمصطلح أساس fondement¹

الفرع الأول: الأساس التقليدي للمسؤولية الجنائية

407- تمهيد وتقسيم

هذا المذهب التقليدي أو الروحاني في تحديد أساس المسؤولية الجنائية يقوم على حرية الاختيار.

ومن المعلوم أن بحث أساس المسؤولية لم يعن به القانونيون والشرعيون وحدهم، وإنما عنى به الفلاسفة، وعلماء العقيدة (المتكلمين) في الحضارة الإسلامية انطلاقا من تساؤل قديم مفاده: هل الإنسان مسير أم مخير. وبحث هذه المسألة لا غنى عنه، لكونها مسألة أولية، إذا لم تفصل لا ينضبط مفهوم المسؤولية. ولحسن فهم المسألة أبحثها في نقطتين: -أولا: مفهوم حرية الاختيار.

ثانيا: حجج أنصار هذا المذهب.

متناولا كل نقطة بالقدر الذي يفي بالغرض وفي حدود ما يسمح به هذا البحث المتواضع.

408- أولا: مفهوم حرية الاختيار

اتجه الفقه الجنائي التقليدي إلى إقامة المسؤولية الجنائية على حرية الاختيار، التي مفادها أن مرتكب الجريمة، قد اختار بإرادته الحرية سلوك الطريق المخالف للقانون والمجافي لأحكامه، في الحين الذي كان بإمكانه أن ينضبط مع ما تقضي به قواعد القانون. ولما اختار السلوك المجافي للقانون والمخالف له، كان مسؤولا عن اختياره هذا مسؤولية جنائية. وهذا يعني أن مناط المسؤولية الجنائية، هو حرية الإنسان في توجيه إرادته نحو الفعل أو الترك المجرم. ومتى توافرت هذه الحرية فهو مسؤول، وإن انعدمت أو انتقصت كنا أمام حالة انعدام المسؤولية كليا أو جزئيا، وفي هذه الحالة تخفف مسؤولية ناقص

¹ أنظر المعجم الوسيط، مرجع سابق، ص 17، أسّ بينهم أسا: أفسد، أس البناء وضع أساسه (وهذا هو المعنى الذي يراد به الأساس عندنا هنا) أسّ فلان: أرضية فهو أساس. والأساس أصل كل شيء ومبدؤه، ومنه أساس الفكرة، وأساس البحث، والتعليم الأساسي: الخبرة العلمية والعملية التي لا غنى عنها للناسخ. والنظام الأساسي: هو النظام الذي يمثله دستور الدولة. الأسّ الأسّ والإسّ: الأساس. والأساس من الظهر قدمه، الأسّ: الأساس. يقال قلعه من أسّته. والأساس: الأثر من كل شيء، والأساس: باقي الرماد. والأساس: قلب الإنسان جمعه إساس وإساس. والأساس في الحساب: العدد الدال على قوة الكمية، فالقوة الثانية أسه²، والقوة الثالثة أسها³ وهكذا. التأسيس في القافية: ألف تلزم القافية، وبينها وبين حرف الروي حرف، مثل ألا طال هذا الليل وأخضل جانبه، فالألف في جانبه هي التأسيس. المؤسسة: كل تنظيم يرمي إلى الإنتاج، أو المبادلة للحصول على الربح. وأنظر مختار الصحاح، مرجع سابق، ص 07.

الحرية. والإنسان لا يسأل إلا في حدود المقدار من الحرية الذي هو حائز له وقت التصرف المجرم.

وكان من تزعم هذا الاتجاه المركز الإيطالي شيزاري دي باكاريا، وقد أصدر كتابا سنة 1764 بعنوان: «في الجرائم والعقوبات» تخطفه المفكرون والفلاسفة إعجابا بالأفكار التي تضمنها. وكان بكاريا متأثرا بأفكار الفيلسوف الشهير جون جاك روسو، وعلى فكرته القائلة بالعقد الاجتماعي بنى هو أفكاره.

وأنصار المدرسة التقليدية هم من قسموا الناس تجاه الانضباط مع القاعدة القانونية إلى كاملي الحرية وفاقيديها، وبين هذين الصنفين صنف لا هو بكامل الحرية ولا بفاقدتها، وهو ناقص الحرية الذي قالوا بتخفيف مسؤوليته بمقدار نقص حريته وبالتالي نقص إرادته ونقص تمييزه¹.

ويجعل أصحاب هذا الاتجاه أساس المسؤولية الجنائية مرتكزا على حرية الاختيار المرتبطة بالحرية الأخلاقية للمجرم وقت ارتكابه الجريمة. ويجعل هذا الاتجاه الشخص غير مسؤول جنائيا إلا إذا كان مسؤولا أخلاقيا أولا.

ويبرر أنصار هذا الاتجاه موقفهم: بأن الإنسان لا يسأل جنائيا إلا إذا كان مدركا عدم مشروعية أفعاله، وأن تكون صادرة عنه وهو حر مختار لها. فالإدراك والاختيار شرطان لازمان لكي يحاسب عن فعله سواء اتخذ وصف الجنائية أو وصف الجنحة أو وصف المخالفة من حيث تكييفه القانوني، وسواء كان عمديا أم خطئيا.

فلا يتصور في نظرهم محاسبة إنسان على سلوك لا يكون في استطاعته أن يسلك سلوكا آخر غيره². كما أن حرية الاختيار هذه إحساس أو شعور فردي وجماعي في نفس الوقت، وهو مستمد من الخبرة والتجربة الإنسانية العامتين، ومن الضمير الفردي، وهي إحساس وشعور يوجد لدى كل الأفراد في المجتمع وبه يعتقد كل عاقل منه أن المخالف للقانون تجب مساءلته، وأن من حق المجتمع محاسبته على هذا السلوك المخالف للقانون³.

ويضيف أنصار هذا الاتجاه مبررين موقفهم بالقول: أنه لكي تحقق العقوبة أغراضها في تحقيق العدالة والردع، لابد وأن يكون من تسلط عليه حرا مختارا، وهو الذي يمكن أن يلام من أجل سلوكه المخالف للقانون، أما فاقد الحرية والاختيار والتمييز فلا يلام ولا ينفع معه الردع، لأنه لا يملك السيطرة على تصرفاته، ولا ينتظر منه أن يكيفها على الوجه المطابق لما يقتضيه القانون.

409- ثانيا: حجج أنصار هذا المذهب

يستند أنصار مذهب حرية الاختيار إلى حجة أساسية مؤداها: أن هذه الحرية هي الأساس الوحيد الممكن التصور للمسؤولية الأخلاقية أو المسؤولية القانونية، في أن معا، وفي غياب هذه الحرية فلا معنى للمسؤولية، ولا يمكن أن تجد لها أساسا آخر يقبله المنطق. فالمسؤولية تعني إمكانية اللوم على السلوك المخالف للقانون ولا يكون محلا لهذا

¹ أنظر الدكتور علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات - القسم العام -، مرجع سابق، ص 585 و586.

وانظر الدكتور البهنسي، المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 23.
وانظر الدكتور فتوح عبد الله الشاذلي والدكتور علي عبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات - القسم العام -، دار المطبوعات الجامعية، طبعة 1997، ص 07 و08.

² أنظر الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم العام -، ط4، مرجع سابق، ص 523.

³ V.Garraud: Traité théorique et pratique de droit français, op.cit., p.565.

وانظر الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم العام -، مرجع سابق، ص 524.

اللوم إلا مع استطاعة من يوجه إليه أي المجرم الاختيار بين سلوكات أمامه منها ما يخالف القانون، ومنها ما لا يخالفه فيختار (المخالف) أما إذا كان عاجزاً عن هذا الاختيار، فإن مساءلته في ظرفه هذا تكون بلا معنى، ومحاسبته، ومساءلته في ظرفه هذا تكون ظلماً تأباه العدالة ولا مبرر له.

وأنه لا يتصور إيجاد أساس آخر لمساءلة الفرد عن خروجه عن القانون غير كونه اختار هذا الخروج بإرادته الحرة¹.

ويحتج أنصار حرية الاختيار أيضاً لرأيهم، بأن الحرية هي قانون الإنسان الذي يميزه عن سائر المخلوقات، وهو شاعر بهذا التمييز الذي يفرد في إنسانيته، ويحدد قدرته على التحكم في أفعاله وأهوائه، وتجعل زمام نوازعه وانفعالاته في يد إرادته الحرة، لذا يشعر كل إنسان بحرية الاختيار، ويستقر في ضميره هذا الشعور كقيمة مطلقة توجه اختياراته في الحياة، فهو دائم الشعور بالمفاضلة بين الاختيارات المختلفة، متخذاً قراراته على أساس هذه المفاضلة، وما ذلك إلا صدى لحرية الاختيار من غير أي خضوع للعوامل التي تضطر الفرد وتجبره على أن يسلك سلوكاً حتمياً عليه، ولا دخل لإرادته الخاصة في اختياره.

وإذا ما استقر في ضمير الفرد أن حريته لا أحد يتحكم فيها وبالتالي في إرادته وعنهما تنتج أفعاله، استقر ذلك في ضمير الجماعة، ووجهت نظرتها إلى المجرم على اعتبار أنه وبحرية وإرادة صحيحتين اختار طريق الإجرام، ولذا كان لزاماً أن يتوافق القانون مع الشعور الجماعي، وأن يجعل منه أساس للمسؤولية. ومهما كان الجدل الفلسفي حول الحتمية وحرية الاختيار إلا أن القوانين يظهر أنها تنزع إلى افتراض حرية الاختيار كأساس للمسؤولية. والقانون الجنائي بالذات يتفق مبدأ حرية الاختيار فيه مع الوظيفة الاجتماعية لهذا القانون، فإذا كان هدف العقاب هو إرضاء الشعور بالعدالة، وجب لضمان هذا الهدف أن لا يخضع للعقاب إلا من يكون سلوكه يستوجب اللوم والردع الخاص خاصة لا يتحقق إلا إذا كان من يوقع عليه العقاب له القابلية للإصلاح².

الفرع الثاني: الأساس الوضعي للمسؤولية الجنائية

410- تمهيد وتقسيم

إذا تحدد عندنا الأساس النظري للمسؤولية الجنائية تحدد عندنا المفهوم القانوني الجنائي كله من حيث التجريم والجزاء، وعلى ضوء الأساس الذي حددنا للمسؤولية الجنائية يمكننا توجيه القانون الجنائي في مبادئه العامة، ومواده وأحكامه التفصيلية. ونحكم على ذلك بالصواب أو الخطأ، بالتناسق أو التناقض، ويمكن صياغة مشكلة أساس المسؤولية الجنائية في سؤال واحد، هو: لماذا يسأل الشخص جنائياً؟

ومن هنا جاءت المدارس الفقهية الجنائية، وإذا كنا قسمنا المطلب الذي يتضمن فكرة المدرسة السابقة إلى فرعين فإنه يتعين علينا تقسيم هذا المطلب هو الآخر إلى نفس الفرعين، لأن فكر هذه المدرسة في عناصره لا يختلف عن فكر المدرسة السابقة وإنما

¹ أنظر الدكتور علي عبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 8

وانظر الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 506.

² أنظر الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم العام -، مرجع سابق، ص 507 وص 524.

وانظر الدكتور سعيد مصطفى سعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 380.

الاختلاف في التصور، بينما في العناصر فقد تحدث أصحاب هذه المدرسة في مفهوم الحتمية في مجال السلوك الإجرامي، وقدموا حججهم عن مفهومهم هذا للحتمية في مجال السلوك الإجرامي.

وسنقسم الفرع إلى نقطتين:

أولاً: مفهوم الحتمية في مجال السلوك الإجرامي.

ثانياً: حجج أنصار مذهب الحتمية.

متنولاً بالبحث تفاصيل تصور أتباع هذه المدرسة لأساس المسؤولية الجنائية.

ثم في نقطة ثالثة أتناول أساس المسؤولية الجنائية عند أنصار المذهب التوفيقي.

411- أولاً: مفهوم الحتمية في مجال السلوك الإجرامي

قام هذا المذهب على أساس إنكار حرية الاختيار كأساس لمسؤولية الإنسان عن أفعاله. ويرى أنصار هذا المذهب أن أفعال الإنسان ما هي إلا نتاجاً حتمياً لأسباب أدت إليها، ويرون أن القوانين السببية هي المسيطرة على الكون فيما يحدث فيه من ظواهر، وتجعل كل تصرف إنساني نتيجة حتمية لحدث سابق وسبباً حتمياً لحدث لاحق شأنه شأن كل الظواهر الطبيعية كلها خاضعة لقانون السببية الحتمي على كل ظاهرة طبيعية.

ومن ثم فسلوك الإنسان بعيد عن أن يكون ثمرة لحرية اختياره، وأن السلوك الإنساني نتيجة لتفاعل عضوي بين شخصية لها تكوين عضوي ونفسي معين، وظروف محيطية، طبيعية أو اجتماعية، ويمكن التنبؤ بسلوك الإنسان متى اجتمعت المعطيات عن ظروفه تلك. ويرون أن القول بحرية الاختيار ما هو إلا للعجز عن الإحاطة بهذه الظروف وهذا التكوين للإنسان. ويخلصون إلى أن جريمة الاختيار لا وجود لها، وإنما من ارتكبها يكون تحت تأثير أسباب دفعته إليها يستحيل عليه أن يتفادها. ويبنون على ذلك أن الجريمة كسلوك إنساني إجرامي هي نتيجة حتمية لأسباب حتمية تؤدي إليها، وتكون نتيجة الإجرام مبنية على مقدمات من الأسباب تنتج عنها على سبيل الحتم.

وأقطاب المدرسة الوضعية الإيطالية من أمثال لامبروز وفيري وجارو قالوا عن عوامل السلوك الإجرامي وانتهوا إلى أن هناك نوعان من العوامل، داخلية تتمثل في التكوين العضوي والنفسي والأمراض، وخارجية مادية وبيئية. وأنه متى توافرت دفعت حتماً إلى الإجرام فمن توفرت فيه يساق إلى الإجرام حتماً، ولا مجال له أن يختار أو يتردد بين اقترافها وعدم اقترافها.

إلا أنهم يقولون بأن نفي حرية الاختيار لا تعني عدم مساءلة الجاني وإنما معناه ضرورة البحث عن أساس آخر للمسؤولية مبني على حقائق علمية، ووجد أنصار هذا المذهب أن فكرة الخطورة الإجرامية هي أساس المسؤولية الاجتماعية التي أحلوها محل المسؤولية القائمة على حرية الاختيار، والجاني يسأل عن الجريمة لا لكونه اختار اقترافها بحرية لكن لكون سلوكه ينم عن خطورة كامنة في شخصيته، ينبغي مواجهتها بتدابير تحمي المجتمع منه. فإذا كان الإجرام كامناً في الشخص، فالمجتمع له الحق أن يدرأ عنه هذه الخطورة بتدابير تحميه منها.

وإقامة المسؤولية الجنائية على أساس الخطورة الاجتماعية، يوسع نطاق هذه المسؤولية، إذ هي لا تنتفي بانعدام حرية الاختيار التي استبعدت كأساس لها، ولا يشترط في الأفعال المكونة لها أن ينطبق عليها وصف الجريمة بمدلولها الضيق، ولا يتحدد التدبير المواجه

للخطورة وفق جسامه الخطر وماديات الجريمة، وإنما وفق ما يكفي لاستئصال هذه الخطورة الكامنة في شخص الفاعل.

وهذا الأساس يؤدي في نظر أصحابه إلى حماية المجتمع أكثر، لما سمح به من مواجهة كافة أنواع السلوك التي تهدد كيان المجتمع من غير تقيد بالمبادئ التقليدية التي قد تحول دون إدراك هذه الغاية، وتفوتها على المجتمع.

412- ثانيا: حجج أنصار مذهب الحتمية

إن نفي أنصار الحتمية حرية الاختيار، وقولهم بأنها محض ادعاء لا دليل عليه من العلم يؤكد صحته، وأن ما قدم من حجج لتأكيد لا قيمة له، أمام الحقائق العلمية الثابتة التي يقوم عليها مذهبهم (مذهب الحتمية).

-ويؤكد أنصار مذهب الحتمية على أن إقامة المسؤولية على أساس حرية الاختيار للسلوك الإجرامي، يؤدي إلى التجاهل والتقاعس عن البحث في الأسباب الحقيقية التي تؤدي إلى ارتكاب الجرائم بينما النظرة الحتمية للسلوك تقود إلى العناية بالبحث على أسباب الإجرام، ومحاولة استخلاصها، كطريق لعلاجها، على مستوى الفرد، وعلى مستوى المجتمع باتخاذ التدابير الوقائية التي تعالج سلوك الأفراد وتحد من نزوعهم إلى الإجرام. وأن مذهب الحتمية بفضل ما يؤدي إليه من توسيع نطاق المسؤولية من حيث الأشخاص والأفعال يضمن حماية أكبر للمجتمع من الجريمة، ومكافحتها في كل صورها، وأيا كان مرتكبها. فلا تمتنع المسؤولية الاجتماعية عند انتفاء حرية الاختيار، بل يطبق على مرتكب الجريمة التدبير الأمني الملئم الذي ينجي المجتمع من خطورته، ولو لم ينطو هذا التدبير على أي معنى للوم أو التأنيب أو التأنيب¹.

413- ثالثا: أساس المسؤولية الجنائية عند أنصار المذهب التوفيقي

أمام تطرف أنصار المذهبين السابقين ظهر مذهب حاول التوفيق آخذا بمزايا كل من المذهبين، وإن كان يميل أكثر إلى مذهب حرية الاختيار، إلا أنه لم يهمل كلية مذهب الحتمية، بل يسلمون ببعض مقدماته، كما أخذت بعض القوانين الوضعية ببعض ما انتهى إليه من نتائج. وقد كان لهذا المذهب صда، وهو ما سمح للطلول التي وصلت إليها المدرسة التقليدية الحديثة بأن تجد تطبيقا لها في التشريعات الحديثة، وأن تجد لها مكانة في المؤتمرات الدولية التي حاولت التوفيق بين المذاهب الفلسفية في الحرية والحتمية لغرض الوصول إلى قانون جنائي مبني على أسس واقعية تحقق أهداف المجتمع في مكافحة الجريمة².

وَأهم أنصار هذا المذهب الفقيه تارد الذي يسلم بأن المسؤولية الجنائية تقوم على مسؤولية الشخص المجرم أمام نفسه أدبيا وأخلاقيا وأنه لكي تقوم هذه المسؤولية لا بد من توافر عاملين:

1-وحدة الشخصية قبل وبعد ارتكاب الجريمة، فلا مسؤولية جنائية على من تغيرت شخصيته بعد ارتكاب الجريمة بأن أصبح غير عاقل.

¹أنظر الدكتور علي عبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 590

وانظره والدكتور فتوح الشاذلي، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 13

وانظر الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات -القسم العام-، مرجع سابق، ص 525 و526.

²أنظر الدكتور فتوح الشاذلي وعلي عبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 14.

2- التماثل الاجتماعي، فيجب أن يكون الجاني في نفس المستوى، أو على الأقل في مستوى متقارب، من حيث الرقي الاجتماعي مع البلد الذي أجرم فيه، وتراد معاقبته من طرف نظامه.

-وانتقد رأيه هذا بأنه لا يحدد معياراً منضبطاً للتهيج الذي يغير الشخصية، وبأن شرط التماثل بين المجرم والمجتمع شرط غريب¹.

-وفيما يلي بعض الملاحظات على المذهبين مقارنة بينهما ثم تحديد موقف بعض قوانين العقوبات من المذهبين.

414- 1-المقارنة بين المذهبين

من البديهي أنه لا يعني تفضيل مذهب على آخر، إطراح المذهب المفضل كلية، فتفضيل مذهب حرية الاختيار كأساس للمسؤولية الجنائية، لا يمكن معه استبعاد النتائج التي بإمكانها إثراء الفكر الجنائي، التي توصل إليها مذهب الحتمية كأساس للمسؤولية الجنائية.

-فحرية الاختيار التي يمكن أن يتمتع بها الإنسان في مباشرته لأفعاله لا يمكنها أن تكون مطلقة، وإنما تكتنفها أنواع من العوامل الداخلية تجعل من المنطق القول بانعدام أو نقص المسؤولية لأسباب معينة، من جنون وسكر وحداثة سن. كما تكتنفها عوامل خارجية عديدة تؤثر في مقدرته على الاختيار بين أفعاله، وقد تضيق من حريته في هذا الاختيار إلى حد كبير. وكل هذه العوامل تفرض حتمية على هذه الحرية ذاتها.

-ومع هذا ليس من المعقول، ولا من المقبول عقلاً، ولا اجتماعياً التسليم بخضوع الإنسان خضوعاً مطلقاً لقوانين السببية الكونية، والقول أنها تحتم عليه التصرفات بكيفية معينة لا فكاك له من أن يتصرف فيها كما فرضت عليه. إذ ذلك القول يساوي بين الإنسان وغيره من المخلوقات التي لا عقل لها يتحكم في سلوكاتها، ولا يخفى ما في هذه النتيجة من خطورة يمكن أن تؤدي إلى نفي إجرامه لنفي قدرته الفكاك من الحتمية التي تفرض عليه أفعاله، لكن هذا تم مواجهته بمنطق حق المجتمع في حماية نفسه².

-وفي المحصلة فإنه إذا كان الاعتداد بحرية الاختيار ضروري فإن النظرة إلى العوامل المحيطة بالفاعل لا تقل ضرورة عنها.

فالحرية والإرادة والقصد تتضافر معها العوامل الداخلية والخارجية المحيطة بالفاعل، وتنتج مجتمعة فعله. لذلك يجب العناية بالشخص المرتكب للجريمة، ومحاولة استئصال خطورته الإجرامية، عن طريق العقوبة أو التدبير اللازم لحماية المجتمع منه. وهذا لا يتعارض مع نسبة الجريمة إليه وإلى إرادته الحرة بالذات. ولا تعارض في الجمع بين المسؤولية الجنائية التي تقوم على حرية الاختيار، وتستتبع توقيع الجزاء في صورة العقوبة، وبين المسؤولية الاجتماعية التي تبنى على توافر الخطورة الاجتماعية، وتستتبع إنزال التدابير الاحترازية التحفظية وحدها، حين يثبت أن الجاني غير مسؤول جنائياً لانعدام حرية الاختيار لديه.

وكل ما ينبغي هو التوفيق بين نوعي المسؤولية الجنائية القائمة على الحرية، والقائمة على مصلحة المجتمع، ويقتضي ذلك تحديد مجال كل من المسؤوليتين تحديداً واع في ذهن

¹ أنظر الدكتور أحمد فتحي بهنسي، المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 25 و 26.

² أنظر الدكتورين الشاذلي والقهوجي، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 14 و 15 و 16.

المقننين والفقهاء، لأن ذلك يضبط الأمور، ويتحكم في الجانب النظري، فالقول بالمسؤولية على أساس خطورة الشخصية، قد يقيم التدبير على شخص لم يجرم بعد، وإنما صدر منه من الأفعال ما ينم عن خطورة شخصيته، فالجريمة في نظر القائلين بالاحتمالية وحماية المجتمع من المجرم تسبقها الخطورة، وكل شخص يمكن أن يتهم بهذا المنطق بأنه خطير على المجتمع، ولا يخفى ما لذلك من خطر على مبدأ البراءة الأصلية¹.

415- 2- موقف بعض قوانين العقوبات من المذهبين

قوانين العقوبات الحديثة كلها تأخذ بمسلك المذهب التوفيقي، إذ تقول بمذهب حرية الاختيار أساساً، كأساس للمسؤولية الجنائية، لكنها حرية مقيدة بقيود تؤدي في كثير من الأحيان إلى انعدام المسؤولية أو تخفيفها حسب الأحوال، وهذا في حالة ما إذا كان الجاني مجنوناً أو به أية عاهة أخرى بعقله، أو أصيب حال الفعل المجرم بغيوبة، أو سكر بعقار من العقاقير أجبر على تناوله أو تناوله على غير علم منه بمفعول العقار، وكذا لا مسؤولية عليه إذا ارتكب جريمة في حالة ضرورة ألجأته لذلك كحالة الدفاع الشرعي. -وفي كل هذه الأحوال تنتفي حرية الاختيار التي هي أساس المسؤولية الجنائية ولا يبقى هناك محل للمساءلة عنها.

-غير أن تخلف المسؤولية لانتفاء الأساس الذي تقوم عليه لا يمنع المجتمع من حماية نفسه من الخطورة التي تهدده، من الشخص المجرم الذي امتنعت مسؤوليته الجنائية، فتعالج التقنيات ذلك بالنص على تدابير وقائية أو احترازية. فالمجنون يحجز في مستشفى للأمراض العقلية لحين شفائه وزوال خطره.

وبعض القوانين تنص صراحة على انتفاء مسؤولية الجاني، وتنص على إخضاعه لتدبير أمن بدل معاقبته، والبعض يستنتج انتفاء المسؤولية فيها من نصوص غير صريحة، وفي كل الأحوال تطبق الإجراءات الاحترازية والوقائية بدل العقوبة.

فقانون العقوبات الجزائري تنص مادته 41 على أنه: «لا عقوبة على من كان في حالة جنون وقت ارتكابه الجريمة، وذلك دون الإخلال بأحكام الفقرة 2 من المادة 21» التي هي تحت عنوان «تدابير الأمن» وتنص على «الحجز القضائي في مؤسسة نفسية هو وضع الشخص بناء على قرار قضائي في مؤسسة مهياة لهذا الغرض بسبب خلل في قواه العقلية قائم وقت ارتكابه الجريمة، أو اعتراه بعد ارتكابهها. يمكن أن يصدر الأمر بالحجز القضائي بموجب أي حكم بإدانة المتهم أو العفو عنه أو ببراءته أو بعدم وجود وجه لإقامة الدعوى، غير أنه في هاتين الحالتين الأخيرتين يجب أن تكون مساءلته في الوقائع المادية ثابتة. يجب إثبات الخلل في الحكم الصادر بعد الفحص الطبي».

-وقد نص قانون العقوبات الليبي في مادته 79 على أنه: «لا يسأل جنائياً إلا من له قوة الشعور والإرادة»، ونص قانون العقوبات الأردني واللبناني في المادتين 74 و210 على التوالي على أنه: «لا يحكم على أحد بعقوبة ما لم يكن قد أقدم على الفعل عن وعي وإرادة».

وقانون العقوبات المصري يعترف ضمناً بحرية الاختيار كأساس للمسؤولية الجنائية، من ذلك ما نصت عليه المادة 62 من قانون العقوبات المصري إذ قالت: «لا عقاب على من

¹ أنظر الدكتور علي عبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 590 وها مشها. وانظره هو والدكتور فتوح الشاذلي، شرح قانون العقوبات -القسم العام-، مرجع سابق، ص 15 و 16.

يكون فاقد الشعور أو الاختيار في عمله وقت ارتكاب الفعل إما لجنون أو عاهة في العقل، وإما لغيوبة ناشئة عن عقاير مخدرة...»، كما نصت المادة 61 منه على أنه: «لا عقاب على من ارتكب جريمة ألجأته إلى ارتكابها ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم...»

هذه القوانين تسلم بحرية الاختيار كأساس للمساءلة الجنائية، لكن هذه الحرية ليست مطلقة، وإنما تخضع لعوامل شخصية وبيئية مختلفة. ويختلف تبعاً لذلك مقدار المسؤولية الجنائية التي يتحملها الجاني متدرجا من الانعدام إلى التخفيف بلوغاً إلى المسؤولية كاملة¹.

المطلب الثاني

موقف الفقه الوضعي من أساس المسؤولية الجنائية عند الجهل بالإباحة أو الغلط فيها

416- تمهيد وتقسيم

يهتم الفقه الوضعي كما القانون الوضعي بالمسؤولية الجنائية في حالة الغلط في الإباحة، أما الجهل بها أي بالإباحة فلم يهتم بها كثيراً، ولذا اهتموا بالأساس القانوني للمسؤولية الجنائية في حالة الجهل بالإباحة اهتماماً أقل منه في حالة الغلط فيها. ومجaraة لاتجاهات الفقهاء ارتأيت تفريع هذا المطلب إلى ثلاث فروع، على النحو الآتي: الفرع الأول: الاتجاه القائل بكون الغلط في الإباحة ينفي القصد الجنائي. الفرع الثاني: الاتجاه القائل بكون الإباحة الظنية كالفعلية من حيث وحدة أساسها. الفرع الثالث: الاتجاه القائل بأن أساس المسؤولية في الإباحة الظنية يختلف من حالة إلى حالة.

417- الفرع الأول: الاتجاه القائل بكون الغلط في الإباحة ينفي القصد الجنائي

ذهب في هذا الاتجاه الفقهاء في إيطاليا، حتى أن في هذا الموضوع نظرية تنسب إليهم.

ويذهبون في رأيهم إلى أن الإباحة الظنية، لا يمكن بحال أن تتعادل في أثرها مع الإباحة الحقيقية، معللين ذلك القول بكون أسباب الإباحة أصلاً ذات طابع موضوعي، ومن ثم لا تنتج أثرها في هذه الحالة، إذ أنه لا بد من التأكد من انتفاء الوقائع التي تكون السبب المبيح في الحقيقة والواقع حتى تقوم الجريمة سواء علم الجاني بذلك أو جهله². ونفي المسؤولية الجنائية عنه إلا إذا كان لها وجود في الواقع، سواء علم الجاني بذلك أم جهله³. وبصرف

¹ أنظر الدكتور أبو المعاطي حافظ أبو الفتوح، النظام العقابي الإسلامي-دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه، القاهرة، سنة 1967، ص 204 وما بعدها.

وانظر الدكتور حسين توفيق رضا، أهلية العقوبة في الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، رسالة دكتوراه، القاهرة، 1964، ص 226 وما بعدها.

² أنظر الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات-القسم العام-، مرجع سابق، ص 173. و "القصد الجنائي"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة 28، العددان 1 و 2، ص 155.

وانظر الدكتور محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات-القسم العام-، مرجع سابق، ص 201.

³ أنظر الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات-القسم العام-، مرجع سابق، ص 173. وانظر له مقال: "القصد الجنائي"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة 28، العددان 1 و 2، ص 155.

النظر عن أن يكون تصوره لما يقدم عليه تصورا صحيحا أو أنه وقع في حالة الغلط بتوهمه الإباحة خلافا للحقيقة.

ويقولون أن انتفاء المسؤولية الجنائية في هذه الحالة لانتفاء القصد الجنائي. فالوقائع التي يقوم عليها سبب الإباحة، وإن كانت تشمل عناصر هذا السبب الإيجابية فإنها في الواقع سلبية بالنسبة للجريمة التي يرتكبها الجاني في آن واحد. ولذلك فإنه لا بد من التأكد من انتفاء هذه الوقائع في الحقيقة والواقع حتى توجد الجريمة. وعلى هذا الأساس يكون توافر الوقائع التي تكون الجريمة يعادل من حيث أثره القانوني، انتفاء الوقائع التي يقوم عليها سبب الإباحة. لأن الجريمة يتطلب وجودها ببساطة توفر الأمرين معا (أي توافر الوقائع التي تكون الجريمة، وتوافر انتفاء الوقائع التي يقوم عليها سبب الإباحة).

وهذا ما عبر عنه المجلس الأعلى القضائي الجزائري-الذي تحول حاليا إلى المحكمة العليا- في قرار له بتاريخ 80/01/29 بقوله: «وحيث أن طرح سؤال احتياطي يتعلق بالدفاع الشرعي هو غير لزومي بل هو متروك لتقدير رئيس المحكمة» وما يوضحه أكثر قراره المؤرخ في 81/02/24 بقوله: «من المستقر قضاء أن طرح سؤال خاص بالدفاع الشرعي غير لزومي لأن السؤال المتعلق بالإدانة يشمل ضمنا هذا الفعل المبرر»¹.

ويقول أنصار هذا الاتجاه²: أنه كان للعلم بتوافر الوقائع المكونة للجريمة دوره في توافر القصد الجنائي، فإن العلم بانتفاء هذه الوقائع يعتبر عنصرا متطلبا أيضا حتى يتوافر القصد نفسه، وعلى هذا فإن الغلط في الإباحة، أو ظنها أو توهمها ينفي القصد أيضا. وسواء أنتج الغلط على أساس خطأ، أو تقصير، أم كان مجردا من كل ذلك، فالقصد منتف في كل الأحوال³، غير أنه إذا كان الغلط ناتج عن تقصير من الجاني الغالط تحول الجرم إلى غير متعمد، على أساس وجود هذا الإهمال في فعله، وعلمه بحقيقة ما فعل، في حالة ما إذا القانون يجعل فعله جريمة خطئية⁴.

-ويؤسسون رأيهم هذا على أن الإنسان لا يكلف ما ليس في وسعه، فلا يسأل إذا غلط في الوقائع التي يتكون منها سبب الإباحة ولكونه لم يقصد مخالفة القانون إذا أثبت أنه قام بالتثبت والتحري اللازمين في حدود ما يفعله الرجل المعتاد، وأثبت أنه كان يعتقد مشروعية الفعل الذي أقدم عليه، وأن اعتقاده كان مبنيا على أسباب معقولة. وإن قصر في تصرفه عن حد الرجل المعتاد في تقدير الظروف والوقائع التي أدت إلى الجرم غلطا منه، فإن المسؤولية لا تنتفي عنه كلية بل يتحول جرمه من عمدي إلى خطئي، إذا كان القانون يصف فعله بأنه جريمة خطئية⁵.

418- أولا-الانتقادات الموجهة لهذا الرأي

وجه لهذا الرأي عدة انتقادات، من انتقادات عامة إلى انتقادات الفقه الألماني بالذات، وكذا انتقادات الفقه المصري، وسأتناول ذلك في النقاط الثلاث الآتية:

وانظر الدكتور محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات - القسم العام-، مرجع سابق، ص 201.

¹ أنظر الدكتور نواصر العايش، تقنين العقوبات، مرجع سابق، ص 23.

² أنظر الدكتور محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات -القسم العام-، مرجع سابق، ص 123.

³ V.Delogu(T.): Les causes de justification, op.cit,p.162.

⁴ Ibid, p.164.

⁵ أنظر الدكتور محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات - القسم العام-، مرجع سابق، ص 123.

وجه الفقهاء انتقادات عدة لهذا الرأي أخصها فيما يلي:

1- أن العناصر السلبية إذا تخلفت كأن يتخلف الظرف المادي المبيح، يعول عليه فقط في خلع صفة عدم المشروعية على السلوك الذي يتوافر له وصف الجريمة، في الناحية الشكلية، وطبقا لنصوص التجريم، ولكن لا يعول عليها في القول بانتفاء ركن القصد الجنائي، إذ المفروض في هذه الأحوال أن الفاعل أراد الواقعة الإجرامية، وحصل له العلم بكل عناصرها المحددة في نص التجريم والعبرة بها، لا بالشروط المتوفرة في نص الإباحة، ولذا فالعبرة بالغلط الذي ينفي القصد الجنائي، هو ما انصب على الشروط التي حددها نص التجريم للسلوك الذي عده جريمة، أي العناصر اللازمة لتوافر وصف الجريمة، والسلوك المجرم.

2- رأي هذا الفريق متناقض إذ اعتبر الوقائع التي يقوم عليها سبب الإباحة من بين عناصر الجريمة، ثم يأتي ليصفها في نفس الوقت بأنها عناصر للإباحة أي عناصر سلبية، بعد أن قال أنها إيجابية، ويقول بوجود انتفاءها حتى تقوم الجريمة. والصحيح أن الواقعة التي تدخل عنصرا في الجريمة لا يمكن أن نتصورها إلا على أنها واقعة يلزم توافرها لقيام الجريمة.

3- إن القصد الجنائي لا يترتب على الغلط في الإباحة، لأنه يتحقق بمجرد اتجاه الإرادة إلى تحقيق الواقعة الإجرامية، ولا يدخل ضمن عناصر العلم بعدم مشروعيته. فبمجرد اتجاه إرادة الفاعل إلى ارتكاب الوقائع المجرمة توافر القصد الجنائي في مسلكه، ولا ينفي قصده وقوعه في غلط وهو تخلف العلم بعدم المشروعية. ولا يعتبر بأي حال هذا العلم من عناصر هذا القصد.

4- لا يستصوب النقد إدعاء أصحاب وجهة النظر هذه بأن الغلط في الإباحة يترتب عليه حلول الخطأ محل القصد في مسلك الفاعل، وانتفاء هذا الخطأ نفسه في الحالة التي يكون فيها الغلط من غير الممكن تجنبه، لما في ذلك من تجاهل لطبيعة الخطأ. إذ الخطأ هو الصورة الثانية للعلاقة النفسية بين الفاعل والركن المادي للجريمة، تلك العلاقة النفسية التي يتطلبها الركن المعنوي للجريمة. فيفترض أن يقع غلط بشأن الواقعة المجرمة، وبهذا لا يكون للغلط محل في الإباحة لأن الفاعل أراد ارتكاب الوقائع محل التجريم وهو يعلم جميع عناصرها، وإنما غلط في أمر آخر هو: الصفة المشروعة التي لحقت هذه الوقائع دون علم منه¹. ولهذا يساوي الدكتور رمسيس بهنام بين الإباحة الحقيقية والإباحة الظنية من حيث مشروعية السلوك².

هذه هي الانتقادات التي وجهت لهذه النظرية، وبناء عليها أقام أنصار النظرية في ألمانيا رأيهم على أساس إنكار العلاقة بين الغلط في الإباحة، وبين فكرة القصد الجنائي، وتفاصيلها فيما يأتي:

419-ثانيا: رأي الفقه الألماني

رأى الفقهاء في ألمانيا في إطار نقدهم لهذه النظرية (نظرية الغلط في الإباحة ينفي القصد الجنائي) أنه لا علاقة بين الغلط في الإباحة وفكرة القصد الجنائي، وأن الغلط في الإباحة لا يصلح أساسا للدفع بانتفاء المسؤولية في ذاته، وإنما يصلح متى أثبت الغلط أن

¹ أنظر الدكتور عمر السعيد رمضان، "طبيعة الركن المعنوي للجريمة"، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الثالث لسنة 1963، ص 658.

² أنظر الدكتور رمسيس بهنام، النظرية العامة، مرجع سابق، ص 656.

اعتقاده بتوافر أسباب الإباحة كان مبنياً على غلط حتمي يقع فيه الشخص العادي في مثل ظروف الغلط، دون تفرقة بين الجرائم العمدية وغير العمدية. وأصحاب هذا الرأي يرون أن انتفاء المسؤولية لا يرجع إلى انتفاء القصد الجنائي، وإنما يرجع إلى كون الغلط حتمي ينفي القصد والخطأ على السواء لتخلف عنصر آخر من عناصر الجريمة غير عنصرها النفسي، وهو التكوين الطبيعي للإرادة، إذ لا إثم في سلوك الفاعل إذا تكونت إرادته في ظروف غير طبيعية¹، ولا تسمح بتكوين إرادة واعية. وفي هذا الاتجاه ذهب الفقه في مصر كما نوضح في الفقرة الآتية:

420- ثالثاً: موقف الفقه في مصر

الشرح في مصر يرون أن القانون عندهم أخذ بالإباحة رغم الغلط فيها، إذا جاء هذا الغلط بعد التثبت والتحري، ووجود حسن النية. وأن المادة 63 من قانون العقوبات نصت على ذلك بشأن غلط الموظف العام.

كما أنه يستفاد ذلك من نص المادتين 249 و250 منه، اللتين تجعلان من غلط في تقدير الظروف في حالة الدفاع الشرعي بحسن نية، وذلك بأن ينصب غلطه على ركن الخطر، تجعلانه مازال في حالة الدفاع، رغم الغلط الذي وقع فيه طالما أن نيته حسنة. غير أنهم، أي أصحاب هذا الاتجاه، يرون أن المشرع في استناده إلى قاعدة الغلط المجرد من الإثم، أو الغلط الحتمي أن القانون لم يبين الحالة العكسية، أي حالة عدم وجود الأسباب المعقولة التي قال بأنها تجعل الغلط مبرراً، وأنه بمفهوم المخالفة نستطيع الاستدلال على أن السلوك يبقى محتفظاً بوصفه الأصلي، أي بوصف الجريمة المتعمدة².

421- الفرع الثاني: الاتجاه القائل بكون الإباحة الظنية كالفعلية من حيث وحدة أساسها

سأتناول في فقرة أولى مفهوم النظرية ومحتواها، ثم في فقرة ثانية موقف جانب من الفقه في مصر منها.

422-أولاً: مفهوم النظرية ومحتواها: يرى أتباع هذا الاتجاه أن الإباحة الظنية هي الأخرى تبيح الفعل مثل الإباحة الحقيقية الفعلية تماماً، متى كان اعتقاد الجاني وظنه يقوم على أسباب معقولة من غير تقصير منه، وأن هذا هو الأساس السليم لانتفاء المسؤولية الجنائية، عن الجاني الذي وقع في توهم سبب مبيح لا وجود له في الواقع³. وفي نظرهم: أنه ليس هناك ما يحول دون أن تتعادل الإباحة الظنية، شريطة أن يكون ظنها مبني على أسباب معقولة، مع الإباحة الحقيقية الفعلية.

ويجعلون أساس رأيهم، هو أن الغلط في الإباحة لا يترتب عليه تخلف القصد الجنائي، لكون القصد الجنائي يتحقق بمجرد انصراف الإرادة إلى تحقيق الواقعة الإجرامية، ولا يدخل ضمن عناصره العلم بعدم مشروعيته، ولا بتجريمها. فمتى أراد الفاعل الواقعة بعناصرها الموضوعية، قام القصد الجنائي في مسلكه، ولا يحتاج إلى أكثر من ذلك، ولا يحول دون قيام قصده الجنائي وقوعه في غلط في إباحة الفعل الذي ارتكبه، وهذا الغلط لا

¹ أنظر الدكتور عمر السعيد رمضان، طبيعة الركن المعنوي، مرجع سابق، ص 659.

² أنظر الدكتور محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات - القسم العام -، مرجع سابق، ص 248.

وأنظر الدكتور رمسيس بهنام، النظرية العامة، مرجع سابق، ص 417.

³ أنظر الدكتور محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات - القسم العام -، مرجع سابق، ص 249.

يؤدي إلا إلى القول بأن الجاني لم يكن يعلم بعدم مشروعية الفعل، وهذا العلم لا علاقة له بالقصد الجنائي، ولا يعتبر عنصراً فيه بأي حال.

وفي الفقه المصري جانب ذهب في هذا الاتجاه، أوضح موقفه في الفقرة الآتية، وأنبه إلى أن القانون الجزائري للعقوبات ترك حالة الجهل وحالة الغلط دون أن ينص عليهما، والفقه عليه تطبيق ما عليه الحال في النظم القانونية القريبة من النظام القانوني في الجزائر.

423- ثانياً: موقف جانب من الفقه في مصر

رأى جانب من الشراح في مصر أن الأساس القانوني للإباحة الظنية هو نفس الأساس القانوني للإباحة الفعلية، وأن قانون العقوبات المصري، أقام انعدام المسؤولية في حالة غلط الموظف العام أثناء أداء واجبه، وحالة الغلط في الدفاع الشرعي على هذا الأساس أي المساواة بين الخطر الحقيقي والخطر الوهمي، في آثارهما على جريمة الجاني، وجعلها مباحة بناء على نفس الأساس في كلتا الحالتين¹ (حالة البراءة الحقيقية وحالة البراءة الظنية).

424- الفرع الثالث: الاتجاه القائل بأن أساس المسؤولية في الإباحة الظنية يختلف من حالة إلى أخرى

وهذا الاتجاه يذهب إليه فريق من الشراح في مصر، ويرى أن الأساس القانوني لانعدام مسؤولية الجاني بسبب الإباحة الظنية، أو الغلط في الإباحة يختلف بحسب الحالات التي نص عليها القانون.

ولما أن القانون في مصر يستنتج منه الاتجاه إلى قبول القول بالإباحة الظنية في موضعين، موضع الموظف العام يغلط بحسن نية في تنفيذ ما أمره به رئيسه و فعل ما يظن أنه من صميم واجبه في عمله، أو في حالة الغلط في الإباحة في حالة الدفاع الشرعي بالذات.

ويرون أن القانون في حالة الموظف يرفع عن الجاني المسؤولية الجنائية، دون أن يرفع عن الفعل صفة عدم المشروعية. أما في حالة الدفاع الشرعي، فإن الغلط يبيح الفعل الجرمي ذاته متى كان الغلط مبنياً على أسباب معقولة، وتوفر حسن نية الغالط².

¹ أنظر الدكتور محمد مصطفى القلي، في المسؤولية الجنائية، جامعة فؤاد، طبعة سنة 1944، ص 386.

وانظر الدكتور محمد زكي محمود، آثار الجهل والغلط في المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 287.

وانظر الدكتورة خلود سامي عزارة آل معجون، النظرية العامة للإباحة، مرجع سابق، ص 436 و 437.

² أنظر الدكتور عبد الرحمن حسين علام، أثر الجهل أو الغلط في القانون على المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 587 وما بعدها.

وانظر الدكتورة خلود سامي عزارة آل معجون، النظرية العامة للإباحة، مرجع سابق، ص 437 و 438.

الفصل الثاني

أساس انتفاء المسؤولية عند الجهل بالإباحة أو الغلط فيها في الشريعة الإسلامية

425- تمهيد وتقسيم

أرى أنه لبحث هذا الفصل يتعين تقسيمه إلى أربعة مباحث على النحو الآتي:
المبحث الأول: أتناول فيه أساس انتفاء العقاب والضمان.
المبحث الثاني: أتناول فيه النطاق الذي يشمل انتفاء العقاب شبه المتفق عليه.
المبحث الثالث: أتناول فيه ما هو خارج عن نطاق انتفاء المسؤولية الجزائية.
المبحث الرابع: أتناول فيه حالات انتفاء الضمان وسقوطه.

المبحث الأول

أساس انتفاء العقاب والضمان

426- تمهيد وتقسيم

عند الجهل بالإباحة أو الغلط فيها مع توفر سببها أصلاً، ولما أن أسباب الإباحة موضوعية، فإنه يتعين في الأصل أن تقوم الإباحة لصالح من تقرر له سواء علم بها أم جهلها أم غلط في ذلك.
والجهل والغلط في الغالب الأعم أحكامهما سواء. ولذلك سأتناولهما على أساس وحدة أحكامهما.
وما يجري على المخطئ (الغالط) يجري على الجاهل.
ومن المفيد التنويه إلى أنه لا عبرة للدعاء بجهل أحكام الشريعة إلا ممن أسلم حديثاً، أو من كان في غير دار الإسلام لا تصله شرائعه⁽¹⁾.
وهذا المبحث مسألته حسب المتنوع لأحكام الفقهاء فإنه يجد أن الإباحة قائمة على أساس انتفاء الإثم.
- وأرى أنها يمكن أيضاً أن تقوم على فكرة ما يعرف في أصول الفقه الإسلامي بالاستصحاب وعلى هذا أتناول المبحث في مطلبين:
المطلب الأول: أتناول فيه الإثم، وانتفاءه الذي به تنتفي المسؤولية.
والمطلب الثاني: أتناول فيه الاستصحاب والذي نستصحب فيه البراءة الأصلية وتنتفي المسؤولية. كما تقوم لموضوعية أسبابها.

¹ انظر الشيخ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقوانين الوضعية، مؤسسة الرسالة، ط5 لسنة 1404هـ-1984م، ص274 وما بعدها.

وانظر الإمام محمد أبو زهرة، العقوبة، دار الفكر العربي، ص209 وما بعدها.

المطلب الأول انتفاء المسؤولية بانتفاء الإثم

427- تمهيد وتقسيم

هذا المطلب مادته تنقسم منطقيا إلى قسمين قسم يعنى بتعريف الإثم لغة، وآخر يعنى بتعريفه اصطلاحا، ولذا أتناوله في فرعين.

428- الفرع الأول: تعريف الإثم لغة

فالإثم la culpabilité مصدر أثم، وهو الذنب، جمع آثام وقع في الإثم عمل ما لا يحل، وهذا الذنب الموجب للعقاب الأخروي¹.

أو الإثم الذنب، وقد أثم بالكسر إثما ومأثما، وأثمه بالمد أوقعه في الإثم. وتأثم: تخرج عن الإثم، وعن عمل ما لا يحل له².

والمأثم: الأمر الذي تأثم به الإنسان، أو هو الإثم نفسه.

والإثم بالكسر: الذنب والخمر والقمار وأن يعمل ما لا يحل³، هكذا.

وأثم كعلم إثما ومأثما، فهو أثم وأثيم وآثام وأنوم⁴.

وتأتي الكلمة بمعنى أبطأ: أثمت الناقة المشي: أبطأت.

يقال ناقة آثمة، ونوق آثمت أي مبطنات⁵.

429- الفرع الثاني: تعريف الإثم اصطلاحا

وفي الاصطلاح: الإثم والآثم: اسم للأفعال المبذولة للثواب⁶، وجمعه آثام les culpabilités.

هذا هو الأساس الذي يستند إليه الفقهاء سواء الشرعيين أو الوضعيين في إسقاط العقاب⁷ والضمنان.

- غير أن لي رأي في المسألة أقول فيه بكون الاستصحاب يمكن أن يكون أساسا لانتفاء المسؤولية الجزائية، وأحيانا حتى المدنية (العقاب والضمنان) في حالة الجهل والغلط في الإباحة.

وأبين ذلك في المطلب الآتي:

¹ انظر أ.د. محمد رواس فلعجي ود. حامد صادق قنبيبي، معجم لغة الفقهاء، دار الفكر، ط1، سنة 1405هـ-1985م، ص42.

² انظر د. محمد إبراهيم محمد، مسقطات العقوبة الحدية، دراسة فقهية مقارنة، دار الأصالة، ط1، سنة 1409هـ-1989م، ص27.

³ انظر الفيروز أبادي مجد الدين محمد بن يعقوب المتوفى سنة 817هـ، القاموس المحيط، دار الفكر العربي، بيروت، طبعة سنة 1398هـ-1978م، ص72 و73.

⁴ انظر الفيومي المغربي أحمد بن محمد بن علي المتوفى سنة 77هـ، المصباح المنير، ج1، طبعة الحلبي، لسنة 1950م، ص897.

⁵ انظر الأنصاري جمال الدين محمد بن مكرم المتوفى سنة 711هـ، لسان العرب، طبعة الدار المصرية للتأليف والترجمة، بدون سنة نشر، ص270 و272.

⁶ انظر الراغب الأصفهاني أبي القاسم الحسين بن محمد المتوفى سنة 502هـ، المفردات في غريب القرآن، طبعة الحلبي، لسنة 1970م، ص8.

⁷ للاستزادة والوقوف على التفاصيل المتعلقة بالإثم، يرجع إلى الدكتور أحمد مجحودة، أزمة الوضوح في الإثم الجنائي في القانون الجزائري والقانون المقارن la crise de clarté dans la culpabilité en droit algérien et en droit comparé.

المطلب الثاني الاستصحاب أساساً لانتفاء المسؤولية

430- تمهيد وتقسيم

أرى من خلال مقولة رأيي صواب يحتمل الخطأ للإمام الجليل الشافعي رحمه الله (المتوفى سنة 210هـ) أن انتفاء المسؤولية رغم الجهل بالإباحة أو الغلط فيها يمكن أن نجد أساسه في الفكرة المعروفة لدى أصوليي الفقه الإسلامي- كدليل من أدلة الأحكام- بالاستصحاب.

ولتوضيح ذلك أتعرض لتعريف الاستصحاب في فرعين:
الفرع الأول: تعريفه لغة.

والفرع الثاني: تعريفه اصطلاحاً.

في ثم في فرع ثالث أبين مسلّكي للقول بكون الاستصحاب يمكن أن يتخذ أساساً لانتفاء المسؤولية رغم الجهل بالإباحة أو الغلط فيها وكل أملي أن يجد رأيي هذا من محصنه ويزنه من الباحثين، والكل ساع وراء الصواب.

431- الفرع الأول: تعريف الاستصحاب لغة:

فالاستصحاب لغة هو من الصحبة والمصاحبة، فنقول: استصحبته هذا فهو معي وأنا معه¹، الصحبة بالضم: الرفقة، فمرافقي مصاحب لي².

432- الفرع الثاني: تعريف الاستصحاب اصطلاحاً:

وفي الاصطلاح: هو الالتزام بآثار معلوم الحدوث وأحكامه بعد عروض الشك في بقاءه واستمراره، فقد يكون المستصحب موجوداً كالعلم بحياة فلان الغائب ثم نشك في بقاءه حياً فنستصحب الحياة، ونتعامل بشأنه على هذا الأساس. وقد يكون المستصحب عدماً، كالعلم بأن فلان غير متزوج، ثم نشك في زواجه فنستصحب حالته الأولى ولا نعتبره متزوجاً، ومن ثمة لا نهنئه بزواجه³.

- وعرفه الزنجاني⁴ بقوله: الاستدلال بعدم الدليل على نفي الحكم أو بقاء ما هو ثابت بالدليل.

- وعرفه الأسنوي⁵ بقوله: هو عبارة عن الحكم بثبوت أمر في الزمان الثاني بناء على ثبوته في الزمان الأول.

- والتعريفين الأخيرين أخذنا عن الدكتور مصطفى سعيد الخن⁶.

433- الفرع الثالث: مسلّكي:

ومسلّكي للوصول إلى القول بكون الاستصحاب أساساً لانتفاء المسؤولية:

¹ انظر الشيخ محمد جواد مغنية، علم أصول الفقه في ثوبه الجديد، دار العلم للملايين، ط2، سنة 1980م، ص347.
وانظر المستشار محمد وجدي عبد الصمد رئيس محكمة النقض، الاعتذار بالجهل بالقانون، عالم الكتب، ط2 لسنة 1987، ص176 و177.

² انظر أ.د. محمد رواس قلججي ود. حامد صادق قنبيبي، مرجع سابق، ص271.

³ انظر الشيخ محمد جواد مغنية، علم أصول الفقه في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص347.

⁴ الزنجاني محمد بن أحمد المتوفى سنة 656هـ.

⁵ الأسنوي عبد الرحيم المتوفى سنة 772هـ.

⁶ انظر الدكتور مصطفى سعيد الخن، أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء، مؤسسة الرسالة، ط3، لسنة 1402هـ-1982م، ص542.

أن الجهل والغلط يثيران التردد في أمر بقاء أو انتفاء المسؤولية رغم هذا الجهل أو الغلط في الإباحة.

وطالما أن من تحققت له الإباحة فلا مسؤولية عليه (سواء المتعلقة بالعقوبة، أو المتعلقة بالضمان مع تفاصيل ستأتي لاحقاً-) فإن من جهلها أو غلط فيها يتعين أن يستصحب بشأنهما حال تحققها.

إذ الجهل أو الغلط يثيران الشك في بقاء المسؤولية أو زوالها، واليقين أن من تحققت في شأنه الإباحة غير مسؤول، وعليه فلا يزول يقين من تقرر له الإباحة وأنه غير مسؤول بالشك. والمحصلة فإن حال علمه بكون عمله مباح وأقدم عليه يستصحب في حال جهله أو غلظه في كون ما أقدم عليه من العمل يجهل إباحته أو غلط فيها، فيباح في حال جهله أو غلظه كما هو مباح في حال علمه.

فيتعين بشأنهما (الجاهل والغالط) استصحاب الحال الأصلي (انتفاء المسؤولية) فيكونان غير مسؤولين.

والقاعدة أن الشك لا يزيل اليقين، وبعبارة أخرى اليقين لا يزول إلا باليقين، ولا يقين أنهما مسؤولان.

- ومن هنا أنتقل إلى المبحث الثاني الذي عنوانته بالنطاق الذي يشمل انتفاء العقاب شبه المتفق عليه.

وكان وصفي له بشبه المتفق عليه للاختلاف اليسير بين فقهاء الشريعة في بعض تفاصيله. أما أن يتفقوا اتفاقاً شبيهاً بالإجماع في مسائل هذا الباب فلم أعتز على اتفاق مطلق بين الأربعة ومن على مذاهبهم، وعليه تناولت المسألة بالعنوان المذكور الآتي:

المبحث الثاني

النطاق الذي يشمل انتفاء العقاب شبه المتفق عليه

434- تمهيد وتقسيم

في حالة الإباحة تنتفي مسؤولية من تقرر له الإباحة فلا عقاب عليه. ويمتد نطاق هذه الإباحة إلى كل العقوبات على كل ما يأخذ صورة الجريمة من الأفعال في الشريعة الإسلامية لا فرق بين جليلها وحقيرها، فبمفهوم القوانين الوضعية الجنائية والمخالفة على السواء. وكذلك إذا كان الفاعل يجهل أن الإباحة تقرر له عن الأفعال التي ارتكبها أو غلط معتبراً إياها غير مباحة وهي مباحة في الواقع، وذلك لأن أحكام الإباحة موضوعية.

ويمتد نطاق هذه الإباحة ليشمل كلا من القصاص والدية -عند القائلين بأنها عقوبة¹- والتعزير. وعليه رأيت أن أقسم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب على النحو الآتي:

المطلب الأول: شمول الإباحة للقصاص.

المطلب الثاني: شمول الإباحة للدية.

المطلب الثالث: شمول الإباحة للتعزير.

¹ انظر الدكتور عوض أحمد إدريس، الدية بين العقوبة والتعويض في الفقه الإسلامي المقارن، دار مكتبة الهلا، بيروت، ط1، سنة 1986م، ص548.

المطلب الأول شمول الإباحة للقصاص

435- لبحث هذا المطلب يتعين تعريف القصاص، وتعريفه يكون من حيث اللغة ومن حيث الاصطلاح.

وهو لغة: بمعنى الجزاء بالمثل.

واصطلاحاً: المماثلة بين الجنائية والعقوبة¹.

ومعناه اللغوي يتلاقى مع معناه الاصطلاحي²، ومن معانيه في اللغة التتبع، ومنه قص أثره: تتبعه، ومنه قصص السابقين بمعنى أخبارهم.

وبينه وبين المعنى الشرعي تناسب، إذ القصاص يتتبع فيه الجاني حتى لا يترك من غير عقاب برده، ويتتبع فيه المجني عليه باستيفاء حقه ممن جنى عليه.

وهو العقوبة الأصلية الأولى للقتل العمد³.

فإذا تقرر الإباحة سواء علم بها من تقرر لصالحه أو لم يعلم وسواء غلط باعتبارها غير مقررة لصالحه وهي مقررة فإن القصاص لا يطبق ضد من تقرر الإباحة لفعله المؤدي سواء إلى القتل أو الجرح.

المطلب الثاني شمول الإباحة للدية

436- تمهيد وتقسيم

لبحث هذا المطلب يتعين تعريف الدية، دية القتل ودية الجراح أو ما يعرف بالأرث، وهل الدية عقوبة أم تعويض (ضمان) وعليه أفرع هذا المطلب إلى 3 فروع:

الفرع الأول: في الدية.

الفرع الثاني: في الأرث.

الفرع الثالث: هل الدية عقوبة أم تعويض (ضمان).

437- الفرع الأول: تعريف الدية لغة واصطلاحاً:

فالدية لغة: أصلها ودية، وحصل فيها التغيير «...لا يودى».

واصطلاحاً: هي المال، والأصل فيه المائة من الإبل الواجب دفعها في إتلاف نفس الأدمي⁴.

وتطلق على ما يدفع عن تلف النفس، وكذا ما يدفع عن تلف العضو، وتسمى في هذه الحالة الأرث.

¹ انظر الأستاذ الدكتور محمد رواس قلنجي والدكتور. حامد صادق قنيبي، معجم لغة الفقهاء، مرجع سابق، ص364.

² انظر الشيخ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، مرجع سابق، ص114.

وانظر الإمام أبوزهرة، العقوبة، مرجع سابق، ص335.

³ انظر الشيخ عبد القادر عودة، نفس الصفحة من المرجع نفسه.

وانظر الإمام أبو زهرة، نفس الصفحة من نفس المرجع.

⁴ انظر الأستاذ الدكتور رواس قلنجي و الدكتور حامد صادق قنيبي، معجم لغة الفقهاء، مرجع سابق، ص212.

438- الفرع الثاني: الأرش:

بالهمزة المفتوحة وسكون الراء جمع أروش، أرش الجراحات وأرش الكسور¹. وهي ما يجب من المال على الجراحات والكسور الملحفة بالآدمي. وبعضها مقدر وبعضها يقدر بحكومة (خبرة في المفهوم الحديث).

439- الفرع الثالث: الدية بين العقوبة والضمان (التعويض):

ذهب المحققون من العلماء إلى أن الدية عقوبة وليست ضمانا إذ لا يتوقف الحكم بها على طلب الأفراد لا المجني عليه، ولا ولي الدم. وفي هذا يقول الدكتور أحمد موسى: «تجب الدية في القتل الخطأ كعقوبة أصلية لأنها ليست بدلا عن عقوبة أخرى»².

المطلب الثالث شمول الإباحة للتعزير

440- تمهيد وتقسيم

لبحث هذا المطلب يتعين تعريف التعزير لغة واصطلاحا، وفي إطار تعريفه اصطلاحا يتعين استعراض تعاريف الفقهاء. ثم التعريف الجامع المانع، وتبيين موقفه منه. وأتناول ذلك في الفروع:
الفرع الأول: تعريف التعزير لغة.
الفرع الثاني: تعريفه اصطلاحا.
الفرع الثالث: التعريف الجامع المانع.
الفرع الرابع: موقفه من هذا التعريف.

441- الفرع الأول: تعريف التعزير لغة

التعزير لغة: مصدر عزز بالفتحات، مخففا، يعززه عزرا أو تعزيرا³.
- وهو من أسماء الأضداد⁴، فالتعزير يراد به النصرة، والتعظيم ومنه قوله تعالى: «...وأمنتكم برسلي وعزرتموهم...»⁵، وقوله سبحانه وتعالى: «...وتعزروه وتوقروه...»⁶.
وأصله مأخوذ من العزر وهو الرد والمنع⁷.

¹ انظر الأستاذ الدكتور رواس قلجعي و الدكتور حامد صادق قنبيبي، معجم لغة الفقهاء، مرجع سابق، ص54.

² انظر الدكتور أبو الحمد أحمد موسى وآخرين، الجرائم والعقوبات في الشريعة الإسلامية، بدون مكان نشر، ط1، بدون سنة نشر، ص163.

وانظر للاستزادة: الدكتور عوض أحمد إدريس، الدية بين العقوبة والتعويض في الفقه الإسلامي، دار مكتبة الهلال، بيروت، لبنان، بدون سنة نشر.

³ انظر الزبيدي محمد مرتضى المتوفى سنة 1205هـ، القاموس، ج2، بدون مكان نشر، ط1، لسنة 1306هـ، ص91.

⁴ انظر أحمد رضا، معجم متن اللغة، ج4، مكتبة الحياة، بيروت، سنة 1377هـ، ص92.

⁵ من الآية رقم 12 من سورة المائدة (05).

⁶ من الآية رقم 9 من سورة الفتح (48).

⁷ انظر ابن كثير أبو الفداء إسماعيل بن عمر القرشي المتوفى سنة 774هـ، البداية والنهاية، ج3، طبعة القاهرة، لسنة 1358هـ، ص228.

ويرى الراغب الأصفهاني أن التعزير بمعنى «التأديب» يؤول لمعنى «النصرة والتعظيم»¹.

442- الفرع الثاني: تعريف التعزير اصطلاحاً:

لتعريف التعزير اصطلاحاً أقوال وتعاريف للفقهاء في المذاهب الأربعة، أخصها في الآتي:

أولاً: في المذهب الحنفي: نجد التعريف بقولهم «التعزير: التأديب دون الحد»².
ثانياً: في المذهب الشافعي:

1- نجد التعريف الذي نقله النووي عن الماوردي³ والقائل: «التعزير: هو التأديب على ذنوب لم تشرع فيها الحدود»⁴.

2- كما عرفه الرملي⁵ بقوله: «هو التأديب في كل معصية لله أو لآدمي لا حد لها ولا كفارة».

ثالثاً: في المذهب الحنبلي: نجد تعريفه من طرف البيهوتي وابن قدامة وابن تيمية.

1- فالبيهوتي عرفه بقوله: «التعزير هو التأديب»⁶.

2- وابن قدامة عرفه بقوله: «التعزير: هو العقوبة المشروعة على جناية لا حد فيها»⁷.

3- وابن تيمية عرفه بقوله: «هو التأديب في كل معصية لا كفارة فيها ولا حد»⁸.

رابعاً: في المذهب المالكي: نجد أن المالكية نصوا على أن التعزير لا يكون إلا في معصية لا حد فيها⁹.

443- الفرع الثالث: التعريف الجامع المانع¹⁰

يرى الدكتور بكر بن عبد الله أبو زيد أن التعريفات السابقة كلها مقصورة وقاصرة على أن تتصف بكونها جامعة مانعة. ويرى أن التعريف الجامع المانع هو الذي يتعين أن يشتمل على ما تشتمل عليه التعريفات في فصلها الأول من كلمة «التأديب» وأن تشتمل على ما

¹ انظر الراغب الأصفهاني الحسين بن محمد المتوفى سنة 502 هـ، المفردات في غريب القرآن، مرجع سابق، ص 333.

² انظر ابن الهمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد المتوفى سنة 861 هـ، شرح فتح القدير للعاجز الفقير، ج 5، مصر، ط 1، لسنة 1451 هـ، ص 112.

³ = انظر الجرجاني السيد الشريف علي بن محمد بن علي أبو نعيم المتوفى سنة 792 هـ، التعريفات، مرجع سابق، ص 55.

⁴ أنظر الماوردي أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري المتوفى سنة 450 هـ.

⁵ أنظر النووي محي الدين بن يحيى بن شرف أبو زكرياء المتوفى سنة 676 هـ، مقصد التيه شرح خطبة التنبيه، بدون مكان نشر، بدون سنة نشر، ص 143.

⁶ أنظر الرملي محمد بن أحمد المتوفى سنة 1004 هـ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج 8، مطبعة الحلبي، سنة 1358 هـ، ص 16 و 17.

⁷ أنظر البيهوتي ويرد باسم البيهوتي منصور بن يونس، كشف القناع عن متن الإقناع، ج 6، مكتبة الرياض الحديثة، مصر، ط 2، بدون سنة نشر، ص 121.

⁸ أنظر ابن قدامة عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة بن نصر بن عبد الله المقدسي المتوفى سنة 620 هـ، المغني مع الشرح الكبير على المقنع، ج 10، مطبعة المنار بمصر، ط 1 سنة 1348 هـ، بهامش المغني، ص 347.

⁹ أنظر ابن تيمية أحمد بن عبد الحليم المتوفى سنة 728 هـ، مجموع الفتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، جمع وترتيب عبد الرحمن بن قاسم، مطابع الحكومة، مكة المكرمة، ط 1، سنة 1383 هـ.

¹⁰ أنظر بكر بن عبد الله أبو زيد، الحدود والتعزيرات، مرجع سابق، ص 461.

¹¹ أنظر الدكتور بكر بن عبد الله أبو زيد، الحدود والتعزيرات، مرجع سابق، ص 161 و 162.

شملت عليه التعريفات في فصلها الثاني من قول المعرفين: «في كل معصية لا حد فيها ولا كفارة».

- ويجعل التعريف الجامع المانع قوله: «التعزير هو التأديب في كل معصية لا حد فيها ولا كفارة» مستبعدا قولهم: «فيما دون الحد» باعتبار أن ذلك شرطا لا ركنا. واستند في صوغ تعريفه إلى مباحث الإمام ابن تيمية. وفيما يلي أقدم رأبي في التعريف.

444- الفرع الرابع: موقفي من هذا التعريف

حقيقة أن هذا التعريف استبعد كل ما يمكن أن يقال عنه أنه حشو يخل بصورة التعريف الذي يتعين أن يكون مختصرا وجامعا مانعا في نفس الوقت. فاستبعد ما هو شرط لا ركن كما استبعد بعض الشروح كقولهم: «الله أو لآدمي» الذي جاء في تعريف الرملي، فهذا شرح للمعصية لا ركن في التعريف ولا حتى شرط فيه. وأتبنى تعريفه هذا للسبب الذي جاء به صاحبه أنه جمع ما بين ما جاء في الفصل الأول من باقي التعريفات، وما جاء في فصلها الثاني، ولعدم الحشو فيه كما بين وكما أضفت.

المبحث الثالث

ما هو خارج عن نطاق انتفاء المسؤولية الجزائية

445- تمهيد وتقسيم

من العقوبات ما لا يسقط، وهذا النوع لا تبرره أحكام الإباحة، وهي عقوبة الكفارة. ولبحث المسألة يتعين تقسيم المبحث إلى مطلبين على النحو الآتي:
المطلب الأول: تعريف الكفارة لغة واصطلاحا وتحديد ماهيتها.
المطلب الثاني: الأساس التشريعي للكفارة، وخلاف الفقهاء بشأنها.

المطلب الأول

تعريف الكفارة

446- تمهيد وتقسيم

في هذا المطلب تعريف الكفارة لغة وشرعا وتحديد ماهيتها في ضوء العقوبة أهي عقوبة محضة؟ أم عبادة محضة؟ أم تدور بين العقوبة والعبادة. ولذا أفرع هذا المطلب إلى فروع ثلاث على هذا النحو:
الفرع الأول: تعريف الكفارة لغة.
الفرع الثاني: تعريفها اصطلاحا.
الفرع الثالث: ماهيتها.

447- الفرع الأول: تعريف الكفارة لغة:

هي ما يكفر أو يغطي، وهي بتشديد الفاء. وجاء من الكفر بالضم ثم السكون من مصدر كفر: وهو الستر، ويقابله الشكر أي يقابل الكفر. والكفر في الدين ضد الإيمان.

448- الفرع الثاني: تعريفها اصطلاحاً:

ويعرف الفقهاء الكفارة بأنها: تصرف أوجبه الشرع لمحو ذنب معين كالإعتاق والصيام والإطعام¹.

449- الفرع الثالث: ماهية الكفارة:

هي حكم يدور بين العباداة والعقوبة، وهي من حيث هي عقوبة فهي عتق الرقبة المؤمنة أو الصيام.

وتقديرها فيما يعنينا في بحثنا شهران متتابعان، وهي التي تكون في القتل الخطأ وشبه العمد، وعلى خلاف في القتل العمد كما سيأتي، أو عتق رقبة مؤمنة، فهي الأصل وبدلها الصيام، وهي عقوبة أصلية.

وبعد تبين تعريف الكفارة، وتحديد ماهيتها ننقل إلى تبين أساسها التشريعي، أو دليل مشروعيتها، ونتبع خلاف الفقهاء بشأنها في المطلب التالي:

المطلب الثاني

الأساس التشريعي للكفارة، وخلاف الفقهاء بشأنها

450- تمهيد وتقسيم

أقسم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: الأساس التشريعي للكفارة.

الفرع الثاني: خلاف الفقهاء بشأنها.

451- الفرع الأول: الأساس التشريعي للكفارة

دليل مشروعية الكفارة عن القتل واضح في الآية الكريمة، قوله سبحانه وتعالى في الآية 92 من سورة النساء، وهي: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَّةٌ مُسْلِمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُمْ مِنْكُمْ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَّةٌ مُسْلِمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِنَ اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾ فالآية الكريمة واضحة بتفاصيلها في أحكام كفارة القتل الخطأ ويلحق به الفقهاء القتل شبه العمد، وبعضهم يلحق حتى القتل العمد، وواضح بديل الحكم بعتق الرقبة إن لم يمكن ذلك أنه صيام الشهرين المتتابعين.

452- الفرع الثاني: خلاف الفقهاء بشأن الكفارة

اختلف الفقهاء بشأن مسائل تتعلق بالكفارة كما سأوضح في النقاط الآتية:

453- أولاً: فالإمام مالك (المتوفى سنة 179هـ): لا يوجب الكفارة في القتل العمد، والقتل في مذهبه ليس إلا عمداً أو خطأً.

ولا يعرف مذهب المالكية القتل شبه العمد.

¹ أنظر أ.د. محمد رواس قلججي والدكتور حامد صادق قنبيبي، معجم لغة الفقهاء، مرجع سابق، ص 382 و 383. وانظر الشيخ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، ج 2، مرجع سابق، ص 172.

ويرى الإمام أن الكفارة يندب إليه في القتل العمد متى سقط القصاص بسبب من الأسباب¹.
454- ثانياً: الإمام أبو حنيفة (المتوفى سنة 150هـ) وأصحابه ينكرون أن تكون الكفارة في القتل العمد مطلقاً لكون القتل العمد كبيرة من الكبائر، والكفارة لم ينص عليها في القتل العمد ولا يجوز القياس فيها على القتل الخطأ².

455- ثالثاً: والإمام الشافعي (المتوفى سنة 204هـ) يرى وجوبها في القتل العمد وتغليظها فيه أولى كما تجب في القتل شبه العمد، وفي القتل الخطأ³.
مستنداً إلى رواية لوائلة بن الأسقع إذ قال: «أتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم بصاحب لنا قد أوجب بالقتل فقال: «اعتقوا عنه رقبة يعتق الله تعالى بكل عضو فيها عضواً منه من النار»⁴.

456- رابعاً: المشهور في مذهب الإمام أحمد بن حنبل (المتوفى سنة 241هـ) بأن لا كفارة في العمد إذ الله سبحانه وتعالى جعل الجزاء فيها القصاص وجهنم خالداً فيها، ويفهم من هذا أن لا كفارة.

ويستند إلى حديث أن سويد بن الصامت قتل رجلاً في عهد النبي صلى الله عليه وسلم فأوجب عليه القتل ولم يوجب الكفارة⁵. وحديث أن عمر بن أمية الضمري قتل رجلين في عهد النبي صلى الله عليه وسلم فوداهما ولم يوجب كفارة.
هذا وبعد الفراغ من انتفاء العقاب رغم الجهل بالإباحة أو الغلط فيها نتناول مسألة تابعة لذلك، وهي مسألة انتفاء وعدم انتفاء الضمان رغم الجهل بالإباحة والغلط فيها في المبحث الآتي:

المبحث الرابع حالات انتفاء الضمان

457- تمهيد وتقسيم

لبحث هذا الموضوع حالات انتفاء أو سقوط الضمان يتعين تحديد تعريف الضمان لغة واصطلاحاً، وتحديد مفهومه عن طريق تحديد أحكامه الأساسية.

وتحديد ضمان الجنائية، وهو المراد في هذا البحث، ثم تحديد النطاق المشمول بسقوط الضمان، ثم تحديد ما لا يشمل سقوط الضمان. وذلك في أربع مطالب هي:

المطلب الأول: تعريف الضمان.

المطلب الثاني: مصدر الضمان وأساسه.

المطلب الثالث: ضمان الجنائية.

المطلب الرابع: سقوط الضمان.

¹أنظر الخطاب محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المتوفى سنة 954هـ، مواهب الجليل على مختصر خليل، ج6، مرجع سابق، ص278.

²أنظر ابن نجم الحنفي المتوفى سنة، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، مرجع سابق، ج8، ص291.

³أنظر الشيخ أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي المتوفى سنة 476هـ، المذهب في فقه الإمام الشافعي، ج2، طبعة دار الفكر، بدون سنة نشر، ص334.

⁴رواه أحمد وأبو داود والنسائي وابن حبان والحاكم ليس فيه النار بل استوجب فقط.

⁵أنظر ابن حجر العسقلاني، الدراية في تخريج أحاديث الهداية، ج2، تحقيق عبد الله هاشم اليماني المدني، دار المعارف، بيروت، بدون سنة نشر، ص262 و263.

المطلب الأول تعريف الضمان

458- تمهيد وتقسيم

لبحث هذه المسألة يتعين تفريع المطلب إلى فرعين اثنين، فرع أتناول فيه التعريف اللغوي للضمان أخذاً من قواميس اللغة، ومن كتب الفقهاء، خاصة معاجم لغة الفقهاء. وفرع أتناول فيه تعريفه من حيث هو المصطلح الذي نبحت في أحكامه في هذا المبحث، وأبين فيه أحسن التعاريف التي توصلت إليها من بحثي.

459- الفرع الأول: تعريف الضمان لغة

الضمان: بفتح الضاد مصدر ضمن¹. تقول العرب: ضمننت المال، وضمننت بالمال ضماناً فأنا ضامن، وضمننته التزمته، ويتعدى إلى مفعول ثاني بالتضعيف، فيقال: ضمننته المال: ألزمته به². ويقال أيضاً: ضمن الشيء، أي جزم بصلاحيته وخلوه مما يعيبه. والضامن الكفيل والملتزم والغارم، والجمع ضمان وضمنه. والضمان الكفالة والالتزام³. ومنه الضمان الاجتماعي: المعروف بقيام جهة عامة كالدولة أو مؤسسة عامة بمعونة المحتاجين⁴.

460- الفرع الثاني: تعريفه اصطلاحاً

تصدى الفقهاء لتعريف الضمان، واستعملوا كلمتي الضمان والكفالة باعتبارهما مترادفتين يراد بهما عموم ضمان الأموال، وضمان الأنفس. ومن الضمان -وهو ما يلزمنا في بحثنا هذا- ضمان الديات وأروش الجراح، وضمان المعتدى ما أتلّف من أموال أو عيبيها⁵.

461- وقبل التصدي للتعريفات يتعين تبيان ما عبر عنه الفقهاء بكلمة الضمان. إذ يستعملها كل من فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة في كتبهم بمعنى الكفالة، استقاء من ضمنّ بتشديد الميم- الشيء تضمّناً أي غرّمه إياه فالتزمه. - فالمالكية يقولون: الضمان: شغل ذمة أخرى بالحق⁶. - والشافعية يقولون: الضمان لغة الالتزام⁷. - والحنابلة يقولون الضمان ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون¹.

¹ أنظر الأستاذ الدكتور محمد رواس قلججي، معجم لغة الفقهاء، مرجع سابق، ص285.

² أنظر المقرئ الفيومي أحمد بن محمد بن علي المتوفى سنة770هـ، المصباح المنير، ط الحلبي، لسنة1950م، ص115.

³ أنظر الأستاذ علي الحفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص4.

⁴ أنظر الأستاذ الدكتور محمد رواس قلججي، نفس الصفحة من نفس المرجع.

⁵ أنظر الأستاذ علي الحفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص695.

⁶ أنظر الشيخ الدردير، الشرح الكبير، ج3، مرجع سابق، ص329.

⁷ أنظر الشيخ الشرييني محمد الخطيب المتوفى سنة977هـ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج2، طبعة مصطفى البابي الحلبي، لسنة1377هـ-1958م، ص198.

462- تعاريف الفقهاء للضمان:

يعرض الفقهاء لتعريف الضمان، فمنهم من ينصرف تعريفه بوضوح أكثر إلى الموضوع الذي نحن بصدد بحثه وهو ضمان ما أُلِف من نفس أو مال. وما وصلت إليه من هذه التعاريف هو:

463- أولاً: تعريف الأستاذ مصطفى الزرقاء القائل: «الضمان التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير»².

464- ثانياً: عرفته مجلة الأحكام العدلية³ بالقول: «الضمان هو إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات، وقيمته إن كان من القيميات» المادة 416.

465- ثالثاً: ذكر الحموي⁴ «أن الضمان كما عرف- عبارة عن رد مثل الهالك أو قيمته».

466- رابعاً: عرفه الشوكاني⁵ بقوله: «الضمان عبارة عن غرامة التالف».

467- خامساً: عرفه الدكتور وهبة الزحيلي، بقوله: «الضمان هو الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال، أو ضياع المنافع، أو الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية»⁶.

هذه التعاريف جلها فيه إطناب لا مبرر له، خاصة تعريف الدكتور الزحيلي مع احترامي لعلمه وشخصه.

468- وأرى أن تعريف الإمام الشوكاني: «الضمان عبارة عن غرامة التالف» هو التعريف الذي يصدق عليه القول: أنه جامع مانع، وهو شامل في عباراته النظرية العامة للضمان سواء في جانبها الجزائي (الجرم) أو جانبها المدني (الضمان) أو التعويض. غير أن كل التعاريف المذكورة تسهم ولاشك في تحديد ماهية الضمان، وهذا ما سأتناوله في المطلب الآتي:

¹ أنظر المقدسي أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المتوفى سنة 620هـ: المغني، ج4، ط3، دار المنار، بدون سنة نشر، ص534.

² انظر الدكتور مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، بدون سنة نشر، فقرة 6480، ص1017.

³ انظر علي حيدر الرئيس الأول لمحكمة التمييز ووزير في عهد الدولة العثمانية وأمين الفتوى ومدرس مجلة الأحكام العدلية بمدرسة الحقوق بالأستانة، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، بدون مكان نشر، بدون سنة نشر، المادة 416.

⁴ انظر العلامة الحموي أحمد بن محمد الحنفي المتوفى سنة 109هـ، غمز عيون البصائر (شرح الأشباه والنظائر)، ج2، بدون مكان نشر، بدون سنة نشر، ص150.

⁵ انظر الشوكاني محمد بن علي بن محمد المتوفى سنة 1250هـ، نيل الأوطار (شرح منتقى الأخبار)، ج5، الطبعة العثمانية المصرية، بدون سنة نشر، ص299.

⁶ انظر الدكتور وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، دار الفكر، ط1، لسنة 1389هـ-1970م، ص16.

المطلب الثاني مصدر الضمان وأساسه

469- تمهيد وتقسيم

أتناول في هذا المطلب أدلة مشروعية الضمان من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، والأساس الذي يقوم عليه في نظر فقه الشريعة الغراء، مفرعا المطلب إلى فرعين على هذا النحو:
الفرع الأول: أدلة مشروعية الضمان.
الفرع الثاني: أساسه.

470- الفرع الأول: أدلة مشروعية الضمان.

أتناول هنا من أدلة الضمان الشرعية ما يتعلق منها بالدلالة على ردع العدوان على الأنفس والأموال، وغيرها من المصالح المشروعة، وجبر ما أتلّف منها أو كان محل اعتداء معنوي، وفقهاء الشريعة الغراء يستنتجون أدلة مشروعية الضمان من آيات قرآنية ومن أحاديث نبوية. أذكر بعضا منها فيما يأتي:

471- أولا- من القرآن العظيم:

- قوله سبحانه وتعالى: «فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم»¹.
- وقوله: «وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به»².
- وقوله: «وجزاء سيئة سيئة مثلها»³.

مثل هذه الآيات يستدل بها في موضوع دفع الصائل (الدفاع الشرعي) وتدل على إباحة ما يلحق بالصائل من ضرر يحدثه به المدافع، ولا يترتب عنه للصائل أي حق، سواء في أن يعاقب المدافع، أو يعرض الصائل عما لحقه من ضرر، ما لم يتجاوز المدافع في دفعه بسوء نية⁴.

472- ثانيا- من السنة النبوية المطهرة:

- القاعدة المروية عن النبي صلى الله عليه وسلم التي قال فيها: «لا ضرر ولا ضرار»⁵ والتي فرع عنها الفقهاء قواعد منها: «الضرر يدفع بقدر الإمكان»⁶ و«الضرر يزال»⁷.

¹ الآية رقم 194 من سورة البقرة (2).

² الآية رقم 126 من سورة النحل (16).

³ الآية رقم 40 من سورة الشورى (42).

⁴ أنظر للاستزادة الدكتور محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، عالم الكتب، القاهرة، ط1، لسنة 1983م. وانظر الدكتور محمد نعيم فرحات، النظرية العامة لعذر تجاوز حدود حق الدفاع الشرعي، دار النهضة العربية، ط سنة 1981م.

= وانظر: فرحات بركاني الدفاع الشرعي (دفع الصائل) دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والنظم القانونية الوضعية، رسالة ماجستير قدمت أمام جامعة الأمير عبد القادر، سنة 1419هـ-1998م.

⁵ قال النووي في الأربعين حديث حسن رواه ابن ماجه والدارقطني وغيرهما مسندا ورواه مالك في الموطأ مرسلا عن عمر بن يحيى عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم وله طرق يغوي بعضها بعضا. وقال الشوكاني في نيل الأوطار (شرح منتقى الأخبار)، ج5، ص260: حديث مشهور رواه ابن ماجه والحاكم والبيهقي والطبراني وعبد الرزاق.

⁶ انظر مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، المادتين 31 و20.

⁷ انظر مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، المادتين 31 و20.

- وفيها قال الكاساني¹: «يجب الضمان في الغصب والإتلاف لأن كل ذلك اعتداء وإضرار».
- وما رواه أنس² إذ قال: «أهدت بعض أزواج النبي صلى الله عليه وسلم طعاما في قصعة فضربت عائشة القصعة بيدها، فألقت ما فيها، فقال النبي صلى الله عليه وسلم «طعام بطعام وإناء بإناء».
- وما رواه النعمان بن بشير³، إذ قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «من وقف دابة في سبيل من سبل المسلمين، أو في سوق من أسواقهم، فأوطأت بيد أو رجل فهو ضامن».
- وغيرها من الآثار، وما أوردنا كاف للتدليل على الضمان في الموضوع الذي نحن بصدد بحثه.

473- الفرع الثاني: أساس الضمان

يجد الضمان أساسه (سببه) في موضوع بحثنا في إلزام الشارع الحكيم سبحانه وتعالى بالضمان عن الإتلاف. والضمان عن الإتلاف هو ما يلزمنا بحثه فقط في موضوعنا هذا، أما غيره من الضمان⁴ كضمان العقد وضمان اليد فهذا خارج عن موضوع بحثنا. كما يجد أساسه بطبيعة الحال في جبر ضرر الإتلاف سواء إتلاف الأنفس وما دونه أو إتلاف الأموال والمنافع، وهذا ما سأتناوله بالبحث في المطلب الثالث الآتي:

المطلب الثالث ضمان الجناية

474- تمهيد وتقسيم

لحسن بحث هذا المطلب يتعين تفريعه إلى ثلاث فروع، هي:
الفرع الأول: تضمين الشارع الحكيم الديات والأروش، وما أتلّف.
الفرع الثاني: تضمين المباشر والمتسبب.
الفرع الثالث: تضمين ما أتلّفت البهائم.

475- الفرع الأول: تضمين الشارع الحكيم الديات والأروش، وما أتلّف

ففي الديات ورد قول الله سبحانه وتعالى في الآية رقم 92 من سورة النساء: «...ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله...».

وفي الجراح جاء قوله تعالى في الآية رقم 45 من سورة المائدة «وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص فمن تصدق به فهو كفارة له، ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون».

- فالآية الأولى جعلت ضمان النفس في حالة الجناية عليها خطأ بالدية.

¹ هو الكاساني علاء الدين بن أبي بكر بن مسعود المتوفى سنة 587هـ.

² هو أنس بن مالك النظر الخزرجي خادم النبي صلى الله عليه وسلم المتوفى سنة 91 أو 93هـ.

³ النعمان بن بغير بن سعد الخزرجي الأنصاري الكوفي الصحابي وابن الصحابييين والحديث رواه الدارقطني.

⁴ وهو ما يعرف بضمان الالتزام، غير أن ضمان اليد يتصل ببحثنا إذا تلّفت اليد بعذر يبيح إتلافها، وهذه المسألة هي الأخرى في نهاية الأمر تصح ضمان إتلاف.

- والآية الثانية تناولت ضمان الأعضاء البشرية في حال الجناية عليها بالقصاص. كما تضمن هذه الأعضاء بالأرث في حالة سقوط القصاص وحظت الآية الأخيرة على التصديق وينصرف الحظ إلى القصاص وإلى الأرث.

- وضمان ما أتلّف من الممتلكات يكفي فيه قول النبي صلى الله عليه وسلم السابق: «...طعام بطعام وإناء بإناء».

فالشارع الحكيم سبحانه وتعالى شرع الضمان حماية للأنفس والأبدان والأموال والمنافع. وقد يكون الإلتلاف من شخص أو أشخاص مباشرة، وقد يكون بالتسبب أي بالاشتراك مع الغير، وهذا ما أتناوله في الفرع الثاني الآتي:

476- الفرع الثاني: تضمين المباشر والمتسبب

الفاعل الأصلي ضامن إلا إذا طرأ ما يسقط ضمانه من إباحة. والمتسبب يأخذ حكمه في الغالب، سواء كان التسبب بالاشتراك في ارتكاب الفعل المجرم بفعله، وهذا لا خلاف في تضمينه.

- أما إذا كان اشتراكه بالتمالؤ، أو التعاقب على الفعل فإن في الأمر خلاف بشأن الشريك.

- وكذلك في حالة الأمر، ما لم يعدم إرادة المأمور.

- والأمر مختلف فيه كذلك في تضمين المحرض.

- وكذا ففي تضمين شاهد الزور الذي أدت شهادته إلى إعدام المشهود ضده.

- هذه الصور من التسبب مختلف في الاقتصاص من الشريك من عدمه.

غير أنه في كل الأحوال لا يفلت من العقوبة التعزيرية، التي هي الأخرى قد تصل إلى درجة القتل¹.

- وإن ندد البعض كابن القيم بالقتل تعزيراً².

ولا يعفى بطبيعة الحال- الجاني من التعويض للمضروع عن جرحه أو ذهاب ماله أو منفعتة، أو التعويض لأولياء دمه في حالة القتل.

- وكما يضمن الشارع الحكيم الإنسان عن فعله فاعلاً أصلياً أو شريكاً، ويعفيه في حالة الإباحة. يضمن عن حيوانه ويسقط ضمانه في حالة الإباحة كذلك، أي ضمان مالك البهيمة.

477- الفرع الثالث: تضمين ما أتلّفت البهائم

يمثل الفقهاء الأقدمون عادة عما أضرت به البهائم بضرب البهيمة بيد أو رجل، أو رفس جمل ونحو ذلك³.

¹ أنظر الشيخ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، ج2، مرجع سابق، ص39 وما بعدها.

وانظر الإمام محمد أبو زهرة، العقوبة، دار الفكر العربي، ص483.

² أنظر بكر بن عبد الله أبو زيد، الحدود والتعزيرات عند ابن القيم-دراسة مقارنة-، دار العاصمة للنشر والتوزيع، ط2، لسنة 1415هـ، ص488.

³ انظر الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، مرجع سابق، ص273.

وانظر البغدادي الصيرفي الشافعي أبوبكر محمد بن عبد الله المتوفى سنة330هـ، مجمع الضمانات، مرجع سابق، ص185 و191.

=وانظر ابن رشد الحفيد محمد بن أحمد المتوفى سنة595هـ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، دار الفكر، بدون سنة نشر، ص317 و408.

- وما يعيننا في موضعنا هو فعل البهيمة الذي قد يضمن وقد يسقط الضمان عن فعلها هذا بسبب الإباحة.
- وأبرز مثال على هذا هو فعل كلب الحراسة إذا ألحق تلفا ببدن سارق أو ماله من ثوب وأداة وغيرها.
- ففعل الكلب هذا لا يضمنه مالكة الذي خصه للحراسة، لكون فعل السارق جريمة استغرقت مسؤولية مالك الكلب، لكن إن كان فعل الكلب لغير الدفع بل للعدوان فمالكه ضامن لما أتلف.
- ومن باب أخرى يضمن مالك الكلب إن كان هو من حرصه أو أهمل في حراسته.
- وهذا ما يفضي بنا إلى المطلب الرابع الموالي:

المطلب الرابع سقوط الضمان

Déchéance de cautionnement

478- تمهيد وتقسيم

لبحث هذه المسألة لابد من تعريف سقوط الضمان لغة واصطلاحاً، ثم لابد من تتبع موقف الفقهاء في المذاهب الأربعة من هذه المسألة. وكمحصلة لما جاء في أقوال الفقهاء الأقدمين تبيان ما جاءت به مجلة الأحكام العدلية العثمانية، باعتبار أن مواد المجلة هي محاولة لتقنين الأحكام الواردة في كتب الفقه بطريقة تجعلها في المتناول للتطبيق.

وأفرع في سبيل ذلك هذا المطلب إلى فروع ثلاثة هي:

الفرع الأول: تعريف سقوط الضمان.

الفرع الثاني: موقف فقهاء المذاهب.

الفرع الثالث: ما جاء في مجلة الأحكام العدلية.

479- الفرع الأول: تعريف سقوط الضمان

أولاً: تعريف السقوط¹

- 1- تعريف السقوط لغة: فالسقوط لغة بالضم من مصدر سقط الوقوع من أعلى إلى أسفل.
- والسقط بتشديد السين وسكون القاف من سقط إذا وقع على الأرض، جمع أسقاط، ما سقط من الثمار قبل الإدراك، مفردها ساقط.
- والسقط بفتحيتين: الخطأ في الكتابة، ومنه السقط في النسخ.
- أما سقط المتاع: فهو ما حقر منه.
- 2- تعريفه اصطلاحاً: فهو معنى الزوال، ومنه القول: سقط الحد بالشبهة، أي امتناع إقامته بسبب الشبهة، وسقوط الدين بالإبراء. وهذا المعنى هو المراد في موضوعنا، ويراد منه بالذات سقوط الضمان.

¹ انظر أ.د. محمد روااس قلججي، معجم لغة الفقهاء، مرجع سابق، ص246.

480- ثانيا: تعريف الضمان

نجتزئ من تعريف الضمان اصطلاحاً ما هو لازم لموضوعنا.
فالضمان: بفتح الضاد مصدر ضمن، ومنه الكفالة، ورد مثل التالف إذا كان مثلياً، أو قيمته إن كان لا مثل له، وهذا ما يعيننا في موضوعنا.
- وللإفادة فإن من معاني الضمان: الضمان الاجتماعي: الذي هو قيام جهة عامة كالدولة أو المؤسسة من المؤسسات العمومية بمعونة من في حاجة للمعونة من تقديم مقابل ثمن الأدوية والعلاجات والتجهيزات الطبية.
- وضمان البائع تعويض المشتري عن فقدان الحقوق التي نقلها بالبيع إليه أو بعضها، وهو ما يسمى بضمان الدرك.
- وكذلك ضمان البائع التعرض: حماية للمشتري من المنازعة من طرف الغير فيما انتقل إليه من حقوق، أو حتى من البائع نفسه.
- والضمانة بفتح الضاد والنون، من ضمن، كل ما يضمن الحق.
- والضمني بكسر فسكون، نسبة إلى الضمن، وهو داخل الشيء. فالمعنى الضمني: ما يدل عليه اللفظ من المعنى بغير منطوقه¹.

481- الفرع الثاني: موقف فقهاء المذاهب من سقوط الضمان

نقرر ابتداءً أن قيام الضمان وانتقائه يتوقف إلى حد كبير على التفريق بين ما يسمى بالمباشر (الفاعل الأصلي) والمتسبب (الشريك).
فالفقهاء يفرقون بين ما إذا كان الضرر أو الإلتلاف الموجب للضمان صدر عن مباشر أم عن متسبب، ولهم في ذلك آراء ننتبها في الفقرات الآتية:
482- أولاً: اتفاق الفقهاء² على أن الضمان يسقط عن المتسبب (الشريك) متى اجتمع فعله مع فعل المباشر (الفاعل الأصلي) إذا كان السبب لا يعمل بانفراده في الإلتلاف، أما إذا كان الإلتلاف نتيجة لاجتماع المباشرة والتسبب فالضمان في هذه الحالة على المباشر والمتسبب معاً، كراكب وسائق الدابة فهما ضامنان معاً لما أتلفت.

¹ انظر أ.د محمد رواس قلعجي، معجم لغة الفقهاء، مرجع سابق، ص285.

² انظر الأستاذ علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص83.

وانظر ابن نجيم زين الدين بن ابراهيم، الأشباه والنظائر، ج1، دار الكتب العلمية، سنة 1400هـ-1980م، ص196 وما بعدها.

وانظر السيوطي جلال الدين عبد الرحمن المتوفى سنة 911هـ، الأشباه والنظائر، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة نشر، ص145.

وانظر الكاساني علاء الدين أبوبكر بن مسعود المتوفى سنة 587هـ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج7، طبعة الخانجي، بدون سنة نشر، ص285.

وانظر السرخسي شمس الدين محمد بن أحمد بن سهل المتوفى سنة 483هـ، ج26، دار السعادة، ط1، لسنة 1324هـ، ص185.

وانظر القرافي أبو عباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المتوفى سنة 684هـ، الفروق، وبهامشه تهذيب الفروق، والقواعد السننية في الأسرار الفقهية، ج4، طبعة عالم الكتب، بيروت، بدون سنة نشر، ص27.

وانظر ابن رجب عبد الرحمن المتوفى سنة 795هـ، القواعد في الفقه الإسلامي، مطبعة الصدق الخيرية، ط سنة 1352هـ، ص285.

وانظر السلمي أبو محمد عز الدين بن عبد العزيز بن عبد السلام المتوفى سنة 660هـ، قواعد الأحكام في مصالح الأنعام، ج2، دار الجيل، ط2، لسنة 1400هـ-1980م، ص133.

483- ثانيا: اتفاق المذاهب¹ على سقوط كل من العقوبة والدية (كضمان) على القاتل دفعا للصائل، إلا في حالة كون الصائل غير مسؤول عن أفعاله لصغر أو جنون فتسقط العقوبة عنهما، أما الضمان على وليهما يدفعه عنهما.

- ومتى سقطت الدية (كضمان) فإنه من باب أخرى وأولى أن تسقط أروش الجراح على من سقطت عنه فلا ضمان عليه عندئذ.

484- ثالثا: لا ضمان على المباشر إن كان غير مسؤول، ويضمن بدلا منه المتسبب وحده، والمدفوع كالألة في نظر الضمان.

485- رابعا: لا ضمان على الحاكم إن قضى بناء على شهادة زور ثم ظهر بإقرار شاهد الزور أو بغير ذلك أن شهادته شهادة زور بعد تنفيذ القتل في المشهود ضده.

486- خامسا: لا ضمان على المكره (بفتح الراء) إذا ألجأه الإكراه.

487- الفرع الثالث: ما جاء بشأن إسقاط الضمان في مجلة الأحكام العدلية²:

جاءت مجلة الأحكام العدلية العثمانية بمجموعة مواد تقنن سقوط الضمان في العقود وفي الجنايات.

وما يهنا هنا هو إسقاط الضمان في الجنايات (الجرائم) وفيما يلي مواد المجلة التي تسقطه.

488-1 - «والمستسبب لا يضمن إلا بالتعمد» المادة 93.

ويرى الدكتور الزحيلي أن يقال في نهاية هذه المادة: «إلا بالتعدي»³.

- وأرى معه ذلك لأن مناط ضمان المتسبب (الشريك) هو التعدي، أي القصد الإجرامي.

489-2 - «يضاف الفعل إلى الفاعل لا إلى الأمر ما لم يكن مجبرا» المادة 89.

المجبر هنا بكسر الباء اسم فاعل، وهذا ما نصت عليه أحكام الشريعة السمحة، لقوله تعالى: «كل نفس بما كسبت رهينة»⁴ ولكون الإرادة الآثمة هي إرادة المجبر بكسر الباء، فأرادته هي التي أكسبته الإثم وحملته الضمان.

490-3 - «الجواز الشرعي ينافي الضمان» المادة 91.

فمن فتح محلا تجاريا وتضرر من فتحه تاجر أو تاجر آخرين فلا ضمان عليه. وهذا الحكم جاء أيضا في المادتين 965 و1288 من المجلة.

491-4 - «الأجر والضمان لا يجتمعان» المادة 86.

فإن استأجر أحدهم دابة ليحمل عليها صوفا، وخالف فحمل عليها أثقالا من الحديد فهلكت، ضمن الدابة أو قيمتها وسقط حق مالكها في الأجرة.

وأرى في نهاية هذا الفصل أن أقرر حقيقة تظهر من خلال تحكيم المنطق، وذلك أن كل فعل مباح ممارسته إذا انجر عنها ضرر فلا ضمان فيه وينطبق ذلك على الدفاع الشرعي وإذن أو أمر القانون عن طريق ممثليه، ورضا المجني عليه.

¹ انظر ابن قدامة المقدسي (موفق الدين) عبد الله بن أحمد بن محمد المتوفى سنة 620هـ: المغني على مختصر الخرقي، ج8، دار المنار، ط1، لسنة 1348هـ، ص233 و234.

² انظر علي حيدر، در الحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، المواد المذكورة 93 و89.

³ انظر الدكتور وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة، مرجع سابق، ص198.

⁴ الآية 38 من سورة المدثر (74).

هذا ما وصلت إليه من خلال المصادر والمراجع التي استندت إليها من حالات سقوط الضمان.

أما حالات قيامه فكثيره ففي كل جرم أو إضرار أو إتلاف بغير حق يتوجب الضمان، كما توجبه العقود، واليد كما يعبر عنها في كتب الفقه الإسلامي.

وبهذا أكون قد انتهيت من دراسة هذا الفصل لأنتقل إلى الفصل الثاني المتعلق ببحث انتفاء المسؤولية عند الجهل بالإباحة أو الغلط فيها في النظم القانونية الوضعية.

الفصل الثالث

أساس انتفاء المسؤولية عند الجهل بالإباحة أو الغلط فيها في القوانين الوضعية

492- تمهيد وتقسيم

كما هو الحال عند بحثنا لموضوع انتفاء المسؤولية في الشريعة الإسلامية قسمنا الفصل إلى مباحث فإن مادة هذا الفصل أيضا تفرض أن نقسمه إلى مباحث قريبة من تلك، غير أنها ليست بالضرورة مطابقة لها كل المطابقة، والمباحث هنا هي: المبحث الأول: أساس انتفاء المسؤوليتين الجزائية والمدنية. المبحث الثاني: نطاق انتفاء العقاب. المبحث الثالث: نطاق انتفاء التعويض.

المبحث الأول

أساس انتفاء المسؤوليتين الجزائية والمدنية

493- تمهيد وتقسيم

أقرر ابتداء أن فقهاء القانون توصلوا بعد تحليل النظريات القائلة بكون الغلط في القانون مانعا من موانع المسؤولية الجزائية إلى أن الأمر ليس كذلك، ويجب أن لا يعتبر كذلك حتى لا يتحجج كل بأنه غلط في القانون للإفلات من العقاب. وأن الغلط في القانون كمانع من المسؤولية مجاله جد ضيق ينحصر في جهل نص في غير القانون الجنائي لأسباب وجيهة حتى عند القائلين بذلك رغم قلتهم وشذوذ رأيهم. والحقيقة أن النظريات هذه القائلة بالجواز منصفة على الغلط الحتمي وتستند إلى مثل المادة 122 فقرة أولى من قانون العقوبات الفرنسي¹. وكذلك ينتهي القضاء والفقهاء الوضعيون إلى تحجيم اعتبار الجهل بالقانون كمانع من موانع المسؤولية في مسألة الاستحالة المطلقة l'impossibilité absolue للعلم بالقانون².

¹ للاستزادة انظر عبد المعطي عبد الخالق سيد أحمد، النظرية العامة للغلط في القانون الجنائي - دراسة مقارنة -، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة عين شمس سنة 1980، ص 563 وما بعدها ورأي مؤلفها ص 574. وانظر الدكتور علي محمود علي محمود، الغلط في القانون ومدى اعتباره مانعا من المسؤولية الجزائية - دراسة مقارنة على ضوء الاتجاهات المدنية للتشريعات المقارنة -، دار النهضة العربية، ط 1، لسنة 1423 هـ - 2003 م، ص 120 وما بعدها ورأي مؤلفها ص 142.

وانظر الدكتور علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، 1997، ص 366. وانظر الدكتور **عبد الفتاح مصطفى الصيفي**، **قانون العقوبات - النظرية العامة -، دار الهدى للمطبوعات، بدون سنة نشر، ص 332.**

Huguerney louis: "l'Erreur de droit", revue internationale de droit pénal, 1955, p347.

Busch: "l'Erreur de droit", revue internationale de droit pénal, 1955, p320.

² انظر الدكتور محمد زكي محمود، آثار الجهل والغلط في المسؤولية الجنائية، دار الفكر العربي، 1967.

- وفيما عدا هذا فإن حكم الجهل والغلط واحد، وسأتعامل مع موضوعهما على هذا الأساس.

- والمتتبع للفقهاء الجنائي في هذه المسألة يجد أن أساس انتفاء المسؤولية هنا هو أساس انتفاء الإثم كما هو الحال في فقه الشريعة الإسلامية السمحة. كما يجد أساسه في انتفاء القصد الجنائي.

وهذا ما سأبحثه في المطالب الثلاث الآتية:

المطلب الأول: انتفاء الإثم أساسا لانتفاء المسؤولية.

المطلب الثاني: انتفاء القصد الجنائي أساسا لانتفاء المسؤولية.

المطلب الثالث: موقف القضاء الوضعي وبعض الآراء الخاصة من أساس انتفاء المسؤولية رغم الجهل بالإباحة أو الغلط فيها.

المطلب الأول

انتفاء الإثم أساسا لانتفاء المسؤولية

494- تمهيد وتقسيم

الإثم الجنائي *le culpabilité pénale* يقف منه فقهاء القانون الوضعي موقفين متباينين وهم يبحثون مسألة الأهلية الجنائية، في إطار بحثهم الركن المعنوي للجريمة، فيطرحون التساؤل: ما موضوع الأهلية في إطار هذا الركن؟ والتساؤل: ما طبيعة هذا الركن؟ وفي هذا الإطار وإجابة على التساؤل نجد لهم نظريتين، هما النظرية النفسية، والنظرية المعيارية.

وعليه سأفرع هذا المطلب إلى ثلاث فروع هي:

الفرع الأول: النظرية النفسية للإثم.

الفرع الثاني: النظرية المعيارية للإثم.

الفرع الثالث: إمكان الجمع بين النظريتين.

495- الفرع الأول: النظرية النفسية للإثم

أولا: مضمون هذه النظرية

هذه النظرية هي أقدم النظريتين، ومع هذا لا تزال تحظى بتقدير كثير من الفقهاء. وهي تنظر إلى الإثم بوصفه ركنا معنويا للجريمة على أنه موقف نفسي اتخذته الجاني تجاه الفعل المكون للجريمة يربط بين الجاني وماديات الجريمة.

- وهي الإرادة التي تتجه إلى مخالفة أحكام القانون، متخذة إحدى الصورتين: القصد الجنائي أو الخطأ الغير متعمد¹.

وانظر الدكتور علي أحمد راشد، موجز القانون الجنائي، **بدون مكان نشر**، 1965، ص 507 و 508.
vidal (j): la conception juridique de la culpabilité, Toulouse, 1975, p47.

وانظر الدكتور **عمر السعيد رمضان**، بين النظريتين النفسية والمعيارية للإثم، بحث في طبيعة الركن المعنوي للجريمة، مجلة القانون والاقتصاد، السنة 134، العدد 3، سبتمبر 1964، ص 607.

¹ أنظر الدكتور مأمون محمد سلامة، الفكر الفلسفي وأثره في التجريم والعقاب، **بدون مكان نشر**، طبعة سنة 1977.

وانظر الدكتور **عادل يحيى قرني علي**، النظرية العامة للأهلية الجنائية، مرجع سابق، ص 216.

- فالقصد الجنائي يمثل أشد درجات الإثم الجنائي قوة، وأكثرها تعبيراً عن تلك العلاقة النفسية في اتجاهه بإرادة الجاني إلى إتيان الفعل أو الامتناع وإلى تحقيق النتيجة المجرمة، سواء رغب الجاني في إحداث هذه النتيجة أو اقتصر رغبته على قبول حدوثها. هذا في الخطأ العمدي، أما في الخطأ غير العمدي فيكون اتجاه إرادة الجاني إلى إتيان الفعل أو الامتناع مع مجرد توقع النتيجة المجرمة أو حتى استطاعة توقعها مع عدم اتخاذ الاحتياطات الضرورية واللازمة للحيلولة دون تحققها¹.

- وعرف الدكتور أحمد صبحي العطار النظرية النفسية² للإثم بأنها هي: «النظرية النفسية الأثمة التي تربط بين الجاني والنتيجة التي أَرادها (في حالة العمد) أو لم يرددها ولكن كان في إمكانه ومن الواجب عليه أن يتوقعها (في حالة الخطأ غير العمدي)».

496-ثانياً: تقدير هذه النظرية

لقد وجه الفقهاء انتقادات لهذه النظرية، أهمها: أن التوافق التام بين إرادة الجاني والواقعة الإجرامية وإن صح وجوده في حالة القصد الجنائي العمدي إلا أنه لا يتوافر في حالة الخطأ غير العمدي. ثم أن النتيجة الضارة شرط للعقاب لا عنصراً من عناصر الجريمة مكوناً لركنها المادي حسب ما استقر عليه إجماع الفقه³.

- كما أخذ على النظرية عدم اتساقها مع الأحكام القانونية للمسؤولية الجنائية ومن ذلك صعوبة الجمع بين العمد والخطأ تحت مفهوم نفسي واحد⁴.

- ويبدو أنه من غير الجائز القول أن كلا من القصد الجنائي والخطأ غير العمدي يفترض إرادة موجهة لمخالفة القانون⁵. ففي مواجهة النص القانوني الذي ينهى عن القتل لا يعتد القانون إلا باتجاه إرادة الجاني إلى إزهاق روح المجني عليه دون غير ذلك من النتائج.

- هذا وقد أخفقت النظرية النفسية هذه في إيجاد أساس مشترك يجمع بين القصد والخطأ.

- كما أنها تتعارض مع أحكام القوانين الوضعية إذ ثمة حالات لا تتوافر فيها العلاقة النفسية التي هي جوهر التأثيم وفقاً لهذه النظرية، ومع ذلك يعاقب عليها القانون كالخطأ غير الواعي أو غير المتوقع⁶.

وانظر الدكتور عوض محمد، قانون العقوبات -القسم العام-، دار المطبوعات الجامعية، طبعة سنة 1988، ص202 و203.

¹ انظر الدكتور شريف سيد كامل، النظرية العامة للخطأ في القانون الجنائي -دراسة تأصيلية مقارنة للركن المعنوي في الجرائم غير العمدية-، رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة القاهرة، سنة 1992، فقرة 317، ص803.

² أنظر الدكتور أحمد صبحي العطار، "الإسناد والإذنب والمسؤولية الجنائية في الفقه المصري والمقارن"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، مطبعة جامعة عين شمس، العدد 2، يوليو 1990، ص152.

Delogu (T.): la culpabilité dans la théorie générale de l'infraction, cours de doctorat, op.cit., p112.

وانظر الدكتور عمر السعيد رمضان، بين النظرية النفسية والمعيارية للإثم، مرجع سابق، ص609.

³ أنظر نفس الصفحة من نفس المرجع.

⁴ Daskalak (E.): réflexions sur la responsabilité pénale, p.f, 1975, p20.

⁵ أنظر الدكتور أحمد عوض بلال، الإثم الجنائي -دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية، ط1، لسنة 1988، فقرة 226، ص252.

⁶ أنظر الدكتور أحمد عوض بلال، الإثم الجنائي -دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية، ط1، لسنة 1988، فقرة 226، ص252.

497- الفرع الثاني: النظرية المعيارية (القاعدية) للإثم

كأثر للانتقادات الموجهة للنظرية النفسية ظهرت في أوائل القرن العشرين النظرية المعيارية، والتي يطلق عليها بعض الفقهاء: النظرية القاعدية¹. أو الشرعية، أو القانونية²

- وكما فعلنا مع النظرية النفسية نتصدى هنا أيضا لبحث هذه النظرية محددين مضمونها ثم نستعرض ما وجه لها من الانتقادات.

- وننتهي بمناقشة هل بالإمكان الجمع بين النظريتين؟ على النحو الآتي:

498- أولا: مضمون النظرية: يرى أنصار هذه النظرية -رغم تسليمهم بالنظرية النفسية-

أن هذه النظرية النفسية غير كافية لبيان جوهر الإثم، وبالتالي بناء نظرية عامة للركن المعنوي للجريمة، ويرون أنه يتعين إضافة عناصر أخرى للعلاقة بين نفسية الجاني وماديات الجريمة لتكوين نظرية عامة للركن المعنوي³.

- ويرى أنصار هذه النظرية أن الإثم ليس مجرد إرادة بل إنه إرادة غير مشروعة.

- ويرون أن هذا المفهوم هو الذي يحدد جوهر الإثم، ويتضح هذا المفهوم من علاقة التناقض بين الإرادة والقاعدة القانونية.

- والإرادة تأثم لأنها اتجهت وجهة تخالف ما أمرت به قواعد القانون، وهذه القواعد هي المعيار الذي يجب الخضوع إليه للحكم على الإرادة بأنها آثمة أو غير آثمة.

- وذهب بعضهم إلى تعريفها بالقول⁴: «أن الركن المعنوي مجرد حكم بلوم الجاني لسلوكه مسلکا يختلف عما كان واجبا» وهذا التعريف يغفل المضمون النفسي للركن المعنوي، وفي أحسن الأحوال يجعله في المرتبة الثانية.

- كما عرفوا الركن المعنوي بالقول أنه: «حكم تقييمي باللوم أو الاستنكار يصدره القاضي على المسلك الإرادي الذي ارتكبه المتهم والمخالف للواجب الذي تفرضه القاعدة القانونية الجنائية».

- ويفترض الركن المعنوي حسب هذه النظرية توافر عناصر ثلاثة: أهلية جنائية، علاقة نفسية بين إرادة الجاني وماديات الجريمة، ظروف طبيعية عند ارتكاب الجريمة.

499- ثانيا: تقدير هذه النظرية: رغم اتفاق هذه النظرية مع المنطق السليم إذ لا يكفي

لتوافر الركن المعنوي للجريمة (سواء ذات القصد الجنائي أو ذات الخطأ غير المتعمد) توافر علاقة نفسية طبيعية بين إرادة الجاني وماديات الجريمة. وإنما يجب أن تكون هذه الإرادة محل لوم واستنكار أي إرادة إجرامية آثمة⁵.

¹أنظر الدكتور محمد زكي محمود، آثار الجهل والغلط في المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، فقرة 24، ص 25.
وانظر الدكتور أحمد عوض بلال، الإثم الجنائي دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ط 1، لسنة 1988، فقرة 2730، ص 309 وما بعدها.

²أنظر الدكتور شريف سيد كامل، النظرية العامة للخطأ في القانون الجنائي دراسة تأصيلية مقارنة للركن المعنوي في الجريمة غير العمدية، رسالة دكتوراه، قدمت لجامعة القاهرة، سنة 1992، فقرة 345، ص 881.

³أنظر الدكتور عوض محمد، قانون العقوبات -القسم العام-، مرجع سابق، ص 205.

⁴أنظر الدكتور شريف سيد كامل، النظرية العامة للخطأ، مرجع سابق، فقرة 345، ص 282.

⁵أنظر الدكتور محمد نجيب حسني، شرح قانون العقوبات -القسم العام-، مرجع سابق، فقرة 545، ص 305 وفقرة 561، ص 521.

ومع هذا وجهت لهذه النظرية انتقادات عديدة، من أهمها:

- 1- يؤخذ عليها اعتبار الإثم المكون للركن المعنوي للجريمة مجرد حكم باللوم أو الاستنكار في نظر القاضي يوجهه للجاني، إذ أن ذلك يتعارض مع طبيعة الركن المعنوي للجريمة الذي يعبر عن حالة معنوية أو نفسية موضوعها نفس الجاني وليس غيره¹.
 - 2- كما يؤخذ عليها أن اللوم الذي يوجه للجاني الذي تعتبره النظرية جوهر التأثيم في الحقيقة لا يقتصر على إرادة الجاني فقط بل يشمل كل عناصر الجريمة².
- مع هذا يرى بعض الشراح إمكان الجمع بين النظريتين.

500- الفرع الثالث: إمكان الجمع بين النظريتين

بعض الشراح يرون أنه يمكن الجمع بين النظريتين حول مضمون الركن المعنوي للجريمة، وبالذات موضوع الأهلية الجنائية، ويرون أن الخلاف في هذه المسألة بين النظريين ما هو إلا خلاف شكلي ظاهري مجرد من الأهمية العملية.

- فكلتا النظريتين تتفقان على ضرورة توافر الأهلية الجنائية بقيام الركن المعنوي للجريمة³.

- كما أن التكوين الطبيعي للإرادة، الذي تعتبره النظرية المعيارية عنصرا في الركن المعنوي للجريمة، فالإرادة الإجرامية⁴ جوهرية أيضا في النظرية النفسية في ركنها المعنوي.

وبانتهاؤنا من هذا الأساس لانتفاء المسؤولية ننتقل لدراسة الأساس الثاني، وهو انتفاء القصد الجنائي كأساس لانتفاء المسؤولية.

المطلب الثاني

انتفاء القصد الجنائي أساسا لانتفاء المسؤولية

501- تمهيد وتقسيم:

القصد الجنائي، ويطلق عليه أيضا العمد، وهو أحد صورتَي الركن المعنوي -وهو الذي يعنينا في موضوعنا هذا- والصورة الثانية للركن المعنوي هي صورة الخطأ غير العمدية.

- ومع هذا يثير الفقه مشكلتين أخريين إحداهما تتعلق بصورة الركن المعنوي للمخالفات، وأخرهما تتناول مسألة مدى إمكانية تخلف الركن المعنوي في بعض الجرائم وهي المعروفة بالجرائم المادية البحتة.

- والقصد الجنائي أو العمد، هو الصورة النموذجية للإرادة الآثمة، وهي التي تبرز بجلاء تحدي الجاني لأحكام القانون، إذ الجريمة ما هي إلا خروج عن أوامر الشارع أو نواهيه.

ومن التقنيات الحديثة ما يعنى بتعريف القصد الجنائي، ومنها من ترك ذلك للفقه والقضاء، كما هو حال قانون العقوبات الجزائري والمصري وغيرهما.

¹ أنظر الدكتورة فوزية عبد الستار، النظرية العامة للخطأ غير العمدية دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية، طبعة سنة 1977، فقرة 13، ص22.

² أنظر الدكتور عوض محمد عوض، شرح قانون العقوبات -القسم العام-، مرجع سابق، فقرة 177، ص205.

³ أنظر الدكتور شريف سيد كامل، النظرية العامة للخطأ في القانون الجنائي، مرجع سابق، فقرة 354، ص897 وما بعدها.

⁴ أنظر الدكتور عادل يحيى قرني علي، النظرية العامة للأهلية الجنائية، مرجع سابق، ص232.

- وتعريف القصد الجنائي يقتضي تبين ماهيته وعناصره، وقد تردد الفقه في تعريفه وتحديد عناصره بين نظريتين، عرفت إحداها بنظرية العلم والأخرى بنظرية الإرادة.

- وقد رأيت أن أتناول تحليل هذا المطلب في فروع ثلاثة كالآتي:

الفرع الأول: ماهية القصد الجنائي وعناصره.

الفرع الثاني: نظرية العلم.

الفرع الثالث: نظرية الإرادة.

502- الفرع الأول: ماهية القصد الجنائي وعناصره

القصد الذي سنقتصر عليه هنا هو المتعلق بالجريمة العمدية باعتبار أنه هو الذي يشكل أقصى درجات انتهاك أوامر المشرع لبلوغه درجة العصيان، وكان القصد الجنائي فيه صورة نموذجية للإرادة الآثمة.

503- وقد اختلف الفقهاء في تحديد عناصر القصد الجنائي بين نظريتين:

- نظرية العلم: وتعني العلم بالجريمة وما يتعلق بها من العلم بالنتيجة سلفاً أو على الأقل توقع هذه النتيجة.

- ونظرية الإرادة: وتعني في مجملها أن العلم بالنتيجة الإجرامية وحده لا يكفي لقيام القصد الجنائي بل لابد من انصراف الإرادة إلى هذه النتيجة.

- وفي رأي الدكتور عوض محمد: أن الحقيقة القانونية وسط بين النظريتين وعلى ضوء ذلك يعرف القصد الجنائي بأنه «هو اتجاه الإرادة إلى السلوك ونتيجته مع العلم بكل العناصر التي يشترطها القانون لوجود الجريمة»¹.

- ويرى أن الفقهاء لا يختلفون في كون القصد الجنائي يتكون من عنصرين هما الإرادة والعلم.

ولبحث هذين العنصرين نخصص لهما الفرعين الآتيين لدراستهما في إطار دراسة النظريتين المنوه عنهما.

504- الفرع الثاني: نظرية العلم

العلم في هذا المجال يمكن النظر إليه من زاويتين:

1- باعتباره علاقة بين الذهن والعالم الخارجي، فهو علاقة معرفة من جانب الشخص تنصب على موضوع معين.

2- باعتباره من الزاوية النفسية على أنه تقييم الفاعل لسلوكه في علاقته بموضوع ما، وهو أمر ذهني².

- والعلم في القانون الجنائي ليس سوى موقف الذهن من تقييم سلوك صاحبه في علاقته بالعالم الخارجي³.

¹ أنظر الدكتور عوض محمد، قانون العقوبات - القسم العام، مرجع سابق، ص 251.

² أنظر الدكتور محمود نجيب حسني، الموجز في شرح قانون العقوبات - القسم العام مصري، طبعة 1967، هامش ص 602.

³ أنظر الدكتور عبد الفتاح مصطفى الصبغى، قانون العقوبات - النظرية العامة، مرجع سابق، فقرة 207، ص 309.

- ويكفي في نظر هذه النظرية معرفة الفاعل أنه يرتكب فعلاً ممنوعاً⁽¹⁾، وتتحقق بعد ذلك إرادة مخالفة القانون، ولا عبرة بعد ذلك بإرادة النتيجة.
- وينتهي أنصار هذه النظرية إلى القول: بأن عنصري القصد الجنائي إرادة السلوك وتوقع النتيجة².
- هذه النظرية لاشك أنها تنطوي على بعض جوانب الحقيقة رغم خلطها بين صورتَي العمد والخطأ المتوقع.
- ثم أنه لا مجال معها لتوجيه اللوم والتأثير، لأن العلم وليد الذهن أما الإرادة التي هي وليدة النفس فهي من تستحق اللوم والتأثير. وهذه الإرادة هي القوة الواعية المدركة التي تكشف عن شخصية صاحبها، ومدى خطورته الإجرامية، وهو ما لا يتوافر في مجرد العلم.

505- الفرع الثالث: نظرية الإرادة

- القصد باعتباره مظهراً من مظاهر الإثم يتمثل جوهره في اتجاه الإرادة وجهة لا يرتضيها القانون، وفي نطاق الإثم يتميز العمد عن الخطأ وذلك بالعلم أحياناً وبالإرادة أخرى.
- فالقصد علم وإرادة، والإرادة جوهره، وهي تأثم باتجاهها وجهة تخالف القانون.
- ولا يكفي لدى أنصار هذه النظرية أن تقف الإرادة لدى الفعل وما يضاف إليه من مقومات لازمة لتحقيق النموذج القانوني للجريمة.
- وإذا كان العلم تتوقع به النتيجة الإجرامية، فإنه لا بد من أن تنصرف الإرادة كذلك إلى هذه النتيجة.
- وإذا كانت الإرادة تبدو ساكنة في مواجهة الفعل المجرم وما يتبعه من المقومات اللازمة لقيام الجريمة، فالإرادة قوة نفسية بإمكانها أن تسبب النتيجة الإجرامية وأن تسيطر عليها بانضمامها إلى غيرها من العناصر السببية وسيطرتها على الفعل المحدث للجريمة. والعلم وحده عاجز عما تقدر عليه الإرادة³.
- وأنصار هذه النظرية يرون أن تأسيس المسؤولية الجنائية على الإرادة هو ما يحقق العدالة، ويحقق التفرقة بين العمد والخطأ، ويمكن بها التمييز بين القصد المباشر والقصد الاحتمالي⁴.
- والإرادة كعنصر في القصد الجنائي تشمل إرادة السلوك كما تشمل إرادة النتيجة المترتبة عن هذا السلوك في بعض الجرائم غير الجرائم التي تقع بمجرد السلوك.
- وبتخلف العلم والإرادة بأوصافهما وعناصرهما لا تقوم الجريمة ولذا فالقصد الجنائي أساس التجريم.
- وهذا ما جعلني أقول أن انعدامه يشكل الأساس لانتفاء المسؤولية الجنائية ومن ورائها المسؤولية المدنية في الغالب الأعم، وذلك مثله مثل انتفاء الإثم فكلاهما إذا ما قام بجانب

(1)V. Donne dieu de vabres: Traité élémentaire de droit criminel et législation pénale compare, 3^{ème} édition, 1947, p70.

²أنظر الدكتور محمود نجيب حسني، الموجز في شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، فقرة 635، ص 602.

³المرجع نفسه، فقرة 636، ص 604 وما بعدها.

⁴أنظر الدكتور عوض محمد، قانون العقوبات - القسم العام-، مرجع سابق، ص 215 و 216.

وانظر الدكتور عبد الفتاح مصطفى **الصيغي**، قانون العقوبات -النظرية العامة-، مرجع سابق، ص 310 و 311.

فعل فاعل ما انتفت مسؤوليته الجزائية دوما والمدنية أحيانا كما سيأتي في المبحثين الآتيين.

المطلب الثالث

موقف القضاء الوضعي وبعض الآراء الخاصة من أساس انتفاء المسؤولية رغم الجهل بالإباحة أو الغلط فيها

506- تمهيد وتقسيم

لقد رأيت أن أبحث موقف القضاء من أساس انتفاء المسؤولية رغم الجهل بالإباحة أو الغلط فيها في هذا المطلب، وأن أبحث معه بعض الآراء الخاصة، لأن هذه الآراء تستند كثيرا إلى عمل القضاء، لذا رأيت أن أؤخر دراستها عن دراسة موقف القضاء، ولذا يصبح متعينا تقسيم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: موقف القضاء الوضعي من أساس انتفاء المسؤولية رغم الجهل أو الغلط في الإباحة.

الفرع الثاني: آراء خاصة في أساس انتفاء المسؤولية رغم الجهل بالإباحة أو الغلط فيها. سأستقصي في هذين الفرعين مواقف القضاء، وبعض الآراء الخاصة، محاولا نقد ما فيه موضع للنقد منها، للوصول إلى تصور أفضل للأساس الذي يقوم عليه انتفاء المسؤولية في حالة الإباحة رغم الجهل بها أو الغلط فيها.

507- الفرع الأول: موقف القضاء من أساس انتفاء المسؤولية رغم الجهل بالإباحة أو الغلط فيها

لقد كان لكل من فرنسا، وإيطاليا، والبلاد الأنجلوسكسونية، ومصر قضاء تعرض للفصل في هذه المسألة، وفي النقاط التالية أتناول أقضية هذه البلدان.

508- أولا : القضاء في فرنسا

القانون الفرنسي سكت ولم ينص قانون عقوباته على هذه الحالة، فبقيت محل اجتهد القضاء يطبق فيها القواعد العامة إذا تعرض للفصل في حالة تطرح هذه المشكلة. وكان موقفه نفي مسؤولية مرتكب الفعل، متى وجد أنه ارتكبه بناء على أسباب معقولة، يمكن الغلط في ظلها، وحسن النية فعلا، ويستلهم القضاء ذلك من الوقائع المعروضة عليه، ويرتب آثار الإباحة الكاملة على الغلط في الإباحة، متى كان معيار الرجل المعتاد يجعل الغلط لم يقصر، ولم يهمل، أو يتعامل برعونة¹.

509- ثانيا: القضاء في إيطاليا

عدة أحكام صدرت عن محكمة النقض الإيطالية، طبقت فيها النظرية الإيطالية، التي تؤدي إلى امتناع مسؤولية الفاعل نتيجة انتفاء القصد الجنائي لديه، متى كان قيامه بالفعل المجرم أصلا مبني على أسباب معقولة، هي التي أوقعته في الغلط.

¹ V.Merle et Vetu: Traité de droit criminel, op.cit,p.517.

من هذه الأحكام الحكم الصادر في 13/03/1935، قضت ببراءة شرطي هدد بالسلاح صيادا لمنعه من الصيد، معتقدا أنه يقوم بمخالفة لقوانين الصيد، رغم الغلط في اعتقاده أنه يمارس ما يوجبه عليه القانون. وفي حكم 11/05/1950 استبعدت جريمة السرقة على أساس اعتقاد السارق بوجود موافقة وهمية على أخذ المال. وفي حكم 14/02/1950 قضت بعدم جواز إثارة الدفاع الشرعي الظني إلا في حالة الاقتناع عقلا بوجود خطر فعلي، ناتج عن هجوم ظالم، ولا يمكن رده إلا بفعل من النوع الذي أتى به المتهم، والذي دفع بشأنه بقيام حالة الدفاع الشرعي¹.

510-ثالثا: القضاء الأنجلوسكسوني

طبق القضاء، حسب ما هو ثابت في أحكامه معيار السبب المعقول، لنفي المسؤولية في حالة الغلط في الإباحة، كما طبق معيار حسن النية. وهذا المعيار الأخير هو الذي عليه أكثر القضاء، وكذا الفقه.

-ففي أخذه بمعيار السبب المعقول، كما في قضية امرأة هجرها زوجها ثم علمت بعد سنوات أنه فقد في حادثة وقعت له في رحلة، والمرجح أنه مات، فلما تزوجت ظهر واشتكاه بجرم تعدد الأزواج، فدفعت باعتقادها وفاته، للأسباب المذكورة، فقبلت المحكمة دفعها².

-وفي أخذه بالمعيار الثاني (معيار حسن النية) يقضي ببراءة من يقبض على شخص، ظانا أنه ارتكب جناية، حتى ولو كان اعتقاده مبني على أسباب غير معقولة، إذ لا يوجد قصد جنائي، في مثل هذه الحالة، ما لم يكن للفاعل مصلحة في عقاب المقبوض عليه³.

511- رابعا: القضاء المصري

القانون المصري للعقوبات كما مر معنا لم يرد فيه نص صريح بشأن الجهل بالإباحة أو الغلط فيها وسقوط المسؤولية بسبب ذلك، وإنما استنتج ذلك من نصوص المواد 63 و249 و250 منه.

والقضاء المصري استلهاها لهذه النصوص، فإن محكمة النقض المصرية، أخذت بجواز القياس فيما هو سالب للعقاب، وعلى ضوء ذلك قررت أن حسن النية المؤثر في المسؤولية على الجريمة، رغم توافر أركانها، وقالت: أن هذا المعنى لا تختلف مقوماته باختلاف الجرائم، بل يكفي أن يكون القانون قد ضبطه في نص معين أو في مناسبة معينة ليطبق القضاء القاعدة العامة، التي تصبح بالنص عليها واجبة الاتباع⁴.

وفي أحكام قديمة لمحكمة النقض المصرية، طبقت مبدأ امتناع مسؤولية الفاعل، الواقع في غلط في الإباحة على أساس انتفاء القصد الجنائي، عندما يثبت أنه عند قيامه بالفعل، كان حسن النية⁵.

فقضت ببراءة طبيب سلم شهادة طبية لزوجته شخص مريض، حضرت في غياب المريض، وطلبتها، وكان الطبيب حسن النية، لأن الزوجة تحضر عادة مع المريض عند

¹ V.Delogu(T):e: Les causes de justifications, op.cit,p.162 et 163.

² أنظر الدكتور خلود سامي عزارة آل معجون، النظرية العامة للإباحة، مرجع سابق، ص 443.

³ نفس الصفحة من المرجع نفسه.

⁴ أنظر الدكتور خلود سامي عزارة آل معجون، النظرية العامة للإباحة، مرجع سابق، ص 444.

وانظر الدكتور رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، مرجع سابق، طبعة 1968، ص 408 .

⁵ أنظر مجموعة القواعد القانونية، ج5، رقم 162، ص 295، نقض 1940/12/09.

حضوره إلى العيادة، فبرأته من جريمة إفشاء السر المهني. كما برأت من بلغ وقائع مكدوبة يعتقد غالطا بحسن نية صحتها¹.

وفي حكم آخر قضت بأن حسن النية، المؤثر في المسؤولية عن الجريمة رغم توافر أركانها، يعتبر من كليات القانون، التي تخضع لرقابة محكمة النقض، وهو معنى لا تختلف مقوماته من جريمة إلى أخرى، ويكفي أن ينص عليه القانون، في نص عام أو يرشد إليه، مبينا عناصره، في نص أو مناسبة. وتتعلق وقائع هذا الحكم بالقذف ضد وزير التموين، اتهم بها صحفي، وقد استندت المحكمة في حكمها بالبراءة إلى الضوابط التي جاءت في المادة 63 من قانون العقوبات المصري².

وقد استقر حديثا قضاء محكمة النقض في مصر، على اتباع النظرية الألمانية، فكثير من الأحكام الأخيرة، اعتبرت الموظف العام مسؤولا مسؤولية جزائية عمدية عن جريمته رغم حسن نيته، واعتقاده قانونية فعله، طالما لم يتحرر في تصرفه التثبت اللازم. كما اعتبرت العمد في حالة الدفاع الشرعي الذي ادعى فيه من قام بالدفاع، قيام الخطر، وظهر أن ادعاءه مخالف للواقع، وغير مبني على أسباب معقولة. وقضت المحكمة بإحالة من أطلق النار على شخصين يقودان جاموستهما، بعد أن ظن أنهما سرقاها، وبعد أن نادى عليهما ولم يجيبا، وكان الوقت منتصف الليل، فأطلق النار وأصاب أحدهما، أوداه قتيلا، فقضت المحكمة بوجوب إحالته بجناية الشروع في القتل، غير مقترن بعذر من الأعذار القانونية³، ولم ترتب أي اثر على هذا الغلط، معتبرة أن اعتقاد المتهم أنهما سرقا البقرة مبني على أسباب غير معقولة، لعدم تحريره وتثبتته كما طلب منه القانون.

وفي قضايا عديدة لم تعند بالغلط لكونه مبني على أسباب غير معقولة، ووقع فيه الجاني بسبب عدم تحريره⁴، واستقر القضاء على أن الغلط الذي عذر صاحبه هو ما كان بحسن نية، وبعد التحري اللازم في كل حالة على حده.

512- الفرع الثاني: آراء خاصة في أساس انتفاء المسؤولية رغم الجهل بالإباحة أو الغلط فيها

أستعرض في هذا الفرع رأي كل من الدكتور عبد الرحمن حسين علي علام، والدكتورة خلود سامي عزارة آل معجون، وأقدم في نهايته رأيي في المسألة، في نقاط ثلاثة.

¹ أنظر نقض 1945/01/08 مجموعة القواعد القانونية، ج6، رقم 448، ص 581.
² أنظر نقض 1946/11/11، مجموعة القواعد القانونية، ج7، رقم 220، ص 199.
وانظر كذلك نقض 1940/10/08، مجموعة القواعد القانونية، ج1، رقم 134، ص 177.
³ أنظر نقض 1932/10/31 مجموعة القواعد القانونية، ج2، رقم 381، ص 611.
⁴ أنظر نقض 1956/01/31، مجموعة أحكام محكمة النقض، السنة 07، رقم 40، ص 118.
وانظر نقض 1951/01/22، مجموعة أحكام محكمة النقض، السنة 02، رقم 200، ص 531.
وانظر نقض 1955/06/20، مجموعة أحكام محكمة النقض، سنة 06، رقم 333، ص 1144.
وانظر نقض 1955/11/19، مجموعة أحكام محكمة النقض، سنة 06، رقم 396، ص 1351.
وانظر نقض 1956/10/23، مجموعة أحكام محكمة النقض، سنة 07، رقم 292، ص 1065.
وانظر نقض 1959/02/16، مجموعة أحكام محكمة النقض، سنة 10، رقم 44، ص 298.
وانظر الدكتور عمر السعيد رمضان، طبيعة الركن المعنوي للجريمة، مرجع سابق، ص 665.

513- أولاً: رأي الدكتور علام

الدكتور علام من القائلين بأن الجهل والغلط سواء في انتفاء المسؤولية ابتداءً، وكل منهما يستقل بشروط، ومن القوانين ما جعل شروطاً لكل حالة على حده. ورأيه الشخصي في أساس انتفاء هذه المسؤولية، وامتناع مساءلة الجاني في ضوء المواد 63 و249 و250 من قانون العقوبات المصري: أنه انتفاء الركن المعنوي للجريمة، في الفعل غير المشروع، الذي ارتكبه الفاعل، فانتفاء الركن المعنوي للجريمة هو أساس انتفاء المسؤولية، ويرى أنه متى اعتقد الفاعل بحسن نية بوجود سبب الإباحة، عند قيامه بالعمل الذي خرق به القانون، فإن كان حسن النية متعلق بالوقائع التي تبيح أعماله غير المشروعة، فإن حسن النية ينفي القصد الجنائي. أما إذا تعلق غلظه بأحكام القانون، سواء أكان القانون الجنائي أو غيره، فالأصل فيه أنه لا يعذر بهذا الغلط، إلا إذا أدى إلى غلط في الواقع. وأن غلظه هنا، إذا اقترن بحسن النية، مع التثبت والتحري، فهو مبرر، ينفي مسؤوليته العمدية وغير العمدية، هذا بخصوص غلط الموظف العام في أدائه لوظيفته. ويرى أن أساس إعفائه بسبب الغلط، لا يرجع إلى علة في الفعل، بل إلى علة في الفاعل فالعمل غير مشروع، لكن الفاعل غلط بعد التحري اللازم، المقترن بحسن النية. ويقول أن قوله هذا يؤدي إلى نتائج ثلاثة هي:

1- الإبقاء على الصفة غير المشروعة للفعل، رغم غلط الفاعل يمكن معه الدفاع الشرعي، ضد هذا الموظف، كما يمكن أن يطالب بالتعويض المدني، ويمكن مساءلة شريكه، طبقاً للقواعد العامة دون حاجة لنص.

2- فعله يبقى غير مشروع رغم حسن نيته، أي يكون فعله في طاعته لرئيسه الذي أمره بما يخالف القانون غير مشروع، وكذلك فعله الذي غلط وظنه داخلاً في عمله، وهو ليس كذلك.

3- الإبقاء على عدم مشروعية فعله، يتفق مع قواعد الإباحة، ذات الطبيعة الموضوعية. ويرى بشأن الخطر الوهمي في الدفاع الشرعي: أن الخطر الوهمي وإن أبيض الدفاع ضده، إلا أنه يبقى هذا الدفاع لا تتجرد أعماله من عدم المشروعية، من الناحية الموضوعية، وللشخص الموجهة ضده هذه الأعمال أن يدافع عن نفسه.

- ويرى أن أثر التوهم ينصرف إلى الركن المعنوي للجريمة، وهو يأخذ حكم الغلط في الواقع الذي ينفي القصد الجنائي، وينفي أيضاً الخطأ غير العمدية، متى كان مبنياً على أسباب معقولة.

- وأن عدم العقاب في حالة الخطر الوهمي لا يقوم على سبب إباحة بقدر ما يقوم على تخلف الخطيئة. ولا ينفي بحال الركن الشرعي. ويترتب على الدفاع ضد الخطر الوهمي عدم العقاب متى استوفى هذين الشرطين:

1- أن يكون الفعل وقع فيه الغلط لأسباب معقولة، أي التي يمكن أن يقع فيها الرجل المعتاد، وهو في ظروف المتهم.

2- إذا كان الغلط لا يقع فيه الرجل المعتاد في ظروف المتهم، يترتب على غلظه: أجواز الدفاع ضده.

ب-جواز المطالبة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عنه.¹

514- ثانيا: رأي الدكتور آل معجون

ترى الدكتور أن الغلط الحتمي، النافي للإثم الجنائي، هو أساس الإباحة، مستندة إلى نظرة أصحاب النظرية المعيارية للإثم. وتقول أن هذا الغلط ينفي كلا من الجريمة العمدية وغير العمدية أي الخطئية، وأن الغلط عندها لا يعدم المسؤولية ولا يعدم القصد الجنائي، والخطأ على السواء، ويجرد الواقعة التي حققها الجاني، من وصفها بعدم المشروعية وإنما تأثيره تأثيرا موضوعيا، ينصب على الفعل، لا على شخص الفاعل. وأنه لا علاقة لهذا الغلط بالقصد الجنائي في ذاته، لأن نص الإباحة ذاته لا دور له في بناء القصد الجنائي، لأن القاعدة التجريبية ذاتها، ليست عنصرا في هذا القصد بل هي منبعه. ويترتب على ذلك أن العلم بانتفاء الوقائع التي يقوم عليها سبب الإباحة، ليس عنصرا يتطلب لتوافر القصد الجنائي²، طالما هو غير متطلب في بنائه، أو في وجوده وتوافره. ولذا تستبعد القول بأن انعدام المسؤولية الجنائية لوقوع الفاعل في غلط في الإباحة إنما سببه تخلف القصد الجنائي.

515- ثالثا: رأي في المسألة

أرى في هذه المسألة أنه بصرف النظر عما إذا كان الجهل والغلط، ينفيان الجريمة العمدية، وغير العمدية، وسواء نفيهما، عن طريق نفي القصد الجنائي عن الفاعل، أم بسبب الجهل والغلط الحتميين المقترنين بحسن النية في الغلط، وعدم تحقق أية نتيجة ضارة في الجهل، وغياب القصد الجنائي معه. ففي كل الأحوال أرى أنه ينتفي معه بالضرورة الإثم ظاهريا، والله سبحانه وتعالى يتولى السرائر. وبهذا يكون انتفاء القصد الجنائي هو أساس انتفاء المسؤولية سواء في حالة الجهل بالإباحة، أي مع الجريمة الظنية، وكذلك أساس لانتهاء المسؤولية مع البراءة الظنية، أي مع الغلط في الإباحة، سواء أكان الغلط ناتج عن جهل بالوقائع، والواقع أو عن جهل بالقانون أدى إلى جهل بالواقع، وبالتالي إلى الغلط، هذا من ناحية. ومن ناحية ثانية أرى أن يفسح المجال في النظم القانونية التي لم تنص على أساس انتفاء المسؤولية الجنائية في حالة الجهل بالإباحة أو الغلط فيها، كما هو الحال عندنا في الجزائر للقضاء ليصدر حكمه العادل موضوعيا، المحقق للعدالة الحقيقية بالكيفية التي ترمي إليها المقولة: إذا جار القانون يبقى الأمل في عدل القاضي. لأن مسألة الجهل بالإباحة، والغلط فيها تثور أمام القضاء بين الحين والآخر، فتطرح مشاكل يظهر فيها جليا جهل الجاني المطبق المرفوق بحسن نيته الخالص، كما يطرح على القضاء مشاكل ناتجة عن غلط مقترن بحسن نية الجاني الخالص. فليقل القضاء كلمته في هذه الأحوال، وليبرئ الفاعل في حالة الجهل لعدم قيام القصد الجنائي، ولعدم تحقق أية نتيجة ضارة، من غير محاسبته على الشروع في الجريمة لانتهاء الإثم ظاهريا. وليبرئ الجاني في حالة الغلط الحتمي كذلك لانتهاء هذا الإثم. والقوانين الوضعية هي أول من نراه يحاسب الناس على ظواهر أعمالهم، لا على مواطن نواياهم. ويبقى بعد هذا للقضاء كذلك أن يقدر ما إذا يستفيد الشريك من غلط أو

¹ أنظر الدكتور عبد الرحمن حسين علي علام، أثر الجهل و الغلط في القانون على المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص من 598 إلى 608.

² أنظر الدكتور خلود سامي عزارة آل معجون، النظرية العامة للإباحة، مرجع سابق، ص 483 وما بعدها إلى 442.

جهل الفاعل الأصلي أم لا باعتبار كون أساس انتفاء مسؤولية الفاعل موضوعي أم شخصي، وعلى أي حال يتعين على القضاء التعامل وفق هذا التصور، ليكون قضاؤه منسجماً في هذه المسألة، إذ ليس من المعقول أن يعامل الفاعل الأصلي على حسب نيته الظاهرة، ويعامل الشريك على أساس نيته الباطنة التي بقيت داخل نفسه، ولم يظهر أثرها في الواقع.

أما مسألة المسؤولية المدنية فإنني أختلف مع الدكتور علام، إذ رأيي أن المسؤولية المدنية تقوم على أساس الضرر في كل الإباحات، ماعدا الدفاع الشرعي، فتسقط عن المدافع كل من المسؤوليتين الجزائية والمدنية، لأن من الدفاع ما يجب، وليس من الممكن إيجاب شيء ثم اللوم والتغريم على فعله، سواء جزائياً أو مدنياً، أي سواء بالعقوبة أو بالتعويض المدني عن الضرر.

ورأيي أن الغالب في الدفاع بحسن النية يلحق حكمه بحكم المدافع الذي دافع دفاعاً قائماً الأركان والشروط دون غلط.

وكذلك حكم المدافع المتجاوز بحسن نية، أما المدافع المتجاوز بسوء نية، فإنه كما يمكن تحميله المسؤولية الجزائية يحمل المدنية من باب أخرى وأولى، لأنه خرج بما تجاوز به عن وصف المدافع إلى وصف المعتدي.

516- وفي نهاية هذا المطلب بودي أن أعقد مقارنة بين مواقف مفكرين في الإسلام، ونظرائهم في النظم الوضعية، مقارنة بين الأفكار الفلسفية عن المسؤولية بين مفكري الإسلام ومفكري النظم الوضعية: إذا أمعنا النظر في مجرى تفكير كلا الفريقين للأساس الفلسفي النظري للمسؤولية نجد أن أنصار مذهب حرية الاختيار تلتقي أفكارهم وتحاليلهم مع أفكار وتحاليل المعتزلة، وأنصار مذهب الحتمية تلتقي أفكارهم وتحاليلهم مع أفكار وتحاليل الجبرية. وأنصار المذهب التوفيقي تلتقي أفكارهم وتحاليلهم مع أفكار وتحاليل الأشعرية.

ومع سبق مفكري الإسلام بزمان ليس بقصير لمفكري النظم الوضعية، فإن الفكر الأنساني تبرهن هذه المقارنة- على أنه حلقات مرتبطة بعضها ببعض.

المبحث الثاني نطاق انتفاء العقاب

517- تمهيد وتقسيم

ينتفي العقاب رغم قيام الفعل الآثم المجرم في صورته الظاهرية بكامل أركانه وعناصره، ومع هذا لا يعاقب الفاعل وترتفع صفة التجريم عن فعله وصفة المجرم عنه. وذلك إذا قام في جانبه سبب من أسباب الإباحة سواء أقدم على الفعل وهو يعلم أن الإقدام عليه مباح قانوناً أو جهل ذلك أو غلط في كون الفعل مباحاً وأقدم عليه هو باعتبار أنه يرتكب جرماً. وأسباب الإباحة متعددة تنحصر في الدفاع الشرعي، وإذن أو أمر القانون (ممارسة السلطة)، ورضا المجني عليه، ومن الشراح من يقسمها إلى الدفاع الشرعي، وممارسة الحق، وأداء الواجب ورضا المجني عليه⁽¹⁾.

(1) أنظر مثلاً الدكتور محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات - القسم العام-، مرجع سابق، من 295 إلى 359.

وسأعتمد هذا التقسيم الأخير مقسما للمبحث إلى أربعة مطالب على النحو الآتي:
المطلب الأول: الدفاع الشرعي.
المطلب الثاني: ممارسة الحق والحقوق التي تسمح القوانين بممارستها.
المطلب الثالث: أداء الواجب.
المطلب الرابع: رضا المجني عليه.
ملخصا نبذة عن كل سبب من الأسباب الأربعة المذكورة عاليه بالقدر اللازم لبحثي.

المطلب الأول الدفاع الشرعي

518- وهو: «الرد بالقوة اللازمة والمناسبة لاعتداء غير مشروع ولا مثار، حال أو وشيك الوقوع على نفس أو عرض أو مال»¹.
فإذا قام الدفاع الشرعي بهذه الصورة كان ما نجم عنه لا عقاب عليه ولو كان الذي نجم موت المعتدي، ما لم يتجاوز المدافع حدود الدفاع بسوء نية، ولو تجاوزه بحسن النية هناك من يقول للقاضي أن ينظر ما إذا يخفف عليه العقاب أم لا². ومن يقول في هذه الحالة يصبح التجاوز عذرا خاصا والقاضي يخير بين أن يطبق عليه أحكام الإعذار القانوني أو أحكام الظروف القضائية³.
غير أن ما يعنينا من كل هذه الخلافات هو إباحة الفعل سواء علم بذلك من تقررت له الإباحة أو لم يعلم أو أصاب أو غلط إذا كان الدفاع قائم الشروط والأركان ولم يتجاوز بسوء نية.
والدفاع أصلا مباح ولكن أحيانا يكون واجبا.

وانظر الدكتور سعدي بسيسو، مبادئ قانون العقوبات، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، جامعة حلب، ط1، لسنة 1964، ص من 257 إلى 291.
وانظر الدكتور أبو المعاطي حافظ أبو الفتوح (رحمه الله)، شرح القانون الجنائي المغربي - القسم العام، مطبعة النجاح، ط2، لسنة 1405هـ-1984م، من ص90 إلى 122.
وانظر عبد العزيز العوادي وإسماعيل بن صالح، شرح القانون الجنائي التونسي - القسم العام، الشركة التونسية لفنون الرسم، بدون سنة نشر، الصفحات من 198 إلى 230.
¹ بهذا عرفته في رسالة الماجستير لسنة 1419هـ-1998م.
² أنظر يسر أنور علي، "الدفاع الشرعي - دراسة لمبدأ المشروعية"، مرجع سابق، ص247.
وانظر محمود إبراهيم إسماعيل، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات المصري، ط1، لسنة 1366هـ-1945م، ص449.
وانظر الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم العام مصري، دار النهضة العربية، ص246.
وانظر محمد مصطفى، المسؤولية الجنائية، مطبعة جامعة فؤاد، ط سنة 1948، ص356.
³ أنظر مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات - القسم العام، دار الفكر العربي، ط2 لسنة 1976، ص235.
وانظر الدكتور يسر أنور علي، الدفاع الشرعي، مرجع سابق، ص248.
وانظر سعيد مصطفى سعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، طبعة سنة 1962، ص216.

المطلب الثاني

ممارسة الحق والحقوق التي تسمح القوانين بممارستها

519- تمهيد وتقسيم

هذا المطلب تنفرع فيه المسائل إلى ثلاث مسائل يعرفها القانون والفقه وهي: حق التأديب، وحق ممارسة التطبيب، وحق ممارسة الألعاب الرياضية وسأخصص لكل حق من هذه الحقوق الثلاثة فرعاً أوجز فيه ما يتعلق ببحثنا ويبرر الإباحة التي تجعل من تقررته له لا يؤاخذ جزائياً علم بها أو لم يعلم، أصاب في تقدير وجودها أم غلط. وأفرع هذا المطلب إلى فرعين على النحو الآتي:

الفرع الأول: مفهوم ممارسة الحق.

الفرع الثاني: الحقوق التي يحميها القانون ويسمح بممارستها.

520- الفرع الأول: مفهوم ممارسة الحق

تعني ممارسة الحق في إطار أسباب الإباحة أن يكون الفعل المرتكب مستكملاً لسائر العناصر القانونية اللازمة لقيام المسؤولية الجزائية وما ينبني عليها من المسؤولية المدنية، إلا أن صفة التجريم تتجرد عنه لكون هذا الفعل ارتكب ممارسة لحق في نظر القانون، لأن ممارسة الحق تجرد الفعل من معنى العدوان والبغي في منظور الضمير الجماعي على نحو يجعل من تلك الأفعال عملاً مشروعاً لا إثم فيه لانتفاء التجريم في ممارستها. والحق هو كل مصلحة يحميها القانون¹.

فالمصلحة وحدها لا تعطي تبريراً لإباحة الفعل، وإنما لابد وأن تكون هذه المصلحة محمية بالقانون.

521- الفرع الثاني: الحقوق التي يحميها القانون ويسمح بممارستها

في إطار أسباب الإباحة عرف القانون والفقه حقوقاً أحاطها بالحماية وجعل ممارستها مباحة متى تقيد ممارستها بالقيود التي يفرضها القانون لممارسة كل حق منها وهذه الحقوق هي:

522- أولاً حق التأديب: والمقصود به تأديب الزوجة والولد ابن المؤدب أو من تحت رعايته وتعليمه.

وحق التأديب أثار جدلاً كبيراً خاصة بين من لا يدين بالشرعية الغراء أو يتنكر لأحكامها وبين من يدين بها.

- ومثار الجدل أرى أن أساسه عدم فهمهم للتأديب الذي تقره الشريعة والمتمثل في التأديب البعيد عن كل تعذيب بل هو فعل رمزي أكثر منه مادي.

وبسبب فهمهم المخالف لنصوص الشريعة وروحها راحوا يستتكرون حق التأديب، وراحت مؤتمرات تنعقد لحقوق المرأة وحقوق الطفل تشنع على الشريعة الغراء موقفها هذا.

وهو موقف ثابت بالقرآن العظيم بشأن الزوجة²، وثابت بالسنة المطهرة في حق الولد¹.

¹ انظر الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم العام -، مرجع سابق، ص 163 وما بعدها.

² انظر د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم العام -، مرجع سابق، ص 169.

وإذا مورس هذا الحق مع التقيد بشروطه التي أهمها عدم قصد الأذى وحسن النية وحدوث ما يستوجبه، فإن ما ينجم عنه تسقط عن الفاعل مسؤوليته سواء علم أو جهل أو غلط.

523- ثانيا- حق ممارسة الألعاب الرياضية: الألعاب الرياضية منها ما يتطلب كثيرا من العنف كالملاكمة وسائر الرياضيات القتالية، وإنما سمحت الأعراف الإنسانية ومن بعدها القوانين بذلك لما للرياضة من أثر عظيم في تقوية الأبدان ومن ورائها العقول والنفوس، ثم ما تجلبه من متعة للرياضي ولمتتبعيه.

بشرط كذلك التزام أصول وقواعد الألعاب. وما يشمل ذلك كله ويحصنه حتى تستحق الألعاب الرياضية أن تكون مشمولة بالإباحة هو حسن النية².

524- ثالثا- حق ممارسة التطبيب: مهنة نبيلة أنبل حتى من الرياضة وأكثر ضرورة ونفعا منها، وممارستها تخول الأطباء التعرض لأجسام مرضاهم، والكشف عن عوراتهم، والمساس بسلامة أجسامهم بل وحتى البتر منها، كما يخول الأطباء استعمال بعض المواد المخدرة.

وكل هذه الأفعال محرمة في الأصل. وإنما أجاز للأطباء كل هذه الممارسات لما تحقق ممارستها من طرف من هو مخول لذلك من الأطباء لما في ذلك من المصلحة لأفراد المجتمع وخاصة المرضى منه، وهذه المصلحة تتجاوز في أهميتها كل لوم أو تأثيم وبالتالي كل عقاب لفاعلها. والقانون رخص بالتطبيب وهو ضرورة في كل الأزمان والعصور.

وإنما لكي يباح عمل الطبيب بإحدى الصور المذكورة لابد من التقيد بأصول المهنة وشمول ذلك بحسن النية³ وعند ذلك يكون عمل الطبيب -فوق كونه عملا إنسانيا نبيلًا- بما ينجم عنه من جرح أو حتى وفاة ومن كشف عورة ومناولة مخدر وغير ذلك مما تستلزمه حالة المريض وقواعد المهنة مباحا علم الطبيب بذلك أم جهل، تنبه أو غلط. وبانتهائنا من فرع ممارسة الحق ننتقل إلى فرع أداء الواجب.

وقد جاء في الآية 34 عند ورش من سورة النساء: "الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله واللاتي تخافون نشوزهن فعضوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا إن الله كان عليا كبيرا" مع تقييد الضرب بكونه غير مبرح ولا مؤذي.

¹ انظر د. محمود مصطفى **الصري**، المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 174.

وانظر محمود زكي أبو عامر، قانون العقوبات -القسم العام-، مرجع سابق، ص 304 و 305.

وانظر د. رؤوف عبيد، **مبادئ القسم العام**، مرجع سابق، ص 506 و 507 و 508.

وانظر د. عوض محمد، قانون العقوبات - القسم العام-، مرجع سابق، ص 100 إلى 109.

فقد ورد في حديث النبي صلى الله عليه وسلم: "مروا أبناءكم بالصلاة لسبع واضربوهم عليها لعشر" حديث متواتر.

² أنظر المراجع السابقة وغيرها من كتب شروح القانون في قسمها العام.

³ أنظر الدكتور محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات -القسم العام-، مرجع سابق، ص 306 إلى 312.

المطلب الثالث أداء الواجب

525- تمهيد وتقسيم

أداء الواجب كسبب للإباحة يطرح تقليدياً أداء الموظف للعمل إنفاذاً لما تأمره به القوانين. وأداءه العمل إنفاذاً لأمر صادر عن رئيس له تجب عليه قانوناً طاعته، فينجم عن ذلك ضرر للغير.

وأضيف كما أشرت إليه عند بحثي للدفاع الشرعي في هذا الفصل، مسألة وجوب الدفاع الشرعي، وعليه سأفرع هذا المطلب إلى ثلاث فروع على هذا النحو:
الفرع الأول: أداء الموظف العمل تنفيذاً للقانون أو ممارسة للسلطة.
الفرع الثاني: أداء الموظف للعمل طاعة لرئيسه.
الفرع الثالث: القيام بحق أو واجب الدفاع الشرعي.
كل هذه الصور متى قام بها من قام بها متقيداً بأصول القيام بها كان عمله مباحاً مهما كانت نيته وسواء علم بإباحته أو جهلها أو تنبه إلى إباحته أو غلط فيها. وفيما يلي أتناول هذه الفروع ببعض التفصيل.

526- الفرع الأول: أداء الموظف العمل تنفيذاً للقانون أو ممارسة السلطة

الفعل الذي يأمر به القانون يباح ما ينجم عنه سواء أكان من قام به موظفاً أو موظفاً فعلياً أو شخصاً عادياً طالما أن القانون أباح ذلك، وكذلك الأمر الذي ينهى عنه فإباحة ما ينجم عنهما تجد أساسها في القانون نفسه¹.
غير أن بعض قوانين العقوبات تخص الموظف بالذات بنص خاص لإباحة أفعاله، مثل ما هو الحال مع المادة 63 من قانون العقوبات المصري².
التي أثبتت صراحة الإباحة وقيدتها بشروط زيادة على أن يكون الفاعل موظفاً أن يرتكب الفعل إنفاذاً لأمر رئيس وجبت طاعته أو يعتقد الموظف وجوبه، وأن يكون الفاعل (الموظف) حسن النية في كون اعتقاده أن الفعل أمر به القانون وأنه من اختصاصه، وأن يثبت ويتحرى قبل القيام بالفعل، وأن اعتقاده مشروعية الفعل مبني على أسباب معقولة. وبطبيعة الحال يأخذ حكم الموظف الموظف الفعلي.
فمتى صدر الفعل عن الموظف ضمن هذه الشروط كان ما نتج عنه داخلاً ضمن الإباحة علم بذلك أم لم يعلم تثبت أو غلط، والملاحظ أن المادة 63 نصها يشمل أداء الموظف العمل تنفيذاً للقانون وأداءه العمل طاعة للرئيس، وهذه الطاعة الأخيرة هي ما أتناوله في الفرع الثاني الآتي.

1 أنظر الدكتور إسحاق إبراهيم منصور، ممارسة السلطة وأثرها في قانون العقوبات، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط سنة 1983، ص من 23 إلى 84.

= وانظر محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات - القسم العام -، مرجع سابق، ص 340 و 341.
وانظر عبد الفتاح مصطفى الصبغى، قانون العقوبات - النظرية العامة -، ص 506 و 507.
وانظر الدكتور عوض محمد، قانون العقوبات القسم العام، مرجع سابق، ص 109 إلى 125.
وغيرها من شروح قانون العقوبات.

2 أنظر محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 340.
وانظر قانون العقوبات حسب آخر التعديلات، طبعة سنة 1999، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، المادة 63، ص 30 و 31.

527- الفرع الثاني: أداء الموظف العمل طاعة لرئيسه

قد يقوم الموظف بالعمل الذي سينتج عنه ما يشكل في ظاهره جريمة معاقبا عليها لكن تشملها نصوص الإباحة، يقوم بهذا العمل من تلقاء نفسه أو يقوم به إنفاذا لأمر رئيس وجبت عليه طاعة.

وفي هذه الحالة الأخيرة إذا نفذ العمل طاعة لرئيس يجب أن يعتقد لأسباب معقولة أن طاعته واجبة عليه قانونا، وبذلك تشمل الإباحة عمله سواء في حالة جهله لهذه الإباحة أو علمه بها سواء انتبه إليها أم غلط فيها.

528- الفرع الثالث: القيام بحق أو واجب الدفاع الشرعي

في ظروف معينة يكون فيها من يدافع عنه في حالة خطر. يذهب صراحة بعض المشرعين إلى التتصيص على وجوب الدفاع عنه كما هو الحال في نص المادة 2376 من قانون العقوبات البرتغالي.

ولعل قانون العقوبات الجزائري في نص المادة 182¹ منه ذلك ما قصد، إذ لا يمكن معرفة قصد له غير ذلك.

- وقد قال بهذا فقهاء أقدمون في فرنسا وهو ما عبر عنه الفقيه دي فابر Dondedieu de vabres

«elle n'est pas seulement l'exercice d'un droit elle est l'accomplissement d'un devoir».

"ليس هو فقط استعمال للحق إنما هو قيام بواجب"، غير أن البعض من الفقهاء يرى هذا الواجب الذي قال به دوفابر ما هو إلا واجب اجتماعي لا قانوني.

وأرى أن المشرع لما يفرض تقديم مساعدة- تحت طائلة العقاب- لمن هو في حالة خطر فإن ذلك واجب قانوني صريح وهو ما يعنى به وجوب الدفاع الشرعي في هذه الحالة.

المطلب الرابع رضا المجني عليه

529- رضا المجني عليه الذي يعتد به في الإباحة هو رضا المجني عليه بخصوص ما

يعتبر في صورته من الأفعال جريمة تضر بالمجني عليه وحده، أي لا يتعدى ضررها كثيرا إلى الهيئة الاجتماعية، أي أن تكون الأفعال تمس بحقه هو أكثر مما تمس بحق

¹ نص المادة 182 من قانون العقوبات الجزائري: "يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 15000 دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من يستطيع بفعل مباشر منه وبغير خطر عليه أو على الغير أن يمنع وقوع فعل موصوف بأنه جنائية أو وقوع جنحة ضد سلامة جسم الإنسان، وامتنع عن القيام بذلك، بغير إخلال في هذه الحالة بتوقيع عقوبة أشد ينص عليها هذا القانون أو القوانين الخاصة. -وبعقاب بالعقوبة نفسها كل من امتنع عمدا عن تقديم مساعدة لشخص في حالة خطر كان في إمكانه تقديمها إليه بعمل مباشر منه أو بطلب الإغاثة له وذلك دون أن تكون هناك خطورة عليه أو على الغير.

-وبعقاب بالعقوبة نفسها كل من يعلم الدليل على براءة شخص محبوس احتياطيا أو محكوم عليه في جنائية أو جنحة ويمتنع عمدا أن يشهد بهذا الدليل فوراً أمام سلطات القضاء أو الشرطة، ومع ذلك فلا يقضى بالعقوبة على من تقدم من تلقاء نفسه بشهادته وإن تأخر في الإدلاء بها..."

المجتمع. فالحق الشخصي هو الذي يمكن للشخص التنازل عنه شريطة أن يكون هذا الشخص المتنازل أهلا لأن يتنازل بأن يكون راشدا عاقلا أراد أن يتنازل. ومثال الحقوق الجائز التنازل عنها بالتنازل أصلا عن الدعوى العمومية أو التنازل عن الحق أمام جهة الحكم لوضع الحد للمتابعة الجزائية:

- ما جاء في قانون العقوبات الجزائري في التعديل الملحق به بتاريخ 2006/12/20 تحت رقم 23/06 المادة 330 والمادة 331 والمتعلقين بترك الأسرة من قول المادة 330 «...ويضع صفح الضحية حدا للمتابعة الجزائية» ومن قوله في المادة 331 «...ويضع صفح الضحية بعد دفع المبالغ المستحقة حدا للمتابعة الجزائية».
- وما جاء في المادة 368 من عدم معاقبة كل من الأصول والفروع والزوجين اضرارا لبعضهم البعض عن السرقة.
- وما جاء في المادة 369 من كون التنازل عن الشكوى بالسرقة بين الأقارب حتى الدرجة الرابعة يضع حدا لإجراءات المتابعة عنها.
- وما جاء في المادة 442 من قانون العقوبات كون صفح الضحية عن ضربها أو جرحها بقصد أو بغير قصد عن الفاعل وشريكه يضع حدا للمتابعة الجزائية عن الأفعال المسببة لعجز أقل من 15 يوما أو عن أفعال غير عمدية وصل العجز بسببها إلى 3 أشهر.
- وما ينجم من أضرار بفعل القيام ببعض الممارسات الرياضية العنيفة من ملاكمة ومختلف الرياضات القتالية، مادام الضرر وقع في الأطر المشروعة المتعارف عليها في هذه الممارسة الرياضية.

المبحث الثالث نطاق انتفاء التعويض

530- تمهيد وتقسيم

لدراسة هذا المبحث يتعين دراسة التعويض وأسباب سقوطه، ونطاق السقوط. إذ التعويض المقصود في هذا البحث هو التعويض الناتج عن المسؤولية التقصيرية. وأسباب سقوطه هي أسباب سقوط العقاب. ونطاق السقوط هنا قريب من نطاقه هناك ونفصل كل هذا في المطالب الآتية:

المطلب الأول: في التعويض.

المطلب الثاني: أساس سقوطه.

المطلب الثالث: نطاق سقوط التعويض.

المطلب الأول

التعويض le dédommagement

531- تمهيد وتقسيم

التعويض الذي ندرسه هنا هو التعويض الناتج عن المسؤولية التقصيرية والذي ينتج عن الجريمة سواء كانت عمدية أو خطئية (غير عمدية). أو عن الضرر حتى لو كان غير خاضع للمسؤولية الجزائية، ومهما كانت درجة هذا الضرر. ومن الأهمية بمكان دراسة

صورتين للتعويض، صورة التعويض النقدي، وصورة التعويض العيني أو إرجاع الحال إلى ما كانت عليه، أو التعويض بمقابل. وعليه أفرع هذا المطلب إلى الفروع التالية:
الفرع الأول: التعويض العيني، وإرجاع الحال إلى ما كان عليه.
الفرع الثاني: التعويض النقدي
الفرع الثالث: التعويض بمقابل.

532- الفرع الأول: التعويض العيني وإرجاع الحال إلى ما كان عليه.

أساسا يحق للمضرور أن يطلب إصلاح ضرره عينا ويتعين أن يستجاب له في طلبه هذا متى كان ذلك ممكنا في الواقع، وغير مرهق للمدين¹.
إذ الأصل في التعويض أن يكون عينيا بإرجاع الحال إلى ما كان عليه².
ومن أمثلة التعويض العيني الممكن لكنه مرهق للمدين أن يجبر المحكوم عليه بالتعويض العيني إعادة بناء كل عمارة بناها خلافا للمواصفات وذلك لعدم احترام المسافات، فإن ما يصيبه إن ألزم بهدمها يفوق كثيرا في جسامته ما يضايق المحكوم بذلك لصالحه من بقائها على حالها، ويمكن وصف ذلك بالتعسف في استعمال الحق.
ومن أمثلة إرجاع الحال إلى ما كان عليه: حالة ما إذا ألزم أحدهم بعدم شق قناة لمجرى المياه على مساحة أرضية معينة ومع هذا خالف وقام بذلك، أو قام بذلك ابتداء. إرجاع الحال إلى ما كان عليه في هذه الحالة يتم بأن يردم هذه القناة ويزيل كل أثر نجم عنها في هذه القطعة الأرضية³.
والمضرور هو من له حق الاختيار بين التعويض العيني أو إرجاع الحال إلى ما كانت عليه والقاضي يقدر فقط ما إذا كان الأمر ممكنا في الواقع وغير مرهق.

533- الفرع الثاني: التعويض النقدي

في حالة المسؤولية التقصيرية التي هي مجال هذا البحث لا يكون التعويض محددا مسبقا في الغالب كما هو الحال في المسؤولية العقدية. بل يترك الأمر بشأنه للقاضي ليحدده، وله في ذلك طريقان إما أن يقدره جزافا، وهذا في حالات الأضرار البسيطة كالضرر المقدر بعجز لمدة عدة أيام بسبب الضرب أو الجرح العمدي، أما إذا كان الضرر جسيما فإنه يستعين بذوي الخبرة ليحدد له جسامته الضرر أو الأضرار إذا كانت مركبة: مادية ومعنوية وجمالية، وأضرار التألم.
ثم بعد ذلك يلجأ هو إلى التقدير الجزافي للمبالغ المستحقة عن تلك الأضرار⁴.

¹ أنظر المستشار حسين عامر والمستشار عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 285 و286.

² أنظر المادة 132 من القانون المدني الجزائري. والتي تنص على: "يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف ويصح أن يكون التعويض مقسطا كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا. ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدر ويقدر التعويض بالنقد، على أنه للقاضي تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحال إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض بأداء بعض الإعانات تتصل بالعمل غير المشروع".

³ أنظر المستشار حسين عامر والمستشار عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 530.

⁴ أنظر المستشار حسين عامر والمستشار عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية-التقصيرية والعقدية-، دار المعرفة، ط2 لسنة 1979، ص 32 و33.

وبإمكانه أن يستأنس في تقديره للتعويضات ببعض القوانين التي حددت هذه التعويضات. إذا كان الضرر ناشئاً عن غير الأسباب التي بشأنها حدد القانون تلك التعويضات¹. كأن يكون الضرر ناتجاً عن الضرب والجرح العمدى، فللقاضي أن يستأنس بالتعويضات المقدرة في حالة نشوء الضرر عن الإصابة في حادث مرور. وهذا جار به العمل أمام القضاء الجزائري، كما هو جار به العمل في كل من مصر وفرنسا². ويشمل التعويض كل الأضرار، كل ضرر على حده، الضرر الجسماني والضرر الجمالي، وضرر التألم والضرر الأدبي إن كان له محل كذلك، هذا إذا كان الجرم واقعاً على جسم الإنسان. أما إذا كان الجرم واقعاً على ماله فالتعويض يشمل قيمة المال المضرور في ذاته بإرجاع قيمته، كما يشمل قيمة تعطيله عن الانتفاع به والخسائر الناجمة عن ذلك³.

534- الفرع الثالث: التعويض بمقابل

وقد يطلب المضرور التعويض بمقابل، فليس هناك ما يمنعه قانوناً. وتلزم المحكمة المسؤول عن التعويض بشيء معين بالذات بدل إلزامه بمبلغ من المال⁴، وقد ألزمت محكمة السين الفرنسية بحكم 23 يونيو لسنة 1947 المحكوم عليه بأن يعوض المحكوم لصالحه عن إطاراته التي سرقها إطارات من نفس نوع تلك، كما ألزمت محكمة كان الفرنسية أيضاً بحكم 2 مارس 1943 المحكوم عليه بأن يعوض المحكوم لصالحه بسيارة من صنف السيارة المسروقة وبحالتها⁵. وأرى أنه بإمكان القضاء دائماً إذا طلب منه المضرور مثل هذه الطلبات أن يستجيب، وليس من حق القضاء رفض مثل هذه الطلبات. غير أن الحكم بها قد يحدث بعض الإشكالات عند التنفيذ، وهذا موضوع آخر. وبانتهاؤنا من بحث هذا المطلب ننتقل إلى الذي يليه.

¹ أنظر المادة 182 من القانون المدني الجزائري.

² أنظر محمد ابراهيم الدسوقي(المحامي)، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، بدون مكان نشر، بدون سنة نشر، ص 291 وما بعدها.

³ هناك قوانين خارج القانون المدني تحدد التعويضات كقانون المرور الجزائري، وكذلك القوانين المتعلقة بالمناجم وبالصيد وبوكلاء دعاوى في فرنسا.

⁴ أنظر في ذلك محمد ابراهيم الدسوقي(المحامي)، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مرجع سابق، فقرة 61 ص 118 و119.

⁵ أنظر نص المادة 132 من القانون المدني الجزائري والتي تقابل مثل هذا الحكم.

⁵ أنظر المستشار حسين عامر والمستشار عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 531 وهوامشها.

المطلب الثاني أساس سقوط التعويض

Les causes de déchéance de l'indemnisation

535- تمهيد وتقسيم

إذا كان انتفاء الإثم وانتفاء القصد الجنائي هما أساس انتفاء العقاب فإن أساس سقوط وانتفاء التعويض هو انتفاء الخطأ الذي هو أساس التعويض وسببه، والفقه والقضاء استقرا في المدة الأخيرة على أن التعويض أساسه الضرر الناتج عن خطأ عمدي أو غير عمدي تربطه علاقة سببية، وإن كان كل من الفقه والقضاء في المدة الأخيرة ولكثرة الآلات والوسائل الخطرة يتجهان إلى بناء الحق في التعويض على مجرد المخاطر. غير أن موضوعنا بطبيعة مجال بحث التعويض فيه يقوم على القواعد التقليدية وهذا ما سنبحثه في الفرعين الآتيين.

536- الفرع الأول: الخطأ العمدي وغير العمدي

الخطأ العمدي في المسؤولية المدنية يشبه مثيله في المسؤولية الجزائية إلا في بعض الحالات الخاصة كما في جريمة التزوير التي تطلب نية خاصة هي نية الغش¹. أما في حالة الخطأ غير العمدي فقد تردد القضاء في فرنسا مدة طويلة بين جواز التعويض المدني رغم الحكم بالبراءة وعدم جواز ذلك بحجة أن صورها حصرها قانون العقوبات، والحالات الواردة فيه هي كل ما يمكن أن يتصوره العقل، ويرون أن متى انتفى الخطأ الجزائي انتفى معه الخطأ المدني.

ويخالف بعض الشراح فيرون أنه بالإمكان الحكم بالتعويض رغم حكم البراءة، إذ لا يمكن أن تكون جميع الصور الممكنة للخطأ حصرها القانون الجزائي، وهي تلك الأحوال التي لم تبلغ من الجسامة ما يمكن العقاب عليه، أو أن الجريمة حكم بها بالبراءة لعدم توفر الشكل القانوني للتجريم، ولا علاقة لمثل هذا الحكم بالتعويض عن الضرر من وجهة نظر القانون المدني.

وأرى معهم هذا الرأي ولأمر كهذا نصت المادة 316² من قانون الإجراءات الجزائية الجزائي على جواز الحكم في الدعوى المدنية رغم حكم البراءة في الدعوى الجزائية، بقولها: "... ويجوز للمدعي المدني في حالة الحكم بالبراءة كما في حالة الإعفاء أن يطلب تعويض الضرر الناشئ عن خطأ المتهم الذي يخلص من الوقائع موضوع الاتهام".

¹ أنظر المستشار حسين عامر والمستشار عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية، مرجع سابق،، ص 160 و 161.
² نص المادة : " بعد أن تفصل المحكمة في الدعوى العمومية تفصل دون إشراك المحلفين في طلبات التعويض المدني المقدمة سواء من المدعي المدني ضد المتهم أو من المتهم المحكوم ببراءته ضد المدعي المدني، وتسمع أقوال النيابة وأطراف الدعوى، ويجوز للمدعي في حالة البراءة كما في حالة الإعفاء أن يطلب تعويض الضرر الناشئ عن خطأ المتهم الذي يخلص من الوقائع موضوع الاتهام، وفصل في الحقوق المدنية بقرار مسبب".

537- الفرع الثاني: حالات انتفاء الخطأ (وانتفاء الحق في التعويض)

هذه الحالات منها العائدة لحالة الشخص كالصغر والجنون وهي لا تعيننا في موضوعنا هذا.

والتي تعيننا هي الحالات الموضوعية المتمثلة في أسباب الإباحة والتي تنفي عن الفعل صفة التجريم وبالتالي صفة الخطأ، فتنتفي معها المسؤولية المدنية، وهذه الحالات هي المعروفة في القوانين الجزائية بأسباب الإباحة.

ونعيد حصرها هنا للتذكير بها وهي:

الدفاع الشرعي، وممارسة السلطة (أمر القانون أو إذنه) ورضا المجني عليه ويلحق بهذه الحالات في هذا الجانب من المسؤولية (المدنية) حالة الضرورة وما يشبهها وحالة القوة القاهرة وحالة الإكراه الملجئ.

ونطاق انتفاء المسؤولية وبالتالي سقوط التعويض يختلف في هذه الحالات من حالة إلى أخرى، فيتسع نطاقه ليشمل سقوط كامل الحق في أي تعويض ويضيق لينحصر إلى جزء من التعويض فقط ومنح السلطة التقديرية للقاضي في تقديره. وهذا ما سأتناوله في المطلب الآتي.

المطلب الثالث

نطاق سقوط التعويض

538- تمهيد وتقسيم

سقوط التعويض بقيام أسباب سقوط المسؤولية المدنية التقصيرية، الأسباب الموضوعية لا الشخصية، يختلف نطاقها من سبب إلى آخر فمن الأسباب ما يسقط التعويض كلياً، ومنها ما يسقط بعضه ويخول القاضي أن يحكم بتعويض مناسب.

وعليه أفرع هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: السقوط الكلي للتعويض.

الفرع الثاني: السقوط الجزئي للتعويض.

539- الفرع الأول: السقوط الكلي للتعويض

1- الأصل أن الدفاع الشرعي يسقط التعويض كلياً¹ إذ يزيل كل مسؤولية عن فعل المدافع، فالدفاع كما ينفي المسؤولية الجزائية ينفي المسؤولية المدنية. وهذا ما نصت عليه المادة 128 من القانون المدني الجزائري بقولها: «من أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه، أو ماله، أو عن نفس الغير، أو ماله، كان غير مسؤول...».

¹ أنظر الدكتور محمود جلال حمزة، العمل غير المشروع باعتباره مصدراً للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط سنة 1405هـ-1985م، ص 74.

وانظر الدكتور عبد المؤمن مصطفى جمعة قاضي النقص المدني، موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية-التقصيرية والعقدية، الكتاب الأول، ج 1، الهيئة المصرية العامة للكتاب، بدون سنة نشر، ص 60.

= وانظر الدكتور عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي-الخطأ والضرر، منشورات عويدات، بيروت، ط 1 لسنة 1983، ص 169.

وانظر الدكتور سليمان مرقص، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية-القسم الأول، معهد البحوث والدراسات العربية، ط سنة 1971، ص 288.

وهذه المادة تقابلها مواد في القوانين المدنية الأخرى منها المادة 166 مدني مصري¹. وتسقط التعويض عن المدافع وعن الشريك لموضوعية الدفاع الشرعي وحالة التجاوز فيها نتركها للفرع التالي السقوط الجزئي للتعويض.

540-2- إذا كان خطأ المضرور قد استغرق خطأ محدث الضرر فإن ذلك أيضا يسقط الحق في التعويض².

541-3- كما أن تنفيذ القانون بتنفيذ أمر المسؤول الواجب طاعته يسقط التعويض عن الموظف منفذ الأمر، وعلى هذا نصت المادة 129 مدني جزائري بقولها «لا يكون الموظفون والعمال العامون مسؤولين شخصيا عن أعمالهم التي أضرت بالغير إذا قاموا بها تنفيذا لأوامر صدرت إليهم من رئيس متى كانت إطاعة هذه الأوامر واجبة عليهم». ومن البدهة أن المرفق العام هو المسؤول عن تعويض هذا الضرر الذي سقط عن الموظفين أو العمال بأحكام هذه المادة.

542-4- كذلك يسقط التعويض كليا في حالات رضا المجني عليه بالجراحات الطبية وفي الألعاب الرياضية إذا مورس كل ذلك حسب أصوله سواء الجراحة أو الأعمال الرياضية³.

543- الفرع الثاني: السقوط الجزئي للتعويض

توجد حالات نص القانون فيها وتواتر عمل الفقه والقضاء على ذلك بأن يسقط جزئيا التعويض لا كليا وذلك في مثل:

544-1- التجاوز بحسن نية للدفاع الشرعي وفي ذلك تنص المادة 128 من القانون المدني الجزائري والتي تقابلها المادة 166 مدني مصري بقول مادة القانون الجزائري: «...على أن لا يتجاوز دفاعه القدر الضروري وعند الاقتضاء يلزم بتعويض يحدده القاضي». أما التجاوز بسوء نية فجريمة جديدة عليه مسؤولية جزائية ومدنية.

545-2- ما دفعت إليه الضرورة من عمل أحدث ضررا للغير، فلا يلزم محدث الضرر إلا بتعويض يحدده القاضي يراعى فيه ظروفه.

وهذا ما نصت عليه المادة 130 من القانون المدني الجزائري والتي تقابلها المادة 168 مدني مصري ونص المادة من القانون الجزائري هو: «من سبب ضررا للغير ليتفادى ضررا أكبر محدقا به، أو بغيره، لا يكون ملزما إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسبا».

ولا يفوتني أن أنوه إلى أن الحقوق التي سمح القانون بممارستها ويحمي هذه الممارسة هي نفسها سواء في الشريعة السمحة أو في القوانين الوضعية، وتمارس بنفس الشروط والضمانات، وهي أفعال مبررة في كلتا الشرعتين.

¹ أنظر محمد إبراهيم الدسوقي (المحامي)، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مرجع سابق، ص 315. وانظر المستشار محمد وجدي عبد الصمد المستشار بمحكمة النقض، الاعتذار بالجهل بالقانون دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، عالم الكتب، القاهرة، ط 1 لسنة 1987، فقرة 739 ص 931.

² أنظر عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 1، بدون مكان نشر، ط 1 لسنة 1950، فقرة 595 ص 888.

³ أنظر المستشار حسين عامر والمستشار عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية، مرجع سابق، الفقرات من 261 إلى 270، ص من 184 إلى 192.

كما لا يفوتني أن أنوه إلى أن من التعويضات في نظر الشريعة السمحة والتي لم تحدد فيها كيفية معينة ما يمكن احتسابه وتأسيسه على أسس القوانين الوضعية. ولن أمر دون التذكير بأن فتاوى فقهاءنا عبر العصور مادة خام جيدة يمكن تجديد تقعيدها، كما يمكن جعلها في نظريات بالاستناد إلى علمي أصول الفقه ومقاصد الشريعة.

الخاتمة

تتضمن ما توصلت إليه من آراء وما أقترحه من مقترحات بدت لي من خلال خوضي في مادة هذه المذكرة جمعا وتمحيصا ودراسة وتحليلا. وأقول:

أولا بخصوص ما توصلت إليه من آراء. ساندت واستحسننت بها رأيا لغيري أو جئت بها مبتدعا لها في القليل منها.

ثانيا: بخصوص ما أبدي من مقترحات رأيت أنه يتعين علي إبدائها إسهاما مني في تطوير فقه الشريعة السمحة ليساير المستجد مصداقا لكون الشريعة الغراء صالحة لكل زمان .

أولا: ما توصلت إليه من آراء

546- 1- خلصت بشأن تعريف الإباحة والانتقادات الموجهة لها إلى أنه لا وجه لاعتراض الإمام أبوزهرة على الإمام الشوكاني في تعريف هذا الأخير للإباحة بقوله: "إن المباح ما دل الدليل السمعي على خطاب الشارع بالتخيير فيه بين الفعل والترك من غير بدل"، وساندت في ذلك الدكتور محمد سلام مذكور لقوة الحجج التي قدمها، ولكونه هو نفسه حجة، ولعدم وجود تعريف أصوب من تعريفه هذا.

كما رأيت في هذه المسألة أن تعاريف الأئمة الغزالي والبيضاوي والأسنوي لغوية أكثر منها اصطلاحية. (الفقرتان 16 و 17)

ثم خلصت بعد تحليل تعاريف السابقين للإباحة ونقدها إلى اقتراح تعريف رأيت أنه يتوفر على أوصاف الجامع المانع المختصر في غير إخلال بالمقصود، وهو: "المباح ما أطلق للمكلف فعله أو تركه بلا استحقاق ثواب ولا عقاب أو مأخذ فيه". (الفقرتان 18 و 32).

547- 2- انضمت برأيي إلى كل من ابن الشاط ومحمد بن علي بن حسن المكي في نقدهما للإمام القرافي بخصوص وصفه للتخيير بكونه ما يقتضي التسوية ومنه ما لا يقتضيها خروجا منه على إجماع الفقهاء. ورأيت أن قول الإمام القرافي بذلك هو نوصل إليه بمجرد التلاعب بالمعاني حسب تعبير المكي. (الفقرة 36).

548- 3- اختلف مع الشربيني والبرجمي في قولهما بأن الحل الذي تقابله الحرمة، بينهما غيرهما وهو المكروه مستندا في خلافي معهما إلى القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة الذين يقابلان الحل بالحرمة. وأرى مع الجمهور أن المكروه يدخل تحت وصف الحل. (الفقرة 40).

549- 4- رأيي مساندة للدكتور مذكور أن مصطلح الجواز فيما ليس بممتع عقلا والذي قال به صاحب مسلم الثبوت مجرد استعمال لغوي كلامي منطقي لا فقهي. (الفقرة 43).

550- 5- سايرت رأي الشيخ عبد القادر عودة إذ قال بأن الإمام الأعظم (رئيس الدولة) لا يعفى من تطبيق الحكم الجزائي عليه حتى ولو كان جرمه يتعلق بحق من حقوق الله - سبحانه وتعالى - خلافا للإمام أبي حنيفة. (الفقرة 45).

551- 6- اختلف مع الشيخ عودة في نظريته مع من لا يزال ينظر إلى هذه المسألة بنظريته وهي مسألة "دار الإسلام ودار الحرب" وأرى أن هذا المفهوم لم يعد بالإمكان تطبيقه في ظل قيام الأمم المتحدة وانخراط الأمم فيها والتعاقد فيما بينها على أساس ميثاقها. (الفقرة 45).

552- 7- رأيت أن "مسوغات الإباحة" تعني لغويا واصطلاحيا أسباب الإباحة كما ترى ذلك الدكتورة خلود سامي عزارة آل معجون عند ترجمتها للعبارة الفرنسية causes de justification. (الفقرة 51).

553- 8- عرفت الإباحة اصطلاحا بأنها: "حالة التعطيل لنص التجريم تجعل الأفعال المجرمة به مباحة". (الفقرة 51 نفسها).

554- 9- رأيت بأنه يتعين أن يكون الاجتهاد في تفسير النصوص القانونية الجنائية خاصة على أساس قيم المجتمع الذي وضع له النص وإن تقل أو اقتبس من مجتمع آخر له قيم أخرى. (الفقرة 61)

555- 10- رأيت استنادا إلى رأي الفقهاء الألمان بأن مسألة عدم المشروعية صفة جوهرية للجريمة لا مجرد ركن ثابت فيها. (الفقرة 62).

556- 11- رأيت أن يعبر بعبارة "المشروعية الأصلية" لا بعبارة "المشروعية العادية" أسوة بالتعبير "البراءة الأصلية". كما أفضل التعبير "بالمشروعية العائدة" بدلا من "المشروعية الاستثنائية". (الفقرة 63).

557- 12- رأيت اتباع الدكتورة آل معجون في ذهابها مع الفريق القائل بكون المشروعية الأصلية تتميز عن المشروعية العائدة حتى تتميز أسباب الإباحة عن موانع العقاب، وأرى أن النوعين من المشروعية يتميز بعضهما عن بعض، حتى بحسب وصفهما علاوة على أن هذا التمييز يعطي الفرصة للتطبيق السليم للقانون. (الفقرة 64).

558- 13- اعتمدت مع كل من الدكتورتين عبد الستار وآل معجون في الفقه العربي القائلتين بكون عدم المشروعية ذاتي، وقد قال بذلك بعض الفقهاء الغربيين من أمثال هافنروشتوش. (الفقرة 68).

559- 14- رأيت بشأن ذوي الحصانة أن الرأي القائل بغل يد القضاء الوطني دون الممتنعين بالحصانة من وطنيين وأجانب رأي وجيه ولا عبرة أن يكون إعفاءهم بسبب الحصانة أو نتيجة لها، وهذا ليس إلا خلافا لفظيا لا تترتب عليه نتيجة قانونية. (الفقرة 86).

560- 15- اقترحت للجهل التعريف الآتي: "عدم العلم بما من شأنه فطريا العلم به". (الفقرة 107).

561- 16- رأيت أن تعريف الشيخ أبوزهرة للغلط بقوله: "أن يقصد شخصا معينا بالأذى فيكون الأذى على غيره" هو الأصلح والأوفق في مجال القانون الجنائي، ومنه بحثنا هذا. ورأيت تحويل هذا التعريف ليصبح في نظري: "قصد شخص معين بالأذى فيصاب غيره". (الفقرة 108).

562- 17- رأيت انضماما إلى الجمهور خلاف لأبي حنيفة أن تطبق أحكام الشريعة على الذميين في الدولة الإسلامية، لأن هذا أكثر تماشيا مع مقصد الشريعة الغراء في توفير الاستقرار والأمن والأمان في المجتمع المسلم وحمايته من الفساد، والقاعدة أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين، عدا ما يحل لهم دينهم أن يمارسوه، مع احترام باقي المجتمع المسلم في مشاعره الدينية وأمنه وسلامته، وللمقنن في بلد الإسلام أن يقنن لهم ما يمكن لهم عمله وما لا يمكن لهم في إطار مبدأ إقليمية القوانين دون المساس بحرياتهم الأساسية، ومراعاة لمبدأ حيث نبدا حرية تنتهي حرية. (الفقرة 161).

563- 18- رأيي خلافا للمعتزلة الذين يؤول رأيهم إلى أنه ما لم يثبت زوال العقل فإن الإنسان مسؤول ويعاقب عن خطئه، لتشدد رأيهم هذا، وهو مبني على تحكيم العقل على النص، ثم أنه من الناس من يحسن القبح ويقبح الحسن، وهذا مبلغ عقله. والأصوب أن تراعى القرائن كما ذهب أهل السنة والجماعة بكل موضوعية فإن كان من أخطأ حديث العهد بالإسلام أو بعيد الدار، يجب أن يراعى ذلك في خطئه كقرينة على جهله حكم الدين.(الفقرة 173).

564- 19- عرفت الجهل بالإباحة بقولي: "هو ارتكاب الفعل بقصد جنائي كامل الشروط جهلا بأنه مستوف لشروط التبرير" بعد انتقادي للتعاريف التي حصرتها قبل ذلك.(الفقرة 190)

565- 20- كما عرفت الغلط في الإباحة بقولي: "نصور الفاعل خطأ وجود سبب مبيح لفعله المجرم".(الفقرة 196).

566- 21- ساندت الدكتور محمود مصطفى في قوله بأن القانون يجب أن لا يكون عنصرا في القصد الجنائي، إذ يرى أن ذلك يتصادم مع مقولة: "لا يعذر أحد بجهله القانون". (الفقرة 205).

567- 22- حبذت لو ينص في قانون العقوبات الجزائي متى تم فيه التعديل على تأثير الجهل والغلط على العقوبة والإباحة حماية للحقوق والحريات، وإعمالا لمبدأ "أن يفلت مجرمون من العقاب أحسن من إدانة بريء".(الفقرة 214 و 215).

568- 23- ذهبت مع الدكتور علام بشأن الشك والنسيان ومقارنتهما بالجهل والغلط للأسباب التي بنى عليها رأيه، ورأيت أن المجلس القضائي الأعلى(المحكمة العليا حاليا) سبق له في تاريخ 02-04-1968 أن ذهب في هذا الاتجاه بشأن الشك في وقائع يفترض القانون العلم بها كالشك إن كان المال المخفي ناتج من سرقة.(الفقرات 218 و 219 و 220).

569- 24- حبذت الرأي المخالف لمدرسة الامتناع النفسي التي يذهب بعض أتباعها إلى القول بأن القصد الجنائي لا يتحقق إلا بالعلم بالقاعدة الجنائية وعقوبتها وقلت بوجود وجود النص الذي يعرف القاعدة الجنائية دون اشتراط معرفة الجاني بالعقوبة مسبقا. ولمعرفة النص المعاقب يتعين على المقتنين علاوة على تحديده تحديد مفهوم الجهل والغلط المؤثرين على المسؤولية الجنائية حتى يقوم القصد الجنائي.(الفقرة 230).

570- 25- مساندتي لرأي الدكتور علام في حكمه على ان الخلاف بين الفقهاء بشأن أثر الجهل والغلط الحتميين على الجريمة مجرد خلاف يفضي لأنهم توصلوا جميعا في النهاية إلى أنهما ينفيان الجريمة بنفيهما ركنها المادي.(الفقرة 253).

571- 26- ورأيت معهما (الدكتور علام والدكتور محمود نجيب حسني) في اتجاههما مع الفقه الفرنسي خلافا للألماني إلى أن جهل الجاني أو غلظه في الظروف المشددة أو المخففة للجريمة لا أثر له في تقدير العقوبة له.

572- 27- رأيت مع الدكتور علام بأنه لا تأثير لعلم أو عدم علم الفاعل الأصلي أو الشريك في الجريمة بظروف صاحبه إذ هذه الظروف جزء من ماديات الجريمة، ولا تأثير كذلك لغلظه فيها.(الفقرات 268 و 271 و 272 و 273).

573- 28- رأيي مع الدكتور علام أن الطبيب إذا أجرم جرماً كان به شريكاً لغيره غير ما إذا كان اشتراكه بوصفه طبيباً فيؤخذ على هذا الأساس. أما إذا كان اشتراكه كإنسان عادي، فيعاقب على هذا الأساس ولو في جريمة إجهاض. (الفقرة 277).

574- 29- اختلف مع الدكتور علام في قوله بكون انتفاء مسؤولية الجاهل والغالط لانعدام إرادتهما، وأذهب مع القائلين بأن سبب انتفاء مسؤوليتهما لعدم الارتكاب المادي بين الجاني والواقع. (الفقرة 287).

575- 30- رأيت أن ما يجب أن يكون أساساً للمساءلة عن الجرائم المتجاوزة القصد هو النية الآثمة المنطلق منها فعل الجاني ابتداءً. (الفقرة 323).

576- 31- رأيي أن الضمان (التعويض) لا يسقط إلا في حالة الدفاع الشرعي القائم الشروط ودون تجاوزه بسوء نية أو في رضا المجني عليه.

أما في باقي أسباب الإباحة فتطبق قاعدة العمد والخطأ في الإضرار بالغير سواء. (الفقرة 344).

577- 32- أرى أن أبا حنيفة لما قال بسقوط الحد عن الباغي المتأول مخالفاً بذلك الجمهور قول أثاب به هذا الباغي الذي كان حرياً أن يعاقب، وأن يضمن.

وقول الجمهور عندي هو الموافق لأحكام الشريعة والمحقق لمقاصدها. (الفقرة 344)

578- 33- رأيت بشأن من جهل الإباحة وقام بالفعل أن يعامل على أساس ارتكابه جريمة خطئية فيعاقب على ذلك الأساس وينظر في الحكم عليه بالتعويض مع مراعاة خطئه.

وكذا الأمر في حالة المخطئ فيها (الغالط)، ولا يعفى من كلتا المسؤوليتين معاً إلا المدافع شرعاً.

وأرى أن على المقننين تبين ذلك بنصوص صريحة. (الفقرتان 373 و 378).

579- 34- بينت تطرف المعتزلة في تحكيمهم العقل على حساب النصوص الشرعية، وأنهم يعمدون في سبيل ذلك حتى إلى تكذيب الصحابة رضوان الله عليهم- إذا خالف ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم مذهبهم العقلي، وأنهم يؤولون حتى أي القرآن العظيم حسب ما تقضي به عقولهم، وأنه لذلك كان لا بد من أشعرية تحد من غلوهم. (الفقرة 394).

580- 35- توصلت بعد التحليل إلى أن كلا من مذاهب الجبرية والقدرية والأشاعرة تلنقي حول ثبوت القدرة والإرادة للإنسان، والتي بناء عليها يتحمل المسؤولية، وإنما كل يصل إلى ذلك عبر طريقه، ويقول بحسب تصور مذهب، منهم من يطلق القول ومنهم من يقيد، ومن يوفق بين هذا وذاك. (الفقرات 400 و 401 و 402 و 403 و 404).

581- 36- تبين تعريف الدكتور بكر بن عبد الله أبو زيد القائل: التعزير هو: "التأديب في كل معصية لا حد فيها ولا كفارة" للأسباب التي بنى عليها رأيه. وأضيف أن تعريفه هنا تجنب الحشو والشروح التي تخل به. (الفقرتان 443 و 444).

582- 37- تبين تعريف الإمام الشوكاني للضمان بقوله هو: "عبارة عن غرامة التالف" لشموله تعويض كل شيء، وكل تعويض. (الفقرتان 466 و 468).

583- 38- انتهيت إلى القول بأن انتفاء القصد الجنائي أساس لانتهاء المسؤولية الجنائية، ومن ورائها المسؤولية المدنية أحياناً. (الفقرتان 501 و 505).

584- 39- رأيي بخصوص سقوط أو عدم سقوط المسؤولية الجنائية عن الجاهل بالإباحة أو الغالط فيها: أن يترك أمر ذلك للقضاء ليقدر ما إذا كان الجهل أو الغلط بحسن نية أو برعونة أو بسوء نية بعد التحقيق والتحري، وأن يحدد ما إذا كان المتبوع أثماً أم غير

آثم، وأن ينظر في أمر شريكه، إذ لا يعقل أحيانا أن يبرأ الفاعل الأصلي ويدان الشريك. (الفقرة 515).

585-40 رأيت أن ما يعرف في أصول الفقه بالاستصحاب يمكن أن يتخذ أساسا لانتفاء المسؤولية سواء الجنائية أو المدنية رغم الجهل بالإباحة أو الغلط فيها (الفقرة 426 و430).

ثانيا: ما أبدية من مقترحات

586-1- أن تكثف البحوث والدراسات العلمية الجادة في تراثنا الفقهي العظيم، لإعادة صياغته بأسلوب سهل ميسر معاصر حتى يقرب للفهم وللتدبر فيه أكثر، حتى من غير المسلمين، خدمة للإنسانية التي لم تنكره في مؤتمرات فقائها بل تقر بكونه مصدرا هاما للتشريع.

587-2- صياغة كل هذا التراث الفقهي إلى مواد على غرار المجلة العثمانية، سواء في الدماء والأعراض أو المعاملات من ما بين الأشخاص فيما بينهم إلى ما بين الدول فيما بينها. وترجمة هذه المواد إلى مختلف اللغات بغرض تقديمه إلى العالمين، كما تقتضي الشريعة الغراء المنزلة إليهم.

588-3- تأليف نظريات في هذا الفقه في كل موضوع يمكن أن تصاغ فيه نظرية تجمع شتات مفرداته من بطون الكتب القديمة، على غرار نظرية الإباحة، ونظرية الضرورة الشرعية، ونظرية الجريمة، ونظرية العقوبة، وأن يترجم كل ذلك إلى لغات العالمين خدمة للدين و الإنسانية.

589-4- بعث صياغة للقواعد الفقهية في كل مجالات الفقه الجنائي، وفقه المعاملات، وترجمتها إلى لغات العالمين خدمة لهم ولهذا الدين.

590-5- إنشاء مخابر للبحث في الفقه الإسلامي يحشد لها الفقهاء خاصة- من مختلف المذاهب، وما يلزم كل موضوع من علماء العلوم غير الشرعية الذين يحتاج الفقهاء إلى علمهم للوصول إلى حكمهم الفقهي.

591-6- تكثيف البحث والحوار بين جناحي الأمة الإسلامية سنة وشيعة بهدف الثبات على الشريعة وترك ونبد البدعة، والاستفادة من كل حل فقهي نابع من هذه الشريعة الغراء، وإفادة الإنسانية به أيا كان من استنبطه من المنبع الأصلي طالما كان أصله التنزيل من الحكيم الحميد.

592-7- تكثيف البحوث والحوار بين أهل الديانات السماوية لغرض التزام شرع الله- سبحانه وتعالى- ونبد وترك ما ابتدعه البشر مخالفا له وخروجا عليه، في إطار قوله سبحانه وتعالى: "إن الدين عند الله الإسلام".

593-8- إعادة بعث هيئة إسلامية -أكثر تمكينا من الصلاحيات من المؤتمر الإسلامي- على غرار الخلافة تكون الموحد لكلمة المسلمين، والمحددة للأحكام الفقهية لهم جميعا في إطار من تحديد القواعد الكلية وترك التفاصيل الجزئية كل يحددها حسب ظروفه وظروف بلده. وتوحد كلمة المسلمين تجاه غيرهم بخصوص المبادئ العامة للتشريعات والقوانين والسياسات التشريعية، من غير إلغاء لقوميات المسلمين.

وأن تشكل هذه الهيئة وتسير ديمقراطيا عن طريق انتخابات دورية بين الكفاءات المتطلبة لتشكيلها لا بين الدول ولا حتى الشعوب أو الطوائف أو المذاهب.

وأرى أن النصرانية بالذات ما ثبتت وانتشرت كدين وحضارة- وما تقوى أهلها إلا بفضل وجود الكنيسة كمرجع روحي يجمع بينهم. وأرى أن الكنيسة نفسها والديانة النصرانية يرجع الفضل في بقائها وانتشارها للتنظيم الكليروسي. فالتنظيم ثم التنظيم ثم التنظيم.

594- 9- أقترح أن يستحدث في كل جامعات الدول الإسلامية مقياس لمقارنة النظم والقوانين الوضعية مع الشريعة الغراء، على مستوى كليات الشريعة والحقوق والاقتصاد والاجتماع وعلم النفس والعلوم التربوية، وأن يكون المقياس في كل من تلك الكليات رئيسي حتى تكرر هذه المقارنة عالميا.

595- 10- العمل على استحداث في الجامعات العالمية العريقة لكرسي لهذه المقارنة على غرار كراسي العلوم اللاهوتية ومقارنة الأديان.

596- 11- وللأمانة العلمية والموضوعية التي يقتضيها مني البحث العلمي، أقرر أنني لم أعثر خلال بحثي على فتاوى أو أقوال لفقهاء الشريعة الغراء، ولا على أحكام قضائية وطنية أو أجنبية تناولت وقائع كان فيها الجاني جاهلا أنه في حالة إباحة أو غالطا في ذلك، وهو يعتقد أن فعله مجرما، وكل ما توصلت إليه إمكان حدوث ذلك، والأمر متروك لاجتهاد الباحثين. وما قدمت من مادة قد يستأنس بها القضاة متى أثبتت أمامهم الدفوع بأن المتهم في حالة إباحة وإن جهلها أو غلط في ذلك. ومثل هذه الدفوع مما يتعين على القضاء إثارتها تلقائيا إعمالا لمبدأ البراءة الأصلية والمعبر عليه من قبل في الشريعة الغراء: الأصل في الأشياء الإباحة وفي الذمم البراءة.

والله من وراء القصد وهو يهدي السبيل

فهرس الآيات

- «..فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليها فيما افتدت به...» الآية رقم 229 عند ورش من سورة البقرة(2).....13
- «فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض وابتغوا من فضل الله...» الآية رقم 10 من سورة الجمعة(62).....14
- «..كلوا واشربوا حتى يتبين الخيط الأبيض من الأسود من الفجر...» الآية 185-187 عند ورش من سورة البقرة(2).....14
- «...فلا جناح عليها فيما افتدت به» الآية رقم 227-229 عند ورش من سورة البقرة(2).....14
- «فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة» الآية رقم 91/89 عند ورش من سورة المائدة(5).....21
- «...فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة...» الآية 100/101 عند ورش من سورة النساء(4).....21
- «يا أيها المزمّل قم الليل إلا قليلا نصفه أو انقص منه قليلا أو زد عليه ورتل القرآن ترتيلا» الآية رقم 01 من سورة المزمّل(73).....22
- «...يحل لهم الطيبات ويحرم عنهم الخبائث...» الآية 157 من سورة الأعراف(7).....22
- «...كل الطعام كان حلا لبني إسرائيل إلا ما حرم إسرائيل على نفسه...» الآية 93 من سورة آل عمران(3).....22
- «يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك...» الآية 1 من سورة التحريم(66).....22
- «ولا تقولوا لما تصف ألسنتكم الكذب هذا حلال وهذا حرام...» الآية 116 من سورة النحل(16).....22
- «قل أرأيتم ما أنزل الله لكم من رزق فجعلتم منه حراما وحلالا...» الآية 59 من سورة يونس(10).....23
- «ولا تستبدلوا الخبيث بالطيب» الآية 2 من سورة النساء(4).....24
- «...فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلا» الآية 58 و59 عند ورش من سورة النساء(4).....24
- «إن الحكم إلا لله يقص الحق وهو خير الفاصلين» الآية 57/58 عند ورش من سورة الأنعام(6).....28
- «إن الحكم إلا لله أمر ألا تعبدوا إلا إياه» الآية 40 من سورة يوسف(12).....28
- «إن الحكم إلا لله عليه توكلت وعليه فليتوكل المتوكلون» الآية 67 من سورة يوسف(12).....28
- «ولا تعلمونهم الله يعلمهم» الآية 60-61 عند ورش من سورة الأنفال(8).....61
- «قال يا ليت قومي يعلمون بما غفر لي ربي» الآية 25-26 عند ورش من سورة يس(36).....61
- «فإن علمتموهن مؤمنات» الآية 10 من سورة الممتحنة(60).....61

- 63.....-«أتوا الزكاة» الآية رقم 42-43 عند ورش من سورة البقرة(2).
- 63.....-«ولا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى» الآية 43 من سورة النساء(4).
- 64.....-«ولا تموتن إلا وأنتم مسلمون» الآية 102 من سورة آل عمران(3).
- 68.....-«ولا تنسوا الفضل بينكم» الآية 237 عند ورش من سورة البقرة(2).
- 72.....-«ذلك أن لم يكن ربك مهلك القرى بظلم وأهلها غافلون» الآية 131-132 عند ورش من سورة الأنعام(6).
- 72.....-«وما كان ربك ليهلك القرى بظلم وأهلها مصلحون» الآية 117 من سورة هود(11).
- 72.....-«...وكانوا مجرمين» الآية 116 من سورة هود (11).
- 72.....-«... وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا» الآية 15 من سورة الإسراء(17).
- 72.....-«وما كان ربك مهلك القرى حتى يبعث في أمها رسولا يتلوا عليهم آياتنا وما كنا مهلكي القرى إلا وأهلها ظالمون» الآية 59 من سورة القصص(28).
- 72.....-«لا يكلف الله نفسا إلا وسعها لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطانا ربنا ولا تحمل علينا إصرا كما حملته على الذين من قبلنا ربنا ولا تحملنا ما لا طاقة لنا به واعف عنا واغفر لنا وارحمنا أنت مولانا فانصرنا على القوم الكافرين» الآية 285-286 من سورة البقرة (2).
- 72.....-«...وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم...» الآية 5 من سورة الأحزاب(33).
- 73.....-«وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنا خطأ» الآية 91-92 عند ورش من سورة النساء(4).
- 73.....-«...نحن نرزقهم وإياكم إن قتلهم كان خطأ كبيرا...» الآية 31 من سورة الإسراء(27).
- 73.....-«...واستغفري لذنبك إنك كنت من الخاطئين» الآية 29 من سورة يوسف(12).
- 73.....-«...إن فرعون وهامان وجنودهما كانوا خاطئين» الآية 7-8 عند ورش من سورة القصص(28).
- 73.....-«ومن يكسب خطيئة أو إثما ويرم به بريئا...» الآية 111-112 عند ورش من سورة النساء(4).
- 77.....-«وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنا إلا خطأ...» الآية 91 من سورة النساء (4).
- 77.....-«ومن يقتل مؤمنا متعمدا...» الآية 91 من سورة النساء (4).
- 77.....-«ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا إذا ما اتقوا وآمنوا وعملوا الصالحات ثم اتقوا وآمنوا ثم اتقوا وأحسنوا، والله يحب المحسنين» الآية 93-95 عند ورش من سورة المائدة(5).
- 87.....-«فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون» الآية 7 من سورة الأنبياء(21).
- 88.....-«ولا تقف ما ليس لك به علم» الآية 36 من سورة الإسراء(17).
- 88.....-«وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا» الآية 15 من سورة الإسراء(17).
- 89.....-«وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا» الآية 15 من سورة الإسراء(17).
- 90.....-«وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا» الآية 15 من سورة الإسراء(17).

- «وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص...» الآية 45-47 عند ورش من سورة المائدة
- (5).....156
- «إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم» الآية 34-36
- عند ورش من سورة المائدة (5).....160
- «قل لن يصيبنا إلا ما كتب الله لنا...» الآية 51 من سورة التوبة (9).....174
- «كذلك يضل الله من يشاء ويهدي من يشاء» الآية 188 من سورة الأعراف (7)....174
- «قل لا أملك لنفسي نفعا ولا ضرا إلا ما شاء الله...» الآية 49 من سورة يونس (10)....
- 174.....
- «ولو شئنا لآتينا كل نفس هداها ولكن حق القول مني لأملأن جهنم من الجنة والناس أجمعين» الآية 13 من سورة السجدة (32).....174
- «ولا ينفعكم نصحي إن أردت أن أنصح لكم إن كان الله يريد أن يغويكم هو ربكم وإليه ترجعون» الآية 34 من سورة هود (11).....174
- «ولقد بعثنا في كل أمة رسول أن اعبدوا الله واجتنبوا الطاغوت فمنهم من هدى الله ومنهم من حقت عليه الضلالة...» الآية 36 من سورة النحل (16).....174
- «إن الذين كفروا سواء عليهم أأنذرتهم أم لم تنذرهم لا يؤمنون، ختم الله على قلوبهم وعلى سمعهم وعلى أبصارهم غشاوة ولهم عذاب عظيم» الآية 5 و6 من سورة البقرة (2).....174
- «فمن يرد الله أن يهديه يشرح صدره للإسلام ومن يرد أن يضله يجعل صدره ضيقا حرجا كأنما يصعد في السماء» الآية 25-26 عند ورش من سورة الأنعام (6).....174
- «فأما من أعطى واتقى وصدق بالحسنى فسنيسره للعسرى، وأما من بخل واستغنى وكذب بالحسنى، فسنيسره للعسرى» الآية 5 و6 و7 و8 و9 و10 من سورة الليل (92).....175
- «إنا كل شيء خلقناه بقدر» الآية 49 من سورة القمر (54).....176
- «قل لن يصيبنا إلا ما كتب الله لنا...» الآية 51 من سورة التوبة (9).....176
- «وربك يخلق ما يشاء ويختار ما كان لهم الخيرة...» الآية 68 من سورة القصص (28).....176
- «ما أصاب من مصيبة في الأرض ولا في أنفسكم إلا في كتاب من قبل أن نبرأها إن ذلك على الله يسير» الآية 21-22 عند ورش من سورة الحديد (57).....176
- «يا أيها الذين آمنوا لم تقولون ما لا تفعلون» الآية 2 من سورة الصف (61).....176
- «جزاء بما كانوا يعملون» الآية 24-26 عند ورش من سورة الواقعة (56).....176
- «الذين آمنوا وعملوا الصالحات» الآية 29-30 عند ورش من سورة الرعد (13)....176
- «...ولا تحملنا ما لا طاقة لنا به...» جزء من الآية 285-286 عند ورش من سورة البقرة (2).....176
- «ومن يعمل سوءا أو يظلم نفسه ثم يستغفر الله يجد الله غفورا رحيمًا، ومن يكسب إثما فإنما يكسبه على نفسه وكان الله عليما حكيما» الآيتان 110 و109-110 و110
- عند ورش من سورة النساء (4).....178

- «هنالك تبلو كل نفس ما أسلفت...» الآية 30-31 عند ورش من سورة يونس(10).....179
- «قل يا أيها الناس قد جاءكم الحق من ربكم فمن اهتدى فإنما يهتدي لنفسه ومن ضل فإنما يضل عليها وما أنت عليهم بوكيل» الآية 108 من سورة يونس(10).....179
- «قد جاءكم بصائر من ربكم فمن أبصر فلنفسه ومن عمي فعليها» الآية 104-105 عند ورش من سورة الأنعام(6).....179
- «وقل الحق من ربك فمن شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر...» الآية 28-29 عند ورش من سورة الكهف(18).....179
- «من عمل صالحا فلنفسه، ومن أساء فعليها وما ربك بظلام للعبيد» الآية 45/46 عند ورش من سورة فصلت(41).....179
- «كل نفس بما كسبت رهينة» 38/41 عند ورش من سورة المدثر(74).....179
- «إنا هدينه السبيل إما شاكرا وإما كفورا» الآية 3 من سورة الإنسان(76).....179
- «...فما كان الله ليظلمهم ولكن كانوا أنفسهم يظلمون» الآية 71 من سورة التوبة(9).....179
- «إن الله لا يظلم الناس شيئا ولكن الناس أنفسهم يظلمون» الآية 44/45 عند ورش من سورة يونس(10).....181
- «...ولا ظلم اليوم» الآية 16/17 عند ورش من سورة غافر(40).....181
- «...وما الله يريد ظلما للعباد» الآية 31/33 عند ورش من سورة غافر(40).....181
- «...وما ربك بظلام للعبيد» الآية 45/46 عند ورش من سورة فصلت(41).....181
- «...ولا يرضى لعباده الكفر...» الآية 8/9 عند ورش من سورة الزمر(39).....181
- «تنزيل من حكيم حميد» الآية 41/42 عند ورش من سورة فصلت(41).....181
- «...وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا...» الآية 7 من سورة الحشر(59).....181
- «...لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاها...» الآية 7 من سورة الطلاق(65).....189
- «ما فرطنا في الكتاب من شيء...» الآية 39/38 عند ورش من سورة الأنعام(06).....189
- «...اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً...» الآية 4/3 عند ورش من سورة المائدة(5).....189
- «...وأمنتم برسلي وعزرتموهم...» من الآية رقم 12 من سورة المائدة (05).....208
- «...وتعزروه وتوقروه...» من الآية رقم 9 من سورة الفتح(48).....208
- «فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم...» الآية رقم 194 من سورة البقرة(2).....215
- «وإن عاقبتهم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به» الآية رقم 126 من سورة النحل(16).....215
- «وجزاء سيئة سيئة مثلها» الآية رقم 40 من سورة الشورى(42).....215
- «كل نفس بما كسبت رهينة» الآية 38 من سورة المدثر(74).....220

فهرس الأحاديث

- 18.....«ثلاثة لا يمنعن: الماء والكأ والنار».....
 -«أما إني والله لا أحل حراما ولا أحرم حلالا لكن لا تجتمع بنت عدو الله وبنت نبي الله».
 23.....
 23.....«المسلمون على شروطهم، إلا شرطا حرم حلالا أو حلل حراما».....
 23.....«أبغض الحلال عند الله الطلاق».....
 -«إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان، وما استكرهوا عليه».....
 73.....
 73.....«إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان، وما استكرهوا عليه».....
 75.....«إنما الأعمال بالنيات».....
 75.....«لعلك قبلت أو غمزت أو نظرت».....
 81.....«أنت ومالك لأبيك».....
 88.....«طلب العلم فريضة على كل مسلم».....
 88.....«إن الله رفع عن أمتي الخطأ والنسيان، وما استكرهوا عليه».....
 -«إن أحدكم يجمع في بطن أمه أربعين يوما، يكون علقه مثل ذلك، ثم مضغة مثل ذلك، ثم يبعث الله ملكا فيؤمر بأربع، برزقه، وأجله، وشقي أو سعيد، فوالله إن أحدكم-أو الرجل- ليعمل بعمل أهل النار، حتى ما يكون بينه وبينها غير باع، أو ذراع، فيسبق عليه الكتاب، فيعمل بعمل أهل الجنة فيدخلها، وإن الرجل ليعمل بعمل أهل الجنة، حتى ما يكون بينه وبينها غير ذراع أو ذراعين، فيسبق عليه الكتاب، فيعمل بعمل أهل النار فيدخلها»
 175.....
 ما رواه علي بن أبي طالب إذ قال: «كان رسول الله صلى الله عليه وسلم جالسا وفي يده عود ينكت به، فرفع رأسه فقال: ما منكم من نفس إلا وقد علم منزلها من الجنة والنار، قالوا: يا رسول الله فلم نعمل؟ أفلا نتكل؟ قال: لا إعملوا، فكل ميسر لما خلق له».
 175.....
 -وما روته أم المؤمنين عائشة، إذ قالت: «دعي رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى جنازة صبي من الأنصار فقلت يا رسول الله: طوبا لهذا العصفور، من عصافير الجنة، لم يعمل السوء ولم يدركه، قال: أو غير ذلك يا عائشة، إن الله خلق للجنة أهلا، خلقهم لها وهم في أصلاب آبائهم، وخلق للنار أهلا، خلقهم لها وهم في أصلاب آبائهم».....
 175.....
 -«حيف القلم ما أنت لاق».....
 -«أول ما خلق الله تبارك وتعالى القلم، ثم قال له: أكتب، فقال: وما أكتب؟ قال: فاكتب ما يكون وما هو كائن إلى أن تقوم الساعة».....
 175.....
 -«الشقي من يشقى في بطن أمه والسعيد من وعظ بغيره».....
 175.....
 -«لا يؤمن عبد حتى يؤمن بالقدر، خيره وشره».....
 175.....

- «ما بلغ عبد حقيقة الإيمان حتى يعلم أن ما أصابه لم يكن ليخطئه وما أخطأه لم يكن ليصيبه».....175
- «اعتقوا عنه رقبة يعتق الله تعالى بكل عضو فيها عضوا منه من النار».....212
- «لا ضرر ولا ضرار».....215
- «طعام بطعام وإناء بإناء».....216
- «من وقف دابة في سبيل من سبل المسلمين، أو في سوق من أسواقهم، فأوطأت بيد أو رجل فهو ضامن».....216

قائمة المصادر والمراجع

أولا-المصادر

أ-القرآن العظيم على روايتي حفص وورش وتفسيره

- 1-المصحف الشريف على روايتي حفص وورش.
- 2- الراغب الأصفهاني أبي القاسم الحسين بن محمد المتوفى سنة 502هـ، المفردات في غريب القرآن، طبعة الحلبي لسنة 1970.
- 3- الزمخشري، تفسيره (الكشاف) ج1، دار المصحف، دون مكان نشر، ط2 لسنة 1977/1397.
- 4- محمد الطاهر بن عاشور، تفسيره التحرير والتنوير، ج8، الدار التونسية للنشر، طبعة 1984.

ب-المعاجم والقواميس

- 1-إبراهيم أنيس وآخرين، المعجم الوسيط، بإشراف حسين علي عطية ومحمد شوقي أمين، مطابع دار المعارف بمصر، طبعة 2، بدون سنة نشر.
- 2-إبراهيم مصطفى وحامد عبد القادر وأحمد حسن الزييات ومحمد علي النجار، المعجم الوسيط، ج1، نشر مجمع اللغة العربية بالقاهرة، مطبعة مصدر، طبعة سنة 1381هـ-1961م.
- 3-ابن المنظور(الإمام)أبو الفضل جمال الدين محمد المصري المتوفى سنة 711هـ، لسان العرب، ج4، دار بيروت للطباعة والنشر، بدون سنة نشر.
- 4-أحمد رضا، معجم متن اللغة، ج4، مكتبة الحياة، بيروت، سنة 1377هـ.
- 5-الأنصاري جمال الدين محمد بن مكرم المتوفى سنة 711هـ، لسان العرب، الدار المصرية للتأليف والترجمة، بدون سنة نشر.
- 6-بيرستين كازيمرسكي(الأستاذ الدكتور)، قاموس اللغتين العربية والفرنسية، ج1، مطبعة لبنان، بيروت، بدون سنة نشر.
- 7-التهانوي، كشاف اصطلاحات الفنون، ج3، دار صادر، بيروت، بدون سنة نشر.
- 8-الرازي(الشيخ الإمام) محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، مختار الصحاح، دار المعاجم، لبنان، طبعة سنة 1995م.
- 9-الراغب الأصفهاني حسين بن محمد بن الفضل أبو القاسم المتوفى سنة 502هـ أو 500هـ، المفردات، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة نشر.
- 10-ر.تركي وم.كبابي، قاموس قانوني فرنسي-عربي، مع نماذج للعرائض القضائية، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، بدون سنة نشر.

- 11- الزبيدي محمد مرتضى ، القاموس، ج2، بدون مكان نشر، طبعة1، لسنة 1306هـ
- 12- سعدي أبوجيب، القاموس الفقهي، لغة واصطلاحا، دار الفكر، طبعة 1 سنة 1402هـ- 1982م.
- 13- صادق قنبي، معجم لغة الفقهاء، دار الفكر، ط1، سنة 1405هـ- 1985م.
- 14- الفيروز آبادي مجد الدين محمد بن يعقوب المتوفى سنة 817هـ، القاموس المحيط، دار الفكر العربي، بيروت، طبعة سنة 1398هـ- 1978م.
- 15- الفيومي المغربي أحمد بن محمد بن علي المتوفى سنة 77هـ، المصباح المنير، ج1، طبعة الحلبي لسنة 1950م.
- 16- محمد رواس قلججي و حامد صادق قنبي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، طبعة 1405هـ- 1985م.
- 17- المعجم القانوني، وزارة العدل الجزائرية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 1992.

ثانيا-المراجع باللغة العربية

أ-الكتب

- السنة النبوية الشريفة وشروحها
- 1- ابن حجر العسقلاني، الدراية في تخريج أحاديث الهداية، ج2، تحقيق عبد الله هاشم اليماني المدني، دار المعارف، بيروت، دون سنة نشر.
- 2- ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني المتوفى سنة 275هـ، سننه، دون مكان نشر، دون سنة نشر.
- 3- أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي المتوفى سنة 275هـ، سننه، دون مكان نشر، دون سنة نشر.
- 4- الإمام البخاري أبو عبد الله محمد بن اسماعيل بن ابراهيم بن المغيرة بن بزويه الجعفي المتوفى سنة 256هـ، الجامع الصحيح، ج7، القاهرة، طبعة سنة 1978م.
- 5- الإمام الترمذي أبو عيسى محمد بن عيسى المتوفى سنة 259هـ، سننه، بدون مكان نشر، بدون سنة نشر.
- 6- الإمام أحمد بن حنبل الشيباني العربي المتوفى سنة 241هـ، مسنده، الأجزاء 2 و 5 و 6، القاهرة، طبعة سنة 1313هـ- 1859م.
- 7- العزيزي علي بن أحمد المتوفى سنة 1070هـ، السراج المنير، شرح الجامع الصغير ومعه الجامع الصغير، ج2، المطبعة الخيرية، مصر، طبعة سنة 1375هـ- 1956م.
- 8- الشوكاني محمد بن علي بن محمد المتوفى سنة 1250هـ، نيل الأوطار(شرح منتقى الأخبار)، ج5، الطبعة العثمانية المصرية، دون سنة نشر.

- أصول الفقه

- 1-الأسنوي(الإمام) جمال الدين عبد الرحيم المتوفى سنة 772هـ، نهاية السؤل في شرح منهاج الوصول لعلم الأصول، ج1، دون مكان نشر، دون سنة نشر.
- 2-وله، نهاية السؤل في شرح منهاج الوصول لعلم الأصول، ج1، عالم الكتب، القاهرة، طبعة سنة 1943م.
- 3-الأمدي سيف الدين أبي الحسن، الإحكام في أصول الأحكام، ج1، مؤسسة النور، الرياض، طبعة سنة 1387هـ.
- 4-وله: الإحكام في أصول الأحكام، ج2، دون مكان نشر، دون سنة نشر.
- 5-البخاري علاء الدين عبد العزيز المتوفى سنة 730هـ، كشف الأسرار عن أصول البزدوي، ج4، بدون مكان نشر، الطبعة 1، بدون سنة نشر.
- 6-البزدوي علي بن محمد بن عبد الكريم أبو الحسن(فخر الإسلام)، أصوله المعروف بكنز الأصول، شرح وتحقيق وتعليق البخاري، ج4، دار الكتاب العربي، بيروت، طبعة 1 لسنة 1411هـ-1950م.
- 7-البيضاوي(الإمام) عبد الله بن عمر المتوفى سنة 685هـ، منهاج الوصول في علم الأصول، ج1، طبعة صبيح، بدون سنة نشر.
- 8-وله: منهاج الوصول، ج1، مطبعة دار السعادة، القاهرة، بدون سنة نشر.
- 9-حسين خلف الجبوري، عوارض الأهلية عند الأصوليين، نشر معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي، جامعة أم القرى، بدون سنة نشر.
- 10-الرازي (الإمام) فخر الدين بن محمد بن عمر بن الحسن المتوفى سنة 606هـ، المحصول في علم أصول الفقه، دراسة وتحقيق الدكتور طه فياض جابر العلواني-القسم التحقيقي-، ج1، بدون مكان نشر، طبعة سنة 399هـ.
- 11-الريسوني أحمد، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، ج1، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، المكتبة السلفية، طبعة 1 لسنة 1411هـ-1990م.
- 12-زكريا البرى، أصول الفقه الإسلامي، دار النهضة، طبعة سنة 1980م.
- 13-السبكي عبد الوهاب تاج الدين بن علي الشافعي المتوفى سنة 771هـ، جمع الجوامع، ج1، بدون مكان نشر، طبعة 1 لسنة 1361هـ.
- 14-الشاطبي(الإمام) أبو اسحاق موسى اللخمي الغرناطي المالكي المتوفى سنة 790هـ، الموافقات، ج1، المطبعة السلفية، طبعة 1 لسنة 1341هـ.
- 15-الشوكاني(الإمام) محمد بن علي بن محمد المتوفى سنة 1350هـ، إرشاد الفحول، مطبعة البابي الحلبي، طبعة 1 لسنة 1937م.
- 16-صدر الشريعة عبيد الله بن مسعود الحنفي المتوفى سنة 747هـ، التنقيح والتوضيح، ج3، بدون مكان نشر، طبعة 1 لسنة 1322هـ.
- 17-وله: التوضيح على تنقيح الوصول، ج1، بدون مكان نشر- بدون سنة نشر.

- 18- عدنان محمد جمعة، أصول التشريع الإسلامي، رفع الحرج في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة ودار العلوم الإنسانية، طبعة 3 لسنة 1413هـ-1993م.
- 19- الغزالي(الإمام) أبو حامد المتوفى سنة 505هـ، المستصفى من علم الأصول، ج1، المطبعة الأميرية، بدون سنة نشر.
- 20- محب الله بن عبد الشكور، فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت، ج1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، طبعة 3 لسنة 1356هـ-1937م.
- 21- محمد جواد مغنية، علم أصول الفقه في ثوبه الجديد، دار العلم للملايين، بيروت، طبعة 2 لسنة 1980م.
- 22- محمد سلام مذكور، نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء، دار النهضة العربية، طبعة 3 لسنة 1965م.
- 23- محمد عبد الجواد محمد، أصول القانون مقارنا بأصول الفقه، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة سنة 1411هـ-1991م.
- 24- منلاخسرو محمد بن فراهوز المتوفى سنة 885هـ، مرآة الأصول في شرح مرقاة الوصول، طبعة الأستانة ، سنة 1296هـ.
- 25- النووي أبو زكرياء يحيى بن شرف الدين بن مري بن حسن بن حسين، تهذيب الأسماء واللغات، ج1، مكتبة بن تيمية، القاهرة، طبعة سنة 1410هـ-1990م.

- القواعد الفقهية

- 1- ابن رجب عبد الرحمن المتوفى سنة 795هـ، القواعد في الفقه الإسلامي، مطبعة الصدق الخيرية، طبعة سنة 1350هـ.
- 2- ابن الشاطب أبو القاسم قاسم بن عبد الله بن محمد بن محمد الأنصاري المتوفى سنة 723هـ، إدرار الشروق على أنوار الفروق، مطبوع أسفل الفروق، ج2، عالم الكتب، بيروت، بدون سنة نشر.
- 3- ابن الشيخ الحسين، تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية، ج2، عالم الكتب، بيروت، دون سنة نشر.
- 4- ابن نجيم زين الدين بن ابراهيم بن محمد، الأشباه والنظائر، تحقيق وتقديم محمد مطيع الحافظ، دار الفكر، طبعة 1 لسنة 1403هـ-1983م.
- 5- وله: الأشباه والنظائر، ج1، دار الكتب العلمية، طبعة سنة 1400هـ-1980م.
- 6- الحموي(العلامة) أحمد بن محمد الحنفي المتوفى سنة 109هـ، غمز عيون البصائر- شرح الأشباه والنظائر-، ج2، بدون مكان نشر، بدون سنة نشر.
- 7- الزركشي محمد بن بهادر بن عبد الله أبو عبد الله بدر الدين المتوفى سنة 794هـ، المنثور في القواعد، بتحقيق الدكتور تيسير فائق أحمد محمود، راجعه الدكتور عبد الستار أبو غدة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، بدون سنة نشر.

- 8-السلمي أبو محمد عز الدين بن عبد العزيز بن عبد السلام المتوفى سنة 660هـ، قواعد الأحكام في مصالح الأنعام، ج2، دار الجيل، طبعة 2 لسنة 1400هـ-1980م.
- 9-السيوطي جلال الدين عبد الرحمن المتوفى سنة 911هـ، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة نشر.
- 10-القرافي (الإمام)شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المتوفى سنة 684هـ، الفروق، ج2، عالم الكتب، بيروت، بدون سنة نشر.
- 11-وله: الفروق وبهامشه تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية، ج4، عالم الكتب، بيروت، بدون سنة نشر.
- 12-المكي محمد بن علي بن حسن المالكي المتوفى سنة 1367هـ، تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية، مطبوع على هامش الفروق، ج2، عالم الكتب، بيروت، بدون سنة نشر.

- الفقه المالكي

- 1-ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، دار الفكر، بدون سنة نشر.
- 2-الحطاب أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن الرعيني المتوفى سنة 954هـ، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج6، مطبعة السعادة، مصر، طبعة سنة 1329هـ.
- 3-الرددير سيدس أحمد بن محمد أحمد العدوي أبو البركات المتوفى سنة 776هـ، الشرح الكبير على مختصر خليل، ج1 و2 و3، المكتبة التجارية، بدون سنة نشر.
- 4-مالك(الإمام) بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، برواية سحنون بن سعيد التتوخي عن الإمام عبد الرحمن بن القاسم العنقي عن الإمام مالك، مطبعة السعادة، مصر، طبعة سنة 1323هـ.

- الفقه الإباضي

- 1-أطفيش محمد بن يوسف، شرح النيل، ج1، المطبعة البارونية، القاهرة، طبعة 1 لسنة 1343هـ.
- 2-ضياء الدين(العلامة) عبد العزيز الثميني، كتاب النيل، ج1، المطبعة البارونية، القاهرة، طبعة 1 لسنة 1343هـ.

- الفقه الظاهري

- 1-ابن حزم أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد الظاهري المتوفى سنة 456هـ، المحلى، ج9 و13، دار الطباعة المنيرية، طبعة 1 لسنة 1352هـ.

- الفقه الشافعي

- 1-الأنصاري زكرياء بن محمد بن زكرياء الشافعي المتوفى سنة 926هـ، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، ج1، دار إحياء الكتب الدينية، بدون سنة نشر.

- 2-البغدادي الصيرفي أبو بكر محمد بن عبد الله الفقيه الشافعي، مجمع الضمانات، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.
- 3-التفتزاني سعد الدين بن مسعود بن عمر الشافعي المتوفى سنة 1792هـ، التلويح في كشف حقائق التنقيح، مكتبة صايغ، اسطنبول، طبعة سنة 1310هـ.
- 4-الجويني أبو المعالي عبد المالك بن الشيخ أبي محمد عبد الله بن أبي يعقوب بن عبد الله بن يوسف بن عبد الله بن محمد حبوبه ضياء الدين(إمام الحرمين)، البرهان، حققه الدكتور عبد العظيم الدين، ج-1، كلية الشريعة، قطر، طبعة 1، بدون سنة نشر.
- 5-الخطيب البغدادي الشيخ الشربيني أبي شجاع المتوفى سنة 977هـ، مغني المحتاج شرح متن المنهاج، ج-4، مكتبة البابي وأولاده، مصر، طبعة سنة 1377هـ-1958م.
- 6-وله: الإقناع في ألفاظ أبي شجاع، ج-4، مطبعة صبيح، القاهرة، بدون سنة نشر.
- 7-الرملي محمد بن أحمد المتوفى سنة 1004هـ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج-8، مطبعة الحلبي، طبعة سنة 1358هـ.
- 8-وله: مقصد التيه شرح خطية التنبيه، بدون مكان نشر، بدون سنة نشر.
- 9-الشافعي(الإمام) أبو عبد الله محمد بن إدريس، الأم، ج-6، المطبعة الأميرية، طبعة 1 لسنة 1324هـ.
- 10-الشربيني محمد الخطيب المتوفى سنة 977هـ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج-2، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، طبعة سنة 1377هـ-1958م.
- 11-الشعراني أبو المواهب عبد الله بن أحمد بن علي الأنصاري الشافعي، كشف الغمة عن جميع الأمة، ج-7، شركة البابي الحلبي وأولاده، مصر، بدون سنة نشر.
- 12-الشيرازي أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف، المذهب في فقه الإمام الشافعي، ج-3، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، طبعة سنة 1313هـ.
- 13-وله: المذهب، ج-2، دار الفكر، بدون سنة نشر.
- 14-النووي يحيى بن شرف الدين شيخ الإسلام أبو زكرياء المتوفى سنة 676هـ، كشف الظنون، ج-6، بدون مكان نشر، بدون سنة نشر.

- الفقه الحنبلي

- 1-ابن تيمية أحمد بن عبد الحلیم المتوفى سنة 728هـ، مجموع الفتاوى، جمع وترتيب عبد الرحمن بن قاسم، مطابع الحكومة، مكة المكرمة، طبعة 1 لسنة 1383هـ.

-الفقه الحنفي

- 1-ابن عابدين كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيساوي الحنفي المتوفى سنة 861هـ، فتح القدير شرح الهداية للمرغيناني-ج-5، المطبعة الميمنية، طبعة سنة 1929م.

- 2- ابن عابدين محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي المتوفى سنة 1252هـ، حاشيته على الدر المختار للحصكفي، ج2، بدون مكان نشر، طبعة سنة 1249هـ.
- 3-وله: حاشيته رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دراسة وتعليق وتحقيق عادل أحمد عبد العزيز علي محمد عوض، قدم له وقرضه الدكتور محمد بكر اسماعيل، ج2 و6، دار الكتب العلمية، طبعة 1 لسنة 1415هـ-1994م.
- 4-وله: الحاشية، ج1، دار المعرفة، بيروت، طبعة 3، بدون سنة نشر.
- 5-ابن مردود عبد الله بن محمود أبو الفضل الموصلي المتوفى سنة 683هـ، شرحه على الدر المختار للحصكفي، ج3، المطبعة المليجية، مصر، بدون سنة نشر
- 6-ابن نجيم زين الدين ابراهيم الحنفي المتوفى سنة 970هـ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج5، المطبعة العلمية، طبعة 1 لسنة 1310هـ.
- 7-ابن الهمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد المتوفى سنة 861هـ، شرح فتح القدير للعاجز الفقير، ج5، مصر، طبعة 1 لسنة 1451هـ.
- 8-البجرمي الشيخ سلمان، حاشيته على متن السنوسية- نسخة منقحة ومصححة-، دار الفكر، بدون سنة نشر.
- 9-البناني مصطفى بن محمد بن عبد الخالق المتوفى سنة 1198هـ، حاشيته على جمع الجوامع، ج1، بدون مكان نشر، بدون سنة نشر.
- 10-التمرتاشي محمد بن عبد الله بن أحمد(الخطيب)الغزي الحنفي المتوفى سنة1004هـ، تنوير الأبصار، ج3، المطبعة المليجية، مصر، بدون سنة نشر.
- 11-الجرجاني السيد الشريف علي بن محمد بن علي المتوفى سنة 792هـ، التعريفات، المطبعة الخيرية، طبعة 1 لسنة 1306هـ.
- 12-الحصكفي محمد علاء الدين المتوفى سنة 1088هـ، الدر المختار -شرح تنوير الأبصار-، ج3، المطبعة المليجية، مصر، بدون سنة نشر.
- 13-الزيلي عثمان بن علي المتوفى سنة 742هـ، تبیین الحقائق-شرح كنز الدقائق-، ج3، المطبعة الأميرية ببولاق، طبعة 1، بدون سنة نشر.
- 14-السرخسي (شمس الأئمة) أبو بكر محمد المتوفى سنة 483هـ، المبسوط، ج2، مطبعة السعادة، طبعة 1 لسنة 1324هـ.
- 15-الشربيني محمد بن أحمد (الخطيب) المتوفى سنة 377هـ، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، مطبعة الحلبي، مصر، طبعة سنة 1352هـ-1933م.
- 16-الشرنبلالي حسن بن عمار بن علي الوفائي الحنفي المتوفى سنة 1096هـ، حاشيته على در الحكام، ج2، طبعة الأستانة، بدون سنة نشر.
- 17-شيخ زاده عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المتوفى سنة 1087هـ، مجمع الأنهر- شرح ملتقى الأبحر-، ج2، مطبعة الأستانة، بدون سنة نشر.

- 18-العنيمي عبد الغني الدمشقي الميداني الحنفي، اللباب في شرح الكتاب، المطبعة الأزهرية، طبعة سنة 1927م.
- 19-العيني أبو أحمد محمود بن أحمد (قاضي القضاة)، رمز الحقائق شرح كنز الدقائق، ج2، المطبعة اليمنية، طبعة سنة 1320هـ.
- 20-قاضي زادة شمس الدين أحمد بن نور الدين المتوفى سنة 998هـ، بكملة فتح القدير، ج8، بدون مكان نشر، طبعة سنة 1329هـ.
- 21-القديري (الإمام) أبو الحسن أحمد بن محمد البغدادي الحنفي المتوفى سنة 428هـ، مختصر القديري، بدون مكان نشر، بدون سنة نشر.
- 22-الكاساني (ملك العلماء) أبو بكر بن مسعود بن أحمد علاء الدين المتوفى سنة 587هـ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج2، دار الكتاب العربي، بيروت، طبعة 2 لسنة 1402هـ-1982م.
- 23-وله: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج7، مطبعة الحانجي، بدون سنة نشر.
- 24-المرغيناني أبو الحسن بن محمد بن عبد الجليل الرشداني برهان الدين المتوفى سنة 953هـ، بداية المبتدئ، ج1، المطبعة الأميرية، القاهرة، طبعة 1 لسنة 1322هـ.
- 25-منلا خسرو محمد بن فراهوز الحنفي المتوفى سنة 885هـ، درر الحكام في شرح غرر الأحكام، ج2، الأستانة، طبعة سنة 1394هـ.
- 26-اليمني أبو بكر علي بن محمد الحواري المتوفى سنة 800هـ، الجوهرة النيرة، ج2، الأستانة، طبعة 1 لسنة 1301هـ.

-الفقه الإسلامي المقارن الحديث

- 1-أحمد فتحي بهنسي، المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي، دار الشروق، طبعة 3 لسنة 1404هـ-1984م.
- 2-وله: نظرية الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي، دار الشروق، طبعة 4 لسنة 1403هـ-1983م.
- 3-وله: الجرائم في الفقه الإسلامي-دراسة مقارنة-، دار الشروق، طبعة 5 لسنة 1403هـ-1983م.
- 4-وله: الدية، دار الشروق، طبعة 5 لسنة 1403هـ-1983م.
- 5-أبو الحمد أحمد موسى وآخرين، الجرائم والعقوبات في الشريعة الإسلامية، بدون مكان نشر، بدون سنة نشر.
- 6-بكر بن عبد الله أبو زيد، الحدود والتعزيرات عند ابن القيم-دراسة مقارنة-، دار العاصمة للنشر والتوزيع، طبعة 2 لسنة 1415هـ.
- 7-جندي عبد المالك، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقوانين الوضعية، ج1، مؤسسة الرسالة، طبعة 5 لسنة 1404هـ-1984م.

- 8- عبد الخالق النواوي، التشريع الجنائي الإسلامي، دار الثقافة، بيروت، طبعة 1 لسنة 1974م.
- 9- عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج1 و4، دار الفكر، بدون سنة نشر.
- 10- عبد القادر عوده (الشيخ)، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقوانين الوضعية، مؤسسة الرسالة، طبعة 5 لسنة 1404هـ-1984م.
- 11- عبد الوهاب حومد، دراسات معمقة في الفقه الجنائي المقارن، جامعة الكويت، سنة 1983م.
- 12- عدنان محمد جمعة، رفع الحرج في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، دار العلوم الإنسانية، طبعة 3 لسنة 1413هـ-1993م.
- 13- علي حسب الله، أصول التشريع الإسلامي، بدون مكان نشر، طبعة 6 لسنة 1952م.
- 14- علي حيدر (الرئيس الأول لمحكمة التمييز)، در الحكام في شرح مجلة الأحكام، بدون مكان نشر، بدون سنة نشر.
- 15- علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، معهد البحوث والدراسات العربية، بدون سنة نشر.
- 16- وله: المعاملات في الفقه الإسلامي، بدون مكان نشر، طبعة 2، بدون سنة نشر.
- 17- عوض محمد، دراسات في الفقه الجنائي الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، بدون سنة نشر.
- 18- عوض أحمد إدريس، الدية بين العقوبة والتعويض في الفقه الإسلامي المقارن، دار مكتبة الهلال، بيروت، بدون سنة نشر.
- 19- وله: الدية بين العقوبة والتعويض في الفقه الإسلامي المقارن، دار مكتبة الهلال، بيروت، طبعة 1 لسنة 1986م.
- 20- محمد إبراهيم محمد، مسقطات العقوبة الحدية-دراسة فقهية مقارنة-، دار الأصاله، طبعة 1 لسنة 1409هـ-1989م.
- 21- محمد أبو زهرة (الإمام)، الجريمة في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، بدون سنة نشر.
- 22- وله: العقوبة في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، بدون سنة نشر.
- 23- محمد كمال الدين إمام، المسؤولية الجنائية أساسها وتطورها-دراسة مقارنة في الفقه الوضعي والشريعة الإسلامية-، بدون مكان نشر، طبعة 1، بدون سنة نشر.
- 24- محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي-دراسة مقارنة-، عالم الكتب، القاهرة، طبعة 1 لسنة 1983م.
- 25- محمد نعيم فرحات، النظرية العامة لعذر تجاوز حدود الدفاع الشرعي، دار النهضة العربية، طبعة 1 لسنة 1981م.

- 26-مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، بدون سنة نشر.
- 27-وله: المدخل للفقهاء الإسلاميين، بدون مكان نشر، بدون سنة نشر.
- 28-مصطفى سعيد الخن، أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء، مؤسسة الرسالة، طبعة 3 لسنة 1402هـ-1982م.
- 29-منصور محمد منصور، الشبهات وأثرها في العقوبة الجنائية في الفقه الإسلامي، مطبعة الأمانة، مصر، طبعة 1 لسنة 1406هـ-1986م.
- 30-هلال عبد الإله أحمد، أصول التشريع الجنائي الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 2 لسنة 1974م.
- 31-وهبة الزحيلي، نظرية الضمان-دراسة مقارنة-، دار الفكر، بدون سنة نشر.
- 32-وله: نفس المؤلف، دار الفكر، طبعة 1 لسنة 1389هـ-1970م.
- 33-وله: نظرية الضرورة الشرعية، مؤسسة الرسالة، بيروت، طبعة 2 لسنة 1399هـ-1979م.

- كتب شروح القوانين وفقه القانون الوضعي

- 1-أبو المعاطي حافظ أبو الفتوح ، شرح القانون الجنائي المغربي-القسم العام-، مطبعة النجاح، طبعة 2 لسنة 1405هـ-1984م.
- 2-أحمد أمين، شرح قانون العقوبات الأهلي-القسم الخاص- نقحه علي أحمد راشد، بدون مكان نشر، طبعة سنة 1941م.
- 3-أحمد عبد العزيز الألفي، شرح قانون العقوبات-القسم العام-، بدون مكان نشر، طبعة سنة 1976م.
- 4-أحمد عوض بلال، الإثم الجنائي-دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية، طبعة سنة 1977، طبعة سنة 1988م.
- 5-اسماعيل غانم، مصادر الالتزام، بدون مكان نشر، طبعة سنة 1964م.
- 6-حسين عامر وعبد الرحمن عامر(المستشاران)، المسؤولية المدنية-التقصيرية والعقدية، دار المعرفة، طبعة 2 لسنة 1997م.
- 7-حسين عطا حسين سالم، نظرية الغلط في القانون والشرعية، دار الحداثة، بدون سنة نشر.
- 8-جلال ثروت، نظرية الجريمة المتعدية القصد في القانون المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة سنة 1995م.
- 9-جندي عبد المالك، الموسوعة الجنائية، ج3، دار المؤلفات القانونية، بيروت، طبعة سنة 1354هـ-1936م.
- 10-رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي، دار الفكر العربي، طبعة سنة 1979م.

- 11-رمسيس بهنام، الجريمة والمجرم والجزاء، بدون مكان نشر، طبعة سنة 1979م.
- 12-وله: النظرية العامة للقانون الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة سنة 1971م.
- 13-زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود المقارن بالقوانين الحديثة والشرعية الإسلامية، ج4، بدون مكان نشر، طبعة سنة 1962م.
- 14-سعيد مصطفى سعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، بدون مكان نشر، طبعة سنة 1952م.
- 15-وله: الأحكام العامة في قانون العقوبات، بدون مكان نشر، طبعة سنة 1962م.
- 16-سليمان مرقص، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، القسم الأول، معهد البحوث، طبعة 1 لسنة 1977م.
- 17-عادل يحي قرني علي، النظرية العامة للأهلية الجنائية، بدون مكان نشر، بدون سنة نشر.
- 18-عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء، منشورات عويدات، بيروت، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، بدون سنة نشر.
- 19-عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، بدون مكان نشر، طبعة 2 لسنة 1964م.
- 20-وله: الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، بدون مكان نشر، طبعة 2 لسنة 1964م.
- 21-وله: الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، بدون مكان نشر، طبعة سنة 1950م.
- 22-عبد العزيز العوادي(الحاكم) واسماعيل بن صالح(الحاكم)، شرح القانون الجنائي التونسي-القسم العام-، الشركة التونسية لفنون الرسم، بدون سنة نشر.
- 23-عبد الفتاح مصطفى الصيفي، قانون العقوبات-النظرية العامة-، دار الهدى للمطبوعات، بدون سنة نشر.
- 24-عبد القادر قواسمية، جنوح الأحداث في التشريع الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، بدون سنة نشر.
- 25-عبد المجيد محمد الحفناوي، نظرية الغلط في القانون الروماني-دراسة تحليلية وتأصيلية، بدون مكان نشر، طبعة سنة 1974م.
- 26-عبد الودود يحي، نظرية الغلط في القانون المدني الألماني، بدون مكان نشر، بدون سنة نشر.
- 27-عثمان سعيد عثمان، استعمال الحق كسبب للإباحة ، القاهرة طبعة سنة 1968م.
- 28-علي أحمد راشد، القانون الجنائي-المدخل وأصول النظرية العامة-، دار النهضة العربية، طبعة 2 لسنة 1974م.
- 29-وله: القانون الجنائي-المدخل وأصول النظرية العامة-، دار النهضة العربية، طبعة 1 لسنة 1970م.
- 30-وله: موجز القانون الجنائي، بدون مكان نشر، طبعة سنة 1965م.

- 31- علي بدوي(الأستاذ)، الأحكام العامة في القانون الجنائي، ج-1، مطبعة بدري، طبعة سنة 1938م.
- 32- علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات-القسم العام-، بدون مكان نشر، طبعة سنة 2000م.
- 33- علي محمود ، الغلط في القانون ومدى اعتباره مانعا من المسؤولية الجزائية-دراسة مقارنة على ضوء الاتجاهات المدنية للتشريعات المقارنة-، دار النهضة العربية، طبعة 1 لسنة 1423هـ-2003م.
- 34- عوض محمد، قانون العقوبات-القسم العام-، دار المطبوعات الجامعية، طبعة سنة 1988م.
- 35- غوريف وسيدوغين، النشاط التشريعي في الاتحاد السوفياتي، ترجمة خيرى الضامن، دار التقدم، موسكو، طبعة سنة 1977م.
- 36- فتحي سرور، أصول قانون العقوبات، دار الفكر العربي، طبعة سنة 1973م.
- 37- فتوح عبد الله الشاذلي و علي عبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات-القسم العام-، دار المطبوعات الجامعية، طبعة سنة 1997م.
- 38- فريد الزغبى(القاضي)، الموسوعة الجزائية، مجلد4، دار صادر، بيروت، طبعة سنة 1995م.
- 39- فوزية عبد الستار، النظرية العامة للخطأ غير العمدى-دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية، طبعة سنة 1977م.
- 40- ولها: المعاملة الجنائية للأطفال-دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية، طبعة سنة 1977م.
- 41- لبنى مختار، وجود الإرادة وتأثير الغلط عليها، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، بدون سنة نشر.
- 42- مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات-القسم العام، بدون مكان نشر، طبعة سنة 1979م.
- 43- وله: قانون العقوبات-القسم العام، دار الفكر العربي، طبعة 2 سنة 1976م.
- 44- محمد إبراهيم الدسوقي(المحامي)، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، بدون مكان نشر، بدون سنة نشر.
- 45- محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات اللبناني -القسم العام-، الدار الجامعية، بيروت، طبعة سنة 1981م.
- 46- وله: قانون العقوبات-القسم العام-، دار المطبوعات الجامعية، طبعة سنة 1986م.
- 47- محمد زكي محمود، آثار الجهل والغلط في المسؤولية الجنائية، دار الفكر العربي، طبعة سنة 1967م.

- 48-محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومه، بدون سنة نشر.
- 49-محمد الطاهر السنوسي، المجلة الجنائية، دار بوسلامة، تونس، طبعة 4 ، بدون سنة نشر
- 50-محمد الفاضل، المبادئ العامة في قانون العقوبات، بدون مكان نشر، طبعة سنة 1964، 1965م.
- 51-محمد محي الدين عوض، القانون الجنائي-مبادئه الأساسية ونظرياته العامة في التشريعين المصري والسوداني-، بدون مكان نشر، طبعة سنة 1963م.
- 52-محمد نعيم فرحات، النظرية العامة لعذر تجاوز حدود الدفاع الشرعي-دراسة تحليلية لمبدأ المشروعية الجنائية في القانون المصري والمقارن-، دار النهضة العربية، طبعة سنة 1981م.
- 53-محمد وجدي غنيم عبد الصمد(المستشار بمحكمة النقض)، الاعتذار بجهل القانون-دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة-، عالم الكتب، القاهرة، طبعة 1 لسنة 1987م.
- 54-وله: الاعتذار بجهل القانون-دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة-، عالم الكتب، القاهرة، طبعة 2 .
- 55-محمود إبراهيم اسماعيل، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات المصري، بدون مكان نشر، طبعة 1 لسنة 1366هـ-1945م.
- 56-محمود جلال حمزة، العمل غير المشروع باعتباره مصدرا للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة سنة 1405هـ-1985م.
- 57-محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات-القسم العام-، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 8 لسنة 1969م.
- 58-وله: شرح قانون العقوبات-القسم الخاص-، بدون مكان نشر، طبعة سنة 1974م.
- 59-محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي-دراسة تأصيلية مقارنة للركن المعنوي في الجرائم العمدية-، دار النهضة العربية، طبعة 3 لسنة 1988م.
- 60-وله: شرح قانون العقوبات اللبناني-القسم العام-، دار التقوى للطباعة، بيروت، طبعة 2 لسنة 1975م.
- 61-وله: شرح قانون العقوبات المصري- القسم العام-، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.
- 62-وله: شرح قانون العقوبات-القسم الخاص-(جرائم الاعتداء على الأشخاص)، بدون مكان نشر، طبعة سنة 1978م.
- 63-وله: المساهمة الجنائية في التشريعات العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة سنة 1992م.

- 64-وله: الموجز في شرح قانون العقوبات-مصري قسم عام-، بدون مكان نشر، طبعة سنة 1967م.
- 65-وله: أسباب الإباحة في التشريعات العربية، القاهرة، طبعة سنة 1962م.
- 66-وله: شرح قانون العقوبات -القسم العام-، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة سنة 1979م.
- 67-مصطفى العوجي، المسؤولية الجزائية في المؤسسات الاقتصادية، مؤسسة نوفل، بيروت، بدون سنة نشر.
- 68-مصطفى محمد محمود، شرح قانون العقوبات-القسم العام-، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 2 لسنة 1967م.
- كتب عامة وعقائدية وفلسفية**
- 1-ابن خلدون(العلامة المغربي) عبد الرحمن المتوفى سنة 808هـ، المقدمة، بيروت، طبعة سنة 1279هـ-1897م.
- 2-ابن خلكان المتوفى سنة 681هـ، وفيات الأعيان، ج1، القاهرة، طبعة سنة 1275هـ-1858م.
- 3-ابن حزم أبو محمد علي بن أحمد (الأندلسي)، الفصل في الملل والأهواء والنحل، ج3، دار المعرفة، بيروت، بدون سنة نشر.
- 4-أحمد أمين (الأستاذ)، فجر الإسلام، الهيئة المصرية العامة للكتاب، طبعة سنة 1966م.
- 5-الأشعري أبو الحسن، الإبانة في أصول الديانة، حيدر آباد، طبعة 1، بدون سنة نشر.
- 6-وله: مقالات الإسلاميين واختلاف المصلين، ج1، طبعة الأستانة، بدون سنة نشر.
- 7-وله: مقالات الإسلاميين واختلاف المصلين، ج2، طبعة دار الكتب المصرية، 1969م.
- 8-البغدادى أبو منصور عبد القاهر الأشعري المتوفى سنة 429هـ، أصول الدين، طبعة اسطنبول لسنة 1347هـ-1928م.
- 9-الجاحظ عثمان بن عمر بن حجر المتوفى سنة 525هـ، رسائله، ج1، تحقيق عبد السلام هارون، طبعة القاهرة، بدون سنة نشر.
- 10-وله: كتاب الحيوان، تحقيق عبد السلام هارون، طبعة القاهرة لسنة 1944م.
- 11-الخياط أبو الحسن عبد الرحيم المتوفى سنة 300هـ، الانتصار والرد على بن الروندي الملحد، طبعة القاهرة لسنة 1344هـ-1925م.
- 12-زكي نجيب محمود، نظرية المعرفة، بدون مكان نشر، طبعة سنة 1956م.
- 13-زهدي جار الله، المعتزلة، المؤسسة العربية للدراسة والنشر، طبعة 6 لسنة 1410هـ-1990م.

- 14- الشهرستاني أبو الفتح محمد بن عبد الكريم بن أبي بكر أحمد المتوفى سنة 548هـ، الملل والنحل، ج1، دار المعرفة، بيروت، بدون سنة نشر.
- 15-وله: نهاية الإقدام في علم الكلام، طبعة أكسفورد ، سنة 1353هـ-1934م.
- 16-وله: نهاية الإقدام في علم الكلام، مكتبة المتنبي، بغداد، بدون سنة نشر.
- 17-علي سامي النشار، نشأة الفكر الفلسفي في الإسلام، ج1، دار المعارف، القاهرة، طبعة 4 لسنة 1966م.
- 18-الغزالي أبو حامد(الإمام)، الاقتصاد في الاعتقاد، القاهرة، طبعة سنة 1327هـ-1909م.
- 19-فاروق الدسوقي، القضاء والقدر في الإسلام-بين السلف والمتكلمين-، ج1، دار المعارف، القاهرة، طبعة سنة 1966م.
- 20-وله: القضاء والقدر في الإسلام-بين السلف والمتكلمين-، ج2، دار المعارف، القاهرة، طبعة سنة 1997.
- 21-فتحي الشنيطي، دراسة فلسفية-القيم والمعرفة-، بدون مكان نشر، طبعة سنة 1956م.
- 22-مأمون محمد سلامة، الفكر الفلسفي وأثره في التجريم والعقاب، بدون مكان نشر، طبعة سنة 1977م.
- 23-محمد عماره، المعتزلة ومشكلة الحرية الإنسانية، طبعة دار الشروق، سنة 1988م.
- 24-هشام محمد فريد، الدعائم الفلسفية للمسؤولية الجنائية-دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية، طبعة سنة 1981م.
- 25-يحي هشام حسين فرغل، نشأة الآراء والمذاهب والفرق الكلامية، مجمع البحوث الإسلامية، طبعة سنة 1391هـ-1972م.
- 26-يوسف مراد، مبادئ علم النفس، بدون مكان نشر، طبعة سنة 1986م.

ب- الرسائل الجامعية

- 1-أبو المعاطي حافظ أبو الفتوح، النظام العقابي الإسلامي-دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه، القاهرة، سنة 1967.
- 2-جلال ثروت، الجريمة المتعدية القصد في القانون المصري والمقارن، رسالة دكتوراه، جامعة الاسكندرية، 1964.
- 3-حسين توفيق رضا، أهلية العقوبة في الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، رسالة دكتوراه، القاهرة، 1964.
- 4-شريف سيد كامل، النظرية العامة للخطأ في القانون الجنائي -دراسة تأصيلية مقارنة للركن المعنوي في الجرائم غير العمدية-، رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة القاهرة، سنة 1992.
- 5-عبد الرحمن حسين علي علام، أثر الجهل و الغلط في القانون على المسؤولية الجنائية. رسالة دكتوراه، غير منشورة، جامعة القاهرة، بدون سنة نشر.

- 6- عبد العزيز عامر، التعزير في الشريعة الإسلامية ، رسالة دكتوراه ، حقوق القاهرة، دار الفكر العربي، ط5 لسنة 1976.
- 7- عبد المعطي عبد الخالق سيد أحمد، النظرية العامة للغلط في القانون الجنائي -دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة عين شمس سنة 1980.
- 8- علي حسين عبد الله الشرفي، الباعث وأثره في المسؤولية الجنائية-دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية-، دكتوراه مقدمة سنة 1986 لجامعة القاهرة
- 9- محمد كمال الدين إمام ، المسؤولية الجنائية- أساسها وتطورها دراسة مقارنة في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية-، ط1، رسالة دكتوراه.
- 10- محمد هشام أبو الفتوح بدوي، النظرية العامة للظروف المشددة، رسالة دكتوراه مقدمة بجامعة القاهرة، سنة 1980.
- 11- منصور الحفناوي، الشبهات وأثرها في العقوبة الجنائية، دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة القاهرة سنة 1980م. -
- 12- دليلة براف، الخطأ في تصرفات المكلفين، رسالة ماجستير قدمت للمعهد الوطني العالي لأصول الدين، الجزائر، سنة 1996-1997
- 13- فرحات بركاني، الدفاع الشرعي دفع الصائل- دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والنظم القانونية الوضعية-، رسالة ماجستير مقدمة لجامعة الأمير عبد القادر سنة 1419هـ- 1998م.
- 14- فوزية محمد عبد الله القتامي، الجهل وأثره في الأحكام الشرعية ، ماجستير قدمت لجامعة أم القرى مكة المكرمة، سنة 1402هـ/1403هـ.

ج-البحوث والدوريات

- 1- أحمد صبحي العطار، "الإسناد والإذئاب والمسؤولية الجنائية في الفقه المصري والمقارن"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، مطبعة جامعة عين شمس، العدد 2، يوليو 1990.
- 2- أمال عبد الرحيم عثمان، "النموذج القانوني للجريمة"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، مطبعة جامعة عين شمس، عدد يناير لسنة 1972.
- 3- رمسيس بهنام، "الاتجاهات الحديثة في الفعل والفاعل والمسؤولية"، مجلة الحقوق، عدد 1 و2 سنة 9.
- 4- السعيد عمر السعيد، "طبيعة الركن المعنوي للجريمة"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، مطبعة جامعة عين شمس، العدد 2 يوليو 1973.
- 5- عمر السعيد رمضان، "بين النظريتين النفسية والمعيارية للإثم، بحث في طبيعة الركن المعنوي للجريمة"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، العدد 3، سبتمبر 1964.
- 6- فوزية عبد الستار، "عدم المشروعية في القانون الجنائي"، مجلة القانون والاقتصاد، عدد 3 و4 لسنة 1972.
- 7- محمود نجيب حسني، "القصد الجنائي-تحديد عناصره وبيان الأحكام التي تخضع لها-"، مجلة القانون والاقتصاد، مجلد سنة 1958.

- 8-وله: " القصد الجنائي"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، العددان 1 و 2 ، السنة 28.
- 9-يسر أنور علي، "الدفاع الشرعي-دراسة لمبدأ المشروعية-"، المجلة الجنائية القومية، مجلد 13، 1970.

د- كتب النصوص القانونية

- 1-قانون العقوبات الجزائري
- 2-القانون المدني الجزائري.
- 3-قانون العقوبات المصري حسب آخر التعديلات لسنة 1994، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية.

هـ-الأحكام القضائية والمجموعات

- نقض 1932/10/31 مجموعة القواعد القانونية، ج2، رقم 381.
- نقض 11. 3. 1935، مجموعة القواعد القانونية، ج3، رقم 357.
- نقض 1934/03/12، مجموعة القواعد القانونية، رقم 221.
- نقض 1940/10/08، مجموعة القواعد القانونية، ج1، رقم 134.
- نقض 1940/12/09 مجموعة القواعد القانونية، ج5، رقم 162.
- نقض 1943/01/18، مجموعة القواعد القانونية، ج3، رقم 182.
- نقض 1944/04/10، مجموعة القواعد القانونية، ج6، رقم 232.
- نقض 1945/01/08 مجموعة القواعد القانونية، ج6، رقم 448.
- نقض 1946/11/11، مجموعة القواعد القانونية، ج7، رقم 220.
- نقض 1946/12/18، مجموعة القواعد القانونية، ج7، رقم 85.
- نقض 1951/01/22، مجموعة أحكام محكمة النقض، السنة 02، رقم 200.
- نقض 1955/06/20، مجموعة أحكام محكمة النقض، سنة 06، رقم 333.
- نقض 1955/11/19، مجموعة أحكام محكمة النقض، سنة 06، رقم 396.
- نقض 1956/10/23، مجموعة أحكام محكمة النقض، سنة 07، رقم 292.
- نقض 1956/01/31، مجموعة أحكام محكمة النقض، السنة 07، رقم 40.
- نقض 1956/10/23، مجموعة أحكام النقض ، سنة 07، رقم 292.
- نقض 1957/04/02، مجموعة أحكام النقض سنة 08، رقم 95.
- طعن 1957/10/07، مجموعة أحكام النقض، سنة 8، رقم 204.
- نقض 1959/02/16، مجموعة أحكام النقض سنة 10، رقم 44.
- طعن 1961/01/30، مجموعة أحكام النقض، سنة 12، رقم 25.
- نقض 1969/01/06، مجموعة أحكام النقض السنة 20، رقم 1.
- نقض 11 / 4 / 1970، مجموعة أحكام النقض سنة 13، رقم 130.
- نقض 1973/1/11، مجموعة أحكام النقض، السنة 04، رقم 193.
- مجموعة أحكام النقض سنة 22، رقم 86.
- مجموعة أحكام النقض سنة 21، رقم 49.

ثالثا-المراجع باللغة الفرنسية

Dictionnaires

1-ROBERT(P.) : Le petit Robert¹, nouvelle édition, 1982.

Ouvrages

- 1-Barthélemy(H.) : Traité élémentaire de droit administratif , Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Paris, 7Ed, 1913.
- 2-Bouzat(P.) : Traité théorique et pratique de droit pénal, Dalloz ,Paris,1951.
- 3-Bouzat(P.) et Pinatel(J.): Droit pénal général, édition 2, Dallloz, 1970.
- ⁴-Carara(F.): programme de cours de droit criminel, Morescq Ainé libraire- Editeur, Paris, 1876.
- 5-Darbellay (J.): Théorie générale de l'illicéité en droit civil et droit pénal ,Edition universitaires , Université Fribourg, Ed de 1955.
- 6-Daskalak (E.): réflexions sur la responsabilité pénale, p.f, 1975.
- 7-Delogu(T.): Les causes de justification de droit pénal et son application, 1956, n° 3
- 8-Delogu(T.): La complicité dans la théorie générale de l'infraction, Alexandrie, 1949.
- 9-Delogu(T.): la culpabilité dans la théorie générale de l'infraction, cours de doctorat, 1949-1950.
- 10-DeVareilles-Sommières (G.) Etude sur l'erreur en droit romain et en droit français, Cotillon et fils, Paris, 1871.
- 11-Donnedieu De vabres (H.), Traité de droit criminel et législations pénales comparées, 3 Ed, Sirey, Paris, 1947.
- 12-Franz Von(l.), Traité de droit pénal allemand, t.1, Paris, 1911.
- 13-Gamal eddine Zaki(M.): La bonne foi dans l'acquisition des droits en droit privé et comparé, 1952.

14-Garrand(R.), Traité théorique et pratique du droit pénal français, librairie du Recueil, Sirey, Paris, t.1,1913.

15-Garand (R.): Traités théoriques et pratiques de droit pénal français, T.10, Paris, 1898.

16-Garçon(E.): Code pénal annoté, nouvelle édition refondue et mise à jour par Marcel Rousselet,

17-Merle(R.) et VITU (A.), Traité de droit criminel, problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général, CUJAS, Paris, 1978.

18-Merle (R) et Vitu (A): Traité de droit criminel, problèmes généraux de la législation criminelle, Paris,1967.

19-Ortolan(J.): élément de droit pénal, , Paris, 1875.

20-Stéfani.(G.) et Levasseur(G.) ,Droit pénal général, 12 ème Ed.,Dalloz, Paris,1966.

21-Radulesco(J.)De l'influence de l'erreur sur la responsabilité pénale(thèse), Paris, 1923.

22-Roux(J.A.): cours de droit criminel français, T.1,Recueil Sirey, Paris,1926.

23-Trousse(P.E.): Les nouvelles-droit pénal,T.1 ,V. 1, Bruxelles, 1956.

24- Vidal (G.) et Magnol (J.): cours de droit criminel et de sciences pénitentiaire, Paris, 1947.

25-Vidal (j): la conception juridique de la culpabilité, Toulouse, 1975.

Revues et rapports

1-Busch:" l'Erreur de droit", revue internationale de droit pénal, 1955..

2-De Asua.(L.J.): "*La Notion De Culpabilité En Droit Comparé*", , Revue internationale de droit comparé , Vol. 6 - Issue 1 - 1954 .

3-Labord(A.) : "*L'élément moral dans les infractions non intentionnelles*", Revue critique de législation et de jurisprudence, t14, 24 ème année, 1885.

4-Levasseur(G.): Etude de l'élément de l'infraction, Rapport au collège de Toulouse, 1969

5-Huguerney (L.): "l'erreur de droit", revue internationale de droit pénal, 1955.

الفهرس العام

مقدمة

7.....	الفصل التمهيدي: تحديد مفهوم الإباحة
9.....	المبحث الأول: حقيقة الإباحة في الشريعة الإسلامية
9.....	المطلب الأول: الإباحة عند الأصوليين
10.....	الفرع الأول: بعض التعاريف القديمة للإباحة
12.....	الفرع الثاني: النقد الموجه للتعاريف السابقة
16.....	المطلب الثاني: الإباحة عند الفقهاء
16.....	الفرع الأول: تعريف الإباحة والمباح
17.....	الفرع الثاني: تحليل هذه التعاريف
18.....	الفرع الثالث: إباحة الشارع وإذن العباد والتعريف المقترح
18.....	أولاً: إباحة الشارع سبحانه وتعالى
19.....	ثانياً: إذن العباد لبعضهم البعض
20.....	ثالثاً: التعريف الذي أقترحه
20.....	المطلب الثالث: تمييز الإباحة عن المفاهيم المشابهة لها
20.....	الفرع الأول: تمييز الإباحة عن التخيير
21.....	أولاً: رأي جمهور الفقهاء والأصوليين
21.....	ثانياً: رأي الإمام القرافي في التخيير
22.....	الفرع الثاني: تمييز الإباحة عن الحل
22.....	أولاً: دليل الحل في القرآن والسنة
23.....	ثانياً: ورود الحل عند جمهور الأصوليين والفقهاء
24.....	ثالثاً: الحل عند الشربيني والبيجرمي ورأيي في المسألة

24.....	الفرع الثالث: تمييز الإباحة عن الجواز
25.....	الفرع الرابع: تمييز الإباحة عن الصحة
27.....	المطلب الرابع: الإباحة وعدم تطبيق النص
30.....	المبحث الثاني: حقيقة الإباحة في النظم القانونية الوضعية
30.....	المطلب الأول: مفهوم الإباحة
31.....	الفرع الأول: التعريف اللغوي للإباحة
31.....	أولاً: تعريف اللغويين العرب للإباحة
31.....	ثانياً: تحليل كلمة إباحة Justification
32.....	الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للإباحة
37.....	المطلب الثاني: مفهوم عدم المشروعية
38.....	الفرع الأول: موضوع عدم المشروعية
38.....	أولاً: موقف المقتنين من عدم المشروعية
39.....	ثانياً: موقف الفقهاء من عدم المشروعية
41.....	الفرع الثاني: نوعا المشروعية
41.....	أولاً: المشروعية العادية
41.....	ثانياً: المشروعية الاستثنائية
43.....	الفرع الثالث: خصائص عدم المشروعية
43.....	أولاً: نسبية عدم المشروعية
43.....	ثانياً: ذاتية عدم المشروعية
44.....	الفرع الرابع: معيار عدم المشروعية
44.....	أولاً: المعيار الذاتي
45.....	ثانياً: المعيار الشكلي

46.....	ثالثا: المعيار المختلط.....
48.....	المطلب الثالث: مركز الإباحة من قواعد القانون.....
49.....	الفرع الأول: مدى استقلال قواعد الإباحة.....
49.....	الفرع الثاني: أصالة قواعد الإباحة.....
51.....	المطلب الرابع: تمييز قواعد الإباحة عن النظم المشابهة لها.....
51.....	الفرع الأول: الإباحة وانعدام النص الجنائي.....
52.....	الفرع الثاني: الإباحة وحالة عدم تطبيق القانون.....
53.....	الفرع الثالث: الإباحة وتخلف ركن من أركان الجريمة.....
54.....	الفرع الرابع: الإباحة وموانع المسؤولية.....
54.....	الفرع الخامس: الإباحة وموانع العقاب.....
56.....	ملخص المقارنة بين الشريعة والقانون.....
57.....	الباب الأول: مفهوم الجهل والغلط في الإباحة.....
59.....	الفصل الأول: الجهل والغلط في الإباحة في الشريعة الإسلامية.....
59.....	المبحث الأول: تحديد مدلول الجهل والغلط.....
60.....	المطلب الأول: تعريف العلم.....
60.....	الفرع الأول: التعريف اللغوي للعلم.....
61.....	أولا: كلمة العلم في مختار الصحاح.....
61.....	ثانيا: كلمة العلم في المعجم الوسيط.....
62.....	ثالثا: كلمة العلم في معجم لغة الفقهاء.....
62.....	الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للعلم.....
63.....	الفرع الثالث: دليل العلم.....
64.....	الفرع الرابع: أقسام العلم.....

64.....	القسم الأول: علم العامة
64.....	القسم الثاني: علم الخاصة
64.....	المطلب الثاني: تعريف الجهل والغلط وتمييزهما عما يشبههما
65.....	الفرع الأول: تعريف الجهل والغلط
65.....	أولاً: تعاريف الأصوليين والفقهاء للجهل
66.....	ثانياً: التعريف الذي اختاره للجهل
67.....	ثالثاً: تعاريف الغلط
68.....	الفرع الثاني : تمييز الجهل والغلط عما يشبههما
68.....	أولاً: التمييز بين الجهل وما يشبهه
69.....	ثانياً: التمييز بين الغلط وما يشبهه
71.....	المطلب الثالث: دليل الجهل والغلط في القرآن والسنة وأقوال الفقهاء في ذلك
72.....	الفرع الأول: دليل الجهل والغلط من القرآن العظيم وكيف فهم
73.....	الفرع الثاني: دليل الجهل والغلط من السنة
74.....	المطلب الرابع: تعلق الجهل والغلط بأمر ونهي الشارع وإباحته
74.....	الفرع الأول: تعلق الجهل والغلط بالقاعدة الإيجابية (الحظر)
74.....	أولاً: النية الآثمة
77.....	ثانياً: صورتنا اتجاه الإرادة
77.....	الفرع الثاني: تعلق الجهل والغلط بإباحة ما هو مؤثم أصلاً
77.....	أولاً: الجهل بالمشروعية
78.....	ثانياً: الغلط في المشروعية
78.....	المبحث الثاني: تقسيم الجهل والغلط
79.....	المطلب الأول: أقسام الجهل

79.....	الفرع الأول: تقسيم الحنفية للجهل
80.....	الفرع الثاني: تقسيم الشيخ محمد أبو زهرة للجهل
82.....	المطلب الثاني: أقسام الغلط
82.....	الفرع الأول: تقسيم الغلط من حيث المؤاخذه عليه وعدم المؤاخذه
84.....	الفرع الثاني: تقسيم الغلط من حيث مقصد الغلط
84.....	المبحث الثالث: أثر الجهل بالحكم الشرعي والغلط فيه على مسؤولية المكلفين
85.....	المطلب الأول: أثر الجهل بالحكم الشرعي على مسؤولية المكلف
85.....	الفرع الأول: الجهل الذي لا يعتد به
85.....	أولاً: جهل المسلم
86.....	ثانياً: جهل الكافر
87.....	ثالثاً: مسألة الخطأ في تفسير النصوص
88.....	الفرع الثاني: الجهل الذي يعتد به ويؤثر على مسؤولية المكلف
89.....	أولاً: مذهب المعتزلة
89.....	ثانياً: مذهب أهل السنة والجماعة والأشاعرة
92.....	المطلب الثاني: أثر الغلط في الحكم الشرعي على مسؤولية المكلف
92.....	الفرع الأول: الغلط المسقط للمسؤولية
93.....	الفرع الثاني: الغلط الذي لا يسقط المسؤولية
94.....	الفرع الثالث: الجريمة المتعدية القصد
95.....	الفصل الثاني: الجهل والغلط في الإباحة في النظم القانونية الوضعية
96.....	المبحث الأول: تحديد مدلول الجهل والغلط والعلاقة بينهما وبين ما يشبههما
96.....	المطلب الأول: تعريف الجهل والغلط
97.....	الفرع الأول: التعريف اللغوي

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للجهل والغلط في الإباحة.....	98
أولاً: التعريف الاصطلاحي للجهل بالإباحة.....	98
ثانياً: التعريف الاصطلاحي للغلط في الإباحة.....	99
ثالثاً: العلاقة بين مفهومي الجهل والعلم وتعلقهما بالقاعدة الإيجابية والسلبية.....	100
رابعاً: العلاقة بين مفهومي الجهل والغلط.....	103
المطلب الثاني: الجهل والغلط بكل من القاعدتين الإيجابية والسلبية.....	110
الفرع الأول: تعلق الجهل والغلط بالقاعدة الإيجابية.....	110
أولاً: صورتنا الإرادة.....	110
ثانياً: القصد الجنائي وعناصره.....	112
الفرع الثاني: تعلق الجهل والغلط بالقاعدة السلبية.....	114
أولاً: الجهل بالمشروعية.....	114
ثانياً: الغلط في المشروعية.....	115
المبحث الثاني: تقسيم الجهل والغلط.....	117
المطلب الأول: الجهل والغلط المنصب على العناصر الجوهرية للجريمة.....	118
الفرع الأول: الجهل والغلط الحتميين وغير الحتميين.....	119
الفرع الثاني: علاقة الجهل والغلط الحتميين وغير الحتميين بالجرائم السلبية والجرائم التي لا تقوم إلا عمداً.....	120
أولاً: علاقة الجهل والغلط بالجرائم السلبية البحتة.....	120
ثانياً: علاقة الجهل والغلط بالجرائم التي لا تقوم إلا عمداً.....	121
المطلب الثاني: الجهل والغلط المنصب على توابع الجريمة.....	121
الفرع الأول: الجهل والغلط المنصب على توابع الجريمة في الفقه.....	122
الفرع الثاني: الجهل والغلط المنصب على توابع الجريمة في فرنسا.....	123

- الفرع الثالث: الجهل والغلط المنصب على توابع الجريمة في مصر.....123
- الفرع الرابع: الجهل والغلط المنصب على توابع الجريمة في إيطاليا.....124
- الفرع الخامس: الجهل والغلط المنصب على توابع الجريمة في ألمانيا.....125
- المطلب الثالث: الجهل والغلط المنصب على ظروف الجريمة.....125
- الفرع الأول: جهل أو غلط الفاعل في الظروف المشددة.....126
- أولاً: جهل الفاعل أو غلطه في الظروف التي تغير من وصف الجريمة.....126
- ثانياً: جهل الجاني أو غلطه في الظروف التي تغير في العقوبة.....127
- الفرع الثاني: الجهل والغلط في حالة المساهمة الجنائية.....128
- أولاً: الجهل والغلط المنصب على الظروف المادية.....127
- ثانياً: الجهل والغلط على الظروف الشخصية.....130
- المطلب الرابع: الجهل والغلط المنصب على العناصر غير الجوهرية.....132
- الفرع الأول: الجهل والغلط في شروط العقاب.....133
- الفرع الثاني: الجهل أو الغلط في عناصر الأهلية الجنائية.....133
- الفرع الثالث: الجهل والغلط في الظروف التي تغير العقوبة.....134
- المبحث الثالث: أثر الجهل والغلط على كل من المسؤولين الجنائي والمدنية.....135
- المطلب الأول: الجهل والغلط الذي يمنع كل مسؤولية.....136
- الفرع الأول: رأي الفقه المقارن في الجهل أو الغلط الذي يمنع كل مسؤولية.....136
- الفرع الثاني: وجهة النظر المعارضة للرأي الأول.....137
- الفرع الثالث: وجهة نظر الدكتور عبد الرحمن حسين علي علام.....137
- الفرع الرابع: رأي في المسألة.....137
- المطلب الثاني: الجهل أو الغلط الذي يمنع المسؤولية العمدية ويبقي الخطئية.....138
- الفرع الأول: انتفاء القصد الجنائي والمسؤولية الجنائية بالجهل أو الغلط الجوهري.....138

أولاً: افتراض العلم بصفة المجني عليه وآثر الجهل والغلط على انتفاء القصد الجنائي وبالتالي المسؤولية الجنائية.....	139
ثانياً: افتراض العلم بصفة الموظف حتى تقوم جريمة إرشاء الموظف.....	139
الفرع الثاني: انتفاء القصد والمسؤولية العمدية وبقاء المسؤولية الخطئية كأثر للجهل.....	140
المطلب الثالث: الجهل أو الغلط في نطاق الجريمة المستحيلة.....	140
الفرع الأول: الاستحالة المادية، والاستحالة النسبية صورة من صور الشروع.....	141
الفرع الثاني: الاستحالة المطلقة أو القانونية ، وآثر الجهل أو الغلط على المسؤولية.....	141
المطلب الرابع: الغلط أو الجهل الذي لا تأثير له.....	142
الفرع الأول: الغلط وحالة الحيدة عن الهدف.....	142
الفرع الثاني: الغلط والنتيجة الإجرامية.....	143
أولاً: الغلط الجوهرى والنتيجة الإجرامية.....	143
ثانياً: الغلط غير الجوهرى والنتيجة الإجرامية.....	142
ثالثاً: الظروف المشددة والغلط في موضوع النتيجة.....	143
الفرع الثالث: الغلط في زمان ومكان حدوث النتيجة.....	144
الفرع الرابع: الغلط وكيفية حدوث التسلسل السببى.....	144
المطلب الخامس: الجهل والغلط في توابع الجريمة.....	146
الفرع الأول: أساس المساءلة عن النتائج المتجاوزة القصد في فرنسا.....	146
أولاً: أساس المساءلة عن النتائج المتجاوزة القصد في القضاء الفرنسى.....	146
ثانياً: أساس المساءلة عن النتائج المتجاوزة القصد في الفقه الفرنسى.....	147
الفرع الثاني: أساس المساءلة عن النتائج المتجاوزة القصد في مصر.....	147
أولاً: أساس المساءلة عن النتائج المتجاوزة القصد في القضاء والقانون المصرى.....	147

ثانيا: أساس المساءلة عن النتائج المتجاوزة القصد في الفقه المصري.....	148
الفرع الثالث: أساس المساءلة عن النتائج المتجاوزة القصد في ألمانيا.....	148
الفرع الرابع: أساس المساءلة عن النتائج المتجاوزة القصد في إيطاليا.....	149
الفرع الخامس: الأساس الصحيح في نظري لمساءلة الجاني عن النتائج المتجاوزة القصد.....	149
الباب الثاني: أساس انتفاء المسؤولية عند الجهل بالإباحة أو الغلط فيها.....	151
الفصل الأول : المسؤولية في حالة الجهل بالإباحة أو الغلط فيها.....	153
المبحث الأول: المسؤولية في حالة الجهل بالإباحة أو الغلط فيها في الشريعة الإسلامية.....	153
المطلب الأول: الحقوق التي تترتب المسؤولية على المساس بها.....	154
الفرع الأول: الحقوق.....	154
أولا: حق الله سبحانه وتعالى.....	155
ثانيا: حقوق العباد.....	155
ثالثا: ما يجتمع فيه الحقان.....	155
الفرع الثاني: أجزية الاعتداء على هذه الحقوق.....	155
أولا: أجزية التعدي على حقوق الله سبحانه وتعالى.....	156
ثانيا: أجزية التعدي على حقوق العبد.....	156
ثالثا: الضمان.....	157
المطلب الثاني: مصير مسؤوليات المكلفين عند الجهل بالإباحة أو الغلط فيها.....	158
الفرع الأول: مصير تكليف المكلف عند الجهل بالإباحة.....	159
أولا: ما عده أبو حنيفة عذرا مخففا للمسؤولية.....	159
ثانيا: ما عد جهلا مانعا لكل مسؤولية ومسقطا لها.....	159
الفرع الثاني: مصير تكليف المكلف عند الغلط في الإباحة.....	160

أولاً: الغلط المسقط للعقوبة.....	160
ثانياً: الغلط الذي لا يسقط العقوبة.....	160
المبحث الثاني: المسؤولية في حالة الجهل بالإباحة أو الغلط فيها في النظم القانونية الوضعية.....	161
المطلب الأول: المسؤولية المعنية.....	161
الفرع الأول: أنواع المسؤولية.....	161
الفرع الثاني: تعريف المسؤوليتين الجزائية والمدنية.....	162
الفرع الثالث: الفرق بين المسؤوليتين الجزائية والمدنية.....	163
الفرع الرابع: الآثار التي تترتب على اجتماع المسؤوليتين.....	164
أولاً: الفرق بين الدعيين من حيث الاختصاص.....	164
ثانياً: الفرق بين الدعيين من حيث التقادم.....	165
ثالثاً: الفرق بين الدعيين من حيث حجية الشيء المقضي به.....	165
رابعاً: الفرق بين الدعيين من حيث وقف الدعوى.....	165
الفرع الخامس: التمييز بين المسؤوليتين المدنية والجزائية وغيرهما من المسؤوليات.....	165
المطلب الثاني : مصير المسؤوليتين الجزائية والمدنية عند الجهل بالإباحة أو الغلط فيها.....	165
الفرع الأول: مصير المسؤولية الجزائية والمدنية عند الجهل بالإباحة.....	166
أولاً: مصير المسؤوليتين في نظر الفقه في مصر.....	166
ثانياً: مصير المسؤوليتين في نظر القضاء عند الجهل بالإباحة.....	167
ثالثاً: رأي في المسؤولية عند الجهل بالإباحة.....	167
الفرع الثاني: مصير المسؤولية الجزائية والمدنية عند الغلط في الإباحة.....	168
أولاً: الوضع في القوانين.....	168

ثانيا: الوضع في القضاء.....	169
ثالثا: الوضع في الفقه.....	170
رابعا: رأي في المسألة.....	170
المبحث الثالث: أساس المسؤولية عند الجهل بالإباحة أو الغلط فيها في الشريعة الإسلامية.....	171
المطلب الأول: أساس المسؤولية عند الجبرية.....	172
الفرع الأول: كيف تأسس الفكر الجبري ومضمونه.....	172
الفرع الثاني: أدلة الجبريين من القرآن العظيم.....	174
الفرع الثالث: أدلة الجبريين من السنة.....	174
الفرع الرابع : أدلة الجبريين العقلية.....	175
المطلب الثاني: أساس المسؤولية عند القدرية (المعتزلة).....	177
الفرع الأول: كيف تأسس الفكر الاعتزالي ومضمونه.....	177
الفرع الثاني: أدلة المعتزلة النقلية.....	178
الفرع الثالث: أدلة المعتزلة العقلية.....	179
أولا: التكليف.....	179
ثانيا: الوعد والوعيد.....	180
ثالثا: تبرير إرسال الرسل.....	180
رابعا: نفي الظلم عن الله سبحانه وتعالى.....	180
الفرع الرابع: ردي على أدلتهم ونقدي لفكرهم.....	181
المطلب الثالث: أساس المسؤولية عند الأشاعرة.....	182
الفرع الأول: تأسيس الفكر الأشعري.....	182
الفرع الثاني: مضمون الفكر الأشعري (نظرية الكسب).....	183

المطلب الرابع: تحليل فقهي ورأيي في موضوع أساس المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية.....	185
الفرع الأول: مسلك الجبرية للوصول إلى أن الأهلية أساس المسؤولية الجنائية وأهميتها في ذلك.....	185
الفرع الثاني: مسلك المعتزلة في جعل الأهلية الجنائية أساس المسؤولية.....	186
الفرع الثالث: مسلك الأشعرية في جعل الأهلية الجنائية أساس المسؤولية.....	187
الفرع الرابع: رأيي في أساس المسؤولية الجنائية على ضوء المذاهب الفكرية في الفقه الإسلامي.....	188
المبحث الرابع: أساس المسؤولية عند الجهل بالإباحة أو الغلط فيها في النظم القانونية الوضعية.....	189
المطلب الأول: أساس المسؤولية الجنائية.....	190
الفرع الأول: الأساس التقليدي للمسؤولية الجنائية.....	191
أولاً: مفهوم حرية الاختيار.....	191
ثانياً: حجج أنصار هذا المذهب.....	192
الفرع الثاني: الأساس الوضعي للمسؤولية الجنائية.....	193
أولاً: مفهوم الحتمية في مجال السلوك الإجرامي.....	194
ثانياً: حجج أنصار مذهب الحتمية.....	195
ثالثاً: أساس المسؤولية الجنائية عند أنصار المذهب التوفيقي.....	195
المطلب الثاني: موقف الفقه الوضعي من أساس المسؤولية عند الجهل بالإباحة أو الغلط فيها.....	198
الفرع الأول: الاتجاه القائل بكون الغلط في الإباحة ينفي القصد الجنائي.....	198
أولاً: الانتقادات الموجهة لهذا الرأي.....	199
ثانياً: رأي الفقه الألماني.....	200
ثالثاً: موقف الفقه في مصر.....	201

الفرع الثاني: الاتجاه القائل بكون الإباحة الظنية كالفعلية من حيث وحدة أساسها.....	201
أولاً: مفهوم النظرية ومحتواها.....	201
ثانياً: موقف جانب من الفقه في مصر.....	202
الفرع الثالث: الاتجاه القائل بأن أساس انتفاء المسؤولية في الإباحة الظنية يختلف من حالة إلى أخرى.....	202
الفصل الثاني: أساس انتفاء المسؤولية عند الجهل بالإباحة أو الغلط فيها في الشريعة الإسلامية.....	203
المبحث الأول: أساس انتفاء العقاب والضمان.....	203
المطلب الأول: انتفاء المسؤولية بانتفاء الإثم.....	204
الفرع الأول: تعريف الإثم لغة.....	204
الفرع الثاني: تعريف الإثم اصطلاحاً.....	204
المطلب الثاني: الاستصحاب أساساً لانتفاء المسؤولية.....	205
الفرع الأول: تعريف الاستصحاب لغة.....	205
الفرع الثاني: تعريف الاستصحاب اصطلاحاً.....	205
الفرع الثالث: مسلكي.....	205
المبحث الثاني: النطاق الذي يشمل انتفاء العقاب شبه المتفق عليه.....	206
المطلب الأول: شمول الإباحة للقصاص.....	205
المطلب الثاني: شمول الإباحة للدية.....	207
الفرع الأول: تعريف الدية لغة واصطلاحاً.....	207
الفرع الثاني: الأرش.....	207
الفرع الثالث: الدية بين العقوبة والضمان (التعويض).....	208
المطلب الثالث: شمول الإباحة للتعزيز.....	208

208.....	الفرع الأول: تعريف التعزير لغة
209.....	الفرع الثاني: تعريف التعزير اصطلاحاً
209.....	الفرع الثالث: التعريف الجامع المانع
210.....	الفرع الرابع: موقف من هذا التعريف
210.....	المبحث الثالث: ما هو خارج عن نطاق انتفاء المسؤولية الجزائية
210.....	المطلب الأول: تعريف الكفارة
210.....	الفرع الأول: تعريف الكفارة لغة
211.....	الفرع الثاني: تعريفها اصطلاحاً
211.....	الفرع الثالث: ماهية الكفارة
210.....	المطلب الثاني: الأساس التشريعي للكفارة وخلاف الفقهاء بشأنها
211.....	الفرع الأول: الأساس التشريعي
211.....	الفرع الثاني: خلاف الفقهاء بشأن الكفارة
212.....	المبحث الرابع: حالات انتفاء الضمان
211.....	المطلب الأول: تعريف الضمان
213.....	الفرع الأول: تعريف الضمان لغة
213.....	الفرع الثاني: تعريفه اصطلاحاً
215.....	المطلب الثاني: مصدر الضمان وأساسه
215.....	الفرع الأول: أدلة مشروعية الضمان
215.....	أولاً: من القرآن العظيم
215.....	ثانياً: من السنة النبوية المطهرة
216.....	الفرع الثاني: أساس الضمان
216.....	المطلب الثالث: ضمان الجنائية

الفرع الأول: تضمين الشارع لحكم الديات والأروش وما أتلف.....	216
الفرع الثاني: تضمين المباشر والمتسبب.....	217
الفرع الثالث: تضمين ما أتلفت البهائم.....	217
المطلب الرابع: سقوط الضمان.....	218
الفرع الأول: تعريف سقوط الضمان.....	218
أولاً: تعريف السقوط.....	218
ثانياً: تعريف الضمان.....	219
الفرع الثاني: موقف فقهاء المذاهب من سقوط الضمان.....	219
الفرع الثالث: ما جاء بشأن إسقاط الضمان في مجلة الأحكام العامة.....	220
الفصل الثالث: أساس انتفاء المسؤولية عند الجهل بالإباحة أو الغلط فيها في القوانين الوضعية.....	222
المبحث الأول: أساس انتفاء المسؤولية الجنائية والمدنية.....	222
المطلب الأول: انتفاء الإثم أساساً لانتفاء المسؤولية.....	223
الفرع الأول: النظرية النفسية للإثم الجنائي.....	223
أولاً: مضمون النظرية.....	223
ثانياً: تقدير هذه النظرية.....	224
الفرع الثاني: النظرية المعيارية (القاعدية) للإثم.....	225
أولاً: مضمون النظرية.....	225
ثانياً: تقدير هذه النظرية.....	225
الفرع الثالث: إمكان الجمع بين النظريتين.....	226
المطلب الثاني: انتفاء القصد الجنائي أساساً لانتفاء المسؤولية.....	226
الفرع الأول: ماهية القصد الجنائي وعناصره.....	227
الفرع الثاني: نظرية العلم.....	227

الفرع الثالث: نظرية الإرادة.....	228
المطلب الثالث: موقف القضاء الوضعي وبعض الآراء الخاصة من أساس انتفاء المسؤولية رغم الجهل بالإباحة أو الغلط فيها.....	229
الفرع الأول: موقف القضاء من أساس انتفاء المسؤولية رغم الجهل بالإباحة أو الغلط فيها.....	229
أولاً: القضاء في فرنسا.....	229
ثانياً: القضاء في إيطاليا.....	229
ثالثاً: القضاء الأنجلوسكسوني.....	230
رابعاً: القضاء المصري.....	230
الفرع الثاني: آراء خاصة في أساس انتفاء المسؤولية رغم الجهل بالإباحة أو الغلط فيها.....	231
أولاً: رأي الدكتور علام.....	232
ثانياً: رأي الدكتورة آل معجون.....	233
ثالثاً: رأي في المسألة.....	233
المبحث الثاني: نطاق انتفاء العقاب.....	234
المطلب الأول: الدفاع الشرعي.....	235
المطلب الثاني: ممارسة الحق والحقوق التي تسمح القوانين بممارستها.....	236
الفرع الأول: مفهوم ممارسة الحق.....	236
الفرع الثاني: الحقوق التي يحميها القانون ويسمح بممارستها.....	236
أولاً: حق التأديب.....	236
ثانياً: حق ممارسة الألعاب الرياضية.....	237
ثالثاً: حق ممارسة التطبيب.....	237
المطلب الثالث: أداء الواجب.....	238

الفرع الأول: أداء الموظف العمل تنفيذا للقانون أو ممارسة للسلطة.....	238
الفرع الثاني: أداء الموظف للعمل طاعة لرئيسه.....	239
الفرع الثالث: القيام بحق وواجب الدفاع الشرعي.....	239
المطلب الرابع: رضا المجني عليه.....	239
المبحث الثالث: نطاق انتفاء التعويض.....	240
المطلب الأول: التعويض.....	240
الفرع الأول: التعويض النقدي.....	241
الفرع الثاني: التعويض العيني وإرجاع الحال لما كان عليه.....	241
الفرع الثالث: التعويض بمقابل.....	242
المطلب الثاني: أساس سقوطه.....	243
الفرع الأول: الخطأ العمدي وغير العمدي.....	243
الفرع الثاني: حالات انتفاء الخطأ (وانتفاء الحق في التعويض).....	244
المطلب الثالث: نطاق سقوط التعويض.....	244
الفرع الأول: السقوط الكلي للتعويض.....	244
الفرع الثاني: السقوط الجزئي للتعويض.....	245
الخاتمة.....	247
فهرس الآيات.....	253
فهرس الأحاديث.....	257
قائمة المصادر والمراجع.....	259
الفهرس العام.....	278
ملخص البحث.....	295

ورد أن سيدنا عمر رضي الله عنه قال: ((رحم الله من أهدى إلي عيوبي))

فعلى من قرأها أن يفيدني بملاحظاته. وشكرا

الهاتف: 0773 44 80 66



مقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم وبه أستعين والحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد خاتم النبيين وإمام المرسلين، وعلى آله الطاهرين الطيبين الأتقياء الأصفياء الصالحين، وعلى صحابته المجاهدين الميامين، وعلى زوجاته الطاهرات الطيبات أمهات المؤمنين، وعلى كل من تبعه بإحسان وسار على نهجه واقتفى أثره مستنيرا بالنور الذي جاء به مهتديا بهديه إلى يوم الدين. وبعد:

فإني توكلت على من عنى نفسه بقوله سبحانه وتعالى: "...وفوق كل ذي علم عليم"¹ ووصف نفسه-سبحانه وتعالى-في أي القرآن العظيم بالعلم عشرات المرات إن لم يكن مئتين. وقد كان تقديمي لعنوان البحث عندما قدمت خطته للمجلس العلمي الموقر بالكلية موسوما بـ: "أثر الجهل والغلط على الإباحة-دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون-"، غير أن المجلس الموقر رأى أن يكون العنوان: "الجهل والغلط وأثرهما على الإباحة-دراسة نظرية تطبيقية بين الشريعة والقانون-"، فتوكلت على الله -سبحانه وتعالى- ونزلت عند التوجيه الذي وجهت إليه واضعا نصب عيني المسائل الآتية:

أولاً-أهمية الموضوع: تأثير الجهل والغلط على الإباحة موضوع متصور نظريا إذ يتصور أن يغلط الفاعل ويشكل عليه الأمر وهو يقوم بعمل من الأعمال التي تدرج في إباحة الأفعال بعد أن كانت في الأصل مجرمة أو يجهل أن الفعل مباح شرعا وقانونا وهو لا يدري، فالبحث عما إذا وقع ذلك الفعل أم لا في الواقع العملي؟

ثانياً-أهداف الدراسة: هدفي من دراسة هذا الموضوع الموسوم بـ: "الجهل والغلط وأثرهما على الإباحة دراسة نظرية تطبيقية مقارنة بين الشريعة والقانون" أن أتوصل إلى مجموعة من الأهداف، وهي:

1- إثراء هذا الموضوع وتزويد المكتبة القانونية المقارنة بالشريعة الإسلامية بمادة قد تكون محفزا لباحثين آخرين. مدليا بدلوي بين دلاء الباحثين المقارنين بين الشرعتين، مقدما لهم مادة أعتقد أنها مفيدة للباحثين اللاحقين.

2- محاولة تحديد ما إذا كان الجهل والغلط لهما نفس الأثر أم أن لكل منهما أثره.

¹ الآية رقم 76 من سورة يوسف.

3- محاولة التأسيس لنظرية في هذا الموضوع.

4- العمل على الوصول إلى بعض النتائج من هذا البحث لتحديد ما وحصرها.

5- العمل على اقتراح توصيات على ضوء ما أتوصل إليه من البحث ونتائجه.

ثالثاً- أسباب اختيار الموضوع: يرجع اختياري للموضوع إلى نوعين من الأسباب : ذاتية وموضوعية:

1- الأسباب الذاتية: والمتمثلة في رغبتني في أن أتعلم وأبدد جهلي وأحصن نفسي من الوقوع في الغلط وأنا أعمل قاض، وأوفر لنفسي خلفية نظرية فلسفية على جانب من الحصافة والرصانة والموضوعية التي يقتضيها العمل القضائي.

2- الأسباب الموضوعية: من الناحية الموضوعية لقد لمست لدى كثير من المشتغلين بالقضاء وحتى بالبحث العلمي استبعادهم لأحكام الشريعة الغراء من أن تكون صالحة للعمل خاصة- في نظرهم- في مجال القوانين الجزائية وأنها غير مسايرة للعصر، جامدة غير متطورة وبدائية، وغير ذلك من المعايير التي يلصقونها بها، فأردت إجراء بحث يبرز لمثل هؤلاء مزايا هذه الشريعة وفقهها وفكرها وما وجد فيها من حلول سبقت بها الأفكار والفقه والقوانين الوضعية، وقد سبقت لي الدراسة المقارنة التي أوقفتني على ثراء فقه وفكر الشريعة الغراء.

رابعاً- الإشكالية: إشكالية هذا البحث من وجهين:

أولهما: أن مشكل هل الشريعة الغراء صالحة لكل زمان ومكان، وهي إشكالية قديمة عند من يشككون في ذلك، فأردت كما أسلفت تبديد شكهم باليقين بحكم سبق تعاملني بالبحث مع هذا الموضوع وإلمامي ببعض خصائصه.

وثانيهما: مشكل هل القضاء الوضعي قديماً وحديثاً قد سبق له أن واجهته مشكلة جهل أحد بالإباحة وهو يفعل فعلاً يعتقد لجهله أنه مجرم، أو وقع في الغلط في ذلك؟ وكيف تصرف القضاء مع ذلك؟ وكيف يجب أن يتصرف إن سلمنا جدلاً بوقوع ذلك؟ وما الموقف من الإشكالية عموماً في نظر الشريعة الغراء في فقهها؟ وما الموقف في الفقه الوضعي وقوانينه؟

خامساً- الدراسات السابقة: الدراسات التي وقفت عليها في هذا الموضوع لم تتناول ما قصدت بحثه في موضوع دراستي هاته التي أرمي بها إلى تحديد المسؤولية من عدمها في حالة ما إذا

قام الفاعل بالفعل معتقداً بجهل أنه يرتكب جرماً والواقع أن فعله مباحاً أو غلط في ذلك، سواء في الفقه الشرعي أو الوضعي.

بل كل ما وصلت إليه من أبحاث وجدت أنها تناولت إما الجهل وإما الغلط أو الخطأ، وإما المسؤولية أو سقوط المسؤولية.

فمثلاً الدكتور عبد المعطي عبد الخالق سيد أحمد كتب في "النظرية العامة للغلط في القانون الجنائي" سنة 1980.

والمؤلف الباحث محمد كمال الدين إمام كتب في موضوع: "المسؤولية الجنائية".

والباحثة دليلة براف قدمت رسالة ماجستير في موضوع: "الخطأ في تصرفات المكلفين" سنة 1996-1997 أمام المعهد العالي لأصول الدين بالجزائر.

والباحث سيد كامل قدم أمام جامعة القاهرة سنة 1992 رسالة دكتوراه تحت عنوان: "النظرية العامة للخطأ في القانون الجنائي".

سادساً-الصعوبات التي واجهتني في إعداد هذا البحث: بحكم ارتباطي بعملتي الأصلي في القضاء زيادة على عملي الإضافي بالجامعة في إطار الهواية ولتعميق معارفي، ما جعلني أعمل في إعداد هذه الرسالة حيناً وأتوقف أحياناً، الأمر الذي يجعلني كلما استأنفت العمل أضطر لمراجعة كل ما أنجزت من قبل. ثم أن ما كنت أستعمله من مراجع يفلت من يدي بعضه وأصير مضطراً للاستعانة بطبعة غير التي كنت أستند إليها، أو تتبّع ما فلت مني إن لم أجد له طبعة أخرى.

كما أجد أحياناً إحالة على مصدر يكون بعيداً أو خارج الوطن فأضطر للتوقف لحين الحصول عليه.

كما أن تشعب مادة هذا البحث بين كتب فقه الشريعة وكتب أصول فقهاء وكتب أصول هذا الدين (العقيدة) التي تناولت المسؤولية (مسؤولية المكلفين) وكتب الفقه الوضعي وشروح قوانينه والكتب المتناولة للأصول والمنطلقات الفلسفية لتشريعاته. هذا التشعب زاد العمل صعوبة، والله المستعان.

سابعاً- منهجية الدراسة: لقد اعتمدت على المنهج الاستقرائي في دراستي هذه لحصر مادته، ثم تحليلها في كل من الشريعة والقانون، للوصول إلى مقارنة ما في النظم الوضعية بما في الشريعة الإسلامية، متتبعا الخطوات الآتية:

- 1- جمع المادة العلمية من مظانها.
- 2- استخلاص أقوال وآراء الفقهاء سواء الشرعيين أو الوضعيين القدماء والمحدثين، وأدلة الشرعيين من الكتاب والسنة، وما بني عليهما.
- 3- مناقشة أقوال الفقهاء وتحليلها.
- 4- إبداء رأيي مؤيدا أو مخالفا، متبعا لرأيي غيري أو مستقلا برأيي فيه.
- 5- التزمت في عزو الآيات روايتي ورش وحفص في حالة اختلاف ترقيم الآيات.
- 6- التزمت في تخريج الأحاديث ما وجدت من تخريج عند من استدل به، وفي حالة عدم وجود تخريج عدت إلى كتب الحديث المعتمدة، وفي الغالب أعود إليها.

ثامناً- الخطة المتبعة في دراسة الموضوع: رغم كل ما صادفني من مصاعب توكلت على القادر الذي لا حدود لقدرته- سبحانه وتعالى- ومن يتوكل عليه فهو حسبه، واعتمدت الخطة التي سبق وأن قدمتها للمجلس العلمي الموقر، والتي اقتضى مني السير في البحث والتقدم فيه توسيعها كلما دعا لذلك داع، بتفريعها وتفصيلها أكثر، وهي التي استقرت على الصورة الآتية:

- فصل تمهيدي: أتناول فيه مفهوم الإباحة في الشريعة الغراء، وفي الفقه الوضعي وقوانينه، تحريراً للمسألة وتحديداً لها وتمييزاً لها عما قد يتلبس بها.

وبعد هذا التحديد والتمييز ورفع اللبس، أتناول الموضوع في بابين:

- أولهما خاص بمفهوم الجهل والغلط في الإباحة، مقسماً إلى فصلين: فصل أتناول فيه الموضوع من وجهة نظر الشريعة الغراء، مقسماً إلى مباحث، وفصل آخر أتناول فيه من وجهة نظر النظم القانونية الوضعية مقسماً كذلك إلى مباحث.

- وثاني البابين أتناول فيه الأساس الذي بني عليه انتفاء المسؤولية عند الجهل بالإباحة أو الغلط فيها، مقسماً كذلك إلى فصلين: فصل أتناول فيه هذا الأساس من جانب فقه الشريعة الغراء، وآخر أتناوله من جانب فقه وقوانين النظم الوضعية، وكلا الفصلين مقسم إلى مباحث بالقدر الذي يقتضيه بحث المسائل التي تظهر من خلال البحث.

وكل المباحث مقسمة إلى مطالب والمطالب إلى تفرعات متى اقتضاها المقام.
-وعلى أي حال فالتفاصيل تأتي في فهرس الرسالة في نهايتها بحول الله وقوته.
-ثم أختتم البحث بخاتمة أجمل فيها ما توصلت إليه من آراء سواء كنت فيها متبعا مساندا- وهذا ما سيحصل في الغالب- أو مبتدعا مجددا-إن حصل-، غير مدع في كل الأحوال أنني وإن كنت الأخير في زمانه لآت بما لم يأت به الأوائل، وبذلك أكون لم أدع في عملي عبقرية أبي الطيب في شعره وحياته. وقد أضمن هذه الخاتمة ما قد يعن لي من مقترحات وتطلعات. وكلها محاولات بجهد المقل الراجي التكرم بمناقشته لتصويبه أو تخطئته، وعلى رأي الإمام الشافعي- رضي الله عنه- "رأيي صواب يحتمل الخطأ ورأيي غيري خطأ يحتمل الصواب".
فجاءت الخطة كما يلي:

الفصل التمهيدي: تحديد مفهوم الإباحة
المبحث الأول: حقيقة الإباحة في الشريعة الإسلامية.
المبحث الثاني: حقيقة الإباحة في النظم القانونية الوضعية.

الباب الأول: مفهوم الجهل والغلط في الإباحة .
الفصل الأول: الجهل والغلط في الإباحة في الشريعة الإسلامية
المبحث الأول: تحديد مدلول الجهل والغلط.
المبحث الثاني: تقسيم الجهل والغلط.
المبحث الثالث: أثر الجهل بالحكم الشرعي والغلط فيه على مسؤولية المكلفين
الفصل الثاني: الجهل والغلط في الإباحة في النظم القانونية الوضعية.
المبحث الأول: تحديد مدلول الجهل والغلط والعلاقة بينهما وبين ما يشبههما.
المبحث الثاني: تقسيم الجهل والغلط.
المبحث الثالث: أثر الجهل والغلط على كل من المسؤوليتين الجزائية والمدنية.
الباب الثاني: أساس انتفاء المسؤولية عند الجهل بالإباحة أو الغلط فيها.

الفصل الأول: المسؤولية في حالة الجهل بالإباحة أو الغلط فيها.
المبحث الأول: المسؤولية في حالة الجهل بالإباحة أو الغلط فيها في الشريعة الإسلامية.
المبحث الثاني: المسؤولية في حالة الجهل بالإباحة أو الغلط فيها في النظم القانونية الوضعية.
المبحث الثالث: أساس المسؤولية عند الجهل بالإباحة أو الغلط فيها في الشريعة الإسلامية.

المبحث الرابع: أساس المسؤولية عند الجهل بالإباحة أو الغلط فيها في النظم القانونية الوضعية.

الفصل الثاني: أساس انتفاء المسؤولية عند الجهل بالإباحة أو الغلط فيها في الشريعة الإسلامية.

المبحث الأول: أساس انتفاء العقاب والضمان.

المبحث الثاني: النطاق الذي يشمل انتفاء العقاب شبه المتفق عليه.

المبحث الثالث: ما هو خارج عن نطاق انتفاء المسؤولية الجزائية.

المبحث الرابع: حالات انتفاء الضمان.

الفصل الثالث: أساس انتفاء المسؤولية عند الجهل بالإباحة أو الغلط

فيها في القوانين الوضعية.

المبحث الأول: أساس انتفاء المسؤوليتين الجزائية والمدنية.

المبحث الثاني: نطاق انتفاء العقاب.

المبحث الثالث: نطاق انتفاء التعويض.

وقد اعتمدت في بحثي على مصادر بدأ من القرآن العظيم، تفاسيره معرجا على كتب السنة النبوية الشريفة فكتب اللغات من قواميس عربية، وعربية فرنسية، وفرنسية عربية، إلى كتب الفلسفة والعقائد وكتب في أصول الفقه، وفي مختلف مذاهبه، وكتب في القانون وفقهه وشروطه لمدارس مختلفة وباللغتين العربية والفرنسية.

متبعا في كل هذا منهج الاستقراء أساسا، ومنهج التحليل كلما تطلب الأمر ذلك، واستعنت بالمقارنة كذلك.

والله المستعان، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم.

الفصل التمهيدي

تحديد مفهوم الإباحة

الفصل التمهيدي تحديد مفهوم الإباحة

تمهيد وتقسيم

أحدد في هذا الفصل حقيقة الإباحة في كل من النظم القانونية الوضعية، والشريعة الإسلامية مميزا لها في النظم القانونية الوضعية عن النظم المشابهة لها، ومحددا مركزها من قواعد القانون، ومحددا في مقابلها مفهوم عدم المشروعية. وسيرا على هذا المنوال أبين في جانب الشريعة الإسلامية الفرق بين الإباحة وعدم تطبيق النص الجنائي، ومميزا الإباحة عن المفاهيم المشابهة لها. مقسما الفصل إلى مبحثين:

أولهما: أتناول فيه، حقيقة الإباحة في الشريعة الإسلامية
وثانيهما: أتناول فيه، حقيقة الإباحة في النظم القانونية الوضعية.

المبحث الأول حقيقة الإباحة في الشريعة الإسلامية

1 - تمهيد وتقسيم

في البداية أقول أن ما أعني في هذا المبحث بالشريعة الإسلامية ليس فقط أصلها العظيمين: القرآن الكريم، والسنة النبوية الشريفة، وإنما أعني كل التراث التشريعي الإسلامي المتمثل في الفقه المستنبط بالاجتهاد من هذين الأصلين عبر العصور تحقيقاً للقول بأن الشريعة صالحة لكل زمان ومكان. وكذا في أصول الفقه، باعتبار أن هذا العلم هو علم القواعد التي بني عليها الفقه وعلماء أصوليون¹ Racinal بمعنى العارفون بأصول الفقه، وليس Les intégristes .

ويمكن من حيث اللغة إطلاق وصف أصولي على العالم المتضلع في العقائد-أصول الدين- غير أنه اصطلاحاً تغلب تسمية المتكلمين أو علماء علم الكلام على هذا النوع من العلماء.

وفي بحثي هذا سأطلق الأصولي أو الأصوليين على علماء أصول الفقه خاصة. وأقسم هذا المبحث إلى أربع مطالب كما يلي:
المطلب الأول: الإباحة عند الأصوليين.
المطلب الثاني: الإباحة عند الفقهاء.
المطلب الثالث: تمييز الإباحة عن المفاهيم المشابهة لها.
المطلب الرابع: تمييز الإباحة عن عدم تطبيق النص.
متتبعا مسائل هذا المبحث بقدر من التفصيل في حدود ما يسمح به هذا البحث، لأن كثيراً من مسائل هذا البحث تحتاج لتوضيحها ودراستها إلى بحث مستقل بذاته والله المستعان.

المطلب الأول الإباحة عند الأصوليين

2 - تمهيد وتقسيم

الإباحة، أقتصر في تبينها هنا فقط على ما هو دارج عند الأصوليين من تعاريف ذات طابع لغوي لا اصطلاحى، تناولت الإباحة والمباح.
يقولون: التخيير بين الفعل والترك²، إباحة Permission والمباح Permis هو ما يستوي فيه الفعل والترك.

¹أنظر الدكتور إبراهيم أنيس وآخرين، المعجم الوسيط، بإشراف حسين علي عطية ومحمد شوقي أمين، مطابع دار المعارف بمصر، ط2، بدون سنة نشر، ص 20

وانظر الدكتور عدنان محمد جمعة، أصول التشريع الإسلامي، رفع الحرج في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة ودار العلوم الإنسانية، ط3 لسنة 1413هـ-1993م، ص161.

²أنظر سعدي أبوجيب، القاموس الفقهي، لغة واصطلاحاً، دار الفكر، ط1 سنة 1402هـ-1982م، ص163=

وهذا هو محور حديثهم من حيث اللغة على الإباحة والمباح، ومنهم من اعتمد التعريف اللغوي تعريفا اصطلاحيا مع بعض التوضيح، كما فعل الإمام أبو حامد الغزالي في مؤلفه الجليل «المستصفى»¹.

وأرى أن أقسم المطلب إلى فرعين: فرع أخصه للتعاريف القديمة، أجمع فيه مجموعة من هذه التعاريف جمعا. وفرع أخصه للنقد الموجه لها، خاصة من الأصوليين المحدثين، وبالأخص الدكتور محمد سلام مدكور، والشيخ محمد أبو زهرة، وما أراه من نقد لبعض التعاريف، والتعريف الذي اختاره الدكتور سلام، وتابعته في اختياره.

3- الفرع الأول: بعض التعاريف القديمة للإباحة

1- عرف الشاطبي² الإباحة بقوله: «إن المباح عند الشارع هو المخير فيه بين الفعل والترك من غير مدح ولا ذم لا على الفعل ولا على الترك» فقوله: «من غير مدح ولا ذم لا على الفعل ولا على الترك» يخرج الواجب بجميع أقسامه لأن الواجب من حيث أنه واجب يمدح فاعله ويذم تاركه.

2- نقل الأمدى³ تعريفا نصه: «المباح ما أعلم فاعله أو دل أنه لا ضرر عليه في فعله أو تركه ولا نفع له في الآخرة». وهذا التعريف يفيد أن الإباحة إعلان الفاعل أو دلالة أنه لا ضرر عليه في فعل الشيء أو تركه، ولا نفع له في الآخرة.

3- ثم وضع الأمدى تعريفا نقض به هذا الذي نقله باعتبار أنه غير جامع إذ يخرج منه الفعل الذي خير الشارع فيه مع إعلام فاعله أو دلالة الدليل على استواء فعله في المصلحة والمفسدة، فإنه مباح وإن اشتمل فعله وتركه على الضرر.

ونص تعريفه هذا هو: «إن المباح ما دل الدليل السمعي على خطاب الشارع بالتخيير فيه بين الفعل والترك من غير بدل» والذي يفيد الإباحة عنده دلالة خطاب الشارع بالتخيير فيه بين الفعل والترك من غير بدل. والقيد الأول في التعريف «الدليل» يخرج المباح عن فعل المولى عز وجل لأن تخييره لا يتوقف على دلالة دليل.

والقيد الثاني «من غير بدل» مخرجا للواجب الموسع في أول الوقت والواجب المخير لأن التخيير في هذين النوعين من الواجب مقيد بوجود الدليل عن كل منهما وإلا لم يكن هناك تخيير بخلاف التخيير في المباح فإنه لا يرتبط بالبدل.

وانظر محمد جواد مغنية، علم أصول الفقه في ثوبه الجديد، دار العلم للملايين، بيروت، ط2 لسنة 1980، ص263.
وانظر المعجم الوسيط، مرجع سابق، ص658.

وانظر الدكتور محمد قلجي والدكتور حامد صادق قنبي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، ط1 لسنة 1405هـ-1985م، ص37.

¹ انظر الغزالي الإمام أبو حامد المتوفى سنة 505هـ، المستصفى من علم الأصول، ج1، المطبعة الأميرية، بدون سنة نشر، ص74.

² أنظر الشاطبي الإمام أبو إسحاق موسى اللخمي الغرناطي المالكي المتوفى سنة 790هـ، الموافقات، ج1، المطبعة السلفية، ط1 لسنة 1341هـ، ص68 و69.

³ أنظر الأمدى سيف الدين أبي الحسن، الإحكام في أصول الأحكام، ج1، مؤسسة النور بالرياض، سنة 1387هـ، ص175 إلى 178.

كما نقل الأمدى تعريفا آخر للمباح، نصه: «هو ما استوى جانباه في عدم الثواب والعقاب» ونقضه نفسه لكونه غير مانع، إذ أفعال الله كذلك ولا تتصف بالإباحة.

- 6- 4- وأورد منلا خسرو¹ في كتابه المرآة تعريفاً مثل التعريف الذي نقله الأمدي نصه: «إن المباح ما استوى طرفاه في نظر الشارع بأن يحكم بذلك صريحا أو دلالة» وهو يشبه تعريف الأمدي من حيث الاستغناء عن قيد عدم المدح والذم.
- 7- 5- عرفه ابن السبكي² بما فحواه: هو ما دل خطاب الشارع المتعلق بأفعال المكلفين على التخيير بين فعله وتركه.
- 8- 6- عرفه صدر الشريعة³ بأنه: فعل المكلف الذي يستوي فعله وتركه. وقد ذكر هذا المعنى في سياق كلامه، ولم يذكره صراحة على أنه تعريف.
- 9- 7- عرفه الشوكاني⁴ بأنه: ما لا يمدح على فعله ولا على تركه، وفسره بأنه: ما أعلم فاعله بأنه لا ضرر عليه في فعله وتركه. وهذا يفيد أن الإباحة وصف في الفعل يوجب عدم المدح على فعله أو تركه.
- وقال الشوكاني أيضا: أن المباح يطلق على ما لا ضرر على فاعله وإن كان تركه محظورا. فالإباحة على هذا تطلق على وصف في الفعل يوجب عدم الضرر على فاعله وإن كان الترك محظورا، ومثل ذلك بالحكم بأن دم المرتد مباح لا ضرر على من أراقه، فالأصل في دمه أنه معصوم لكن بارتداده طرأت إباحة إراقتة. والإباحة هنا عامة تشمل الوجوب أيضا.⁵
- 10- وقد سبق أن عرفه الغزالي⁶ عن طريق تعريفه للجواز المرادف عنده للإباحة بأنه: هو التخيير بين الفعل والترك بتسوية الشرع.
- وقد اختار هذا التعريف الإمام البيضاوي⁷ عند تعريفاته لأقسام الحكم، بما دل على أنها حدود (تعريفات) لتلك الأقسام.
- وقال الأسنوي⁸ عند إيرادته لتلك الحدود «إن ذلك تقسيم محدد لا إيراد عليه».
- وقد أورد الأمدي⁹ ما يفيد هذا المعنى، وقال: أنه منقوض بخصال الكفارة المخيرة، فإن ما من خصلة منها إلا والمكفر مخير بين فعلها وتركها، وبتقدير فعلها لا تكون مباحة، وكذلك الصلاة في أول وقتها الموسع، فإن المكلف مخير بين فعلها وتركها، وليست الصلاة ولا الكفارة مباحة بل واجبة.

¹ أنظر منلا خسرو الشرنبلالي المتوفى سنة 885هـ، مرآة الأصول في شرح مرآة الوصول، الأستانة، سنة 1296هـ، ص 278.

² أنظر ابن السبكي عبد الوهاب تاج الدين بن علي الشافعي المتوفى سنة 771هـ، جمع الجوامع ج 1، بدون دار نشر، ط 1 لسنة 1361هـ، ص 105.

³ أنظر صدر الشريعة عبيد الله بن مسعود الحنفي المتوفى سنة 747هـ، التنقيح والتوضيح، ج 3، بدون دار نشر، ط 1 لسنة 1322هـ، ص 75-76.

⁴ أنظر الشوكاني الإمام محمد بن علي بن محمد المتوفى سنة 1250هـ، وكان شيعيا متبحرا في علومهم وعقائدهم، إرشاد الفحول، مطبعة البابي الحلبي، ط 1 لسنة 1937هـ، ص 6.

⁵ أنظر أبوزهرة الإمام محمد عالم مصري مجد من تلاميذ محمد عبده توفي في أواخر القرن الماضي، له مؤلفات جليلة في الشريعة الإسلامية عموما وعقائدها وعباداتها ومعاملاتها أنظر الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي - الجريمة - دار الفكر العربي، بدون سنة نشر، ص 510.

⁶ أنظر الغزالي أبو حامد المتوفى سنة 505هـ، المستصفى، ج 1، مرجع سابق، ص 74.

⁷ أنظر البيضاوي الإمام عبد الله بن عمر المتوفى سنة 685هـ، منهاج الوصول في علم الأصول، ج 1، طبعة صبيح، بدون سنة نشر، ص 31 و 36.

⁸ أنظر الأسنوي الإمام جمال الدين عبد الرحيم المتوفى سنة 772هـ، نهاية السؤل في شرح منهاج الوصول لعلم الأصول على هامش المنهاج، ج 1، بدون مكان نشر، بدون سنة نشر، ص 31.

⁹ أنظر الأمدي، الأحكام لأصول الأحكام، مرجع سابق، ج 1، ص 175 و 178.

وقد أدرك الشاطبي¹ أن هذا التعريف غير مانع من دخول الواجب المخير الموسع فأورد هذا التعريف مع زيادة قيد يخرج هذين النوعين، فقال: «إن المباح عند الشارع هو المخير فيه بين الفعل والترك من غير مدح ولا ذم لا على الفعل ولا على الترك» فقله: «من غير مدح ولا ذم لا على الفعل ولا على الترك» يخرج الواجب بجميع أقسامه، لأن الواجب من حيث أنه واجب يمدح فاعله ويذم تاركه.

11 - الفرع الثاني: النقد الموجه للتعاريف السابقة

وجه نقد لكل هذه التعاريف، بعضها انتقده الأصوليون التقليديون وبعضها انتقده خاصة من المحدثين الدكتور محمد سلام مذكور في مؤلفه العظيم القدر: «الحكم التخيري»، أو نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء». والبعض انتقده الشيخ أبو زهرة. ولي نقد لبعضها خفيف لم أجد من نقده تفصيلاً.

وفي الفقرات التالية سأبين هذا النقد، ومنتهياً بتقديم تعريف الدكتور مذكور للإباحة والذي أختاره للأسباب التي بنى عليها هو اختياره، زيادة على أنني أرى أنه استفاد كثيراً من عمل سابقه، إذ قلب بالبحث والتحصيل تعاريف عدة حتى خرج بتعريفه هذا.

نقد التعاريف

قلت أن التعاريف منها ما وجه له النقد من طرف الأصوليين التقليديين أي القدامى، وأضيف هنا أنه بل ومن الأصوليين من نقد نفسه بنقض تعريف أورده بابتداعه تعريفاً جديداً ومن صورة ذلك: نقض الأمدي لتعريف أورده.

12- نقض الأمدي لتعريف أورده: نقض الأمدي التعريف الذي ذكرناه له في الفقرة 4 بأنه غير جامع إذ يخرج منه الفعل الذي خير الشارع المكلف فيه بين الفعل والترك، مع إعلام فاعله أو دلالة الدليل استواء فعله في المصلحة والمفسدة، فإنه مباح وإن اشتمل فعله وتركه على الضرر. ثم وضع كرد على هذا النقد الناقض للتعريف المذكور تعريفه هو للمباح والذي أورده في الفقرة 5. وينتقد الدكتور مذكور² هذا التعريف بوصفه يحشو عبارة «في الآخرة».

13- نقد الدكتور مذكور للتعريف الذي نقض به الأمدي التعريفين الذين أوردهما، وهما الذين ذكرتهما في الفقرة 4 وآخر الفقرة 10 وهو الذي ذكرته في الفقرة 5، نقده مقيماً له بأنه متميز بقيديه على التعريفين الذين أوردهما أولاً. ويضيف الناقد أن الأمدي نزع في مسلكه في هذا التعريف نزعة المتكلمين (علماء أصول الدين أو علم الكلام، أو علم العقائد أو العقيدة) من أهل السنة الذين يرون أن التشريع في جميع الأحكام لاصلة بينه وبين المصلحة والمفسدة، وإنما هو المرتبط بالأدلة الشرعية، ومسائر لدلالاتها، فما دل الدليل على وجوبه فهو واجب ولو اشتمل على مفسدة والعكس صحيح. وحينئذ فلا معنى لأن يربط الأمدي الإباحة بعدم الضرر في الفعل والترك، بل الإباحة قائمة وإن حصل مع

¹ أنظر الشاطبي الإمام أبو إسحاق المتوفى سنة 790 هـ، الموافقات، تحقيق عبد الله دراز، ج1، دار المعرفة، بيروت، بدون سنة نشر، ص124 وما بعدها و150.

وانظر أحمد الريسوني، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، المعهد العالمي للفكر الإسلامي (مختارات من الرسائل الجامعية) ج1، توزيع المكتبة السلفية، ط1، سنة 1411 هـ 1990م، ص161 وما بعدها.

² أنظر الدكتور محمد سلام مذكور، نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء، دار النهضة العربية، ط3 لسنة 1965، ص36 و37.

الفعل أو الترك ضرر. وهذا واضح من تعبيره بقوله: «...هو ما دل الدليل السمعي على خطاب الشارع فيه بالتخيير...» فالعبرة إذن في الإباحة والأصل فيها أن يخير الشارع بين الفعل والترك بقطع النظر عما قد يترتب على ذلك من مصلحة أو مفسدة.

14- **نقد تعريفي¹ منلاخسرو وابن السبكي:** نقد الدكتور مدكور هذين التعريفين وهما الواردين في الفقرتين 6 و 7 بأن تعريف منلاخسرو شبيه بتعريف الأمدي، من ناحية الاستغناء عن قيد عدم المدح والذم.

وتعريف ابن السبكي قال عنه أنه وإن سلم مما اعترض به الأمدي على التعريف الذي لم يمنع دخول أفعال الله سبحانه وتعالى، فإنه لم يسلم من العيب الذي اعترض من أجله الأمدي عن التعريف الذي نقله عن الغزالي (المذكور عندنا في الفقرة 5) وهو دخول الواجب المخير والواجب المؤقت بوقت موسع.

15- **نقد الشيخ محمد أبوزهرة لتعريف الشوكاني الوارد في الفقرة 9:** تناول الشيخ محمد أبوزهرة بالنقد تعريف الشوكاني في كتاب الشيخ المسمى «أصول الجعفرية»² آخذاً على الشوكاني أنه أدخل في المباح ما يكون حراماً في ذاته ثم يعرض ما يجعله حلالاً. وضرب مثلاً على ذلك زيادة على ما مثل به أصلاً الشوكاني من إباحة دم المرتد بقول الله سبحانه وتعالى «..فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به...»³ ثم قال: إن نفي الإثم في مثل هاتين الحالتين وأشباههما لا يقتضي إباحة الفعل بل أحياناً يكون الفعل واجباً وأحياناً يكون مباحاً.

ونذكر أن الحكم بشأن المرتد إذا أصر على رده وجوب قتله، وأن حكم الافتداء يدور بين الوجوب والندب.

غير أن الشيخ نفسه عاد فقال في آخر كتابه الجريمة، تحت عنوان «سقوط الجريمة لإباحة موضوعها» ما نصه: «قد يكون الفعل في ذاته غير مباح، ولكن يعرض ما يجعله مباحاً، لأن موضوعه ليس محل نهى بل محل إباحة، وذلك إذا كان المجني عليه غير معصوم الدم، فالقتل محرم بمقتضى الشرع والفطرة الإنسانية، لكن إذا كان منه ما يقتضي إباحته، كالحربي الذي يقاتل فإن دمه يكون مباحاً، وبعد أن كان جريمة يصبح أمراً مستحسنًا أو أمراً مباحاً بشكل عام... ومن هؤلاء الذين يباح دمهم المرتد...»⁴.

ولعل الشيخ يكون قد اختلط عليه أمر عبارة الشوكاني فعلاً كما ذهب الدكتور مدكور، وليس لي شخصياً تفسير آخر للأمر غير هذا التفسير للتحليل الذي أعطاه الدكتور مدكور، وإلا فكيف يقول ما نقلنا عنه أعلاه، مع عظيم احترامي له ولعلمه.

16- **نقد الدكتور مدكور للشوكاني**

يرى الدكتور مدكور أن الشوكاني في تعريفه الأول في الفقرة 9 قريب من التعريف الذي أورده الأمدي (والذي ذكرناه في الفقرتين 4 و 5) ويفترق عنه في أن ما نقله الأمدي يزيد عبارة «في الآخرة» تلك الزيادة التي هي غير مفيدة ولا مجدية وهي حشو مفسد للتعريف.

¹ أنظر الدكتور محمد سلام مدكور، نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء، مرجع سابق، ص 37 و 38.

² أنظر الشيخ محمد أبوزهرة، أصول الجعفرية، بدون مكان نشر، ط سنة 1956، ص 53.

³ الآية رقم 229 عند ورش من سورة البقرة (2).

⁴ أنظر الشيخ محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة - الجريمة، مرجع سابق، ص 510.

وقال في تعريف الشوكاني الوارد في نفس الفقرة بشأن القول بإباحة دم المرتد وأنه لا ضرر على من أراقه، ومعنى كون تركه محظورا أنه أصبح واجبا لا مبرر لتركه. فطروء إباحة دمه بعد الردة داخله تحت إباحة أعم من الإباحة العادية، فالإباحة هنا تشمل الوجوب أيضا وتشترك مع المباح بالمعنى العادي في أن كلا منهما لا ضرر في فعله. وقال الدكتور مذكور في معرض نقده للشوكاني أنه يرى أن الشوكاني لم يدخل في المباح- بمعناه الدارج- الذي عرفه بقوله «ما لا يمدح على فعله ولا على تركه» لم يدخل فيه ما يكون حراما في ذاته ثم يعرض له ما يجعله مباحا. وإنما قصد ذكر معنى آخر للمباح يشترك فيه مع المباح بالمعنى الدارج لا ضرر في فعل كل منهما. وإنما يتميز المباح بالمعنى الثاني بأن ترك الفعل في صورته أصبح محظورا.

ويقول أن الشوكاني في تسميته المباح بالمعنى الثاني كان يتعين أن يعللها. ويرى أن العلة فيها كون الفعل الذي يسمى مباحا لهذا الإطلاق كان محظورا ثم رفع الحظر الذي كان عليه، وبهذا الاعتبار فقط يسمى مباحا، أي باعتبار رفع الحظر، وإن كان في الحقيقة قد يكون واجبا، وقد يكون مندوبا، وقد يكون مباحا بمعنى التخيير بين الفعل والترك كما هو الحكم في قوله تعالى: «فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض وابتغوا من فضل الله...»¹

ويقول أنه بالتأمل يتضح أنه بين مفهومي كل من الإطلاقين الذين أوردهما الشوكاني عموما وخصوصا وجهي، إذ يجتمعان في أمر كان محظورا ثم صار مستوي الطرفين كالانتشار في الأرض بعد صلاة الجمعة. غير أن الأول، أي الوارد في تعريفه الأول، استوى طرفاه، ولم يكن محظورا من قبل مثل ما جاء في قوله تعالى: «..كلوا واشربوا حتى يتبين الخيط الأبيض من الخيط الأسود من الفجر...»² وما في حكم هذه الآية من كون الأكل والشرب مباح للصائم حتى الفجر.

وينفرد ما جاء في تعريفه الثاني فيما طرأ عليه الوجوب أو الندب بعد الحظر، مثل قتل المرتد كما مثل الشوكاني وكما جاء في قوله سبحانه وتعالى: «...فلا جناح عليها فيما افتدت به³». ويخلص إلى أنه لا وجه لاعتراض الشيخ أبوزهرة⁴ على تعريف الشاطبي للإباحة بهذه الصورة الأخيرة.

17- نقد تعاريف الغزالي والبيضاوي والأسنوي

ما أراه في هذه التعاريف أنها لغوية أكثر منها اصطلاحية، وأن الغزالي لم يقصد وضع تعريف مانع جامع لإيضاح الماهية والحقيقة عند كلامه على الإباحة والمباح، وإنما قدم وصفا في معرض الحديث.

- وهذا ما فعله الأسنوي، فإن كلامه الذي وصف فيه الإباحة في معرض تعريفه لأقسام الحكم لم يقصد به التعريف الاصطلاحي، وإنما قصد الوصف الذي يفهم في حدود ما يصفه.

- وفي هذا الاتجاه كان مدح الأسنوي لما رآه حدودا (تعاريف) حدها الإمام الشاطبي.

¹ الآية رقم 10 من سورة الجمعة (62).

² الآية 185-186 عند ورش من سورة البقرة (2).

³ الآية رقم 227-229 عند ورش من سورة البقرة (2).

⁴ أنظر الدكتور محمد سلام مذكور، النظرية العامة للإباحة، مرجع سابق، ص 38 إلى 41.

- أما التعريف الذي أورده الأمدي وذكرناه في الفقرة 10 فإنه هو نفسه نقضه زيادة على استدراك الشاطبي عليه بقوله: «...من غير مدح ولا ذم لا على الفعل ولا على الترك». فكل هذه الحدود (التعريفات أو التعاريف) كما مر معنا لا ترقى إلى مستوى الكمال العلمي. والكمال المطلق لله سبحانه وتعالى وحده.

ولذا فإن كل من تناول الموضوع وجد مأخذاً أو مأخذ على من سبقه قل أو كثر، لكن من لاحظنا أن له باع طويل في الأخذ على من سبقوه هو الدكتور محمد سلام مذكور بلا منازع لحد الآن، ولقد اختار تعريفاً ظريفاً للإباحة لم أجد لحد الآن أبدع منه، أسوقه في الفقرة الآتية مذيلاً برأيي فيه بكل تواضع يجب على لعلم الرجل وعمله وفضله.

18- التعريف الذي اختاره الدكتور مذكور للإباحة¹:

بعد إيراد تعاريف لأصوليين للإباحة والمباح استقر رأيه على اختيار التعريف الذي وضعه الأمدي، والذي ذكرناه في الفقرة 5 كثالٍ تعريف في فرع التعاريف القديمة للإباحة، وعد مزاياه التي هي:

1- استقامته، ووضوحه وعدم احتياجه إلى إضافة قيد يبين المراد، أو اعتبار حيثيه تدفع ما قد يتوارد من معاني غير مقصودة للمعرّف (بالكسر) ولا تنطبق على المعرّف (بالفتح).

2- أن الأمدي احتسب فيه احتراسا واضحا من الوقوع بصياغته في مفهوم المعتزلة للإباحة والمباح إذ يقولون بالتحسين والتقيح العقليين، مدعين أن الأحكام تدرك بالعقل من غير توقف على دليل الشرع، وإنما يأتي كاشفاً لها. فأكد بقوله ذلك إذ قال: «...هو ما دل الدليل السمعي على خطاب الشارع فيه...» والدليل السمعي هو ما ورد عن الشارع الحكيم نصاً (في القرآن أو السنة) أو استنباطاً منهما.

3- أنه شامل لكل أقسام ما تثبت به الإباحة الشرعية، بإطلاق قوله: «...ما دل الدليل السمعي...».

4- مع هذا الشمول لم يتعرض صراحة لإيراد التقسيم كما فعل غيره ممن قال: «...وما أعلم فاعله أو دل أنه لا ضرر...» لأن اشتمال التعريف على التقسيم يعيبه.

5- أنه تعريف بالحد والماهية والحقيقة، وليس تعريفاً بالرسم والخاصة والوصف المميز للمعرّف (بالفتح) وإن لم يكن الوصف أو الرسم داخلاً في حقيقته. وأرى زيادة على ما ذكر أن شهادته هو للتعريف مزية كبرى سادسة في مزايا التعريف.

وإذا لم يوجد غيره خيراً منه فإن ذلك مزية سابعة فيه إلى أن يوجد، وأقر أنني بحثت كثيراً وسهرت أكثر وكلي فضول علمي أن أجد شيئاً من هذا القبيل فلم أعثر عليه. هذه هي الإباحة عند الأصوليين، وهي الخلفية النظرية، والتقعيد لعلماء الفروع (الفقهاء) الذين سنتبع مسلكهم مع المسألة في المطلب الآتي.

¹ أنظر اختيار الدكتور محمد سلام مذكور للتعريف، النظرية العامة للإباحة، مرجع سابق، ص 42 و 43.

المطلب الثاني الإباحة عند الفقهاء

19- تمهيد وتقسيم

أتناول بالبحث البحث في هذا المطلب مسلك الفقهاء في نظرهم إلى الإباحة مستقصيا تعاريفهم لها في مذاهب مختلفة، مع تحليل هذه التعاريف ونقد ما يحتاج إلى نقد منها، سواء كان النقد إيجابيا أم سلبيا للوصول إلى أحسنها. ثم أتناول الإباحة من الشارع الحكيم سبحانه وتعالى وإباحة (إذن) العباد فيما بينهم مقسما المطلب إلى فروع ثلاثة:
الفرع الأول: تعاريف الإباحة والمباح
الفرع الثاني: تحليل التعاريف
الفرع الثالث: إباحة الشارع وإذن العباد فيما بينهم والتعريف الذي اقترحه.
وفي كل ذلك ألتفت دائما إلى موقف الأصوليين لأنهم هم من قعد القواعد للفروع. وإن سبق في التدوين علم الفروع ثم جاء بعده علم الأصول.

20- الفرع الأول: تعاريف الإباحة والمباح

يتبين للباحث من أول وهلة يلقي فيها نظرة متفحصة دراسة على موضوع الإباحة عند الفقهاء أنهم يسلكون في تعاريفهم لها مسلك الأصوليين، وقد استعمل الأصوليون لفظ الإباحة كثيرا خاصة الأحناف منهم عندما يتعرضون للكلام على الحظر والإباحة في كتبهم، وهذه بعض منها:
21 -أولا: عرفها عبد الله بن مردود الموصلية في كتابه الاختيار¹ بقوله: «الإباحة ضد الحظر، وأن المباح ما أجزى للمكلفين فعله أو تركه بلا استحقاق ثواب أو عقاب أو مأخذ فيه».

وقد نقل عنه فقهاء كثيرون منهم من نقل عن الذي نقل عنه، وأذكر من هؤلاء جميعا: الميداني²، في شرحه لكتاب القدوري³، وأبو بكر اليميني⁴، في الجوهرة النيرة على القدوري، والحصكفي⁵ في كتابه الدر، الذي شرح به تنوير الأبصار للتمرتاشي⁶.

¹ أنظر عبد الله بن محمود بن مردود أبو الفضل الموصلية، المتوفى سنة 683هـ، شرح كتاب الحصكفي، وكتب عنه كل من الطحاوي وابن عابدين.

² أنظر عبد الغني الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفي، أحد علماء القرن الثالث عشر الهجري، ومن كبار المحققين، صاحب كتاب اللباب.

أنظر اللباب في شرح الكتاب، المطبعة الأزهرية، سنة 1927، ص484.

³ القدوري الإمام أبو الحسن أحمد بن محمد البغدادي الحنفي، المولود سنة 362هـ وتوفي ببغداد سنة 428 صاحب مختصر القدوري، وهو أحد أصلي الهداية الذي يتكون منه ومن كتاب الجامع الصغير

⁴ أنظر اليميني أبو بكر علي بن محمد الحواري المتوفى سنة 800هـ: الجوهرة النيرة، ج2، الأستانة، ط سنة 1301هـ، ص382.

⁵ أنظر الحصكفي محمد علاء الدين المتوفى سنة 1088هـ، الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج3، المطبعة المليجية، مصر، بدون سنة نشر، ص609.

⁶ التمرتاشي محمد بن عبد الله بن أحمد الخطيب الحنفي الغري المتوفى سنة 1004هـ.

- 22- ثانيا: عرف المباح الشرنبلالي¹، متأثرا بابن مردود في حاشيته على درر الحكام لمنلا خسرو² بقوله: «المباح ما خير المكلف بين فعله وتركه بلا استحقاق ثواب ولا عقاب».
- 23- ثالثا: فسر العيني³ الإباحة في كتابه رمز الحقائق: «بأنها الإطلاق في مقابل الحظر الذي هو المنع»، واتبعه في هذا التفسير قاضي زاده⁴، وشيخ زاده⁵.
- 24- رابعا: عرفها الجرجاني⁶ في كتابه التعريفات الجرجانية بقوله: «الإباحة الإذن بإتيان الفعل كيف شاء الفاعل».
- 25- خامسا: عرفها الأستاذ علي الخفيف⁷ بأنها: «حق يثبت للإنسان أثرا لإذنه بأن ينتفع» ولما رأى في صياغة هذا التعريف شيئا من الغموض بسبب إقحام التعليل بالإذن، وتعلق هذه الكلمة بين الأسلوب، عدل عنه، وأورد تعريفا آخر، صريح وواضح، هذا نصه: «الإباحة تصرف أو إذن يفيد الإنسان حق الانتفاع بطريق مباشر».
- 26- سادسا: كما عرفها الأستاذ مصطفى الزرقاء⁸ بأنها: «الإذن باستهلاك الشيء باستعماله، وهي لا تجعله مملوكا، بل هي دون التملك».
- 27- سابعا: أورد أخيرا تعريف الأستاذ أحمد إبراهيم⁹ في بحث له بمجلة القانون والاقتصاد أيضا، إذ عرفه بقوله: «إذن الإنسان لغيره بأن ينتفع بماله أو يستهلكه أو يملكه، وهي نوع من الهبة بمعناها الأعم».

28 الفرع الثاني: تحليل هذه التعاريف

أقول ابتداء أن هذه التعاريف شبيهة بنظيراتها عند الأصوليين، ولا غرو فإن الأصول هي مقدمة الفروع، وخلفيتها النظرية والتعديدية، وضابطها الذي لا يتصور أن تخرج عنه، فاستعمل الفقهاء في تعريف الإباحة كلمات الإذن، والتخيير، وعرفوا الإباحة والمباح، وقالوا أن التخيير ينصرف إلى الفعل وضده إذا كانا في حكم واحد، أو بين الفعل

¹ أنظر الشرنبلالي حسن بن عمار بن علي الوفاي الحنفي المتوفى سنة 1096هـ، الحاشية على درر الحكام، ج2، طبعة الأستانة، بدون سنة نشر، ص385.

² أنظر منلا خسرو محمد بن فراهوز الحنفي المتوفى سنة 885هـ، درر الحكام في شرح غرر الأحكام، ج2، طبعة الأستانة، ط سنة 1394هـ، ص385.

³ أنظر العيني أبو أحمد محمود بن أحمد قاضي القضاة، ولد بمصر سنة 762هـ وولي الحسبة بالقاهرة وقضاء الأحناف، رمز الحقائق شرح كثر الدقائق، ج2، المطبعة اليمنية، ط سنة 1320هـ، ص265.

⁴ أنظر قاضي زاده شمس الدين أحمد بن نور الدين المتوفى سنة 998هـ، تكملة فتح القدير، ج8، بدون مكان نشر، طبعة 1329هـ، ص89.

⁵ أنظر شيخ زاده عبد الرحمان محمد سليمان، المتوفى سنة 1087هـ، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، ج2، مطبعة الأستانة، بدون سنة نشر، ص523.

⁶ أنظر الجرجاني السيد الشريف علي بن محمد بن علي المولود في جرجان شهر شعبان من سنة 740هـ، المتوفى في سمرقند سنة 792هـ، التعريفات، المطبعة الخيرية، طبعة 1 سنة 1306هـ، ص2.

⁷ أنظر الأستاذ علي الخفيف، معاصر من مصر، كتب في القواعد والنظريات الفقهية والسياسة الشرعية، أحكام المعاملات في الفقه الإسلامي، ط2، بدون سنة نشر، ص42.

⁸ أنظر مصطفى الزرقاء، معاصر له مؤلفات في الفقه، المدخل للفقه الإسلامي، بدون مكان نشر، ط6، بدون سنة نشر، ص265.

⁹ أنظر أحمد إبراهيم، مصري معاصر ولد بالقاهرة في عام 1874 وتوفي بها بتاريخ 1945، اشتغل زمنا طويلا مدرسا للشريعة بكلية الحقوق القاهرة وله مؤلفات وأبحاث كثيرة: مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول، السنة الثالثة، ص65.

والترك للشيء نفسه، واستعملوا كلمة الإجازة. ويرى الدكتور مذكور أن كلمة الإجازة أقرب إلى الدقة من كلمة التخيير، ويرى أن التخيير عند إطلاقه يقتضي أن لا يستحق فاعله ثواباً لا على فعله ولا على تركه، ومن ثم ينعدم الداعي للتقييد بالقول: «من غير استحقاق مدح ولا ذم» ويكون هذا القيد زائداً، ولا يحتج بأنه احتراز به عن الواجب المؤقت بوقت موسع، والكفارة المخيرة، لأن التخيير في هذين الواجبين غير مطلق، وإنما هو مقيد بأول وقت الصلاة، أو بفعل كفارة من عدة كفارات¹. ويرجح الدكتور مذكور² لهذه الأسباب التعريف الذي ذكرته في الأول من هذه التعاريف، ويرى أنه أقرب للدقة من غيره، وهذا ما أراه معه للأسباب التي ذكر، ولثقتي في علمه وتحقيقه، ولكوني بحثت ولم أجد أضبط من هذا التعريف. غير أنني ألاحظ عليه أنه لا يدخل ما أجاز الناس لبعضهم فيما بينهم، وأذنوا لبعضهم البعض فيه، وهو إباحة كما سيتضح في الفرع الآتي. وعليه رأيت أن أقترح في نهاية بحثي للفرع تعريفاً يشمل ذلك، ويكون جامعاً مانعاً كما يقال - بحول الله. مع كامل احترامي وتقديري للدكتور مذكور، فهونبراسي المنير الذي هداني، بعد الله سبحانه وتعالى، في طريق الوصول إلى هذا التعريف، وفي مسائل أخرى كثيرة.

29 الفرع الثالث: إباحة الشارع وإذن العباد والتعريف المقترح

يتعين لحسن بحث هذا الفرع تقسيمه إلى ثلاث فقرات كما هو واضح من عنوانه، وكما هو آت:

30 - أولاً: إباحة الشارع سبحانه وتعالى: وهي إذنه بفعل الشيء أو تركه من غير مؤاخذه، ولا ثواب ولا عقاب. ومنه الإذن في الاستيلاء على المنافع المباحة، وهي كل ما خلق الله سبحانه وتعالى لينتفع به الناس حسب العادة في استعماله، شرط أن لا يكون هذا المخلوق في حيازة أحد، مع إمكان الانتفاع به، كما يكون الإذن بمجرد الانتفاع دون الحيازة متى كان من المصلحة مجرد الانتفاع. ومن الأموال المأذون من الشارع في حيازتها الماء والكأ والنار للحديث الذي رواه ابن ماجة عن أبي هريرة رضي الله عنه³ بسند صحيح عن النبي صلى الله عليه وسلم، ومتمن الحديث: «ثلاثة لا يمنعن: الماء والكأ والنار»⁴. وهذه الأشياء الثلاثة المذكورة نماذج فقط

¹ أنظر في مسائل التخيير عند الإمام العلامة شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمان الصنهاجي القرافي المتوفى سنة 684: الفروق، ج2، عالم الكتب، بيروت، بدون سنة نشر، ص 4 وما بعدها.
وانظر محمد بن علي بن حسين المكي المالكي المتوفى سنة 1367هـ، تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية، مطبوع على هامشه، بدون سنة نشر، ص 4 وما بعدها.
وانظر الشيخ الفقيه العلامة المتكلم الأستاذ الأودد أبو القاسم قاسم بن عبد الله بن محمد بن محمد الأنصاري ابن الشاط، المتوفى سنة 723هـ، إدراج الشروق على أنواء الفروق، مطبوع أسفل الفروق، ص 4 وما بعدها
ففي هذه الكتب علم جليل وتفاصيل دقيقة في موضوع التخيير أي إباحة فعل أحد الخيارين ومن بينهما خيار الفعل أو الترك للإباحة.

² أنظر الدكتور محمد سلام مذكور، النظرية العامة للإباحة، مرجع سابق، ص 45.

³ أبو هريرة عبد الرحمان بن صخر الدوسي عريف أهل الصفة، أسلم عام خيبر سنة 7هـ من أحفظ الصحابة وألزمهم لرسول الله صلى الله عليه وسلم، توفي سنة 58هـ، ثقة لروايته لا مطعن فيه إلا لمشكك غير نزيه لكثرة روايته.

⁴ أنظر العيزي علي بن أحمد المتوفى سنة 1070هـ، السراج المنير شرح الجامع الصغير ومعه الجامع الصغير، ج 2، المطبعة الخيرية، مصر، طبعة 1375هـ، 1956م، ص 177.

للمباحات الكثيرة. ومنها ما أباح الشارع تملكه وإحرازه، كالماء، والحيوانات الغير مملوكة كطرائد الاصطياد والأسماك ونحوها من الأرض الموات لمن يستصلحها ويحييها، والركاز من المعادن والكنوز الدفينة في باطن الأرض. (وهذا القول في الركاز في أحكام الفقه القديمة أما حالياً فإن باطن الأرض ملك للدولة، وكذلك الأرض الموات) ولهذا الموضوع أحكامه في كتب الفقه الإسلامي¹ التي ينص فيها الفقهاء على أن مكتشف الركاز ومستخرجه له نسبة منه، وللدولة نسبة.

ومن المباحات ما يأتي إذن الشارع الحكيم بشأنها وإباحته لها لأجل مجرد الانتفاع بها، كالتعبد في المساجد²، والسير في الطرقات العامة، والاستمتاع بالأماكن والمناظر الجميلة العامة في كون الله سبحانه وتعالى، من غير تعد على حق الآخرين فيها. فهذه هي الصورة المبسطة لإذن الله سبحانه وتعالى للعباد وإباحته لهم، أما إذن العباد وإباحتهم لبعضهم البعض فهو ما سنتناوله بالبحث في النقطة الموالية.

31- ثانياً: إذن العباد لبعضهم البعض: فكما يكون الإذن من الشارع الحكيم سبحانه وتعالى، يكون الإذن بين العباد فيما بينهم، وسواء كان الإذن باستهلاك العين، أو بالانتفاع بها فقط مع بقاء ملك الرقبة لمالكها تعود إليه بمجرد استيفاء المنفعة، أو تبقى له والمنفعة يحقق ما أذن له المالك من الانتفاع. وكل هذا إباحة فيما بين العباد. ولا تكون الإباحة بمعنى التعاقد، فهي لا تحتاج إلى إيجاب وقبول وصيغة ونحو ذلك، وإنما تقوم بمجرد الإذن صراحة أو ضمناً، وهي جائزة لمعين ولغير معين من الناس. وجائزة في المجهول كما ذهب ابن حزم الظاهري³.

- وما أذن بين العباد باستهلاكه كالطعام يؤكل، والهدية مما يستهلك مما لا يمكن حصره من المباحات المتداولة بين العباد في هذا المقام.

- وما أذن فيه بين العباد بالانتفاع به، كذلك كثير منه: السير في ممر مملوك، وركوب السيارة والدابة ووقف شيء للمنفعة العامة كمدرسة ومسجد ومسبح، وروضة أطفال وغير ذلك من المنافع التي تباح لغرض الانتفاع بها دون تملكها مما لا يمكن حصره من المباحات في التعامل.

وبعد هذه الأمثلة وتحليل التعاريف أخلص إلى تحديد صيغة التعريف الذي أقترحه مستأنساً باختيار الدكتور مذكور وبتوضيح الموصلي أبو الفضل عبد الله بن محمد في كتابه الاختيار، حيث قال، وهو بصدد التعليل لتسمية صاحب القدوري مسائل باسم الحظر و الإباحة: «هو صحيح لأن الحظر المنع والإباحة الإطلاق»، وبما أن الإطلاق يفهم منه لغويا الإطلاق من جانب الله سبحانه وتعالى، ومن جانب العبد، فقد رأيت أن أستبدل هذه

¹ أنظر الكاساني أو الكاشاني أو القاساني ملك العلماء أبوبكر بن مسعود بن أحمد علاء الدين، المتوفى سنة 587، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج2، دار الكتاب العربي، بيروت، ط2 لسنة 1402هـ 1982م، ص65.

وانظر السرخسي شمس الأئمة أبوبكر محمد المتوفى سنة 483هـ وقيل توفي سنة 439هـ، كما جاء في الأعلام للزركلي، ج4، ط3، ص102: المبسوط، ج2، مطبعة السعادة، ط1 لسنة 1324هـ، ص211.

وانظر ابن عابدين محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي المتوفى سنة 1252هـ، حاشيته على الدر المختار للحصكفي، رد المحتار شرح تنوير الأبصار، ج2، **بدون مكان نشر**، طبعة سنة 1249هـ، ص47.

² أنظر الدردير سيدي أحمد بن محمد أحمد العدوي أبو البركان المتوفى سنة 776هـ، الشرح الكبير على مختصر خليل، ج1، المكتبة التجارية، بدون سنة نشر، ص489.

³ أنظر ابن حزم أبومحمد علي بن أحمد بن سعيد الظاهري، المتوفى سنة 456هـ، المحلى، ج9، دار الطباعة المنيرية، الطبعة 1 لسنة 1352هـ، ص163.

العبارة عبارة «أجيز» في التعريف الذي امتدحه الدكتور مدكور، بعبارة «أطلق» فيصبح التعريف الذي أقترحه هو الآتي.

32- ثالثاً: التعريف الذي أقترحه

أقترح التعريف الآتي: **المباح ما أطلق للمكلف فعله أو تركه بلا استحقاق ثواب ولا عقاب أو مأخذ فيه.**

مدخلا فيه ما أباح الله سبحانه للعباد، وما أباح العباد لبعضهم فيما بينهم. وإن وفقت فمن الله سبحانه وتعالى أشكره رجاء المزيد، وإن جانبني التوفيق فمن نفسي الضعيفة أسأله سبحانه وتعالى السداد والرشاد في كل الأحوال. وعذري أنني اجتهدت، وهذا جهد المقل (محاولة بسيطة لعلها تثير عالماً فذاً، باحثاً محققاً فينقياها أو ينقحها) وإن كنت أتمنى التوفيق على الدوام، وهو أمر لا يدرك، فحسبي الإجتهد والإسهام. وبما أن الإباحة في فقه الشريعة وأصوله، لها ما يشبهها من المسائل كما هو حالها في النظم الوضعية، يتعين بحث هذه المسألة ببعض التفصيل، وفيما يلي بحثها في مطلب ثالث من هذا المبحث.

المطلب الثالث

تمييز الإباحة عن المفاهيم المشابهة لها

33- تمهيد وتقسيم

الإباحة في الشريعة الإسلامية بمعناها الذي مر معنا لها مسائل مشابهة لها، وقد يشكل الأمر فيها، ويدق التمييز بينها. ولذلك أتناول بالبحث هذه المسائل ممیزا لها عن الإباحة في أربع فروع، كما يلي:

الفرع الأول: تمييز الإباحة عن التخيير *choix ou option*.

الفرع الثاني: تمييز الإباحة عن الحل *licitation*.

الفرع الثالث: تمييز الإباحة عن الجواز *autorisation ou permission*.

الفرع الرابع: تمييز الإباحة عن الصحة *authenticité*.

سأناقش كل هذه النقاط المذكورة في الفروع الأربعة بما يقتضيه البحث، محاولاً الإحاطة بكل ما تثيره من مسائل، ومما يمتاز به مذهب دونا عن غيره، أنه عنه في حينه، وما اتخذ منه المذاهب موقف اتفاق ذكرته على أساس ذلك، وإن كانت نقطة مجمع عليها أشرت إلى ذلك في أوامه، وإلى أنه لا كلام في الحكم الوحيد المذكور فيها. مثل مسألة التسوية بين خيار إتيان أو ترك ما هو مباح، فهذه مسألة مجمع على جواز الأمرين فيها.

34- الفرع الأول: تمييز الإباحة عن التخيير *choix ou option*.

أتناول هذا الفرع في نقطتين، أخصص إحداها لرأي جمهور الفقهاء والأصوليين وأخصص الثانية لرأي الإمام القرافي والرد عليه من طرف ابن الشاط، وابن حسين، وتعليق الدكتور مدكور على ذلك، وموقفي من المسألة.

35- أولا: رأي جمهور الفقهاء والأصوليين.

محصلة ما توصلنا إليه من تعاريف كل من الأصوليين والفقهاء للإباحة التعريف الذي صغته عند تناولنا لمسألة الإباحة عند الفقهاء والذي نصه: «المباح ما أطلق للمكلف فعله وتركه، بلا استحقاق ثواب ولا عقاب، أو مأخذ فيه».

وفحوى الإباحة عند الأصوليين هي التخيير بين الفعل والترك من الشارع للمكلف، مع استواء الطرفين، بلا ثواب ولا عقاب، سواء على الفعل أو الترك.

وهو نفسه عند الفقهاء، مع اهتمام الفقهاء بالإذن بين العباد فيما بينهم.

- أما التخيير فليس دائما على هذه الصورة، وإنما قد يكون التخيير بين الواجبات فيما بينها أو بين المندوبات فيما بينها، ولا يقف التخيير عند المباح في فعله أو تركه.

والواجبات التي يكون فيها التخيير تستوي في الوجوب لكنها لم يتعين واحدا منها، فبقي الخيار للمكلف في فعل أي منها، كما هو الحال في الكفارة المخيرة، ككفارة اليمين المنصوص عليها في قوله سبحانه وتعالى: «فكفارتها إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة»¹. ففعل واحد من الخيارات الثلاثة يجرئ الحانت في يمينه المكفر وتسقط عنه المطالبة. ومثل ذلك التخيير في عقد الإمامة أي انتخاب رئيس الجمهورية في حالة ترشح أكثر من واحد للمنصب وكلهم أكفاء. وكذا اختيار المطلوبة للزواج أحد الخاطبين.

- ويتم التخيير كذلك بين المطلوبات على سبيل الندب، والمندوب نفسه يترك الخيار فيه لمكلف في طريقة أدائه في بعض الأحيان، كما يروى عن أبي حنيفة رضي الله عنه²، أن نوافل النهار من الصلوات يخير المكلف بين أدائها أربعا أربعا على رأس كل أربع تسليمية، وبين أدائها اثنتين اثنتين على رأس كل اثنتين تسليمية.

- والتخيير في المباح لا شيء فيه على الإطلاق، بينما من اختار ترك المندوب فله ذلك لكن يفقد ثوابه، وإن لم يعاقب على تركه.

- ومن هذا يتبين أن التخيير أعم من الإباحة، والتخيير فيما هو مباح لا شيء فيه على الإطلاق، وأن المندوب في ذاته فيه مرتبة تخيير.

- وعلى أي حال فالتخيير يكون بين متماثلين، إذ يكون بين الواجبات فيما بينها، وبين المندوبات فيما بينها. كما يكون في المباح، وفي اختيار عمل المباح المخير فيه.

- ويقول الأصوليون أن الشارع الحكيم إذا خير بين أمرين يكون حكمهما واحد، ولا يقع التخيير إلا بين أمرين من نفس المرتبة، ولم يخرج عن هذا الاتفاق إلا الإمام القرافي. ولا يؤثر خروجه في إجماع الأصوليين والفقهاء كلهم.

36- ثانيا: رأي الإمام القرافي في التخيير

ذهب الإمام القرافي إلى رأي خالف به جمهور الأصوليين والفقهاء في كتابه، الفروق، فقال بأن هناك تخيير يقتضي التسوية وتخيير لا يقتضيها. ويمثل لذلك بما ورد في قوله تعالى: «...فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة...»³، يقول في ذلك¹ أن

¹ الآية رقم 91/89 عند ورش من سورة المائدة(5).

² هو الإمام الأعظم أبوحنيفة النعمان بن ثابت الفارسي، ولد بالكوفة سنة 81 هـ وتفق به، ثم انتقل إلى مصر، وهو إمام مدرسة أهل الرأي، توفي سنة 150 هـ.

وانظر الدكتور محمد سلام مذكور، النظرية العامة للإباحة، مرجع سابق، ص 81.

³ الآية 100/101 عند ورش من سورة النساء(4).

الشارع الحكيم سبحانه وتعالى خير بين ركعتين اثنتين أو أربعة لمن هو في حالة سفر، والركعتان واجبتان جزماً والزائد ليس بواجب لأنه يجوز تركه وما يجوز تركه لا يكون واجباً، وأما الركعتان فلا يجوز تركهما إجماعاً، فقد وقع التخيير بين ما هو واجب وما هو ليس بواجب، فالتخيير واقع بين جزء وكل لذا خرج عن القاعدة المتعارف عليها عند الأصوليين والفقهاء. وبمثل هذا الحكم على مسألة طلب الدين من المدين المعسر في تخيير الدائن بين النظرة والإبراء. وكذا في تخيير المولى لنبيينا محمد صلى الله عليه وسلم في قوله تعالى: «يا أيها المزمّل قم الليل إلا قليلاً نصفه أو انقص منه قليلاً أو زد عليه ورتّل القرآن ترتيلاً»².

وقد رد عليه³ ابن الشاط في كتابه إدرار الشروق على أنواء الفروق المطبوع أسفل كتاب الفروق، مفنداً كل ما قال في الأمثلة الأربعة التي ساقها القرافي في الفرق الثامن والأربعون والذي عنوانه بين قاعدة التخيير الذي يقتضي التسوية وبين قاعدة التخيير الذي لا يقتضي التسوية بين الأشياء المخير بينها، وقال أن ما قاله القرافي هنا مجرد دعوى. ووجه له تقريباً على قلبه للحقائق.

وسانده في ذلك محمد بن علي بن حسين المكي صاحب كتاب تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية، وقال بعد أن فند ما قاله القرافي ووصف ما وقع فيه بالوهم (على حد تعبيره) .

وأرى بعد استقرائي للجدل الذي وقع بين هؤلاء الفطاحل أنه فعلاً وقع الإمام القرافي في الوهم مع عظيم احترامي له - وذلك بسبب تمكنه من التحليل والتحكم في المعاني والمسائل ، فخانته الحظ هذه المرة، ومن أراد المزيد والمتعة فليرجع إلى الفروق وحاشيته وأسفله.

37- الفرع الثاني: تمييز الإباحة عن الحل licitation

أتناول هذا الفرع في ثلاث نقاط يقتضيها حسن توضيح المطلوب، وهي: الحل في القرآن والسنة، الحل عند جمهور الأصوليين والفقهاء، الحل عند الخطيب الشربيني وسليمان البيجرمي، يتبعه رأيي في المسألة.

38- أولاً: دليل الحل في القرآن والسنة

1- ورد الحلال مقابل الحرام في القرآن العظيم في آيات كثيرة منها:

قوله تعالى: «...يحل لهم الطيبات ويحرم عنهم الخبائث...»⁴.

وقوله : «...كل الطعام كان حلالاً لبني إسرائيل إلا ما حرم إسرائيل على نفسه...»⁵.

وقوله: «يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك...»⁶.

وقوله: «ولا تقولوا لما تصف ألسنتكم الكذب هذا حلال وهذا حرام...»⁷.

¹ وانظر ابن الشاط، إدرار الشروق، مرجع سابق، ص 4 وما بعدها. وانظر ابن حسين المكي، تهذيب الفروق، مرجع سابق، ص 4 وما بعدها. انظر القرافي، الفروق، مرجع سابق، ص 8 إلى 11.

² الآية رقم 01 من سورة المزمّل (73).

³ انظر ابن الشاط، إدرار الشروق ، مرجع سابق، ص 4.

⁴ الآية 157 من سورة الأعراف (7).

⁵ الآية 93 من سورة آل عمران (3).

⁶ الآية 1 من سورة التحريم (66).

⁷ الآية 116 من سورة النحل (16).

وقوله: «قل أرأيتم ما أنزل الله لكم من رزق فجعلتم منه حراما وحلالا...»¹.

2- وورد الحلال مقابلا للحرام في السنة، في أحاديث كثيرة أيضا منها:

- ماورد في صحيح البخاري ومسلم² في حديث بني هشام بن المغيرة، وهم من أهل أبي جهل من قريش، وقد استأذنوا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يزوجوا عليا امرأة منهم فقال: «أما إني والله لا أحل حراما ولا أحرم حلالا لكن لا تجتمع بنت عدو الله وبنت نبي الله». «

وما رواه الترمذي³ وأبو داود⁴ أن الرسول عليه الصلاة والسلام قال: «المسلمون على شروطهم، إلا شرطاً حرم حلالاً أو حل حراماً» وهذا النص هو الذي رجع إليه سيدنا عمر رضي الله عنه⁵ في رسالته الشهيرة التي وجهها إلى عامله سيدنا أبي موسى الأشعري رضي الله عنه⁶.

39- ثانيا: ورود الحل عند جمهور الأصوليين والفقهاء.

يرد الحلال مقابلا للحرام عند جمهور الأصوليين والفقهاء ويشتمل التعبير بالحل عندهم كل ما عدى الحرام أو التحريم، فيدخل في معنى الحل أو الحلال عندهم المباح والمندوب والواجب بل والمكروه أيضا⁷، ولذا نجد الفقهاء يعبرون في مناسبات كثيرة بقولهم: الحل مع الكراهة⁸. فقد قال العزيزي⁹ وهو يشرح قول الرسول صلى الله عليه وسلم: «أبغض الحلال عند الله الطلاق»: «إن الحلال هو الجائز الفعل والمراد غير الحرام فيشمل المكروه»، وفي تعبيره بالجائز الفعل ما يدل على أن الجائز هنا مرادف للحلال. ومما عبر فيه الفقهاء بقولهم الحل مع الكراهة، قول التمرتاشي¹⁰ في كتابه التنوير: «وحل الذبح بالسن والظفر المنزوعين مع الكراهة» ونقل الجزيري عن الحنابلة: أن الحلال ضد الحرام، فيشمل الواجب والمندوب والمكروه.

ويقول جلال الدين المحلي¹¹ عند تفسير قوله تعالى: «ولا تتبدلوا الخبيث بالطيب»¹: «إن الخبيث الحرام والطيب الحلال» فهذه المقابلة تدل على شمول الحلال لكل ما عدى

¹ الآية 59 من سورة يونس (10).

² البخاري في كتاب الجهاد، باب ورع النبي، ومسلم في كتاب فضائل الصحابة، باب فضل فاطمة. والبخاري هو أبو عبد الله محمد بن اسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة بن بردويه الجعفي، محدث، من كتبه الجامع الصحيح، توفي سنة 256هـ.

ومسلم هو مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري، محدث، من أشهر كتبه الجامع الصحيح، توفي سنة 261هـ. ³ الترمذي هو أبو عيسى محمد بن عيسى، ولد سنة 200هـ، وقيل 210، كان ضريرا (أعمى) تتلمذ على يد البخاري وغيره، إماما محدثا، ألف كتابه السنن وغيره، توفي بترمذ سنة 295هـ.

⁴ أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، محدث، من كتبه السنن، توفي سنة 275هـ.

⁵ عمر بن الخطاب من قبيلة عدي بن كعب بن لؤي، أول أمير للمؤمنين من حيث التسمية، وأول من أنشأ للدولة الإسلامية إدارة وبقي فضله أشهر من أن يعرف، قتله غيلة أبو لؤلؤة المجوسي وهو يصلي الفجر، يوم الإثنين 26 من ذي الحجة سنة 23هـ.

⁶ أبو موسى الأشعري عبد الله بن قيس بن سليم بن حضار، ولاه الرسول صلى الله عليه وسلم القضاء على اليمن وهو مهاجر، توفي سنة 44هـ.

⁷ المكروه قسمان عند الأحناف، مكروه كراهة تنزيه، ومكروه كراهة تحريم، وهو واحد عند الجمهور، ويلحق الأحناف الأخير بالحرام، ويعتبر الجمهور كل المكروه غير حرام.

⁸ أنظر الدكتور محمد سلام مذكور، نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء، مرجع سابق، ص 86.

⁹ نفس الصفحة من نفس المرجع.

¹⁰ أنظر ابن عابدين كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي الحنفي، المتوفى سنة 861هـ، فتح القدير، شرح الهداية للمريناني، ج 5، المطبعة الميمنية طبعة 1329هـ، ص 205.

¹¹ جلال الدين محمد بن أحمد المحلي الشافعي، المتوفى سنة 862هـ.

الحرام، خاصة بمصطلح غير الأحناف من الشافعية الذين ينتمي إليهم المحلى وغيرهم، إذا الحرام يشمل ما كان مطلوب الترك سواء بدليل قطعي أو ظني

40- **ثالثا: الحل عند الشربيني² والبيجرمي³ ورأيي في المسألة**

لم يعتبر الشربيني والبيجرمي الحلال شاملا للمكروه وقصرا الحلال على ما يشمل الواجب والمندوب والمباح، وأفردا للمكروه قسما يقابل الحلال والحرام، فقد قال الشربيني: «إن الفقه يعرف به الحلال، والحرام، وغيرهما» وعلق البيجرمي على قوله هذا فقال: «إن الحلال يشمل الواجب والمندوب والمباح، وأن قوله وغيرهما تحته المكروه».

رأيي في هذه المسألة أنه: يجب أن نهتدي فيها بقوله سبحانه وتعالى: «...فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلا»⁴. وإذا رجعنا للقرآن العظيم والسنة النبوية الشريفة وهما الأصلين للشريعة الغراء، لا نجد فيهما إلا الحلال يقابله الحرام، ولا نجد فيهما المرتبة الثالثة التي عبر عنها الشربيني «بغيرهما» وفسره البيجرمي بالمكروه. فالحل إذن تقابله الحرمة لا غير، وكل ما هو غير حرام يدخل تحت الحل، ومن ذلك المكروه سواء أهو مكروه كراهة تحريم أو كراهة تنزيه، ويلحق المكروه كراهة تحريم بالحرام والمكروه كراهة تنزيه بالمباح.

وفي أي مذهب من المذاهب الفقهية الإسلامية، يمكن أن نقول أن فقهاء الإسلام وأصوليين مجتمعين على ذلك، إذ لا عبرة لمخالفة اثنين منهم. وهذا رأيي، ولا أنزهه عن الخطأ، وسبحان من لا يخطئ.

41- **الفرع الثالث: تمييز الإباحة عن الجواز permission ou autorisation**

المتنبع لعبارات الأصوليين والفقهاء في هذه المسألة يجدهم يستعملون الجائز استعمالين، أحدهما بمعنى الحلال، وثانيهما بمعنى المباح.

- وممن يرون أن الجواز مرادف للإباحة الإمام أبي حامد الغزالي، إذ يقول: «إن حقيقة الجواز التخيير بين الفعل والترك والتساوي بينهما بتسوية الشرع».
- وممن يرون أن الجواز مرادف للحلال (وهو ما سوى الحرام والمكروه كراهة تحريم عند الأحناف) صدر الشريعة⁵، إذ الجواز عنده يشمل كلا من الواجب والمندوب والمكروه تنزيها والمباح، فالجواز عنده مرادف للحلال بالإطلاق المشهور الذي يرد على أساس أنه يشمل كل ما عدا الحرام.

¹ الآية 2 من سورة النساء (4).

² الشربيني هو محمد بن أحمد الخطيب المتوفى سنة 977هـ، وكان خطيبا بالأزهر الشريف، نشر كتاب أبي شجاع في الفقه الشافعي.

³ البيجرمي سليمان السويفي بن محمد بن عمر المولود سنة 1131هـ المتوفى سنة 1221، من أهم مؤلفاته تحفة الحبيب على شرح الخطيب، وحاشيته على شرح المنهج للشيخ زكرياء الأنصاري.

⁴ الآية 58 و59 عند ورش من سورة النساء (4).

⁵ أنظر صدر الشريعة عبد الله بن مسعود المتوفى سنة 747هـ، التوضيح على تنقيح الوصول، ج1، بدون مكان نشر، بدون سنة نشر، ص 69.

ويتفق مع هذا المسلك في أسلوبه المشعر بالترادف بين الحل والجواز في موضوع الحظر والإباحة من الأحناف، القدوري واليميني، إذ يقول القدوري: «لا يحل للرجل لبس الحرير» ثم يقول اليميني، صاحب الجوهرة¹: «وكذا لا يجوز للرجل لبس المعصفر»².

42- استعمال الجواز بمعنى الصحة *authenticité*

من الفقهاء من استعمل الجواز بمعنى الصحة في مواضع من كتبهم، مثلاً عند حديثهم عن المياه التي تصح الطهارة بها فيعبرون بقولهم: «المياه التي يجوز التطهير بها... والتي لا يجوز بها التطهير»³.

43- لفظ الجواز عند صاحب مسلم الثبوت

ذهب صاحب مسلم الثبوت⁴، في أصول الفقه، محب الله عبد الشكور إلى أن لفظ الجائز يطلق على معان خمسة في الاصطلاح وهي: «المباح، وما لا يمنع شرعاً، وما ليس بممتنع عقلاً، وما استوى فيه الأمران شرعاً أو عقلاً، والمشكوك في حكمه كسور الحمار»⁵.

- ويرى الدكتور مدكور وأنا معه أن استعمال مصطلح الجواز فيما ليس بممتنع عقلاً استعمال لغوي كلامي منطقي فهو اصطلاح عند المتكلمين والمناطق (علماء المنطق) وليس من استعمال الفقهاء.

- وأن المشكوك فيه مباحين للمباح، إذ الشك لا حكم معه أما الإباحة فهي حكم يستلزم العلم بالمحكوم فيه أو على الأقل الظن القوي الراجح، ولا يلتقي الشك مع العلم ولا حتى الظن الراجح.

وخلاصة القول أن ما جاء في مسلم الثبوت غير معهود لدى الأصوليين والفقهاء، الذين يتلخص موقفهم من الجواز والصحة في أن الجواز يرادف الإباحة عند الغزالي، ويرى القدوري وصدر الشريعة وغيرهما من الأحناف أن الجواز أعم، وأنه مرادف للحل. ومن الفقهاء كما رأينا من رأى أن الجواز مرادف للصحة.

44- الفرع الرابع: تمييز الإباحة عن الصحة *authenticité*

لم أجد من الفقهاء من استعمل الجواز بمعنى الصحة، وإنما وجدت أن البيضاوي استعمل الصحة بمعنى الإباحة، فقال: «الصحة إباحة الانتفاع»⁶ وعلق عليه الدكتور مدكور بقوله: «وظاهر أن هذا تكلف منه، فإن كون الشيء مستوجبا لشيء لا يقتضي أن يكون هو ذلك الشيء...»⁷. ولو أنه صح أن الصحة هي الإباحة لا ينتقل بالتالي المعنى إلى الجواز وأمكن القول أن الصحة هي الجواز، ولكن المعنى لا يصح وبالتالي فالإباحة متباينة مع الصحة في حقيقتها وماهيتها، فإذا كانت الإباحة هي التخيير بين الفعل والترك،

¹ أنظر اليميني أبوبكر علي بن محمد الحواري: الجوهرة النيرة، ج2، مرجع سابق، ص 382.

² المعصفر: المصوغ، أنظر مختار الصحاح، مرجع سابق، ص 183.

³ أنظر المرغيناني، الهداية، شرح بداية المبتدئ، ج1، المطبعة الخيرية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص

7. والمرغيناني هو أبو الحسن بن محمد بن عبد الجليل الرشداني برهان الدين المتوفى سنة 953هـ.

⁴ أنظر محب الله بن عبد الشكور المتوفى سنة 1119هـ، مسلم الثبوت، ج1، المطبعة الأميرية، القاهرة، طبعة 1 سنة 1322، ص 103 و 104.

⁵ السور بقية الأكل أو الشرب والبقية من كل شيء المرأة الكهلة يقال فيها سور أي بقية، أنظر المعجم الوسيط، ج1، مرجع سابق، ص 410.

⁶ أنظر البيضاوي القاضي عبد الله بن عمر بن محمد ناصر الدين المتوفى سنة 685هـ، منهاج الوصول إلى علم الأصول، ج1، مطبعة السعادة، القاهرة، بدون سنة نشر، ص 27.

⁷ أنظر الدكتور محمد سلام مدكور، النظرية العامة للإباحة، مرجع سابق، ص 92.

فإن الصحة هي موافقة الفعل ذي الوجهين لحكم الشرع¹، ولا شك أن التخيير شيء والموافقة شيء آخر، فالتخيير وصف من أوصاف الشرع أما الصحة فهي وصف لعمل المكلف إذا كان مستجمعا للشرائط التي يتطلبها الشرع. والإباحة حكم تكليفي، أما الصحة فهي حكم (في نظر الجمهور) وضعي.

وليس كل فعل يقع من المكلف يمكن وصفه بالصحة، وإنما الذي يوصف بها هو المهاييا الشرعية التي اعتبرها الشارع الحكيم سبحانه وتعالى، واعتبر لها أركاناً وشروطاً لا تتم إلا بها، أما الأفعال العادية كالأكل والشرب وغيرها فإن لا علاقة لها بحكم الصحة.

- وعلى أي حال فإن بين المباح والصحيح عموماً وخصوصاً من وجه أن كل ماهية شرعية تستجمع أركانها وشروطها، وقد أذن فيها الشارع من غير تكليف، فإنها توصف بالإباحة كما يمكن أن توصف بالصحة، كأغلب العقود القائمة الأركان والشروط، فإنها مباحة لإذن الشارع فيها، وصحيحة لكونها متوفرة الأركان والشروط.

وينفرد المباح في غير المهاييا الشرعية، من الأفعال التي خير الله سبحانه وتعالى فيها بين الفعل والترك. كما ينفرد الصحيح في كل ماهية شرعية طلبها الشارع أمراً أو نهياً، واجتمعت لها شرائط الصحة، كالصلاة الصحيحة، والصوم الصحيح، حتى أن الشيء أحياناً يكون صحيحاً، وهو منهي عنه، غير أن هذا الوضع محل جدل².

وخلاف بين العلماء من أصوليين وفروعيين، فيقول بعضهم أن المنع لا يجمع الصحة أي لا يجتمع معها، ويجيز البعض ذلك في المعاملات دون العبادات، ويناقشون هذه المسألة بمناسبة الحديث عن الصلاة في الأرض المغصوبة والثوب المغصوب، والبيع ومختلف العقود وقت النداء الثاني لصلاة الجمعة. وكثيراً ما يقول العلماء أن هذا الشيء صحيح مع الكراهة.

وبعد أن بينا ما يميز الإباحة عن كل من التخيير، والحل، والجواز، والصحة التي يقابلها البطلان أو الفساد³، ينبغي التنبيه إلى أن كل ما عدا الصحة راجع إلى الحكم التكليفي، أما الصحة فهي أساساً من الحكم التخييري وهذا في رأي البيضاوي أما في رأي غيره فإن النسبة بين الصحة والإباحة غير ظاهرة.

ولا يفوتني التنبيه هنا إلى أن هذه الألفاظ كثيراً ما يستعمل بعضها بدل بعض، ولذا لا بد من التنبيه لذلك حسب التفصيلات التي أوردناها.

¹ ذو الوجهين: أي يكون أحياناً موافقاً لحكم الشرع وأحياناً يكون مخالفاً بحسب اشتماله على الشروط الشرعية وعدم اشتماله عليها.

² أنظر الشوكاني محمد بن علي، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، **بدون مكان نشر**، ط1 لسنة 1972، ص6.

أنظر كتاب النيل، وشرح النيل لكل من العلامتين ضياء الدين عبد العزيز الثميني، ومحمد بن يوسف أطفيش، ج1، المطبعة البارونية، لقاهرة ط1 لسنة 1343، ص706.

والإمام ضياء الدين بن عبد العزيز الثميني ينسب إلى (أبي حفص) جد العائلة الحفصية، ولد ببني يزقن بميزاب بالجزائر سنة 1201هـ، وخلف 10 مؤلفات على رأسها كتاب النيل في الفقه الإباضي، توفي سنة 1220هـ عن 93 سنة... والشيخ محمد بن يوسف أطفيش كذلك ينتهي نسبه إلى أبي حفص عمر بن حفص جد العائلة الحفصية من قبيلة المصامدة البربرية، ولد ببني يزقن ثم انتقل به والده إلى غرداية ليبحر في العلوم الشرعية والقافية... ومن أعظم مؤلفاته شرح النيل، توفي سنة 1332هـ عن 96 سنة.

³ أنظر الإمام الرازي: فخر الدين بن محمد بن عمر بن الحسن المولود سنة 544هـ، المتوفى سنة 606هـ، المحصول في علم أصول الفقه - دراسة وتحقيق الدكتور طه فياض جابر العلواني - القسم التحقيقي، ج1، **بدون مكان نشر**، طبعة سنة 1399م، ص 142 و 143.

هذا ما يتعلق بمفهوم الإباحة مقارنة مع ما يتشابه معه من المفاهيم، وبانتهاؤنا من هذه المسألة، تتوارد علينا مسألة هامة يبحثها الفقهاء في القانون الوضعي ولم يغفلها فقهاء الشريعة الإسلامية، هي مسألة مقارنة الإباحة والتمييز بينها وبين حالة عدم تطبيق النص للأسباب المعروفة في الفقه الوضعي، وهل لذلك ما يماثله في الفقه الإسلامي والشريعة الإسلامية ككل؟

45- المطلب الرابع: الإباحة وعدم تطبيق النص

هذا الوضع معروف في الفقه الجنائي الوضعي في صورة ما يعرف في النظم القانونية الوضعية بعدم تطبيق النص على ذوي الحصانات، أو عدم تطبيق النص في حالة ما إذا كان الفعل لا يشكل خطورة إجتماعية، كما هو الحال في النظام السوفيياتي السابق. غير أن الشريعة الإسلامية في نصوصها الأصلية لم يرد فيها ما يفيد صراحة أو ضمنا إمكان عدم تطبيق النص على أي كان أو جعل فعله مباحا رغم حظره بنص. فالحصانة لم تمنحها الشريعة لا للحاكم ولا لاديلوماسي، فالحاكم هو والرعية سواء. وهذا ما كان عليه الرسول صلى الله عليه وسلم والخلفاء الراشدون، وذلك معروف في التاريخ الإسلامي، حفظه المسلمون، ولا ينكره عليهم غيرهم، وأمثله إعطاء الرسول صلى الله عليه وسلم القود (القصاص) من نفسه، وكذا الخلفاء الراشدون كثرة...، وأمثله إعطائهم الحق من الشرف للعامة أكثر منها. غير أن مسألة عدم تطبيق النص أرى أنها قابلة للمناقشة وإبداء الرأي. - فالفقه الإسلامي عرف رأي أبي حنيفة رضي الله عنه¹ في هذه المسألة والذي خالفه فيه الأئمة أحمد² والشافعي³ ومالك⁴ رضوان الله عليهم جميعا.

¹ أنظر من الفقهاء الأحناف الذين نقلوا رأي الإمام في موضوع عدم معاقبة الإمام الأعظم على ما بينه وبين الله سبحانه وتعالى من جرائم ومعاصي:

- الزيلعي عثمان بن علي المتوفى سنة 742هـ، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، ج3، المطبعة الأميرية ببولاق، الطبعة 1، ص187.
- ابن نجيم زين الدين بن ابراهيم إبراهيم الحنفي المتوفى سنة 970هـ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج5، المطبعة العلمية ط1 لسنة 1310هـ، ص20.
- ابن الهمام كمال الدين بن محمد بن عبد الواحد السيواسي، المتوفى سنة 861هـ، فتح القدير شرح الهداية للمرغيناني، ج4، المطبعة اليمنية، ط سنة 1392هـ، ص160.

² ومن الحنابلة أنظر:

- ابن قدامة موفق الدين هو عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة بن نصر بن عبد الله موفق الدين أبو محمد المقدسي، المتوفى سنة 620هـ، الشرح الكبير على متن المقنع، على هامش المغني، ج2، مطبعة المنار، ط1 لسنة 1348هـ، ص من 343 إلى 382.

³ ومن الشافعية أنظر:

- الإمام الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس، الأم، ج6، المطبعة الأميرية، ط1 لسنة 1324هـ، ص36.
- الشيرازي أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف، المذهب في فقه الإمام الشافعي، ج3، مصطفى البابي الحلبي، طبعة سنة 1313هـ، ص189.

⁴ للمالكية أنظر:

- الإمام مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى برواية سحنون بن سعيد التتوخي عن الإمام عبد الرحمان بن القاسم العنفي عن الإمام مالك، مطبعة السعادة بمصر، طبعة سنة 1323هـ.

- ورأي أبي حنيفة فحواه أن الإمام الأعظم الذي ليس فوقه إمام لا يطبق العقوبة على نفسه متى كان جرمه متعلقا بحق الله سبحانه وتعالى، ويطبقها إن كان الجرم يمس بحقوق العباد بقصاص أو تعويض.

- ويبين الشيخ عبد القادر عودة رحمه الله فساد هذه النظرية، وأنا معه على هذا الرأي، لأن الإمام ليس إلا نائبا عن الشعب الذي يترأسه أو يملك أو يتأمر عليه، أما الحكم في نظر الإسلام فله: «إن الحكم إلا لله يقص الحق وهو خير الفاصلين»¹، «إن الحكم إلا لله أمر ألا تعبدوا إلا إياه»²، «إن الحكم إلا لله عليه توكلت وعليه فليتكول المتوكلون»³، يتولاه الإنسان عن طريق استخلاف الله للمجموع فيستخلفون عليهم من يحكمهم باسمهم... بالبيعة الصحيحة، أي بالانتخاب الحر سواء كان المترشح فردا أو جماعة⁴، ولا يخرج الأمر كثيرا عن هذا في القوانين الوضعية التي تعرف الملكيات والإمارات والرئاسات.

- إلا أن نظرية أبي حنيفة تطرح مع هذا حلا، وتفيد أساسا في أن مسألة عدم تطبيق النص أمرها وارد في التفكير الإسلامي، بمعنى تقبله الشريعة الإسلامية، في إطار المسكوت عنه، القابل للاجتهاد بطرقه المختلفة. غير أن الشيخ عبد القادر عودة رحمه الله زيادة على أنه أنكرها، قال: لما أن الشريعة لا تستثني رئيس الدولة الإسلامية، فإنها من باب أخرى وأولى أن لا تستثني رئيس دار الحرب إن أجزم في دار الإسلام.

- وأختلف مع الشيخ رحمة الله عليه في هذه النظرة، مع كامل احترامي وتقديري لمقامه العلمي وجهاده، باعتباره من السباقين، من الرعيل الأول، الذي عمل على تقديم الفقه الإسلامي في صورة يمكن معها الاستفادة منه أكثر والتعامل معه ببسر، إلا أنني أرى أن مفهومه هذا لدار الإسلام ودار الحرب على غير فقه للنصوص، وتطبيقها على الواقع، ولعله متأثر بنضاله في هذه المسألة فطغى ذلك على علمه.

- وفهمي لهذه المسألة بكل بساطة أن الأمم المتحدة يعتبر ميثاقها عقد أمان بين الدول الموقعة عليه، أو عقد مهادنة على الأقل، وإن كنت أميل إلى أنه عقد أمان، وأن أمريكا هي دار الحرب ومن يتعاون معها من الدول حتى الإسلامية، عندما تعتدي على العراق، وهي دار الحرب عندما تعتدي على بنما بنفس المفهوم والدرجة، وهي أو غيرها دار الحرب عندما تعتدي على أية دولة عضو في الأمم المتحدة أو في منظمة المؤتمر الإسلامي، أو الإتحاد الإفريقي، لأن كل هذه المواثيق عقود أمان.

- ثم أن المعاملة بالمثل، مبدأ تعرفه الشريعة الغراء في موضوع أسرى الحرب، فهل يمكن القياس على هذا المبدأ واستنباط الحكم للواقعة التي نحن بصدددها؟ واقعة إعفاء رؤساء الدول الأجنبية ودبلوماسيها من تطبيق النصوص.

- ثم أن قضية إذا لم يحقق تطبيق النص الجنائي المقصد الشرعي منه، تعرف الشريعة تطبيقا لهذه المسألة في صورة أمر سيدنا عمر رضي الله عنه في عام الرمادة⁵ بأن لا يقام

¹ الآية 58/57 عند ورش من سورة الأنعام (6).

² الآية 40 من سورة يوسف (12).

³ الآية 67 من سورة يوسف (12).

⁴ أحسن ما قرأت في هذا الموضوع رسالة دكتوراه العلامة السنهوري علق عليها وقم لها وترجمها صهره توفيق محمد الشاوي والمرحومة السنهوري ابنته.

⁵ عام مجاعة سرق فيها غلمان خاطب بن أبي بلتعة ناقة فنحروها واقتاتوا منها، فرأى سيدنا عمر أن الجوع الجاهم مكرهين ولم يقر الحد عليهم. وغرم ابن أبي بلتعة ضعفها. أنظر الجريمة لأبي زهرة، المرجع السابق، ص 418.

الحد على السارق بسبب القحط والمجاعة التي ألمت ذاك العام بالناس، لإدراكه رضي الله عنه أن الحد في هذه الحالة لا يحقق مقصد الشارع الحكيم، الذي هو الردع، لأن من جاع وآلمه جوعه قادم على الوصول إلى الأكل بأية طريقة، وإن أدت إلى قطع عنقه، ولا ينتج عن الحد في هذه الحالة إلا إعاقة خلق كثير، وهم مضطرين لا فاسدي طبع يلزم تقويمهم. والمسألة تحتاج إلى دراسة وبحث جاد من طرف الأصوليين والفقهاء والمتخصصين في السياسة الشرعية. هذا من ناحية الفقه أما من ناحية الواقع فحديث آخر¹. فإذا حلت هذه المسألة شرعياً فإن مسألة الحصانة البرلمانية وما إلى ذلك أمرها بسيط. فالبرلماني عليه أن لا يفترى، وإن لم يفعل ذلك فلا مطلب للشرع والقانون فيه. وبعد انتهائي من عرض مسائل هذا المطلب يتعين علي أن لا أبرحه حتى أعقد فقرة أقارن فيها ما جاء فيه، ملخصاً، بين الشريعة والقانون. راجياً أن لا يكون تناول المسائل بطريقة نضالية حركية، بل ألتزم بحول الله بالعرض والمناقشة العلميين، دون سواهما. إذ نجد أن كلا من الشرعيتين عرف حالة عدم تطبيق النص فقد قال بها النظام السوفياتي، وسبقه لذلك بقرون موقف سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه في موضوع السرقة في عام الرماضة. أما ما عرفته القوانين الوضعية من الحصانات فلا تجد لها مثيلاً في الفقه الإسلامي إلا ما قاله الإمام أبو حنيفة بشأن عدم معاقبة الإمام الأعظم على ما تعلق بحق الله سبحانه وتعالى. أما المعاملة بالمثل فقد عرفها التاريخ الإسلامي لكن من غير التفريط في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية. ومن المفيد التنويه إلى أن كلا من الشريعة الغراء والنظم القانونية الوضعية تتسع فيها دائرة الإباحة، وهي أصلية، وهي ما يعرف في الشريعة الغراء بالمسكوت عنه وكله مباح، وما نص الشارع صراحة على إباحته، ثم ما حكم به حاكم حكماً صحيحاً. هذا خلافاً لما يراه المعتزلة الذين بنوا نظريتهم على العقل قائلين أن الحسن والقبح عقليان لا شرعيان. وتتميز الإباحة الشرعية عن الإباحة في القانون الوضعي بأن المأمور به فعلاً أو تركاً يثاب المأمور إن تركه إن كان تركاً، أو فعله إن كان فعلاً، بخلاف القانون الوضعي لا يثيب لا على الفعل ولا على الترك بل يعاقب المخالف الذي أجرم بمخالفته فقط.

¹ الحديث عن دار الإسلام ودار الحرب بالطريقة التقليدية لا يتضرر منه إلا المسلمون في الغالب ولا ينفعهم في شيء، فماذا نفعل بروناي أو جزر القمر أو موريطانيا أو حتى دول إسلامية كبرى إن هاجمها غير المسلمين حتى مجرد جارة للدولة، إذا لم تتدخل الأمم المتحدة والتنظيمات الإقليمية والدولية التابعة لها لإغاثتها بموجب نصوص موثقتها. فالعقل يفهم من درس أخذ المارينز لنوريبيغا (الجنرال) وهو رئيس دولته (دكتاتور) ولم يمهل عند القبض عليه ليلبس سترته العسكرية بل استكثرت عليه وحمل في لباسه الداخلي أسيراً ذليلاً.

المبحث الثاني

حقيقة الإباحة في النظم القانونية الوضعية

46- تمهيد وتقسيم

لبحث المفهوم القانوني للإباحة يتعين علينا تحديد مفهومها اللغوي، ثم التعرض للتعريف الفقهي التي ذكرها شراح القوانين عند الحديث في موضوع الإباحة، ونرى أن هذه التعريفات تنطلق من نظرة المقننين والمشرعين إلى الإباحة، والنظرة وإن كانت مختلفة من شارح إلى آخر فإن هناك قدر كبير من التشابه¹. ويتعين علينا حتى نتضح فكرة الإباحة التي نحن بصدد بحثها أن نبحت فكرة عدم المشروعية، وفي سبيل ذلك أيضا يتعين علينا بحث مركز الإباحة من قواعد القانون، وتمييز الإباحة عن النظم المشابهة لها. كل ذلك أبحثه في مطلب مستقل على النحو التالي:

المطلب الأول: أخصصه لتحديد مفهوم الإباحة.
المطلب الثاني: أخصصه لتحديد مفهوم عدم المشروعية.
المطلب الثالث: أخصصه لتحديد مركز الإباحة من قواعد القانون
المطلب الرابع: أخصصه لتمييز قواعد الإباحة عن النظم المشابهة لها، من موانع المسؤولية، وموانع العقاب وعدم تطبيق القانون.

المطلب الأول

مفهوم الإباحة

47- تمهيد وتقسيم

أتناول في هذا المطلب تعريف الإباحة من حيث اللغة، وما أورده شراح القوانين الوضعية في ثنايا شروحاتهم من تحديدات لمفهوم الإباحة، سواء جاءت هذه التحديدات في صورة التعريف الجامع المانع، أم في صورة أوصاف تحدد الفهم الخاص للواحد منهم لمفهوم الإباحة في ضوء القانون الذي هو بصدد شرحه، أو في ضوء المنظومة القانونية التي يشرح الشارح على ضوءها.

- وسوف لن أغرق كثيرا في بحث التعريف اللغوي، إنما أتناوله بالقدر الذي يحدد مفهومها المنضبط لغويا.

- وأتوسع في شرح المفهوم الاصطلاحي للإباحة، وبقدر ما هو موجود من منظومات قانونية وفقهية في مجال تعريف الإباحة.

وأعمد إلى تقسيم المطلب إلى فرعين:

أخصص أولهما: للتعريف اللغوي للإباحة.

وأخصص ثانيهما: للتعريف الاصطلاحي لها.

¹ أنظر الدكتور عثمان سعيد عثمان، استعمال الحق كسبب للإباحة، القاهرة، 1968، ص 293 وما بعدها.
وانظر الدكتورة خلود سامي عزارة آل معجون، النظرية العامة للإباحة-دراسة مقارنة-، **بدون مكان نشر**، 1984، ص 12 وما بعدها.

48- الفرع الأول: التعريف اللغوي للإباحة

لا أرى أنه من المجدي كثيرا الإغراق في بحث المفهوم اللغوي لكلمة «أباح»، وإنما يتعين بحثها بالقدر الذي يجعل ما تصطلح عليه محددا في أذهاننا، وبالقدر الذي نتوصل به وبفهم مشترك لما يصطلح عليه بها من مفهوم قانوني اشتراعي، وهذا هو الهدف، وهو حقيقة معنى انضباط المفهوم الاصطلاحي. وفي سبيل ذلك أتناول الفرع في بندين:

أخصص أولهما: للتعريف اللغوي للإباحة عند فقهاء اللغة العربية. وأتناول في ثانيهما: التحليل اللغوي لكلمة الإباحة la justification في إطار سياقات لفظية على المراد منها لغة في مختلف استعمالاتها، وبالقدر الذي يفيدنا في تحديد معناها اصطلاحا، على النحو التالي:

49- أولا: تعريف اللغويين العرب للإباحة

عرفها جمهرة كبيرة من مؤلفي المعاجم والقواميس، وتدور كل التعريفات في محيط تكاد لا تخرج عن نفس الجمل والكلمات، لذا سأقتصر على القليل منها الذي يفي بالغرض الذي هو تحديد المصطلح دون الإغراق في الشروح. وأقتصر على ثلاث معاجم معتمدة: القاموس الفقهي، أنقل منه التعريف اللغوي، والمعجم الوسيط، ومختار الصحاح.

ففي مختار الصحاح¹ جاء: بوح (أباحه) الشيء أحله له والمباح ضد المحظور و(استباحه) استأصله و(باح) بسرّه أظهره وأبانه قال.

وفي القاموس الفقهي² جاء: باح بوحا ظهر فلان بالسر أظهره وأعلنه فهو بائح. أباح الرجل ماله أذن في الأخذ والترك، استباح الشيء عده مباحا. واستأصله الإباحة الإطلاق. الإباحي من يتحلل من قيود القوانين والأخلاق.

وفي المعجم الوسيط³ بوحا ظهر، وفلان بالسر أظهره فهو بائح أباحه أظهره وأحله وأطلقه، ويقال أباح الشيء استباحه: عده مباحا واستأصله، الإباحية التحلل من قيود القوانين.

وما يعيننا من هذه المعاني أباح الشيء إذا أحله، والإباحة ضد الحظر، والإذن في الفعل والترك.

هذه هي المعاني التي تنطبق على موضوعنا وعلى مسمى الإباحة فيه.

50- ثانيا: تحليل كلمة إباحة justification

ترد كلمة إباحة justification في اللغة الفرنسية بمعنى تبرئة وتبرير وتأيد⁴، وبمعنى إثبات وتبرير وتسويغ⁵. ومن هذا اللفظ الأخير يمكن القول على أسباب الإباحة:

¹ الشيخ الإمام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دائرة المعاجم في مكتبة لبنان ناشرون، ط سنة 1995، ص 28.

² سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي، ط سنة 1402 هـ-1982 م، ص 42 و 43.

³ إبراهيم أنيس وآخرون، المعجم الوسيط، ج1، مرجع سابق، ص 75 و 76.

⁴ أنظر المعجم القانوني، وزارة العدل الجزائرية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 1992، ص 90.

⁵ أنظر ر. تركي وم. كبابي، قاموس قانوني فرنسي-عربي، مع نماذج للعرائض القضائية، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، بدون سنة نشر، ص 186.

مسوغات الإباحة les causes de justification أو أفعال التبرير les faits justificatifs سواء بسواء.

وترد كلمة تأييد في القواميس العربية الفرنسية¹ بمعنى: يجعله قويا rendre fort أو متينا robuste أو تقوية raffermir أو بمعنى أزر consoler أو بمعنى ساعد aider أو عاون وساعد assister أو بمعنى الإنقاذ والمساعدة secourir. وكلمة تبرئة جاءت بمعنى خلص ونجى أو حرر: délivrer et affranchir وبمعنى أعفى absoudre وبمعنى قرر براءته prononcer innocent، ووردت بمعنى يخلص ويعفي exempter، ووردت بمعنى يبرئ المريض guérir. وجاءت بمعنى الطلاق في مفهوم الفقهاء المسلمين بصيغة «أنت بريء أو بريئة» renvoyer sa femme par divorce.

والمتتبع لمعاني الكلمات الفرنسية التي جاءت كمترادفات مع الكلمة الأصلية justification يجد أنها تعني الإباحة والتبرير أي تبرير العمل الذي قام به الشخص لجعله مقبولا، أي مستساغا، أي أن يجعل للفعل ما يسوغه أي ما يجعله مقبولا غير مرفوض. وهذا ما يهمننا من معاني هذه الكلمة في لغتها الفرنسية، وعلى هذا الأساس نتعامل معها في البحث.

51- الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للإباحة

يصف الشراح عادة الإباحة بما يفيد أن أفعالا تتوفر فيها ظاهريا أركان الجريمة، ولكن مع ذلك لا يقع فاعلها تحت طائلة التجريم وبالتالي العقاب، نتيجة إحاطة هذا الفعل ببعض الأسباب التي تجعل ارتكابه مباحا، لكون المشرع رأى أن ارتكاب الفعل لا يحقق الضرر أو الخطر الذي من أجله تجرم الأفعال قانونا، وتنفي هذه الأسباب عن الفعل صفة عدم المشروعية.

- وتسمى هذه الأسباب «أسباب الإباحة»، وترى الدكتورة خلود سامي عزارة آل معجون أن الترجمة الصحيحة للمصطلح الفرنسي causes de justification هي أسباب التبرير، ولا ترى من حيث الدلالة اللغوية والقانونية فرقا بين هاتين العبارتين².

وأرى أن عبارة «مسوغات الإباحة» لا تقل عنهما تعبيراً على المعنى اللغوي والاصطلاحي في المسألة. فالمسوغات هي الأسباب، وهذه هي الأفعال التي تبرر إباحة ما هو في ظاهره من الأعمال تتوفر فيه أركان الجريمة. والأسباب في اللغة جمع السبب وهو الحبل، وكل شيء يتوصل به إلى غيره³.

- ويصفها القاضي فريد الزغبي بأنها الظروف والحالات والأوضاع والوقائع والملابسات التي يختصرها العلم الجنائي في التعبير الفرنسي les circonstances التي يمكن أن تحيط في صورة عارضة أو محتومة إما بوضع فاعل الجريمة أو المساهمين فيها دون الأخذ بعين الاعتبار ظروفهم الشخصية، وإما بطبيعة الحق المعتدى عليه بالنسبة لموقف

¹ أنظر أ.د. بيريسيتين كازيميرسكي قاموس اللغتين العربية والفرنسية، ج-1، مطبعة لبنان، بيروت، بدون سنة نشر، ص 104 و 72.

² أنظر د. خلود سامي عزارة آل معجون، النظرية العامة للإباحة، مرجع سابق، ص 13.

³ أنظر الرازي الشيخ الإمام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، مختار الصحاح، مرجع سابق، ص 119.

المجني عليه، عملاً بمبدأ «الثنائية الجرمية» أو ما يعرف بالتعبير الفرنسي «le couple pénal»، وإما بماهية الجريمة نفسها كوجود مادي مع صدورهما عن النشاط الإنساني¹.

- ويرى البعض أن تسمى: «أسباب إنعدام اللامشروعية (عدم المشروعية الجنائية) أو حالات انعدام الصفة الإجرامية»، انطلاقاً من صورة أن هناك نص يجرم وهو قاعدة عدم مشروعية جنائية، إلا أن نصاً أباح الفعل بسبب ملابسات خاصة ارتبطت بتلك الواقعة الجنائية التي اكتمل لها ظاهرياً شكل الجريمة، جعل هذه الواقعة مشروعة في نظر المشرع² وهذه الملابسات والظروف هي أسباب الإباحة.

- ويعرفها البعض: «بأنها حالة انتفاء الركن الشرعي بناء على قيود واردة على نطاق نص التجريم تستبعد منه بعض الأفعال»³، تأسيساً على قيام الجريمة على أركان ثلاثة: مادي، ومعنوي، وشرعي، والمقصود بالركن الأخير الصفة غير المشروعة للفعل أو الترك، أو نص التجريم الواجب التطبيق على الفعل المقترف⁴. وينتقد هذا التعريف نقداً على جانب كبير من الموضوعية مفاده: أنه من غير الممكن أن يكون النص الذي يوجد الجريمة ويقررها ركناً فيها ولما يقتضي ذلك من وجوب أن يكون المجرم عالماً بنص التجريم والواقع أنه لا عذر بجهل القانون، ولا ينفي هذا الجهل القصد الجنائي.

- ويعرفها البعض: «بأنها أحداث أو ظروف أو مواقف معينة تلبس واقعة، يكتمل لها شكلاً المظهر الخارجي للجريمة، فتتفي عن الواقعة صفة اللامشروعية الجنائية، أي تعتبره عملاً يبيحه المشرع»⁵. وينتقد الدكتور محمد سيد عبد التواب هذا التعريف⁶ بأنه يشتمل على كثير من التفصيلات، تتنافى وواقع التعريف.

- ويعرفها: «بأنها حالات تخصيص لنص التجريم تجعل الأفعال الواردة به مباحة عند توافرها»⁷.

كما عرفها الدكتور محمد نجيب حسني: «بأنها حالات انتفاء الركن الشرعي بناء على قيود واردة على نص التجريم يستبعد منه بعض الأفعال»⁸.

- واختارت هذا التعريف الدكتورة خلود سامي عزارة آل معجون في مؤلفها: النظرية العامة للإباحة⁹.

¹ أنظر القاضي فريد الزغبى، الموسوعة الجزائية، مجلد 4، دار صادر، بيروت، طبعة سنة 1995، ص 16.

² أنظر الدكتور محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات - القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 8 لسنة 1969، ص 4.

وانظر الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة سنة 1977، ص 159.

وانظر الدكتور رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي، دار الفكر العربي، طبعة سنة 1979، ص 494. وانظر الدكتور يسر أنور علي، "الدفاع الشرعي دراسة لمبدأ المشروعية"، المجلة الجنائية القومية، مجلد 13، 1970، ص 224.

³ أنظر الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص 160.

⁴ نفس الصفحة من نفس المرجع.

⁵ أنظر الدكتور يسر أنور علي، "الدفاع الشرعي دراسة لمبدأ المشروعية"، مرجع سابق، ص 226.

⁶ أنظر الدكتور محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة -، عالم الكتب، القاهرة، ط 1 سبتمبر 1983، ص 32.

⁷ نفس الصفحة من نفس المرجع.

⁸ أنظر الدكتور محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة في التشريعات العربية، القاهرة، طبعة سنة 1962.

وانظره في: شرح قانون العقوبات - القسم العام، مرجع سابق، ص 160.

⁹ أنظر الدكتورة خلود سامي عزارة آل معجون، النظرية العامة للإباحة، مرجع سابق، ص 18.

وأستنتج من هذه التعريفات وأوصاف الإباحة وأسبابها، التعريف التالي: «الإباحة هي حالة التعطيل لنص التجريم تجعل الأفعال المجرمة به مباحة».

فعبارة «تخصيص لنص» أرى أنها لا تنطبق تماما، إذ التخصيص يقتضي عموما ما خصصه نص خاص، والأمر ليس كذلك في القاعدة المجرمة والقاعدة المبيحة فكل قاعدة تستقل بحكمها، وليس بينهما عموم وخصوص، كما هو معنى العموم والخصوص في قواعد تفسير النصوص في القانون، وأصول الفقه في فقه الشريعة الإسلامية، في المباحث اللفظية.

ولذا رأيت أن أقترح هذا التعريف إسهاما في إثراء هذه المسألة، ولغيري أن يقدم ما هو أصوب، فذلك المرتجى.

ولا يتعطل نص التجريم إلا إذا توفرت شروط نص الإباحة، وهذا أمر بديهي لا يحتاج إلى النص عليه في التعريف، وفعل ذلك يجعل التعريف مشوبا بإضافة جملة له لا تدعو متطلبات الجمع والمنع لوجودها، بل شرط أن يكون التعريف مركزا مختصرا يدعو لحذفها.

وبما أن الإباحة يصفها كل شارح انطلاقا من النص الذي يشرح هو في ضوء المنظومة القانونية التي ينتمي إليها هذا النص، سأقدم كنموذج على ذلك: مفهوم الإباحة في كل من القانون الفرنسي، والقانون الإنجليزي والقانون السوفييتي. ثم مفهومها في بعض القوانين العربية.

52- مفهوم الإباحة في القانون الفرنسي

عرف الفقه الفرنسي نوعين من الإباحة:

إباحة بالمعنى الواسع لمدلول الإباحة، وتتمثل في الحرية الفردية، التي فحواها: أنه بإمكان الشخص أن يأتي كل فعل لم يحرمه القانون، على ضوء ما جاء في إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر سنة 1789 تطبيقا لمقولة: «كل ما لم يحظر فهو مباح»¹ وتلك هي الإباحة الأصلية.

أما الإباحة بالمعنى الضيق التي تنحصر في مسوغات التبرير أو الإباحة، أو الأفعال المبررة *les causes de justification ou faits justificatifs* والتي تعني إخراج الأفعال من دائرة التجريم استثناء بسبب وقوعها في ظروف خاصة.

ويبحث الفقه الجنائي الفرنسي الإباحة بمعناها هذا عند بحثه الركن المعنوي للجريمة. والنص الأصلي في قانون العقوبات الفرنسي الذي يقنن لأسباب الإباحة ضيق هذه الأسباب إلى حالات قليلة تظهر في نص المادة 327 من قانون العقوبات الفرنسي التي تقول: « لا جنابة ولا جنحة إذا كان القتل والجرح والضرب قد أمر به القانون وطلبت له السلطة الشرعية».

- غير أن الفقه في فرنسا يجمع على أن نص المادة 327 وإن ورد ناطقا بإباحة القتل والضرب والجرح إلا أنه يتضمن أساسا لقاعدة عامة تتضمن إباحة كل الجرائم الأخرى، ويقول في هذا الفقيه Emile Garçon ما مفاده: أنه من المؤكد أن أمر القانون وطلب السلطة الشرعية يبيحان كل الجرائم.

¹ V.Barthélemy.H, Traité élémentaire de droit administratif , Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Paris, 7Ed, 1913, p. 226.

- وإلى هذا ذهب Roger Merle عندما يقول¹: «إذا كان القانون الفرنسي عدد مع التقدير الشديد، ظروف الإباحة فإن التطبيق قد استخلص من هذا النطاق القانوني الضيق مبدأ عاما سليما».

- بل وخلص الفقه الفرنسي إلى نتيجة هامة وهي أن لا يبيح فقط الأفعال التي يأمر بها، وإنما يبيح أيضا التي يأذن بها.

- ويبيح القانون الفرنسي في إطار ذلك ما أمر به القانون² والعرف³، وما أمرت به السلطة الشرعية. وأباح القانون الفرنسي استثناء في إطار ما أفرزته الحرب العالمية الثانية: من أفعال المحاربين، وأفعال لتحرير فرنسا، وحتى تنفيذ أمر السلطة غير الشرعية (سلطة الاحتلال) إذا كان بحسن نية، ومن غير مبادأة من الشخص بل تحت أمر من هذه السلطة.

53- مفهوم الإباحة في القانون الإنجليزي

يقوم معنى الإباحة في الفقه الإنجليزي على المعنيين الواسع والضيق كما مر معنا في الفقرة 52 بشأن القانون الفرنسي في هذه المسألة على النحو الآتي:

1- الإباحة بمعناها الواسع: يستخلص هذا النوع من الإباحة من الدستور وأعرافه، وهي نتيجة لمبدأ الحرية الفردية.

- ويرى الفقهاء الإنجليز أن الدستور أساسه الحقوق الفردية، وليست هذه الحقوق نتيجة له، خلافا لما عليه الحال في أوروبا، إذ تعتبر الحقوق الفردية والحريات ميزة خاصة تستند إلى الدستور وتتبع منه، باعتباره أعلى وأسمى سلطة في الدولة

- وتضمن الحرية الفردية بالالتجاء إلى القضاء الذي هو ملزم بحمايتها في مواجهة كل معتد، وإن كان الدولة عن طريق أعوانها.

2- أما الإباحة بالمعنى الضيق، فينحصر معناها في عدم تطبيق العقوبة على من يقترب الفعل المجرم ظاهريا، إذا وقع منه الفعل في ظروف خاصة، ويعني هذا جعل الفعل المجرم أصلا مباحا متى توفرت شروط يحددها القانون الذي هو في بريطانيا أغلبه أعراف وسوابق قضائية.

- إلا أن القانون الإنجليزي عند معالجته لأسباب الإباحة لم يفرد لها موضوعا خاصا، بل عالجها ضمن الاستثناءات الواردة على المسؤولية الجنائية.

- والفقه البريطاني يحدد حالات ثلاث لعدم العقاب بسبب الإباحة وهي:

استعمال الحق، ويدخل فيه الدفاع الشرعي وما إليه من الحقوق التي اشتهرت في الفقه بأنها من استعمال الحقوق. وتفاهة الفعل، أو صعوبة إثباته، أو كون الضرر المترتب على

¹ Merle(R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel*, problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général, CUIJAS, . Paris, 1978, p.112.

et Bouzat(P.) , *Traité théorique et pratique de droit pénal*, Dalloz ,Paris,1951, p.208.
et Donnedieu De vabres (H.), *Traité de droit criminel et législations pénales comparées*, 3 Ed, Sirey, Paris, 1947, p.237.

² Bouzat(P.) , op.cit, p.209.

³ أنظر الدكتور عثمان سعيد عثمان، استعمال الحق، مرجع سابق، ص 296 وما بعدها.

المعاقبة أشد من المترتب على تركها. استنادا إلى مفهوم: أن القانون لا يهتم بسفاسف الأمور¹، وكون الفاعل بفعله حقق مصلحة² دون أن يتعسف أو يسيء استعمال فعله³.

54- مفهوم الإباحة في القانون السوفياتي

النظام السوفياتي سابقا كان نظاما اجتماعيا يلغي إلى حد كبير الفرد أمام المجتمع، ويهضم حقه أمام مصلحته، وتوضح هذه الصورة في مجال القانون الجنائي من المادة السابعة في فقرتها الثانية من قانون 1960 إذ تنص على أنه⁴: «مع وجود نص في قانون العقوبات يقضي بتجريم الفعل فإن هذا الفعل لا يعد جريمة إذا تجرد من الخطر الاجتماعي بسبب قلة أهميته».

- ويلاحظ أن سبب قلة أهمية الفعل ذهب إليها أيضا الفقه البريطاني كما لاحظنا في الفقرة 53، لكن القانون السوفياتي ركز على عدم وجود الخطورة الاجتماعية وسبق ذلك على قلة أهمية الفعل، وجعله هو سبب قلة الأهمية⁵.

55- مفهوم الإباحة في بعض القوانين العربية

القوانين العربية ليست أصيلة إلا ما كان منها تطبيقا صارما للشرعية الإسلامية، كما هو الحال في المملكة العربية السعودية، وما يتم من محاولات هنا وهناك بين الحين والآخر في البلاد العربية والإسلامية، كما هو الحال في السودان وليبيا وباكستان ودولة الإمارات العربية المتحدة، وموريتانيا وأفغانستان، لولا أن محاولات أغليبتها كانت فتنة أكثر مما هي محاولة لتطبيق الشريعة السمحة.

لذا رأيت تأخير بحث هذه الفقرة عن سابقتها من الفقرات 52 و 53 و 54.

- وأقول في البداية أن المقنن الجزائري اقتبس عن المقنن الفرنسي المادتين 39 و 40 من قانون العقوبات، إذ اقتبسهما عن المادتين 327 و 329 من قانون العقوبات الفرنسي، مخالفا النص الفرنسي، ومستفيدا من النقد الموجه له، إذ قال: «لا جريمة» بدل قول النص الفرنسي: «لا جنائية ولا جنحة» مهملًا شأن المخالفة، وعلى كل تفادى المقننون في الجزائر بعض عيوب الصياغة في النص الفرنسي⁶.

- وقريبا من هذا الموقف، كان موقف المقننين في القانون الجنائي المغربي⁷ في مادتيه 124 فقرة 3 و 125.

¹ كمثال على ذلك ما ورد في المادة 95 من قانون العقوبات الهندي المقتبس عن القوانين والأعراف البريطانية، ونصها: "لا جريمة في فعل بسبب ضرر يحدث، أو يقصد منه إحداث ضرر أو مع العلم بحدوث ضرر منه إذا كان الضرر من التفاهة بحيث لا يشكو منه شخص عادي التفكير والطباع".

² يضرب المثل على ذلك: بنشر الأخبار في الصحافة، وتقديم الشكاوى ضد الأشخاص إلى الجهات المختصة.

³ أنظر الدكتور عثمان سعيد عثمان، استعمال الحق كسبب للإباحة، مرجع سابق، ص 202 وما بعدها.

⁴ أنظر الدكتور محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 32.

⁵ أنظر غورييف وسيدوغين، النشاط التشريعي في الاتحاد السوفياتي، ترجمة خيري الضامن دار التقدم، موسكو، سنة 1977، ص 262.

⁶ أنظر فرحات بركاني، الدفاع الشرعي دفع الصائل - دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والنظم القانونية الوضعية - رسالة ماجستير مقدمة لجامعة الأمير عبد القادر سنة 1419هـ - 1998م.

⁷ أنظر الدكتور مصطفى محمد محمود، شرح قانون العقوبات - القسم العام -، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 2 لسنة 1967، ص 113 وما بعدها.

وانظر أستاذنا الدكتور أبو المعاطي حافظ أبو الفتوح رحمه الله، شرح القانون الجنائي المغربي - القسم العام -، مطبعة النجاح، ط 2 لسنة 1405هـ 1984م، ص 106.

- ويضيف القانون الجنائي المغربي في المادة 82 منه حالة الضرورة والإكراه المعنوي¹.
- ويعتبر القانون الجنائي المغربي الدفاع الشرعي نوعا من الضرورة².
- والتشريعات العربية تتفق في النص على أن ممارسة الحق، وأداء الواجب، والدفاع الشرعي أسباب إباحة.
- وتستعمل بعض القوانين مصطلح أسباب الإباحة كالقوانين: المصري والليبي والكويتي والعراقي بينما يستعمل القانون السوري واللبناني والأردني أسباب التبرير.
- واستعمل القانون التونسي تعبيراً مخالفاً تماماً فعبر في الباب الرابع من القسم الأول: بعدم المؤاخذه بالجرائم³.
- بينما عبر عنها شارحا القانون الجنائي التونسي وهما: عبد العزيز العوادي، واسماعيل بن صالح في الباب الرابع من كتابهما، الفصل الأول منه: بالأفعال المبررة، مجارة لما عليه الفقه في فرنسا والبلاد العربية.
- ومجمل أسباب الإباحة في مختلف النظم القانونية هي: الدفاع الشرعي، وإجازة القانون، وإطاعة القانون، وموافقة الضحية، وممارسة حق بغير تجاوز⁴.
- وتنحوا بعض التشريعات إلى إباحة استثنائية كإباحة أفعال المحاربين، وأفعال ترتكب للتحريض كما في فرنسا، وتنفيذ أمر السلطة غير الشرعية من غير مبادأة من المنفذ، بل تنفيذاً لتعليمات تلقاها صادرة من السلطة الفعلية المسماة بحكومة الدولة الفرنسية. وقد صدر قانون خاص في 21-11-1944⁵ عدل النصوص المتعلقة بالمعاقبة على أعمال التعاون مع العدو النازي في فرنسا.
- هذا هو المفهوم الأساسي للإباحة في النظم القانونية الوضعية، لكن يبقى هذا المفهوم غير واضح ما لم ندرس مفهوم عدم المشروعية المرتبط به والذي لا غنى للدارس عنه. وهذا ما سأتناوله بالبحث في المطلب القادم.

المطلب الثاني مفهوم عدم المشروعية

56- تمهيد وتقسيم

- لبحث مسألة عدم المشروعية لابد من الانطلاق من مسلمة كون أسباب الإباحة تجرد الفعل من تكييف عدم المشروعية وتحيله إلى فعل مشروع رغم توافر جميع أركان الجريمة فيه.
- وعليه فإنه إن كان عدم المشروعية هو التعارض مع القانون، فإن المشروعية تعود للفعل بتوفر سبب الإباحة.

¹ أنظر الدكتور سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 33.

² أنظر الدكتور أبو المعاطي حافظ أبو الفتوح، شرح القانون الجنائي المغربي - القسم العام -، مرجع سابق، ص 105.

³ أنظر محمد الطاهر السنوسي، المجلة الجنائية، ط4، دار بوسلامة، تونس.

⁴ أنظر القاضي فريد الزغبي، الموسوعة الجزائية، مرجع سابق، المجلد الرابع كله.

⁵ أنظر الدكتور عثمان سعيد عثمان، استعمال الحق كسبب للإباحة، مرجع سابق، ص 301.

- على أنه ينبغي أن لا نخلط بين مفهومي عدم المشروعية *illégitimité* وعدم القانونية *illégalité*¹، فالفعل غير المشروع هو ذاك الفعل الذي يصطدم مع النظام القانوني مثل القتل، أما الفعل غير القانوني فهو المعدوم في القانون كالعقد ببرمه عديم الأهلية.

- ولأهمية هذه المسألة يتعين بحثها في النقاط التالية، كل نقطة في فرع على النحو الآتي:

الفرع الأول: موضوع عدم المشروعية.

الفرع الثاني: نوعا المشروعية.

الفرع الثالث: خصائص عدم المشروعية.

الفرع الرابع: معيار عدم المشروعية.

الفرع الخامس: مدى تأثير المقتنين والقضاة بمعايير مبدأ عدم المشروعية.

وفيما يلي أتناول بالبحث النقطة الأولى تحت عنوان:

الفرع الأول: موضوع عدم المشروعية

سأتناول بالبحث هذه المسألة محددا موقف كل من التقنين والفقه منها في بندين، أخصص أولهما لموقف التقنين، وثانيهما لموقف الفقه.

57- أولا: موقف المقتنين من عدم المشروعية

يتضح من الاستقراء أنه ليس من حسن التدبير أن يعتمد المقتن الجنائي إلى صياغة تعريف عام للجريمة، وإنما يتعين ترك ذلك للفقه والقضاء، ومرد ذلك إلى سببين:

السبب الأول، أن مبدأ الشرعية الجنائية يقتضي أن تنص القوانين الجنائية على ما يعد جريمة من الأفعال.

والسبب الثاني: أن في تحديد التعريف في صلب القانون الجنائي تجميد للتجريم يحول دون مواجهة ما قد يجد من جرائم بسبب تطور الحاجات والمعاملات والمفاهيم في المجتمع.

وصحيح أنه تجد الأفضية بقدر ما يجد من الفجور، لذا عمد أغلب المقتنين الجنائيين إلى عدم صياغة تعريف عام للجريمة²، كالحال في فرنسا ومن اقتبس عنها أو تأثر بها من المقتنين العرب، ومن ذلك الجزائر ومصر.

- لكن البعض من المقتنين أورد تعريفا عاما لها³ كما هو الحال في إسبانيا، إذ تعرفها

المادة 26 من قانون 1928 بأنها: «الفعل أو الترك الإرادي الذي يعاقب عليه القانون».

- كما عرفها القانون المكسيكي الصادر سنة 1931 في مادته السابعة بأنها: «العمل أو الامتناع المقرر له العقاب في القوانين الجنائية».

- وعرفها أيضا قانون العقوبات البولندي الصادر سنة 1932 إذ تنص المادة الأولى منه على أن: «المسؤولية الجنائية واقعة على من يرتكب عملا مجرما بعقوبة يقررها القانون

¹ V.Delogu(T.), Les causes de justification de droit pénal et son application, 1956, n° 3, p.68.

² بعض الفقهاء كجارو فرق بين الجريمة الطبيعية *délit naturel* وجريمة القانون الوضعي *délit du droit positif* فقال أن الأولى أخلاقية والثانية وضعية، وهذه هي التي تخضع للتغير تبعاً لسياسة التجريم في المجتمع.

أنظر محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم العام -، مرجع سابق، ص 44.

³ أنظر الدكتور عدنان الخطيب، النظرية العامة للجريمة في قانون العقوبات السوري، بدون مكان نشر، ط سنة 1957، ص 13 و 14.

الساري وقت ارتكابها». وموقف المقنن البولندي جاء موقفا وسطا بين القوانين التي عرفت الجريمة والقوانين التي لم تعرفها، إذ تعريفه لها كان غير مباشر¹.

- وإذا كان هذا هو الأمر عند المقننين، فإنه عند الفقهاء لا يختلف كثيرا من حيث الخلاف بينهم أساسا، غير أن الخلاف عندهم لم يكن على التعريف، فقد أجمعوا على وجوبه، لكنه كان حول ركن عدم المشروعية، كما سيتضح لنا في الفقرة التالية.

58- ثانيا: موقف الفقهاء من عدم المشروعية

اهتم الفقهاء على خلاف المقننين بوضع تعريف للجريمة، حرصا منهم على توضيح الأركان العامة للجريمة، وإن كانت تعاريفهم جاءت أحيانا مشوبة بالنقص وأخرى بالغموض.

واختلافهم كما قلنا حول إظهار ركن عدم المشروعية، أما الركنين المادي والمعنوي فقد جاءت تعاريفهم للجريمة متفقة بشأنهما.

أما ركن عدم المشروعية فبعضهم يراه ركنا في الجريمة²، والبعض الآخر ينكر عليه ذلك، على خلاف بين الفقهاء من بلد إلى بلد، وحتى في البلد الواحد.

وحتى تتضح الصورة أعرض فيما يلي لهذا الخلاف في كل من فرنسا وألمانيا والبلاد العربية.

59- موقف الفقه في فرنسا من عدم المشروعية

الفقهاء في فرنسا بين مغفل لمبدأ المشروعية كركن في الجريمة، ويرى أنها لا تحتاج إليه في تعريفها وقيامها، في حين يرى آخرون عكس ذلك.

فالفقهاء المعاصرون في فرنسا مثل ستيفاني ولوفاسور أغفلوا كلية عنصر عدم المشروعية، وعرف هذين الفقيهين الجريمة بأنها: «الفعل أو الامتناع المسند إلى عامله والذي ينص عليه القانون ويقرر له جزاء جنائيا»³.

أما في الفقه الفرنسي القديم فقد ذهب جازو إلى تعريف الجريمة فقال: «أنها فعل أو امتناع يقع اعتداء على القوانين التي يكون موضوعها المحافظة على النظام الاجتماعي والأمن العام»، ثم أكد في تعريفه كون: «عدم المشروعية هو جزء من ذاتها»⁴.

- هذه هي الصورة النموذجية في الفقه الفرنسي، وهي قريبة من ذلك في ألمانيا من حيث الاختلاف على فريقين، وما عدا ذلك يتضح لنا في الفقرة التالية.

60- موقف الفقه في ألمانيا من عدم المشروعية

أما الفقه في ألمانيا فإنه كان على فريقين، إلا أن الاختلاف بينهما حول أهمية ومكانة مبدأ عدم المشروعية في العناصر المكونة للجريمة.

- فذهب فريق منهم إلى اعتباره ركنا من أركانها سواء بسواء مع الركنين المادي والمعنوي.

واعتبره الفريق الثاني صفة جوهرية في مجموعها.

¹ أنظر الدكتور عدنان الخطيب، النظرية العامة للجريمة في قانون العقوبات السوري، مرجع سابق، ص 13.

² V.Garrand(R.), Traité théorique et pratique du droit pénal français librairie du Recueil, Sirey, Paris, t.1, 1913, p.203.

وانظر جندي عبد المالك، الموسوعة الجنائية، ج3، دار المؤلفات القانونية، بيروت، لبنان، 1354هـ-1936، ص 1 وما بعدها.

³ V.Stéfani.(G.) et Levasseur(G.), Droit pénal général, 12 ème Ed., Dalloz, Paris, 1966, p.88.

⁴ v.Garraud(R.), Traité théorique et pratique du droit pénal français, Paris, 3 eme éd, 1913.

- وعلى أي حال فإن الفقه في ألمانيا أولى اهتماما لهذا المبدأ، ونظر إليه بنظرة غير النظرة التي نظر بها إليه الفقه في فرنسا، وفي كلا الحالين يعطي الفقهاء الألمان للمبدأ مكانة هامة في تعريف الجريمة¹.

ومن ممثلي الفريق الأول فرانس فون ليست الذي عرف الجريمة بقوله أنها²: «الفعل الآثم الذي يطابق نموذجا قانونيا ولا يتمتع بسبب للإباحة». ويوضح ممثلو الفريق الثاني موقفهم بالقول أن: عدم المشروعية لا نجده بتحليل الجريمة إلى أركانها، وإنما نجده في كل ركن منها، أي نجده في الجريمة في مجموعها، فهو يعم كلا من الركنيين المادي والمعنوي³.

61- موقف الفقه في البلاد العربية من عدم المشروعية

لعله من نافلة القول أن أعلن بكل تواضع أن الفقه في الجزائر خاصة لا يزال في مرحلة تشكل، والكتابات لا تزال قليلة جدا، وما كتب يتجه فيه أصحابه أحد اتجاهين: -اتجاه يقوم على فكرة أن القوانين الفرنسية هي الأصل الذي اقتبست عليه القوانين الجزائرية خاصة في القواعد العامة، وبناء على هذه الحقيقة يرى فريق من الكاتبيين ومن المطبقين لهذه القوانين أن الاجتهاد فيها وتفسيرها يتعين أن يكون على منوال نظيره في فرنسا، ويؤدي هذا الموقف بداهة إلى أن الفقه في الجزائر هو نفس ما عليه الحال في فرنسا، كما مر في الفقرة السابقة

- واتجاه ثان يقوم على فكرة أن القوانين إنما تصاغ لحماية مصالح المجتمعات التي تصوغها وتطبق فيها ومن بين هذه المصالح مصالح معنوية تتشكل من مفاهيم أخلاقية ذات بعد ديني، وعليه فإن تفسير ما غمض من هذه القوانين يتعين أن يراعي ذلك.

- وهذا هو موقفي الشخصي وقناعاتي في مناقشاتي ومداولاتي في الملفات القضائية وكتاباتي. والذي سأوضحه في فقرة أختتم بها بحث هذه المسألة مع تحديد تعريف.

- وإذا كان هذا هو الوضع في الجزائر، فإنه لا يختلف كثيرا عنه في باقي البلاد العربية مع فارق كون الفقه تشكل إلى حد كبير في بعضها أخذا خصوصية البلد بعين الاعتبار، مستفيدا من تجارب الآخرين.

- وكنموذج على ذلك نأخذ مصر مثلا، فأغلب الفقهاء في مصر يغفلون عنصر عدم المشروعية في تعريف الجريمة.

- فيعرفها بعضهم بأنها: «عمل أو امتناع يرتب القانون على ارتكابه عقوبة»⁴، فالملاحظ أنه لا أثر لمبدأ عدم المشروعية في هذا التعريف.

- وذهب جانب من الفقه المصري إلى القول بأن عدم المشروعية ركن من أركان الجريمة فعرفوها بأنها: «فعل غير مشروع صادر عن إرادة جنائية يقرر له القانون عقوبة أو تدبيرا إحترازيا»⁵.

¹ أنظر الدكتور فوزية عبد الستار، "عدم المشروعية في القانون الجنائي"، مجلة القانون والاقتصاد، عدد 3 و4 لسنة 1972، ص 457 و458.

² V.Lizt Franz Von, Traité de droit pénal allemand, t.1, Paris, 1911, p.170.

³ أنظر الدكتور فوزية عبد الستار، "عدم المشروعية في القانون الجنائي"، مرجع سابق، ص 457 و458.

⁴ أنظر الدكتور محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات -القسم العام-، دار النهضة العربية، القاهرة، ط9 لسنة 1974، ص 35.

⁵ أنظر الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات -القسم العام-، مرجع سابق، ص 45.

- ووقف فريق ثالث بين هذا وذاك فأشار إلى عنصر عدم المشروعية في صورته السلبية معبرا عنه بقوله: «ليس استعمالا لحق ولا قياما بواجب».

والتعريف الذي أورده الدكتور محمد محي الدين في كتابه شرح قانون العقوبات - القسم العام - نصه كاملا هو: «كل عمل أو امتناع ضار له مظهر خارجي ليس استعمالا لحق ولا قياما بواجب يحرمه القانون ويفرض له عقوبة ويقوم به إنسان أهل لتحمل المسؤولية الجنائية»¹.

وفي حدود علمي لم يخرج الشراح في باقي الدول العربية على هذا الإطار العام للفقهاء في مصر وفرنسا.

وقد أشرت إلى أن لي رأيا في الموضوع أقدمه مفصلا في الفقرة الآتية.

62- رأيي في مسألة عدم المشروعية

أرى أن أنضم إلى الرأي القائل في الفقه الألماني: «بأن عدم المشروعية صفة جوهرية للجريمة» أي ليست مجرد ركن ثالث من أركانها فهي أعلى مرتبة من الركنين المادي والمعنوي.

وأرى مع أنصار هذا الرأي أنه لا يمكن أن نبحث الجريمة في غياب عنصر عدم المشروعية، الذي هو صفة التعارض مع القانون هذه فهو موجود في كل ركن للجريمة، ببرهان: أن أساس عدم المشروعية هو تعارض السلوك الإنساني مع قاعدة أمر من قواعد القانون، ويعم بذلك الواقعة الإجرامية.

ولما أن هذا الفعل المكون للواقعة الإجرامية قد صدر عن إرادة آثمة، تعدت الحيدة بالسلوك عن جادة القانون، فإن عدم المشروعية يعم أيضا القصد الجنائي .

- وحقا القول: «بأن عدم المشروعية نجده في الجريمة في مجموعها»². فحقا هو في الجريمة كلها وليس ركنها فيها.

وبهذا أكون قد فصلت القول بالقدر الذي يقتضيه المقام في مسألة «عدم المشروعية» كعنصر في الجريمة.

ويتعين بعد هذا بحث مسألة تنوع المشروعية، وهذا ما سأتناوله بالبحث في الفرع الآتي.

63- الفرع الثاني: نوعا المشروعية³

المشروعية نوعان لا ثالث لهما وفيما يلي بيان ذلك:

أولاً: المشروعية العادية: وهي التي تتمثل في كل سلوك إنساني غير خاضع لقاعدة تجريم توثمه وتعاقب عليه، والفعل الإنساني هنا مشروع ابتداء. وأرى أن تسميته باسم: «المشروعية الأصلية» حملا على البراءة الأصلية أحسن.

ثانياً: المشروعية الاستثنائية: وأطلق عليها: «المشروعية العائدة» إذ عادت بنص الإباحة بعد أن كان نص التجريم قد أخذها، أي جعل السلوك غير مشروع، وذلك في صورة أن يجيء الفعل تحت طائلة نص يجرمه، ثم توجد إلى جانب هذا النص قاعدة إباحة في نفس الوقت تبيح الفعل نفسه إذا توافرت ظروف محددة يقررها المشرع. وأنه من شأن قاعدة الإباحة هاته استبعاد تطبيق النص العقابي الذي يجرم الفعل.

¹ أنظر الدكتور محمد محي الدين عوض، القانون الجنائي - مبادئه الأساسية ونظرياته العامة - في التشريع المصري والسوداني، بدون مكان نشر، ط سنة 1963، ص 74.

² أنظر الدكتورة خلود سامي عزارة آل معجون، النظرية العامة للإباحة، مرجع سابق، ص 22.

³ V.Delogu(T.), Les causes de justification de droit pénal et son application, op.cit, p.104.

- هذا هو التفريق المعروف في الفقه بين نوعي المشروعية، لكن السؤال يثور حول ما إذا كان لهذا التفريق من فائدة، وهذا ما سأناقشه في الفقرة الآتية.

64- أهمية التفرقة بين المشروعية الأصلية والعائدة

بداية أنه إلى أنني سأستعمل المصطلح الذي توصلت إليه في المسألة وهو: المشروعية الأصلية، والمشروعية العائدة: *légitimité originale et légitimité revenante* وأتبع مسلك الفقهاء تجاه هذه المسألة.

- فأجد أن فريقاً منهم انتقد التمييز بين المشروعية الأصلية والمشروعية العائدة، ويرون هذا التمييز لا يقوم على أي أساس، ولا يؤدي إلى أية نتيجة. ويرون أنه لا خلاف من الناحية العملية بين أن يكون الفعل غير مستحق للعقوبة بحسب الأصل، أو أن يكون مطابقاً لنموذج تجريم ثم رفع عنه هذا التجريم بقاعدة إباحة فصار مشروعاً غير مجرم.

- أما الفريق الآخر فيرون أن ما بنى عليه الفريق الأول رأيه غير صحيح. فأسباب الإباحة تطراً وقت ارتكاب فعل أو امتناع يعده القانون أصلاً جريمة، بحيث لو لم يرقم سبب الإباحة، وتوافرت في الفاعل الأهلية الجنائية لاستحق العقاب. أما الأمر الذي لا يعده القانون جريمة فهو مباح أصلاً من الناحية الجنائية، سواء قبل ارتكاب الفعل أو حال وقوعه، بحيث لا يكون للقاضي لكي يحكم ببراءة مرتكبه إلا التحقيق من عدم وجود نص جنائي يجرم هذا الفعل، وهذا هو أساس التفرقة.

أما نتيجته فإن من نتائجه أن العمل أو الامتناع قد لا يعد جريمة ومع هذا ينص القانون على تدبير احترازي ضد مقترفه، بخلاف العمل أو الامتناع الذي قام بشأنه سبب إباحة¹. كما أن من نتائج التفرقة بين المشروعية الأصلية والمشروعية العائدة أن الفعل ولو كان لا يعد جريمة قد يرتب مسؤولية غير جنائية، كما لو نتج عنه ضرر للغير مع كونه لا يرقى إلى مرتبة التجريم لانعدام النص المجرم (مشروعية أصلية). أما الفعل الذي تعود له المشروعية بسبب من أسباب الإباحة (المشروعية العائدة) فإن مرتكبه لا يتحمل أية مسؤولية من أي نوع².

وتتفق الدكتورة خلود سامي عزارة آل معجون في مؤلفها: «النظرية العامة للإباحة» مع وجهة النظر في الفقه التي تميز بين نوعي المشروعية (الأصلية والعائدة) وترى أن هذا التمييز يعطي الفرصة دائماً لاتخاذ الإجراء القانوني السليم، وأن هذا من شأنه اتقاء ما قد يقع من خلط بين أسباب الإباحة وموانع العقاب³.

- وأنضم إليها في هذا الرأي للأسباب التي رأتها، إضافة إلى اقتناعي أن النوعين من المشروعية متميزين عن بعضهما بحسب حتى وصفهما فنوع أصلي في مكانه بحسب قاعدة البراءة الأصلية، ونوع طارئ أعاد المشروعية لما كان بالأصل غير مشروع بنص جديد ولأحوال وأسباب معينة.

¹ أنظر الدكتور محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 144 و 145.

² V Merle R. et VITU A., *Traité de droit criminel, problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général*, op.cit, p.496.

وانظر الدكتورة خلود سامي عزارة آل معجون ، النظرية العامة للإباحة، مرجع سابق، ص 39 و 40.

³ أنظر المرجع نفسه، ص 40.

65- الفرع الثالث: خصائص عدم المشروعية

من خصائص ومميزات عدم المشروعية: النسبية والذاتية وسأتناول النقطتين تباعاً في البندين الآتيين.

66- أولاً: نسبية عدم المشروعية¹: يتميز مبدأ عدم المشروعية بالنسبية، إذ يعني التعارض بين السلوك الإنساني والقانون.

وبما أن النظام القانوني يختلف من دولة إلى أخرى، فإن عدم المشروعية قد يختلف تبعاً لذلك بين الدول المختلفة النظم القانونية. فتعدد الزوجات يتصف بعدم المشروعية في فرنسا، بينما هو مشروع في البلدان التي لا يمنع نظامها القانوني هذا التعدد كالدول الإسلامية والإفريقية وكثير من الدول الآسيوية، وغيرها التي لا تدين بالمسيحية خاصة. وقد تختلف الفكرة في الدولة الواحدة من مكان إلى آخر، ومن زمان إلى آخر وكأبسط مثال على ذلك السير بلباس السباحة في مكان لا بحر فيه ولا مسبح غير مشروع بينما هو مشروع إن كان للبس والسير به داع²، وكان ذلك في مكانه وزمانه. وقد يجرم في بلد ما كان مشروعاً لأسباب الحرب وغيرها، وعكس ذلك صحيح، فالأحكام التي تقتضيها ظروف قد لا تقتضيها ظروف أخرى.

67- ثانياً: ذاتية عدم المشروعية

ومن خصائص ومميزات عدم المشروعية كذلك الذاتية³، فالرأي منقسم في الفقه حول ما إذا كان مبدأ المشروعية مدلوله واحد بالنسبة لكل النظام القانوني، أم أن هذا المدلول يتعدد بتعدد فروع النظام القانوني الواحد.

- فذهب رأي إلى أن مدلول عدم المشروعية واحد ومفهومه عام يشمل النظام القانوني كله، متى كان الفعل المجرم يتعارض مع أهداف هذا النظام.

غير أن هذا الرأي يصطدم بالنتيجة التي يفضي إليها، والمتمثلة في وجوب أن توقع عقوبة واحدة بالنسبة لجميع الجرائم.

إلا أن أنصار هذا الرأي تفادوا هذا العيب بقولهم: أن هناك تدرجاً كمياً في عدم المشروعية، تبعاً لاختلاف جسامة الأفعال غير المشروعة.

وهذا الرأي نادى به كل من الفقيهين بندونج وبيلنج

- وذهب رأي آخر إلى أن عدم المشروعية أمر غير عام بل يختلف باختلاف فروع النظام القانوني التي تقع الجريمة انتهاكاً لقواعدها. وهذا الرأي للفقيهين هافتر وشتوش وهما من الفقه الغربي. وفي الفقه العربي رأي يكرس ذاتية مبدأ عدم المشروعية، هو الرأي الذي ساعتمده لاقتناعي بتحليل القائلين به، وسأعرضه ورأيي في الفقرة الآتية.

¹ أنظر الدكتور محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة في التشريعات العربية، مرجع سابق، ص 6.

² أنظر الدكتورة خلود سامي عزارة آل معجون، النظرية العامة للإباحة، مرجع سابق، ص 24 و 25.

³ أنظر الدكتور يسر أنور، "الدفاع الشرعي دراسة لمبدأ المشروعية"، مرجع سابق، ص 218. وانظر

68- ذاتية عدم المشروعية في الفقه العربي

هذا الرأي يعتبر في حدود علمي ثالث رأي يكرس ذاتية مبدأ عدم المشروعية¹، وهو رأي في الفقه المصري المعاصر قالت به الدكتورة فوزية عبد الستار في بحثها بمجلة القانون والاقتصاد الذي هو بعنوان: «عدم المشروعية في القانون الجنائي» وأيدته الدكتورة خلود سامي عزارة آل معجون في كتابها النظرية العامة للإباحة.

- وأنضم إلى هذا الرأي لوجهته للأسباب التي بني عليها. والرأي مبني على فكرة أن عدم المشروعية العام ممكنة التصور من الناحية النظرية عندما يتجه السلوك الإنساني إلى الاعتداء على مصلحة عامة، تنتهك بذلك القانون، فهذا السلوك يعتبر من الناحية النظرية غير مشروع. ويبقى للمشرع إذا أراد أن يحمي هذه المصلحة بتقرير جزاء رادع لمن ينتهكها فإنه يعتمد إلى وضع نص تجريم لهذا الفعل مقررًا له الجزاء الملائم لردع فاعله إعمالاً لمبدأ «شرعية الجرائم والعقوبات». عند هذا نكون بصدد عدم مشروعية جنائية خاصة لها ذاتيتها المستقلة.

وتمشيا مع هذا المنطق اقتنعت أن أنضم للقائلين بذاتية مبدأ عدم المشروعية وخصوصيته، واختلافه باختلاف الفروع القانونية.

- وأكون قد أتيت على نهاية بحثي لهذا الفرع. ولاستكمال صورة موضوع عدم المشروعية لابد من بحث معياره أي معيار عدم المشروعية، وهذا ما سأتناوله بالبحث في الفرع الآتي.

69- الفرع الرابع: معيار عدم المشروعية

إنه لمن الأهمية بمكان تحديد المعيار لتقدير توافر عدم المشروعية في فعل معين. وتتجلى هذه الأهمية في الجدل الذي قام في الفقه حول هذه المسألة. إذ انقسم الفقه حولها إلى ثلاث مذاهب:

مذهب يقول بوجوب الأخذ بمعيار مادي قوامه تعارض الفعل مع قاعدة غير قانونية، تتمثل فيها حماية أهداف النظام القانوني.

وآخر يرى الأخذ بمعيار شكلي يقوم على التناقض بين الفعل والقاعدة القانونية.

وثالث اتخذ له معيارا وسطا بين الاتجاهين السابقين.

وفي الفقرات التالية أتناول بحث المسألة بشيء من التفصيل، وفي حدود ما يتطلبه هذا البحث.

70- أولا: المعيار المادي Critère matériel

يرى أنصار هذا المعيار المادي Critère matériel و هما الفقيه ألكسندر دونا المتأثر بأراء الفقيه رودولف ستاملر عن عدالة القانون. والذي يرى أن القاعدة القانونية يجب أن تكون عادلة، وتهدف إلى تحقيق غرض عادل، بوسائل عادلة².

¹ أنظر الدكتورة فوزية عبد الستار، "عدم المشروعية في القانون الجنائي"، مرجع سابق، من ص 463 إلى 467.

وانظر الدكتورة خلود سامي عزارة آل معجون، النظرية العامة للإباحة، مرجع سابق، ص 25.

² V. Delogu(T.), Les causes de justificatio.op.cit.p.88. et Darbellay(J.), Théorie générale de l'illicéité , op.cit.,p.115.

وانظر يسر أنور، الدفاع الشرعي، مرجع سابق، ص 222.

وانظر فوزية عبد الستار، "عدم المشروعية في القانون الجنائي"، مرجع سابق، ص 469.

ويرى دونا أن الوصول إلى تحديد عدم المشروعية يجب أن يمر عبر تحديد الأسباب التي دفعت المشرع إلى رفض أمور أو النهي عنها، بغرض الوصول إلى تحقيق المثل الأعلى الاجتماعي الذي يحقق العدالة في المجتمع.

غير أن الفقيه دونا حول القاضي سلطة واسعة في تقييم الفعل والحكم عليه. وقد انتقدت النظرية لإحلالها التقدير الشخصي للقاضي محل اليقين الموضوعي للقانون¹.

- وقال الفقيه ماير: أن العمل يكون غير مشروع إذا جاء متعارضاً مع قواعد الحضارة، التي هي نتاج الخبرة الإنسانية لمجتمع معين، في زمن معين. وقانون العقوبات وجد بعد قواعد الحضارة التي هي الناهية عن القتل والسرقة أو النصب وغيرها من الجرائم². ويرى أن جميع المواطنين يدرك قواعد الحضارة في حين لا يعلم إلا القليل منهم بقواعد قانون العقوبات. ولذا فتكييف الفعل بكونه غير مشروع يتم بالنظر إلى اصطدامه بقواعد الحضارة³، وهذه عدم مشروعية مادية، لا بقواعد قانون العقوبات، أما اصطدامها مع هذه القواعد الأخيرة فتلك هي عدم المشروعية الشكلية.

- وينتقد رأي ماير لاعتباره قواعد الحضارة هي المعيار critère بأن القول يتجاوز حدود المنطق والرأي السليم، كما أن هذه الفكرة اعتبرت قواعد قانون العقوبات موجهة إلى القائمين على تطبيقه لا إلى الكافة من الناس، إذ هؤلاء تضبط سلوكهم بقواعد الحضارة. وكذا يرى أن أنصار المعيار الذاتي يلجؤون إلى مفهومي العدالة والحضارة لتبرير وجهة نظرهم.

فأي مسلك يسلكه أنصار المذهب الشكلي لتبرير وجهة نظرهم؟ هذا ما سأعرض له بالبحث في الفقرة الآتية.

71- ثانياً: المعيار الشكلي

يسمي هذا المعيار عدم المشروعية: بعدم المشروعية الشكلي أو الرسمي. ومن أبرز المنادين بهذا المعيار الفقهاء بندنج وبيلندج ومتسجر، وسأبحث فكرة كل واحد منهم في نبذة فيما يأتي:

72- 1 مفهوم بندنج للمعيار الشكلي:

يرى بندنج أن قانون العقوبات جزائي بحت وهو جزء مستقل من القانون العام⁴، وعدم المشروعية لديه هو عدم مشروعية شكلية بحت، إذ يرى أن عدم المشروعية إنما يسبغ على الفعل الذي يتعارض مع تلك الأوامر القانونية التي تتضمنها قواعد خارجة عن نطاق القانون الجنائي.

ويؤخذ على هذه النظرية فصلها بين عنصر الالتزام أو القهر وبين القواعد التي يترتب على مخالفتها توقيع الجزاء الجنائي المقرر قانوناً، في حين أن الإلزام أو الإكراه هو العنصر المميز للقاعدة القانونية⁵، والتي تفقد قيمتها متى جردت منه.

¹ V.Delogu(T.), Les causes de justification, op.cit, p.217.

² V.Delogu(T.), Idem.

وانظر فوزية عبد الستار، "عدم المشروعية في القانون الجنائي"، مرجع سابق، ص470.

³ أنظر الدكتور أمال عثمان، "النموذج القانوني للجريمة"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية لسنة 1972، ص 226.

⁴ V.Delogu(T.), Les causes de justification, op. cit.pp.41 - 42.

⁵ أنظر فوزية عبد الستار، "عدم المشروعية في القانون الجنائي"، مرجع سابق، ص 473.

73- 2- مفهوم بيلنج للمعيار الشكلي

يرى بيلنج ما يراه بندنج من كون معيار عدم المشروعية شكلي بحت، غير أنه يختلف معه في أن التعارض يكون بين السلوك الإنساني وتلك الواجبات التي تفرضها قواعد سائر فروع النظام القانوني، وهي قواعد غير جنائية يعاقب على مخالفتها بعقوبات غير منصوص عليها في قانون العقوبات. وأن كل سلوك غير مشروع وفق أي من القواعد القانونية يعتبر غير مشروع من الناحية الجنائية، إذ يقرر له القانون جزاء¹.

- ووجه لهذه النظرية نقد مؤداه أنه ليس صحيحا القول: بأن أي اصطدام للسلوك الإنساني بأية قاعدة قانونية في أي فرع من فروع القانون يعتبر غير مشروع من الناحية الجنائية. ويضرب المثل للبرهنة على صحة هذا النقد ببيع ملك الغير الذي لا يعاقب عليه القانون الجنائي مع أنه من الناحية المدنية يلزم البائع بالتعويض لصاحب الملك.

74- 3- مفهوم متسجر للمعيار الشكلي

اعتمد متسجر القاعدة القانونية الجنائية كمعيار للحكم على السلوك بعدم المشروعية، إن وقع اصطدام بينه وبين تلك القاعدة. واستلزم أن يتوافر شرطان لقيام معياره هذا:

وأول الشرطين إيجابي فحواه: وقوع فعل ينطبق عليه النص الجنائي.

والثاني سلبي، فحواه: عدم وجود نص يبيح الفعل.

ولم يغفل متسجر عدم المشروعية المادي بنصه على وجوب التزام القاضي عند تكييفه للفعل بعدم المشروعية المادي الذي صبه المقنن الجنائي في قالب النموذج القانوني للجريمة، بل عليه أن يطبق بطريقة منطقية سليمة مستندا إلى عدم المشروعية المادي.

- وانتقدت النظرية بكونها اعتبرت التبرير عنصرا سلبيا للنموذج القانوني للجريمة، بينما عنصر الشيء يجب أن يكون دائما إيجابيا، ولا يتصور أن يكون سلبيا².

75- ثالثا: المعيار المختلط

نادى بهذا المعيار أحد دعاة الماركسية وهو الألماني فون ليست، فاصطبغت نظريته بأيديولوجيته، وجاءت تقوم على هدف حماية المصالح الحيوية للمجتمع كهدف أساسي، وضمان سير الحياة الاجتماعية على حساب المصلحة الفردية. ويترتب على ذلك أن الاعتداء على مصلحة قانونية أو تهديدها لا يكون غير مشروع من الناحية المادية إلا إذا كان متعارضا مع أهداف النظام القانوني. ويكون هذا الاعتداء مشروعاً مادياً على الرغم من إهداره لمصالح خاصة يحميها القانون متى كان هذا الاعتداء متفقا مع أهداف النظام القانوني. فاشتراط هذا الفقيه لاعتبار السلوك غير مشروع توافر أمرين، وهما:

- عدم مشروعية الفعل شكليا، وطبقا للقاعدة القانونية.

- عدم مشروعيته ماديا، باعتباره اعتداء على المصالح الحيوية للمجتمع.

- ويخول ليست القاضي استخلاص وجهة نظر المشرع إذا ما وقع خطأ في القانون بتجريم ما لا يستحق التجريم، أو بعدم تجريم ما يستحق التجريم.

- ويؤخذ على هذا المعيار إخضاعه التجريم للأهواء السياسية³.

¹ أنظر فوزية عبد الستار، عدم المشروعية في القانون الجنائي"، مرجع سابق، ص 474.

² أنظر الدكتور خلود سامي عزارة آل معجون، النظرية العامة للإباحة، مرجع سابق، ص 30 و 31.

³ المرجع نفسه، ص 31 و 32.

وهذه هي المعايير التي نظر بها لعدم المشروعية، ويثور السؤال الآتي بشأنها: ما مدى تأثير المقننين والقضاة بها؟

وللإجابة على هذا السؤال نبحث فيه في النقطة الآتية:

76- مدى تأثير المقننين والقضاة بمعايير مبدأ عدم المشروعية

المعايير التي درسناها وضعها فقهاء منهم من عليه تأثير أيديولوجي، ومنهم من ليس عليه تأثير من هذا القبيل، وإن كان الإنسان ابن مجتمعه يتأثر به، فمن هذه الناحية الكل عليه تأثير بكيفية أو بأخرى.

- غير أن الأيديولوجية تركت أثرها الواضح في توجيه المقنن إلى تفضيل معيار على آخر. فاختيار معيار دون آخر من طرف المقننين وراءه دوافع تملئها اعتبارات مذهبية وسياسية، واجتماعية، ودينية، واقتصادية مختلفة، وغيرها من الاعتبارات.

- فالنظم القانونية في الدول الديمقراطية التي تقدر الحريات تنص دساتيرها على مبدأ «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص» فضلا عن قوانينها العقابية. ولا يتبع فيها إلا المعيار الشكلي في التجريم، ويعتبر عدم المشروعية منحصرا في الاعتداء على النص الجنائي، كما يعبر الفقيه شتوش¹.

ومن هذه الأنظمة النظام الفرنسي، ومن هذا حذوه من النظم، ويفترض أن منها النظام القانوني الجزائري. وفعلًا تنص المادة الأولى منه على أنه «لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون».

- ومن النظم القانونية من أخذ بالمعيار المختلط كالقانون المجري للعقوبات، حيث تنص مادته الأولى على أن الجريمة تتكون من عنصرين مادي هو الخطر الاجتماعي، وشكلي هو النص القانوني، وكذا القانون البلغاري.

- وأخذ القانون السوفيتي لسنة 1926 بالمعيار المادي المحض، وكذا الدانمركي والاسكتلندي، وما زال قانون العقوبات بالصين يبيح القياس في نظام التجريم والعقاب صراحة وفي عدة نصوص.

- وينعكس هذا على القاضي أيضا الذي يتعين عليه من حيث الأصل العام أن يتقيد بشكلية القانون الجنائي مهما كان تعارض الفعل مع القيم الحضارية في المجتمع.

إلا أنه في بعض الأحيان ترد نصوص عامة يترك فيها المقنن للقاضي إنزال حكم النص على واقعة الدعوى، ولا يكون هناك من سبيل أمامه إلا الاهتداء بالنظرية المادية، باستلزام قواعد الحضارة المستمدة من قيم المجتمع الدينية والثقافية والأخلاقية والاجتماعية².

وكمثال على هذه النصوص العامة التي يفسح فيها المجال للقاضي من طرف المقنن في قانون العقوبات الجزائري:

- نص المادة 343 في آخر حالتها السابعة إذ تنص، بقولها: «...أو بأية وسيلة أخرى»

- ونص المادة 347 منه التي تنص في آخر فقرتها الأولى بقولها كذلك: «...أو بأية وسيلة أخرى».

¹ أنظر الدكتورة فوزية عبد الستار، "عدم المشروعية في القانون الجنائي"، مرجع سابق، ص 483.

² V.Darbellay (J.), Théorie générale de l'illicéité, op.cit., p.116.

- ومثالها في قانون العقوبات المصري، نص المادة 306 مكرر التي تنص على أنه: «يعاقب بالحبس كل من تعرض لأنثى على وجه يחדش حياءها بالقول أو الفعل في طريق عام أو مكان مطروق».

إذ جاءت عبارات هاته النصوص عامة ترك فيها المقنن للقاضي تحديد المقصود بالحياء، ومتى يكون القول أو الفعل يחדش حياء الأنثى من بنات حواء.

والنصين الجزائريين كذلك عبارة «...أو أية وسيلة أخرى» فما هي هذه الوسيلة؟ الجواب أن الوسيلة يحددها القاضي في كل قضية على حدة.

فالوسيلة للإغراء في نص المادة 347 قد تكون في صورة ركن سيارة وفتح بابها بنية - متعارف عليها- أن تركبها من تبيع الهوى، وهذا حاصل في مجتمعنا.

- لكن المغرق في الشككية قد يرى هذا التفسير خروج عن الشككية، وعن قاعدة عدم التوسع في تفسير النص الجزائي.

- ومن يقبل شيئاً من النظرة المادية إلى مبدأ عدم المشروعية يرى أن مجتمعنا تحتم قيمه الحضارية الإسلامية أن ينزل العقاب على مثل هذا الصنيع، ويتم التعامل مع النصوص العقابية وإن كانت مقتبسة عن حضارة غربية في محيط إسلامي عربي شرقي، ولعل مثل هذا المنطق هو الذي جعل مقنننا لقانون العقوبات يورد مثل هذه العبارة.

ومن الطريف- وإن كنا بصدد بحث علمي جاد- ما رواه لي بعض أقاربي المستوطنين بتونس من إصدار واليها في عشرية الستينات قرارا يقضي بالعقاب على من وجه لأنثى من الأدميات عبارة «إش لولنا» والعبارة في ذاتها لازمة في أغنية تونسية¹، لا عيب فيها، ولكنها استعملت استعمالاً غزلياً للمعاكسة، فاقترضت النظرة الشككية لمبدأ عدم المشروعية المعاقبة عليها، وأصدر المقنن قراراً بذلك واضعاً الشككية المطلوبة بين يدي القاضي.

- وتلك النظرة تحتم علينا مراجعة قانوننا الجنائي بين الحين والآخر، فمثال المعاقبة على حرق المصحف الشريف، وسب المقدسات الدينية ليست عنا ببعيدة. فلما كانت لا يتعرض لها سكت عن التجريم والعقاب، ولما تم التعرض لها فعلاً، وهي مقدسة عند أمتنا، قامت الضرورة للتقنين من أجل حمايتهما وتم ذلك.

هذا ما يتعلق بمفهوم عدم المشروعية، ويبقى علينا بحث وتحديد مركز الإباحة من باقي قواعد القانون الجنائي. وهذا ما سأتناوله بالبحث في المطلب الآتي.

المطلب الثالث مركز الإباحة من قواعد القانون

77- تمهيد وتقسيم

أعتمد في هذا المطلب إلى بحث موضع أو موقع أسباب الإباحة من باقي قواعد القانون، باحثاً استقلال قواعد الإباحة عن باقي قواعد القانون، وموضحاً أن قواعد الإباحة قواعد أصلية، وذلك في فرعين على هذا النحو:

الفرع الأول: استقلال قواعد الإباحة

¹اللازمة: مقطع يعاد في أغنية أو لحن في أغنية. Refrain-Ritournelle.

الفرع الثاني: أصالة قواعد الإباحة
متتبعا لمسائل هذا المطلب في كتب النصوص القانونية وشروح هذه النصوص. حاصرا ما
قيل بشأن هذه القواعد من آراء فقهية.

78- الفرع الأول: مدى استقلال قواعد الإباحة

للتحقق من مدى استقلال قواعد الإباحة لابد من استعراض آراء الفقهاء في
المسألة.

ففریق منهم يرى: أن قواعد الإباحة ليست قواعد مستقلة بذاتها، وليست سوى جزء من
قواعد التجريم ترد عليها لوضع حدود وقيود على نطاقها، ومن ثم تصبح جزءا منها، ومن
الذاهبين في هذا الاتجاه الفقيه الإيطالي جرسيني¹.

- ومنطلق أصحاب هذا الرأي هو نظرية الجزاء التي ترى أن القاعدة الجنائية ليست سوى
قاعدة مساندة تنص على الجزاء المقرر لمخالفة القواعد الأمرة في فروع أخرى من النظام
القانوني.

- وقد ثبت خطأ فكرة الجزاء، ولذا فهذا الرأي أصبح محل نظر. فقاعدة الإباحة كالقاعدة
الجنائية كلاهما مستقل بذاته.

فالقاعدة الجنائية تنطوي على عنصري الأمر والجزاء معا، وقاعدة الإباحة بدورها قاعدة
مستقلة وليست جزءا من قاعدة التجريم، ذلك أن لكل من القاعدتين وظيفة تختلف عن
الأخرى، كما أن تطبيق قواعد الإباحة مستقل عن قواعد التجريم، فإذا كانت وظيفة
القواعد الجنائية بشقيها هي تجريم السلوك المتعارض مع النص الجنائي وتحديد العقوبة
المقررة على إتيان هذا السلوك، فإن وظيفة قاعدة الإباحة تغاير وتتناقض كلياً مع وظيفة
قاعدة التجريم².

إذ هي تقرر إباحة نفس السلوك المجرم والخاضع للعقاب إذا ما تم ارتكابه في إحدى
الحالات المنصوص عليها في القانون. فبينما تكون مهمة القاعدة الجنائية هي التجريم
والعقاب فإن مهمة الإباحة هي تبرير القيام بالفعل الذي كان أصلاً معاقبا عليه.

ويبرهن الفقهاء والشرح على استقلال قواعد الإباحة عن قواعد التجريم بطرح تصور
مفاده أن قاعدة الإباحة تعكس كقاعدة قانونية- الترتيب العادي لتعارض المصالح وتجعل
ترتيبها معكوسا وغير عادي. ففي حين تحمي قواعد التجريم والعقاب مصلحة المعتدى
عليه، نجد العكس عند تطبيق قاعدة الإباحة إذ تراعى عند تطبيقها مصلحة المعتدى،
وتعطي لها الأولوية في الحماية والرعاية قبل مصلحة المعتدى عليه.

هذا كل ما يتعلق بمسألة استقلال قواعد الإباحة، في حدود ما يتطلبه هذا البحث،
ولاستكمال صورة وضع قواعد الإباحة في موضعها من باقي قواعد القانون يتعين بحث
مسألة أصالة قواعد الإباحة. وهذا ما سأتناوله في الفرع الآتي:

79- الفرع الثاني: أصالة قواعد الإباحة

يثور الخلاف بين الفقهاء حول ما إذا كانت قواعد الإباحة قواعد أصلية عامة أم
استثنائية. ولم يصل الفقه الجنائي بعد إلى اتفاق بشأن هذه القواعد. فقد ذهب فريق من
الفقهاء إلى أن قواعد الإباحة قواعد استثنائية، ويترتب على ذلك وجوب تفسيرها تفسيراً

¹ V.Merel et Vetu , Traité de droit, op. cit.,t.13, p.496.

²أنظر الدكتور خلود سامي عزارة آل معجون، النظرية العامة للإباحة، مرجع سابق، ص 41.

ضيقا، وعدم جواز اللجوء في تطبيقها إلى القياس، ومن أنصار هذا الاتجاه الفقيه باتروسييلي¹.

- وذهب فريق ثان من الفقهاء إلى أن قواعد التجريم هي القواعد الاستثنائية، وبالتالي فإن قواعد الإباحة هي قواعد القانون العام، ويمثل هذا الفريق الفقيهين روكو وباتبول².

- وبديهي أن هذا الخلاف ترجع بذوره إلى اختلاف الفقهاء حول مسألة أولية: هي تحديد متى تكون القاعدة القانونية قاعدة عامة، ومتى تكون قاعدة استثنائية. إذ يذهب فريق الفقهاء يمثلهم كل من ستامر وكارنوليتي إلى أن القاعدة الاستثنائية هي التي تنظم العدد الأقل من الحالات.

وقد انتقد هذا الرأي الذي يجعل العبرة في التصنيف لعدد الحالات التي تعالجها القاعدة، ولتعطيل القاعدة لقاعدة أخرى. ولذا يتراجع أصحاب هذه النظرية ويقولون أن العبرة في تصنيف القواعد القانونية إلى عادية واستثنائية، هي المناقضة للقاعدة العامة من طرف القاعدة الاستثنائية³.

وكل هذا الجدل يثيره استقلال قواعد الإباحة، فلو كانت قاعدة الإباحة جزء من قاعدة التجريم كما ذهب البعض لما قامت الحاجة إلى هذا الاختلاف.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن من المقننين من يضع قواعد الإباحة في القسم العام من قانون العقوبات كما هو الحال في الجزائر، إذ وضع الأفعال المبررة تحت الفصل الرابع من الباب الأول من الكتاب الأول، وهذا هو موضعها الأصلي.

في حين يضعها البعض في غير هذا المكان كما هو الحال في مصر وفرنسا، فقد وضعها المقننون في مصر تحت عنوان القتل والجرح والضرب، ووضعها نظراءهم الفرنسيين في الباب الذي يتناول الجنايات والجنح.

وفي هذا الاتجاه سار كل من قوانين العقوبات البلجيكي والسويدي.

والدعوة قائمة للمقننين الذين لم يضعوا أسباب الإباحة في مكانها الطبيعي أن يفعلوا⁴.

وقد سار على النهج الذي سار عليه قانون العقوبات الجزائري كل من قوانين العقوبات في ألمانيا والدانمارك وإسبانيا والمجر وإيطاليا والنرويج وبولندا والمغرب⁵.

ونهج المقنن التونسي⁶ في المجلة الجنائية النهج الذي يرى الفقهاء أنه القويم بجعله أسباب عدم المؤاخذه بالأفعال، كما عبر عنها، أي أسباب الإباحة أو التبرير في الباب الرابع، القسم الأول في الفصول (المواد) من 37 إلى 41 أي في القسم العام من قانون العقوبات .

¹ V. Delogu(T.), Les causes de justifications, op.cit., pp. 55 et 56.

² V. Delogu(T.), Idem.

³ V. Delogu(T.), Les causes de justification, op.cit, p.58.

⁴ أنظر الدكتور خلود سامي عزارة آل معجون، النظرية العامة للإباحة، مرجع سابق، ص 43.

⁵ أنظر الدكتور أبو المعاطي حافظ أبو الفتوح "أستاذي"، شرح القانون الجنائي المغربي-القسم العام-، مرجع سابق، ص 106 وما بعدها.

⁶ أنظر الحاكم عبد العزيز العوادي والحاكم اسماعيل بن صالح، شرح القانون الجنائي التونسي-القسم العام-، الشركة التونسية لفنون الرسم، **بدون سنة نشر**، ص 198 وما بعدها.

وانظر المجلة الجنائية التونسية، إصدار محمد الطاهر السنوسي، دائرة التشريع التونسية، ط 4 عن دار بوسلامة، تونس، ص 51 وما بعدها.

وبعد هذا العرض لمركز الإباحة من باقي قواعد القانون يبقى أن نعرض في ختام هذا المبحث مسألة تمييز قواعد الإباحة عن النظم المشابهة لها في القانون، ولهذه المسألة أفرد المطلب الآتي.

المطلب الرابع **تمييز قواعد الإباحة عن النظم المشابهة لها**

80- تمهيد وتقسيم

هناك حالات معروفة في القوانين العقابية لا يوقع فيها الجزاء على الجاني، مع توافر كافة أركان الجريمة في سلوكه، والأسباب التي تعطل العقاب لا ترجع إلى أصل واحد. بل منها ما هو راجع لأسباب الإباحة، ومنها ما هو راجع لانعدام النص المعاقب، ومنها ما هو راجع لما يعرف بحالة عدم تطبيق القانون، ومنها ما يرجع لتخلف ركن من أركان الجريمة، ومنها ما يرجع لموانع المسؤولية ومنها ما يرجع لموانع العقاب. فكل هذه الحالات تنتهي إلى نهاية واحدة، وهي عدم إنزال العقاب بالجاني، وإن اختلف الأساس الذي بناء عليه لم يوقع العقاب على الجاني مع توفر المظهر الخارجي للجريمة في الفعل، من ركن مادي، وركن معنوي بكامل عناصرهما.

- ولتدقيق البحث في هذه المسألة، أقسم المطلب إلى فروع خمسة كما هو مبين أدناه:

الفرع الأول: الإباحة وانعدام النص الجنائي

الفرع الثاني: الإباحة وحالة عدم تطبيق القانون

الفرع الثالث: الإباحة وتخلف ركن من أركان الجريمة

الفرع الرابع: الإباحة وموانع المسؤولية

الفرع الخامس: الإباحة وموانع العقاب

وقد راعيت في هذا التقسيم أهمية المسألة القابلة للإباحة.

- ففي نظري أن انعدام النص هو أهم هذه المسائل جميعاً لأن عدم العقاب هنا بسبب إباحة أصلية، كما رأيت أن موانع المسؤولية أهم من موانع العقاب، لكون أن الأولى تأتي في الترتيب المنطقي الواقعي قبل الثانية، إذ العقاب لا يتم إلا بعد قيام المسؤولية.

81- الفرع الأول: الإباحة وانعدام النص الجنائي

إن تطبيق قاعدة «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص» والتي تحرص الدساتير على النص عليها عند الحديث عن الحريات العامة، وتحرص قوانين العقوبات على جعلها في صدرها، إن لم تكن على رأس موادها كما هو الحال في قانون العقوبات الجزائري.

إن مراعاة تطبيق هذه القاعدة يمنع أن يعاقب أحد دون أن يكون هناك نص سابق يجرم الفعل ويعاقب عليه.

- فانعدام النص الجنائي إباحة أصلية من حيث العقاب، لكنه مع هذا يختلف عن الإباحة بأحد أسباب التبرير في كون الإباحة بانعدام النص الجنائي لا يوجد ما يمنع مع قيامها من

تحمل المسؤولية المدنية إن ألحق الفعل ضررا بالغير. في حين لا يترتب على الإباحة بأسباب التبرير أية مسؤولية مدنية فضلا عن الجزائية.

رغم أن الإباحة بسبب انعدام النص الجنائي إباحة أصلية يستحقها الإنسان بقوة القانون ذاته، خاصة عند أصحاب النظرة الشكلية لمبدأ عدم المشروعية في قانون العقوبات، أما عند أصحاب النظرة المادية لمبدأ عدم المشروعية فيختلف الأمر، وتزداد حدة الأخذ بالتجريم خارج النص في النظام الشيوعي مراعاة للخطورة الاجتماعية في الفعل.

82- الفرع الثاني: الإباحة وحالة عدم تطبيق القانون

الأصل أن أحكام قانون العقوبات تطبق على كل من في الدولة التي أصدرته¹، وبعض من ينص قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية أنه يمتد إليهم الاختصاص الإقليمي خارج إقليم الدولة مصدرة النصوص.

غير أن هذا الأصل العام ترد عليه استثناءات أحيانا تغل يد القانون الجنائي عن الوصول إلى بعض الفئات من الناس ولو صدر منهم وعلى أرض الدولة مصدرة القانون أفعالا تعد جرائم في نظر نصوص التقنين الجنائي.

ويعرف هؤلاء الأشخاص الذين هم في منجى من تطبيق نصوص قانون العقوبات بحقهم بأصحاب الحصانة.

- وعدم معاقبتهم فيه وجه شبه في ظاهره مع الإباحة لأن السلوك الإنساني في الحالتين يتوافر فيه المظهر المادي للنموذج الإجرامي لتحقيق ركني الجريمة المادي والمعنوي، ومع هذا في كلا الحالتين لا يعاقب الجاني تحت نظر القانون.

- وقد اختلف الفقهاء في الطبيعة القانونية للإعفاء من تطبيق القانون، فظهرت ثلاث اتجاهات، أتناولها كل على حدة، مع النقد الموجه، وأعطي رأبي أخيرا في المسألة.

83- **الاتجاه الأول:** يرى أن الحصانة ليست سوى إعفاء من الخضوع للقضاء، أو هي قيد على سلطة القاضي الوطني التي لا تمتد إلى هذه الفئات، رغم عدم شرعية الفعل، وهذا الاتجاه يستند أصحابه إلى أن أصحاب الحصانات عادة لا يتابعون ابتداء.

- ويوجه نقد لهذا الاتجاه مؤداه أن الاتجاه خلط بين السبب والأثر، فالإعفاء من المحاكمة ليس إلا أثرا ونتيجة للحصانة، وليست الحصانة هي سبب الإعفاء، بل الإعفاء هو نتيجتها².

84- **الاتجاه الثاني:** يرى أن التمييز بين عنصري الأمر والجزاء في القاعدة الجنائية هو الأساس، فيقولون بأن عنصر الأمر موجه إلى جميع أفراد المجتمع ومن بينهم الأفراد المتمتعين بالحصانة.

غير أن الحصانة تسلب عنصر الأمر فاعليته .

- ويوجه نقد لهذا القول مؤداه أنه ليس بالإمكان فصل عنصري القاعدة الجنائية عن بعضهما، وإلا فقدت فاعليتها كقاعدة تجريم¹.

¹ المادة 30 من قانون العقوبات «يطبق قانون العقوبات على كافة الجرائم التي ترتكب في أرض الجمهورية. كما تطبق على الجرائم التي ترتكب في الخارج إذا كانت تدخل في اختصاص المحاكم الجزائرية طبقا لقانون الإجراءات الجزائية».

وقانون الإجراءات الجزائية الجزائري نظم الأحكام التي ذكرتها المادة أعلاه في المواد 694 وما بعده تحت عنوان الكتاب السابع الباب الأول في تسليم المجرمين. ونص قانون العقوبات المصري على هذا المبدأ في مادته الأولى إذ يقول: «تسري أحكام هذا القانون على كل من يرتكب في القطر المصري جريمة من الجرائم المنصوص عليها فيه».

² أنظر الدكتور خلود سامي عزارة آل معجون، النظرية العامة للإباحة، مرجع سابق، ص 55.

85- **الاتجاه الثالث:** يرى أن من يتمتع بالحصانة ليست قاعدة التجريم موجهة إليه، ومن ثم فإنه لا مجال للقول بأنه خالف هذه القاعدة، لأنه أصلاً غير مخاطب بها.

- ويوجه النقد لهذا الاتجاه على أنه ساوى بين فاقد الأهلية من مختلي العقل وفاقدي التمييز أو ناقصيه وبين المتمتعين بالحصانة من أعضاء البرلمان، ورؤساء الدول، وأعضاء البعثات الدبلوماسية. والمنطق القانوني لا يسمح بإخضاع أشخاص تختلف أوضاعهم القانونية لقاعدة واحدة، إذ شرط كون القاعدة القانونية عامة يقتضي أنها تخاطب من هم في وضع متماثل².

86- **رأي في المسألة**

استثناسا برأي الدكتورة خلود سامي عزارة آل معجون في كتابها «النظرية العامة للإباحة» أرى أنه وإن كان رأي الدكتورة المحترمة ينضم إلى الرأي الأخير في الآراء الثلاثة التي سبقت في الفقرات قبل هذه. إلا أنني أرى أن ما قاله أصحاب الاتجاه الأول من غل يد القضاء الوطني دون المتمتعين بالحصانة من وطنيين وأجانب رأي له وجاهته، ولا عبرة أن يكون الإعفاء بسبب الحصانة أو نتيجة لها فلا أرى في هذا إلا خلافاً لفظياً لا يترتب عليه شيء في مجال القانون.

وفكرة حجب أثر القاعدة القانونية أرى أنها سواء مع فكرة غل يد القضاء، فمتى رأى المقتن المصلحة في غل يد القضاء أو حجب أثر القاعدة القانونية دون شخص لمصلحة عليا للوطن فعل ذلك، وقد جرى التقليد عالمياً بهذا مع من يعرفون بأصحاب الحصانة. ويختلف الأمر في الحصانة عنه في الإباحة³، فالحصانة إعفاؤها شخصي أما الإباحة فموضوعية تبيح الفعل لكل من أحاطت به الظروف التي يحددها القانون.

وبناء على فكرتي في ترتيب فروع هذا المطلب حسب أهميتها تأتي في الفرع الثالث الموالي المقارنة بين الإباحة وتخلف ركن من أركان الجريمة.

87- **الفرع الثالث: الإباحة وتخلف ركن من أركان الجريمة⁴**

حتى تقوم الجريمة لا بد من توفر جميع أركانها، وشرطها، وإلا فلا جريمة حسب قوالب التجريم. وقد يتخلف ركن القصد الجنائي مثلاً للغلط ونحوه، أو غيره من الأركان. وسبب الإباحة يفترض معه أن الفعل ينطبق عليه قالب التجريم بتحقيق المظهر المادي للجريمة واتجاه الإرادة إلى إحداث الفعل الذي هو مجرم في ظاهره، ومع هذا إذا قام سبب لإباحة الفعل زال ركن عدم المشروعية، وأصبح الفعل لا يشكل جريمة.

بينما في تخلف ركن من أركان الجريمة فإنه لا توجد جريمة، ولا تنطبق على الفعل قوالب التجريم، ومن ثم لا يؤخذ فاعله جزائياً. وإن كان ضاراً مدنياً فالقضاء المدني هو الذي يحكم بجبر الضرر.

¹ أنظر الدكتورة خلود سامي عزارة آل معجون، النظرية العامة للإباحة، مرجع سابق، ص 55.

² v.Delogu(T.), Les causes de justifications, op.cit,pp.122 et 123.

³ v.Delogu(T.),Ibid ,p.142.

وانظر الدكتور محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات -القسم العام-، مرجع سابق، ص 145.

وانظر الدكتور عثمان سعيد عثمان، استعمال الحق كسبب للإباحة، مرجع سابق، ص 226 و 227.

⁴ أنظر المرجع نفسه.

وانظر الدكتور محمد سلام مذكور، الحكم التخييري أو نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء، دار النهضة العربية، ط3 لسنة 1965، ص 54.

وكل من الإباحة وتختلف ركن الجريمة يرد الحديث عليه متى كان من صدر منه الفعل مسؤولاً أمام القانون، أما إذا كان الفاعل غير مسؤول لسبب فيه فلا مجال للحديث عن الجريمة في حقه، ومن ثم لا مجال للحديث عن الإباحة أو تخلف أركان الجريمة، بل يرد الحديث هنا عن موانع المسؤولية. وهذا ما سأتناوله بالمقارنة مع الإباحة في الفرع الآتي.

88- الفرع الرابع: الإباحة وموانع المسؤولية

موانع المسؤولية عوارض تعترض مرتكب الفعل الجرمي وتسلب إرادته، كأن يعتري الفاعل للفعل الذي تنطبق عليه قوالب التجريم جنون، أو سلط عليه إكراه يعدم إرادته ويسلب حريته في اختيار ما يفعل أو يترك. فالفعل الذي يصدر عنه في هذه الحالة لا ينفي عنه وصف الجرم متى كان وفق القوالب التي يحددها القانون الجنائي، لكن الفاعل لا يؤخذ لانعدام مسؤوليته هو شخصياً. ويقتصر الإعفاء من العقاب عليه شخصياً لا يمتد إلى من شاركه أو ساهم معه في ارتكاب الفعل.

بينما في حالة الإباحة فإن سببها إذا توفر أخرج الفعل من قالب التجريم نهائياً وأعادته مشروعاً بسلب ركن عدم المشروعية من الفعل، لأن الفعل الذي كان في الأصل غير مشروع أصبح ولتوفر ظروف وشروط يحددها القانون مباحاً ومشروعاً. فامتناع العقاب رغم توفر المظهر المادي للجريمة، أو خضوع الفعل لقالب التجريم يختلف في حالة امتناع المسؤولية عنها في حالة الإباحة. فسبب الإباحة تعطل معه نص التجريم أما في امتناع المسؤولية فالعقاب امتنع لعدم توفر الشروط لإيقاعه في من امتنعت مسؤوليته. وبقي الفعل مجرماً¹.

هذه هي المقارنة بين الإباحة وموانع المسؤولية، وهي في نظري أسبق من المقارنة بينها وبين موانع العقاب لكون العقوبة لاحقة للمسؤولية وليس العكس، وعليه سأتناول هذه المسألة الأخيرة في الفرع الخامس الأخير الآتي.

89- الفرع الخامس: الإباحة وموانع العقاب

موانع العقاب أسباب للإعفاء منه رغم بقاء الجرم قائماً بحسب قوالب التجريم. ففي هذه الحالة يقوم الشخص بفعل تتوفر فيه كل أركان وشروط التجريم لكن مع هذا يرى المشرع إعفاء تحقيقاً لمصلحة يراها، موقفاً الأثر الطبيعي للتجريم الذي هو العقاب. ويلتقي هذا الإعفاء من العقاب مع الإباحة من حيث صورة عدم إنزال العقاب رغم كون الفعل ينطبق عليه تماماً قالب التجريم بتوفر أركان وشروط الجريمة ظاهرياً. وقواعد الإعفاء مثل قواعد الإباحة كلها تتدرج تحت وصف القواعد السلبية² التي تؤدي إلى تحرير الجاني من رتبة العقاب رغم قيام الجرم، وإن كان أساس عدم إنزال العقاب مختلفاً. فموانع العقاب أسباب تقوم في جانب شخص الجاني عن فعل توافرت فيه كافة أركان الجريمة وشروط المسؤولية عنها³، ومن ثم فالعذر المعفي لا ينفي أركان الجريمة ولا شروطها، لكن يحول فقط دون توقيع العقاب. وقد وردت هذه الحالات في القانون على

¹ أنظر الدكتور محمد الفاضل، المبادئ العامة في قانون العقوبات، ط سنة 1964-1965، ص 425.

وانظر الدكتور محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة في التشريعات العربية، مرجع سابق، ص 169.

² أنظر الدكتور رمسيس بهنام، الجريمة والمجرم والجزاء، بدون مكان نشر، ط سنة 1976، ص 104.

³ أنظر نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم العام -، مرجع سابق، ص 862.

سبيل الحصر¹، وهي ترد بمناسبة النص على تجريم الفعل والعقاب عنه كحالة من يخبر على جرائم يحددها القانون. ولا إعفاء إلا بنص في القانون، ولا يجوز القياس في ذلك. فإذا كان سبب الإباحة أو المانع من المسؤولية يقوم وقت ارتكاب الفعل، فإن الأسباب المانعة من العقاب تطرأ بعد اكتمال جميع عناصر المسؤولية الجزائية، حيث يتوفر في الفاعل العنصر المعنوي والقدر اللازم من التمييز والإدراك الذي يجعله أهلاً لتحمل المسؤولية الجزائية. ومع هذا يرى المشرع أن المصلحة في إعفائه من العقاب أكثر منها في توقيعه عليه، لما في إعفائه من مصلحة راجحة على المصلحة في عقابه. ومثال ذلك ما ورد في المادة 199 من قانون العقوبات الجزائري من إعفاء أحد مرتكبي تزوير النقود والسندات المصرفية إذا أخبر عن الجريمة أو قدم تسهيلات للقضاء حتى بعد بدء التحقيق².

- ومبدأ الإعفاء يرد في القسم العام أما الجرائم التي يتم فيها الإعفاء فهي في القسم الخاص كل جريمة على حدة، وفي النص الذي يجرمها ويقدر العقوبة لها أو في نص موالي له.

- والإعفاء شخصي لا يستفيد منه إلا من تقرر لصالحه خلافاً للإباحة التي يستفيد منها الشريك. كما أن القاعدة المعفية من العقاب قاعدة استثنائية لا أصلية كقواعد الإباحة، ولذا فالأعذار خاضعة لمبدأ التحديد التشريعي لا يقاس عليها ولا يتوسع في تفسيرها عكس أسباب الإباحة التي يجوز فيها القياس والتفسير لصالح المتهم طبعاً.

90- هذه هي الصورة عن مفهوم الإباحة في النظم القانونية الوضعية المستمدة من الفكر البشري المشبع بالتراكم الحضاري الإنساني الموغل في القدم والممتدة جذوره في أعماق الأزمنة والعصور تتغذى من تراث فيه ما يمت إلى الدين بصلة وهو جلّه، وفيه ما هو من تجارب الإنسان ذاته عن طريق تطوير الأداء بتكرار التجربة والمحاولة.

ومن هذه الصورة انتقل إلى صورة المفهوم ذاته في الشريعة الغراء، السمحة، بمصدرها الأصليين القرآن والسنة وما استنبط الفقهاء منهما مسخرين جهدهم البشري في فهم النصوص وكيفية تطبيقها على الواقع في مجتمعاتهم، مستفيدين ولا شك من التجارب الإنسانية المشتركة من لدن سيدنا وأبونا آدم- عليه وعلى نبينا وجميع الأنبياء والمرسلين أفضل الصلاة وأزكى التسليم- إلى سيدنا محمد- عليه أفضل الصلاة وأزكى التسليم- وهو المرسل بالحنيفية السمحة التي لم تلغ التراث الإنساني بل بنت عليه، وهو في الأصل نابع من الديانات، وقومت بعض ما اعوج منه بفعل أهواء البشر وسوء فهمهم وأدائهم. وفيما يلي تلخيص للمقارنة بين الشريعة والقانون في هذا الفصل.

¹ نصت على الأعذار المادة 52 من قانون العقوبات الجزائري، وهذا نصها: <<الأعذار هي حالات محددة في القانون على سبيل الحصر يترتب عليها مع قيام الجريمة والمسؤولية إما عدم عقاب المتهم إذا كانت الأعذار معفية، وإما تخفيف العقوبة إذا كانت الأعذار مخففة. ومع ذلك يجوز للقاضي في حالة الإعفاء أن يطبق تدابير الأمر على المعفى عنه>>.

² نص المادة 199: <<إذا أخبر أحد مرتكبي الجنايات المبينة في المادتين السابقتين السلطات أو كشف لها عن شخصية الجناة قبل إتمام هذه الجناية وقبل بدء أي إجراء من إجراءات التحقيق فيها أو سهل القبض على الجناة الآخرين حتى بعد بدء التحقيق فيها أو سهل القبض على الجناة الآخرين حتى بعد بدء التحقيق فإنه يستفيد من العذر المعفى بالشروط المنصوص عليها في المادة 52.

ويجوز مع ذلك أن يحكم على الشخص الذي يعفى من العقوبة بالمنع من الإقامة من خمس سنوات على الأقل إلى عشرة سنوات على الأكثر>>.

91- ملخص المقارنة بين الشريعة والقانون

في كل من الشريعة والقانون تتسع دائرة الإباحة الأصلية¹، فما يعرف في الشريعة الإسلامية بالمسكوت عنه، أي ما لم يرد فيه نص بالأمر ولا بالنهي، فهذا مباح، كما أن ما دل الدليل الشرعي على إباحته مباح كذلك، وكذلك ما حكم به الحاكم حكما صحيحا. خلافا لرأي المعتزلة الذين يبنون نظريتهم على العقل ويقولون بأن التحسين والتقبيح عقليان لا شرعيان، فعلى نظريتهم هذه المباح ما أباحه العقل، وحكم الشارع يأتي مؤيدا لما وصل إليه العقل.

- والمأمور به في الشريعة الإسلامية يثاب فاعله على فعله إن كان الأمر بالفعل، كما يثاب على تركه إن كان الأمر بالترك ولا يقف الأمر على مجرد العقاب.

- وهذا ما يميز الإباحة في الشريعة عنها في القانون الذي يعرف هذا النوع من الإباحة وينص على أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، لكن لا يثيب من لم يجرم، وإنما يعاقب من أجرم فقط.

- أما في نطاق الإباحة الطارئة فإن مثلها في الشريعة الإسلامية بالمفهوم الذي قال به الشوكاني، في الفقرة التاسعة من هذا البحث مثل ما يقول به فقهاء القانون الوضعي وشراحه.

وخلاصة هذا النوع من الإباحة في الشرعتين كما صورها أصوليون وفقهاء الشريعة الغراء بأنها الترخيص بأعمال كانت في الأصل محظورة لموجب اقتضى ذلك، كإهدار دم المرتد والباغي والصائل وقاطع الطريق والحربي. إلا أن أية ممارسة لأي عمل مباح قد يمارس بصفة صحيحة كما أذن فيه وأبيح، وقد يمارس بصفة خاطئة، لغلط أو جهل من جانب أو من آخر، وهذا هو صلب هذا البحث وما سأتناوله في بابيه متوكلا على الله سبحانه وتعالى، ومستعينا به.

¹ أنظر الدكتور محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 54 وما بعدها.

الباب الأول مفهوم الجهل والغلط في الإباحة

الباب الأول

مفهوم الجهل والغلط في الإباحة

92- تمهيد وتقسيم

باعتبار الجهل والغلط من الظواهر الذهنية العقلية، وهما مرتبطان بالناحية النفسية للإنسان إذ أن لهما طبيعة العناصر ذاتها النفسية والمعنوية للركن المعنوي، أو الاتجاه الإرادي للجريمة، لذلك يمكن الوقوف على اعتبارها سببا من أسباب انتفاء الإثم الجنائي *la culpabilité pénale* من خلال اتجاه قصد الإرادة.

كما يمكن الجزم بتوافر الركن المعنوي للجريمة، أي الإرادة الآثمة متى توفرت بعض العناصر الذهنية، والنفسية من إرادة وعلم. ذلك العلم الذي يعرفه الدكتور محمود نجيب حسني بقوله: «حالة ذهنية تعبر عن نشوء علاقة بين أمر ما وبين النشاط الذهني لشخص من الأشخاص، بحيث يعد هذا الأمر عنصرا من عناصر الخبرة الذهنية التي يختزنها الشخص، ويستطيع الاستعانة بها في حكمه على الأشياء، وفي كيفية تصرفه إزاء الظروف المحيطة به»¹.

- فالجهل إذن حكم غير صحيح على الأشياء وتصرف غير صحيح إزاء الظروف المحيطة بالشخص والغلط يرى البعض أنه نفس الشيء، وإنما الاختلاف في الكم فقط. فالجهل انعدام العلم كلية، والغلط علم ناقص بالشيء أو الموضوع.

لكن هذا الرأي غير معتمد، والرأي الأكثر منه قبولا هو الذي يعتمد على ما قال به النفسانيون، من كون الغلط حالة ذهنية إيجابية، أي يوجد علم لدى الغالط لكنه زائف غير صحيح. أما الجهل فحالة ذهنية سلبية، أي لا وجود لأي علم في ذهن الجاهل، إلا أن هذا المعيار أيضا غير مسلم به، إذ يرد عليه بأنه يمكن أن يوصف الشخص بالجاهل حتى مع وجود علم لديه إذا كان غير كاف، ولكنه علم ولو كان جزئيا.

- والرأي الذي يكاد أن يكون مسلما به هو الذي ينبني على مفهوم أنه إذا لم تتوافر الصورة الإدراكية في ذهن شخص عن شيء، أو توافرت لديه صورة إدراكية إنما غير مطابقة للحقيقة الواقعية، أي علم بها زائفة. تنتفي علاقة العلم في الحالة الأولى، وكانت معيبة في الحالة الثانية. وهذا يعني جهل في الحالة الأولى وغلط في الثانية.

- وهكذا يتوحد حكم الجهل بالشيء وحكم الغلط فيه².

- وهذا الجهل والغلط يردان على الركن المادي، وعلى الركن المعنوي للجريمة، كما يردان على ركن عدم المشروعية. ويردان على القواعد الجنائية السلبية.

وفي هذا الإطار أتناول دراسة هذا الباب مقسما إياه إلى فصلين:

الفصل الأول: أتناول فيه الجهل والغلط في الإباحة في الشريعة الإسلامية.

والفصل الثاني أتناول فيه الجهل والغلط في الإباحة في النظم القانونية الوضعية.

¹ أنظر الدكتور محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، دراسة تأصيلية مقارنة للركن المعنوي في الجرائم العمدية، دار النهضة العربية، ط3 لسنة 1988، ص 53 وما بعدها و110 وما بعدها

² أنظر الدكتور محمد زكي محمود، آثار الجهل والغلط في المسؤولية الجنائية، دار الفكر العربية، ط سنة 1967، ص 45 وما بعدها.

الفصل الأول

الجهل والغلط في الإباحة في الشريعة الإسلامية

93- تمهيد وتقسيم

الجهل والغلط في الشريعة الغراء شأنها كما هو الحال تقريبا في النظم القانونية الوضعية. غير أن الشريعة الإسلامية المبنية على نصوص القرآن العظيم والسنة النبوية الشريفة لها بعض المصطلحات الخاصة بها تقتضيها الشريعة كنظام إلهي، ولذا فالتعاريف الاصطلاحية للجهل والغلط فيها التميز أحيانا عن مثيلاتها في النظم القانونية الوضعية، تبعا لتمييز النظامين والشرعتين. وينتج عن ذلك التميز اختلاف كذلك في تقسيم الجهل والغلط، إنما هذا الاختلاف ينتهي في الأخير إلى أن المقصود منه مجرد التنظيم والتنظير، أما جوهر المسألة في الغالب هي ما انتهى إليه الفكر الإنساني في بعض تصوراتها، إذ لم يجمع على ما نتناوله في هذه الدراسة، بل تكاد كل نقطة أن يعرف فيها خلاف، وهذا الوضع موجود كذلك في الشريعة الغراء إلى حد ما، بين فقهاءها، إذ مسائل الخلاف كثيرة، وأقل منها مسائل الإجماع-عند القائلين به- ومرد الاختلاف في فهم النصوص الأصلية من قرآن وسنة، أو أخذهم بالحديث إذا صح عندهم أو عدم الأخذ به لأنه لم يصح.

ولكن يبقى الهدف دائما واحدا: هو تطبيق الشريعة تطبيقا صحيحا قدر الإمكان. وفي إطار ذلك تحديد أثر الجهل بالحكم الشرعي، والغلط فيه على مسؤولية المكلف.

ولأجل بحث هذا الفصل بالدقة اللازمة يتعين توزيع مادته على ثلاث مباحث كما يأتي:

المبحث الأول: تحديد مدلول الجهل والغلط.

المبحث الثاني: أقسام الجهل والغلط.

المبحث الثالث: أثر الجهل بالحكم الشرعي والغلط فيه على مسؤولية المكلفين.

محاو لا تأصيل كل مسائل هذه المباحث ومتتبعها إياها عند الفقهاء والأصوليين، وملفتا إلى ما عليه الحال في النظم الوضعية وإبداء رأيي متى تطلب الأمر ذلك.

المبحث الأول

تحديد مدلول الجهل والغلط

94- تمهيد وتقسيم

فقهاء الشريعة الإسلامية الغراء لم يفرقوا كثيرا بين الجهل والغلط بأسباب الإباحة كما هو عليه الحال عند الوضعيين من فقهاءهم ومقننيهم، سيما فكرهم المنحدر من القانون الروماني¹، ومرجع ذلك في نظر الدكتور السنهوري، راجع إلى النزعة الموضوعية المتغلبة في الفقه الإسلامي، إذ أن الجهل والغلط في هذه الشريعة، وهما من عيوب

¹أنظر الدكتور عبد المجيد محمد الحفناوي، نظرية الغلط في القانون الروماني، دراسة تحليلية وتأصيلية، **بدون مكان نشر**، ط سنة 1974.

وانظر الدكتور عبد الودود يحي، نظرية الغلط في القانون المدني الألماني، هذه الدراسة كذلك تقدم التفاصيل عن الجهل والغلط في القانون الروماني وفي القانون الألماني

الإرادة، ينظر إليهما على أساس الاعتبار الذاتية، والإرادة المعيبة بهما أو بأحدهما هي الإرادة الباطنة وليست الظاهرة التي يقف عندها الفقه الإسلامي بنزعتة الموضوعية¹. غير أن لهم مصطلحاتهم، واستعمالاتهم، كما سنبين خلال البحث، وهي ليست متفقة بالضرورة، ولا مختلفة دائماً مع ما قال به الوضعيون، إلا أنه من حيث التعريف اللغوي لكلمتي (الجهل والغلط) وتحديد المراد بهما لغوياً، فإنه لا خلاف، إلا عندما يستعمل الشرعيون الخطأ في مقام الغلط، وأنه حتى عند بعض الوضعيين المعاصرين من العرب استعمل بمعنى الغلط، أما من حيث التعريف الاصطلاحي، فلخصوصية الشريعة الغراء، جاءت مصطلحات معينة تدل على مدلولات معينة، مستمدة المصطلح ودلالته من القرآن العظيم أو من السنة النبوية الشريفة.

ولنتبع هذه المسائل وغيرها، أقسم المبحث إلى مطالب أربعة، أبتدئها بمطلب أبحث فيه معنى العلم أو معانيه ثم أخصص ثلاث مطالب لتعريف الجهل والغلط وتمييزهما عما يشبههما ولدليلهما من القرآن والسنة وأقوال الفقهاء، ولتعلقهما بأمر ونهي الشارع وإباحته، وبإذن العباد، كما هو آت:

المطلب الأول: معنى العلم، دليله وأقسامه.

المطلب الثاني: تعريف الجهل والغلط وتمييزهما عما يشبههما.

المطلب الثالث: دليل الجهل والغلط من القرآن والسنة، وأقوال الفقهاء في ذلك.

المطلب الرابع: تعلق الجهل والغلط بأمر ونهي الشارع وبإباحته، والعباد وإذنه.

متنواً كل مطلب بالتفصيل اللازم، الذي تقتضيه المسائل، وفي حدود ما تسمح به هذه الرسالة.

المطلب الأول

تعريف العلم

95- تمهيد وتقسيم

لقد ركز علماء الفقه وأصوله في الشريعة الغراء على تعريف العلم، وسوف لن أتناوله من وجهة نظر علماء أصول الدين (المتكلمين) ولكنني سأتناوله من حيث اللغة، ومن حيث تعريف الفقهاء، وأصولي الفقه، وذلك في الفروع الأربعة الآتية:

الفرع الأول: التعريف اللغوي للعلم.

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي له.

الفرع الثالث: دليله.

الفرع الرابع: أقسامه.

متتبعا ذلك في أمهات الكتب التي تعرضت له محاولاً أخذ عينات متنوعة قدر الإمكان.

96- الفرع الأول: التعريف اللغوي للعلم

عرف اللغويون العلم إنطلاقاً من جذر الكلمة (علم) ومروراً بجميع استعمالاتها، وسأعرض ذلك عند أكثر من لغوي مختصراً من قواميسهم القدر اللازم لهذا البحث، متتبعا الكلمة في مصادرهم.

¹ أنظر الدكتور عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج4، دار الفكر، بدون سنة نشر، ص 265.

أولاً: كلمة العلم في مختار الصحاح: علم بفتحتيْن العلامة، وهو أيضا الجبل، علم بضم الميم: الثوب والراية، وعلم الشيء بالكسر يعلمه علما عرفه، (وهذا مرادنا) ورجل علامة أي عالم جدا والهاء للمبالغة، استعلمه الخبر فأعلمه إياه، وأعلم القصار الثوب فهو معلم بكسر اللام، والثوب معلم بفتحها، وأعلم الفارس: جعل لنفسه علامة الشجعان، وعلمه الشيء بتشديد اللام تعليما فتعلم، وليس التشديد هنا للتكثير بل للتعدية، ويقال أيضا تعلم بمعنى أعلم، قال عمر بن معد يكرب

تعلم أن خبر الناس طرا قتيل بين أحجار الكلاب¹

قال بن السكيت: تعلمت أن فلانا خارج أي علمت. قال: وإذا قيل لك اعلم أن زيدا خارج قلت: قد علمت. وإذا قيل: تعلم أن زيدا خارج، لم تقل: قد تعلمت. وتعلمه الجميع أي علموه. والأيام المعلومات: عشر ذي الحجة. والمعلم: الأثر يستدل به على الطريق. والعالم بفتح اللام: الخلق، والجمع العوالم بكسر ها. والعالمون أصناف الخلق.

ثانياً: كلمة العلم في المعجم الوسيط

علمه (بفتح اللام والميم) علما (بسكون اللام) وسمه بعلامة يعرف بها، وعلمه في العلم، وعلم شفته أي شقها. علم (بكسر اللام) علما (بفتحها) فلان أي انشقت شفته العليا، فهو أعلم وهي علماء جمع علم، وعلم الشيء علما أي عرفه (وهو مرادنا) وفي التنزيل: «ولا تعلمونهم الله يعلمهم»²، وعلم الشيء وبه، شعر به ودرى، وفي التنزيل العزيز: «قال يا ليت قومي يعلمون بما غفر لي ربي»³. وعلمت الشيء حاصلًا: أيقنت به وصدقته. تقول: علمت الشيء نافعا. وفي التنزيل العزيز: «فإن علمتموهن مؤمنات»⁴، فهو عالم والجمع علماء. أعلم نفسه وفرسه: جعل لها علامة في الحرب، وأعلم الثوب: جعل له علما، من طراز وغيره. أعلم فلان الخبر وبه: أخبره به وأعلم على كذا من كتاب غيره: جعل عليه علامة الفاعل معلم بكسر اللام، والمفعول معلم بفتحها. وأعلم فلان الأمر حاصل: جعله يعلمه، عالمه: غالبه وباراه في العلم، علم بتشديد اللام: وسم نفسه نفسه بسمى الحرب. وله علامة جعل له أمانة يعرفها، فالفاعل معلم بالفتح والمفعول معلم بالكسر. وعلم فلان الشيء تعليما: جعله يعلمه.

اعتلم البرق، لمع في الجبل. واعتلم الشيء علمه. تعالم فلان أظهر العلم. واعتلم الجميع الشيء علموه. تعلم الأمر أتقنه وعرفه. تعلم بصيغة الأمر أعلم يتعدى إلى مفعولين والأكثر وقوعه على أن وصلت كقوله: فقلت تعلم أن للصيد غرة، استعلمه الخبر استخبره إياه. الأعلومة: السمة جمع أعاليم. العالم: الخلق كله، وقيل كل ما حواه بطن الفلك، وكل صنف من أصناف الخلق، كعالم الحيوان وعالم النبات جمع عوالم وعالمون بفتح اللام. العلامة، الأعلومة، والعلامة: ما ينصب في الطريق فيهدى به. والعلامة: الفصل بين الأرضين جمع علام. والعلامة في الطب: ما يكشفه الطبيب الفاحص من دلالات المرض. العلامى بضم العين: الحصيف، الذكي من الرجال. العلامى بفتح العين وتشديد اللام من علم للمبالغة، والعلامة: النسابة، والتاء للمبالغة: فلان علامة. العلام بضم العين وتشديد اللام صفة للمبالغة من علم والعلام: الصقر. والعلام: الحناء. العلامة بضم العين وتشديد

¹ الكلاب بضم الكاف أرض جذب، والكلية الشدة من كل شيء، المعجم الوسيط، ج 2، ص 794.

² الآية 60-61 عند ورش من سورة الأنفال (8).

³ الآية 25-26 عند ورش من سورة يس (36).

⁴ الآية 10 من سورة الممتحنة (60).

اللام: ما يستدل به على الطريق من أثر. العلم: العالم والعلم بكسر العين: إدراك الشيء بحقيقته (هذا ما يعنينا) والعلم اليقين (مما يعنينا) والعلم نور يقذفه الله في قلب من يحب والعلم المعرفة (مما يعنينا) وقيل العلم: يقال الإدراك الكلي والمركب والمعرفة تقال للإدراك الجزئي أو البسيط، ومن هنا يقال: عرفت الله دون عرفته، ويطلق العلم على مجموع مسائل، وأصول كلية تجمعها جهة واحدة، كعلم الكلام، وعلم النحو، وعلم الأرض، وعلم الكونيات، وعلم الآثار جمع علوم، وعلوم العربية: العلوم المتعلقة بالعربية كالنحو والصرف، والمعاني والبيان، والبديع، والشعر، والخطابة. وتسمى بعلم الأدب، ويطلق العلم حديثاً على الطبيعية التي تحتاج إلى تجربة ومشاهدة واختبار، سواء أكانت أساسية: كالكيمياء، والطبيعة، والفلك، والرياضة، والنبات، والحيوان، والجيولوجيا، أو التطبيقية: كالطب، والهندسة، والزراعة، والبيطرة، وما إليها.

العلم: العلامة والأثر. والفصل بين الأرضين، وشيء منصوب على الطريق يهتدى به، ورسم في الثوب، وسيد القوم، والحبل، والراية. جمع اعلام. العَلَمَانِي، نسبة إلى العلم بمعنى العالم، وهو بخلاف الديني أو الكهنوتي. العَلَمَةُ شق في الشفة العليا للإنسان. فنشبه بذلك شفة الأرنب. العلم: كثير العلم، جمع علماء. العِلَام: الضيع الذكر. جمع عياليم. العيلم: العيلام والعيلم البئر الغزيرة الماء. جمع عيالم. المعلم: العلامة والمعلم من كل شيء مطمئن. جمع معلم: ويقال: خفيت معالم الطريق. المعلم، من يتخذ مهنته التعليم. والمعلم: من له الحق في ممارسة إحدى المهن استقلالاً. وكان هذا اللقب أرفع الدرجات في نظام الصناعات كالتجارين والحدادين. المُعَلَّم: الملهم الصواب والخير.

ثالثاً: كلمة العلم في معجم لغة الفقهاء

العلم بالتحريك من عِلْمِ اَعْلَام، العلامة الجبل، الراية. العلامة: في الطريق والثوب، التطريز في الثوب. العلمان: الميلان الأخضران في المسعى بين الصفا والمروة. العلم بكسر فسكون من عِلْمِ جمع علوم؛ الإدراك. إدراك الشيء بحقيقته (وهذا ما يعنينا) الاعتقاد الجازم (هذا ما يعنينا) ومنه قولهم الخبر المتواتر يوجب العلم (هذا ما يعنينا) أصول كلية في موضوع واحد، كعلم الفقه الذي موضوعه الحلال والحرام. والذي يعنينا العلم ضد الجهل ignorance علم savoir علم connaissance لكن عند الفقهاء ترد مشتقات كلمة العلم في كتبهم وهي تعني هذه المعاني.

97- الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للعلم

أتتبع تعريف العلم عند الأصوليين ثم عند الفقهاء مبتدئاً ببحث تعريفه الأصولي باعتبار أن ما قال به الأصوليون سابق أتى بعده ما قال به الفقهاء (وإن كان التاريخ يثبت أن الفروع سبقت الأصول) وفيما يلي بعض التعاريف.

وقد عرف العلم عند الأصوليين والفقهاء بما فحواه: أنه إدراك ما من شأنه أن يدرك على ما هو به في الواقع، سواء أكان إدراكاً لصورة الشيء، وهو المعروف بالتصور، كإدراك أن المخلوقات حادثية، أم إدراكاً للحكم عليه، كإدراك أن الله موجود¹. ومعنى العلم بالتكليف: هو تصور الخطاب الصادر عن المكلف كإدراك معنى قوله تعالى: «آتوا

¹ أنظر الإمام الغزالي، المستصفى، مرجع سابق، ج1، ص 86.

الزكاة»¹ وليس المراد مجرد التصديق فقط، وإلا لزم امتناع تكليف الكفار بفروع الشريعة، عند من يقول به.

واشترط الإمام القرافي² في خطاب التكليف علم المكلف، وقدرته، وكون العمل من كسبه. وقال الشوكاني³: «أعلم أنه يشترط في صحة التكليف بالشرعيات فهم المكلف لما كلف به، بمعنى تصوره، بأن يفهم من الخطاب القدر الذي يتوقف عليه الامتثال، لا بمعنى التصديق به، وإلا لزم الدور، ولزم عدم تكليف الكفار لعدم حصول التصديق». فشرط التكليف فهمه، والواقع أن الفهم هو الطريق إلى العلم وإن عبر به بعضهم عن العلم كما فعل صاحب إرشاد الفحول، والعلم إذن من أهم شروط التكليف، وما الشروط الأخرى من فهم، وقدرة إلا خادمة للعلم.

98- الفرع الثالث: دليل العلم

يستدل على كون العلم مطلوب في الأحكام الشرعية من المكلف عقلياً، وقد خاض علماء الأصول في ذلك، وهذه مناظرة من مناظراتهم: استدلو على اشتراط العلم، بقولهم في التكليف أن المراد به اختبار بني آدم، وابتلائهم، وامتثالهم للمكلف به وهذا لا يتأتى إلا إذا كان المكلف عالماً بما كلف به لأنه لو وقع التكليف بلا اشتراط العلم، لصدر من الشارع سبحانه وتعالى، تكليف البهائم، لكنه لم يقع⁴. واعترض آخرون على هذا الدليل بعدة اعتراضات منها :

99- أولاً: ما قاله صاحب التيسير، إذ قال: قال المخالفون لو لم يصح تكليف من لا يفهم التكليف لم يقع لكنه وقع، وكيف لا، وقد كلف السكران حيث اعتبر طلاقه وإتلافه. وقد أجاب المصنف فقال: أن اعتبارهما فيه من باب ربط السبب بالمسبب وصفاً شرعياً كربط وجوب الصوم بالشهر، لا من باب الأحكام التكليفية⁵. كما قال الأمدي بما يفيد ذلك، إذ قال بأن نفاذ طلاق السكران، ليس من باب التكليف في شيء بل مما ثبت بخطاب الوضع⁶.

100- ثانياً: قال المخالفون: قال الله سبحانه وتعالى: «ولا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى»⁷، فإن السكارى مخاطبون من قبله سبحانه وتعالى في حال سكرهم أن لا يصلوا، وهو تكليف لمن لا يفهم التكليف⁸. وأجيب بأن الاستدلال بهذه الآية استدلال غير صحيح لما فيه من معارضة قاطع بظاهر، فالقاطع: هو الدليل الدال على امتناع تكليف من لا يعلم، وأما الظاهر فهي هذه الآية.

¹ الآية رقم 42-43 عند ورش من سورة البقرة (2).

² أنظر الإمام القرافي، الفروق، مرجع سابق، ج1، ص 161.

³ أنظر الشوكاني، إرشاد الفحول، مرجع سابق، ج1، ص 11.

وانظر فوزية محمد عبد الله القتامي، الجهل وأثره في الأحكام الشرعية، ماجستير قدمت لجامعة أم القرى مكة المكرمة، سنة 1402/1403، ص 16 و 17.

وانظر الشيخ محمد أبو زهرة، الجريمة، مرجع سابق، ص 416 و 417.

⁴ أنظر فوزية محمد القتامي، الجهل وأثره في الأحكام، مرجع سابق، ص 18.

⁵ أنظر بادشاه محمد أمير، تيسير التحرير، ج2، بدون مكان نشر، ط 1، بدون سنة نشر، ص 244.

⁶ أنظر الأمدي أبو علي الحسن بن أبي علي محمد سيف الدين، فقيه أصولي كان حنفياً ثم انتقل إلى مذهب الشافعي، توفي سنة 631هـ، الإحكام في أصول الأحكام، ج2، بدون مكان نشر، ط 1، بدون سنة نشر، ص 244.

⁷ الآية 43 من سورة النساء (4).

⁸ أنظر بادشاه محمد أمير، تيسير التحرير، ج2، مرجع سابق، ص 244.

والقاعدة أنه إذا تعارض ظاهر وقاطع، أول الظاهر لأجل القاطع فالآية هنا مؤولة بأنها نهى عن السكر، عند قصد الصلاة، لأن النهي إذا ورد على واجب شرعي مقيد بغير الواجب انصرف إلى الغير، فالواجب الصلاة والقيّد السكر، فالمنهي عنه في الحقيقة السكر، كما في قوله تعالى: «ولا تموتن إلا وأنتم مسلمون»¹، فإن النهي فيها عدم الإسلام لا الموت².

101- الفرع الرابع: أقسام العلم

قسم الأصوليون والفقهاء العلم إلى قسمين، وأصل هذا التقسيم ما ورد عن الإمام الشافعي رضي الله عنه في رسالته، والقسمين هما:

102- القسم الأول: علم العامة

وهذا القسم من العلم لا يسع بالغاي غير مغلوب على عقله أن يجهله، لأنه من الأمور التي انتشرت وشاعت بين الناس (كالصلوات الخمس وغيرها من أركان الإسلام. وكحرمة القتل والزنا والسرقه) وهذا الصنف كله من العلم موجود في كتاب الله سبحانه وتعالى نصاً، لأنه مصدر العلم، وموجود عامة عند أهل الإسلام ينقله عوامهم عن سلف من عوامهم، يحكونه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، ولا يتنازعون في حكايته. ولا وجوبه عليهم، وهذا العلم هو الذي لا يمكن الغلط فيه من الخبر ولا التأويل، ولا يجوز التنازع فيه، وبهذا يتبين أن هذا العلم من صريح الكتاب والسنة المتواترة، ومن الأحاديث المشهورة، والذي انعقد على علمه والحكم الذي فيه إجماع الأمة³.

103- القسم الثاني: علم الخاصة

وهو ما يصل إليه العباد من فروع الفرائض، وما يخص به من الأحكام وغيرها، ولم يرد فيه نص صريح في الكتاب أو السنة، وإن كانت في البعض منه سنة، فإنما هي في متناول الخاصة لا العامة، ولم ينعقد على ذلك إجماع. فهذا النوع من العلم يختص به الفقهاء، ومن عكفوا على دراسة الأحكام العملية، وهو درجة عالية يسع العامة أن يجهلوه ولا يسع الفقهاء ذلك. وبهذا يتبين أن الأصول العامة من فرائض ومحرمات يلزم كل مقيم في ديار الإسلام العلم به ولا يعذر بالجهل به.

المطلب الثاني

تعريف الجهل والغلط وتمييزهما عما يشبههما

104- تمهيد وتقسيم

الجهل والغلط عند الأصوليين عارضان من عوارض الأهلية، وهي من نوع العوارض المكتسبة، وإن كان الجهل خلقي في الإنسان إلا أنه اعتبر مكتسباً لأنه أمر زائد على حقيقة الإنسان، وثابت في حال دون حال، كالصغر، واعتبر الجهل من العوارض

¹ الآية 102 من سورة آل عمران (3).

² نفس الصفحة من تسيير التحرير.

³ أنظر الإمام الشافعي محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع القرشي المطلبي أبو عبد الله أحد الأئمة الأربعة، ولد بغزة سنة 150 هـ وحمل إلى مكة وهو ابن سنتين، ونشأ بها، وقدم بغداد مرتين، وحدث بها، وخرج إلى مصر ونزلها إلى حين وفاته سنة 204 هـ (عن كتاب بن زهرة الشافعي حيلته وعصره)، الرسالة، طبعة بولاف الأميرية الأولى، بدون سنة نشر، ص 358.

المكتسبة، لأن إزالته باكتساب العلم في قدرة الإنسان، فكان ترك تحصيل العلم اختياراً من الإنسان، يقابله اختيار الجهل، أي بقاءه فيه، فكان الجهل مكتسباً من هذا الوجه¹. أما الغلط فطارئ فعلاً وعارض للإنسان، حتى ما كان منه نتيجة الجهل، إذ الغلط عادة يكون سببه الجهل بحقائق الأمور.

والعوارض جمع عارض: أي أمر عارض، أو جمع عارضة: أي خصلة عارضة، أو آفة عارضة. مأخوذ من عرض كذا إذا ظهر له أمر يصده عن المضي على ما كان عليه فعله. - ومعنى كونها عوارض، أنها ليست من الصفات الذاتية - كما سبق أن أشرت أعلاه. ويراد بالعروض الطريان أو الطرآن والحدوث بعد العدم، ولا يصح في الصغر إلا على سبيل التغليب، تغليب أنه يزول فيما بعد².

ولحسن بحث هذا المطلب رأيت أن أوزعه على فرعين، فرع أبحث فيه الجهل والغلط وآخر أبحث فيه تمييزهما عما يشبههما، على النحو الآتي:

الفرع الأول: تعريف الجهل والغلط.

الفرع الثاني: تمييز الجهل والغلط عما يشبههما.

مكتفياً بالتعريف الإصطلاحي لكل من الجهل والغلط.

105- الفرع الأول: تعريف الجهل والغلط

تعريفهما من حيث الاصطلاح لازم هنا لما للشرعية الغراء من خصوصية، وهذه الخصوصية تظهر في تناول فقائها للمسائل، ومن بينها مسألتا الجهل والغلط. وسأتناول هذا الفرع بالبحث في ثلاث نقاط.

أولها: أقدم فيها عينات من تعاريف اصطلاحية للجهل مع مناقشتها.

وثانيتها: أقدم فيها التعريف الذي أراه للجهل.

وثالثتها: أقدم فيها عينات من تعاريف للغلط مع مناقشتها.

106- أولاً: تعاريف الأصوليين والفقهاء للجهل

1- عرفه إمام الحرمين الجويني³ بقوله «الجهل عقد يتعلق بالمعتقد على خلاف ما هو به» والملاحظ على هذا التعريف صعوبة عبارته فاستعماله عقد يعني بها: اعتقاد.

2- عرفه الإمام الغزالي بقوله: «...الجهل فإنه متعلق بالمجهول على خلاف ما هو به...»⁴ وهذا التعريف جاء مقارناً للمجهول بالمعلوم إذ يقول الغزالي بعده: «...والعلم مطابق للمعلوم».

3- وبعبارة مقاربة عرفه الإمام النووي بقوله: «الجهل عند أهل الأصول إعتقاد الشيء جزماً، على خلاف ما هو به»¹ ويلاحظ على هذا التعريف أنه يستلزم كون المعلوم شيئاً،

¹ البخاري علاء الدين بن عبد العزيز المتوفى سنة 730هـ، كشف الأسرار على أصول البزدوي، ج 4، بدون مكان نشر، ط 1، بدون سنة نشر، ص 1383 و1450.

² أنظر الدكتور حسين خلف الجبوري، عوارض الأهلية عند الأصوليين، نشره معهد البحوث العلمية، وإحياء التراث الإسلامي، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، بدون سنة نشر، ص 125.

وأنظر التفتزاني سعد الدين بن مسعود بن عمر المتوفى سنة 792هـ، شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح، ج2، مطبعة صبيح، القاهرة، بدون سنة نشر، ص 167.

³ أنظر أبو المعالي الجويني عبد المالك بن الشيخ أبي محمد عبد الله بن أبي يعقوب بن يوسف بن عبد الله بن يوسف بن محمد حبوبة فقيه شافعي يلقب أيضاً ضياء الدين ويعرف بإمام الحرمين، ولد في حوبن في 18 محرم 419هـ وانتقل إلى نيسابور، له مؤلفات كثيرة مهمة منها: البرهان، حققه ووضع فيه دراسة الدكتور عبد العظيم الدين، ج1، كلية الشريعة، جامعة قطر، ط1، بدون سنة نشر، ص 120.

⁴ أنظر الغزالي أبو حامد، المستصفى، ج1، مرجع سابق، ص 25.

فيتحقق إذا الجهل بالمعدوم، كما يتحقق بالموجود، أو كون المجهول غير داخل في التعريف، وكلا الأمرين فاسد، ولهذا رد التعريف لفساده.

4- عرفه السبكي² بقوله: «هو انتفاء العلم بالمقصود» وهذا التعريف مختصر ومعبر إلى حد كبير على المقصود

5- عرفه الزركشي³ بقوله: «عدم العلم عما من شأنه أن يكون عالما» وقال أنه قيد بقوله: «عما من شأنه أن يكون عالما» حتى لا يدخل في التعريف عدم العلم المطلق الذي يستوي فيه الإنسان حتى مع الجمادات.

6- عرفه التهانوي⁴ بقوله: «إنه اعتقاد جازم غير مطابق للواقع»، وهذا التعريف يكاد يكون جامعا مانعا، أي يصلح أن يرشح على غيره.

7- عرفه ابن نجيم⁵ بقوله: «عدم العلم عما من شأنه العلم، وهو بحسب أهل الفطرة» فهذا التعريف جامع مانع لكنه استطرده بقوله «وهو بحسب أهل الفطرة».

8- عرفه البزدوي⁶ بقوله: «صفة تضاد العلم عند احتماله وتصوره» واحترز بهذا التعريف عن الأشياء التي لا علم لها، فإنها لا توصف بالجهل لعدم تصور العلم فيها. وفي التعريف بعض الإطناب.

107- ثانيا: التعريف الذي اختاره للجهل

من دراستي للتعاريف السابقة، ارتأيت أن أساهم في وضع تعريف، أخاله يحوز على ما تتطلبه التعاريف من الجمع والمنع، والإيجاز من غير إخلال بالمقصود، وأقترحه كالآتي: «عدم العلم بما من شأنه فطريا العلم به»، فهذا التعريف أراه يستجيب لشروط التعريف بكيفية واضحة مبسطة وعلمية فيها بيان المعرف، والتحرز مما ليس منه، وإن أكن قد وفقت فحمدا لله سبحانه وتعالى الموفق، وإن لم يحالفني التوفيق عذري أنني

¹ أنظر النووي أبو زكرياء يحيى بن شرف الدين بن مري بن حسن بن حسين شيخ الإسلام فقيه شافعي، ولد سنة 631 هـ، ولي مشيخة دار الحديث له تصانيف عدة، تهذيب الأسماء واللغات، ج1، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، طبعة 1401 هـ - 1990 م، ص 56 و 57.

وأنظر كذلك الدكتور منصور محمد منصور، الشبهات وأثرها في العقوبة الجنائية في الفقه الإسلامي مقارنا بالقانون، مطبعة الأمانة، مصر، ط1 سنة 1406 هـ 1986 م، ص 46 وما بعدها.

² أنظر السبكي عبد الله بن علي بن عبد الكافي أبو النصر، ولد سنة 727 هـ بالقاهرة وتوفي سنة 771 هـ في دمشق، من مؤلفاته (جمع الجوامع) و(توشيح الصحيح): حاشية الشريبي على جمع الجوامع، ج1، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، طبعة سنة 1356 هـ 1937 م، ص 161 و 165.

³ أنظر الزركشي محمد بن بهادر بن عبد الله، أبو عبد الله بدر الدين، من فقهاء الشافعية، أصولي ولد بمصر سنة 774 هـ، توفي سنة 794 هـ بالقاهرة الصغرى، له تصانيف منها (البحر المحيط في الأصول، تشنيف السامع بجمع الجوامع)، المنشور في القواعد للزركشي، ج2، حققه الدكتور تيسير فائق أحمد محمود، راجعه الدكتور عبد الستار أبو عدة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، **بدون سنة نشر**، ص13.

⁴ أنظر التهانوي محمد بن علي بن القاضي محمد بن حامد بن محمد بن صابر الفاروقي الحنفي، باحث هندي، توفي سنة 1158 هـ، كشاف اصطلاحات الفنون، ج3، دار صادر، بيروت، **بدون سنة نشر**، مادة 455.

⁵ أنظر ابن نجيم زين الدين بن إبراهيم بن محمد، من فقهاء الحنفية، له تصانيف عدة منها (الأشباه والنظائر) و(البحر الرائق في شرح كنز الدقائق)، الأشباه والنظائر، تحقيق وتقديم محمد مطيع الحافظ، دار الفكر، ط1 لسنة 1403 هـ 1983 م، ص 360 و 361.

⁶ أنظر البزدوي علي بن محمد بن الحسن بن عبد الكريم أبو الحسن من أكابر الحنفية في الفقه والأصول، يلقب بفخر الإسلام، ولد سنة 400 هـ في سمرقند وتوفي سنة 482 هـ، له مؤلفات منها (المبسوط) مخطوط (كنز الأصول) يعرف بأصول البزدوي، و(تفسير القرآن) وغيرها، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، لعبد العزيز البخاري، صنفه وعلق عليه محمد المعتصم بالله البغدادى، ج4، دار الكتاب العربي، بيروت، ط1 سنة 1411 هـ، ص 1450.

اجتهدت، وهذا جهد المقل، وعسى أن يأتي بعدي من ينتقد تعريفي ويقدم أجود منه، والعلم حلقات يرتبط بعضها ببعض.

108 - ثالثاً: تعاريف الغلط

الغلط عند فقهاء الشريعة الغراء منهم من يستعمله في محل استعماله كلمة الخطأ، ومنهم من يستعمل اللفظين كل يقصد به معنى غير الذي يقصده بالآخر (سيأتي توضيح ذلك عندما نبحت تمييز الجهل والغلط عما يشبههما). وعلى أي حال فإن الفقهاء خاصة منهم المحدثين أوردوا تعاريف متعددة للغلط قصد ضبط ماهيته، خاصة في القواعد العامة (المعاملات المدنية) ومن تعاريفه:

- 1- ما عرفه به عبد العزيز البخاري بقوله: «أنه الشعور بالشيء على خلاف ما هو عليه»¹ فهذا التعريف عام يمكن أن يستفاد من معناه في بحثنا هذا لكن ألفاظه عامة.
 - 2- عرفه الدكتور السنهوري بقوله: «حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع»² وغير الواقع إما أن يكون واقعة صحيحة يوهم عدم صحتها وإما أن يكون واقعة غير صحيحة يتوهم صحتها. وهذا التعريف عام غير خاص بالقانون الجنائي.
 - 3- وعرفه الدكتور إسماعيل غانم بقوله: «وهم يقوم بذهن شخص فيصور له أمراً على غير حقيقته»³ وهذا التعريف موجز دال على المعرف ويمكن استعماله في القانون الجنائي.
 - 4- عرفه الأستاذ زهدي يكن بقوله: «هو الإظهار الكاذب أو غير الصحيح للحقيقة، ويتولد عنه الاعتقاد بصحة شيء كاذب أو كذب شيء صحيح»⁴، هذا التعريف كثير الاستطراء، عظيم الإطناب، وهو وصف للمعرف أكثر مما هو تعريف له.
 - 5- عرفه من الباحثين في القانون الجنائي الشيخ جندي عبد المالك بقوله: «هو وقوع الشيء على غير إرادة فاعله»⁵، وتحدث عنه على أساس تسميته والاصطلاح عليه بالخطأ الذي يقصد به الغلط.
 - 6- وعرفه كذلك من الباحثين في القانون الجنائي الشيخ أبو زهرة بقوله: «أن يُقصد شخص معنيا بالأذى فيكون الأذى على غيره»⁶.
- ومن الباحثين من عرفه بقوله: «توهم خاطئ»⁷، وهو مجرد وصف لحال.
- ولم يكن فقهاء الشريعة الغراء قد اهتموا بوضع نظريات فقهية عامة وأثرها على الغلط بالذات كما لاحظ العلامة السنهوري، وعبر عن ذلك في كتابه «مصادر الحق في الفقه الإسلامي»¹.

¹ أنظر عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار، ج4، مرجع سابق، ص 625.

² أنظر الدكتور عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، بدون مكتن نشر، طبعة 2 لسنة 1964، ص 289.

³ أنظر الدكتور إسماعيل غانم، مصادر الالتزام، بدون مكان نشر، طبعة سنة 1964، ص 175.

⁴ أنظر الأستاذ زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود المقارن بالقوانين الحديثة والشريعة الإسلامية، ج4، بدون مكان نشر، طبعة سنة 1962، ص 5.

⁵ أنظر الشيخ جندي عبد المالك، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقوانين الوضعية، ج 1، مؤسسة الرسالة، ط 5 لسنة 1404 هـ 1984م، ص 432.

⁶ أنظر الشيخ محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة - الجريمة، دار الفكر العربي، بدون سنة نشر، ص 446.

⁷ أنظر الدكتور سيد نشأت إبراهيم الدريني، التراضي في عقود المبادلات المالية، دار الشروق، جدة، ط 1 لسنة 1402 هـ 1982م، ص 485.

- وأرى أن تعريف الشيخ أبو زهرة هو أصلها جميعا خاصة في الميدان الجزائي.
- وأرى كذلك لو أصوغ هذا التعريف كالآتي: «قصد شخص معين بالأذى فيصيب غيره»، ولا أقول أنني عرفت الغلط بل حورت تعريف الشيخ أبو زهرة.

109- الفرع الثاني: تمييز الجهل والغلط عما يشبههما

الجهل والغلط يشبههما ويقترب منهما في المعنى بعض المفاهيم، ولإبعاد كل لبس أوضح الفروق بين هذه المفاهيم، وبين مفهوم كل من الجهل والغلط، مقسما هذا الفرع إلى نقطتين، أولاها: أتناول فيها التمييز بين الجهل وما يشبهه، وأتناول في ثانيتهما: التمييز بين الغلط وما يشبهه كما هو آت.

110- أولا: التمييز بين الجهل وما يشبهه

يشبه الجهل بعض المفاهيم والأوصاف لبعض الأحوال التي تعتري الإنسان فتؤثر في ذهنه وعقله، وتؤثر بالتالي على كيفية تعامله مع محيطه، فيقع في الغلط كما يوقعه فيه الجهل، فنقطة الغلط هي الجامع بين الجهل وما يشبهه، وهي التي تدخل الخلط والوهم بينه وبينها، ولدفع اللبس أبين هذه الأمور في الآت.

111- 1- النسيان: لفظ مشترك من حيث اللغة بين معنيين: أحدهما: ترك الشيء عن ذهول وغفلة، وذلك خلاف الذكر له. والثاني: الترك عن عمد، ومنه قوله تعالى: «ولا تنسوا الفضل بينكم»² أي لا تقصدوا الترك والإهمال. ومن قال نسيت ركعة يعني أنه أهملها ذهولا عنها، وقال أحد أئمة اللغة الزمخشري: ³ من المجاز القول نسيت الشيء بمعنى تركته.

وفي الاصطلاح هو الغفلة عن معلوم في غير حال السنة بكسر السين المشددة، فلا ينافي الوجوب، أي نفس الوجوب لا وجوب الأداء.

- وقال فيه القرافي: «النسيان لا إثم فيه من حيث الجملة، بخلاف الجهل بما يتعين على الإنسان تعلمه، والنسيان أيضا يهجم على العبد قهرا لا حيلة له في دفعه عنه، والجهل له حيلة في دفعه بالتعلم»⁴.

- وقال فيه التهانوي: «وكذا الغفلة والذهول، والجهل البسيط بعد العلم يسمى نسيانا»⁵.
- وقال فيه الأمدي: «إن الذهول والغفلة والنسيان عبارات مختلفة، لكن يقرب أن تكون معانيها متحدة، وكلها مضادة للعلم، بمعنى أنها يستحيل اجتماعها معه»⁶.

¹ أنظر الدكتور السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج 1، دار الفكر، بدون سنة نشر، ص 104.
وانظر الدكتور محمد سعيد جعفر، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومة، بدون سنة نشر، ص 14.

وانظر لبنى مختار، وجود الإرادة وتأثير الغلط عليها، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، بدون سنة نشر، ص 99.
وانظر الدكتور حسين عطا حسين سالم، نظرية الغلط في القانون والشرعية، دار الحداثة، بدون سنة نشر، ص 17.
² الآية 237 عند ورش من سورة البقرة (2).

³ الزمخشري محمد بن عمر بن محمد بن أحمد جار الله نسب إلى زمخشري قرية من قرى خوارزم لبلاد فارس، وينسب إليها أيضا. ولد في شهر رجب 467هـ، ويكنى أبا القاسم، كان واسع العلم كثير الفضل غاية في الذكاء وجودة القريحة، تعلم العربية صغيرا وتتلذذ على كثير من العلماء وألف كتباً متعددة في فنون مختلفة منها أساس البلاغة والكشاف، مذهبه اعتزالي، توفي ليلة عرفة من سنة 538هـ بجرجانية خوارزم بعد رجوعه من مكة المكرمة، عن كتابه الكشاف.
⁴ أنظر الإمام القرافي، الفروق، ج2، مرجع سابق، ص 149.

وانظر الإمام الزمخشري، أساس البلاغة، دار صادر، بيروت، ط 1 لسنة 1412هـ 1992م.

⁵ أنظر التهانوي محمد علي بن علي، كشاف اصطلاحات الفنون، ج3، مرجع سابق، ص 455.

⁶ أنظر الأمدي، الأحكام في أصول الأحكام، ج2، مرجع سابق، ص 253.

112- 2 - **السهو:** السهو في اللغة من سها يسهو سهوا: أي غفل، والسهو الغفلة. وفرقوا بين الساهي والناسي، بأن الناسي إذا ذكرته تذكر، والساهي بخلافه¹. وعرفه اصطلاحا التهانوي بقوله: «أنه يقرب من الجهل، وكأنه جهل بسيط، سببه عدم استنبات التصور حتى إذا نبه الساهي أدنى تنبيه تنبه»².

كما يختلف عنه كل من السفه، والطيش والحمق، وكل هذه الأوصاف خفة في النفس³.
113- **ثانيا التمييز بين الغلط وما يشبهه**

لقد سبق وأن أوضحت أن الغلط يستعمل من فقهاء وأصوليين قدامى ومحدثين بمعنى الخطأ، ويستعمل الخطأ في محله، ويفرق بينهما الاصطلاحيون كما يأتي.

114- 1- الفرق بين الغلط والخطأ

يرى بعض الاصطلاحيين من الفقهاء ومن قبلهم الأصوليين أن استعمالهما يحمل معنى واحدا، ويدل على مقصود واحد. ويرى فريق آخر من الأصوليين والفقهاء أن معناهما مختلف، فإذا كان الغلط هو وضع الشيء في غير محله وموضعه، ويجوز أن يكون صوابا في ذاته ونفسه، فإن الخطأ لا يمكن أن يكون صوابا على أي وجه. ولما كان كل من الخطأ والغلط، هو فقدان التمييز بين الصواب وضده، وكلا منهما يقع في مقابل الصواب، فهذا ما يبرر الترابط بينهما، وهذه النتيجة مؤكدة عند جمهور اللغويين⁴.

115- 2- الفرق بين الغلط والتدليس. dol, fraude

التدليس دافع إلى الغلط، بينما الغلط وهو تلقائي في نفس الغالط، ليس مدفوعا إليه وموقعا فيه من الغير بطرق إحتيالية أوقعته في الغلط، والتدليس خداع كما يعبر عنه البعض⁵.

116- 3- الفرق بين الغلط والهزل plaisanterie, raillerie

- فالهزل ضد الجد، وهو كل كلام لا تحصيل له، مأخوذ كما يقول أهل اللغة من الهزال وقال ابن الأثير: الهزال واللعب من باب واحد، ونحوهما المزاح⁶.
- وقال عنه الاصطلاحيون: «أن لا يراد باللفظ ودلالته المعنى الحقيقي، ولا المجازي، بأن لا يراد به شيء، أو يراد به ما لا يصح إرادته به»⁷.
- والهزال كالخطأ (المقصود الغلط) في أنه من العوارض المكتسبة إلا أن المخطئ لا قصد له في خصوص اللفظ ولا في حكمه، والهزل مختار راض بخصوص اللفظ غير راض بحكمه⁸.

¹ أنظر الموسوعة الفقهية، ج26، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، دولة الكويت، **بدون سنة نشر**، ص 98.

² نفس الصفحة من نفس المرجع.

³ دليلة براف، الخطأ في تصرفات المكلفين، ماجستير قدمت للمعهد الوطني العالي لأصول الدين، الجزائر، سنة 1996-1997، ص 48 و49.

⁴ أنظر دليلة براف، المرجع نفسه.

⁵ أنظر الدكتور محمد سعيد جعفر، نظرية عيوب الإرادة في الفقه المدني الجزائري والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 43.

⁶ أنظر الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ص 131.

⁷ نفس الصفحة من نفس المرجع.

وانظر محب الله بن عبد الشكور، فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت، ج 1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط 3 لسنة 1414 هـ 1993 م، ص 162.

⁸ أنظر الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ص 131.

وحاصل الفرق بين الغلط والهزل من وجهين:

أ- للمخطئ العذر الذي ليس للهزل، إذ لا قصد للمخطئ في خصوص اللفظ ولا في حكمه لأنه غير مختار ولا راض بالتكلم بخصوص اللفظ ولا في حكمه، بينما الهازل يتكلم باختياريه ورضاه، إلا أنه لا يختار ثبوت الحكم ولا يرضاه.

ب- المخطئ نقيض العامد، بينما الهازل ضد الجاد.

117 - 4- الفرق بين الغلط والنسيان oubli omission والسهو oubli

inattention المغلة inattention mégarde والذهول stupeur

هذه الألفاظ متقاربة المعنى عند الأصوليين والفقهائ، فقد نقل ابن عابدين عن شرح التحرير اتفاقهم على عدم الفرق بين السهو والنسيان.

- وقال ابن نجيم: المعتمد أنهما مترادفان.

- وصرح البيجوري: بأن السهو مرادف للمغلة، وأما الذهول فمن العلماء من جعله مساويا للمغلة، ومنهم من جعله أعم منها، ومنهم من جعله أخص منها، وجميع هذه الألفاظ ترجع إلى عيوب في الإرادة لمن فاته العلم، وما كان منافيا للعلم كان منافيا للإرادة، وصلتها بالخطأ (الغلط) أنها أسباب تؤدي إليه، والخطأ (الغلط) ينتج عنها¹

118 - 5- الغلط والإكراه contrainte

الإكراه بمعناه حمل الغير على ما لا يرضاه من قول أو فعل، ولا يختار المكره مباشرته لو خلي ونفسه. وينقسم الإكراه إلى ملجئ وغير ملجئ.

- قال الأمدى: «والحق أنه إذا أخرج بالإكراه إلى حد الاضطرار، وصار نسبة ما يصدر عنه من الفعل إليه نسبة حركة المرتعش إليه، أن تكليفه به إيجابا وعدمه غير جائز إلا على القول بتكليف ما لا يطاق، وأما إن لم يفته إلى حد الاضطرار فهو مختار، وتكليفه جائز عقلا وشرعا، وأما المخطئ (الغالط) فهو غير مكلف إجماعا فيما هو مخطئ (غالط) فيه»².

وقد يكون الغلط في قصد أمر لا معصية فيه فيقع في معصية.

وهو متلاقي في الأصل اللغوي مع الكراهة، وفي الشريعة كذلك. وهو متضمن التهديد بأذى يناله المكره إما في نفسه أو ماله، أو في شأن من يهتم به في نفسه أو ماله، أو بالأذى له أو لمن يهتم بشأنه فيما دون ذلك كالسب، وفعل ما يترتب عليه المهانة، على نظر في هذا النوع الأخير من الإكراه.

ومن الإكراه ما لا يؤثر في أصل الرضا، وهو مختلف فيه ما إذا كان إكراها أم لا؟³

¹ أنظر ابن نجيم زين الدين بن ابراهيم ، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ص 302. وانظر ابن عابدين محمد أمين المتوفى سنة 1252، حاشية رد المحتار على الدر، المختار شرح تنوير الأبصار، دراسة وتعليق وتحقيق عادل أحمد عبد العزيز علي محمد عوض، قدم له وقرضه الدكتور محمد بكر اسماعيل، ج2 و ج6 ، دار الكتب العلمية، طبعة 1 لسنة 1415هـ 1994م، ص 77 و 147. وانظر ابن المنظور الإمام أبو الفضل جمال الدين محمد المصري، صاحب أكبر موسوعة لغوية، المتوفى سنة 711هـ، لسان العرب، ج4، دار بيروت للطباعة والنشر، بدون سنة نشر، ص 243. وانظر البيجرمي الشيخ سليمان، حاشية البيجرمي على متن السنوسية، نسخة منقحة ومصححة، دار الفكر، بدون سنة نشر، ص 29.

وانظر الموسوعة الفقهية، ج 19، مرجع سابق، ص 129 و 130.

² أنظر الأمدى، الأحكام في أصول الأحكام، ج 1، مرجع سابق، ص 117. وانظر الأسنوي، نهاية السؤل في شرح منهاج الوصول، ج1، عالم الكتب، القاهرة، طبعة سنة 1943، ص 321. ³ أنظر الشيخ محمد أبو زهرة، الجريمة، مرجع سابق، ص 482 إلى 485.

119- 6 - الغلط والجهل ignorance

الجهل بمعناه انتفاء العلم بالمقصود بأن لم يدركه أصلاً، ويسمى الجهل البسيط، أو أدركه على خلاف هيأته في الواقع، وهو الجهل المركب لأنه جهل المدرك بما في الواقع، مع الجهل بأنه جاهل به كاعتقاد الفلاسفة أن العالم قديم.

- واعتبر الفقهاء الجهل عذراً من باب التخفيف، وعارض من العوارض المكتسبة، مثله مثل الخطأ (الغلط) وأنه مسقط للإثم، ويعتد به عذراً في حقوق الله تعالى المنهيات دون المأمورات، لأن المقصود من المأمورات إقامة مصالحها وذلك لا يحصل إلا بفعلها، أما المنهيات فمجزور عنها، بسبب مفسدها امتحاناً للمكلف أن يكف عنها، ويكون فعلها بالتعمد لارتكابها، ومع الجهل لم يقصد المكلف ارتكاب المنهي فعذر بالجهل فيه¹.

ولكن حقوق الأدميين لا يعذر الجاهل فيها، ولا المخطئ (الغالط) فهما ضامنين لما أتلفا من حقوق العباد.

وبعد أن عرفنا الجهل والغلط وميزناهما عما يشبههما، ولما أن الشريعة الغراء ترجع في كل علومها وأحكامها إلى نصوصها الأصلية (القرآن العظيم والسنة النبوية الشريفة) يتعين علينا أن نؤصل مفهوم الجهل والغلط في هذين النصين الأصليين، فنبحث على دليلهما في القرآن والسنة في المطلب الموالي.

المطلب الثالث

دليل الجهل والغلط في القرآن والسنة وأقوال الفقهاء في ذلك

120 - تمهيد وتقسيم

المنتبِع في كتب الفقه الإسلامي يجد أحكاماً كثيرة تتعلق بالجهل وبالغلط، إذ يرتب الفقهاء عليهما الأحكام أحياناً ويستبعدونهما أحياناً أخرى، وهذا في حد ذاته يعني أن للجهل والغلط أصلاً في كتاب الله سبحانه أو في سنة رسوله، صلى الله عليه وسلم. إذ الفقه قائم عليهما، وعليه ولاستجلاء الأمر أتناوله بالبحث في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: دليل الجهل والغلط في القرآن العظيم وفهم الفقهاء لآياته الدالة على ذلك.

الفرع الثاني: دليل الجهل والغلط في السنة النبوية الشريفة وفهم الفقهاء للأحاديث الدالة على ذلك.

منتبعا المسألة في أمهات الكتب المتخصصة في التفسير، وشروح السنة، وفي كتب الفقه.

¹ أنظر ابن نجيم زين الدين بن ابراهيم، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ص 303 و304.

وانظر البناني مصطفى بن محمد بن عبد الخالق المتوفى سنة 1198هـ، حاشية البناني على جمع الجوامع، ج1، بدون مكان نشر، بدون سنة نشر، ص 111 و164.

وانظر الشيخ محمد أبو زهرة، الجريمة، مرجع سابق، ص 461 وما بعدها.

وانظر الدكتور منصور محمد منصور، الشبهات وأثرها في العقوبات الجنائية في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 342.

وانظر حسين خلف الجبوري، عوارض الأهلية عند الأصوليين، مرجع سابق، ص 334 وما بعدها.

وانظر دليلة براف، الخطأ في تصرفات المكلفين، مرجع سابق، ص 43 وما بعدها.

الفرع الأول: دليل الجهل والغلط من القرآن العظيم وكيف فهم

121- أولا: يستدل الفقهاء عادة بآيات من القرآن العظيم على كون العلم لازما للتكليف من مثل قول الله سبحانه وتعالى في سورة الأنعام: «ذلك أن لم يكن ربك مهلك القرى بظلم وأهلها غافلون»¹.

فيقول الشيخ العلامة محمد الطاهر بن عاشور² في تفسير هذه الآية الكريمة: «...هو شأن حلمه سبحانه وتعالى ورحمته ورضاه لعباده الخير والصلاح، وكراهيته سوء أعمالهم... وعدم مبالغتهم بالهلاك قبل التقدم إليهم بالإنذار والتنبيه...». ومثل قوله سبحانه وتعالى في سورة هود: «وما كان ربك ليهلك القرى بظلم وأهلها مصلحون»³.

قال ابن عاشور: «المصلحون مقابل المفسدون»⁴ وقال عن المفسدين: «أنهم من قال الله سبحانه وتعالى فيهم «...وكانوا مجرمين»⁵ فالله سبحانه وتعالى لا يهلك قوما ظالما لهم ، ولكن يهلك قوما ظالمين أنفسهم».

- وقوله سبحانه وتعالى في سورة الإسراء: «... وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا»⁶. وقوله في سورة القصص: «وما كان ربك مهلك القرى حتى يبعث في أمها رسولا يتلوا عليهم آياتنا وما كنا مهلكي القرى إلا وأهلها ظالمون»⁷.

قال بن عاشور في آية سورة الإسراء: «(إن معنى) يؤذن بأن بعثة الرسل متصلة بالعذاب شأن الغاية وهذا اتصال عرفي بحسب ما تقتضيه البعثة من مدة للتبليغ واستمرارهم على تكذيبهم».

فكل هذه الآيات تدل على أن إعلام الناس بالنص الشرعي واجب أولا حتى إذا ما خرجوا عنه تحملوا مسؤولية خروجهم.

- هذا بالنسبة لما يجب من علم المكلفين حتى يتم تكليفهم، ومحاسبتهم دنيويا وأخرويا على ما كلفوا به.

122 - ثانيا: أما ما يتعلق بغلطهم في تطبيق ما كلفوا به، فإن لنا في ذلك قول الله سبحانه وتعالى في سورة البقرة: «لا يكلف الله نفسا إلا وسعها لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا ربنا ولا تحمل علينا إصرا كما حملته على الذين من قبلنا ربنا ولا تحملنا ما لا طاقة لنا به واعف عنا واغفر لنا وارحمنا أنت مولانا فانصرنا على القوم الكافرين»⁸.

بين الله سبحانه وتعالى أنه لا يكلف نفسا إلا وسعها، وأن لكل نفس ما كسبت وعليها ما اكتسبت (من الآثام).

¹ الآية 131-132 عند ورش من سورة الأنعام(6).

² أنظر الإمام الأستاذ العلامة الشيخ محمد الطاهر بن عاشور فقيه ومفسر تونسي له مؤلفات في أصول الفقه والفقه والتفسير: تفسير التحرير والتنوير، ج8، الدار التونسية للنشر، طبعة سنة 1984، ص 81.

³ الآية 117 من سورة هود(11).

⁴ أنظر الشيخ ابن عاشور، تفسير التحرير والتنوير، مرجع سابق، ص 186 و 187 في أرقام الآيات المذكورة وإن كان بعضها غير مرقم.

⁵ الآية 116 من سورة هود (11).

⁶ الآية 15 من سورة الإسراء(17).

⁷ الآية 59 من سورة القصص(28).

⁸ الآية 285-286 من سورة البقرة (2).

وحدث عباده أن يدعوهم، وأن يطلبوا منه سبحانه وتعالى رفع المؤاخذه عنهم وأن لا يعاقبهم في حال ما إذا نسوا أو أخطأوا (غلطوا)¹.

قال ابن عاشور²: «والمأخذه مشتقة من الأخذ بمعنى العقوبة والمفاعلة فيه للمبالغة أي لا تؤاخذنا بالنسيان والخطأ» والخطأ هنا يدخل فيه معنى الغلط، فالغلط ككلمة بكل مشتقاتها لم ترد في القرآن العظيم، وإنما وردت كلمة الخطأ ومشتقاتها تدل على الغلط وارتكاب الخطايا إثنا عشر مرة، منها قوله تعالى: «...وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم...»³، ومنها قوله تعالى: «وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً خطأ»⁴ ومنها قوله: «...نحن نرزقهم وإياكم إن قتلهم كان خطأ كبيراً...»⁵، ومنها قوله: «...واستغفري لذنبك إنك كنت من الخاطئين»⁶، ومنها قوله: «...إن فرعون وهامان وجنودهما كانوا خاطئين»⁷، ومنها قوله: «ومن يكسب خطيئة أو إثماً ويرم به بريئاً...»⁸. هذه عينات من الآيات التي تحدثت عن الخطأ في القرآن العظيم.

123- الفرع الثاني: دليل الجهل والغلط من السنة

ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: «إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان، وما استكرهوا عليه»⁹. ويروى الحديث بمتن آخر: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»¹⁰. قال ابن عاشور: رواه ابن ماجة¹¹، وتكلم العلماء في صحته، وقد حسنه النووي¹²، وأنكره أحمد ومعناه صحيح في غير ما يرجع إلى خطاب الوضع. فالمعنى رفع الله عنهم المؤاخذه، فبقيت المؤاخذه بالإتلاف والغرامات. ولذلك جاء في الدعاء: «لا تؤاخذنا» أي بالعقاب الإلهي على فعل: نسيان أو خطأ. وليس المراد هنا سبب النسيان أو الخطأ الذي هو التفريط والغفلة كما قال صاحب الكشف¹³. والحديث وإن كان عليه لبعض أئمة الحديث والفقهاء مأخذ إلا أنه يستدل به على أن الله سبحانه وتعالى لا يؤاخذ على الخطأ (الغلط). وبهذا أنهى هذا المطلب للانتقال للذي يليه.

¹ أنظر الدكتور منصور محمد منصور، الشبهات وأثرها في العقوبات، مرجع سابق، ص 242.

² أنظر الشيخ ابن عاشور، التحرير والتنوير، ج3، مرجع سابق، ص 140.

³ الآية 5 من سورة الأحزاب (33).

⁴ الآية 91-92 عند ورش من سورة النساء (4).

⁵ الآية 31 من سورة الإسراء (27).

⁶ الآية 29 من سورة يوسف (12).

⁷ الآية 7-8 عند ورش من سورة القصص (28).

⁸ الآية 111-112 عند ورش من سورة النساء (4).

⁹ أنظر الدكتور عدنان محمد جمعه، رفع الحرج في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة/دار العلوم الإنسانية، ط3 لسنة 1413هـ-1993م، ص220، والحديث أخرجه ابن ماجة وابن حبان والحاكم وهم أئمة في الحديث.

¹⁰ أنظر الشيخ بن عاشور، التحرير والتنوير، ج3، مرجع سابق، ص14.

¹¹ ابن ماجة أبو عبد الله محمد يزيد القزويني، طاف البلاد في طلب الحديث، وكان أحد الأئمة، توفي سنة 275هـ.

¹² النووي يحيى بن شرف الدين شيخ الإسلام أبو زكرياء الفقيه الشافعي، ولد سنة 631هـ، ولي مشيخة دار الحديث، له تصانيف عدة، أنظر ج6 من كشف الظنون، ص 408 و409.

¹³ صاحب الكشف، الإمام الزمخشري، تفسير الكشف، ج1، دار المصنف، ط2 لسنة 1397هـ-1977م، ص159.

المطلب الرابع

تعلق الجهل والغلط بأمر ونهي الشارع وإباحته

124- تمهيد وتقسيم

إنطلاقاً من كون الجهل والغلط أمران نفسيان، يعتريان أحياناً إرادة الإنسان وقصده، وهو في محيط قاعدة التجريم، إذا كانت إيجابية فيقع فيما تحظره، ويكون قد أجرم. وإذا كانت سلبية فقد يعتقد وجودها، ويقوم بالفعل على أساس ذلك فتضحي غير موجودة في الواقع ويجرم كذلك، فما مدى تأثيمه؟ وإذا كانت موجودة، وهو يجهل وجودها فيقوم بالفعل على اعتبار ذلك، وفي نيته أن فعله مجرم، فهل تطبق عليه قاعدة: «إنما الأعمال بالنيات»؟ أم يعامل على أساس الواقع بصرف النظر عن نيته؟ الإجابة على هذين السؤالين تظهر لنا من خلال مناقشة النقطتين اللتين سأناقشهما في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: تعلق الجهل والغلط بالقاعدة الإيجابية.
الفرع الثاني: تعلق الجهل والغلط بالقاعدة السلبية.
سوف أوضح المطلوب محاولاً تأصيل المسائل على ضوء القرآن والسنة، أو على ضوء ما استنبط منهما من قواعد وأحكام بطرق الاستنباط والاجتهاد المختلفة.

125- الفرع الأول: تعلق الجهل والغلط بالقاعدة الإيجابية (الحظر)

تقيم الشريعة الغراء الأعمال الصادرة عن المكلف أساساً على النية، وهذه النية إذا بقيت كامنة في نفس الإنسان لا يحاسب عليها، أما إذا عبر عنها بإرادة حرة فهذا يحاسب على ما نتج عنها من فعل، فإن كان الفعل من الجرائم المحاسب عليها دنيوياً كالقتل وأذى النفس المختلف، أو السرقة وابتزاز الأموال، لقي الجزاء عنه دنيوياً، وإن كان من الجرائم والأفعال المؤثمة التي يحاسب عليها المكلف في الآخرة، فهذه لا تعيننا هنا كالحسد، والكبر، والكره في غير الله سبحانه وتعالى.
وإرادة العبد -عند غير الجبرية- هي الفاعلة، فإذا انعقدت النية أراد المكلف الفعل وقصده بعقله بعد ذلك يقوم بفعله، فالجرم إذن يتكون في نية المجرم، ثم تقوم بفعله إرادته الحرة. فالإرادة هي التي تجمع بين نية العبد والوقائع المادية التي يقترب بها الجرم، وتختلف الإرادة من حيث نشاطها بين الجريمة العمدية والغير عمدية.

ولكون النية أمر باطني يعتلج داخل النفس الإنسانية، والجهل والغلط كذلك باطنيان في نفسه أيضاً، فإنه كثيراً ما تبني النية على غلط بسبب الجهل أو غيره، والجهل تتلبس به النفوس في كثير من الأحوال لذلك يتعين بحث علاقة الجهل والغلط بكل من التأثيم وانتفاء الإثم على ضوء ما ظهر ملموساً في صورة نشاط من نية المكلف.

وسأبحث هذا الفرع في نقطتين أولاًهما: النية الآثمة، وثانيهما: العمل المؤثم أو المجرم.
126- أولاً- النية الآثمة: هي القصد الجنائي بتعبير الفقه الجنائي الوضعي، وهي التي يبنى عليها كل عمل المكلف مصداقاً لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: «إنما الأعمال

بالنيات»¹ وهي تتكون من عنصرين: قصد ارتكاب الفعل الجرمي، والعلم بصفته غير المشروعة.

ولحسن دراسة هذا الفرع أحلله إلى ثلاثة مسائل: العلم بالعناصر المادية للواقعة المحظورة شرعا، العلم والتأثيم، النية وإرادة المعصية.

127 - 1 - العلم بالعناصر المادية للواقعة المحظورة شرعا: لتوافر النية الآثمة لأبدي من العلم بكامل عناصر الفعل المحظور شرعا المكونة لماديات المعصية، أي علم المكلف بما يريد فعله، وأنه اعتداء وخروج على أحكام الشرع، وأن يعلم أن معصيته من الكبائر أو من الصغائر.

فالرسول صلى الله عليه وسلم عندما كان يقرر سيدنا ماعز بن مالك، رضي الله عنه، كان يؤكد عليه، وكان يستفسره بقوله: «لعلك قبلت أو غمزت أو نظرت»²، وأكد سيدنا ماعز بن مالك زناه، وإتيانه بالحرام ما يؤتى من الزوجة بالحلال. وأنه فعل كالميل في المكحلة³. والرشا في البئر⁴. عندها أمر الرسول بإقامة الحد عليه، بعد إقراره بهذه الصفة المتقدمة أربع مرات. فالرجل كان يعلم بإثمه وبدرجة هذا الإثم، وأنه من الكبائر⁵.

- وسيدنا علي بن أبي طالب كرم الله وجهه ورضي عنه لما صرف الرجل ولم يقم عليه الحد، وقد اتهمته زوجته أنه زنى بجارتها، ولم يقره حتى مجرد التقرير، لم يفعل ذلك تهاونا في حدود الله سبحانه وتعالى، وإنما لإدراكه أن الرجل لا يعلم أن ما قام به إثم

¹ هذا الحديث رواه البخاري أبو عبد الله محمد بن اسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة بن بريدة الجعفي المتوفى سنة 256 هـ، إمام من أبرز أئمة الحديث إن لم يكن أبرزهم على الإطلاق، ويكفيه كتابه الجامع، صحيح البخاري (الجامع الصحيح)، ج 1، (كتاب المعلم)، إنارة الطباعة المنيرية، ط2 لسنة 1402، ص 37، رقم 53. وانظر مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري من أئمة الحديث، توفي سنة 261، صحيح مسلم (الجامع الصحيح)، ج 6، كتاب قوله صلى الله عليه وسلم إنما الأعمال بالنيات، - دار المعرفة، بيروت، لبنان، **بدون سنة نشر**، ص 48. وانظر النسائي أحمد بن شعيب الخرساني المولود في 215 هـ، قال أئمة الحديث كان أحفظ من مسلم، وترتب سننه بعد الصحيحين، توفي سنة 303 هـ، سنن النسائي شرح الحافظ جلال الدين السيوطي، ج 1، كتاب الطهارة، و ج 6 كتاب الطلاق، دار العلم، بيروت، **بدون سنة نشر**.

وانظر الترمذي أبو عيسى محمد بن عيسى، من ناحية سوره، ولد سنة 200 هـ وقبل سنة 210، سمع من البخاري وغيره من مشايخه، إماما محدثا، ألف السنن والعلل، وكان ضريرا، توفي بترمز على نهر جيجون سنة 295 هـ: سنن الترمذي بشرح الإمام ابن اعرابي المالكي، ج 7، أبواب فضائل الجهاد، دار الكتاب العربي، بيروت، **بدون سنة نشر**، ص 151 و 152.

وانظر ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، كان أحد أئمة الحديث طاف كثيرا في طلبه، توفي سنة 275 هـ، سنن ابن ماجة تحقيق محمد ناصر الدين الألباني، ج 2، مكتب التربية العربية لدول الخليج، ط3، **بدون سنة نشر**، رقم 413 و 3405.

² الغمز هنا يقصد به اللمس والجس باليد في الأعضاء الحساسة جنسيا، يقال غمز التينة أنضجت أم لم تنضج، انظر مختار الصحاح، مرجع سابق، ص 201.

وانظر المعجم الوسيط، ج 2، مرجع سابق، ص 661.

³ الميل: المردود أي العود الذي يكتحل به بإدخاله بين جفني العين.

⁴ الرشا: الحبل الذي يدل به الدلو في البئر.

⁵ أنظر الشيخ الإمام الصنعاني محمد بن اسماعيل الأمير اليمني المتوفى سنة 1182 هـ، سبل السلام - شرح بلوغ المرام، ج 4، صححه وعلق عليه محمد عبد العزيز الخولي، **بدون مكان نشر، بدون سنة نشر**، ص 1274 و ص 1275.

وانظر عبد الخالق النووي، التشريع الجنائي الإسلامي، دار الثقافة، بيروت، ط2 لسنة 1974، ص 59 وما بعدها.

وانظر الدكتور أحمد فتحي بهنسي، نظرية الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي، دار الشروق، ط4 لسنة

1403 هـ 1983 م، ص 160 وما بعدها.

وانظره في: الجرائم في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة، دار الشروق، ط5 لسنة 1403 هـ 1983 م، ص 124 وما بعدها.

فضلا عن أن يعلم أنه من الكبائر. وهذا ما يفيد صراحة رواية ابن حزم للموضوع، إذ جاء في نهاية الرواية: «فقال له اذهب ولا تعد، كأنه درأ عنه الحد بالجهالة»¹.

128 - 2- العلم والتأثيم: المستقصي لسنة الرسول صلى الله عليه وسلم وعمل الخلفاء الراشدين والصحابة بعده على سننه واتباعا لهديه، رضي الله عنهم أجمعين يدرك التضييق الدائم للقاعدة: «الأعمال بالنيات» فلا نية إلا إذا علم المكلف ما ينوي أولا، ثم يأتي بعد ذلك تنفيذ النية الذي يظهر منه القصد الآثم، فإذا كان المكلف لا يعلم في الأصل أن فعلا ما محظور شرعا، فإنه إذا نوى أن يفعله، وفعله، فإنه إنما قام بما قام به بغير نية إثم، وقد يعذر ولا يؤثم فعله إذا لبسته بعض الظروف المعتبرة شرعا. كحدائث المكلف بالإسلام، وكون ما جهل مسألة لا يصل إليها علم العامة. غير أن النية يحاسب عليها دنيويا ما ظهر منها في العمل، ففي مثال صرف الإمام علي كرم الله وجهه الرجل الذي اتهمته زوجته بالزنا ولم ينكر، دون أن يتخذ معه من الإجراءات ما يصل بها إلى إقامة الحد عليه، إنما لعلم سيدنا علي كرم الله وجهه، أن الرجل يجهل أن ما فعل إثم وكبيرة من الكبائر. فقال له لما صرفه: «لا تعد» فهنا حصل علم الرجل بأنه آثم. وبداية منه يمكن أن يؤخذ على المعصية.

وكثير من الجهل البالغ درجة ينتفي معها سوء النية لا يؤثم معه المكلف. فالأعرابي الذي تبول في ناحية من المسجد لما هم به الصحابة رضوان الله عليهم، وكانت نيتهم أنه أهان المسجد ودنسه نهرهم الرسول صلى الله عليه وسلم، وقال لهم لا تزرموه أي لا تقطعوا عليه تبوله، وألقوا عليه ذنوبا من الماء، أي سيلا كاف منه لإزالة هذا البول، فهذا الأعرابي بلغ من الجهل مبلغا، ولذلك كانت القاعدة أن تبين الأحكام أولا ثم يؤخذ المكلفين على مخالفتها والقاعدة نصت عليها كثير من النصوص الأصلية من الكتاب والسنة، أبرزها قوله سبحانه وتعالى: «ما كنا معذبين حتى نبعث رسولا» وما لم ينص عليه صراحة في القرآن والسنة أو في إجماع من يصح منهم الإجماع، يمكن استنباطه من هذين الأصلين، ويمكن للحاكم المسلم النص عليه وتحديد العقوبة على مخالفته، فالشريعة الغراء لم ينص القرآن والسنة فيها على كل الجرائم بل وضع قواعد عامة يرجع إليها كأصول يفرع عنها ما تمس الحاجة إليه في حينه.

ولكن القاعدة أن العقاب على الفعل الآثم يتم سواء علم المكلف بأن ما قام به إثم أو لم يعلم، إذا لم تتوفر الملابس التي تجعل لجهله اعتبارا في حكم الشرع.

129 - 3- النية وإرادة المعصية: النية عنها تنشأ الإرادة، فالنية سابقة، والإرادة تأتي بعدها، ولا تكفي النية لقيام الإثم، بل لابد من إرادته وتحرك الإرادة بطريقة تحدث الفعل أو الامتناع الآثم. وقد يفعل الفعل أو الامتناع وينتج عنه زيادة على ما كان في نية الفاعل ما لم يكن قد نواه كالضرب لمجرد الضرب فتنتج عنه الوفاة، وهذا ما يصفه الأئمة أحمد والشافعي، وأبو حنيفة بالقتل شبه العمد، الذي لم يقل عنه الإمام مالك رضي الله عنهم جميعا، فالإمام مالك لا يقول إلا بالعمد والخطأ في القتل والجناية على ما دون النفس.

ومسألة تجاوز الضرر لما كان في نية الفاعل عالجها فقهاء الشريعة الإسلامية، فمنهم من قال أن الجرم عمدي ومنهم من قال أنه خطئي، ومنهم من قال أنه شبه عمد².

¹ أنظر المحلى لابن حزم، ج13، مرجع سابق، ص 118 و119.

² أنظر مسائل القصاص والدية في كتب الفقه، وانظر ابن عاشور، التحرير والتنوير، مرجع سابق، ص 155 وما بعدها.

130- ثانيًا: صورتنا اتجاه الإرادة: إرادة المعصية قد تتجه إلى الفعل فقط كمعصية في ذاته، وقد تتجه إليه وإلى ما ينتج عنه، ولهذا كان من الجرائم ما هو عمدي وما هو خطئي. فالمكلف إذا قصد بمعصيته ما نواه وحدث ذلك فإنه يكون قد تحقق قصده ويسأل على ما نوى وتحقق، أما إذا نوى فعلا وقام به ونتاج عنه ضرر لم يكن في نيته، فهنا يختلف الفقهاء كما مر معنا في الفقرة السابقة. والقرآن والسنة لم يقعدا للعمد والخطأ، لكن الفقهاء وضعوا لذلك قواعد يمكن الاستئناس بها.

وإرادة المكلف قد تتعمد الفعل والنتيجة كما قلنا، وقد تتعمد الفعل دون النتيجة. ففي الحالة الأخيرة نكون أمام الخطأ، وفي الحالة الأولى نكون أمام العمد كما صورهما المولى سبحانه وتعالى في جريمة القتل بقوله: «وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأ...»¹ وقوله: «ومن يقتل مؤمناً متعمدا...»².

131- الفرع الثاني: تعلق الجهل والغلط بإباحة ما هو مؤثم أصلاً

الجهل بالمشروعية والغلط فيها كما قلت - نقطتان تتماس معهما القاعدة السلبيه، أي المبيحة لما هو مؤثم أصلاً.

وتبحث النقطتان من قبل الفقهاء المحدثين³، تحت عناوين: الجريمة الظنية، أو الوهمية، أو التصورية. والبراءة الظنية، أو الوهمية، أو التصورية، والجهل في المشروعية، والغلط في المشروعية.

أما الفقهاء التقليديون فبطبيعة فقههم العملي - على حد تعبير الأستاذ العلامة السنهوري - فإنهم بحثوا مسائل هذين العنوانين ضمن مواضيع مختلفة. واخترت أنا بحثها تحت عنواني: الجهل بالمشروعية، والغلط في المشروعية.

132- أولاً: الجهل بالمشروعية

لما أن الشريعة الغراء في نصوصها الأصلية، القرآن العظيم، والسنة النبوية الشريفة، لم تنص على تفاصيل القواعد الكلية التي جاءت فيهما، والفقهاء التقليديون بحثوا المسائل متفرقة، وغير مجموعة في نظريات كاملة، ولا حتى تحت عناوين موحدة في كثير من الأحيان. والمحدثون لم يصلوا إلى درجة التنظير لهاتين المسألتين، ولا بحثهما تحت عنوان لكل واحدة بل ما زالوا يثيرونهما كمثالين في معرض حديثهم عن الجهل والغلط في أعمال المكلفين.

ولما أن الأصل في الشريعة الغراء أن الأعمال بالنيات، فإن مقتضى ذلك أن يعامل المكلف بحسب نيته فإن قصد الإجماع يعاقب على الشروع فيه، وإن كانت النتيجة غير آثمة، أي غير مجرمة وهو لا يعلم رفع التأثيم عنها.

لكن العبرة في النية دنيوية، وما يحاسب عليه منها المكلف هو ما ظهرت نتيجته في العمل، أما ما بقي داخل نفسه أو نواه وعمل به ولم ينتج نتيجة آثمة مست أحداً فإن حسابه في ذلك

¹ الآية 91 من سورة النساء (4).

² الآية 91 من سورة النساء (4).

³ أنظر الدكتور محمد سيد عبد التواب، نظرية الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 48 وما بعدها. وأنظر الدكتورة خلود سامي عزارة آل معجون، النظرية العامة للإباحة، مرجع سابق، ص 448 وما بعدها. وأنظر الدكتور محمد سلام مذكور، نظرية الإباحة، مرجع سابق، كامل الرسالة.

على الله وحده سبحانه وتعالى وفي الآخرة، وهو آثم لا شك إن قصد أحدا بالشر وإن لم يصبه.

وأبرز مثال يضربه الفقهاء على هذه المسألة¹ ويحددون الحكم فيها على نحو مما ذكرت هو أن يكون القصد إلى حرام، هو معصية، فيتبين أن الفعل حلال، كمن يقصد إلى قتل شخص على أنه مؤمن معصوم الدم عدو له، فيتبين أنه حربي حلال الدم. فهذا وإن كان آثما عند الله سبحانه وتعالى فإنه غير معاقب في الدنيا، لأن الحكم فيها على ما ظهر من النية.

والجهل بالمشروعية يأخذ حكمه تجاوزها، فالتجاوز بحسن النية لا يزال صاحبه في حدود المشروعية. وإن جهل أنه ما زال في حدودها.

133- ثانيا - الغلط في المشروعية

هذه المسألة تعامل معها الفقه كسابقته، سواء الأقدمون منهم أو المحدثون، وهي تقوم عندما يكون قصد المكلف أمر لا معصية فيه، فيقع في معصية، وأبرز مثال لها: من يخطئ في الظلام فيطأ امرأة أجنبية على أنها زوجته، وهو ما يسمى في عرف الفقهاء الوطء بشبهة، وهذا الوصف في ذاته يوحي ابتداء بسقوط الحد عليه، وهو كذلك. فلا عقوبة على الفاعل، ففي حق الله سبحانه وتعالى معفو عنه، من العقوبتين الدنيوية والأخروية، أما في حقوق العباد يكون مطالباً بالأرش أي التعويض، لأن الضرر ثابت. -والأمثلة على الجهل بالمشروعية والغلط فيها كثيرة في كتب الفقه، تراجع أبواب الحدود (حد الزنا، وحد السرقة، وحد الخمر)، وأبواب العدوان على النفس وما دونها.

المبحث الثاني تقسيم الجهل والغلط

134- تمهيد وتقسيم:

الجهل والغلط كعيبين يعتريان إرادة المكلف، وقصده، وقد يعدمانهما، أو يؤثران عليهما تأثيراً تختلف درجته، وتبعاً لذلك قد تنعدم مسؤولية المكلف، أو يتغير تحميله تبعاً عمله من الشدة إلى التخفيف، كأن يحمل تبعاً الجرم الخطأ بدل الجرم العمد. وهذه مسائل بحثها الأصوليون والفقهاء بمناسبات مختلفة، ولحسن الأخذ من أبحاثهم بالكيفية والقدر اللازمين لهذا الموضوع، في هاته الرسالة أقسم المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: أقسام الجهل

المطلب الثاني: أقسام الغلط

محددا التقسيم فقط، ومرجئاً الآثار المترتبة على كل قسم إلى المبحث الموالي -إلا ما كان من الآثار يتطلبه معرفة القسم- فإنني أذكره بالقدر الموضح للمسألة في حينها.

¹ أنظر الشيخ محمد أبو زهرة، الجريمة، مرجع سابق، ص 446 و 447.

المطلب الأول أقسام الجهل

135- تمهيد وتقسيم

يقسم الجهل عند علماء الشريعة، تقسيمات عدة، كل تقسيم ينطلق من فكرة، أو يهدف إلى تحقيق غاية يبينها على التقسيم. فقد قسمه فقهاء اللغة إلى: جهل بمعنى: خلو النفس من العلم: وهذا هو الأصل. وجهل بمعنى: اعتقاد الشيء بخلاف ما هو عليه. وجهل بمعنى: فعل الشيء بخلاف ما حقه أن يفعل. وهذه التقسيمات تكاد تكون تعريفات لغوية للجهل¹.
قسمه المتكلمون أو علماء أصول الدين إلى جهل بسيط وجهل مركب. فالجهل البسيط هو: عدم العلم علما من شأنه أن يكون عالما، والجهل المركب معناه: اعتقاد جازم، غير مطابق للواقع².

وهذين التقسيمين لا يعنينا في هذا المبحث، وإنما ما يعنينا هو تقسيمات الفقهاء وعلماء أصول الفقه، وهو الجهل الذي يكون عارضا من عوارض الأهلية، وشبهة من الشبهات التي يمكن درء الحد بها. ولبحث هذا المطلب، وإيفاء مسأله حقه، ارتأيت تفريعه إلى فرعين.

136- الفرع الأول: تقسيم الحنفية للجهل

يقسم أصوليو الحنفية وهم يتكلمون عن عوارض الأهلية الجهل إلى ستة أقسام، باعتباره عارضا مكتسبا من عوارض الأهلية. وهذه الأقسام هي:

137- القسم الأول: الجهل الذي يتأتى من مكابرة العقل، وترك البرهان القاطع، وهو جهل الكافر، ولا يكون عذرا بحال من الأحوال، بل يؤاخذ به الكافر في الدنيا والآخرة. ويتحمل مسؤوليته عن كل خطأ يصدر منه فيهما.

138- القسم الثاني: الجهل الذي يكون من مكابرة العقل وترك الحجة الجلية أيضا، لكن المكابرة فيه أقل من المكابرة في القسم الأول، لكون الجهل هنا ناشئ عن شبهة منسوبة إلى القرآن العظيم أو السنة النبوية الشريفة. وهذا الجهل هو الذي وقعت فيه الفرق الضالة من أهل الأهواء. وهذا الجهل لا يكون عذرا، ولا يترك أهل هؤلاء الفرق على ضلالهم وجهلهم لكن يتعين محاجبتهم وإقناعهم ليقبلوا العمل بدين الإسلام.

139- القسم الثالث: جهل نشأ عن اجتهاد واستنادا إلى دليل شرعي، لكن فيما لا يجوز فيه الاجتهاد بأن يخالف المجتهد الجاهل ما هو واضح في القرآن العظيم، أو واضح في دلالة قطعي في ثبوته من السنة النبوية الشريفة، أو أن يخالف أمرا فيه إجماع شرعي عند علماء المسلمين، أو من باب أخرى إن كان إجماعا للصحابه رضي الله عنهم. وإن كان هذا النوع من الاجتهاد قد لا يؤثم صاحبه، لكنه لا يكون عذرا في الحكم ولا ينفذ القضاء به.

¹ أنظر إبراهيم مصطفى وحامد عبد القادر وأحمد حسن الزيات ومحمد علي النجار، المعجم الوسيط، ج1، نشر مجمع اللغة العربية بالقاهرة، مطبعة مصدر، طبعة سنة 1381هـ 1961م، ص 144.

وانظر التهانوي محمد علي بن علي، كشاف إصطلاحات الفنون، مرجع سابق، ص 453.

² أنظر فوزية القتامي، الجهل وأثره في الأحكام الشرعية، مرجع سابق، ص 31.

وانظر الأصفهاني أو الأصبهاني حسين بن محمد بن الفضل أبو القاسم المعروف بالراغب، لغوي حكيم ومفسر، توفي سنة 502 أو 500هـ، المفردات، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة نشر، ص 116.

- 140- القسم الرابع:** الجهل الذي ينشأ عن اجتهاد له مسوغ وهو عذر مقبول وينفذ القضاء بما وصل إليه هذا الاجتهاد، على حسبه، وبحسب ما وصل إليه المجتهد.
- 141- القسم الخامس:** الجهل الذي ينشأ عن شبهة وخطأ (غلط) كمن وطئ أجنبية يظنها زوجته (وكان لظنه ما يسوغه) وهذا المجتهد الجاهل يعذر بإسقاط الحد عنه.
- 142- القسم السادس:** الجهل الذي لزمته ضرورة بعذر، وهو أيضا عذر يسقط به الحد كجهل المسلم في دار الحرب أحكام الإسلام، فلا حد بالشرب¹.

143- الفرع الثاني: تقسيم الشيخ محمد أبو زهرة للجهل:

قسم الشيخ محمد أبو زهرة الجهل إلى أربعة أقسام استنادا إلى تقسيم الإمام الشافعي رضي الله عنه للعلم في رسالته «الأم» وقد أورد الشيخ أبو زهرة هذا التقسيم في كل من كتابيه «الجريمة والعقوبة» وحدد الأحكام في كل قسم، سأنتبع تقسيمه في هذا الفرع مرجئا أحكام كل قسم إلا ما تعلق منها بالتقسيم في حد ذاته- إلى المبحث الثالث من هذا الفصل، مبينا تقسيمه للجهل كما هو آت:

144- القسم الأول: جهل لا يعذر فيه صاحبه، ولا شبهة فيه كالردة بعد الإسلام، وارتكاب ما نص القرآن صراحة على تحريمه بنص قاطع، معتقدا حله وهو مسلم كجهل حرمة الزنا في ذاته، وجهل حرمة السرقة والقتل والضرب والجرح، وغيرها من الأمور المنصوص على تحريمها بنصوص قطعية، لأن جهل هذه الأحكام إثم في ذاته فلا يبرر الإثم الإثم.

وألحق الفقهاء بهذا النوع من الجهل جهل غير المسلم بوحداية الله سبحانه وتعالى، وبرسالة سيدنا محمد صلى الله عليه بعد تبليغ رسالة الإسلام إليه على وجهها الصحيح، وهذا الجهل جحود في مقام البينات الصحيحة الواضحة الظاهرة التي لا مسوغ لإنكارها. ولكن هل يعد جهل غير المسلم بالأحكام التي جاءت بها الشريعة بنصوص قطعية لا مجال للشك فيها²؟ سنجيب على هذا السؤال في المبحث الثالث.

145- القسم الثاني: الجهل الذي لا يكون في موضع اشتباه، وهذا الجهل يشتمل أمرين: أولهما: الجهل الذي يكون في مسائل يحتاج فهمها إلى تأويل، وتفسير، وتكون هي محتملة، كتأويل البعض من الناس صفات الله سبحانه وتعالى بما لا يتفق مع ما قال به علماء السلف، فإن هذا النوع من الجهل له تأويل.

وثانيهما: جهل الباغي الخارج عن الحاكم في نظر الحنفية ويخالفهم فيه جمهور الفقهاء. وفحوى رأي الحنفية في هذه المسألة، أن الباغي أي الخارج عن الحاكم بمعارضة مسلحة، إذا تكونت له دولة قائمة بذاتها يحكم فيها، فإن جهله بكونه على غير حق بتأويله الفاسد يعذر فيه، وفيما يترتب من أحكام للشبهة التي كان عليها عند بغيه.

¹ أنظر محب الله بن عبد الشكور، فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت، مرجع سابق، ص 160 و161.

وانظر القرافي، الفروق، ج2، مرجع سابق، ص 148.

وانظر الموسوعة الفقهية، ج16، مرجع سابق، ص 200.

² أنظر الشيخ محمد أبو زهرة، الجريمة، مرجع سابق، ص 464 و465.

وانظر في العقوبة، مرجع سابق، ص 213.

146- القسم الثالث: وهو الجهل الذي يكون عذرا، وقد قرر الشارع اعتباره عذرا، وهو الجهل الذي في موضع الاجتهاد، أو الذي يكون سبب العلم فيه غير متوافر بما فيه الكفاية، أو يكون الجهل في موضع تكون فيه الشبهة مسقطة للعقاب. وهذا النوع من الجهل يتفرع إلى ثلاث فروع:

أولها: في حالة ما يكون الجهل بأمر موضع اجتهاد ويتنازع دليلا فيعمل ما قام بشأنه الدليل الضعيف، كمن ذهب إلى ما ذهب إليه قلة من علماء المدينة واقتصم ممن له عليه قصاص مشترك فيه مع آخرين فعفي عنه الشركاء. فهذا الاجتهاد له مسوغه لأنه وإن كان جمهور الفقهاء على القول بأن القصاص لا يتبع بعض، فإن قلة منهم قالوا: لمن لم يعف أن يقتص¹.

-وكم دخل بجارية ابنه لشبهة الملك التي له فيها لقول النبي صلى الله عليه وسلم «أنت ومالك لأبيك» هذا النص مثبت لشبهة الملك وإن لم يثبت الملك.
-وكحربي يدخل دار الإسلام ويسلم، لكنه يشرب الخمر، ويقول إذا سئل عن عمله كنت أجهل أن الخمر حرام في الإسلام.

وثانيها: عدم توافر أسباب العلم كجهله وجود العلاقة المحرمة بينه وبين التي تزوجها، كمن يعقد على امرأة وبعد الدخول بها يتبين أنها أخته من الرضاع أو من النسب².
وثالثها: أن تقوم أسباب العلم، ومع هذا يدعي الفاعل الجهل، وتكون هذه الحالة حيث لا تتعارض الأدلة مع توافر أسباب العلم. وتتشعب هذه التفرعة إلى شعبتين:

1- أن يكون ادعاء الجهل في مظنته.
2- أن لا تكون مظنة للجهل، كالمسلم في الديار الإسلامية إذا ادعى الجهل، في المحرمات على وجه التأبيد، أو زواج المسلمة بغير المسلم، فإن ذلك يتناول في أمرين:
أ- أن يكون التحريم ثابتا بالقرآن أو بالسنة مجمعا عليه.

ب- أن يكون التحريم ليس محل إجماع كالزواج من الأخت في عدة أختها، الذي لم ير فيه بعض الصحابة بأسا، ومنهم سيدنا عمر رضي الله عنه. وكالعقد على خامسة في عدة المطلقة طلاقا بائنا. والعقد على المطلقة طلاقا مكمل للثلاثة. فكل جهل حكمه كما سيأتي في المبحث القادم (الثالث).

147- القسم الرابع:³ الجهل بالأحكام الإسلامية في غير الديار الإسلامية، فإذا كان العلم بالأحكام في ديار الإسلام ممكنا، فإن هذا العلم في ديار غير الإسلام يصبح متعسرا ومظنة للجهل قائمة، ويختلف هذا القسم عن سابقه في أن القسم السابق مبني على الجهل بالدليل حيث تتعارض الأدلة فيشكل على الشخص معرفة النص أي الدليل الذي يتعين العمل به.

¹ أنظر الشيخ محمد أبو زهرة، الجريمة، مرجع سابق، ص 467 و468
عن البزدوي علي بن محمد بن الحسين بن عبد الكريم أبو الحسن البزدوي من كبار علماء الحنفية في الفقه والأصول، ولد سنة 400هـ في سمرقند، له مؤلفات منها أصول البزدوي، وتفسير القرآن وغيرها. توفي سنة 482هـ.

² أنظر الشيخ محمد أبو زهرة، الجريمة، مرجع سابق، ص 468 و469.
وانظره في العقوبة، مرجع سابق، ص 214 و215.

³ أنظر الشيخ محمد أبو زهرة، الجريمة، مرجع سابق، ص 470.
وانظره في العقوبة، مرجع سابق، ص 216.

أما الجهل في هذا القسم فيتعلق بأصل الخطاب أي التشريع. وقد يترتب عنه أن يمكن شخص مدة لا يصلي ولا يصوم في بلاد غير دار الإسلام. فالفرق بين القسمين الثالث والرابع: أنه في القسم الرابع الجهل بسبب انعدام الدليل أصلاً لدى المكلف، بينما في القسم الثالث فإن الجهل لاشتباه الدليل على المكلف. وعند هذا الحد ننتهي من تقسيم الجهل، فإلى تقسيم الغلط أو الخطأ في المطلب الآتي.

المطلب الثاني أقسام الغلط

148- تمهيد وتقسيم

لقد درج فقهاء الشريعة الغراء كما قلنا على عدم التفرقة بين الغلط والخطأ، وهذا ما عليه جمهور الفقهاء، إذ يعتبرونهما لفظين مترادفين¹، ومعناهما واحد، في حين رأى البعض من العلماء التفريق بينهما في الاستعمال.

- ورأي هؤلاء أن المخطئ يطلق على من أراد الصواب فصار إلى غيره، من غير قصد، ولا إرادة منه، بينما الغالط يطلق على من تعمد سبيل الخطأ.

- ويرجح الدكتور حسين الجبوري وجهة النظر التي ميزت بين الخطأ والغلط.

- وعلى هذا الأساس سار فضيلة الشيخ أبو زهرة، ويرى أن وجهة النظر هذه هي الصائبة سواء من الناحية الأكاديمية، لتحديد وضبط المصطلحات، وسواء لترتيب الأحكام بعد ذلك لأن الغلط يختلف عن الخطأ، والقتل إذا كان خطأ فإنه لم يقصد ولكن إذا كان غلطاً فإنه قصد، لكن لم يقع على من قصد، وهذا ما يفهم من شروح الفقهاء.

- وفي هذا يقول الشيخ أبو زهرة رحمه الله: «فإن الخطأ يكون فيه اعتداء في الفعل، ولا يكون اعتداء في القصد، أما الغلط، فإنه لا بد أن يكون فيه اعتداء في القصد، وربما فيه اعتداء في الفعل، فيكون غلط إذا قصد الاعتداء على معصوم الدم فأصاب غيره، وقد يكون العصيان في القصد ولا يكون في الفعل عصيان كمن يقصد الزنا بامرأة فيتضح أنها حليلته، وعلى ذلك يكون الفرق جوهرياً بين الخطأ والغلط، إذا الخطأ يكون فيه الاعتداء في الفعل دائماً، والقصد يكون سليماً لا معصية فيه. أما الغلط فالقصد آثم دائماً، والفعل قد يكون فيه اعتداء، وقد يكون خالياً من الاعتداء».

وأرى أن أقسمه إلى صنفين، أحدهما في الفرعين الآتين:

149- الفرع الأول: تقسيم الغلط من حيث المؤاخذة عليه وعدم المؤاخذة.

الغلط باعتباره من الوهم يقع فيه الجاني فيصور له الأمر على غير حقيقته، وقد يدفع به إلى اتخاذ موقف معين، إيجابياً كان أو سلبياً.

ويثار التساؤل هل الشريعة الغراء اعتدت بالغلط، ورتبت أحكاماً شرعية له؟

الإجابة على هذا التساؤل يقف عليها الباحث من استقراء أقوال الفقهاء المسلمين وأصوليهم، خاصة الفقهاء في المسائل الجديدة، لعدم وجود نظريات عامة في الفقه الإسلامي التقليدي.

¹ أنظر الشيرازي أبي اسحاق بن إبراهيم بن علي بن يوسف المتوفى سنة 476هـ، المذهب في فقه الإمام الشافعي، ج-1، مصطفى البابي الحلبي، ط2 لسنة 1396هـ، ص 233.

وانظر حاشية بن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار، ج-7، مرجع سابق، ص 422.

وبهذا الاستقراء يتبين أنهم اعتنوا بإيجاد أحكام للغلط، ما يعيننا منها في هذا الفرع هو نوعيه، أما المسؤولية عن كل نوع فسنبحثها في المطلب الآتي، ونوعي الغلط من حيث المؤاخذه عليه وعدم المؤاخذه هما:

150- 1- **الغلط المسقط للعقوبة (الجريمة الظنية):** ويطلق على هذا النوع من الغلط في كتب الفقه الإسلامي: شبهة جهل العبد أو المكلف، وهي تنشأ عندما يأتي الفاعل المكلف الفعل معتقداً بإباحته، ويضرب لذلك الفقهاء أمثلة كثيرة في كتبهم منها: ما ذكره الإمام ابن حزم¹ من كون المرأة تهيو جارتها في هينتها، وتجعلها في حجلتها فيقع عليها زوجها أي زوج المرأة يقصد غلطاً فيها.

- وما قاله ابن قدامة² من أن الرجل تزف إليه العروس ويقال له هذه زوجتك فيطأها، يقصد على سبيل الغلط.

- ومن أخذ مالا اعتقد أنه ملكه وتبين فيما بعد أنه مملوك للغير، وأنه اشتبه عليه الأمر³.
- ومن شرب ما في إناء على ظن أنه ماء فتبين أنه خمر⁴، ومن يعقد على امرأة ثم يتبين أنها أخته بعد الدخول⁵. وقال الحطاب في مواهب الجليل: «ومن تزوج بخامسة وأخته من الرضاع قال ابن حبيب عن أصبغ، وأخته من النسب أو غير الأخوات من ذوات المحارم أو طلق امرأته ثلاثاً ثم تزوجها قبل زوج...».
والأمثلة في كتبهم كثيرة اجتزأت منها ما ذكرت.

151- **الغلط غير المسقط للعقوبة:** وهو غلط ينصب على عنصر لا يدخل في تشكيل عناصر الجريمة، ومن أمثلته حالتي الخطأ في الشخص والشخصية، أي الغلط فيهما.
فالخطأ في الشخص: يوجد حين يقصد الجاني قتل علي فيصيب بعمله المجرم صالحاً، والخطأ في الشخصية: يوجد حين يريد الجاني قتل شخص هو علي ولكن يتضح أن من قتل هو صالح.

ويقول فقهاء الشريعة الغراء: أن الخطأ في الشخص هو خطأ في الفعل، وأما الخطأ في الشخصية: فهو خطأ في ظن الفاعل وقصده⁶.

- وقد ثار خلاف فقهي-سنقف على تفاصيله في المطلب القادم بعد هذا الفرع وفي الفصل الثاني من الباب الثاني- حول تحديد أساس المساءلة الجنائية هنا، هل هي على أساس الخطأ، أم على أساس العمد؟

¹ أنظر ابن حزم، المحلى، ج-13، مرجع سابق، ص 216 و 217.

² أنظر ابن قدامة موفق الدين المقدسي المتوفى سنة 610هـ، المغني، ج 8، دار المنار، طبعة سنة 1334هـ، ص 184.

³ أنظر الشريبي محمد بن أحمد الخطيب المتوفى سنة 377هـ، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، مطبعة الحلبي بمصر، طبعة سنة 1352هـ-1933م، ص 145.

وانظر الدكتور منصور الحفناوي، الشبهات وأثرها في العقوبة الجنائية، دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة القاهرة سنة 1980م، ص 273.

⁴ أنظر الشيخ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، ج 1، مرجع سابق، ص 433.

⁵ أنظر الحطاب أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن الرعيني المتوفى سنة 954هـ، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، مطبعة السعادة، مصر، طبعة سنة 1329هـ، ص 239 و 240.

⁶ أنظر الشيخ عبد القادر عودة، ج 1، التشريع الجنائي الإسلامي، مرجع سابق، ص 437.
وانظر الدكتور عبد العزيز عامر، التعزير في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، دار الفكر العربي، ط 5 لسنة 1976، ص 107.

152- الفرع الثاني: تقسيم الغلط من حيث مقصد الغلط

ينقسم الغلط من هذه الوجهة إلى ثلاثة أقسام تناولها الفقهاء بالبحث في كتبهم متفرقة في المسائل التي يدرجونها في أبواب كتبهم، وبالأستقراء يتبين هذا التقسيم.

153- القسم الأول: أن يكون الغلط في قصد أمر لا معصية فيه، فيقع في أمر فيه معصية، كمن يغلط ويبطأ في الظلام أجنبية على أنها زوجته، وهو ما يعبر الفقهاء عنه بوصف الوطء بشبهة.

154- القسم الثاني: أن يكون الغلط في القصد إلى حرام، هو معصية، ثم يتبين أن الفعل حلال، كمن يقصد إلى قتل شخص على أنه مؤمن عدو له، معصوم الدم فيتبين أنه حربي دمه مباح.

155- القسم الثالث: هو أن يقصد الجاني إلى معين يكون القصد إليه معصية، ولكن يتبين أن من نزلت به جريمته كان غير المقصود وهو معصوم الدم. هذه الأقسام الثلاثة لكل أحكامها التي سنبحثها في المبحث الثالث الآتي.

المبحث الثالث

أثر الجهل بالحكم الشرعي والغلط فيه على مسؤولية المكلفين

156- تمهيد وتقسيم

تكلم علماء المسلمين من متكلمين (علماء أصول الدين) وأصوليين (علماء أصول الفقه) وفقهاء في تفسير ماهية الجهل، وأعطوا له تعريفات، مر معنا نماذج منها. ولعل أبسط نموذج لم نذكره من قبل هو تعريفه بالقول بأنه: «عدم العلم»¹ والجهل يصلح تارة لإعفاء من تلبس به من المؤاخذة باعتباره معذورا، ولا يصلح تارة أخرى.

فالعلماء تصدوا لمسألة جهل المكلف بالحكم الشرعي، بعد أن قام الدليل عليه، وكان للشارع فيه نص وجب على المكلفين العلم به، غير أن أحادهم جهلوه، فلم يمتثلوا لأمره بالفعل أو الكف. وناقشوا ما إذا كان عدم الامتثال في هذا الحال، وقبل التعرف من المكلف على حكم الشارع سبحانه وتعالى على الوجه الصحيح، يكون عذرا في الخروج عن مقتضى الحكم، سواء اعتقد صواب علمه أو لم يعتقد ذلك.

وقسموا الإجابة على هذا التساؤل عدة تقسيمات، سأعتمد منها التقسيم الذي اعتمده أكثرهم²، وهو جيد لمناقشة المسألة، مقسما المبحث إلى مطلبين، كما هو آت:

المطلب الأول: أثر الجهل بالحكم الشرعي على مسؤولية المكلف.

المطلب الثاني: أثر الغلط في الحكم الشرعي على مسؤولية المكلف.

¹ أنظر الدكتور محمد عبد السلام مذكور، الحكم التخييري، مرجع سابق، ص 508.

² أنظر العلامة أمير بادشاه محمد أمين، تيسير التحرير، ج4، مرجع سابق، ص 211 و 227. وأنظر العلامة المحقق ابن أمير الحاج المتوفى سنة 879هـ، التقرير والتحرير، ج3، المطبعة الأميرية ببولاق القاهرة، ط 1 لسنة 1317هـ، ص 312 و 330.

وأنظر الإمام القارافي، الفروق، ج2، مرجع سابق، ص 149.

وأنظر ابن الشيخ الحسين، تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية، ج2، مرجع سابق، ص 223.

مبيناً أحكام كل من الجهل والغلط على حده، في هذه المسألة تمييزاً للشقين (الجهل والغلط) عن بعضهما، ومتنبعا لمسائل كل واحد منهما في كتب الفقه.

المطلب الأول

أثر الجهل بالحكم الشرعي على مسؤولية المكلف

157- تمهيد وتقسيم

الجهل بمعنى عدم العلم مسألة عقلية نفسية، ذاتية تقوم بالإنسان، وتؤثر على قصده الجنائي، وعلى إرادته، فتحول قصده خاصة عن حقيقة المقصود. ويمكن نظرياً لكل من ارتكب جرماً أن يدعي الجهل للتملص من المسؤولية، فهل هناك في فقه الشريعة الغراء من ضوابط لادعاء الجهل، قصد الفكاك من العقاب خاصة؟ ومن تحمل المسؤولية عامة؟

فعلاً لقد ناقش الفقهاء ادعاء الجهل بالأحكام، ووضعوا له ضوابط، وقالوا أن مما قد يدعى من الجهل ما لا يعتد به، ومنها ما يعتد به فعلاً، وفي إطار مناقشة الجهل وأثره في المسؤولية أقسم المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: الجهل الذي لا يعتد به، ولا يرتب أي أثر على مسؤولية المكلف.

الفرع الثاني: الجهل الذي يعتد به، ويؤثر على مسؤولية المكلف.

مبرزاً كلا من النوعين بأمثلة من كتب فقهاء الشريعة الغراء في مختلف مذاهبها.

158- الفرع الأول: الجهل الذي لا يعتد به

أتناول هذا الفرع في نقاط أربعة هي: جهل المسلم، وجهل غير المسلم، ورأيي في المسألة، والخطأ في تفسير النصوص.

159- أولاً: جهل المسلم: بالنسبة للمسلمين، القاعدة العامة أنهم لا يعذرون بجهل الأحكام، ولا يرتب الجهل أي أثر في نفي مسؤوليتهم، سواء الجنائية أو المدنية، هذا إذا تعلق الجهل بأصول التحريم المجمع عليها، كأحكام الصلاة، والزكاة، والحج، كونها فرائض واجبة، وككون السرقة وابتزاز الأموال حرام، وككون التعدي على الأعراض والأبدان حرام، وكل ما هو معلوم من الدين بالضرورة، فإن هذا يستوي فيه المتعلم وغير المتعلم.

- والجدير بالذكر هنا أن غير المسلم في بلاد الإسلام (دار الإسلام) هو إما مستأمن دخل البلاد مؤقتاً، وإما صاحب أمان يقيم على سبيل الدوام في دار الإسلام (ذمي) وهؤلاء هم المعنيون في النقطة الموالية.

- هذا بخصوص الجهل الذي ينشأ عن مكابرة العقل وترك البرهان، إذ هو جحود ومكابرة، إذ القاعدة¹ أنه لا يعذر المسلم بجهله، لما هو ثابت ثبوتاً قطعياً بنص من القرآن وأمن السنة، أو بإجماع صحيح. ولا يعد جهله بها شبهة له تدرأ عنه الحد²، فإذا جنى

¹ أنظر الأستاذ علي حسب الله، أصول التشريع الإسلامي، بدون مكان نشر، ط6 لسنة 1952، ص 416.

² أنظر الشيخ محمد أبو زهرة، الجريمة، مرجع سابق، ص 464 و465 وانظر في العقوبة، مرجع سابق، ص 213.

وانظر الدكتور عبد الرحمن حسين علي علام، أثر الجهل والغلط في القانون على المسؤولية الجنائية. رسالة دكتوراه، غير منشورة، جامعة القاهرة، بدون سنة نشر.

وانظر الدكتور حسين خلف الجبوري، عوارض الأهلية عند الأصوليين، مرجع سابق، ص 239 و240.

المسلم جناية من هذا النوع وادعى جهله بأحكام الشرع وهو مقيم في ديار الإسلام غير حديث عهد به، فإن كانت حدية أقيم عليه الحد وحمل ضمان ما نتج عنها من ضرر، وإن كانت تعزيرية عزز كذلك وحمل الضمان، وإن كانت مما يكفر به، حكم عليه بذلك.

160- ثانياً: جهل الكافر: أما الكافر في بلد المسلمين بأمن أو أمان، فإن علماء المسلمين متفقون على أنه لا عذر له بالجهل إذا تعلق الأمر بالجرائم الماسة بحقوق العباد، فإنه يحمل المسؤولية عنها من عقوبة وتعويض، وكذا الأمر في الجرائم الحدية عامة، أما فيما يتصل من الجرائم بعقائدهم، وأحكام الحل والحرمة عندهم، في طعامهم وشرابهم، وأحوالهم الشخصية، فإن أبا حنيفة يرى: أن التحريم لغير المسلم لم يثبت من حيث الأصل في التعامل وتطبيق الأحكام، وعلى ذلك لا يصح لمسلم أن يتلف خمر الذمي، أو خنزيراً له، وتحترم ملكيته لهما. كما يقرر أنه لا يتعرض لهم إذا تزوجوا من محارمهم إذا كان الدين الذي يدينون به يسمح لهم بذلك، كالمجوس يتزوجون بناتهم وأمهاتهم، وأنه لا يجوز للحاكم أن يحكم عليه بتعزير على ذلك فضلاً عن أن يقيم عليهم الحد، وإن ترفعوا أمام قاض المسلمين حكم في الزواج بما ترتب عليه من آثار كالنسب والنفقة والتوارث، ولا يحكم بصحته. باعتبار أننا أمرنا بتركهم وما يدينون في أحوالهم الشخصية. وخالف أبو حنيفة أصحابه، كما خالفه جمهور الفقهاء في ذلك، وقال الإمام أبو زهرة مخالفاً له أن دخولهم بالمحرم يعد شبهة تسقط عليهم الحد لتحليل دينهم ذلك وقول الشبهة بهذا التحليل¹.

أما جمهور الفقهاء فقد قلنا أنهم يخالفون الإمام أبا حنيفة رضي الله عنه، فهذا الإمام الشافعي رضي الله عنه يقول بشأن قاعدة لا عذر بجهل الأحكام التي هي معلومة من الدين بالضرورة: «تطبق على المسلمين كما تطبق على غير المسلمين القاطنين في الديار الإسلامية على أساس أن إقامة الذميين (أهل ذمة الله ورسوله) في الديار الإسلامية توجب عليهم معرفة قوانين الدولة التي يقيمون فيها، والزواج الإجتماعية التي تطبق على المسلمين، إذ يجب أن يعرف أن السارق تقطع يده، وأن من قتل يقتل، وأن أكل أموال الناس بالباطل حرام. فضلاً عن أن إقامتهم في الديار الإسلامية توجب لهم ما للمسلمين وما عليهم، والقول بغير ذلك يهدم الأحكام في حقهم، وأصبحوا معفيين من الحدود والقصاص بدعوى الجهل الذي لا تشهد الحال لهم فيها»².

- ويستند علماء الشريعة في ذلك إلى أن الرسول صلى الله عليه وسلم أقام الحد على يهوديين زنياً، وقام الدليل عليهما أمامه، ولو كان لهما ما يدرآن به الحد لادعياه³.

- ويقول ابن قدامة في هذا ما نصه: «إذا رفع إلى الحاكم من أهل الذمة من محرم، يوجب العقوبة مما هو محرم عليه في دينه كالزنا والقذف والسرقة، فعليه إقامة حده عليه، فإن كان زناً جلده، وإن كان سكران عذب، وإن كان محصناً رجم، كما روى عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أتى يهوديين فجراً بعد إحصانتهما فأمر برجمهما فرجما».

161- رأيي في المسألة: أرى أن ما ذهب إليه الجمهور أقوى حجة وأكثر تماشياً مع مقاصد الشارع الحكيم، إذ من أهم مقاصده صون المجتمع وحمائته من الفساد، فإذا سلمنا

¹ أنظر الشيخ محمد أبو زهرة، الجريمة، مرجع سابق، ص 165.

وانظره في العقوبة، مرجع سابق، ص 213.

² أنظر الإمام الشافعي أحد أئمة المذاهب الأربعة، الرسالة، تحقيق وشرح محمد أحمد شاكر، مرجع سابق، ص 154.

وانظر الدكتور منصور الحفناوي، الشبهات وأثرها في العقوبة، مرجع سابق، ص 265.

³ أنظر ابن قدامة، المغني، ج 11، دار الكتاب العربي، بيروت، طبعة 1392هـ/1972م، ص 129 و130.

بوجهة نظر أبي حنيفة المتطرفة في اتجاه شخصية العقوبة، على ما هي عليها، يتسبب هؤلاء المستأمنون الذميون في تحلل المجتمع المسلم-الذي هم فيه أهل ذمة الله ورسوله- بما يشيعون فيه من مفسد يقولون أن دينهم يحلها. بل إن القاعدة أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين تلزمهم بأحكام الإسلام على الأقل في ظاهر حالهم، وذلك في المسائل التي تمس النظام العام للمجتمع المسلم، وإن أرادوا أن يخالفوا لأن دينهم مخالف تعين عليهم أن يتحصلوا على إذن من الحاكم المسلم، وله التقدير في منح الإذن إن كان الأمر لا يؤثر على النظام العام للمجتمع، وأن لا يمنحه إن كان ما يراد عمله ماسا بنظامه العام، وللمقننين في بلاد الإسلام تقنين أحكام ينظمون بها هذه المسائل ابتداء، وهذا ما يتوافق مع مبدأ إقليمية القوانين.

وإن وجدت مسائل تقتضي اتباع مبدأ شخصية القوانين ينص عليها كذلك.

162- ثالثاً: مسألة الخطأ في تفسير النصوص

الشرعية الغراء، في حكم فقائها يسوون بين من خالف الأمر والنهي الواردين في النصوص الشرعية نتيجة الجهل بها، وبين من يجهل التفسير الصحيح لهذه النصوص. فلو ادعى الجاني أن النص لا يدل على التحريم، أو أن نصاً آخر أباح الفعل، وكان ذلك بسبب جهل منه، فيما لا يعذر فيه بالجهل، فإن تفسيره الخاطئ هذا لا يعذر به، ولا يمنع من تحميله كامل مسؤوليته من الناحية الجزائية، ومن الناحية المدنية إذا ترتب على فعله ضرر أي تحميله العقوبة والإرش كما يعبر عنه في فقه الشريعة الغراء.

- ويستدل علماء الشريعة الغراء على ذلك بما قرره أمير المؤمنين سيدنا عمر رضي الله عنه حينما شرب الخمر أحد المهاجرين، فأمر بجلده ثمانين، فقال الرجل: لم تجلدني وبينني وبينك كتاب الله؟ فقال عمر: وفي أي كتاب تجد لا أجلك؟ فقال الرجل: أن الله يقول في كتابه: «ليس على الذين آمنوا و عملوا الصالحات جناح فيما طعموا إذا ما اتقوا وآمنوا و عملوا الصالحات ثم اتقوا وآمنوا ثم اتقوا وأحسنوا، والله يحب المحسنين»¹، فأنا² من الذين آمنوا و عملوا الصالحات ثم اتقوا وآمنوا ثم اتقوا وأحسنوا، فقال عمر: ألا تردون عليه ما يقول، فقال ابن عباس أن هذه الآيات نزلت عذراً لمن عذر وحجة على الناس كافة، فقال عمر رضي الله عنه: أنه إذا شرب يسكر وإذا سكر هذى، وإذا هذى افتري، وعلى المفتري ثمانون جلدة، فأمر رضي الله عنه، فجلد ثمانين جلدة³.

وفي رواية أخرى فإن عمر رضي الله عنه قال لمن احتج بآية وفسرها على غير وجهها الصحيح، وأخطأ التفسير: أخطأت التأويل، إذا اتقيت الله اجتنبت ما حرم الله، وأمر بالجلد. فالغلط أو الجهل بالتفسير يأخذ حكم الجهل بالأمر والنهي التشريعي وذلك تطبيقاً للقاعدة الشرعية القائلة: «بأن الجهل في دار الإسلام لا يعتبر عذراً» وذلك لأن الجاهل بالحكم يمكنه أن يعلم به عن طريق الاستفسار وسؤال أهل الذكر كما قال سبحانه وتعالى: «فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون»⁴. فالنصوص التشريعية تعتبر معلومة للكافة، ولو لم يطلع عليها أغلبهم، طالما العلم بها ممكن لهم فلا يسوغ لهم أن يتركوا واجباً ولا أن

¹ الآية 93-95 عند ورش من سورة المائدة (5).

² الرجل هو قدامة بن مضعون، أنظر الشيخ بن عاشور، التحرير والتنوير، مرجع سابق، ص 37.

³ أنظر القرطبي أبو بكر عبد الله بن محمد أحمد الأنصاري الخزرجي، الجامع لأحكام القرآن، ج3، دار الكتب المصرية، طبعة سنة 1396 هـ - 1950 م، ص 294.

⁴ الآية 7 من سورة الأنبياء (21).

يفعلوا محرماً بدعوى عدم العلم بالحكم مع إمكان العلم، ومن قصر في ذلك فهو آثم لتقصيره في طلب العلم بما هو ضروري له. ويؤيد هذا قوله سبحانه وتعالى: «ولا تقف ما ليس لك به علم»¹. وقول الرسول صلى الله عليه وسلم: «طلب العلم فريضة على كل مسلم»².

الفرع الثاني: الجهل الذي يعتد به ويؤثر على مسؤولية المكلف

163- تمهيد وتقسيم

الأعذار منها ما هو معفو من العقاب، ومنها ما هو مخفف له، والشرعية في هذه المسألة شأنها شأن القوانين الوضعية، تعرف العذر المعفي والعذر المخفف، والعذر المعفي هنا في الجهل يعتد به، ويؤثر على مسؤولية المكلف بمنع مسؤوليته أي ينفىها، وسأبحث هذا مبيناً الأدلة التي تقوم عليها الأحكام التي قال بها الفقهاء والمذاهب الفكرية لمفكري الأمة الإسلامية.

164- الأصل في المسؤولية التكليف أولاً ثم بعد ذلك يكون المكلف مطالباً بأن يقوم بما كلف به، إذا كان أمراً فعله، وإن كان نهياً انتهى عنه. بحسب ما إذا كان الأمر أو النهي للوجوب أو التحريم، أم لما دون ذلك أي النذب والكرهية.

وفي هذا يقول الله سبحانه وتعالى: «وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا»³، وفيه يقول الرسول صلى الله عليه وسلم: «إن الله رفع عن أمتي الخطأ والنسيان، وما استكروها عليه»⁴، فهذا الحديث النبوي الشريف يشير إلى تعلق المسؤولية بالإرادة السليمة من كل عيب.

والآية الكريمة قبله تقرر قاعدة شرعية أخرى، وهي أن لا مؤاخذه أي لا حساب إلا بعد التبليغ أي بعد التشريع. فالتشريع إذن أولاً ثم تأتي المحاسبة بعد تبليغ هذا التشريع أي بعد بلوغ رسالة النبيين -على نبينا وعليهم أفضل الصلاة وأزكى التسليم- وهذا ما هو جار في الرسالة المحمدية الخاتمة، التي تدرس هذه الدراسة على أساسها.

ومع هذا فالفكر الإسلامي اختلف حول مسألة المساءلة بعد التبليغ وحتى دون حصوله فكان للمعتزلة رأيهم، ولغيرهم من السلف والأشاعرة رأيهم وهذا ما سأتناوله في النقطتين الآتيتين:

¹ الآية 36 من سورة الإسراء (17).

² أخرجه ابن ماجه 224 وابن عبد البر في جامع بيان العلم 9-11 والطبراني في الصغير 22 من طرق عن أنس وهو عند البيهقي في الشعب من عدة طرق وجاء من غير طريق أنس أيضاً كابن مسعود عند الطبراني في الكبير 10439 وابن عباس وأبي سعيد عند الطبراني في الأوسط مجمع الزوائد 120\1 وهو في الصغير أيضاً 61 عن الحسين بن علي وذكره في كنز العمال 28651 معزواً أيضاً لتمام عن ابن عمر وللخطيب عن علي . وقد ضعفه رغم طرقه هذه ابن الصلاح في مقدمته 223 مع التقييد والبيهقي وابن عبد البر وغيرهم والحق أن الحديث طرقاً أخرى عن أنس عند ابن عدي والعقيلي وهو بمجموع طرقه قابل للاعتضاد والتقوية ففيها ما يصلح لذلك كما نقل الكنانى في تنزيه الشريعة 1\ 258 عن الذهبي قوله (روي عن علي وابن مسعود وابن عمر وجابر وأنس وأبي سعيد وبعض طرقه أوهي من بعض وبعضها صالح ؛ والله أعلم) أه ونقل الكنانى أيضاً تحسينه عن الحافظ أبي الحجاج المزي والحافظ العراقي وكذا حسنه السيوطي في التدريب 157\2 ونقله أيضاً عن المزي وقد صححه الشيخ الألباني في صحيح الجامع 3808 و 3809.

³ الآية 15 من سورة الإسراء (17).

⁴ وفي رواية أخرى: إن الله تعالى وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكروها عليه. وفي لفظ: إن الله تعالى تجاوز لي عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكروها عليه. وفي لفظ: رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكروها عليه. رواه أحمد والطبراني وغيرهما وصححه الألباني.

165- أولا مذهب المعتزلة¹: يقول أنصار هذا المذهب: أن الإنسان العاقل يستطيع أن يقف على الحقيقة، ويتعرف على آثارها ويحكم عليها بالحسن والقبح بمجرد عقله، فبه يحكم على الأفعال والأقوال والأشياء بالحسن أو القبح، فما قبحه العقل وذمه كان فعله محرما وما حسنه العقل يكون حسنا وفعله مباحا.

- ويترتب منطقيا على وجهة نظر المعتزلة هاتيه: أن من لم تبلغه دعوة الرسل ولا شرائعهم مكلفون من الخالق سبحانه وتعالى باجتنب ما تهديهم عقولهم إلى أنه قبيح، وأن الله معاقبهم عليه إن هم فعلوه، أما إن هداهم عقولهم على أن فعلا ما حسنا فإن فعلوه أثابهم الله على ذلك.

166- ثانيا- مذهب أهل السنة والجماعة والأشاعرة: يقول أتباع هذا المذهب: أن العقل لا يرجع إليه كمعيار به يمكن الحكم على ما إذا كان الفعل يعد حسنا أو قبيحا، إنما الله سبحانه وتعالى هو الذي يحدد لنا بشرعه ما هو حسن وما هو قبيح.

فالحسن من أفعال العباد هو ما دل الشارع على حسنه، وطلب فعله، والقبيح من أفعالهم ما دل الشارع سبحانه وتعالى على أنه قبيح وطلب تركه.

- وتبعاً لذلك لا يكلف العبد من الله سبحانه وتعالى بفعل شيء أو ترك شيء حتى تبلغه الرسالة، ويبلغه شرع الله سبحانه وتعالى. ولا يعاقب على فعل أو ترك إلا إن أعلم عن طريق الرسول صلى الله عليه وسلم ما يجب فعله وما يجب تركه.

وأن من عاش في عزلة تامة بحيث لم تبلغه دعوة الرسول صلى الله عليه وسلم، فهو غير مكلف من الله سبحانه وتعالى بشيء ولا يستحق العقاب ولا الثواب. وأن أهل الفترة بين الرسل لا ثواب لهم ولا عقاب عليهم وهم غير مكلفين بشيء²، وذلك تطبيقاً لقوله سبحانه وتعالى: «...وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا»³.

- وهذا ما عرف عن الصحابة رضوان الله عليهم، إذ يقول ابن قدامة: «ولا حد على من لم يعلم تحريم الزنا، قال عمر وعثمان وعلي: لا حد إلا على من علمه، وبهذا قال عامة أهل العلم، فإن ادعى الجاني الجهل بالتحريم، وكان يحتمل أن يجهله، كحديث عهد بالإسلام، والناشئ ببادية لأنه يجوز أن يكون صادقا» وقال ابن قدامة أيضا: «وإن ادعى الجهل بفساد نكاح باطل قبل قوله، لأن عمر قبل قول المدعي للجهل بالتحريم، كتحريم النكاح في العدة، ولأن مثل هذا يجهله الكثير، ويخفى على غير أهل العلم»⁴.

¹ المعتزلة فرقة في أمة الإسلام ظهرت كمدرسة من مدارس الفكر الإسلامي وعلم الكلام في بداية القرن الهجري الثاني بمدينة البصرة التي كانت حينها مركز شعاع علمي وحضاري مشبع جوها بآثار الثقافات الأجنبية وموضع يلتقي فيه أهل الديانات المختلفة. ويختلف في تسميتهم، فمن قائل بأنها بسبب اعتزالهم قول الأمة بشأن مرتكب الكبيرة باعتباره في منزلة بين منزلتي الكفر والإيمان، ومن قائل أن زعيمها وأصل بن عطاء لما اختلف مع الحسن البصري في هذه المسألة، وأدلى برأيه فيها اعتزل مجلس الحسن هو وبعض من وافقه الرأي فقال الحسن: اعتزل عنا وأصل، ومن قائل أن سبب التسمية اعتزال علمائهم الناس واعتكافهم على طلب العلم، ويسمون أنفسهم أهل الحد والتوحيد وأهل الحق. أنظر زهدي جار الله، المعتزلة، نشر المؤسسة العربية للدراسة والنشر، ط6، لسنة 1410هـ-1990، ص 9 وما بعدها.

² أنظر الدكتور زكرياء البري، أصول الفقه الإسلامي، دار النهضة، طبعة سنة 1980، ص 284 و285.

وانظر الدكتور زهدي جار الله، المعتزلة، مرجع سابق، ص 94 وما بعدها.

³ الآية 15 من سورة الإسراء (17).

⁴ أنظر ابن قدامة، المغني، ج8، مرجع سابق، ص 85.

وانظر ابن عابدين محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي المتوفى سنة 1252هـ، حاشيته على الدر المختار المسماة رد المختار على الدر المختار، شرح تنوير الأبصار، دار المعرفة، بيروت، طبعة 3، بدون سنة نشر، ص 6.

ويذكر الفقهاء أن الجهل دارنا للحد-استنادا إلى القولين السابقين لابن تيمية- في حالات ثلاثة، ويقول بعض الفقهاء القدامى: أن الجهل مسقط للعقوبة، وهذا ما سأبينه في النقاط الآتية:

167- أ-إن كانت سبل العلم بعيدة المنال، ووسائله غير ميسرة، كجهل من يقيم بعيدا عن الديار الإسلامية بأحكام الإسلام.

فإن كان الجهل في الأصل لا يسقط الخطاب، ولا ينفي العقاب، فإن الجهل بالحكم نتيجة تعسر معرفته يسقط الخطاب، والعقاب¹، تطبيقا لقوله تعالى: «وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا»².

168- ب-حادثة العهد بالإسلام: إذا أسلم شخص حديثا وكان يجهل الأحكام الشرعية ولم يتيسر له معرفتها بعد، لكونه كان بعيدا عن ديار الإسلام، أو لكون ديانتته لا تحرم شيئا حرمه الإسلام، فجهله هنا ينفي وصف الجريمة على فعله إن كان محرما في حكم الإسلام حتى يعلم الحكم فيه³.

169-ج-حالة الذمي الذي دخل دار الإسلام حديثا، وبقي على ما في دينه من إباحات حتى لو أن الإسلام يحرمها- وهذا حتى في نظر الجمهور القائلين: بأن له ما لنا وعليه ما علينا- فإن جهله بحكم الإسلام في هذه الأمور لحادثة عهده بدياره يرفع التجريم عن فعله حتى يعلم حكم الإسلام فيه بخلاف ما إذا أتى حتى ما يحرمه دينه.

-فقد أورد ابن الهمام في كتابه «فتح القدير»⁴ ما نصه: «ينبغي أن تعلم أن ادعاء الجهل بتحريم الزنا لا يعفي الجاني من العقوبة المقررة حتى ولو كان قريب عهد بالإسلام، فالحربي إذا دخل دار الإسلام فأسلم فرنا، وقال ظننت أنه حلال، لا يلتفت إلى قوله، ويحد، ولو كان فعله أول يوم دخل دار الإسلام لأن الزنا حرام في جميع الأديان».

170-د- جهل المسلم بحكم من الأحكام التي هي موضع اجتهاد بين الفقهاء: إذا جهل المسلم حكما غير مجمع عليه بين الفقهاء، ولم يكن في وسعه معرفة الحكم، فالجهل هنا يمكن أخذه في الاعتبار نظرا لأن الحكم في مثل هذه الحالة يحتاج المكلف لكي يصل إليه إلى إعمال الفكر، وهذا غير ميسر إلا للعلماء، كما أن اختلاف العلماء في شأن مسألة معينة شبهة دارئة للحد، على قول كثير من الفقهاء من شافعية وحنابلة، ومن نهج نهجهم من باقي المذاهب الأخرى، فقد أعذر سيدنا عمر رضي الله عنه في الزواج بأخت لم تنقض عدة أختها لجهل الفاعل بالحكم. كما أن زواج خامسة في عدة المطلقة طلاقا بائنا، فإن كل ذلك موضوع خلاف، ومثل ذلك النكاح بلا ولي أو شهود لا حد فيه لاختلاف العلماء في حله، واختلافهم شبهة تدرأ الحد⁵.

¹أنظر الشيخ محمد أبو زهرة، العقوبة، مرجع سابق، ص 217.

وانظر الدكتور منصور الحفناوي، الشبهات وأثرها في العقوبة الجنائية، مرجع سابق، ص 27.

²الآية 15 من سورة الإسراء(17).

³أنظر الأنصاري زكرياء بن محمد بن زكرياء الشافعي المتوفى سنة 926هـ، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، ج1، دار إحياء الكتب الدينية، بدون سنة نشر، ص 165.

⁴أنظر ابن همام، فتح القدير، ج4، مرجع سابق، ص 146.

⁵أنظر ابن همام، فتح القدير، ج4، مرجع سابق، ص 146.

وانظر السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ص 6.

171- وقد ذكر الخطاب في كتابه: «مواهب الجليل» ما نصه: «... ومن طلق امرأته طلاقاً واحدة ثم وطئها بعد الطلقة، وقال ظننت أنه لا يبينها منه إلا الثلاثة فلا صدق ولا حد عليه، إذ عذر بجهل، ولو طلقها بعد البناء ثلاثاً ثم وطئها في العدة، وقال ظننت ذلك يحل فإنه عذرا بالجهالة لا يحد، وكذلك من تزوج خامسة أو أختها من الرضاة أو النسب (في العدة) عذر بجهالة التحريم ولم يحد»¹.

172- وقد ذكر ابن حزم في كتابه «المحلى» ما نصه: «من أصاب شيئاً محرماً فيه حد أو لا حد فيه، وهو جاهل بتحريم الله تعالى له، فلا شيء عليه فيه - لا إثم ولا حد ولا ملامة - لكن يعلم، فإذا عاد أقيم عليه حد الله تعالى، فإذا ادعى جهالة نظر. فإن كان ذلك ممكناً قلا حد عليه أصلاً، وقد قال قوم بتحليفه، ولا نرى عليه حداً ولا تحليفاً، وإن كان متيقناً أنه كاذب لم يلتفت إلى دعواه».

- وقد استند ابن حزم على ما ذهب إليه بأدلة متعددة، منها ما روي عن السلف، من أن امرأة أتت إلى علي بن أبي طالب كرم الله وجهه ورضي عنه، فقالت: إن زوجي زنا بجارتني، فقال صدقت، هي وما لها إلى حد، فقال له علي اذهب ولا تعد كأنه درأ عنه الحد بالجهالة². كما روي عن ابن المسيب أن عاملاً لعمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب إليه يخبره أن رجلاً اعترف بالزنا، فكتب إليه عمر أن سله، هل كان يعلم أنه حرام؟ فإن قال: نعم، فأقم عليه الحد، وإن قال: لا، فأعلمه أنه محرم³، فإن عاد فأحده.

- فالثابت أن على الحاكم أن يبلغ في دار الإسلام الأحكام لمن فيها من مسلمين وأهل ذمة، فتعلم في معظمها، أما ما يبقى منها ما يحتاج إلى اجتهاد، فلا لوم على من جهله لكون الجهل فيه حتمي.

173- يبقى أن أقول أن رأيي في مسألة مسؤولية المكلفين على أفعالهم، وخاصة معرفة المكلف لأحكام الشرع من حظر وإباحة، إن رأي المعتزلة، مع احترامهم للفكر الممجد للعقل الذي ميز الله سبحانه وتعالى به بني آدم، وإن كنت لا أذهب معهم في تمجيده إلى تحكيمه على النص بل النص حاكم عليه، قلت رأيي أن رأيهم متشدد كثيراً فلا يمكن معه نفي العلم للإفلات من العقاب إلا إذا ثبت ذهاب العقل، في حين أن رأي أهل السنة والجماعة والأشاعرة مر معنا قولهم بأن الجهالة إذا كان لها مسوغ ترفع الحد واللامة على الجاهل.

وأرى أن هذا هو الرأي المعقول، لأنه إذا كان عقل الإنسان في جملته يعرف الحسن والقبح، وأن على الإنسان أن يعمل ما هو حسن، ويتجنب ما هو قبيح فيكون بذلك قد طبق حكم الشرع، فإن أغلب الناس لا يعرف الحسن والقبح حقيقة، بل قد يستحسن العبد ما هو قبيح، ويستقبح ما هو حسن، فكيف يحاسب هذا؟ أما معيار أهل السنة والجماعة

وانظر الأستاذ علي حسب الله، أصول التشريع الإسلامي، مرجع سابق، ص 412.

¹ أنظر الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج6، مرجع سابق، ص 293.

² أنظر ابن حزم: المحلى، ج13، مرجع سابق، ص 118 و 119.

³ نفس الصفحة 118 من نفس المرجع.

فموضوعي تراعى فيه القرائن وواقع الحال، فإذا كان المخطئ حديث العهد بالإسلام، أو بعيد الدار عن داره، فهذا واقع حال يكون قرينة على جهله بالحكم، فلا يؤاخذ. فالثواب والعقاب على طاعة حكم الشرع، لا على اتباع حكم العقل.

المطلب الثاني

أثر الغلط في الحكم الشرعي على مسؤولية المكلف

174- تمهيد وتقسيم

الغلط كنوع من الجهل المركب، ومن الوهم الذي يعتري ذهن وعقل الإنسان، فيتصور الجاني المتلبس به الأمور على غير حقيقتها، وقد يدفعه ذلك إلى اتخاذ موقف معين إيجابي أو سلبي، فيكون ذلك مخالفاً لأحكام الشرع مؤثماً.

- فهنا يثار التساؤل ما إذا الشريعة الغراء اعتدت بالغلط وحددت له أحكاماً، ونقف على ذلك من استقراء كتب الفقه وأصوله، فنجد أنهم نظروا للغلط، من غير أن يجمعوا آراءهم وقواعدهم في نظرية عامة، كما هو الحال في الفقه الوضعي، بل لكون فقههم عملياً (كما يعبر عنه الدكتور السنهوري) نصوا على أحكام الغلط متفرقة في أبواب الفقه وبمناسبة مناقشة مسائله، فتبين من أحكامهم أن من الغلط ما لا أثر له على مسؤولية المكلف الجنائية والمدنية، ومنه ما يسقط المسؤولية، وسأتناول هذا المطلب في فروع ثلاثة:

الفرع الأول: الغلط المسقط للمسؤولية

الفرع الثاني: الغلط الذي لا يسقط المسؤولية

الفرع الثالث: الجريمة المتعدية القصد

سأتناول هذه الفروع باستقصاء الغلط في كتب الفقه وأصوله، والذي يعبر عنه

أحياناً كما سبق في علمنا - بالخطأ

175- الفرع الأول: الغلط المسقط للمسؤولية

يذكر الفقهاء أمثلة من الغلط تسقط العقاب وبالتالي المسؤولية الجزائية، ويبقى

الأرش، أو التعويض عن المسؤولية المدنية لمن تضرر.

- ومن أمثلتهم أن الرجل الذي تهىء له زوجته جارتها في هياتها وتجعلها في حجلتها فإنه لا عقوبة على الرجل لغلطه في المرأة ظناً منه أنها زوجته.

وأن المرأة التي وقع عليها إن كانت تعلم بما سيقع ولم تكن في وضع الغلط كالرجل، تحد على الزنا. والمرأة التي تسببت في وقوع الرجل على جارتها يقول الفقهاء «تتكلم» أي تعاقب تعزيراً بما يراه الحاكم مما دون الحد¹.

وجمهور الفقهاء مع أن هذا ومثله ممن تدس لهم المرأة فيطأها بظن أنها زوجته لا حد عليه لأن فعله لم يقصد به زنا².

¹ أنظر ابن حزم، المحلى، مرجع سابق، ص 210 و 217.

وأنظر الشيخ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، مرجع سابق، ص 433.

² أنظر الخطيب البغدادي الشيخ الشربيني أبي شجاع المتوفى سنة 977هـ، مغني المحتاج شرح متن المنهاج لأبي زكرياء النووي، ج4، مكتبة الباوي وأولاده بمصر، طبعة سنة 1377هـ 1958م، ص 145.

إلا ما قاله أبو حنيفة- رضي الله عنه- فيما حكى عنه: أنه يعاقب حداً، لأنه وطئ في محل لا ملك له فيه.

وعلماء الأحناف يقولون بحد من وقع على امرأة بظن أنها زوجته ما لم يكن أعمى. وأن من نادى زوجته وأجابته أخرى فحضرت ووطئها يحد، إلا إذا كان من غير الممكن أن يميزها، لظلام، وحداثة عهده بعشرتها، لا يميز صوتها عن أصوات غيرها من النساء¹.
- أما إذا ذهب رجل ليصطاد في الغابة فرأى شيئاً تحرك ظنه طريدة صيد، فأطلق النار عليه، فإذا هو إنسان أصابه فمات، فإنه في هذه الحالة لا يعد مرتكباً لجريمة قتل عمدية، لأنه لم يقصد قتل هذا الإنسان، فالقصد الجنائي هنا منعدم، ولا علاقة لتعمد الصياد بقتل الإنسان.

176- الفرع الثاني: الغلط الذي لا يسقط المسؤولية

الغلط الذي لا يسقط المسؤولية سواء الجنائية أو المدنية، هو الذي انصب على عنصر خارج عن نطاق التجريم، أي لم يمس بأركان وشروط تجريم الفعل، كما إذا غلط الجاني في الشخص الذي أراد قتله بإصابة غيره، أو غلط إذ أراد قتل زيد لكنه قتل بدلاً منه عمراً بسبب الغلط في الشخصية، فالجاني هنا يتحمل مسؤولية فعله من الناحية الجنائية، ومن الناحية المدنية كاملة.

فمن الناحية الجزائية يقتصر منه، وإذا سقط القصاص بسبب من الأسباب المسقطة عزره الحاكم بما يرى من تعزيز².

وفي الجانب المدني يتحمل الدية أو الصلح على دم من قتل مع أولياء دمه.
وإن كان الجدل قائماً حول اعتبار القتل عمداً أو خطأ³.

- وأمثلة كثيرة في كتب الفقه الإسلامي يرى الفقهاء أنه لا تأثير على مسؤولية الفاعل المكلف، كمن يدخل منزلاً لسرقته مال صاحبه، ويسرق مالا يجده بالمنزل لكن يتضح أنه غير مملوك لصاحبه.

وكل غلط تعلق بالنتيجة فلا أثر له، لأن النتيجة لا تعد من عناصر الجريمة. فالغلط فيها غير ناف للمسؤولية الجنائية وبالأحرى المدنية- لعدم انتفاء القصد، كما أن الغلط في صفة المسروق لا تأثير له على المسؤولية، لأنه مما لا يحيط به قصد الجاني⁴.

¹ أنظر الشيخ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، ج2، مرجع سابق، ص366.

وانظر ابن قدامة، المغني، ج10، مرجع سابق، ص155.

وانظر ابن همام، فتح القدير، مرجع سابق، ص14 و41.

² أنظر الشيخ محمد أبو زهرة، الجريمة، مرجع سابق، ص450.

وانظره في العقوبة، مرجع سابق، ص209 وما بعدها.

وانظر الشيخ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، ج1، مرجع سابق، ص437.

وانظر الدكتور عبد العزيز عامر، التعزير في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص107.

³ أنظر الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج6، مرجع سابق، ص240.

وانظر الدردير سيدي أحمد بن محمد أحمد العدوي أبو البركان المتوفى سنة 776هـ، شرح الدردير على مختصر خليل

، ج4، دار الفكر، بدون سنة نشر، ص215.

⁴ أنظر الشعراني أبو المواهب عبد الوهاب بن أحمد بن علي الأنصاري الشافعي، كشف الغمة عن جميع الأمة، ج7،

شركة البابي الحلبي وأولاده بمصر، بدون سنة نشر، ص237.

وانظر الخطيب محمد الشربيني المتوفى سنة 977هـ، الإقناع في ألفاظ أبي شجاع، ج4، مطبعة صبيح، القاهرة، بدون

سنة نشر، ص108.

وانظر الأنصاري، فتح الوهاب، ج1، مرجع سابق، ص156.

177- الفرع الثالث: الجريمة المتعدية القصد

عرف الفقه الإسلامي الجريمة المتعدية القصد، وتعرض الفقهاء للحكم في هذا الموضوع في مؤلفاتهم، فقد ذكر ابن حزم في كتابه «المحلى» ما نصه: «حدثنا عبد الله ابن ربيع عن ابن مفرج عن قاسم بن أصبغ عن ابن وضاح عن سحنون عن ابن وهب أخبرنا ابن لهيعة، عن عبد الله بن هبيرة السبائي أن رجلا رمى حداة فخرت الحدأة على صبي فقتلته، قال هو على الذي رمى، وكل شيء يكون من فعل رجل فهو عليه. قال: وبلغني عن يحيى بن سعيد أنه قال في رجل مر برجل وهو يحمل على ظهره حجرا فسقط منه فأصاب رجلا فقتله: فعليه دية المقتول، قال سحنون: هذه مسألة سواء»¹.

178- وورد في نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ما نصه: «من يدخل أصبعا في عين إنسان، ففققأها، أو أذهب بصرها، ومن رمى إنسانا بحجر فهشم رأسه سئل عن جناية متعمدة لا شبه عمدية، أما من لطم شخصا أو لكزه رأسا، أو أمسك رجله، أو ضربه بعصا خفيفة فأدى ذلك إلى وفاته، أو فقد منفعة عضو من أعضائه، سئل عن جناية على النفس أو ما دون النفس شبه عمدية، وليست متعمدة، وتوقع عليه عقوبة التعزير والدية المغلظة، أو حتى القتل تعزيرا عند من يقول به»².

179- ويرى الإمامين الشافعي وأحمد رضي الله عنهما أن من صفع شخصا ففققأ عينه، أو أذهب بصره، دون أن يقصد إلى ذلك لا يسأل عن الفعل بوصفه تعمد، ولكن يسأل عنه بوصفه شبه عمد³. فالفقهاء المسلمون وضعوا أحكاما للجريمة المتجاوزة القصد.

180- وفي إطار الغلط كالحال في الجهل فإن الفقهاء، قد قالوا بأحكام اعتدوا فيها بأنها من أسباب انتفاء المسؤولية، بشرط أن يكونا متعلقين بما يعد من عناصر الجريمة، وما ينبغي أن يحيط علم الجاني به، أما إذا لم يكونا كذلك فلا يعتد بالجهل والغلط فيه، ولا أثر لهما على مسؤولية المكلف من حيث العقوبة ولا من حيث الضمان (الأرش أو التعويض).

وهكذا أكون قد انتهيت من بحث هذا الفصل من هذا الباب الأول. ويتعين أن أقدم تلخيصا بما جاء في هذا الباب مقارنا بين الشريعة الغراء والقوانين الوضعية.

فإذا كانت النظم الوضعية تصدت لبحث مسألتين الجهل والغلط، في إطار بحثهما للقاعدتين السلبية والإيجابية في قوانين العقوبات، وتعرضت لتعريفهما لغة واصطلاحا، وتصدت لتأثيرهما على كل من المسؤولية الجزائية والمدنية. فإن الفقه الإسلامي كان سابقا لذلك، ولم يستند في سبقه إلا لنصوص الشريعة الغراء، بعيدا كليا عن التأثير بالقوانين الرومانية التي كانت قد قعدت للجهل والغلط. بل الفقهاء المسلمون على مر العصور الذهبية أتوا بحلول عملية للمسائل التي تعترض في حياة مجتمعاتهم. ومن ذلك أحكام كثيرة توصلوا إليها بخصوص الجهل والغلط، سواء من حيث تأثيرهما في مجال الجريمة والعقوبة أو في حالة الضمان للإتلاف. وستتضح لنا الفكرة أكثر بعد الفصل الآتي الثاني.

¹ أنظر ابن حزم، المحلى، ج12، مرجع سابق، ص 331.

² أنظر الشريبي، نهاية المحتاج، ج7، مرجع سابق، ص 267.

وانظر ابن قدامة، المغني، ج9، طبعة دار المنار لسنة 1348هـ، ص 428.

³ أنظر الدكتور جلال ثروت، الجريمة المتجاوزة القصد، مرجع سابق، ص 26.

الفصل الثاني

الجهل والغلط في الإباحة في النظم القانونية الوضعية

181- تمهيد وتقسيم

ذكرت في فقرة سابقة أن الجهل والغلط يردان فيما يردان عليه، على القواعد الجنائية السلبية، وتوضيحا لهذا المفهوم أقول: أن القواعد الجنائية نوعان: قواعد جنائية إيجابية، وهي القواعد التي تجيء في صورة الأمر أو النهي، إذ تنتهي عن فعل عمل معين كأن تنتهي عن القتل أو السرقة أو التزوير أو الزنا، وقد تأمر القاعدة الجنائية الإيجابية بإتيان عمل معين، وعند ذلك يكون عدم إتيانه جريمة كالقاعدة التي تفرض على موظف معين أو شخص معين القيام بعمل، فإذا امتنع عن القيام به كان امتناعه جريمة يعاقب عليها هذا القانون الذي أمره بالفعل.

- أما القاعدة الجنائية السلبية¹ فهي تلك التي لا تتضمن أمرا ولا نهيا وإنما يقتصر عملها على تعطيل القاعدة الإيجابية، في ظروف معينة، وتسمى القاعدة السلبية لأنها في هذه الظروف تزيل كل أثر للقاعدة الإيجابية، فيصبح السلوك الذي كان أصلا مجرما مباحا ولا عقاب عليه أو تعويض، لأن هذه القاعدة السلبية أزلت عنه صفة أو ركن عدم المشروعية، كالقاعدة التي تبيح الدفاع الشرعي (المادتين 39 و 40 من قانون العقوبات الجزائري).

- والجهل والغلط وارد الحديث عنهما في الفقه الوضعي بالنسبة للقواعد الإيجابية وكذا بالنسبة للقواعد السلبية، ونحن هنا إنما يعيننا الجهل والغلط في الإباحة أي في القواعد السلبية في النظم القانونية الوضعية، ولحسن بحث هذه المسألة أقسم الفصل إلى مباحث ثلاثة كما يأتي:

المبحث الأول: تحديد مدلول الجهل والغلط والعلاقة بين المفهومين وما يشبههما
المبحث الثاني: تقسيم الجهل والغلط.
المبحث الثالث: أثر الجهل والغلط على كل من المسؤولية الجزائية والمدنية.

¹ أنظر الدكتور رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، نشر منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة سنة 1971، ص 323 وما بعدها.

ويسمى البعض هذه القواعد: الحد السلبي للتجريم، أنظر الدكتور فتوح الشاذلي، والدكتور علي عبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات - القسم العام - دار المطبوعات الجامعية، طبعة سنة 1977، ص 166 وما بعدها.
ويسمى البعض: المشروعية الاستثنائية، أنظر الدكتور عبدالفتاح مصطفى الصبغى، قانون العقوبات - النظرية العامة - دار الهدى للمطبوعات، **بدون سنة نشر**، ص 437 وما بعدها.
وتسمى كما مر علينا أسباب التبرير.

المبحث الأول تحديد مدلول الجهل والغلط والعلاقة بينهما وبين ما يشبههما

182- تمهيد وتقسيم

لم أجد في كتب الفقه الجنائي الوضعي اهتماما بالتعريف اللغوي للجهل ولا للغلط، على غرار ما عليه الحال في ظل الشريعة الإسلامية. غير أنه للأمانة-الفقهاء لما يتحدثون عن الجهل والغلط نجدهم جميعا يتحدثون قاصدين شيئا واحدا متواجدا في أذهانهم، يفهمه القارئ بنفس المعنى المقصود لديهم. إلا أن الأمر يختلف في الشريعة الإسلامية- كما رأينا - ليس فقط في الفقه التقليدي، وإنما حتى عند من كتبوا مؤخرا في الفقه الجنائي مقارنا بنظيره الوضعي، من أمثال الشيخ عبد القادر عودة في كتابه «التشريع الجنائي الإسلامي»¹، والدكتور حسن خلف الجبوري في كتابه «عوارض الأهلية عند الأصوليين»²، والدكتورة خلود سامي عزارة في كتابها «النظرية العامة للإباحة»³، وإن كان الدكتور الجبوري ينهي كلامه بما يفيد التفريق بين الغلط والخطأ، ويقول أن هذا هو الموقف عند فقهاء القانون. وأطمح أن أسس بهذا البحث لتوحيد مصطلح الغلط، رافعا عنه كل لبس، وكذا ما قد يوجد من لبس في مصطلح الجهل، محددًا مفهومهما اللغوي، إسهاما في تقريب الفقه الجنائي الإسلامي من القارئ. وحتى القارئ الغير مسلم، والغير عربي، فالشريعة رحمة للعالمين. مقسما المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: تعريف الجهل والغلط .

المطلب الثاني: الجهل والغلط وتعلقهما بكل من القاعدتين الإيجابية والسلبية.

المطلب الأول تعريف الجهل والغلط

183- تمهيد وتقسيم

أحدد هنا الوجه الصحيح لاستعمال الكلمتين، في مجال الفقه الجنائي وأرى أن هذا الاستعمال من الممكن لغة واصطلاحا أن يطبق في كل من الفقه الجنائي الشرعي والوضعي، إذ لا أرى داع لجعل استعمالهما للكلمات والمصطلحات في هاتين المسألتين يختلف طالما أن المتحدث عنه والمصطلح عليه واحد، فأرى أنه يحسن أن تتوحد الكلمات المصطلحية، لأن التوحيد يسهل التخاطب بين الفريقين، ويعمم الفائدة ويقرب المفاهيم تسهيلا للفهم، خاصة لأن الإشكال مطروح حتى في ترجمة الكلمتين خطأ وغلط إلى ومن اللغة الفرنسية.

متناولا هذا المطلب في خمسة فروع على النحو الآتي:

الفرع الأول: التعريف اللغوي.

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي.

¹ أنظر الشيخ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، مرجع سابق، ص 134 وما بعدها.

² أنظر الدكتور حسن خلف الجبوري، عوارض الأهلية عند الأصوليين، مرجع سابق، ص 393 وما بعدها.

³ أنظر الدكتورة خلود سامي عزارة آل معجون، النظرية العامة للإباحة، مرجع سابق، ص 413.

الفرع الثالث: العلاقة بين مفهومي الجهل والعلم وتعلق الجهل والعلم بالقاعدتين الجنائيتين الإيجابية والسلبية.

الفرع الرابع: العلاقة بين مفهومي الجهل والغلط.

الفرع الخامس: علاقة الجهل والغلط ببعض ما يشبههما.

متناولا كل فرع في عدد من النقاط بالقدر الذي تتطلبه المسائل التي يتناولها في حدود ما يسمح به هذا البحث.

الفرع الأول: التعريف اللغوي

أعتمد في هذا الفرع إلى تحديد ترجمة هاتين الكلمتين، حتى يتحدد معنا معناه في اللغتين العربية والفرنسية.

184- الترجمة وتحديد المصطلح

ففي ترجمة كلمة *faute* ترد الكلمة باللغة العربية بمعنى خطأ وترد بمعنى غلطة وذنب - وفي كلمة *erreur* ترد بمعنى خطأ وترد بمعنى غلط.

وهذا يعني من الناحية اللغوية وجود تأرجح في المعنى بين كلمتي *faute* و *erreur*

وهذا التأرجح موجود كذلك في اللغة العربية بين كلمتي غلط وخطأ.

- وإن كان الاستعمال المشهور المعبر عن المقصود في هذا المقام هو استعمال كلمة الغلط باللغة العربية تقابلها كلمة *erreur* باللغة الفرنسية¹.

- وفي ترجمة كلمة الجهل *l'ignorance* التي تفيد كذلك *stupidité* أي حماقة و *incompétence* أي عدم الكفاءة.

ونحن لا يعني في بحثنا هذا إلا كلمة الجهل ²*l'ignorance* المناقض للعلم *le savoir* ou la connaissance.

ومن معاني الكلمات السابقة بالفرنسية في قواميس هذه اللغة³:

¹ من معاني كلمة الغلط في اللغة العربية: غلط، غلطاً، أخطأ وجه الصواب، يقال غلط في الأمر أو في الحساب، فهو غلطان، أغلط: أوقعه في الغلط، غالطه، مغالطة وغلطاً: أغلطه، غلطه وأغلطه، قال له غلطت، نسبه إلى الغلط. الأغلوطة: ما يغلط فيه، أو ما يغالط به من الكلام المبهم، جمع أغاليط، الغلطة (بكسر الغين): المرة من الغلط، جمعها غلطات، الغلاط: الكثير الغلط، المغلطاني الذي يغالط الناس في حسابهم.

أنظر الدكتور إبراهيم أنيس وآخرين، المعجم الوسيط، مرجع سابق، ص 658.

² ومن معاني كلمة الجهل: جهلت القدر جهلاً: اشتد غليانها، وجها عليه جهلاً وجهالة: جفا وتسافه، جهل الشيء وجهل به: لم يعرفه، جهل الحق: أضاعه، وهو جاهل، جمعه جهال وجهلة، وجهلاء، وهو جهول، جمعه جهل، اجهل فلان: جعله جاهلاً، وجده جاهلاً، استجهل فلان: عده جاهلاً، ووجده جاهلاً، وحمله على جهل، وفي حديث ابن عباس: من استجهل مؤمناً فعليه إثم.

تجاهل: أظهر أنه جاهل وليس به جهل، جهل فلان: نسبه إلى الجهل أو أوقعه فيه، الجاهلية ما كانت عليه العرب قبل الإسلام من الجهالة والضلالة، وفي القرآن: وقرن في بيوتكن ولا تبرجن تبرج الجاهلية الأولى. الأحزاب آية رقم 33. الجاهلية. الجاهل عند المالكية من كان قبل الإسلام، ولم يكن من أهل الكتاب، الجهل نقيض العلم (وهذا ما يعني) المجهول: مجهول النسب.

أنظر الدكتور إبراهيم أنيس وآخرين، المعجم الوسيط، مرجع سابق، ص 72.

وانظر في الترجمة ر. تركي وم. كبابية، قاموس قانوني فرنسي عربي، مع نماذج من العرائض القضائية، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، بدون سنة نشر، ص 131 و 119.

³ V. PAULE ROBERT: Le petit Robert¹, nouvelle édition, 1982,

pp.684,764,958,980,1772,367.

ERREUR:Acte de l'esprit qui tient pour vrai ce qui est faux, et inversement, jugement, faits psychiques qui en résultent. P.684.

Erreur: faute. Ignorance:incompétence. Savoir: connaissance

توضيحاً للأمر زيادة على تحديد المصطلح الذي انتهينا منه، ولم يبق أمامنا إلا أن ننقل إلى بحث التعريف الاصطلاحي في الفرع الآتي.

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للجهل والغلط في الإباحة

185- تمهيد وتقسيم

أحدد هنا بعض التعاريف التي ترد عادة عند شراح وفقهاء القانون الوضعي، لكل من الجهل والغلط. والجدير بالذكر في هذا المقام أن التعريفين يردان بمناسبة الحديث عن الجريمة الظنية، أو التصورية، والبراءة الظنية، مقسماً هذا الفرع إلى فقرتين:

الفقرة الأولى: أتناول فيه التعريف الاصطلاحي للجهل بالإباحة.

الفقرة الثانية: أتناول فيه التعريف الاصطلاحي للغلط في الإباحة

متتبعا تعاريف الجهل في موضوع الجريمة الظنية، وتعاريف الغلط في موضوع البراءة الظنية عند الشراح، مع نقد تعاريفهم. وفي نهاية الفرع أختتم بتقديم تعريف أقترحه.

أولاً: التعريف الاصطلاحي للجهل بالإباحة

عرف كثير من الشراح الجهل بالإباحة، وهم بصدد تحليل الجريمة الظنية أو الوهمية، فعرفه كثيرون تعريفات مختلفة منها:

186- 1- عرفه الدكتور رؤوف عبيد بقوله: «ارتكاب الإنسان كل الصورة الخارجية لما كان يصح أن يعد جريمة، لكن القانون مع ذلك قد يبيح الفعل صراحة استثناء من قاعدة العقاب عليه»¹.

والملاحظ على هذا التعريف إطنابه، وتعبير الشارح بقوله: «قد يبيح» هذه العبارة تفيد أن الإباحة ترد بعد الفعل المجرم، وليست موجودة فعلاً عند قيامه. ولو استعمل استثناء من قاعدة التجريم، أو رفعاً للتجريم لكانت العبارة أصوب في هذا المقام لأننا بصدد الإباحة.

187- 2- عرفه الدكتور رمسيس بهنام بأنه: «توهم تخلف هذه الظروف (المبيح أو المعفي من العقاب) مع أنه في الحقيقة قائم»².

=FAUTE:Acte ou omission constituant un manquement, intentionnel ou non, soit à une obligation contractuelle, soit à une prescription légale, soit à l'obligation de se comporter avec diligence et loyauté envers ses semblables. Manquement au devoir.p.764.

IGNORANCE:Défaut de connaissances ou de pratiques dans un domaine déterminé.p.958.

INCOMPETENCE: Défaut des connaissances ou de l'habilité nécessaire.p.980.

SAVOIR:Ensemble des connaissances plus ou moins systématisées acquises par une activité mentale suivie.p.1772

CONNAISSANCE:Le fait ou la manière de connaître. Faculté de connaître,propre à un être vivant.p.367.

¹أنظر الدكتور رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي، مرجع سابق، ص 498 والطبعة 3 من نفس المرجع لسنة 1966، دار الفكر، ص 412.

²أنظر الدكتور رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، مرجع سابق، ص 457.

استعمل هذا التعريف كلمة التوهم، وهي معبرة في هذا المقام، وعني في التعريف بالجهل الجهل سواء بالإباحة أو بالإعفاء من العقاب. والجهل بكل واحد منهما يدخل في المعنى الاصطلاحي للجهل في هذا المقام.

188-3 وعرفه الدكتور محمد زكي أبو عامر بقوله: «يقصد بالجهل بالإباحة أن تتوفر في دنيا الواقع، حقيقة وفعلا سبب من أسباب إباحة الفعل، لكن الفاعل، لسبب أو لآخر لا يعلم به، فيصدر عنه الفعل وهو معتقد عدم مشروعيته وتشكيله للجريمة، بينما يتضح أن هذا الفعل كان هو ذاته في واقعة الحال مباحا لتوفر سبب من أسباب إباحتها في الحقيقة والواقع دون أن يعلمه الجاني»¹.

وهذا الكلام لا يصدق عليه أن يعتبر تعريفا اصطلاحيا لكثرة الاستطرادات فيه لعدم تحكم صاحبه في اللغة بدليل أنه استعمل كلمة «تتوفر» مع كلمة «سبب» ويكون كلامه: تتوفر سبب، وهذه الصياغة لا تقبلها اللغة العربية، كما لا تقبل استطراداته المذكورة، ويبقى الكلام وصفا للجهل بالإباحة حسب قصد صاحبه.

189-4 وعرفه الدكتور محمود نجيب حسني بقوله: «يفترض الجهل بالتبرير توافر سبب التبرير بكل شروطه، واعتقاد مرتكب الفعل غير ذلك». وأضاف الدكتور شارحا تعريفه هذا بقوله: «أي اعتقاده أن سبب التبرير لم يتوافر فعله غير شرعي»².

هذا التعريف هو أكثر التعاريف المتداولة صلاحية، وتعبيرا عن المراد، بألفاظ وجمل ميسورة، معبرة عن حقيقة الجهل بالإباحة.

- ومع هذا يعن لي أن أقدم تعريفا أراه أكثر جمعا ومنعاً، وتعبيرا عن حقيقة الجهل بالإباحة، معرفا لهذا النوع من الجهل اصطلاحا.

190-5 -التعريف الذي أقترحه للجهل للإباحة: أقترح للجهل بالإباحة التعريف التالي: «الجهل بالإباحة هو ارتكاب الفعل بقصد جنائي كامل الشروط جهلا بأنه مستوف لشروط التبرير».

ثانيا: التعريف الاصطلاحي للغلط في الإباحة

عرف كثير من الشراح الغلط في الإباحة، وهم بصدد شرح وتحليل البراءة الظنية أو الوهمية، فعرفها كثيرون تعريفات مختلفة منها:

191-1 -عرفها الدكتور عبد الفتاح مصطفى الصيفي بأنها: «الحالة التي فيها يتوهم الفاعل وجود سبب من أسباب الإباحة في حين أن هذا السبب لا وجود له في الواقع»³. هل هذا التعريف ذكر الفعل المجرم؟

192-2 -عرفها الدكتور محمود نجيب حسني بقوله: «الغلط في التبرير توهم مرتكب الفعل توافر سبب للتبرير بكل شروطه في حين أن هذا السبب غير متوفر»⁴، وشرحه

¹ أنظر الدكتور محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات -القسم العام- دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، طبعة سنة 1986، ص 297.

² أنظر الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات اللبناني -القسم العام-، دار التقوى للطباعة، بيروت، ط2 لسنة 1975، ص 186.

³ أنظر الدكتور عبد الفتاح مصطفى الصيفي، قانون العقوبات -النظرية العامة-، دار الهدى للمطبوعات، الجزائر، بدون سنة نشر، ص 434.

⁴ أنظر الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات اللبناني -القسم العام-، مرجع سابق، ص 186.

بقوله: «الغلط اعتقاد توافر الوقائع التي يقوم عليها سبب التبرير، في حين أن هذه الوقائع ليست متوافرة».

- وهذين التعريفين أولهما لم يذكر أن الفعل مجرماً، وثانيهما لم يذكر الفعل من الأصل.

193- 3- عرفها الدكتور محمد زكي أبو عامر بقوله: «الغلط أن يقوم في ذهن الفاعل اعتقاد خاطئ مقتضاه توفر سبب من أسباب إباحة فعله في حين أن هذا السبب في الحقيقة والواقع غير موجود»¹. لم يذكر هذا التعريف الفعل المجرم بل ذكر الفاعل والمقصود الفاعل للفعل المجرم.

194- 4- عرفه الدكتور رمسيس بهنام بقوله: «أن يتصور إنسان في ظروف ما وجود سبب مبيح لسلوكه الإجرامي... بينما لا يكون لهذا السبب كيان في الحقيقة والواقع»².

هذا التعريف بين السبب المبيح والمعفي من العقاب في نصه، وقد تركت السبب المعفي لم أذكره ووضعت مكانه النقط، ثم استعماله: "يكون لهذا السبب كيان في الحقيقة والواقع" هو إطناب يمكن الإستغناء عنه بكلمة واحدة، فهذا إطناب لا مبرر له.

195- 5- وعرفه الدكتور رؤوف عبيد³ بما يفيد أنه الخطأ الذي يقع فيه أحد الأشخاص في فهم الواقع أو القانون متى كان الفهم الصحيح لهما يقتضي القول ببراءته لتوافر الإباحة.

وإنما قدم وصفا في معرض حديثه عن الجريمة الوهمية أو الظنية.

أما التعاريف السابقة فكلها تفي بالغرض المطلوب مع ما رأيت فيها من بعض المآخذ، ولذا أقترح التعريف الآتي:

196- 6- التعريف الذي أقترحه للغلط في الإباحة

أقترح للغلط في الإباحة التعريف الآتي:

الغلط في الإباحة: تصور الفاعل خطأ وجود سبب مبيح لفعله المجرم.

فمثل هذا التعريف أراه جامعاً مانعاً، لا إطناب فيه ولا تكرار يعبر على المعرف بأقل ما يمكن من الكلمات. وأدعو الباحثين إلى تقديم ما هو أحسن وأفضل خدمة للعلم والحقيقة.

197- ثالثاً- العلاقة بين مفهومي الجهل والعلم وتعلقهما بالقاعدتين الإيجابية والسلبية

يترتب على اختلاف مدلول كل من الجهل والغلط، كما مر معنا تعريفهما في اللغة وفي الاصطلاح، إمكان دراسة ما إذا كان بين المفهومين أية علاقة، ونوعية هذه العلاقة، ما داماً يبحثان في الحالة النفسية للجاني وفي سلوكه تجاه الجريمة⁴. ويتضح لنا للوهلة الأولى أن بين الجهل والغلط علاقة عموم وخصوص، فالجهل عام يدخل تحته الغلط، ولا عكس، فلا يمكن أن نقول الغلط يدخل تحته الجهل، إذ لا يتصور أن يكون هناك غلط مبني على غير جهل، وليس كل جهل مولد للغلط بالضرورة، فحين لا يرتكب الشخص عملاً إجرامياً بسبب جهله لواقع معين، فهنا لم يولد الجهل الغلط، ولدراسة العلاقة بين مفهومي

¹نظر الدكتور محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 295.

²أنظر الدكتور رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، مرجع سابق، ص 440 إلى 455.

³أنظر الدكتور رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام، مرجع سابق، ص 415 من الطبعة 2 وص 500 من الطبعة 4.

والتعريفات كثيرة، وهذه عينات منها، وكل من تحدث عن البراءة الظنية حاول بطريقة أو بأخرى تعريف الغلط في الإباحة، ولذا كل من تحدث في موضوع الجريمة الظنية حاول تعريف الجهل بالإباحة.

⁴أنظر الدكتور فتحي الشنيطي، دراسة فلسفية، القيم والمعرفة، طبعة سنة 1956، ص 11 وما بعدها.

الجهل والعلم يتعين أولاً دراسة مفهوم العلم المقابل للجهل المقصود في هذا المقام، ثم دراسة العلاقة بين الجهل والعلم والقصد الجنائي. باحثا المسألة في النقطتين اللآتين.

198-1- مفهوم العلم المقابل للجهل بالقاعدة السلبية في مضمونه النفسي

العلم والمعرفة تناولهما الفلاسفة كثيراً ولهم في ذلك نظريات، ومنها ما بحث في علم الجاني ومعرفة بالجرمة، وتحديد دور العلم كأساس في الركن المعنوي¹، أو بأسباب تبريرها.

ويفسر الفلاسفة وعلماء النفس العلم عموماً بأنه العمليات العقلية التي توصل إلى تحصيل المعلومات، وتكوين الصورة الذهنية الإدراكية للأحداث² ووقائعها في الحياة، فتغدو هذه الأحداث والوقائع عنصراً من عناصر المدركات، والخبرات الذهنية، التي يخترنها الشخص حتى يستطيع الاستعانة بها في أحكامه على الأمور، ومن ثم تحديد كيفية تصرفه في مختلف ظروف الحياة. فالحياة الخارجية وحقائقها هي بمثابة الأصل، والعلم بها بمثابة الصورة الذهنية عنها³، وبهذا المنطق يفهم العلم على أنه تصوير ذهني لما هو كائن وواقع، بغير حذف ولا زيادة أو تغيير.

لكن من الناس من يحصل في ذهنه التطابق ومنهم من لا يحصل عنده العلم. وهذا الوصف للعلم يتعلق بالعلم الفطري العادي لا علم الخبراء والمخابر والآلات والمجاهر.

وفي الفقه الجنائي، ولعدم وجود نص في قوانين العقوبات اختلف الرأي بالنسبة لأي قدر من العلم يتطلب في الجاني بتوفر عناصر الجريمة، أو عناصر إباحة الفعل، والفقهاء في ذلك على فريقين: أولهما يقول بوجود توفر العلم الحقيقي، وإن اقتضى ذلك من القاضي أن يستعين بالخبراء، لكن هذا الرأي يجعل أغلب الجرائم لا يعاقب عليها، لتقلص نطاق توافر العلم بالوقائع في الجرائم.

والرأي السديد والمعمول به هو الذي يتطلب العلم الفطري الذي هو في عرف الناس وأذهانهم على الوقائع والأحداث والأشياء.

199-2- العلم كأساس في الركن المعنوي للجريمة

إذا كانت الإرادة هي جوهر القصد الجنائي ولبه، وهي التصميم الواعي للشخص على تنفيذ فعل معين⁴، وهي المحرك لأنواع من السلوك ذات طبيعة مادية تحدث آثاراً مادية وتؤثر في الإنسان والأشياء⁵، فإن العلم يشمل كل ما يدخل في أوصاف الفعل حتى يعد جريمة، فإن قصر العلم عن وصف منها انتفى الجرم، ولا يؤثر قصور العلم عن معرفة شروط العقاب في قيام الجرم.

وإنما يجب أن يعلم الجاني في حدود العلم الفطري لمجتمعه أن كلمة ما سببه في رئيس بلده، ويفعل ذلك، أو يعلم أن فعلاً ما خادشاً للحياء أو العفة في مفهوم مجتمعه ويقدم عليه.

¹ أنظر الدكتور عادل يحي قرني علي، النظرية العامة للأهلية الجنائية، القاهرة، طبعة سنة 2000.

² أنظر الدكتور فتحي الشنيطي، دراسات فلسفية، القيم والمعرفة، مرجع سابق، ص 11.

³ أنظر الدكتور زكي نجيب محمود، نظرية المعرفة، طبعة سنة 1956، ص 10 وما بعدها.

⁴ أنظر الدكتور محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، مرجع سابق، ص 121 وما بعدها.

وانظر الدكتورة فوزية عبد الستار، "عدم المشروعية في القانون الجنائي"، مرجع سابق.

⁵ وانظر الدكتورة أمال عبد الرحيم عثمان، "النموذج القانوني للجريمة"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، عدد يناير 1972.

ومسألة لزوم العلم بعدم مشروعية السلوك حتى يدخل الفعل في إطار التجريم أثار جدلا بين الفقهاء قديما وحديثا، وتعددت الآراء في ذلك، أرى حصرها بإيجاز في النقاط الآتية:

200- أذهب كثير من الفقهاء الأقدمين إلى أن العلم بعناصر الجريمة وحده غير كاف لقيام القصد الجنائي، وإنما يجب أن يعلم الجاني كون فعله مخالف لقانون العقوبات.

-وهذا الرأي معيب، وهجر حاليا لكونه يتعارض مع مبدأ لا عذر بجهل القانون.

201- بذهب رأي ثان¹، وفي نية القائلين به تفادي النقد الموجه للفريق الأول إلى اشتراط العلم بعدم مشروعية السلوك، أو مخالفته لواجب مقرر. وخفف بعض منهم فلم يشترط العلم الحقيقي بل اكتفى بمجرد إمكان هذا العلم.

-ويؤخذ على هذه النظرية أن فريقها الأول رأيه ليس إلا صياغة أخرى لرأي الفريق الذي قال بالنظرية السابقة، الذي اشترط العلم بقانون العقوبات، فهذا الفريق أيضا يشترط العلم أو إمكانه بالواجب الذي أوجبه قانون وهو قانون العقوبات طبعاً. وأما الفريق الثاني من أصحاب هذا الرأي فقد أضاف إلى القصد الجنائي عنصراً غريباً عليه، إذ إمكان العلم ليس علماً، ونسبة هذا العلم إلى شخص حكم يصدره الغير على الجاني فهو عنصر لا شأن للفاعل به.

202- ج- وذهب فريق ثالث إلى اشتراط أن يعلم الجاني منافية فعله لقواعد الأخلاق. وهذا الرأي هرب من التصادم مع مبدأ «لا عذر بجهل القانون» فإنه لا يقدم حلاً للمشكلة إذا كان الجاني غير عالم بالقانون الذي يعاقب على الجرائم التي تنافي الأخلاق.

203- د- وذهب فريق رابع إلى وجوب علم الجاني بما ينطوي عليه سلوكه من تعارض مع قيم المجتمع السائدة ومصالحة.

وهذا الرأي بدوره منتقد إذ من الجرائم ما هو متوافق مع أهداف المجتمع ومصالحة، كالجرائم السياسية وجرائم الرأي.

ومن ثم فإذا شرع على أساس هذه النظرية يفلت هؤلاء من العقاب كما يفلت مرتكبي جرائم المرور لحيلولة هذا الرأي دون قيام القصد الجنائي لكل هؤلاء.

204- هـ- ومن الفقهاء من يشترط لقيام القصد الجنائي أن يعلم الجاني أن سلوكه يصيب بالضرر أو يعرض للخطر مصلحة مشروعة أو حقاً للغير.

وميزة هذا الرأي تفادي أن يتعرض لأسباب النقد التي في الآراء السابقة. لكن مع هذا يمكن أن يؤدي إلى الإفلات من العقاب لنفي القصد الجنائي في حق الجاني في أحوال غير مسلم بانتفائه فيها. إذ يتيح الرأي لمن قصر علمه عن الإحاطة بطبيعة السلوك وعواقبه أن يتذرع بجهله أحكام قانون العقوبات، وهو أمر لا يمكن قبوله.

205- و- والموقف السليم هو الذي ينطلق من وضع أن العلم بعدم المشروعية لسلوك ما، أو عدم العلم بقاعدة التجريم ليس من عناصر القصد الجنائي، إذ ينحصر نطاق العلم فقط في عناصر الجريمة، أما ما يخرج عن هذه العناصر فسيان العلم أو الجهل به.

ولما كان نص التجريم لا يعتبر عنصراً في الجريمة فإن قصور العلم عنه لا يؤثر في قيام القصد الجنائي. وهذا الرأي الذي يستقيم مع النظام القانوني القائم الذي يسلم بقاعدة: «لا يعذر أحد بجهله القانون» وإذا حرم المتهم من الإعتذار بجهل القانون، مع جعل هذا

¹ وانظر الدكتور رمسيس بهنام، الاتجاه الحديث في الفعل والفاعل والمسؤولية، مجلة الحقوق، عدد 1 و2 سنة 9.

القانون عنصرًا في القصد الجنائي، فإن هذا من باب التعجيز الذي لا يقبله منطق القانون والحق.

ويقول بهذا الرأي في الفقه العربي الدكتور محمود مصطفى¹، ويخالفه الدكتور محمود نجيب حسني، لقوله بأن الجريمة يتعين أن يتوفر فيها بالإضافة إلى ركنيها التقليديين (المادي والمعنوي) ركن عدم المشروعية، ولذا يعتبر العلم بقاعدة التجريم عنصرًا في القصد²، وأميل إلى رأي الدكتور محمود مصطفى للأسباب التي أوضحتها سابقًا.

206- رابعا- العلاقة بين مفهومي الجهل والغلط

يثور التساؤل حول ما علاقة الجهل بالغلط؟ هل هما شيء واحد أم مفهومان مختلفان؟ وفي حالة اختلافهما ما الآثار التي تترتب على هذا الاختلاف؟ والباحث المدقق يجد أن الجهل والغلط يختلفان من حيث الكيف والكم، ويجد أن لهذا الاختلاف نتائج. وهذا ما سأنتبعه في النقاط الآتية:

207- 1- اختلاف الجهل والغلط كيفا

لما أن العلم بالشيء هو المعرفة به أو هو الصورة الذهنية الإدراكية التي يكونها شخص ما عنه، فلذا يلزم أن يكون عدم العلم بذلك الشيء، أي الجهل به هو انتفاء تلك الصورة الذهنية الإدراكية عنه في ذهن وإدراك ذلك الشخص.

لذا فالجهل هو عبارة عن حالة إدراكية ذهنية سالبة، بمعنى خلو الذهن من الصورة الإدراكية لهذا الشيء خلوا تاما، هذا في غالب وقوع صورته وفي رأي أكثر الشراح.

- أما الغلط فإنه على العكس من ذلك، فهو يمثل حالة ذهنية موجبة، إذ تقوم في العقل صورة إدراكية عن ذلك الشيء بمعنى أنه يتوفر في الذهن العلم به فعلا، إلا أنه علم زائف غير حقيقي، لكون الصورة الموجودة في ذهن الشخص غير مطابقة للصورة الواقعية للشيء الذي تصوره غلطا.

وهذا يعني اختلاف الجهل والغلط من حيث كفيتهما في نفس الشخص³. وبهذا التصور ينظر إليهما الفقه والقانون⁴.

208- 2- اختلاف الجهل والغلط كما

من الفقهاء من يرى أن الاختلاف بين الجهل والغلط لا يكمن في كفيتهما، وإنما في كمهما، أي ليس اختلافا في نوعهما، وإنما في درجتهم وكثافتهم.

ففي حين الجهل هو عبارة عن انعدام العلم كلية بالشيء أو الموضوع، فإن الغلط هو علم الشخص بالشيء أو الموضوع علما ناقصا، وهذا يعني أن الغلط هو عدم اكتمال العلم

¹ أنظر الدكتور محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات - القسم العام -، مرجع سابق، ص 424.

² أنظر الدكتور نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم العام -، مرجع سابق، ص 34 و 61 وما بعدها.

وانظره أيضا في، النظرية العامة للقصد الجنائي، مرجع سابق، ص 120 و 145.

³ أنظر الدكتور جلال ثروت، نظرية الجريمة المتعددة القصد في القانون المصري والمقارن، منشأة المعارف بالإسكندرية، طبعة سنة 1995، ص 136.

وانظر الدكتور يوسف مراد، مبادئ علم النفس، طبعة سنة 1980.

⁴ أنظر الدكتور محمد نعيم فرحات، النظرية العامة لعذر تجاوز حدود الدفاع الشرعي، دراسة تحليلية لمبدأ المشروعية الجنائية في القانون المصري والمقارن، دار النهضة العربية، طبعة سنة 1981، ص 213.

V.deVareilles-Sommières (G.) Etude sur l'erreur en droit romain et en droit français, Cotillon et fils, Paris, 1871, p.6.

بتفاصيل الشيء كلها، وبهذه الصورة هو جهل لبعض جزئيات الشيء أو الموضوع، ومن ثم فالفارق بين الجهل والغلط ينحصر في درجة الجهل (جهل كلي في حالة الجهل، و جهل جزئي في حالة الغلط)¹

209- 3-الرأي السائد عند الفقهاء في الموضوع

غير أنه يسود الرأي القائل بالفرق الكيفي بين الجهل والغلط، فمعظم الفقهاء على هذا الرأي، أي يرى أن معيار التفرقة بين الجهل والغلط يتركز في الكيف لا في الكم أو الدرجة²، ولهذا ذهب سافيني إلى القول بأنه يصدق تماما في وصف الغلط أن يوصف بأنه الفكرة الزائفة حول الموضوع، واعتبار الغلط حالة ذهنية موجبة والجهل حالة ذهنية سالبة. لكن لا يمكن القول أن غياب الفكرة كلها عن الموضوع هي الجهل فقط، لأن غياب الفكرة جزئيا يمكن أن يوصف أيضا بالجهل، فالجهل عنده كليا وجزئيا.

وإلى هذا ذهب في النهاية الفقيه الإيطالي فروزالي³ الذي يرى أن الجهل حالة نفسية سلبية باعتباره إما فراغا، أو نقصا في معلوماتنا، بعبارة أخرى هو نقص في العلم لدينا. أما الغلط فهو شيء آخر، هو وليد المفارقة بين الشيء كما هو في الحقيقة والواقع، ونفس هذا الشيء كما هو في تصورنا. وتبدو سيادة هذا الاتجاه جليا في موقف الفقه الإيطالي الذي يرى: أن الجهل والغلط فكرتان متوازيتان، سواء من حيث الكيف، أو النوع، أو الماهية. وبالتالي فإنه من غير الممكن أن يكون الفرق بينهما في تفاوت كمي، أو تفاوت في درجة غياب المعرفة في الموضوع، فالجهل نفسه قد ينطوي على غياب جزئي للعلم بالموضوع أو الشيء، وإذا كان هذا هو معنى الجهل فإنه لا يفيد بذاته معنى الغلط، لأن الجهل حالة سلبية للعلم تجاه الموضوع أما الغلط فهو حالة إيجابية تجاهه. ولا يشير الغلط إلى فراغ في العلم عن الموضوع، إنما يشير إلى فكرة إدراكية موجودة قائمة فعلا في الذهن ومعلومة فيه، لكنها فكرة وعلم يختلفان عن الحقيقة الواقعية للموضوع أو الشيء. فالجهل حالة ذهنية إدراكية تفيد نقص العلم، أما الغلط فهو نتاج التفاوت بين ما يقوم في الذهن من صور إدراكية للموضوع أو الشيء، وبين الحقيقة الواقعية لذلك الشيء⁴.

210- 4-الجهل سبب دائم للغلط

على الرغم من اختلاف الجهل والغلط من حيث الكيف، إلا أنهما غير منفصلين عن بعضهما انفصالا تاما، بل هناك دائما روابط تجمعهما، ذلك أن عدم تطابق الصورة الإدراكية للشيء أو الموضوع مع صورته الواقعية لا يقوم إلا إذا كان الشخص جاهلا بحقيقة هذا الشيء أو الموضوع، إما كليا وإما على الأقل جزئيا. بناء على هذا فإنه واضح تماما أن الصلة بين الجهل والغلط دائما صلة سببية والعلاقة بينهما علاقة العلة بالنتيجة فالجهل سبب وعلّة والغلط نتيجة. فلا غلط بدون جهل، ولا عكس إذ أنه يمكن أن تقوم حالة الجهل لدى الشخص بواقع معين فيمسك ولا يقع في الغلط فيه.

211- 5-آثار التفرقة بين الجهل والغلط

¹أنظر الدكتور محمد زكي محمود، آثار الجهل والغلط في المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 46.

²أنظر الدكتور جلال ثروت، نظرية الجريمة المتعدية، مرجع سابق، ص 237.

³أنظر نفس الصفحة من نفس المرجع.

⁴أنظر الدكتور محمد زكي محمود، آثار الجهل والغلط في المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 48 و 49.

ذهب بعض الفقهاء إلى ترتيب آثار على أساس التفرقة الكيفية بين الجهل والغلط، فمن هؤلاء الفقيه الإيطالي كارارا¹ الذي يرى أنه: لما أن هدف القانون هو السلوك الإنساني، وسلوك الناس يتأثر عادة بما هو حاصل لديهم من أفكار ومعلومات، فإن هذا يقتضي من المشرع الجنائي ألا يعتد وألا يقيم أثرا قانونيا إلا لحالة الغلط أي للحالة الإيجابية من العلم الزائف، دون الجهل لأن الجهل حالة إدراكية سلبية بحتة، لا تدفع إلى السلوك، ولهذا فالجهل لا يؤثر في وجود الإرادة ولا في توجيهها بخلاف الغلط الذي يدفع بإيجابيته إلى السلوك، وبالتالي يؤثر وجوده في توافر الإرادة أصلا وفي توجيهها. ولذا فإن ما يعيب الإرادة هو الغلط لا الجهل إلا في حدود ما يولد الجهل من الغلط في الشيء أو الواقع. ولما كان قانون العقوبات لا يهتم بأحوال النفس إلا بقدر كونها سببا في سلوك الفرد. والجهل باعتباره حالة نفسية سالبة لا يمكن أن يكون سببا نفسيا للسلوك لذا يرى هذا الفقيه أن على الفقه الجنائي أن لا يهتم بالجهل بل عليه أن يصرف اهتمامه كلية إلى الغلط. - ويرد على هذا الرأي القول: أن هناك حالات من الجهل لا تثير الغلط، ومع هذا يعتد بها القانون ويرتب عليها أثرا جنائيا، فالجهل باعتباره انتفاء العلم، فمن الجائز أن يكون هذا الانتفاء كاملا أو جزئيا. وإذا كان الغياب الكلي للعلم لا يحرك النفس تجاه الموضوع أو الشيء أية حركة ذهنية، لعدم صحة أن يتصور أن إنسانا تحركت في ذهنه صورة غائبة عن الذهن تماما، إلا أن هناك من الجهل صورته الثانية التي تتمثل في الغياب الجزئي للعلم، وهذه تتيح للذهن وإن كانت لا يتيح فكرة كاملة عن الموضوع. أن يفكر، وتبعاً لذلك يبقى الذهن في حالة شك، وحالة الشك هي من مميزات القصد الاحتمالي. وهي تنتج عن عدم العلم بنتيجة الفعل ونقص في تصور هذه النتيجة، للتذبذب في الحكم الإدراكي للشخص، كما لو تصور شخص أن نتيجة معينة تقع بناء على سلوكه، فقد تقع وقد لا تقع على نفس المستوى والدرجة من احتمالها. فهذه الحالة من الشك المنبثقة عن الجهل بظروف الحال تختلف عن الغلط، ومع هذا يقام على أساسها القصد الاحتمالي. فالغلط والشك يختلفان بحيث يقوم الغلط إذا كون الشخص صورة إدراكية غير مطابقة للحقيقة الواقعية التي عليها موضوع أو شيء ما. ويقوم الشك عندما يكون اعتقاد الشخص وحكمه الإدراكي مذبذبا غير مستقر².

212- 6- رأي الفقيه سافيني في العلاقة بين الجهل والغلط

ذهب سافيني في اتجاه يعاكس اتجاه الفقيه كارارا الذي يرى أنه إذا كان للغلط أهمية وأثر قانوني، فإن ذلك لم يكن له إلا لسبب الجهل وبعبارة أخرى فإن أهمية الغلط تكمن في الجهل بالحقيقة الواقعية للأشياء. وعليه فإذا كان العلم بحقيقة الشيء أو واقعه أمرا تطلبه القانون، فإن الجهل أو بعبارة أخرى العلم الزائف بها الذي هو الغلط، يؤدي إلى نفس النتيجة، وتترتب عنه نفس الآثار.

¹ V.Carara(F.): programme de cours de droit criminel, Morescq Ainé libraire- Editeur, Paris, 1876.

² أنظر الدكتور جلال ثروت، نظرية الجريمة المتعدية، مرجع سابق، ص 238.
v.Radulesco(J.)De l'influence de l'erreur sur la responsabilité pénale(thèse), Paris, 1923, p12.

ولذا فلا أهمية قانونية للتفرقة النفسية بين الجهل والغلط من حيث الكيف. بل لو تحرينا الحكم الصحيح على الأمور نقول بأن الجهل دائما هو صاحب الأثر الفعال لأنه هو الأصل دائما والعلة في الغلط. ولما كان الغلط يشكل دائما النتيجة للجهل فالأجدر أن تنسب الآثار إلى الأصل أي السبب الذي هو الجهل.

213- 7-الرأي السائد عند الفقهاء في الموضوع

يسود عند الفقهاء في الموضوع تصور أنه يجب النظر إلى الموضوع في مجمله غير مجزء، بمعنى أن ينظر إلى الرابطة النفسية التي يتطلب المشرع توافرها بين الإنسان والشئ فإذا كانت هي العلم، كان لابد أن تتوافر الصورة الذهنية الإدراكية عن ذلك الشئ أولا. ثم ثانيا لابد وأن تكون هذه الصورة الإدراكية متطابقة مع الحقيقة الواقعية لذلك الشئ، بمعنى أن العلم هو توافر المعرفة الفعلية والصحيحة بالشئ¹.

ولذلك أصبح من البديهي القول: بأنه إذا لم تتوافر الصورة الإدراكية في ذهن الشخص عن الشئ أو الموضوع، فهو جاهل به، أو توافرت لديه زائفة وغير متطابقة لما هي عليه في الواقع صارت علاقة العلم معيبة (متنفية جزئيا). وعلى هذا الأساس فحكم الجهل بالشئ هو حكم الغلط فيه². والدليل على ذلك أن المشرع الجنائي نفسه يستعمل كلا من الجهل والغلط للدلالة على ذات الأثر، في القوانين التي نصت على ذلك، مثل قانون العقوبات الألماني الذي نص في مادته 59 على أنه: «إذا جهل الفاعل وقت ارتكابه الفعل المجرم بوجود الظروف التي تمثل العناصر القانونية التي تتركب منها الجريمة أو الظروف التي تشدها، فإن هذه الظروف لا يعتد بها ضده»³.

ونص مشروع قانون العقوبات للجمهورية العربية المتحدة سابقا في مادته 53 على أنه⁴: «يصلح كدفاع الجهل بقاعدة مقررة في قانون آخر» ونصت مادته 51 على أنه: «ينتفي القصد الجنائي في الجريمة إذا وقع الفعل المكون لها بناء على غلط في واقعة تعد ركنا من أركانها».

والقانون الجزائري والمصري الحالي كالقانون الفرنسي القديم لا تحدد أحكام الجهل والغلط، غير أن المقنن الفرنسي أدخل مادة جديدة تحت رقم 122 فقرة 3 في قانون العقوبات تنص على: «فالجهل هو انتفاء العلم كلياً أو جزئياً بموضوع معين، ولذا فهو يمثل وضعاً سلبياً إذ يعني انعدام كل رابطة بين الذهن والواقعة، إذ لم تدر تلك الواقعة بخلد من نسب إليه هذا الجهل ابتداء»⁵.

214 -وأرى أنه يتعين على القوانين التي لم تحدد مفهوم الجهل والغلط المؤثر على المسؤولية الجنائية كالقانون الجزائري والمصري أن تبادر للنص على ذلك، احتراماً لحقوق الإنسان وإعمالاً لمبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، فإن كثيراً من الجرائم لا بد

¹ أنظر الدكتور محمود نجيب حسني، "القصد الجنائي-تحديد عناصره وبيان الأحكام التي تخضع لها"، مجلة القانون والاقتصاد، مجلد سنة 1958، ص 94 وما بعدها.

² أنظر الدكتور محمد زكي محمود، آثار الجهل والغلط، مرجع سابق، ص 51.

³ أنظر الدكتور محمد زكي محمود، آثار الجهل والغلط، مرجع سابق ص 52.

وانظر في تفصيل التشريعات المقارنة القائمة بتعريف الجهل أو الغلط في صلب تقنيناتها. الدكتور عبد الرحمن حسين علي عام، أثر الجهل والغلط في القانون على المسؤولية الجنائية، من ص 91 إلى 120، رسالة دكتوراه، غير منشورة، القاهرة.

⁴ أنظر الدكتور رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، مرجع سابق، ص 737 وما بعدها.

⁵ أنظر الدكتور عادل يحي قرني علي، النظرية العامة للأهلية الجنائية، مرجع سابق، ص 156.

فيها من كيفية للعلم يقوم معها القصد الجنائي، وإلا وقع التعدي على الحريات وجرم ناس وهو من العدل ألا يجرموا.

215- 8-الرأي الذي اتجه إليه أغلب المقتنين

يتجه أغلب المقتنين إلى التسوية بين الجهل والغلط في الأثر المترتب عنهما على ضوء ما قاله الفقهاء من أمثال الدكتور مأمون محمد سلامة في شرحه لقانون العقوبات: «إن الجهل الذي يهتم به القانون هو الذي يؤدي إلى غلط، ومن أجل ذلك يذهب الرأي الراجح في الفقه إلى اعتبار الجهل والغلط إصطلاحين مترادفين في محيط الركن المعنوي»¹، كما نصت المادة 59 من القانون الألماني الصادر سنة 1870 المذكورة في الفقرة السابقة، وهذا ما ذهب إليه قانون العقوبات الإيطالي واليوناني. فجاء في المادة 05 من قانون العقوبات الإيطالي: «لا يجوز لأحد أن يعتذر بجهله للقانون الجنائي» وقال في المادة 47: «إن الغلط في الواقعة التي تتكون منها الجريمة تنفي إمكان عقاب الجاني».

وجاء في المادة 30 من قانون العقوبات اليوناني: «لا يمكن إسناد فعل إلى فاعله، إذا كان هذا الأخير يجهل بتوافر الوقائع التي يرتكب منها فعله وقت ارتكابه له». ويا حبذا لو جاء ما يوضح هذه المسألة في قانون العقوبات الجزائري بعد تنقيحه المنتظر، فإن إفلات مجرمين من العقاب أحسن من إدانة بريء.

216- لقد تحدد عندنا إلى حد كبير مفهوم الجهل والغلط، غير أن تحديد مفهومهما لا ينضبط معنا ما لم نميزهما عن بعض المفاهيم التي تتشابه معهما، من الشك والنسيان وحسن النية، وفيما يلي أتناول هذه المسائل بشيء من التفصيل في حدود ما تتسع له هذه الرسالة، مبينا أثر ذلك على الإباحة في هذا الفقرة. **خامسا:** أتناول فيه علاقة الجهل والغلط ببعض ما يشبههما وأثر تلك الأمور على الإباحة في النقاط الآتية:

217- 1- علاقة الجهل والغلط بالشك والإباحة

كل من الجهل والغلط والشك محله النفس والذهن، ويتفق الشك مع الغلط في كونهما حالة إيجابية في النفس، ويختلفان بطبيعة الحال عن الجهل الذي هو حالة سلبية في النفس. ومع هذا يختلف الشك عن الغلط في كون الأفكار الإيجابية في نفس الغالط لا تطابق الحقيقة، وهي عند الشاك غير مجزوم بصحتها. والأثر القانوني للشك اختلف فيه الفقهاء² فمنهم من رأى أن يسوي بينه وبين الجهل، إذ أن كليهما يؤثر في القصد والمسؤولية الجنائيين باعتبار الشك جهلا جزئيا كالغلط. وناقشه رأي آخر بين الجهل والغلط من ناحية، والشك من ناحية أخرى، فقال بتأثير الجهل والغلط، وعدم تأثير الشك على القصد والمسؤولية الجنائيين باعتبار أن العلم اللازم لوجود القصد الجنائي لا ينبغي أن يكون يقينا.

¹ أنظر الدكتور مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات - القسم العام -، طبعة سنة 1979. وأنظر تفصيل القوانين التي اتخذت هذا الموقف في رسالة أثر الجهل والغلط في القانون على المسؤولية الجنائية

للدكتور عبد الرحمن حسين علام، مرجع سابق، من الصفحة 40 فما فوق. ² أنظر الدكتور عبد الرحمن حسين علام، أثر الجهل أو الغلط في القانون على المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 130 و131.

218- رأيي اتفاقا مع رأي الدكتور عبد الرحمن حسين علام : أرى معه وجوب التفريق بين الحالات الأربع التالية:

- 1- إذا كان محل الشك قاعدة تجريبية فلا اعتبار لهذا الشك.
 - 2- إذا كان محل الشك وقائع لا يفرق القانون بشأنها بين علم الجاني وعدم علمه كسرقة مال يشك إن كان لزيد أم لعمر، فلا اعتبار كذلك لهذا الشك.
 - 3- إذا كان الشك في الإباحة فلا أثر له عليها لكونها موضوعية متى توفرت.
 - 4- إذا انصب الشك على وقائع يشترط القانون العلم بها فإن هذا الشك معتبر ولا جريمة في فعلها، كإخفاء المسروقات إذا لم يعلم المخفي أنها مسروقة وما في حكمها¹.
- وهذا ما ذهب إليه قرار المجلس الأعلى (المحكمة العليا الجزائرية حاليا) في قراره المؤرخ في 02 أفريل 1968 مجموعة الأحكام ص 316 عند نواصر العايش في كتابه تقنين العقوبات، إذ أحد ركني جريمة الإخفاء: سوء النية أي علمه بكون ما أخفى متحصل من عمل إجرامي مما اشترط القانون².

219- 2- علاقة الجهل والغلط بالنسيان والإباحة

يعرف علماء النفس النسيان بأنه عدم قدرة الشخص عقليا على استرجاع ما حصله من معلومات سابقة وأنه ضياع لما في نقش على الذاكرة من معلومات³، ويقسمون النسيان إلى عادي ومرضي⁴، فالمرضي هو الذي يمحو كل أثر لمعلومات الشخص وخبراته السابقة.

ويختلف النسيان عن الجهل في كون الأول يفترض وجود معلومات ثم زوالها كلياً أو جزئياً، أما الجهل فهو خلو الذهن من المعلومات سواء وقت ارتكاب الفعل أو قبله. ووجه التشابه بينهما هو فراغ الذهن من أية معلومات في وقت من الأوقات. والنسيان الذي يصل إلى حد العاهة ينفي المسؤولية الجنائية متى كان له أثر على وقائعها. أما النسيان العادي فأثره كآثر الجهل في رأي الدكتور عبد الرحمن حسين علام⁵، وأرى معه هذا الرأي، لكون الحاليين يخلو فيهما الذهن من المعلومات.

أما إذا كان النسيان ينصب على وقائع يتطلب القانون العلم بها وقت ارتكاب الجاني فعله الإجرامي وكان النسيان هو سبب إقدامه على الفعل أو الترك، فتنتفي المسؤولية بوجوده. وإذا كان النسيان وارداً على قاعدة جنائية فيفترض أنه لا أثر له على المسؤولية الجنائية.

220- لكنني أرى في هذا أنه إذا كان النسيان ورد على القاعدة الجنائية بطريقة نالت أصل التمييز في الفعل إن كان خيراً أو شراً، فإن هذا النسيان نوع من العاهة العقلية التي لا يؤاخذ معها من اتصف بها.

¹نص المادة 387 من قانون العقوبات الجزائري على: كل من أخفى عمداً أشياء مختلسة أو مبددة أو متحصلة من جنابة أو جنحة في مجموعها أو في جزء منها يعاقب بالحبس....

ونص المادة 388 منه: في حالة ما إذا كانت العقوبة المطبقة على الفعل الذي تحصلت عنه الأشياء المخفاة هي عقوبة جنابة، يعاقب المخفي بالعقوبة التي يقررها القانون للجناية، وللظروف التي يعلم بها وقت الإخفاء.....

²أنظر الدكتور نواصر العايش، تقنين العقوبات، مطبعة عمار قرفي، باتنة، 1991، ص 197 و 198.

³أنظر الدكتور أحمد عطية، الذاكرة والنسيان، دار الفكر العربي، طبعة سنة 1945، ص 313.

⁴المرجع نفسه، ص 378.

⁵أنظر الدكتور عبد الرحمن حسين علام، أثر الجهل أو الغلط، مرجع سابق، ص 133 وما بعدها.

221- علاقة الجهل والغلط بصفاء الطوية والإباحة

فضلت أن أعبّر بصفاء الطوية لأنني أشعر أن النية الحسنة، قد تتوفر حال الفعل أو قبله أو في مستقبله، أما صفاء الطوية فдал على انطواء سر الفاعل على صفاء دائم وهو يؤتي الفعل المجرم في ظاهره.

وفي كل الأحوال، فإن حسن النية أو صفاء الطوية مسألة كذلك تتعلق بالنفس البشرية. فتوقعها في الحكم على الأمور خلافا للحقيقة، كما هو الحال في الجهل والغلط. وقد عرفت أنها محكمة النقض المصرية بقولها: حالة يوجد الشخص فيها نتيجة لظروف معينة تجعله يشوه حكمه على الأمور رغم تقديره لها تقديرا كافيا واعتماده على تصرفه فيها على أسباب معقولة¹، ومرجع حسن النية قد يكون بسبب الجهل، وقد يكون مرجعه الغلط.

-وعلى هذا إما أن تسلب عن الذهن علمه بظاهرة معينة أو بحقيقتها، فتطابق مع الجهل. وإما أن تشغل الذهن بمعلومات غير صحيحة، وهنا يكون الجاني عالما بما لا يجب العلم به وهذا هو الغلط.

ولصفاء الطوية أثر على المسؤولية الجنائية متى كان صاحبها خال من نية الإضرار بالغير، وكانت سريرته فعلا صافية.

وهو موجود عادة في جرائم مثل القذف والسب، وجرائم القصد الخاص كالتزوير فمن رسم ورقة نقدية تمرنا على الرسم ولا شيء في نيته غير التمرن فلا يعتبر مزور نقود، ومن قال لشخص قولا لا يعلم أنه سبه فيه فلا يعتبر سبا، لكن إذا كان يعلم أن القول سبة فإنه لا يعتد بحسن النية وصفاء الطوية لديه، وعدم قصد الحط من شأن من وجهها إليه، وعلى هذا استقر الفقه والقضاء في فرنسا².

وحسن النية يوقع في الغلط ويجافي العلم لذا فهو دائما ربيب الغلط والجهل ويوجد معهما³.

-ولا يخفى أنه حتى يكون للجهل والغلط أثر على المسؤولية الجنائية فإنه لابد من بنائهما على المنطق والمعقول. كما أنهما متى توافرا مع القاعدة السلبية رأيت أن يعتبر أن صدرنا عن صفاء طوية كما مر معنا.

وبهذا أكون قد أنهيت بحث المسائل المدرجة في المطلب الأول. وانتقل إلى المطلب الثاني.

¹ أنظر الدكتور عبد الرحمن حسين علام، أثر الجهل والغلط في القانون على الإباحة، مرجع سابق، ص 109.

² V.Mahmoud Gamal eddine Zaki: La bonne foi dans l'acquisition des droits en droit privé et comparé, 1952, p.54.

³ أنظر الدكتور محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات -القسم العام-، مرجع سابق، ص 367.

المطلب الثاني

الجهل والغلط وتعلقهما بكل من القاعدتين الإيجابية والسلبية

222- تمهيد وتقسيم

مادام الجهل والغلط نفسيان، فإن إرادة الإنسان المشوبة بهما قد تتحرك مع القاعدة الإيجابية، فيعمل ما تحظره، تحت تأثير الجهل أو الغلط في نفسه، فيكون قد أجرم. وقد يعتريه الجهل أو الغلط في القاعدة السلبية فيعتقد وجودها خطأ، ويمارس الفعل في ظل اعتقاد أنه مباح، فهل يكون في هذه الحالة قد أجرم أم لا؟ أو يعتقد عدم وجود القاعدة السلبية، التي ترفع التجريم عن فعله هذا معطلة القاعدة الإيجابية، فهل يؤخذ على فعله هذا أم لا؟

هذان التساؤلان هما الذان سأحاول الإجابة عنهما في بحثي لهذا المطلب، مقسما إياه إلى فرعين:

الفرع الأول: تعلق الجهل والغلط بالقاعدة الإيجابية

الفرع الثاني: تعلق الجهل والغلط بالقاعدة السلبية

موضحا كل ما يتعلق بهاتين المسألتين الهامتين، واللتين تتقابل أحكامهما.

223- الفرع الأول: تعلق الجهل والغلط بالقاعدة الإيجابية

يتفق الفقه الجنائي على أن الإرادة هي الأساس في التجريم¹، وأن النشاط الإرادي الحر هو الأصل النفسي لمادية الجريمة، أو العمليات العقلية أو النفسية التي تربط شخص الجاني بالواقعة المادية التي اقترف الجرم بها، ويختلف النشاط الإرادي هذا في الجريمة العمدية عنه في غير العمدية.

ونظرا لأن الجهل والغلط ذهنيان عقليان يرتبطان بالنفوس أي لهما طبيعة معنوية في الاتجاه الإرادي لإرادة الجاني، لذلك يمكن الوقوف على اعتبارهما سببا من أسباب انتفاء التأثيم أو الإثم الجنائي من خلال بحث صور الاتجاه الإرادي للإرادة. وسأتناول هذه المسألة في نقطتين أخصص أولاها لبحث صورتي اتجاه الإرادة والثانية للقصد الجنائي.

224- أولا: صورتا الإرادة

تتجه الإرادة إما إلى إرادة النتيجة مع الفعل، وإما إلى إرادة الفعل دون النتيجة، ونظرا لاختلاف دور الرابطة النفسية، من جريمة لأخرى، يتدخل المشرع في الغالب ليحدد نوع هذه الرابطة، وتحديد صورتها في القاعدة الجنائية.

ومسلك المشرعين تجاه هذه المسألة اتخذ وجهتين، وجهة ينص فيها المقننون بنصوص مستقلة على هذه العلاقة النفسية، ووجهة تشير إلى الاتجاه الإرادي في نصوص متفرقة، بمناسبة تحديد أركان بعض الجرائم.

225- ومن أمثلة الوجهة الأولى: قانون العقوبات السويسري الصادر سنة 1938 في المادة 18 منه التي تنص على أنه: «لا يعاقب شخص على جنائية أو جنحة إلا إذا تعمد ارتكابها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، ويتوافر العمد متى ارتكب الجاني الجنائية أو

¹ V.Trousse(P.E.): Les nouvelles-droit pénal,T.1 ,V. 1, Bruxelles, 1956.

V.Delogu(T.): La complicité dans la théorie générale de l'infraction, Alexandrie, 1949.

الجنحة عن علم وإرادة» وأوضح في المادة 20 منه انتفاء الإثم إذا كان الغلط في الواقع أما إذا كان الغلط في القانون، فقد اعتبر في ذلك تخفيفاً للعقاب¹.

وفي هذا الاتجاه سار قانون العقوبات البلغاري الصادر سنة 1951 فقد جاء في مادته الرابعة: «الفعل يكون معتبراً كإثم عندما يرتكب عمداً أو خطئياً (بالإهمال). والفعل يكون عمداً عندما يريد الفاعل النتائج الاجتماعية للخطر الناتجة أو عندما هو يتوقعها، والفعل يكون مرتكباً بالإهمال عندما لا يكون الفاعل قد توقع النتائج الاجتماعية للخطر، وإنما كان يجب عليه ذلك وكان في إمكانه هذا أو كان يتوقع هذه النتائج وإنما كان في إمكانه تجنبها».

226- ومن أمثلة الوجهة الثانية: اتجاه المقننين في كل من فرنسا وبلجيكا ومصر والمغرب وتونس.

فالمشرع الفرنسي لم يفرد نصوصاً خاصة بالخطأ أو العمد، وإن كان الفقيه الفرنسي روكس² يرى أن المادة 64 من قانون العقوبات الفرنسي تضع مبدأ ليس هو مبدأ انتفاء العقاب لكن تعبر عن مبدأ أكثر عمومية، إذ منها يمكن القول أن غياب الخطأ لا يكون لغياب الوعي والحرية، ولكن إن كان الفاعل ارتكب فعله تحت تأثير الجنون أو الإكراه³ فهذه تؤكد على المبدأ العام: أن لا مسؤولية دون خطأ.

والمقننون الذين ساروا في هذا الاتجاه يحرصون على ذكر العمد أو الخطأ في النصوص أو ما يقوم مقام اللفظين حتى يبينوا الجريمة العمدية والخطئية.

227- لكن مهما تكن الطريقة التي يتبعها المقنن في بيان صورة الاتجاه الإرادي فإن المستقر فقها وقانوناً: أن الاتجاه الإرادي هو جوهر الركن المعنوي. وقد يأخذ هذا الاتجاه صورة العمد، وقد يأخذ صورة الخطأ. والصورة العمدية هي الأصل والأساس لقيام المسؤولية الجنائية، فإن لم يصرح عنها القانون فالأصل أنها عمدية، والاستثناء ما كان غير ذلك، وهو لا يكون إلا بنص صريح يصرح بتوافر الجريمة ويقرر المسؤولية عنها على أساس توافر الصورة الخطئية⁴. ومع هذا يستطيع الفاعل في الصورة الخطئية التهرب بالدفوع من أمثال أن عمله هو عمل الرجل المعتاد وإثباته أنه ما كان له ولا لغيره أن يتوقع ما حصل، وأنه راعي واجب الحيطة والحذر وأن ما صدر منه حتمي عليه. ولما كان التوقع والتبصر أو إمكانية ذلك عنصر من عناصر الخطأ، ناف للخطأ الحتمي أو الواقع تحت إكراه مادي أو بسبب القوة القاهرة، فإن علم الجاني يعد أحد العناصر اللازمة لبناء القصد كما نصت على ذلك الكثير من التقنيات. وهذا ما سأتناوله في النقطة المخصصة للقصد الجنائي.

¹ V.de Asua.(L.J.): *La Notion De Culpabilité En Droit Comparé* , Revue internationale de droit comparé , Vol. 6 - Issue 1 - 1954 - pp. 5-18.

² V.Roux(J.A.): *cours de droit criminel français*, T.1,Recueil Sirey, Paris,1926, p.147.

³ أنظر الدكتور عبد الرحمن حسين علام، أثر الجهل أو الغلط في القانون، مرجع سابق، ص 77 و78 و79.

⁴ V.Levasseur(G.): *Etude de l'élément de l'infraction*, Rapport au collège de Toulouse, 1969, p.83.

228- ثانيا: القصد الجنائي وعناصره:

يعتمد الفكر الجنائي الكلاسيكي على أفكار نفسية راسخة تعتبر القصد الجنائي أحد درجات العنصر المعنوي اللازم للإثم¹ حيث يقولون في مضمون القصد الجنائي أو الإثم: أنه إرادة ارتكاب الفعل مع العلم بالصفة غير المشروعة له، من غير النظر إلى الباعث². فالقصد إذن يتكون من عنصرين: إرادة ما يرتكب، ومعرفة أن ما ارتكب محذور في القانون³.

ولحسن دراسة القصد الجنائي لابد من الإحاطة بعناصر الواقعة الإجرامية، أي بكل العناصر المكونة لماديات الجريمة، وبمعنى آخر بكل ما يريد الجاني فعله، معطيا للواقعة دلالتها الإجرامية⁴، ومميزا تكييفها القانوني عن غيرها من الجرائم⁵.

فحقيقة السلوك المرتكب، وخطورته على الحق المعتدى عليه، وخصائص هذا الحق هي أمور كلها يتعين أن يحيط بها علم الجاني، كما ينبغي أن يحيط الجاني بظروف تشديد العقوبة لأنها داخلة في تكييف الجريمة، وتمييز الجريمة عن غيرها من الجرائم المنصوص عليها، ومن المعلوم أن لكل جريمة نموذجها القانوني، وهذا النموذج هو الذي يحدد العناصر القانونية لها، وقد يحيل القانون في تحديد هذه العناصر إلى قواعد الخير والعرف الإنسانيين، أو إلى قواعد قانونية تكون خارج قانون العقوبات.

لذلك فجهل الجاني لهذه العناصر أو عدم توقعها من طرفه أثناء ارتكاب الوقائع نتيجة للغلط أو الجهل، ويكون هذا الجهل أو الغلط ذو أثر على نفي القصد ومن ثم الإرادة الآثمة والإثم الجنائي⁶.

وإذا كانت القاعدة أن ما يدخل في تكوين عناصر الجريمة يجب أن تحيط به الإرادة، فإن ما يخرج عن تكوينها لا يشترط فيه ذلك، إذ لا تأثير له على القصد⁷، ولا دخل له في الإثم.

229- 1- العلم وعدم المشروعية

يتعين أن نفرق هنا بين العلم بالعناصر التي تدخل في بنيان واقعة الجرم، والعلم بالصفة غير المشروعة. ونبين أن الفقهاء اتجهوا في هذه المسألة ثلاثة اتجاهات، ذهب مع فريق منهم كما سلف. ولتوضيح الأمر أنناقش موقف هذه الفرق في النقاط التالية.

230- أ- اتجه فريق من الفقهاء في فرنسا وإيطاليا وألمانيا إلى تحديد مفهوم القصد بأنه إرادة انتهاك القانون فمعرفة غير المشروعية عند هذه الطائفة ضرورية لقيام القصد الجنائي⁸ فالعلم بالقاعدة القانونية يعد أحد عناصر القصد.

¹ V.Vidal (G.) et Magnol (J.): cours de droit criminel et de sciences pénitentiaire, Paris, 1947, pp.161 et 193.

² أنظر الدكتور عبد الرحمن حسين علام، أثر الجهل أو الغلط في القانون، مرجع سابق، ص 83.

³ أنظر الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 47.

⁴ أنظر الدكتور عبد الرحمن حسين علام، أثر الجهل أو الغلط في القانون، مرجع سابق، ص 83.

⁵ أنظر الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم العام -، مرجع سابق، ص 47.

⁶ أنظر الدكتور عبد الرحمن حسين علام، أثر الجهل أو الغلط في القانون، مرجع سابق، ص 87.

⁷ أنظر الدكتور مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 307.

وأنظر الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم العام -، مرجع سابق، ص 47.

⁸ نفس الصفحة من نفس المرجع.

وذهب بعض أنصار مدرسة الامتناع النفسي إلى أبعد من ذلك، فقالوا: بأن القصد الجنائي لا يتوافر إلا إذا كان الجاني يعلم بالقاعدة الجنائية والعقوبة التي تحددها¹.

وفي هذا الاتجاه ذهب من قبل موضحا أن ما لا تقوم الجريمة إلا به هو أن يعرف الجاني أن هذا الأمر مجرم ينبذه المجتمع، وإن كان لا يعرف النص الجنائي الذي يعاقب عليه، ولم أذهب في رأيي ذاك إلى ما ذهب إليه أنصار مدرسة الامتناع النفسي، وقلت أن الرأي المخالف تضار به الحقوق والحريات.

231 ب- اتجه رأي آخر إلى القول أن القصد يتكون من عنصرين إرادة الفاعل من ناحية، والعلم بالصفة غير المشروعة من ناحية أخرى، وهذا العلم مفترض في حق الكافة، ولا يقبل ادعاء أحد الجهل بشأنه ولا إثبات عدم علمه²، إذ لا عذر بجهل القانون. وهذا هو الرأي السائد في فرنسا وبلجيكا ومصر، ومن سار في هذا الاتجاه كالجزائر والمغرب.

232 ج- ذهب الرأي الثالث في اتجاه يلطف به حدة الاتجاه السابق³، فاستبعد العلم بالصفة غير المشروعة، من عناصر القصد لأن الصفة غير المشروعة حكم على الواقع يتم خارج نطاق الجاني، ولا يتوقف على علمه أو إرادته، وسواء علم أو لم يعلم فإنه يكون محلا للعقاب، والحقيقة فإن العلم بالصفة غير المشروعة في تقييم سلوك الشخص، وتحديد مفهوم الإثم الجنائي، الذي لا يمكن نسبته إلى شخص إلا إذا اتجهت إرادته إلى مخالفة القواعد القانونية الجنائية⁴.

233 -2- الإرادة والقصد

القصد ينتج عن الإرادة إذا توجهت كملكة ذهنية، يستطيع بها الإنسان أن يوجد ويسيطر على نشاطه الخارجي، لذلك فالإرادة هي أبرز عناصر القصد، فالفاعل لا بد أن يقرر ما يريد فعله، وأن يكون هذا الفعل والقرار نابعين من داخله لا مفروض عليه الفعل مسلوب الإرادة⁵. وانتهاك القانون كذلك لا بد وأن يكون إراديا. فلا يكفي إذن لوجود الجريمة، ولقيام الإثم أن يكون بإمكان الجاني ممارسة الأفعال، أو ملكات عقلية بخصوص الواقعة وعناصرها المادية، ولكن لا بد أن يكون انتهاك القانون حدث بطريقة طوعية إرادية⁶، وعلى هذا فلا بد أن تتجه الإرادة إلى الفعل، وإلى تحقيق النتيجة غير المشروعة في آن معا وإلا تخلف القصد⁷. ولذا قيل بحق: حتى يتحقق القصد لا يكفي أن تعلم ولكن لا بد أن تريد⁸، ومن هنا كان الإكراه المادي والقوة القاهرة من أسباب انتفاء الإثم الجنائي، لذا فإن الإرادة ما كان يمكن أن تمنع من إتيان النتيجة غير المشروعة. فالنتيجة غير المشروعة إذا هي إرادة القصد.

¹ أنظر الدكتور عبد الرحمن حسين علام، أثر الجهل أو الغلط، مرجع سابق، ص 88

² المرجع نفسه.

³ أنظر الدكتور عوض محمد، الوجيز في قانون العقوبات - القسم العام -، طبعة سنة 1968، ص 111.

⁴ أنظر الدكتور عبد الرحمن حسين علام، أثر الجهل أو الغلط، مرجع سابق، ص 90.

⁵ المرجع نفسه، ص 83.

V. Levasseur (G.): Etude de l'élément de l'infraction, op.cit, p.83.

⁶ أنظر الدكتور عبد الرحمن حسين علي علام، أثر الجهل أو الغلط، مرجع سابق، ص 84.

⁷ V. Ortolan (J.): élément de droit pénal, ed 1875, Paris, p.244.

⁸ Stefani (G.) et Levasseur (G.): Droit pénal, t.1, Paris, 1964., p.107.

غير أنه من الجرائم ما يندمج فيها القصد مع السلوك في النتيجة، فيكفي فيها القصد حسب أنصار نظرية الإرادة، فالعقد يختلط مع الإرادة، وهما القصد، وقد يريد الفاعل فعله وترتبط به نتائج أخرى كحرق المركبة للاحتيال على شركة التأمين فيموت ركبها وتلتهم النار الأموال التي في داخلها، فأنصار نظرية الإرادة هنا يقولون أن القصد هنا شامل لكل ما وقع لإرادة النتيجة وقصدها والتي هي احتراق السيارة والنتائج التي تجاوزت قصده الأصلي يتحملها ويسأل عنها. وهذا الاتجاه يوسع نطاق المساءلة الجنائية، لذا قيده بعض أنصار هذه النظرية بلزوم توقع النتيجة النهائية أنها ستتحقق أو من المحتمل أنها ستتحقق¹.

وبهذا أكون قد انتهيت من بحث نقاط هذا الفرع، ويتعين الانتقال إلى الفرع الثاني الذي عنوانه الجهل والغلط وتعلقهما بالقاعدة السلبية.

234- الفرع الثاني: تعلق الجهل والغلط بالقاعدة السلبية

يتماس الجهل والغلط مع القاعدة السلبية في نقطتين بحثان تحت عناوين الجهل بالمشروعية، والغلط في المشروعية، أو تحت عنواني الجريمة الظنية أو الوهمية أو التصورية أو البراءة الظنية أو الوهمية أو التصورية، وهذا ما سأبحثه في النقطتين التاليتين: الجهل بالمشروعية، والغلط في المشروعية، مفضلاً هذا الاستعمال ليسره وإحاطته بالمعنى المقصود.

235- أولاً: الجهل بالمشروعية²

هذه الوضعية تحدث عندما يرتكب أحد سلوكاً مطابقاً للنموذج المجرم من حيث ظاهره- لكن يحدث في هذه الحالة أن يقترب هذا السلوك بأحد أسباب تبريره القانونية المكتمل الشروط، لكن الجاني يجهل ذلك معتقداً أنه أتى سلوكاً إجرامياً معاقباً عليه. وهنا يثور التساؤل عن الآثار القانونية للقاعدة السلبية أو سبب التبرير، فهل تتوقف مشروعية سلوك الفاعل (الجاني) على ضرورة توافر علمه؟ ومن ثم يصبح جهله بها سبباً لتجريمه وتحمله المسؤولية الجنائية عن فعله. هذه المسألة نوقشت على مستوى الفقه شرحاً للنصوص القانونية خاصة ونقداً لأعمال القضاء، وتجرداً لنصرة الشرعية، كما نوقشت على مستوى القضاء. وسأتناول ذلك في الموقفين الآتيين:

1- موقف الفقه من المسألة: تباينت مواقف الفقهاء تجاه هذه المسألة، ويمكن حصر الآراء التي توصلت إليها في الاتجاهات الآتية:

236- الاتجاه الأول: يتزعمه بعض الفقهاء الألمان الذين يذهبون إلى أن توافر حالات التبرير، وظهورها في الواقع مستكملة لشروطها، يترتب عليه أن تنتج المشروعية التي خصصت لها، بأسلوب موضوعي بعيد عن علم الجاني سواء بوجودها أو استكمالها لكافة شروطها³.

وفي هذا الاتجاه ذهب فريق من الفقهاء الإيطاليين مستندين إلى نص المادة 59 من قانون العقوبات الإيطالي التي تنص على أن: «الظروف المستبعدة للعقاب تقدر لصالح الفاعل

¹ أنظر الدكتور مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص 305.

² V.Delogu(T.): Les causes de justification, op.cit.,p.111.

وانظر الدكتور محمد نعيم فرحات، النظرية العامة لعذر تجاوز حدود الدفاع الشرعي، مرجع سابق، ص 232.

³ أنظر الدكتور رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، مرجع سابق، ص 459.

حتى ولو لم يكن يعلم بها أو كان يعتقد -لوقوعه في غلط- عدم توافرها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك»¹.

237- الاتجاه الثاني: يتزعمه البعض الآخر من الفقهاء الألمان ويتفرع موقفه إلى رأيين: الرأي الأول: يقرر بأن جهل الفاعل لحظة ارتكابه السلوك الإجرامي بقيام سبب المشروعية يترتب عليه عدم محاسبته عن جريمة مكتملة الأركان، وإنما ينسب إليه الشروع في الجرم فقط².

الرأي الثاني: يرى وجوب أن يقوم في ذهن الفاعل سبب المشروعية، كما يجب تملأ أن يقوم في ذهنه ركنا الجريمة المادي والمعنوي لحظة ارتكابه الفعل.

238- الفقه المصري وموقفه: لخلو قانون العقوبات المصري من أي نص يعالج هذه المسألة لذا تناولها الفقهاء، كما سنرى أنه تناولها القضاء بالاجتهاد كذلك. ويتجه الفقه المصري إلى أن الجهل بالإباحة لا يؤثر فيها لموضوعيتها مع اختلاف في التعليل عند الشراح³.

2- موقف القضاء من المسألة: وجدت قضيتين عرضتا على محكمة النقض المصرية في هذه المسألة وكان القضاء في إحداها يخالف القضاء في الأخرى، وهذا عرضهما:

239- قضية نقض 34/12/3 عرضت على محكمة النقض المصرية قضية تتلخص وقائعها في أن ضابط بوليس فتش سكنا لأحد الأشخاص في غير الأحوال التي يجيزها القانون- ودون أن يكون الضابط عالما بوجود إذن من النيابة يسمح له بهذا التفتيش، ويضفي عليه المشروعية واقعيًا- الأمر الذي يترتب عليه بطلان هذا التفتيش، وجاء قضاء محكمة النقض في هذا الموضوع يقرر: «أنه لا يصح التفتيش لأن الإذن به كان قائما على غير علم الضابط، إذ كان يجب أن يكون الضابط عالما بهذا الإذن»⁴.

240- قضية نقض 39/5/15: تتلخص وقائع هذه القضية⁵ في دفع المتهم بأن ضابط البوليس أجرى تفتيش منزله بناء على إذن من النيابة، لم يكن يعلم به وقت إجراءاته التفتيش.

وكان قضاء محكمة النقض بأن مثل هذا الدفع من المسائل الموضوعية التي لا تعرض على محكمة النقض.

241- الجهل بتجاوز المشروعية: يطبق عليه ما يطبق على الجهل بالإباحة، وهذا منطقي، فإذا ما ثبت عدم مراعاة الفاعل لحدود المشروعية المقررة لممارسة حق من الحقوق أو أداء واجب من الواجبات بالرغم من تحقق علمه بعناصر تلك المراكز القانونية بناء على ما تكون لديه من اعتقاد غير صحيح- فإنه مازال في دائرة المشروعية، وهذه الحالة⁶ حالة جهل بالتجاوز.

242- ثانيا: الغلط في المشروعية

¹ أنظر الدكتور محمد زكي محمود، آثار الجهل والغلط، مرجع سابق، ص 278.

² أنظر الدكتور محمد نعيم فرحات، النظرية العامة لعذر تجاوز حدود الدفاع الشرعي، مرجع سابق، ص 236.

³ المرجع نفسه، ص 233 و 234 و 235.

⁴ مجموعة القواعد القانونية، ج2، رقم 293، ص 399.

⁵ مجموعة القواعد القانونية، ج4، رقم 390، ص 549.

⁶ أنظر الدكتور محمد نعيم فرحات، النظرية العامة لعذر تجاوز حدود الدفاع الشرعي، مرجع سابق، ص 241.

هذه الوضعية تحدث هي الأخرى، عندما يعتقد الشخص-الذي يتواجد في ظرف معين- بقيام إحدى حالات التبرير التي تبيح سلوكه المجرم أصلا، في حين أن اعتقاده هذا غير صحيح إذ لا وجود لما يبرر فعله قانونا. ويأتي هذا الغلط على صورتين: الصورة الأولى: أن يكون الغلط في قيام المشروعية، ويتحقق هذا عندما يثبت أن الجاني قد اعتقد-خلافًا للواقع- توافر أحد أسباب التبرير.

والصورة الثانية: أن يقع الغلط في حدود المشروعية ويتحقق ذلك متى ثبت أن سبب التبرير قائم أصلا، غير أن الجاني تجاوز حدوده معتقدا خلاف الواقع-أنه مازال في حدود الإباحة المبررة.

فيثور في مثل هذه الحالة التساؤل حول قيام أو انتفاء المسؤولية الجنائية، وتتعدد المواقف بين الفقهاء والمقننين والقضاة، وإليك هذه المواقف في النقاط الآتية:

243- 1- موقف المقننين: من المقننين من لم ينص على مسألة الجهل والغلط كما سبق أن رأينا- كالمقنن الفرنسي والجزائري، ومن سار في فلكهما، ومن المقننين من نص على ذلك¹ صراحة كالمقنن المجري في قانون العقوبات المادة 1/14 منها التي تنص على أنه: «لا يعاقب الفاعل إذا ارتكب الفعل معتقدا أن فعله لا يشكل خطرا إجتماعيا، وكان لا اعتقاده هذا أسبابا معقولة»، وعلى هذا الموقف كان القانون السوفياتي.

- أما المقنن في مصر فلم ينص صراحة على هذا الوضع، وإنما يستنتج من نص المادة 60 من قانون العقوبات التي تنص على أنه: «لا تسري أحكام قانون العقوبات على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملا بحق مقرر بمقتضى الشريعة».

-وانتهج المقنن السويسري منهج النص على الغلط في الواقع، فنصت المادة 19 من قانون العقوبات السويسري الصادر سنة 1937 على أنه: «كل من ارتكب سلوكا تحت تأثير الغلط في تقدير الواقع فإنه يعامل بمقتضى هذا التقدير إن كان في مصلحته».

244- 2- موقف الفقهاء: ذهب الفقهاء أيضا في هذه المسألة مذاهب حسب القانون الذي يشرحونه أحيانا، ومقدمين آراء فقهية يقترحونها أحيانا أخرى. فذهب الفقه في سويسرا إلى أن الغلط والاعتقاد الخاطئ بتوفر أحد أسباب التبرير يجعل الفاعل يستفيد من غلطه، وتنتفي مسؤوليته فلا يعاقب². وإذا كان الاستنتاج من المادة 60 من قانون العقوبات المصري يستفاد منه أعمال الغلط وإفادة الغلط في الإباحة منه، فإن جانباً من الفقه المصري انتقد هذا الوضع وقال: بأن الغلط في الإباحة لا يعتد به لموضوعية أسبابها، بل يجب أن تتوفر الإباحة فعلا بكل شروطها، وإن كان الغلط في الإباحة ينفي القصد الجنائي كالغلط في أركان الجريمة، فيصبح الغلط في الإباحة ارتكب جريمة غير عمدية³.

ويرد البعض بالقول أن الغلط هنا مبني على مبدأ هو عدم تكليف الإنسان بما ليس في وسعه، ولا يجوز مساءلة الجاني هنا لعدم قصده مخالفة القانون⁴.

¹أنظر الدكتور محمد نعيم فرحات، النظرية العامة لتجاوز حدود الدفاع الشرعي، مرجع سابق، ص 229 و230.

²المرجع نفسه، ص 220.

³أنظر الدكتور يسر أنور علي، شرح النظريات العامة للقانون الجنائي، طبعة سنة 1979، ص 378.

وانظر الدكتور محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة في التشريعات العربية، مرجع سابق، ص 168.

⁴أنظر الدكتور علي راشد، القانون الجنائي-المدخل وأصول النظرية العامة-، **بدون مكان نشر**، ط2 لسنة 1974، ص 519.

ويذهب رأي ثالث في الفقه المصري إلى التفريق بين الغلط في الإباحة في حالة تجاوز الموظف في أعمال وظيفته كما هو منصوص عليه في المادة 63 من قانون العقوبات المصري، وفي حالة الدفاع الشرعي المنصوص عليها في المادتين 249 و250 من قانون العقوبات، بذكر فرضيتين في الموظف، فرضية أن يتحرى ويتحقق ومع هذا يتلبس بالغلط، وفرضية أن لا يتحرى فيغلط. ويعتبرون غلظه في الفرضية الأولى مبررا، وفي الفرضية الثانية غير مبرر، أما غلط المدافع فمبرر لدقة موقفه دائما ووجوده في حالة غير عادية¹.

245- 3 موقف القضاء: اتجه القضاء في مصر إلى اعتبار الفعل مبررا إذا كان غلط الفاعل بسبب توهمه لأسباب معقولة أن فعله مبررا وبحسن نية منه². أما إذا ثبت طيش الجاني وعدم تثبته وعدم تحريره وإطلاقه النار على من ظنهم معتدون، وهم ليسوا كذلك ودون مبرر لغلظه فإنه يستأهل إدانته بجريمة الجرح العمدى³. وفي الدول الغربية حكم في إيطاليا في غلط في أداء الواجب بامتناع مسؤولية جنود غرر بهم نصاب وسرق بهم أموال البلدية باعتباره ضابطا كلف بذلك⁴. وحكم في فرنسا في حالة دفاع شرعي بعدم اشتراط أن يكون الاعتداء حقيقيا، واكتفت بتحقيق الاعتداء الوهمي. ويكتفي القضاء الفرنسي بتوافر مظهر الحقيقة من الناحية الموضوعية بحيث تعتقد الكافة ذلك⁵. والمسألة موضوعية تخضع لتقدير القاضي في نظري ولا يخضع لرقابة محكمة النقض. وبهذا أكون قد انتهيت من المبحث الأول لأنتقل إلى الثاني.

المبحث الثاني تقسيم الجهل والغلط

246- تمهيد وتقسيم

الفقه الجنائي يحدد لكل جريمة عناصر مادية، وعناصر معنوية، أو نفسية يجب توافرها في الفعل حتى يكون جريمة. والعناصر المادية للجريمة تتكون من الفعل والنتيجة وعلاقة السببية بين الفعل والنتيجة. والعناصر المعنوية للجريمة تتكون من العلاقة النفسية التي تربط بين الفاعل والواقعة المجرمة وهي التي يطلق عليها في الفقه «الخطأ بالمفهوم الواسع». إذ الخطأ له درجتان، درجة أشد إذنابا وإثما جنائيا، وتسمى القصد الجنائي، ودرجة أخف إذنابا وإثما جنائيا، وتسمى الخطأ غير العمدى.

¹ أنظر الدكتور رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام، مرجع سابق، ص 534.

² أنظر نقض 31. 561 مجموعة أحكام النقض، سنة 7 رقم 40، ص 118.

ونقض 23. 10. 56 سنة 7، رقم 292، ص 1065.

ونقض 42. 57 سنة 8، رقم 95، ص 1085.

ونقض 16. 4. 1959 سنة 10، رقم 44، ص 178.

³ نقض 11. 3. 1935، مجموعة القواعد القانونية، ج3، رقم 357، ص 4478.

⁴ أنظر الدكتور رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، مرجع سابق، ص 416.

⁵ أنظر الدكتور محمد نعيم فرحات، النظرية العامة لعذر تجاوز حدود الدفاع الشرعي، مرجع سابق، ص 229.

والخطأ العمدى، أو القصد الجنائي يقوم متى أراد الفاعل الفعل المكون للجريمة، وتوقع نتائجه، ووجه إرادته لتحقيقها. أما الخطأ غير العمدى فإنه يقوم بمجرد إرادة الفاعل الفعل، دون أن يتوقع النتيجة، وإنما كان من الإمكان أن يتوقعها، بل كان من الواجب أن يتوقعها. -ويقسم الفقهاء الجهل والغلط، إلى الجهل والغلط في القانون، والجهل والغلط في الواقع. ولا يرى عذرا بجهل القانون أو الغلط فيه، وتفيد بعض التشريعات هذا الرأي بعدم الإعذار في القانون الجنائي فقط¹. أما غيره من القوانين فتعذر الجاهل والغالط فيها، كشأن الغلط في الواقع.

-ويشترط بعض الفقهاء للإعذار بالجهل والغلط سواء في القانون أو في الواقع: أن يبرر أنه لا يمكن تجنبه².

-ومنهم من قسم الجهل والغلط إلى جهل وغلط مغتفر، وإلى جهل وغلط غير مغتفر، وجهل وغلط جوهري *essentielle* وجهل وغلط عارض *accidentelle* وجهل وغلط حتمي *invincible* وجهل وغلط غير حتمي.

وكلها جهل وغلط يقصد بها ما كان منها في العناصر القانونية للجريمة، وسأتناول بالتفصيل في المطالب الآتية:

المطلب الأول: الجهل والغلط المنصب على العناصر الجوهرية.

المطلب الثاني: الجهل والغلط المنصب على توابع الجريمة.

المطلب الثالث: الجهل والغلط المنصب على ظروف الجريمة.

المطلب الرابع: الجهل والغلط المنصب على العناصر غير الجوهرية.

وأتناول تحديد ماهية هذا النوع من الغلط مرجئاً ما يترتب عليها من مؤاخذه أو عدم مؤاخذه إلى المبحث الثالث من هذا الفصل (أثر الجهل والغلط على كل من المسؤولية المدنية والجزائية).

المطلب الأول

الجهل والغلط المنصب على العناصر الجوهرية للجريمة

247- تمهيد وتقسيم

هذا النوع من الجهل والغلط يطرح مشكلة الجهل والغلط الحتميين، وغير الحتميين، وعلاقتهم بالجرائم السلبية المحضة، وبباقى الجرائم الأخرى التي لا تقوم إلا عمداً. وسأتناول بحث هذا المطلب في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: الجهل والغلط الحتميين وغير الحتميين.

الفرع الثاني: علاقة الجهل والغلط الحتميين وغير الحتميين بالجرائم السلبية، وبالجرائم التي لا تقوم إلا عمداً: سأوضح ما علاقة الجهل والغلط بكل نوعي الجرائم مع إعطاء أمثلة من الفقه أو القضاء، بعد تحديد ما الجهل والغلط الحتميين، وما الجهل والغلط غير الحتميين مبتدأ بهذه النقطة الأخيرة.

¹ أنظر الدكتور عبد الرحمن حسين على علام، أثر الجهل والغلط في القانون، مرجع سابق، ص 185 وما بعدها.

² المرجع نفسه، ص 199 وما بعدها.

248- الفرع الأول: الجهل والغلط الحتميين وغير الحتميين

يكون الجهل أو الغلط حتميا، متى كان من غير الممكن للشخص أن يعلم الحقيقة تماما، ويعيب هذا النوع من الجهل والغلط الإرادة¹. ويمثل لها الفقهاء: بحالة شخص دخل منطقة حدود، ولم يوضح أمام الجمارك أن بداخل عربته أشياء تترتب عليها رسوم، وكان يجب عليه أن يقدم عليها بيانات لرجال الجمارك، حتى يقدرُوا الرسوم المستحقة عنها، وعند ضبط هذه الأشياء، صرح أنه لم يكن يعلم عنها شيئا، وأنها قد دست عليه على غير علم منه، وتبرأ من المسؤولية عنها، لأنه كان ضحية غلط حتمي أخفى كل إثم عنده، ونفى كل نية آثمة لديه.

وهذا الغلط الحتمي معتبر سواء في الجنايات أو الجنح أو المخالفات في رأي راديلكو².
249- يبرر هذا الفقيه رأيه بالقول أن الإرادة هي العنصر الشخصي والأساسي في كل أفعالنا التي تتمخض عنها النتيجة الإجرامية سواء أكانت متوقعة أو غير متوقعة. فكل فعل إيجابي أو سلبي يتمخض عن نتيجة معاقب عليها، لابد أن يكون مصدرها الإرادة، فمتى غابت هذه الإرادة لسبب أو لآخر لا يمكن أن يكون هناك محلا للمساءلة، مهما تكن النتيجة مادامت النتيجة كانت بسبب الجهل المفضي إلى الغلط، فإن ذلك يمحو الإرادة ولا يسأل الجاني لأن الإرادة تحذف بالغلط الحتمي والواقعة الناجمة عنه مثلها مثل الحادث الفجائي³.

فالجهل عندما يكون حتميا يكون له، ويجب أن تكون له نتيجته على الإسناد الجنائي.
250- وعرض القضاء الفرنسي قضية تتلخص وقائعها في حجز رجال الجمارك في بورت فانور عند فحصهم لأحد الطرود الموجودة على أحد المراكب التابعة لشركة ترانس أطلانتيك للطرد الذي وجدوا بداخله تبغا محرم إستيراده إلا بإذن سابق، ورفعت إدارة الجمارك الدعوى ضد الشركة التي مثلت أمام محكمة سيرت، ومحكمة النقض اللتين اعتقدتا بوجود الغلط الذي تمتنع معه المسؤولية وعلى العكس من ذلك كان موقف محكمة استئناف منتبولي، إذ رأت كل من محكمة سيرت ومحكمة النقض أن الناقل يجهل ما بداخل الطرد، إذ ليس له أن يفحص ما بداخله، في حين رأت محكمة الاستئناف أن الإرادة وإن كانت عنصرا جوهريا في كل جريمة إلا أنها لا تمنع المسؤولية⁴.

251- لقد أيد الفقيه لابورد قضاء محكمة الاستئناف، وعلق عليه قائلا بأنه بدون الإرادة لا يقوم الإثم الجنائي، وقد ولى الزمن الذي كانت تعاقب فيه الأشياء والحيوانات، واقتصر العقاب على الأشخاص الذين لهم الإرادة وحرية الاختيار، وانتقد هذا الفقيه قضاء محكمة النقض بقوله أن تأسيس براءة الشركة وممثليها على أساس الإكراه قول غير دقيق لكون الإكراه يفترض معه العلم بالواقعة محل التجريم، لكنه عمل تحت سيطرة قوة لا قبل له بتجنبها. فالفاعل هنا تكون له حرية التمييز لكن تنعدم عنده حرية الاختيار.

¹ V.Radulesco(J.):L'influence de l'erreur sur la responsabilité pénale,op.cit, p.115.

² Ibid.

³ أنظر الدكتور عبد الرحمن حسين علي علام، أثر الجهل والغلط في القانون، مرجع سابق، ص 235.

⁴ V.Labord(A.) : *L'élément moral dans les infractions non intentionnelles*, Revue critique de législation et de jurisprudence, t14, 24 ème année, 1885, pp.256 -268.

ومثل عمل عمال شركة النقل بعمل المجنون الذي يقوم بالأعمال دون تمييز وبطريقة آلية. وقال أن عمال الشركة لم يكونوا ضحية إكراه، وإنما كانوا ضحية غلط حتمي ما كان يمكن تجنبه، وهذا الغلط يحذف الإرادة ولذلك يجب أن يكون سبب لعدم الإسناد¹. وهنا فالحديث عن الجهل والغلط الحتميين، فهما اللذان ينتفي معهما الإذنب والإثم الجنائي خلافا للجهل والغلط الغير حتميين.

والجهل والغلط يكونان حتميين متى تعلقا بوقائع الجريمة. **252-** يختلف رأي آخر مع الرأي السابق في الفقه، ويقول عكس له أن أثر الجهل والغلط الحتمي لا ينصرف إلى الركن المعنوي للجريمة ويمنع الخطأ من أساسه كما يقول أتباع الرأي الأول وإنما ينصرف إلى رابطة الارتكاب المادي بين الجاني والواقعة، بمعنى أن المتهم لم يرتكب ولم يباشر ذات الفعل أو السلوك المكون للجريمة، حتى يبحث إذا كان فعله له إراديا أو غير إراديا².

253- رأي الدكتور عبد الرحمن حسين علي علام في المسألة: يرى الدكتور علام، وأرى معه أن الاختلاف الفقهي هنا مجرد اختلاف شكلي، لكن الفريقان يصلان في نهاية المطاف إلى أن أثر الجهل والغلط المنصب على الواقعة الإجرامية، انصرف إلى إرادة إحداث هذه الواقعة فأعدمها، ولذلك كان لهذا الجهل أو الغلط أثر على نفي الركن المادي للجريمة.

ويبقى بعد ذلك أن نعرف علاقة الجهل بكل من الجرائم السلبية البحتة، والجرائم التي لا تقوم إلا عمدا. وهذا ما سأجيب عنه في الفرع الآتي:

254- الفرع الثاني: علاقة الجهل والغلط الحتميين وغير الحتميين بالجرائم السلبية والجرائم التي لا تقوم إلا عمدا

يتعين أن نقسم هذا الفرع إلى قسمين، قسم لمسألة علاقة الجهل والغلط بالجرائم السلبية، وآخر لمسألة علاقتهما بالجرائم التي لا تقوم إلا عمدا، وكل ذلك بالنظر للجهل والغلط الحتميين وغير الحتميين، متناولا المسألتين في النقطتين الآتيتين بما يلزمهما من التفصيل.

255- أولا: علاقة الجهل والغلط بالجرائم السلبية البحتة

الجريمة السلبية البحتة هي التي تقوم بمجرد الامتناع عن القيام بواجب قانوني، يلزم بهذا الفعل، وأن يكون الامتناع إراديا، فهذا النوع من الجرائم يفترض أن تتحقق أولا في عالم الواقع واقعة معينة تلقي على عاتق الجاني بحكم القانون الجنائي أن يقوم بفعل معين، وأن يكون في مقدور هذا الجاني القيام بهذا الفعل، فعند ذلك إن امتنع وأخل بالتزامه القانوني، تقوم الجريمة، وهذه الجريمة هي الجريمة السلبية البحتة³. ومن أمثلته امتناع من عليه حكم بالنفقة عن تسديدها مع قدرته على ذلك، ومضي شهرين على امتناعه⁴.

¹ V.Labord, *L'élément moral dans les infractions non intentionnelles*, op.cit.,p.260.

² أنظر الدكتور محمد زكي محمود، آثار الجهل والغلط في المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 64.

³ V.Donnedieu de vabres (H.): *Traité de droit criminel et de législation pénale comparé*, 3 ed, 1947, p.80

⁴ نص المادة 131 من قانون العقوبات الجزائري: يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 500 إلى 1500 كل من امتنع عمدا ولمدة تجاوز شهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته، وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه على زوجته أو أصوله أو فروعها، وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليهم=

وإذا لم يتم تبليغ المحكوم عليه بهذا الحكم بالنفقة، فإن جهله بالحكم جهل حتمي لا يمكن معه مساءلته كما لو بلغ به، وهو يحمل مبلغا حكم به، وقد وقع الخطأ من الجهة القضائية في هذا المبلغ، فذلك أيضا يشكل غلطا حتميا يجعل الفاعل في منأى من المساءلة.

256- والفقه يقول في مثل هذه المسألة أن جهل الجاني بالواقعة محل ومصدر التزامه بالواجب القانوني، أو غلظه فيها يعد بمثابة جهل وغلط حتميين، إذ لم يعلم الفاعل بالواجب القانوني المتعلق بذمته أو علم به علما غير صحيح، وبالتالي لا يمكن القول بأنه أخل بالتزامه القانوني، أي بوجود إخلال أو امتناع عن تنفيذ ما طلب منه القانون بموجب الحكم، ولا يمكن أن ينسب إليه الإخلال بواجبه بأي حال من الأحوال¹.

257- ثانيا: علاقة الجهل والغلط بالجرائم التي لا تقوم إلا عمدا

هذا النوع من الجرائم تكون محلا لأن يؤدي الجهل والغلط فيها متى كانا حتميين دورهما، ومن أمثلة هذه الجرائم حيازة المخدرات، وجرائم التهريب الجمركي. فإذا نفى من ضبط وبحوزته مواد مهربة من الجمارك فإمكانه إثبات عدم علمه بها، وأنها دست عليه.

وكذا إذا ضبطت في محله مخدرات فإمكانه نفي علمه بها، أو إثبات غلظه فيها، إذا سلمت له على أنها مادة أخرى شبيهة.

258- والقضاء في مصر يتجه إلى أنه متى أمكن للمتهم أن يثبت انتفاء الرابطة المعنوية التي تربطه بالفعل المادي في هذه الأمور وأنه ليس هو من قام بالسلوك المادي للجريمة بطريقة تقبلها الاعتبارات العملية والقول بهذه الاعتبارات لا يجافي العدالة، طالما ينتفي علم الجاني بالوقائع المادية المشكلة للجريمة ينتفي قصده.

وقد استقر أخيرا على اشتراط ضرورة علم المتهم بوجود المخدر بالمكان الذي ضبط فيه حتى تمكن مساءلته عنه، واضطرر هذا القضاء لدى محكمة النقض² وعدلت بقضائها عن قضائها السابق الذي تطلب فيه من المتهم إثبات دفعه بعدم العلم.

المطلب الثاني

الجهل والغلط المنصب على توابع الجريمة

259- تمهيد وتقسيم

يقصد بتوابع الجريمة تلك النتائج الضارة والإجرامية، التي لم تكن أصلا في حسان الجاني، لكنها نتيجة لفعله الإجرامي أصلا، كأن يضرب ويحدث عن الضرب وفاة من ضرب، دون أن يكون قصد قتله كما في الحالة التي تنص عليها المادة 271 من قانون العقوبات الجزائري³. وكما في حالة لو ترك أحد عاجزا من صغير أو مسن أو ذي عاهة

ويفترض أن عدم الدفع عمدي ما لم يثبت العكس، ولا يعتبر الإعسار الناتج عن الاعتقاد على سوء السلوك أو الكسل أو السكر عذرا مقبولا من المدين في أية حالة من الأحوال.

¹ أنظر الدكتور محمد زكي محمود، آثار الجهل والغلط، مرجع سابق ص 39 وما بعدها.
وانظر الدكتور عبدالرحمن حسين علي علام، أثر الجهل والغلط في القانون، مرجع سابق، ص 249.

² المرجع نفسه، ص 150.

³ نص المادة 271 من قانون العقوبات الجزائري: إذا نتج عن الضرب أو الجرح أو العنف أو التعدي المشار إليه في المادة 269 فقد أو بتر أحد الأعضاء أو الحرمان من استعماله أو فقد إبصار إحدى العينين أو أية عاهة مستديمة أخرى

لا يقدر على حماية نفسه في مكان عرضة للخطر، ونتج له من ذلك عجز مستديم أو وفاة، وما كان تاركة يقصدهما¹. فتوابع الجريمة نتائج إجرامية تتجاوز قصد الجاني، وتتجاوز في جسامتها الجريمة الأصلية التي قصدها، ولكن مع هذا فبسبب وجودها غلط الجاني، إذ هي بسبب خطئه حدثت، وهي أثر من آثار سلوكه، ارتبطت به برابطة السببية الموضوعية، وتأتي متلازمة مع الجريمة التي قصدها أصلا، ووقعت على ذات الموضوع الذي وقعت عليه الجريمة الأصلية. والفرق بينها وبين الجريمة الأصلية جسامته التبعة.

فما مدى تأثير الجهل والغلط على مسؤولية الجاني في هذا النوع من الجرائم بالتشديد أو التخفيف، الإجابة على هذا التساؤل نرجئها إلى المبحث الثالث من هذا الفصل. لكن في هذا المبحث نتبع القول بالعلاقة بين الجهل والغلط وتوابع الجريمة في المحيط الفقهي والقضائي والقانوني. ونأخذ كنماذج كل من الفقه عموما، وفي فرنسا وإيطاليا ومصر وألمانيا. بعد أن بينا في التمهيد صورة من موقف قانون العقوبات الجزائري، ولبحث هذه النقاط يتعين تقسيم المطلب إلى الفروع الآتية:

الفرع الأول: الجهل والغلط المنصب على توابع الجريمة في الفقه.
الفرع الثاني: الجهل والغلط المنصب على توابع الجريمة في فرنسا.
الفرع الثالث: الجهل والغلط المنصب على توابع الجريمة في مصر.
الفرع الرابع: الجهل والغلط المنصب على توابع الجريمة في إيطاليا.
الفرع الخامس: الجهل والغلط المنصب على توابع الجريمة في ألمانيا.
متتبعا هذه المسألة، دون الخوض في آثار هذا الجهل والغلط مرجئا ذلك إلى المبحث الموالي (الثالث).

260- الفرع الأول: الجهل والغلط المنصب على توابع الجريمة في الفقه

الجهل والغلط الحتميين المنصبين على توابع الجريمة في الفقه المقارن، والتي يعبر عنها بالنتائج أو الجرائم المتجاوزة القصد، هو موضوع القصد الإجمالي². وقال الفقيه چارسون³ أن القصد الإجمالي يتوافر عندما يريد الفاعل ارتكاب جريمة عمدية، لكن يحدث خطأ نتائج إجرامية أخرى تتجاوز قصده. فالغلط انصب هنا ليس على عناصر الجريمة، ولكن على توابع الجريمة التي لم يقصدها الجاني ولم يتوقعها. وعند الفقيهيين فيدال ومنيال⁴ أن النتيجة المتجاوزة القصد في مجال القصد الإجمالي عندما تحدث نتائج

فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى 20 سنة. وإذا نتجت عنها الوفاة بدون قصد إحداثها فتكون العقوبة هي الحد الأقصى للسجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة...

¹ نص المادة 316 من قانون العقوبات الجزائري: "كل من ترك طفلا أو عاجزا غير قادر على حماية نفسه بسبب حالته البدنية أو العقلية عرض للخطر في مكان غير خال من الناس أو حمل الغير على ذلك يعاقب لمجرد هذا الفعل بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة. إذا نشأ عن الترك أو التعريض للخطر مرض أو عجز كلي لمدة تجاوز 20 يوما فيكون الحبس من سنة إلى سنتين، وإذا حدث للطفل أو العاجز بتر أو عجز في الأعضاء أو أصيب بعاهة مستديمة فتكون العقوبة هي الحبس من سنتين إلى خمس سنوات".

² أنظر الدكتور عبد الرحمن حسين علي علام، أثر الجهل والغلط في القانون، مرجع سابق، ص 142.

³ V.Garçon(E.): Code pénal annoté, nouvelle édition refondue et mise à jour par Marcel Rousselet, Maurice Patin et Marc Ancel, T.1, N°9, Paris, Recueil Sirey, 1952 ,

⁴ V.Vidal (J.) et Magnel (J.): cours de droit criminel et de science pénitentiaire, 1947, Paris, p.175.

إجرامية أشد مما كان يريد الفاعل أو يتوقعه، كمن يضرب امرأة يجهل أنها حامل فيتسبب لها في الإجهاض. وعند الفقيهيين بيزات وبنثال¹ أن شأن هذا النوع من الجرائم شأن الجرائم العمدية والقصد فيها احتمالي، وعند الفقيهيين ستيفاني ولوفاسور² يقولان: الجريمة المتعدية القصد، والقصد الاحتمالي كلاهما يحدث نتيجة أشد جسامة من التي يرغبها الجاني، وهذه النتيجة غير مرغوبة وغير متوقعة إلا أنه من الممكن توقعها وإن كان الفرق بين الجريمة المتعدية القصد والقصد الاحتمالي، أن نتيجة الأولى تكون مقصودة جزئياً. وكلا النوعين من الجريمة على حافة القصد وقريباً من مجرد الخطأ.

261- الفرع الثاني: الجهل والغلط المنصب على توابع الجريمة في فرنسا

المادة 309 من قانون العقوبات الفرنسي القديم كانت تسوي بين القصد المباشر والقصد غير المباشر في جريمة القتل إذ كانت تطبق عقوبة القتل العمدى على من أزهق روح إنسان، سواء قصد إزهاق الروح أم مجرد الضرب والجرح، فحدث الموت دون قصد إحداثها لكن المادة عدلت بتاريخ 1932/04/23 وأدخلت عليها فقرة جديدة، جعلت القتل الحادث بسبب ضرب أفضى إليه دون قصد القتل في ذاته دون القتل العمدى في الإثم وبالتالي في الجزاء³. وكان القضاء في فرنسا يطبق حسب النص القديم، وبعد تعديله عدل طبعاً تبعاً لذلك⁴، كما أنه يطبق نفس وجهة النظر بشأن جريمة الإجهاض⁵ إذا ما نتجت دون قصدها عن ضرب الحامل، وكذا الحال بشأن ما ينتج عن الحريق العمدى⁶.

262- الفرع الثالث: الجهل والغلط المنصب على توابع الجريمة في مصر

يتجه غالبية الفقهاء في مصر إلى أن القصد الاحتمالي مجاله الجرائم المتعدية القصد⁷، كما ذهب الفقه والقضاء في فرنسا، ويشترط القائلون بهذا الرأي أن يكون هناك أساساً قصد الجريمة الأخرى، أما إذا انعدم هذا القصد من أساسه فإن ما ينتج عن الرعونة والإهمال يكون جريمة الخطأ⁸.

ويؤسس أصحاب هذا الرأي رأيهم على نصوص في قانون العقوبات المصري تعاقب على الجريمة الأشد، وهذا هو الرأي الغالب، ومع هذا يوجد في الفقه المصري اتجاهان آخران، أحدهما يقول بمسائلة الجاني على هذه الجرائم ليس على أساس القصد الاحتمالي، ولكن على أساس القصد المتعمد، في حين يرى الاتجاه الآخر تقسيم هذه الجرائم إلى فئات ثلاث، وأقام المسؤولية في كل فئة على أساس مختلف. ويتزعم هذا الاتجاه الأخير

¹V.Bouzat(P.) et Pinatel(J.): Droit pénal général, édition 2, Dalloz, 1970, p.265 et 266.

²V.Stefani(G.) et Levasseur(G.): Droit pénal général, op.cit, p.16.

³V.Bouzat(P.) et Pinatel(J.): Droit pénal général, op.cit., p.264.

⁴أنظر الدكتور عبد الرحمن حسين علي علام، أثر الجهل أو الغلط، مرجع سابق، ص 346.

⁵أنظر الدكتور محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، مرجع سابق، ص 291.

⁶نفس الصفحة من نفس المرجع.

⁷أنظر الدكتور سعيد مصطفى سعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، دار المعارف بمصر، الطبعة 4 لسنة 1962، ص 195.

⁸أنظر الدكتور مصطفى القلبي، المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 188.

وانظر جندي عبد المالك، الموسوعة الجنائية، المرجع السابق، ص 149.

وانظر الأستاذ علي بدوي، الأحكام العامة في القانون الجنائي، ج1، مطبعة بدري، طبعة سنة 1938، ص 358.

الأستاذ علي راشد¹، مصنف الجرائم على النحو الآتي: الصنف الأول تتدرج تحته جرائم: الأمر بتعذيب متهم، وجريمة الضرب أو الجرح المحدث لعاهة مستديمة، وجريمة القتل الحادثة عن الحريق العمدي، وجريمة هتك العرض للقاصر الذي لم يبلغ 16 سنة، فهذه الجرائم القصد فيها احتمالي.

ويندرج تحت الصنف الثاني: الاشتراك في الجريمة وإن كانت ليست هي التي تعمد الجاني الاشتراك فيها، فهذه الجريمة تعامل معاملة العمد.

ويندرج تحت الصنف الثالث جرائم الضرب والجرح وإعطاء الدواء التي تحدث عاهة مستديمة، أو عجزاً لمدة 20 يوماً، ويعامل هذا النوع على أساس علاقة نفسية مزدوجة التكوين من العمد والخطأ. والقضاء المصري مسير للفقهاء، لكن استقر رأي محكمة النقض على أساس القصد الاحتمالي،² حاصرة مجاله في الحالات التي وردت فيها نصوص صريحة، وأحياناً أخرى تخرج على النصوص الصريحة متى كانت النتيجة المحتملة وفقاً للمجرى العادي للأمر ولم تقرر ذلك صراحة³.

263- الفرع الرابع: الجهل والغلط المنصب على توابع الجريمة في إيطاليا

نصت صراحة المادة 43 فقرة 2 من قانون العقوبات الإيطالي على أنه: «تعد الجريمة متجاوزة القصد إذا ترتب على الفعل أو الامتناع نتيجة ضارة أو خطرة أشد جسامة من التي أرادها».

- فالمقتن الإيطالي حدد الفكرة الأساسية التي تقوم عليها الجرائم المتعدية القصد، وهي تفترض أن الجاني أراد بفعله أو امتناعه نتيجة معينة، فحدثت نتيجة أشد خطراً من التي أراد ولكن هذه النتيجة مرتبطة بعلاقة سببية مع فعله الأصلي الذي قصد به النتيجة الأخف، وكانت من آثاره النتيجة الأشد، فهي تطور للنتيجة الخفيفة⁴.

غير أن الرأي الغالب في الفقه الإيطالي يرى أن الجريمة المتجاوزة القصد، هي التي نص عليها قانون العقوبات، وتنحصر فقط في جريمة الضرب المفضي إلى الوفاة أو عاهة مستديمة، المنصوص عليها في المادة 584 من قانون العقوبات.

- وتختلف في نظر هذا الفريق من الفقه الإيطالي هذه الجرائم عن الجرائم ذات النتيجة المغلظة، التي يذهب اتجاه آخر في الفقه الإيطالي بأنها تعد من الجرائم المتعدية القصد مثل حالة المادة 459 حالة وفاة المرأة بسبب الإجهاض، وحالة حدوث ضرر أو وفاة لمن تم التخلي عنه من الأشخاص المنصوص عليها في المادة 591، حالة وفاة طفل ثم التخلي عنه بسبب السرقة المنصوص عليها في المادة 562. وجريمة الامتناع عن تقديم الإغاثة المنصوص عليها في المادة 563 إذا حدثت بسبب ذلك وفاة الشخص المستغيث، وجرائم الإتلاف الذي يحدث عن الغرق أو الانهيار أو سقوط الكتل الثلجية، المنصوص عليها في المادة 427، وكل هذه المواد من قانون العقوبات الإيطالي.

¹ أنظر الدكتور علي راشد، القانون الجنائي-المدخل وأصول النظريات العامة-، طبعة 1 لسنة 1970، ص 427.

² أنظر الدكتور جلال ثروت، الجريمة المتعدية القصد في القانون المصري والمقارن، دكتوراه، جامعة الاسكندرية، 1964، ص 404.

³ أنظر الدكتور عبد الرحمن حسين علي علام، أثر الجهل أو الغلط في القانون على المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 353 - 357.

⁴ أنظر الدكتور محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، مرجع سابق، ص 323 و 324.

ويذهب هذا الاتجاه في الفقه الإيطالي إلى القول بأن الجرائم المتعدية القصد تتوفر في كل حالة يريد فيها الجاني إحداث نتيجة خفيفة فتحدث فيها نتيجة أشد¹.

264- الفرع الخامس: الجهل والغلط المنصب على توابع الجريمة في ألمانيا

على غرار ما عليه الحال في إيطاليا، ذهب الفقهاء الألمان إلى أنه حتى تتوافر عناصر الجريمة المتعدية القصد، لا بد أن تتجه إرادة الجاني إلى إحداث نتيجة معينة فيترتب على فعله نتيجة أشد من تلك التي قصد، ولا بد من ارتباط النتيجة بعلاقة سببية مع الفعل الذي ارتكبه الجاني.

ومن أمثلة هذه الجرائم في قانون العقوبات الألماني، ما تنص عليه المادة 178 التي تنص على هتك العرض والوقاع من غير رضا إذا أفضى إلى الوفاة.

والحالة التي تنص عليها المادة 221. إذا أفضى ترك الطفل أو القاصر إلى إلحاق جروح به، أو إلى وفاته، وما نصت عليه المادة 226 الخاصة بالإيذاء المفضي إلى الموت دون قصد الموت، وما نصت عليه المادة 229 الخاصة بإعطاء مواد سامة أو ضارة بنية الإضرار بالصحة إذا حدث منها ضرر جسيم، أو وفاة، وحالة المادة 307 التي تنص على ما إذا أدى الحريق إلى الوفاة².

وعلى هذا سارت سويسرا وغيرها من البلدان الناطقة بالألمانية³.

وبهذا نأتي على بحث هذه المسألة المتعلقة بتقسيم الجهل والغلط في هذا المطلب الخاص بالجهل والغلط المنصب على توابع الجريمة، لننتقل إلى المطلب الذي يليه (الثالث).

المطلب الثالث

الجهل والغلط المنصب على ظروف الجريمة

265- تمهيد وتقسيم

تعني ظروف الجريمة في الفقه، مجموع الوقائع التبعية، المعدلة للأثر القانوني المترتب على الجريمة، إما بالتشديد أو بالتخفيف. كسبق الإصرار في الضرب أو التردد أو حمل السلاح ولو لم يستعمل⁴. فهذه ظروف تشديد، ترفع العقوبة. ومثل السرقة إذا تناولت قطف أو أكل الثمار المملوكة للغير في الحقول، وجمع بقايا المحاصيل منها قبل أن ترفع منها بكاملها، أو جني الكروم منها، وترك مواد تعيق مجاري

¹ أنظر الدكتور محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، مرجع سابق، ص 326.

وأنظر الدكتور جلال ثروت، الجريمة المتعدية القصد، مرجع سابق، ص 417.

² أنظر الدكتور عبد الرحمن حسين علي، أثر الجهل أو الغلط في القانون على المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 355.

³ أنظر الدكتور محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، مرجع سابق، ص 332.

⁴ مثلاً تنص المادة 266 من قانون العقوبات الجزائري: إذا وقع الجرح أو الضرب أو غير ذلك من أعمال العنف والاعتداءات الأخرى، ولم يؤد إلى مرض أو عجز كلي عن العمل لمدة تتجاوز خمسة عشر يوماً مع سبق الإصرار أو التردد أو مع حمل أسلحة فيعاقب الجاني بالحبس من شهرين إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 10000 دينار ويمكن مصادرة الأشياء التي استعملت أو قد تستعمل لتنفيذ المخالفة، مع مراعاة حقوق الغير ذوي النية الحسنة، فالجريمة هنا مخالفة كما سماها النص نفسه، ولكن مع ذلك تشدد العقوبة فيها كالجنح الخطيرة.

المياه والعيون بهذه الأماكن التي من شأنها أن تعيق مجاريها، فإذا كان القانون يشدد العقوبة في الحالة السابقة، فإنه في هذه الحالة على العكس من ذلك يخففها فيجعلها لا تتعدى غرامة من 100 إلى 1000 دينار و الحبس لمدة 3 أشهر إلى سنتين(المادة 361 فقرتها الأخيرة من قانون العقوبات الجزائري)، في حين أن السرقة إذا اقترنت بظروف التعدد أو الليل وحمل السلاح أو غيرها من الظروف الموصوفة في القانون تشكل جنائية قد تصل فيها العقوبة إلى الإعدام، لكن في الحالات السابقة خفف القانون هذه العقوبة كما بينت، وكما هو محدد في قانون العقوبات الجزائري. ولدراسة هذا المطلب دراسة وافية أقسمه إلى فرعين:

الفرع الأول: أتناول فيه جهل أو غلط الفاعل في الظروف المشددة.
الفرع الثاني: أتناول فيه جهل أو غلط الفاعل في حالة المساهمة الجنائية.
مبيناً هذه المفاهيم في الفقه والقانون، متتبعا لها في مختلف النظم بالنظر المطلوب الذي تسمح به هذه الرسالة.

266- الفرع الأول: جهل أو غلط الفاعل في الظروف المشددة

قد يكون هذا الجهل أو الغلط، إما في الظروف التي تغير من الجريمة، وإما في الظروف التي تغير من العقوبة، ولكل نوع من هذين النوعين تعريفه، وتحديد ماهيته في الفقه والقانون، وأمثله. ولبحث هذه المسألة أتناولها في النقطتين الآتيتين:

267- أولا: جهل الفاعل أو غلطه في الظروف التي تغير من وصف الجريمة: قد يغلط الفاعل في الظروف التي تنقل الجريمة من وصف إلى آخر كحالة اقتران السرقة بظرف من الظروف كحمل السلاح فينقلها من جنحة إلى جنائية. أو اقترانها بظرفين أو أكثر كالليل أو التعدد أو غيرهما من الظروف التي تصفها المادة 353 من قانون العقوبات الجزائري¹.

- فالسرقة البسيطة التي لم تقترب بأي ظرف من الظروف التي يحددها القانون جنحة أما إذا اقترنت ببعض الظروف قد تصل فيها العقوبة إلى الإعدام وهي جنائية طبعا². والجاني لا يمكنه الاعتذار بجهله لظروف التشديد هنا.
وكذلك لا يمكنه الاعتذار، بعدم علمه مسبقا بالنتيجة في حالة ما إذا قام بالحرق العمد للممتلكات، ونتج عن الحريق قتل شخص أو إصابته بعاهة مستديمة¹.

¹نص المادة 353 من قانون العقوبات الجزائري: "يعاقب بالحبس المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة، كل من ارتكب السرقة مع توافر ظرفين على الأقل من الظروف الآتية:

1- إذا ارتكب السرقة مع استعمال العنف أو التهديد به
2- إذا ارتكب السرقة ليلا.

3- إذا ارتكب السرقة بواسطة شخصين أو أكثر.

4- إذا ارتكب السرقة بواسطة التسلق، والكسر من الخارج أو من الداخل، أو عن طريق مداخل تحت الأرض، أو باستعمال مفاتيح مصطنعة، أو بكسر الأختام، أو في المنازل أو المساكن، أو الغرف أو الدور، سواء كانت مسكونة أو غير مسكونة، أو مستعملة للسكن، أو في توابعها."

²نص المادة 351 من قانون العقوبات الجزائري: "يعاقب مرتكبو السرقة بالإعدام إذا كانوا يحملون أو يحمل أحد منهم أسلحة ظاهرة أو مخبأة حتى ولو وقعت السرقة من شخص واحد، ولم يتوافر أي ظرف مشدد آخر، وتطبق العقوبة ذاتها، إذا كان الجناة يضعون السلاح أو يضعه أحدهم في المركبة التي استقلوها إلى مكان الجريمة، أو استعملوها في تأمين فرارهم".

فمثل هذه الحالة وقعت في مصر² وتناولها الشراح واتجه الرأي إلى القول: بأنه لا يسأل من أحرق الخم إلا عن حرقه، دون موت الخادم الذي فيه، والذي لم يكن الفاعل يعلم بوجوده لأن غرضه الانتقام من صاحب الخم لا من خادمه الثاني الذي كان في الخم. وسؤاله لذلك يكون عن حرق الخم مجردا من الظروف المشددة. في حين يرى چارسون³: أنه يتعين أن يسأل عن الجريمة التي ارتكبها وعن كافة الظروف المحيطة بها، ولو لم يكن عالما بها، لأنه بارتكابه الحريق عمدا يكون قد تقبل جميع نتائج القانونية، لدخولها في نطاق قصده الاحتمالي. ورأي چارسون هذا لم يفرق بين الظروف المشددة والنتائج المتجاوزة القصد، وكلا الأمرين عادة يحرص القانون على تحديدها حصرا عملا بقاعدة عدم القياس في النصوص العقابية، وعدم التوسع في تفسيرها. ومن أمثلة الغلط المنصب على الظروف المادية المشددة أن يتوجه الفاعل لإتمام سرقة، فيقبض عليه وفي جيب معطفه مسدسه الذي وضعته زوجته دون علم منه. وكذلك قد يقوم شخص بفعل يجهل ظروف التخفيف المحيطة به وهذا ينقلنا إلى النقطة الثانية.

268- ثانيا: جهل الجاني أو غلظه في الظروف التي تغير في العقوبة: الظروف التي تغير في العقوبة هي التي تشدد فيها أو تخفف، ولا يؤدي ذلك إلى التغيير في الجرم، إذ يظل للجريمة وصفها المحدد لها في نص التجريم. ومن أمثلة ذلك: ظروف العود، وظروف صغر السن، فهذه الظروف ذات طبيعة شخصية محضة، تحدد مقدار جدارة من توافرت لديه في التخفيف أو التشديد في العقوبة، ولا تأثير على وصف الجرم⁴. يسلم الرأي الغالب في فرنسا ومصر بعدم تأثير جهل الفاعل أو غلظه في هذه الظروف على مسؤولية الجاني، إلا أن الأمر خلافا لذلك في ألمانيا⁵، والذي يرى أن احكام العود لا تنطبق على الجاني إلا إذا ثبت علمه وقت ارتكاب الفعل الجرمي اللاحق للوقائع التي أدين بها سابقا ويعد بها عائدا عند ارتكابه للجديدة. وأرى أن هذا الاتجاه يتعارض مع قواعد القصد الجنائي التي لا تعتد إلا بأركان الجريمة والشروط التي في حكمها، وذهب الدكتور عبد الرحمن علي علام في هذا الاتجاه عندما أيد تحليلا للدكتور محمود نجيب حسني، يتجه هو الآخر في هذا الاتجاه⁶. - ويشبه بهذا الموقف من جهل الجاني بصغر سنه، وقت ارتكابه الجريمة، إذ يعمل على أساس سنه الحقيقية، ولا عبرة بجهله بها أو علمه.

¹ أنظر الدكتور محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، مرجع سابق، ص 88.
² أنظر الأستاذ أحمد أمين، شرح قانون العقوبات الأهلي-القسم الخاص-، نقحها علي أحمد راشد، **بدون مكان نشر**، طبعة 1941، ص 406.

³ أنظر الأستاذ علي بدوي، الأحكام العامة في القانون الجزائي، ج1، مطبعة بدري، طبعة سنة 1938، ص 294.

⁴ أنظر الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات -القسم العام-، مرجع سابق، ص 482.

⁵ أنظر الدكتور محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، مرجع سابق، ص 86.

⁶ أنظر الدكتور عبد الرحمن حسين علي علام، أثر الجهل والغلط في القانون على المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 404

269- الفرع الثاني: الجهل والغلط في حالة المساهمة الجنائية

وأتناول بالبحث في هذا الموضوع نقطتين، أولاًهما مدى تأثير الشركاء بالجهل والغلط المتعلق بالظروف المادية للجريمة، وثانيهما : مدى تأثيرهم بالجهل والغلط المتعلق بالظروف الشخصية.

270- أولاً: الجهل والغلط المنصب على الظروف المادية: اتجهت التقنيات حيال هذه

المسألة ثلاث اتجاهات، فكان اتجاه طائفة من التقنيات صراحة إلى بيان وجوب علم الشريك، والفاعل بالظروف المادية للجريمة، مبينة صراحة حكم جهلها بهذه الظروف. واتجهت الطائفة الثانية إلى عدم تطلب وجوب علم الفاعل أو الشريك بهذه الظروف مقررة أثر كليهما بوجودها رغم عدم العلم بها.

واتجهت طائفة ثالثة إلى ترك الأمر كلية للفقهاء، وأوضح الفقه حكم ذلك ، بالنظر لنصوص أخرى في هذه التقنيات. وتفصيل ذلك كما في النقاط الثلاث الآتية:

271- 1- الجهل والغلط المنصب على الظروف المادية للفاعلين والشركاء في ظل

التقنيات من الطائفة الأولى: من التقنيات التي اشترطت علم الشريك أو الفاعل الآخر بالظروف المادية حتى يمتد أثرها إليه: قانون العقوبات الإسباني الصادر سنة 1944 إذ تنص المادة 60 منه على أن: « الظروف المادية يمتد أثرها إلى جميع المساهمين بشرط أن يكونوا عالمين بها »¹.

ومن هذه التقنيات قانون العقوبات البلغاري في المادة 9، وكذا قانون العقوبات التركي في مادته 61، وقانون العقوبات الكويتي في المادة 13 منه، واليوناني في المادة 30 فقرة 2 منه². وهذه المواد تقابل نص المادة 44 من قانون العقوبات الجزائري التي تنص على أنه: «يعاقب الشريك في جناية أو جنحة بالعقوبة المقررة للجناية أو الجنحة، ولا تؤثر الظروف الشخصية التي ينتج عنها تشديد أو تخفيف العقوبة أو الإغفاء منها إلا بالنسبة للفاعل أو الشريك الذي تتصل به هذه الظروف والظروف الموضوعية للصيقة بالجريمة التي تؤدي إلى تشديد أو تخفيف العقوبة التي توقع على من ساهم فيها يترتب عنها تشديدها أو تخفيفها بحسب ما إذا كان يعلم أو لا يعلم بهذه الظروف. ولا يعاقب على الإشتراك في المخالفة على الإطلاق ».

وهذا ما ذهب إليه بعض الفقهاء في مصر، باعتبار أن الظروف المادية المشددة تأخذ حكم الأركان، وطالما لا قصد جنائي للفاعل فلا يسأل، وكذلك إذا لم يكن له علم بالظروف المادية المشددة، لكونها لصيقة بالجريمة فإذا لم يعلم بها لم يقصدها³. وذهب في هذا الاتجاه الدكتور عبد الرحمن حسين علي علام⁴ وذهب معه إلى ما ذهب إليه للتعليل الذي قام عليه هذا الاتجاه.

¹ أنظر الدكتور عبد الرحمن حسين علي علام، أثر الجهل والغلط في القانون على المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 408.

² المرجع نفسه، ص 409.

³ أنظر الدكتور محمد محمود مصطفى، أصول قانون العقوبات، بدون مكان نشر، ط1 لسنة 1970، ص 94.

⁴ أنظر الدكتور عبد الرحمن حسين علي علام، أثر الجهل والغلط في القانون على المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 411.

272- 2-الجهل والغلط المنصب على الظروف المادية للفاعلين والشركاء في ظل تقنيات الطائفة الثانية: تقنيات هذا الاتجاه لا تتطلب وجوب علم الشريك أو الفاعلين بالظروف المادية المشددة أو المخففة حتى يمكن مساءلته عنها، بل ترى سحب هذه الظروف على كافة المساهمين، سواء علموا بها أم لم يعلموا.

وهذا ما ذهب إليه قانون العقوبات الإيطالي في مادته 118 التي نصت على أن الظروف المشددة أو المخففة تسري إن كانت مادية على كافة المساهمين في الجريمة ولولم يكن العلم متوافرا لديهم أجمعين.

وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة أن سريان الظروف المادية المشددة على كافة الشركاء سواء علموا بها أو لم يعلموا بها على أساس أنها عناصر عارضة تلحق بالجريمة وترتبط بها برابطة سببية، وتؤدي إلى جسامتها، وتشدّد عقوبتها، وعلى كل من ساهم في فعل غير مشروع أن يتحمل جميع آثاره المترتبة عليه¹.

ويأخذ قانون العقوبات العراقي بهذا الاتجاه²، وفيه سار قانون العقوبات اللبناني في مادته 216، والسوري في مادته 215، والأردني في مادته 74، والمغربي في مادته 3130³. وهذا هو ما ذهب إليه أغلب الفقه في مصر.

- ويستنكره الدكتور عبد الرحمن حسين علي علام⁴. وأستنكره معه لنفس المنطق الذي يستنكره به، وكنت قد ذهبت معه في الاتجاه المخالف.

أما منطق استنكار هذا الرأي فإن من الظروف ما لا يمكن لغير من توفر فيه العلم به، وإن حاول غيره العلم فكيف يحاسب عليه من يجهله، وهو لا قصد له فيه.

273- 3-الجهل والغلط المنصب على الظروف المادية للفاعلين والشركاء في ظل تقنيات الطائفة الثالثة

هذه الطائفة من التقنيات تركت أمر علم أو جهل الفاعلين أو الشركاء بالظروف المادية المشددة للجريمة دون النص عليه صراحة.

ومن هذه التقنيات: قانون العقوبات الفرنسي، والبلجيكي، والألماني، والمصري، والليبي، والكويتي، والتونسي، والسوداني.

ويتجه الفقه في كل من فرنسا ومصر إلى أن الفاعل أو الشريك لا يؤثر علمه أو عدم علمه بهذه الظروف، إذ هي جزء من ماديّات الجريمة، وهي بمثابة مخاطر المشروع الإجرامي⁵. وبهذا يأخذ القضاء في مصر والفقه في فرنسا¹.

¹ أنظر الدكتور محمد هشام أبو الفتوح بدوي، النظرية العامة للظروف المشددة، رسالة مقدمة بجامعة القاهرة، سنة 1980، ص 396.

² نص المادة 51 من قانون العقوبات العراقي: إذا توافرت في الجريمة ظروف مادية من شأنها تشديد العقوبة أو تخفيفها سرت آثارها على كل من ساهم في ارتكابها فاعلا أو شريكا علم بها أو لم يعلمن أما إذا توافرت ظروف مشددة شخصية سهلت ارتكاب الجريمة فلا تسري على غير صاحبها، إلا إذا كان عالما بها، أما ما عدا ذلك من الظروف فلا يتعدى أثرها شخص من تعلقت به، سواء كانت ظروفًا مشددة أو مخففة.

³ هذه المواد تتشابه في صياغتها بخصوص هذه المسألة.

⁴ أنظر الدكتور عبد الرحمن حسين علي علام، أثر الجهل أو الغلط في القانون على المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 214 - 216.

⁵ أنظر الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم العام -، مرجع سابق، ص 436.

وأنظر الدكتور سعيد مصطفى سعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 584.

غير أن من الشراح في مصر من قال أن الفاعل والشريك مسؤولان عن الظروف المادية التي لا يعلمانها يستنتج من مفهوم المخالفة للمادة 41 من قانون العقوبات المصري، وكذا من نص المادة 69 من قانون العقوبات البلجيكي و50 فقرة 2 ألماني و99 و110 ليبي.² ويعارض الدكتور عبد الرحمن حسين علي علام هذا الاتجاه وأعارضه معه، استنادا للمبرر الذي يراه، من أن قانون العقوبات لا يتوسع في تفسير نصوصه، ولا يقاس عليها. وأضيف إلى هذا أنه بالخصوص وأن التفسير بهذه الطريقة يسوئ من حال المتهم، والمتهم له الحق في حالة ما إذا كانت ضرورة للتفسير أو القياس، أن يكون ذلك لصالحه، كما يفسر الشك لصالحه. وهذا كله احتراماً لقاعدة أن لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص حماية للحريات التي هي أعلى من كل شيء. وحتى لا تعبت بها الأمزجة. والرأي الذي يتجه إلى وجوب أن تحدد القوانين بنصوص صريحة عدم تأثر الفاعل أو الشريك بالظروف المادية المشددة إلا إذا كان يعلمها، هو في نظري الأصوب.

274- ثانياً: الجهل والغلط المنصب على الظروف الشخصية

الظروف الشخصية المحيطة بالجريمة، على عكس الظروف المادية، فهذه تأخذ الطابع الشخصي للفاعل أو الشريك، ومثالها صفة القرابة أو العلاقة الشرعية الأخرى في جريمة الاغتصاب، وكذا صفة القرابة في الفعل المخل بالحياة أو هتك العرض في قانون العقوبات الجزائري التي نصها: «إذا كان الجاني من أصول من وقع عليه الفعل المخل بالحياة أو هتك العرض أو من فئة من لهم سلطة عليه، أو كان من علميه، أو ممن يخدمونه بأجر أو كان خادماً بأجر لدى الأشخاص المبيينين عليه أو كان موظفاً، أو من رجال الدين، أو إذا كان الجاني مهما كانت صفته قد استعان في ارتكاب الجناية بشخص أو أكثر فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة، في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 334، والسجن المؤبد في الحالتين المنصوص عليهما في المادتين 335 و336»، ونص القانون المصري للعقوبات على الجهل والغلط المنصب على ظروف الجاني أو الشريك الشخصية في مواد كثيرة منها المادة 317 التي تصف الموظف العمومي وتجعل وصفه مشدداً للعقاب عليه في جرم التزوير، وقد نص القانون الجزائري للعقوبات على ذلك أيضاً في المادة 214 منه. ويطرح الفقه المسألة في نقاط ثلاثة هي :

جهل أو غلط الفاعل بأحوال وظروف الفاعل الآخر، وجهل أو غلط شريك في أحوال الفاعل، وجهل أو غلط فاعل أو شريك في أحوال الشريك الآخر، وأتناول هذه النقاط تفصيلاً.

وانظر الدكتور أحمد عبد العزيز الألفي، شرح قانون العقوبات - القسم العام، - بدون مكان نشر، طبعة سنة 1976، ص 329.

وانظر الدكتور رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، مرجع سابق، ص 718.
v.Bouzat(P.) et Pinatel(J.): Droit pénal, op.cit.,p.766.

¹أنظر الدكتور عبد الرحمن حسين علام، أثر الجهل أو الغلط في القانون على المسؤولية الجنائية ، مرجع سابق، ص 419.

²أنظر الدكتور أحمد عبد العزيز الألفي، شرح قانون العقوبات - القسم العام، - مرجع سابق، ص 332.

275- 1 جهل أو غلط الفاعل في أحوال فاعل آخر: وهو كالحالة التي نص عليها قانون العقوبات المصري في المادة 39 التي تنص على أنه: «... ومع ذلك إذا وجدت أحوال خاصة بأحد الفاعلين يقتصر تغيير وصف الجريمة أو العقوبة بالنسبة له، فلا يتعدى أثرها إلى غيره منهم، وكذلك الحال إذا تغير الوصف باعتبار قصد مرتكب الجريمة أو كيفية علمه بها»، وإلى هذا ذهب القانون الألماني للعقوبات في المادة 50 منه والإسباني في المادة 60 منه، واليوغسلافي في المادة 32، والسوداني في المادة 81، والجزائري في المادة 444 التي مرت معنا¹.
ويأخذ القانون الإيطالي بمبدأ استقلال كل فاعل بظروفه الشخصية².

276 - 2 جهل أو غلط الشريك بظروف الفاعل

القاعدة أنه لا تأثير على الشريك من الأحوال الخاصة بالفاعل التي تقتضي تغيير وصف الجريمة، إذا كان الشريك غير عالم بتلك الأحوال فهذا هو فحوى المادة 41 من قانون العقوبات المصري، ولكن مثل هذه المادة لا توضح الأحوال التي تتغير فيها العقوبة كحالة عدم بلوغ أحد الفاعلين سن الرشد. ويرجع في هذا إلى القواعد العامة حيث لا يطبق على القاصر إلا تدابير الأمن إذا كان دون سن الثالثة عشر، ونصف عقوبة الرشد إذا كانت سنه ما بين 13 و18 سنة³.
وكذلك لا عبرة بعود الفاعل علمها الشريك أو لم يعلمها.

أما الظروف التي تغير وصف الجريمة، فيحاسب بها الشريك إن علمها كحال من يشترك مع شخص آخر ليقول أباه، فإذا علم الشريك بأن المجني عليه أب للفاعل الأصلي يؤخذ

¹ أنظر الدكتور محمود نجيب حسني، المساهمة الجنائية في التشريعات العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 374، وشرحه لقانون العقوبات - القسم العام -، مرجع سابق، ص 437.

وانظر الدكتور أحمد فتحي سرور، أصول قانون العقوبات، دار الفكر العربي، طبعة 1973.

² أنظر الدكتور محمد هشام أبو الفتوح، مرجع سابق، ص 486 و490.

³ نص المادة 444 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري: "لا يجوز في مواد الجنايات والجناح أن يتخذ ضد الحدث الذي لم يبلغ الثالثة عشر إلا تدبيراً أو أكثر، من تدابير الحماية والتهديب الآتي بيانه:

- 1- تسليمه لوالديه أو لوصيه أو لشخص جدير بالثقة.
- 2- تطبيق نظام الإفراج المشروط عنه ووضعه تحت الرقابة القضائية.
- 3- وضعه في منظمة أو مؤسسة عامة أو خاصة معدة للتهديب أو التكوين المهني مؤهلة لهذا الغرض.
- 4- وضعه في مؤسسة طبية أو طبية تربوية مؤهلة لذلك.
- 5- وضعه في مصلحة عمومية مكلفة بالمساعدة.
- 6- وضعه في مدرسة داخلية صالحة لإيواء الأحداث المجرمين في سن الدراسة.

غير أنه يجوز أن يتخذ كذلك في شأن الحدث الذي يتجاوز عمره 13 سنة تدبير يرمي إلى وضعه في مؤسسة عامة للتهديب تحت المراقبة أو التربية الإصلاحية.

ويتعين في جميع الأحوال أن يكون الحكم بالتدابير المذكورة آنفاً لمدة معينة لا يجوز أن تتجاوز التاريخ الذي يبلغ فيه القاصر سن الرشد.

نص المادة 445: "يجوز لجهة الحكم بصفة استثنائية بالنسبة للأحداث البالغين أكثر من 13 سنة أن تستبدل أو تستكمل التدابير المنصوص عليها في المادة 444 بعقوبة الغرامة أو الحبس المنصوص عليها في المادة 50 من قانون العقوبات. إذا ما رأت ذلك ضرورياً نظراً للظروف أو لشخصية المجرم الحدث على أن يكون ذلك بقرار توضح فيه أسبابه خصيصاً بشأن هذه النقطة."

على الجريمة بوصفها مشددة¹، بل ويذهب الفقه الفرنسي إلى مؤاخذته حتى ولو لم يعلم وكذا القضاء الفرنسي².

ولأن هذا الوضع في فرنسا يسوء وضع الشريك لدرجة شديدة غير عادلة، ذهب التقنيان الحديث إلى النص على أنه: لا يؤاخذ الشريك على الظروف الشخصية التي لا يعلم بها للفاعل الأصلي³. وإلى هذا ذهب الفقه والقضاء في مصر إذ المادة 41 فقرة أولى من قانون العقوبات المصري تنص على هذا الحكم فتقول: «... ومع هذا (أولا) لا تأثير على الشريك من الأحوال الخاصة بالفاعل التي تقتضي تغيير وصف الجريمة إذا كان الشريك غير عالم بتلك الأحوال...» وهذا ما ذهب إليه قانون العقوبات العراقي في المادة 51 فقرة 2.

277- 3 جهل أو غلط فاعل أو شريك في أحوال الشريك الآخر: هذه المسألة تناولها الفقهاء وذهبوا فيها مذهبين، مذهب يقول بنظرية استعارة الشريك لفعله من الفاعل الأصلي، ونظرية تقول باستقلال فعل الشريك عن فعل الفاعل الأصلي. ويفرق الدكتور عبد الرحمن حسين علي علام⁴ في الحالة ما إذا كان الشريك طبيبا، بين ما إذا استعين به لكونه طبيبا أو مجرد شريك عادي في الجريمة. في الحالة الأولى يرى أن لا تطبق عليه نظرية استعارة إجرامه من إجرام الفاعل الأصلي، وفي الحالة الثانية تطبق عليه هذه النظرية. ورأيه هذا أستسيغه إذ لا أرى علاقة بين تعاونهما في ضرب حامل فتجهض وكونه طبيبا أم غير طبيب، وإن كان المقصود الإجهاض للإجهاض لا بسبب الضرب، ولكن يقع هذا وذاك، وحتى الإجهاض للإجهاض قد يشارك فيه طبيب ليس بوصفه طبيبا لكن كإنسان يعنيه هذا الإجهاض، وتعنيه مساعدة الفاعل الأصلي بصفته إنسانا لا بصفته طبيبا، ويظهر عمله فعلا على مسرح الجريمة على هذا الأساس، أما إذا تعامل بوصفه طبيبا فعقوبته تكون العقوبة المقررة للطبيب طبعا.

المطلب الرابع **الجهل والغلط المنصب على العناصر غير الجوهرية**

278- تمهيد وتقسيم

العناصر غير الجوهرية هي العناصر العارضة التي لا تدخل بنيان الجريمة أي في تكوينها القانوني، ومن أمثلتها شروط العقاب والظروف المخففة أو المشددة التي تغير في العقوبة، وعناصر الأهلية الجنائية. ولبحث هذه المسألة يتعين تقسيم المطلب إلى ثلاثة فروع:

¹مجموعة القواعد القانونية في 25 سنة، ص 64، بند 95.

²V.Vidal (J.)et Magnol(J.):Cours de droit criminel et des sciences pénitentiaires, op.cit, p.592.

V.Donnedieu de vabre (H.), Traité de criminel et de législation pénale comparé, op.cit.p.260.

³أنظر الدكتور عبد الرحمن حسين علي علام، أثر الجهل أو الغلط في القانون على المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 433.

⁴أنظر الدكتور عبد الرحمن حسين علي علام، أثر الجهل أو الغلط في القانون على المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 441.

الفرع الأول: الجهل أو الغلط في شروط العقاب.
الفرع الثاني: الجهل أو الغلط في عناصر الأهلية الجنائية.
الفرع الثالث: الجهل أو الغلط في الظروف المشددة أو المخففة.
مبيناً ذلك في الفقه والقضاء والنصوص القانونية في عدة دول تمثل عينات عن الموضوع.

279- الفرع الأول: الجهل والغلط في شروط العقاب

شروط العقاب هي شروط يلزم تحققها لكي يستحق فاعل الجريمة العقاب. والفقه بشأن شروط العقاب يتجه اتجاهين: أولهما يعتبر شروط العقاب بمثابة أحد عناصر الجريمة، إذ هي بمثابة أحداث مستقلة عن السلوك الإجرامي¹ وخارجة عنه أو معاصرة له، أو لاحقة له، لا يتوقف وقوعها على إرادة صاحب السلوك، ومع هذا يلزم تحققها في سبيل استحقاق الجاني العقاب، وهذا الرأي لبعض الفقهاء الإيطاليين مثل متريني وأنتلوزي... ويستند هذا الرأي إلى المادة 44 من قانون العقوبات الإيطالي التي نصها: «إذا كان القانون يتطلب للعقاب على الجريمة تحقق شروط يسأل فاعل الجريمة عنها، ولو كان الحدث متوقفاً عليه تحقق شرط غير مقصود من جانبه»². ويستفاد من هذه المادة أن شرط العقاب أمر لاحق لوجود جريمة متكاملة الأركان، ووجوده شرط لا لكي توجد الجريمة ولكن لكي يستحق فاعلها العقاب، وهذا هو الرأي الغالب في الفقه المصري³، ولا يشترط علم الجاني بهذه الشروط لتحقيق القصد الجنائي عند الجاني، وبالتالي لا قيمة لجهل الجاني بها⁴.

280- الفرع الثاني: الجهل أو الغلط في عناصر الأهلية الجنائية

من المعلوم أنه ليس كل إنسان تتوفر فيه الأهلية لكي يحمل المسؤولية الجنائية بل لابد من توافر بعض الصفات في الجاني حتى يكون أهلاً للمساءلة الجنائية، وهذه الصفات هي حياته أولاً ثم إدراكه، واختياره الحر من غير إكراه ملجئ له، وتوافر ملكتي الإرادة والاختيار لدى الإنسان هما مناط أهلية الأداء الجنائي لديه، كما أن الحياة هي أهلية الوجوب الجنائية لديه.

ويطلق فقهاء الفقه الجنائي على أهلية الأداء الجنائية أهلية العقوبة، أو أهلية الإسناد، أي إسناد المسؤولية الجزائية عن الواقعة الإجرامية لمرتكبها، فأهلية الإسناد إذا مناطها توافر عناصر نفسية ذات طبيعة ذهنية تمكن الجاني من فهم فعله، ومدى خطورته على الآخرين، وتمكن الجاني أخيراً من السيطرة على أفعاله، وتوجيهها لغاياته. فمتى توافرت لديه هاتين الملكتين معا يكون أهلاً لتحمل المسؤولية الجنائية.

¹ في القانون الإيطالي: إذا دبر أحد إفلاسه بالتدليس لا يطبق عليه العقاب إلا إذا توقف فعلاً عن الدفع للدائنين، المادة 641 من قانون العقوبات الإيطالي.

أنظر الدكتور محمد زكي محمود، آثار الجهل والغلط، مرجع سابق، ص 397.

² أنظر الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم - العام، مرجع سابق، ص 53.

³ نفس الصفحة من نفس المرجع.

⁴ أنظر الدكتور محمد زكي محمود، آثار الجهل والغلط، مرجع سابق، ص 396.

وتحدد القوانين عادة سن تحمل المسؤولية الجزائية بسبع سنين، كما هو الحال في مصر¹، وقانون الإجراءات الجزائية الجزائري سكت عن وضع الحدث ما قبل الثالثة عشر من السنين لكن ماهو جار عليه العمل تقليدا أن متابعة الحدث لا تتم إذا كان دون السادسة من السنين باعتبار هذه السن يحصل معها التمييز، كان هذا هو المتبع في القضاء الجزائري بل وبعض النيابة تابعت أحداثا حتى دون هذه السن وهي سن الدراسة²، وكان الموضوع محل نقد واستنكار، ولما صدر قانون حماية الطفل رقم 01/14 حدد في المادة 49 منه سن إمكان متابعة الحدث بـ 10 سنوات. والتقنين الفرنسي للأحداث كذلك الصادر سنة 1945 يجعل سن التمييز عند الثانية عشر، وقانون العقوبات اليوناني المادة 121 منه تحدد السن بـ 12 سنة، والقانون الليبي للعقوبات يحدد هذه السن بـ 14 سنة في المادة 83 منه، وقانون عقوبات رومانيا يحدد السن بـ 14 سنة في المادة 99 منه³.

وأرى أن هذه القوانين تحدد هذه السن لإمكانية تسليط العقوبة زيادة على تدابير الأمن، أما تدابير الأمن فالسن التي معها يخضع لها الحدث دون ذلك، وتتراوح مع سن الدراسة تقريبا كما كان عليه الوضع في الجزائر سابقا، أو تجعل هذا السن لإمكان المتابعة الجزائية.

والجهل أو الغلط في العناصر المتعلقة بالأهلية الجنائية لا يؤخذ به لكونها موضوعية.

281- الفرع الثالث: الجهل والغلط في الظروف التي تغير في العقوبة

هذه الظروف ذات طبيعة شخصية محضة، وتغيير العقوبة قد يكون بالتشديد كما في العود، وقد يكون بالتخفيف كما في حالة صغر السن، فصغر السن عذر أو ظرف مخفف، وقد يكون مانعا للمسؤولية إذا كان الصغير دون سن التمييز 6 سنوات عندنا في الجزائر، قبل صدور القانون 01-14 المتعلق بحماية الطفل، الذي رفع السن إلى 10 سنوات. ولا ينظر إلى علمه ولا إلى جهله بذلك⁴. كما لا ينظر إلى علم ولا جهل العائد بأنه في حالة العود أو أن العود يشدد عليه العقاب⁵.

¹ أنظر الدكتور فوزية عبد الستار، المعاملة الجنائية للأطفال، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، طبعة سنة 1977، ص 6.

² أنظر على سبيل المثال عبد القادر قواسمية، جنوح الأحداث في التشريع الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، بدون سنة نشر، ص 42 و 43.

³ أنظر الدكتور عبد الرحمن حسين علي علام، أثر الجهل والغلط في القانون على المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، هامش ص 453.

⁴ أنظر الدكتور عبد الرحمن حسين علي علام، أثر الجهل أو الغلط في القانون على المسؤولية الجنائية، مرجع سابق ص 456 و 457.

⁵ أنظره في الصفحة 457 وانظر الدكتور نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، مرجع سابق، ص 87. وانظر الدكتور مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات - القسم العام -، مرجع سابق، ص 347.

وانظر الدكتور سعيد مصطفى سعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 415.

المبحث الثالث

أثر الجهل والغلط على كل من المسؤولين الجنائيين والمدنية

282- تمهيد وتقسيم

من المعلوم في القانون الجنائي أن كل جريمة تتكون من عناصر مادية، وأخرى معنوية أو نفسية.

والعناصر المادية للجريمة تتكون من الفعل والنتيجة وعلاقة السببية بينهما.

والعناصر المعنوية تتكون من العلاقة النفسية التي تربط بين الفاعل والواقعة الإجرامية.

- وهي التي يطلق عليها في القانون والفقه الجنائيين الخطأ بمفهومه الواسع.

والخطأ درجتان، درجة أشد إثماً جنائياً وإذناً، وتسمى القصد الجنائي، ودرجة أخف إثماً وأقل إذناً وتسمى الخطأ غير العمدى.

ويحصل الخطأ العمدى أو ما يسمى في الفقه والقانون الجنائيين: القصد الجنائي، متى أراد الفاعل الفعل المكون للجريمة، وتمثل أو توقع نتيجة فعله، ووجه إرادته لتحقيق تلك النتيجة.

ويحصل الخطأ غير العمدى، متى أراد الفاعل فعله ولكنه لم يتمثل أو يتوقع نتيجة الفعل، وإنما كان في الإمكان تمثلها وتوقعها، أو كان ذلك واجباً عليه.

وإذا كان إهمال الجاني أو عدم انتباهه، غير معاقب عليه أحياناً كجريمة خطئية، تنتفي في حق صاحبها كل مسؤولية جزائية. ومع ذلك فإنه إن ترتب على خطئه أي ضرر للغير، مهما كان الخطأ بسيطاً وبحسن نية، وحتى إن كان تحت قوة لا قبل له بها أو ارتكبه من لا يتحمل المسؤولية عن أفعاله، فإنه يلزم من صدر الخطأ أو المسؤول عنه مدنياً بتعويض المضرور منه طبقاً لقواعد المسؤولية المدنية.

وإذا كان الأصل أن القانون الجنائي يعاقب على الجرائم العمدية، والجرائم غير العمدية المقترنة بالإهمال، وعدم الانتباه، فإنه إن تجردت الواقعة من أي عنصر نفسي، كما لو كانت وليدة القوة القاهرة، ففي مثل هذه الحالة تنعدم الواقعة الإجرامية، إذ لا يمكن أن ينسب لإنسان أنه أتى فعلاً، إذا كان مجرد آلة نفذ بها الفعل، وهنا تنتفي الجريمة في حقه.

ويتجه الفقه المقارن¹ إلى قياس الغلط الحتمي بالقوة القاهرة، من حيث الأثر، إذ بسبب الغلط الحتمي ينتفي كل أثر للإثم الجنائي أو ما يعرف بالإذنب، وعلى العكس من ذلك إذا كان الجهل أو الغلط مما يمكن تجنبه، فإن كان الجاني لا يسأل عن الواقعة المرتكبة على أساس أنها جريمة عمدية، فإن مسؤوليته على الخطأ تظل قائمة، ولذلك فإنه يسأل عن جريمة الخطأ، إن كان القانون يعاقب عنها متى اقترنت بالإهمال وعدم أخذ الحيطة والحذر اللازمين وحتى وإن كانت مجرد ممنوعة، كما في قواعد المرور.

ففي كل فرض من افتراضات الجهل والغلط المنصبيين على العناصر الجوهرية للجريمة، فإن تأثيرهما على المسؤولية يختلف حسب ما إذا كان يمنع كل خطأ، أو يمنع فقط القصد ويبقى الخطأ، أو يمنع الركن المادي ويبقى القصد.

وعلى ذلك يتعين تقسيم هذا المبحث إلى 05 مطالب كالاتي:

المطلب الأول: الجهل أو الخطأ الذي يمنع كل مسؤولية.

¹ أنظر الدكتور عبد الرحمن حسين علي علام، أثر الجهل أو الغلط في القانون على المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 232.

المطلب الثاني: الجهل أو الغلط الذي يمنع المسؤولية العمدية ويبقي الخطئية.
المطلب الثالث: الجهل أو الغلط في نطاق الجريمة المستحيلة.
المطلب الرابع: الجهل أو الخطأ الذي لا تأثير له.
المطلب الخامس: الجهل والغلط في توابع الجريمة.
متتبعا التفاصيل التي يطرحها كل مطلب ومفصلا لها بالقدر اللازم، الذي يسمح به هذا البحث.

المطلب الأول الجهل أو الغلط الذي يمنع كل مسؤولية

283- تمهيد وتقسيم

عرفنا في الفقرة السابقة أن الجهل أو الغلط المانع لكل مسؤولية جنائية لدى الجاني، هو الجهل أو الغلط الحتمي، أي الذي لا يمكن تجنبه من قبل الرجل المعتاد. فهذا النوع من الجهل والغلط هو الذي ذهب بشأنه رأي في الفقه إلى القول: بامتناع كل خطأ جنائي فيه، إذ أنه بمثابة الحادث العرضي أو المفاجئ الذي لا يمكن تجنبه، ولا دفعه. وذهب بشأنه رأي ثان في الفقه إلى القول: أن هذا النوع من الجهل والغلط لا يؤثر على الركن المعنوي فقط للجريمة، ولكن أثره ينصرف إلى الركن المادي لها، ويمكن بسببه أن ينسب إلى الفاعل أنه أتى فعلا. وبالتالي فلا محل معه للبحث في الركن المعنوي للجريمة. ولإجلاء المسألة، تعين لي أن أبحثها في فروع أربعة، أقسم عليها هذا المطلب، كما يلي:
الفرع الأول: رأي الفقه المقارن في الجهل أو الغلط الذي يمنع كل مسؤولية.
الفرع الثاني: وجهة النظر المعارضة للرأي الأول.
الفرع الثالث: وجهة نظر الدكتور عبد الرحمن حسين علي علام.
الفرع الرابع: رأيي في المسألة.
مركزا خاصة على المسؤولية في بحثي لهذه الآراء.

284- الفرع الأول: رأي الفقه المقارن في الجهل أو الغلط الذي يمنع كل مسؤولية

يرى الفقيه راديلسكو¹ إستنادا إلى رأي فقهاء آخرين من أمثال روكس، ولابورد، وفيليبي: أن الجهل والغلط الحتميين ينتفي معهما كل إثم، ولا مسؤولية على من وقع فيهما من الناحية الجزائية، وفي هذا يقول لابورد²: أن الإرادة هي أصل كل جريمة وبدونها لا يمكن القول بإذئاب الجاني. وأن الجهل أو الغلط الحتمي المنصب على الوقائع المادية المكونة للجريمة هو مجال الجهل والغلط الحتميين، وهما سبب انعدام المسؤولية الجنائية. وفي هذا الاتجاه سار القضاء الفرنسي، الذي قرر أنه يمتنع كل خطأ جنائي، ولا تقوم الجريمة مع الجهل أو الغلط الحتمي، إذ لا جريمة دون خطأ³. والجهل والغلط الحتميان ينفيان الإرادة⁴، ويعدمانها، وبالتالي يعدمان الخطأ.

¹ V.Radulesco(J.): L'influence de l'erreur sur la responsabilité pénale, op.cit., p.115.

² V.Labord (A.): l'élément moral dans les infractions non intentionnelles, op.cit., p.252.

³ V.Radulesco(J.):L'influence de l'erreur sur la responsabilité pénale, op.cit., pp.116-117-118-119.

⁴ أنظر الدكتور عبد الرحمن حسين علي علام: أثر الجهل أو الغلط في القانون على المسؤولية الجنائية مرجع سابق، ص 63 و 64 .

285- الفرع الثاني: وجهة النظر المعارضة للرأي الأول

إذا كان أنصار الاتجاه الأول يقولون بأن الجهل أو الغلط يؤثران على المسؤولية الجنائية إذا كانا حتميين، إذ ينصرف أثرهما إلى الركن المعنوي للجريمة فيعدم الإرادة، ويمنع الخطأ.

فإن هذا الاتجاه يرى أتباعه انتفاء المسؤولية الجنائية بسبب الجهل والغلط كذلك، ولكنهم يرون أن أثر الجهل والغلط لا ينصرف إلى الركن المعنوي، إنما ينصرف إلى رابطة الارتكاب المادي بين الجاني والواقع، وهذا هو سبب عدم قيام مسؤوليته¹، وليس إعدام إرادته هو سبب عدم قيام المسؤولية في جانبه، ويرون أن الجهل والغلط لا يعلمان إلا علم الجاني بالأفعال المجرمة، دون أن يمسا إرادته بشيء مستعنيين في أقوالهم هذه بتحاليل علماء النفس².

286- الفرع الثالث: وجهة نظر الدكتور عبد الرحمن حسين علي علام

يذهب هذا الباحث إلى أن وجهتي النظر السابقتين، الاختلاف بينهما مجرد اختلاف في الطريق التي يصلان عبرها إلى أن الجهل أو الغلط انصب على الركن المادي للجريمة، لذلك انعدمت.

فعبر طريق الاتجاه الأول، انصرف الجهل أو الغلط إلى إرادة إحداث الواقعة الإجرامية، فمحا الواقعة لما لم تتجه إليها الإرادة. وهو أثر على الركن المادي.

وعبر طريق الاتجاه الثاني يمر الجهل أو الغلط عبر بيان أثرهما الحتمي المنصب على الحدث الإجرامي، وكيفية تحقيق هذا الأثر. ويصل إلى أنه لا خلاف بين الاتجاهين لكون أثر الجهل أو الغلط الحتميين ينصرف في كلتا الحالتين إلى الركن المادي، ومن ثم تتعدم مسؤولية الجاني لعدم إمكان نسبة الواقعة التي تحققت إليه، لأنه لم يقم في جانبه أي خطأ³.

287- الفرع الرابع: رأي في المسألة

أرى خلافا للدكتور عبد الرحمن حسين علي علام أن الاتجاهين في الفقه المقارن الذين ناقشتهم في الفرع الأول والثاني من هذا المطلب يختلفان اختلافا جوهريا، وإن كانا يتفقان في نفي المسؤولية عن مرتكب الوقائع، إن كان سبب وقوعه في ارتكابها هو وقوعه قبل ذلك في جهل أو غلط حتمي.

فمع اتفاقهما على هذه النتيجة، فإنهما يختلفان من حيث قولهما بالطريق الموصل إليها، ففي حين يرى أتباع الرأي الأول: أن طريق تأثير الجهل أو الغلط في نفي الصفة الإجرامية على الفعل يمر عبر الركن المعنوي معدما الإرادة.

يرى أتباع الاتجاه الثاني: أن الطريق الذي يمر به الجهل أو الغلط إلى أن نفي الصفة الإجرامية عن الفعل هو طريق عدم الارتكاب المادي بين الجاني والواقع، موضحين قولهم هذا: (عدم الارتكاب المادي)، بأن المعنى: أن الفاعل لم يرتكب ولم يباشر ذات

¹ أنظر نفس الصفحات من نفس المرجعين السابقين.

² أنظر الدكتور أبو مدين الشافعي، **الانتباه** الإرادي، بدون مكان نشر، طبعة سنة 1946، ص 19، 20، 21.

³ أنظر الدكتور عبد الرحمن حسين علي علام، أثر الجهل أو الغلط في القانون على المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 244 و 245.

الفعل أو السلوك المكون للجريمة حتى يسأل عنه بعد ذلك إن كان قد صدر عنه إرادياً، أو من غير إرادته¹.

وهذا ولا شك خلاف جوهرى بين الرأيين، سها عنه الدكتور عبد الرحمن مع احترامى له وإن كان الرأيان يتفقان فعلا على نفي المسؤولية عن الفعل بسبب الجهل والغلط الحتميين، وهو الهدف من كل هذه الآراء.

المطلب الثاني

الجهل والغلط الذي يمنع المسؤولية العمدية ويبقى الخطئية

288- تمهيد وتقسيم

الركن المعنوي في الجرائم العمدية هو القصد الجنائي، وفي الجرائم التي تقوم على مجرد الخطأ هو الخطأ نفسه.

فالجهل أو الغلط المنصب على الوقائع الجوهرية لاشك في أنه يحذف القصد الجرمي، أي الركن المعنوي للجريمة. ويتوقف الأمر بعد ذلك على إرادة المشرع، فإذا كان لا يعاقب على الجريمة إلا في صورتها العمدية، ففي هذه الحالة فإن الجهل والغلط ينفيان المسؤولية مطلقاً من الناحية الجزائية، وتبقى من الناحية المدنية إن كان الفعل أضر بالغير. أما إن كان المشرع يجرم الفعل إن ارتكب خطأ بالإهمال أو الرعونة، أو عدم أخذ الحيطة والحذر اللازمين، أو عدم احترام اللوائح، فإن جهل الجاني هنا أو غلطه إن كانا ينفيان المسؤولية العمدية الجنائية فإنهما يبقيان المسؤولية الخطئية الجنائية.

ولحسن دراسة هذا المطلب وبحثه، أقسمه إلى فرعين، أتناول بالبحث في أولهما: انتفاء القصد الجنائي والمسؤولية الجنائية بالجهل أو الغلط الجوهرى. وفي ثانيهما: انتفاء القصد الجنائي والمسؤولية الجنائية العمدية، وبقاء المسؤولية الجنائية الخطئية كأثر للجهل أو الغلط الجوهرى.

289- الفرع الأول: انتفاء القصد الجنائي والمسؤولية الجنائية بالجهل أو الغلط الجوهرى

المرجع في المسؤولية عن الأفعال الجرمية أو عدم المسؤولية عنها تأثراً بالجهل أو الغلط الجوهريين، هو النص القانوني، فإن كان القانون لا يعاقب إلا على الجريمة التي ارتكبت عمداً، فإن جهل أو غلط الجاني ينفي مسؤوليته عنها، طالما لا تقوم الجريمة إلا عمداً.

وأمثلة هذه الجريمة كثيرة، وهي الغالبة في قوانين العقوبات، فجرائم السرقة والتزوير، والزنا وانتهاك العرض، والبلاغ الكاذب، ومختلف الفواحش، وابتزازات الأموال، والرشوة لا تكون إلا عمداً. وهذه كلها تتأثر بالجهل والغلط الجوهريين، وتتنفي مسؤولية الفاعل فيها بهما.

¹ أنظر الدكتور محمد زكي محمود، آثار الجهل والغلط في المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 64.
وانظر الدكتور عبد الرحمن حسين علي علام، أثر الجهل أو الغلط في القانون على المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 240.

لكن تنثور مشاكل في هذه المسألة كالعلم بصفة المجني عليه¹ وحاله في جرائم العرض، والعلم بصفة الشخص المقدمة إليه الرشوة في جرائم إرشاء الموظفين. وعالج الفقه والقضاء هذه المشاكل² ولنا فيها ما نقوله من موقف الفقه والقضاء تجاههما في النقطتين الآتيتين:

290- أولاً: افتراض العلم بصفة المجني عليه، وأثر الجهل والغلط على انتفاء القصد الجنائي، وبالتالي المسؤولية الجنائية

حتى تقوم الجريمة العمدية بقيام القصد الجنائي، لا بد وأن يعلم الجاني بالصفات التي يتطلبها القانون في المجني عليه، وإلا إن جهلها أو غلط فيها فإن قصده الجنائي ينتفي، وتنتفي مسؤوليته الجنائية بالتالي، متى كانت هذه الصفات تمثل عناصر جوهرية لازمة لبيان الجريمة.

وجاء قضاء محكمة النقض المصرية يشترط لقبول الدفع بجهل الجاني لسن المجني عليه أي أنه لم يبلغ 18 سنة كاملة في جريمة هتك العرض، أن هذا الدفع لا يقبل متى لم يثبت الجاني أن ظروف استثنائية أوقعت في الجهل بسن المجني عليه وجعلته من المستحيل أن يقف على الحقيقة³.

في الحين الذي كان فيه الفقه في مصر يقول بأن الجهل أو الغلط بسن المجني عليه غلط جوهري لأهمية السن في مثل هذه الجرائم ويجعل الجهل به أو الغلط فيه ينفي المسؤولية الجنائية⁴.

291- ثانياً: افتراض العلم بصفة الموظف حتى تقوم جريمة إرشاء الموظف

هذه الجريمة يرى الفقه والقضاء أنها لا تقوم تجاه من يقدم العطية إلا إذا علم أن من قدمها له موظف، وأن يكون تقديمها له ليخل بواجبات وظيفته. أما فعل تقديم العطية أو الوعد بها في حد ذاته، أو تلقيها وقبولها كذلك في حد ذاته لا تقوم عليه أية مسؤولية جزائية، أما المسؤولية المدنية، فلا محل لها هنا، لأنه ليس هناك من متضرر يقتضى تعويضه.

وهذا ما عليه القضاء في كل من مصر وفرنسا⁵.

¹ أنظر الدكتور محمد زكي محمود، آثار الجهل والغلط في المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 172 فما فوق. وانظر الدكتور عبد الرحمن حسين علي علام، أثر الجهل أو الغلط في القانون على المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 257 فما فوق.

² أنظر الدكتور محمد زكي محمود، آثار الجهل والغلط في المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 170 و 171. وانظر الدكتور عبد الرحمن حسين علي علام، أثر الجهل والغلط في القانون على المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 271 و 272.

³ أنظر مجموعة أحكام النقض سنة 13، رقم 130، ص 510، نقض 11 / 4 / 70 ومجموعة أحكام النقض سنة 22، رقم 86، ص 350.

وانظر الدكتور محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، مرجع سابق، ص 77.

⁴ أنظر الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - جرائم الإعتداء على الأشخاص، طبعة سنة 1978، ص 402.

وانظر الدكتور محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات - القسم العام -، مرجع سابق، ص 322.

وانظر ه أيضاً في، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص -، طبعة سنة 1974، ص 322.

⁵ أنظر مجموعة أحكام النقض سنة 21، رقم 49، ص 200.

وانظر الدكتور رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، مرجع سابق، ص 758.

وجريمة الغدر كذلك ينفيها عدم علم من حصل أكثر مما ينبغي من الأموال إذا كان فعله هذا تحت تأثير الجهل بما عمل أو الغلط فيه¹.

292- الفرع الثاني: انتفاء القصد والمسؤولية العمدية وبقاء المسؤولية الخطئية كأثر للجهل أو الغلط

إذا كان المرجع كما قلنا في أثر الجهل أو الغلط على المسؤولية الجنائية، هو نص التجريم، الذي يتحدد منه، ما إذا ينفي الجهل أو الغلط كل مسؤولية جنائية عمدية أو خطئية، فيسمى الجهل أو الغلط هنا بالجهل أو الغلط المانع². ولكن في أحيان أخرى رغم أن الجهل أو الغلط قد ينفي القصد الجنائي، فينفي تبعاً لذلك المسؤولية الجنائية العمدية المشددة، فإنه يبقى مسؤولية جنائية خطئية، وهذه الحالة هي التي يطلق عليها الفقه: حالة الجهل أو الغلط الذي ينفي القصد، ويبقى الخطأ³. ففي جريمة القتل، فإن من قام بقتل إنسان بقصد جنائي فإنه يسأل عن فعله جزائياً ومدنياً، فيسأل جنائياً عن جناية القتل العمدية، أما لو أن إنساناً قام بفعل لا يقصد به إلحاق أي أذى بأي شخص وتسبب فعله هذا في قتل أحد الأشخاص، فإن جريمته هنا يجعلها القانون قتلاً خطأً، فإن كان لم يؤخذ بالقتل العمدية لانتهاء العمد لديه لتجرد فعله من نية القتل، فإن القتل حدث فعلاً بسبب فعله الذي أراده. فهنا تحل المسؤولية الخطئية محل العمدية، وخطأ الجاني هنا هو الذي منع فكرة القصد وأحل محل المسؤولية العمدية المسؤولية الخطئية.

المطلب الثالث

الجهل أو الغلط في نطاق الجريمة المستحيلة

293- تمهيد وتقسيم

أحياناً ينصرف أثر الجهل أو الغلط إلى الركن المادي ولكنه لا يمس القصد الجنائي، وإن نفى في هذه الحالة الركن المادي فإنه يبقى القصد الجنائي. وإذا كانت القاعدة المعروفة تقضي بأنه: لا جريمة بدون خطأ، وبدون ركن مادي فإن القوانين تستثني من هذه القاعدة، ورغم عدم إتمام الجريمة، بعدم إتمام الفاعل لركنها المادي بكامل عناصره، إلا أن المشرع يرى تسليط العقاب عليه، لمقاومة وردع الخطورة الإجتماعية التي كشف عنها النشاط العدواني الذي صدر منه، ولحماية المجتمع من أي خطر منه على مصالحه التي تحميها قواعد التجريم. فالفرض أن تكون الواقعة هذه حدثت من الفاعل عن قصد، ولكن الغلط انصب على الركن المادي للجريمة، كمن أراد قتل آخر بالسهم، فظهر أن الكمية قليلة على إحداث النتيجة التي قصدها، أو أن العقار غير فعال، أو غلط أصلاً في القنينة التي تحتويه. وكمن أراد سرقة شخص فظهر أن ما سرق منه ماله هو المودع لديه. هذه الافتراضات تثير ما يعرف في الفقه بالجريمة المستحيلة وما يعرف فيه بالشروع في الجريمة.

¹ أنظر الدكتور عمر السعيد رمضان، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص -، طبعة سنة 1969، ص 77.

² أنظر الدكتور محمد زكي محمود، آثار الجهل والغلط في المسؤولية، مرجع سابق، ص 64.

³ V.Radulesco (J.): De l'influence de l'erreur sur la responsabilité pénale, op.cit.,p.120.

وسأفصل المطلب إلى فرعين: أو لهما : أبحث فيه الاستحالة المادية، والاستحالة النسبية كصور من صور الشروع، وفي ثانيهما: أبحث الاستحالة المطلقة أو القانونية وأثر الجهل على المسؤولية.

294- الفرع الأول: الاستحالة المادية، والاستحالة النسبية صورة من صور الشروع
يرى انصار هذا الاتجاه أن الشروع يتواجد في حالتي الاستحالة المادية والاستحالة النسبية.

وترجع الاستحالة المادية إلى ظروف مادية، تجعل الجاني لا يستطيع تحقيق الاعتداء الذي هدف إلى تحقيقه، وقد تحيط هذه الظروف بموضوع الحق، وقد تحيط بوسيلة تحقيق الاعتداء.

- ومن أمثلتها إطلاق الرصاص على شخص تعود الوجود في مكان معين في وقت معين، وتبين فيما بعد عدم وجوده وقت إطلاق النار بالذات، أو محاولة سرقة فلم يجد ما يسرق، أو محاولة قتل شخص بإطلاق الرصاص عليه فلا يصيبه الرصاص لسوء استعمال السلاح من الجاني.

فإذا تخلف محل الجريمة، أو وقع خطأ في استعمال وسيلة ارتكابها فإن ذلك لا يحول دون تحقق جريمة الشروع والعقاب عليها جزائياً، والتعويض عن الأضرار الناجمة عنها. فإذا جهل الجاني الوسيلة التي تؤدي إلى إتمام جرمه، كان يجهل كمية السم القاتل أو وقع له غلط في هذه الوسيلة كأن يقدم شراباً علاجياً يظنه الشراب المسموم ولا يؤدي ذلك إلى الموت الذي قصده فإن هذا لا يمنع من مساءلته على جريمة الشروع فيه.

295- الفرع الثاني: الاستحالة المطلقة أو القانونية ، وأثر الجهل أو الغلط على المسؤولية

يميز بعض الشراح والفقهاء بين درجتي الاستحالة فيسمون النوع الأول بالاستحالة المطلقة أو القانونية، ويسمون النوع الثاني باسم الاستحالة المادية، ومثال النوع الأول: ارتكاب فعل على أنه جريمة، والواقع أن القانون لم يجرمه. فهذه استحالة قانونية ومطلقة لأن أهم عناصر الجريمة لم يتحقق، إذ لم يوجد نص قانوني يطبق على الواقعة لذا حق لجارو أن يسمى هذه الاستحالة ¹l'impossibilité de droit. أما الاستحالة المادية كمن يطلق النار على شخص من سلاح تبين أنه غير محشو بالذخيرة.

ومن يستعمل وسيلة لا فعالية لها بطبعها جاهلاً بتلك الفعالية أو غالطاً فيها لتحقيق جرم كمن يطلق النار من بندقية لعبة أطفال لا تقتل أو يمارس الشعوذة لقتل أحد بتأثيرها ففي هذه الحالات لا شروع².

وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية في قضائها في نقض جلسة 1980/12/10³.

¹ V.Garaud (R.): Traité théorique et pratique de droit pénal français, T.10, Paris, 1898, p.515.

² V.Radulesco(J.): De l'influence de l'erreur sur la responsabilité pénale, op.cit.,p.132.

³ أنظر الدكتور عبد الرحمن حسين علي علام، أثر الجهل أو الغلط في القانون على المسؤولية الجنائية ، مرجع سابق، ص 301.

المطلب الرابع الغلط أو الجهل الذي لا تأثير له

296- تمهيد وتقسيم

الجهل أو الغلط يكون مؤثرا على المسؤولية بمنعها، أو تحويلها من العمد إلى الخطأ، وقد يكون غير مؤثر عليها. ويبدو هذا واضحا في حالات هي: حالة الغلط في الشخص أو الشخصية، وحالة الحيدة عن الهدف، والغلط في موضوع النتيجة وعلاقة السببية، وأحيانا أخرى قد لا يكون مؤثرا كأصل عام، والاستثناء يكون الغلط مؤثرا. ولبحث الموضوع بشكل جيد أوزع هذا المطلب على الفروع الآتية:
الفرع الأول: بيان حكم الحيدة عن الهدف
الفرع الثاني: بيان حكم الغلط في النتيجة الإجرامية
الفرع الثالث: بيان حكم الغلط في زمان ومكان النتيجة الإجرامية
الفرع الرابع: بيان حكم الغلط في كيفية التسلسل السببي
منتبعا أحكام هذه المسائل في الفقه، وما جاد به القضاء.

297- الفرع الأول: الغلط وحالة الحيدة عن الهدف

الحيدة عن الهدف هي الغلط الذي يشوب الفعل التنفيذي للجريمة، بحيث تصيب الجريمة شخصا آخر غير المستهدف نتيجة لعدم الدقة في التصويب أو الجهل باستعمال السلاح عموما. وحكم هذه الحالة مثار اختلاف بين الفقهاء أعرضه في النقاط الآتية:

298- أولا: اتجه رأي الفقه الفرنسي إلى القول أنه في حالة الحيدة عن الهدف توجد جريمتان جريمة الإهمال وشروع في الأخرى.

ويعيب هذا الرأي تناقضه مع قواعد القصد الجنائي، إذ تحققت الجريمة التي يريد فعلها، والقول بمسألتها على جريمة الخطأ فيه إهدار لحقوق المجتمع والدفاع الاجتماعي الذي يجرم الاعتداء على الحياة الإنسانية بصرف النظر عن الشخص المعتدى عليه.

299- ثانيا: اتجه رأي آخر في إيطاليا وألمانيا إلى القول أن الجاني لا يسأل في حالة الحيدة عن الهدف إلا على جريمة خطئية. وهذا الرأي أدنى من سابقه إذ يتعارض مع قواعد القصد، ويهدر مقتضيات الدفاع الاجتماعي، زيادة على أنه لا ينظر إلى الشروع كما قال الرأي الأول¹.

300- ثالثا: ذهب رأي آخر إلى أن القتل والشروع فيه أي قتل من أصيب خطأ لأن الفاعل قصد القتل فحدث، والشروع في قتل الذي قصده هو لم يكن لسبب خارج عن إرادته، وتختلف عنصر النتيجة في هذه الجريمة، العنصر الذي تحقق في الأخرى، وتطبق على الجاني هنا العقوبة الأشد في الجريمتين².

وهذا ما عليه الفقه في كل من فرنسا وبلجيكا ومصر³. وتطبق هذه الأحكام على الجهل أو الغلط في الشخص المجني عليه.

¹ V.Stefani(G.) et Levasseur(G.): Droit pénal général, op.cit,p.317.

² أنظر الدكتور محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، مرجع سابق، ص 97.

³ أنظر الدكتور سعيد مصطفى سعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 470

وعلى هذا كان القانون الروماني¹ قديما إذ لا عبرة بالغلط في شخص المجني عليه في كل هذه القوانين والاتجاهات الفقهية.

وجاء في حكم محكمة النقض المصرية² ما نصه: «يكفي للعقاب على جرائم القتل أن يكون المتهم قد قصد بالفعل الذي قارفه إزهاق روح إنسان ولو كان القتل الذي انتواه قد أصاب غير المقصود، وسواء كان ناشئا عن الغلط في شخص من وقع عليه الفعل، أو كان خطأ في توجيه الفعل فإن جميع العناصر القانونية تكون متوافرة في الحالتين كما لو وقع الفعل على ذات المقصود قتله».

301- الفرع الثاني: الغلط والنتيجة الإجرامية

النتيجة الإجرامية هي الآثار المادية الناجمة عن الفعل الجرمي، والتي تصيب حقا يحميه القانون، ويقرر له عقابا، ومثار التساؤل، هو: لو أن الجاني قصد إحداث نتيجة في موضع، فأخطأه، وحدثت النتيجة في موضع آخر، فما أثر ذلك الغلط على النتيجة الإجرامية؟

302- أولا: الغلط الجوهري والنتيجة الإجرامية

يكون الغلط جوهريا إذا كان مؤثرا على المسؤولية الجنائية، وذلك إن كانت النتيجة التي قصدها الجاني لا تتفق في قيمتها مع التي حدثت فعلا، كما لو أراد صيد طائر فأصاب إنسانا لم يره بسبب من الأسباب. ففي هذه الحالة يمكن أن يسأل الجاني عن جريمة قائمة على أساس الخطأ متى كان الرجل المعتاد في محله يمكن أن يصدر عنه هذا الفعل ويقع في الخطأ الذي وقع فيه الجاني.

303- ثانيا: الغلط غير الجوهري والنتيجة الإجرامية

يكون الغلط غير جوهري، ولا يؤثر على فعل الجاني إذا كانت النتيجة التي قصدها ولم تحدث تتفق في القيمة القانونية مع النتيجة التي حدثت، والتي كان الجاني لم يقصد إحداثها، بل حدثت على الرغم منه. مثل التصويب لقتل عمر فيصيب زيدا فيقتله أو يجرحه. فالجاني هنا يظل مسؤولا على جرح عمر أو قتله عمدا³.

304- ثالثا: الظروف المشددة والغلط في موضوع النتيجة

إذا أراد الجاني ارتكاب فعل يشدد القانون العقوبة على ارتكابه، فيقع في الغلط، وتنصب أفعاله على موضوع لا يشدد القانون العقاب عليه كالأول، كمن استهدف مال مخدمه لسرقته فيتضح أن المال لأحد الجيران، ومن يستهدف والده بالقتل فيتضح أن المقتول شخص آخر.

وانظر علي أحمد راشد، أصول القانون الجنائي، مرجع سابق، ص 412.

وانظر الدكتور أحمد فتحي سرور، أصول قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 467.

¹ V.Radulesco (J.): De l'influence de l'erreur sur la responsabilité pénale, op.cit., pp.151 et 160.

² أنظر مجموعة القواعد القانونية، ج6، رقم 232، ص 454، نقض 44/04/10.

ومجموعة القواعد القانونية، ج7، رقم 85، ص 67، نقض 46/12/18.

³ أنظر الدكتور عبد الرحمن حسين علي علام، أثر الجهل و الغلط في القانون على المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 315 و 316.

ففي هذه الحالة يتجه الفقه إلى القول بأن الجاني يستحق العقاب على النتيجة التي حدثت فعلا. غير أن هذا الرأي يعيبه أنه أهمل خطورة سلوك الفاعل، والصحيح أن يسأل على الجريمة العمدية التي وقعت، وعلى الشروع في ذات الظروف المشددة التي خاب أثرها بسبب غلطه¹.

والصورة الأخرى للغلط في الظروف المشددة وموضوع النتيجة الإجرامية هي الصورة العكسية للتي قدمت، كأن يريد قتل الغير فيظهر المقتول والده، أو سرقة الغير فيظهر المال لمستخدمه، ففي هذه الحالة غلطه يجعل الظروف المشددة لا تقع على عاتقه لأنه لا علم له بها ولم يقصدها، وفي هذا قال القانون الإيطالي في مادته 60 ما نصه: «...في حالة الغلط في شخصية المجني عليه لا توضع على عاتق الفاعل الظروف المشددة التي ترجع إلى صفات وأحوال الشخص الذي ناله الفعل أو العلاقة بينه وبين الجاني»².

305- الفرع الثالث: الغلط في زمان ومكان حدوث النتيجة

الغلط في الزمان والمكان الذين تحدث فيهما النتيجة الإجرامية عادة لا يؤثر على تشديد أو تخفيف العقوبة أو الإغفاء منها، إلا إذا جعل القانون الزمان أو المكان عنصرا في التجريم، فعند ذلك يؤثر الغلط فيه في مسؤولية الجاني ويعتبر هنا غلطا جوهريا، كزمان الليل في السرقة ذات الظروف المشددة، فلو يثبت الجاني أنه لم يكن يعلم أن الوقت ليلا لكونه أعمى مثلا يغير هذا الجهل وصف الجرم بالنسبة له من جناية إلى جنحة³.

والغلط غير الجوهري كذلك في مكان حدوث السلوك الإجرامي لا تأثير له، متى كان غير داخل في مكونات السلوك الإجرامي⁴.

غير أنه إذا نص القانون على اعتبار المكان من عناصر النموذج الإجرامي، أي اشترط لقيام الجريمة أن ترتكب وقائعها في مكان معين كالخيانة الزوجية في بيت الزوجية فهنا الغلط في هذا المكان أو الجهل به يؤدي إلى انتفاء الجرم⁵، لكون المكان هنا من عناصر الجرم يتعين أن يعلمه الجاني.

306- الفرع الرابع: الغلط وكيفية حدوث التسلسل السببي

عادة لا يهتم القانون بكيفية حدوث التسلسل السببي لأية جريمة، إذ لا أهمية لما إذا مات من ألقى في البئر ليموت بسبب الغرق أم بسبب سقوط رأسه قبل الوصول إلى الماء على حجر ناتئ في الجدار المبطن للبئر، فما هو مهم أن إلقاءه لقتله فمات فعلا⁶.

¹ أنظر الدكتور أحمد فتحي سرور، أصول قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 449.

وانظر الدكتور محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، مرجع سابق، ص 94.

² أنظر الدكتور أحمد فتحي سرور، أصول قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 449.

³ أنظر الدكتور رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، مرجع سابق، ص 616.

وانظر الدكتور محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، مرجع سابق، ص 68.

⁴ أنظر الدكتور رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، مرجع سابق، ص 146.

⁵ أنظر الدكتور محمد زكي محمود، آثار الجهل والغلط، مرجع سابق، ص 146.

⁶ أنظر الدكتور أحمد فتحي سرور، أصول قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 449.

V.Delogu(T.): la culpabilité dans la théorie générale de l'infraction, cours de doctorat, 1949-1950, p.270.

لكن التصور الذي كان متصورا في ذهن الجاني هو أن يغرق المجني عليه فيموت. ومع هذا فقد عرفت هذه المسألة وجهتي نظر مختلفتين أعرضهما في النقطتين الآتيتين:

307- أولا: وجهة نظر تقول بمسؤولية الجاني بغض النظر عن كيفية حدوث التسلسل السببي، لأن هذه المسألة بأحداثها تخرج عن نطاق قصد الجاني، فسواء حدث التسلسل الزمني السببي وفق ما تصور أم حدث بكيفية أخرى تظل المسؤولية على عاتقه هي نفسها رغم غلظه أو جهله بهذا التسلسل. إذ في غالب الأحيان لا يدور في خلد الجاني هذا التسلسل¹. ووجهة النظر هذه في الفقه الألماني.

308- ثانيا: وجهة نظر أخرى تنتقد هذه لإغفالها كون علاقة السببية، هي التي تقيم وحدة الركن المادي، وتجعل من النتيجة أثرا للفعل. ومع هذا لم يسلم أتباع هذا الاتجاه بأثر الجهل أو الغلط في كيفية حدوث التسلسل السببي، على مسؤولية الجاني، رغم تأكيدهم على أن علاقة السببية هي أحد عناصر الركن المادي للجريمة. ويرون أن هذا الجهل أو الغلط غير مؤثر، ويرون أن اعتبار هذا الجهل أو الغلط الجوهرية مؤثرا، فيه إهدار لمصالح المجتمع².

ويثير هذان الرأيان مشكلة المعيار في الغلط الجوهرية، فيتجه الفقه كذلك إلى القول بمعيارين مختلفين أعرضهما في الفقرتين الآتيتين:

309- 1- المعيار الموضوعي في الغلط الجوهرية: يصنف أنصار هذا الاتجاه الجهل أو الغلط جوهرية، إذا كان القانون نص على حصول النتيجة الإجرامية وفق تسلسل معين، فالجهل أو الغلط حينئذ يكون جوهرية مؤثرا على المسؤولية الجنائية.

أما إذا كان القانون لم يحدد تسلسلا معيناً لحدوث الفعل المجرم، إذ لا يعلق القانون عادة أهمية على التسلسل الذي يؤدي إلى النتيجة الإجرامية وفق أية كيفية يتم، فهنا لا عبء للجهل أو الغلط في كيفية التسلسل السببي داخل علاقة السببية الرابطة بين الفعل الإجرامي ونتيجته، ولا يترتب عليه نفي المسؤولية الجنائية، أو إنقاصها.

310- 2- المعيار الشخصي: يقول أصحاب هذا المعيار أن العبرة في كيفية قصد الشخص الجاني أن يحدث تسلسل الأسباب، فكيفية حدوثها وفق تصور الجاني هي المعتبرة جوهرية، فإذا أراد أن تتحقق النتيجة الإجرامية على نحو معين، فحدثت فعلا على هذا النحو من تسلسل الأسباب فهذا هو المعتبر في قصده الجنائي، أما لو حدثت وفق تسلسل سببي آخر نتيجة لجهل الفاعل أو غلظه، فإن هذا الجهل أو الغلط مؤثر على مسؤولية الجاني³.

ووجهة النظر هذه معيبة ولا شك، ولا تصلح معيارا، إذ تفرض على القاضي البحث عن حقيقة ما في نفس الجاني، وهذا أمر مستحيل.

وهنا أنهى بحث هذا المطلب للانتقال إلى الموالي.

¹ أنظر الدكتور محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، مرجع سابق، ص 101 و 103.

² المرجع نفسه، ص 103.

³ أنظر الدكتور مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات - القسم العام، بدون مكان نشر، طبعة سنة 1979، ص 351.

المطلب الخامس الجهل والغلط في توابع الجريمة

311- تمهيد وتقسيم

توابع الجريمة، هي نتائج يجرمها القانون، تتجاوز قصد الجاني، وتتجاوز في جسامتها الجريمة الأصلية التي أرادها الجاني، بسبب غلظه، وهي مع هذا أثر من آثار سلوكه، مرتبطة به برابطة سببية موضوعية¹، وجاءت ملازمة للجريمة التي أراد تحقيقها، ووقعت على ذلك الحق الذي مسته الجريمة المقصودة أصلاً. والفارق بينها وبين الجريمة الأولى من حيث الجسامة، إذ النتائج الأشد تعتبر تطوراً للجريمة الأولى الأخف². فالجريمة الأشد تقع في ذات المجرى السلبي للجريمة الأخف، التي كان يقصدها الجاني. ومثار التساؤل ما إذا كان للجهل أو الغلط أثر على مسؤولية الجاني، في إطار تلك النتائج التي تجاوزت قصده، وهل يمكن أن تؤثر فيها بالغائها أو تشديدها أو تخفيفها، أو ليس للجهل والغلط أثر عليها؟

ولدراسة هذا المطلب دراسة وافية يتعين توزيع بحثه على فروع، نبحت فيها أساس المساءلة عن النتائج المتجاوزة القصد كما يأتي:

الفرع الأول: أساس المساءلة عن النتائج المتجاوزة القصد في فرنسا.

الفرع الثاني: أساس المساءلة عن النتائج المتجاوزة القصد في مصر.

الفرع الثالث: أساس المساءلة عن النتائج المتجاوزة القصد في ألمانيا.

الفرع الرابع: أساس المساءلة عن النتائج المتجاوزة القصد في إيطاليا.

الفرع الخامس: الأساس الصحيح في نظري لمساءلة الجاني عن النتائج المتجاوزة القصد. سنعرض الآراء والنظريات التي ظهرت في مناقشة هذه المسألة في الفقه المقارن، وما يتعلق بذلك من مسائل.

312- الفرع الأول: أساس المساءلة عن النتائج المتجاوزة القصد في فرنسا.

هذا الكلام يفترض أن ينطبق أيضاً في الجزائر، طالما أن قانونها مقتبس عن الفرنسي، وطالما لم يظهر لها فقه في هذا الموضوع.

ولحسن مناقشة هذا الفرع يتعين توزيعه على نقطتين، أولاهما أناقش فيها هذه المسألة في نظر القضاء الفرنسي، وثانيهما أناقش فيها نظر الفقه الفرنسي.

313- أولاً: أساس المساءلة عن النتائج المتجاوزة القصد في القضاء الفرنسي.

اتجه القضاء الفرنسي قبل تعديل قانون العقوبات سنة 1932 إلى التسوية بين القصد المباشر والقصد غير المباشر، حيث كان يطبق عقوبة القتل العمدى على من أدى مساسه بجسم إنسان بالضرب والجرح إلى وفاته، دون حاجة للبحث عن نية الجاني، إذ القانون حينها أخذ بفكرة القصد الإحتمالي.

وهذا القضاء انتقد لتسويته بين من له نية القتل، وبين من لا نية له في إحداث هذه النتيجة، وكنتيجة لهذا النقد عدلت المادة 309 عقوبات بتاريخ 1932/04/28 بإضافة فقرة جديدة

¹ أنظر الدكتور محمود زكي محمود، آثار الجهل والغلط في المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 273.

وانظر الدكتور مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات - القسم العام -، مرجع سابق، ص 373.

² أنظر الدكتور محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، مرجع سابق، ص 224.

إليها نص فيها على جريمة الضرب المفضي إلى الموت، وحددت لها عقوبة دون عقوبة القتل العمد، وأكثر من عقوبة القتل الخطأ، فاستقر القضاء بعد ذلك على تطبيق هذا النص الجديد بعد التعديل.

وهذا ما جرى مع الحريق العمد الذي يحدث وفاة أحد دون قصدها، وجريمة الضرب الذي يؤدي إلى الإجهاض دون قصده¹.

314- ثانياً: أساس المساءلة عن النتائج المتجاوزة القصد في الفقه الفرنسي

اتجه الفقه الفرنسي كما اتجه القانون والقضاء هناك بادئ الأمر إلى الأخذ بالقصد الإجمالي، فمن ضرب امرأة حاملاً فنتج عن الضرب إجهاض دون قصد يؤاخذ على الإجهاض حتى ولو كان لا يعلم بحملها. وبهذا قال الفقهاء مونليار وقارسون وفيدال وكذا بوزات وبينتال، والفيهان ستيفاني ولوفاسور، ويستندون في قولهم هذا إلى ما قال به القانون في جريمة الحريق العمد الذي تنتج عنه وفاة أحد الأشخاص دون قصد قتله ومثيلاتها من الجرائم².

315- الفرع الثاني: أساس المساءلة عن النتائج المتجاوزة القصد في مصر

لحسن بحث هذه المسألة كذلك يتعين توزيعها على نقطتين أولاهما يناقش فيها الأساس في نظر القانون والقضاء المصريين وثانيهما يناقش فيها هذا الأساس في نظر الفقه المصري، ومنه الباحث عبد الرحمن حسين علي علام.

316- أولاً: أساس المساءلة عن النتائج المتجاوزة القصد في القضاء والقانون المصري

اعتدت محكمة النقض المصرية بالرأي السائد لدى كل من الفقه والقضاء الفرنسيين، إذ أقرت مسؤولية الشريك على أساس القصد الإجمالي، معتبرة أنه كان عليه أن يعلم كافة النتائج التي يحتمل عقلاً، وبحكم المجرى العادي للأمور أن تنتج عن الجريمة التي اتفق مع شركائه على ارتكابها³.

كما اعتدت بالقصد الاحتمالي في قضايا كثيرة أعطت الجريمة فيها نتائج أشد من المقصودة أصلاً.

كما اعتمدت المحكمة القصد الاحتمالي في حالة الحيدة عن الهدف⁴.

¹ V.Garçon(E.) : Code pénal annoté, op.cit, p.11.

V.Bouzat (J.) et Pinatel (J.): Droit pénal général, op.cit. , p.246.

² V.Garçon(E.): Code pénal annoté, op.cit.

V.Garraud (R.): Traité théorique et pratique de droit pénal français, op.cit., p.175.

V.Vidal(J.) et Magnol(J.): Cours de droit criminel et des sciences pénitentiaires, op.cit, p.175.

V.Bouzat(P.) et Pinatel(J.): Droit pénal général, op.cit, p.178.

V.Stéfani(G.) et Levasseur(G.): Droit pénal général, op.cit, p.816.

وانظر الدكتور محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، مرجع سابق، ص 288 و 287.

وانظر جندي عبد المالك، الموسوعة الجنائية، المرجع السابق، ص 149.

وانظر الدكتور سعيد مصطفى سعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، طبعة سنة 1952، ص 398.

³ أنظر مجموعة القواعد القانونية، ج3، رقم 182، نقض 1943/01/18، ص 224. ونقض 194/10/26

وانظر مجموعة أحكام النقض، سنة 8، رقم 204، ص 760، طعن 1957/10/07، ونفس المجموعة طعن

1961/01/30، سنة 12، رقم 25، وطعن 1965/06/07، وطعن 1935/07/17.

⁴ أنظر الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم العام-، مرجع سابق، ص 317.

وخلاصة القول أن المحكمة أخذت بالقصد الاحتمالي في الجرائم المتجاوزة القصد متى نص القانون على ذلك صراحة، وأحيانا حملته المسؤولية خروجاً حتى على النصوص، متى كانت النتيجة المحتملة وفق المجرى العادي للأمر¹.

317- ثانياً: أساس المساءلة عن النتائج المتجاوزة القصد في الفقه المصري

الرأي السائد في الفقه المصري وفي الفقه والقضاء الفرنسي، والسائد في القضاء المصري فيسأل الجاني عن النتائج المتجاوزة القصد على أساس القصد الاحتمالي².

غير أن في الفقه المصري إلى جانب هذا الاتجاه اتجاهات ثلاثة أتناولها في النقاط التالية.

318- الاتجاه الأول: للدكتور جلال ثروت الذي يرى أن الأساس في القصد الجنائي

المتعدي يقع بين الخطأ العمدي والخطأ غير العمدي³، ويرى أن هذا الأساس استثنائي في ترتيب المسؤولية الجنائية، باعتبار أن الجاني قد يقع الحدث الجسيم رغماً عنه ودون توقع منه. وقد يقع في ظروف يكون فيها من الممكن للجاني توقعه لكن بسبب غلط منه يتوقع أن تسير الأمور وفقاً لسيرها العادي، وهو سوء تقدير منه.

319- الاتجاه الثاني: يقول به الدكتور علي راشد، ويقسم الجرائم ثلاث أصناف، صنف

يجعل أساس المساءلة عنها القصد الاحتمالي⁴، وصنف يجعل أساس المساءلة عنها العمد المفترض⁵، وصنف ثالث يجعل أساس المساءلة عنها علاقة نفسية مزدوجة التكوين هي مزيج من العمد والخطأ⁶.

320- الاتجاه الثالث: يقول به الدكتور عبد الرحمن حسين علي علام، الذي يرى أن

أساس مساءلة الجاني عن النتائج المتجاوزة القصد هو التحديد على أساس مادي، نظراً لعدم تحديد المشرع صورة العلاقة النفسية بين الجاني وهذه النتائج الإجرامية المتجاوزة القصد هذا في الجرائم التي حدد فيها القانون على سبيل الحصر المعاقبة على النتائج غير المقصودة.

أما في بقية الجرائم فتحكم القواعد العامة في ضوء العلاقة النفسية التي تربط شخص الجاني بهذه النتائج، فقد تكون العلاقة قصداً احتمالياً، أو خطأ، فهنا يمكن أن يؤثر جهل الجاني أو غلظه.

321- الفرع الثالث: أساس المساءلة عن النتائج المتجاوزة القصد في ألمانيا

اختلف الفقهاء في ألمانيا إلى اتجاهين بشأن هذه المسألة، فاتجاه يقول بأن أساس مساءلة الجاني عن هذه النتائج المتجاوزة لقصدته يقوم على أساس مادي محض، إذ يكفي أن تتجه إرادته إلى إحداث النتيجة الأخف، وأن النتيجة الأشد ليست عنصراً من عناصر

وانظر مجموعة القواعد القانونية، نقض 1934/03/12 رقم 221، ص 292.

¹ انظر مجموعة الربع قرن، نقض 928 لسنة 11، جلسة 41/04/07، ص 951، وطعن رقم 1523 منها، سنة 8، ص 278.

² أنظر الدكتور سعيد مصطفى سعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 195 و ص 396.

وانظر الأستاذ علي بدوي، الأحكام العامة في القانون الجنائي، ج 1، مرجع سابق، ص 358.

وانظر العيلي مصطفى، المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 188.

³ أنظر الدكتور جلال ثروت، الجريمة المتعدية القصد في القانون المصري والمقارن، مرجع سابق، ص 295 و 402.

⁴ الجرائم التي تنص عليها المواد 126 و 168 و 257 و 268 من قانون العقوبات.

⁵ الجريمة المنصوص عليها في المادة 43 من قانون العقوبات.

⁶ أنظر الدكتور علي أحمد راشد، مبادئ القانون الجنائي، مرجع سابق، ص 427.

الجريمة إنما هي مجرد شرط موضوعي للعقاب عنها، وهذا يخرج عن نطاق تكوين الجريمة، ولا يلزم أن يحيط بها قصد الجاني، ومتى وجدت النتيجة الأشد جسامة يسأل عنها على أساس أنها عمدية سواء توقعها أم لم يتوقعها. ومن أنصار هذه الوجهة فونليست¹ ومازجار. واتجاه آخر يقول: أن مساءلة الجاني على النتيجة الأخف على أساس الخطأ غير العمدي، وعلى النتيجة الأشد على أساس القصد الجنائي، ويقولون أن هذا ما يتفق والمبادئ العامة التي تسود في الفقه الحديث، الذي يسأل الجاني دون مراعاة العلاقة النفسية، ويتجه هذا الاتجاه الفقيهين هندية وبيندنج.

322- الفرع الرابع: أساس المساءلة عن النتائج المتجاوزة القصد في إيطاليا

يتجه الرأي في إيطاليا كذلك بخصوص هذه المسألة ثلاث اتجاهات. فتذهب الغالبية إلى أن من أتى فعلاً غير مشروع عليه أن يتحمل كافة نتائج، وتقوم النتيجة الأشد جسامة على مجرد توافر رابطة السببية التي لا يمكن أن تشبه بالمسؤولية العمدية ولا بالمسؤولية التقصيرية، بل يمكن تفسيرها على أنها من قبيل المسؤولية الموضوعية، أو الشاذة².

ويذهب البعض من الفقهاء إلى أن المسؤولية في هذه الحالة تتميز بأحكام خاصة، ويرون أن تكون المساءلة على كل من الجريمتين بكيفية وسط بين العمد وغير العمد³. ويذهب اتجاه ثالث إلى القول: بأن الجاني حينما تتجه إرادته إلى إحداث النتيجة الأقل جسامة، فهو حينها يتوقع النتيجة الأشد، وإن كان غير راغب فيها فإنه لم يكن راغباً عنها. والعلاقة بين الجاني وهذه النتيجة في مرتبة وسط بين العمد والخطأ. ويخلص إلى وجود علاقة سطحية بين الإرادة وهذه النتيجة، وهذه العلاقة كافية لجعلها أساساً لمساءلة الجاني عن الجرائم المتعدية القصد⁴.

323- الفرع الخامس: الأساس الصحيح في نظري لمساءلة الجاني عن النتائج المتجاوزة القصد

أرى - وبالله التوفيق - أن ما يمكن اعتباره أساساً لمساءلة الجاني عن النتائج التي تجاوزت قصده الأصلي: هي النية الأثمة المفترضة، باعتبار أنه لما بيت النية أصلاً أن يرتكب فعلاً جرمياً فإن نيته هاته يفترض أن تشمل كل ما ينتج عنها وعن فعله المبني عليها من نتائج. وقد تكون النتائج في حدود تصوره الأصلي وقد تتعداه، وإذا ما تعدته فإن نيته الأصلية يتعين أن يفترض انصرافها إلى ذلك الحد الذي نتج عن فعله. ويتعين أن يؤخذ على ذلك باعتباره تعمد لا باعتبار خطئه فيه. وبهذا أكون قد أنهيت بحث هذا الفصل الثاني من الباب الأول لأنتقل إلى الباب الثاني.

¹ أنظر الدكتور عبد الرحمن حسين علام، أثر الجهل أو الغلط في القانون على المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 366 و 367.

² أنظر الدكتور جلال ثروت، الجريمة المتعدية القصد، مرجع سابق، ص 340. ومن أنصار هذا الاتجاه انتوليسي وفروسالي.

³ يعاب على هذا الرأي مخالفته للمبادئ العامة لأن الجاني لا يمكن حسبها محاسبته على ما لم يتعمد أن يفعله على أساس التعمد، ولا على ما تعمد على ذلك الأساس.

⁴ هذا الرأي حديث لم يقل به القانون الجنائي من قبل والذي لم يقل من قبل بالعلاقة النفسية.

الباب الثاني أساس انتفاء المسؤولية عند الجهل بالإباحة أو الغلط فيها

الباب الثاني

أساس انتفاء المسؤولية عند الجهل بالإباحة أو الغلط فيها

324- تمهيد وتقسيم

رأيت أن أقدم بين يدي هذه المسألة التي عنونت بهذا الباب مسألة هي أصل لها، بمثابة التمهيد لطرح المسألة الأصلية، فقبل الحديث عن أساس انتفاء المسؤولية عند الجهل بالإباحة أو الغلط فيها أرى أن أطرح أولاً فكرة المسؤولية، فما المسؤولية المعنية؟ ثم ما أساسها عند الجهل بالإباحة أو الغلط فيها في الشريعة؟ ثم في النظم الوضعية؟ ولا يخفى أن المسؤولية المعنية في هذا البحث: هي كل من المسؤوليتين الجزائية والمدنية، لأنهما تنشآن معاً عن الجرم، والجزاء يختلف أحياناً في الشريعة الإسلامية عنه في القوانين الوضعية، لما للشريعة من طابع خاص. والعمل غير المشروع يمس أحياناً حق الله – سبحانه وتعالى- وهو ما يعرف بحق المجتمع، كما يمس أحياناً أخرى حق العبد أو الفرد. وكل حق تم التعدي عليه له جزاؤه، والأجزية كما قلنا قد تختلف بين الشريعة والقانون لأن من الأجزية في أحكام الشريعة ما لا مثيل له في القوانين. كما أن المسؤولية نظرت إليها الفرق الفكرية الإسلامية نظرة تختلف من فرقة فكرية عقدية إلى فرقة أخرى، كما اختلفت نظرة مفكري وفقهاء القانون الوضعي إليها. ولتوضيح كل هذا أتناول هذا الباب في ثلاثة فصول على النحو الآتي:

الفصل الأول: المسؤولية في حالة الجهل بالإباحة أو الغلط فيها.
الفصل الثاني: أساس انتفاء المسؤولية عند الجهل بالإباحة أو الغلط فيها في الشريعة الغراء.
الفصل الثالث: أساس انتفاء المسؤولية عند الجهل بالإباحة أو الغلط فيها في النظم القانونية الوضعية.

الفصل الأول

المسؤولية في حالة الجهل بالإباحة أو الغلط فيها

325- تمهيد وتقسيم

أتناول المسؤولية في هذا الفصل من حيث ماهيتها ومن حيث أساسها، إذ بتحديدتها يتحدد معنا فيما بعد انتفاؤها من عدمه، وهو المقصود من هذا الباب. أما من حيث ماهيتها فإنه يتعين دراسة ما مدى قيام المسؤولية عند الجهل بالإباحة أو الغلط فيها؟ وما الحقوق التي يترتب المساس بها قيام المسؤولية في الشريعة وفي القانون؟ وأية مسؤولية؟

ولحسن دراسة هذا الفصل يتعين تقسيمه إلى أربعة مباحث على النحو الآتي:
المبحث الأول: المسؤولية في حالة الجهل بالإباحة أو الغلط فيها في الشريعة الإسلامية.
المبحث الثاني: المسؤولية في حالة الجهل بالإباحة أو الغلط فيها في النظم القانونية الوضعية.
المبحث الثالث: أساس المسؤولية عند الجهل بالإباحة أو الغلط فيها في الشريعة الإسلامية.
المبحث الرابع: أساس المسؤولية عند الجهل بالإباحة أو الغلط فيها في النظم القانونية الوضعية.

المبحث الأول

المسؤولية في حالة الجهل بالإباحة أو الغلط فيها في الشريعة الإسلامية

326- تمهيد وتقسيم

لبحث المسؤولية الجزائية منها والمدنية في فقه الشريعة الغراء لابد من بحث أنواع الحقوق التي يترتب انتهاكها هذه المسؤولية، سواء أعند بحث المسؤولية الجزائية ، أو المدنية التقصيرية، ومنها خاصة الناجمة عن الجرم. فطبيعة المسؤولية في الشريعة الإسلامية الغراء تختلف أحيانا عنها في الفقه الوضعي وما يبنى عليه من القوانين، إذ من الأجزية ، أو الجزاءات عن انتهاك الحقوق ما لا تعرفه النظم الوضعية كال كفارة والدية، بمعنى الدية لا بمعنى التعويض، أو الإرش، ولا تعرف النظم الوضعية القصاص خاصة، ومن المعلوم أن هذه الأجزية في الشريعة الغراء في أحيان كثيرة يستعاض ببعضها عن البعض، وهي أجزية الكثير منها لا تعرفه النظم الوضعية.

ولذا سأتناول هذا المبحث بالبحث في مطلبين:
المطلب الأول: الحقوق التي تترتب المسؤولية عن المساس بها.
المطلب الثاني: مصير مسؤوليات المكلف عند الجهل بالإباحة أو الغلط فيها.

سأتناول بالبحث هذين المطلبين مستعينا في الولوج إلى فقه الشريعة الغراء العظيم عظمة الحضارة التي أفرزته والتي دامت مزدهرة قرابة العشرة من القرون، سأستعين بمن سبقني من الباحثين، ومنهم الأعلام العباقرة، من أمثال: الإمام أبوزهرة، والشيخ عودة، والعلامة السنهوري، والفقهاء: بهنسي، والحصري، والجبوري، وعبدالفتاب، وقاسم، والزحيلي، والحفيف علي وكثير، لكنهم على كثرتهم لا يساوي عملهم مجتمعا الكثير بالنسبة لبحر الفقه الإسلامي، وأرجو أن يكون بحثي هذا باب آخر لتسهيل الولوج إلى عالم الفقه الإسلامي الفسيح.

المطلب الأول

الحقوق التي تترتب المسؤولية على المساس بها.

327- تمهيد وتقسيم

لحسن بحث هذا المطلب يتعين تفريعه إلى فرعين أساسيين على النحو الآتي:

الفرع الأول: الحقوق

الفرع الثاني: أجزية الاعتداء على الحقوق.

فبعد أن أعرف الحقوق أولا وأحددها وأبين كيف يقع المساس بها بجرم بعد ذلك، وهنا يتعين علي ذكر أنواع الجرائم الماسة بهذه الحقوق وتحديد الأجزية عنها (من عقاب أو قصاص، خاصة، ودية أو أرش أي تعويض) وذلك لاختلاف العقوبات والأروش والديات من حال إلى حال في حكم الشريعة الغراء.

328- الفرع الأول: الحقوق Les droits

وكلمة الحق التي تجمع على حقوق لها مدلول في كتب اللغة وعند الفقهاء، نكتفي منها بما قالوا: حق له فعل كذا، وهو حقيق به¹. والحق : النصيب الواجب، فهي ما يجب إما لله وإما للعباد، وإما لهما معا، والحقوق كما بينا ثلاثة أنواع. ومن المعلوم أنه في فقه الشريعة الغراء لا توجد قاعدة عامة في فقهها تجعل العمل غير المشروع مصدرا للالتزام بوجه عام، ولكن في هذا الفقه من القواعد التطبيقية، ما يغني عن هذه القاعدة، التي يمكن تنظيرها، إذا وجدت من الباحثين من أولاهها عنايته بالبحث.

¹ أنظر المعجم الوسيط، مرجع سابق، ص 187 و188.

وانظر مختار الصحاح، مرجع سابق، ص 62.

وانظر معجم لغة الفقهاء، مرجع سابق، ص 182.

كلمة حق من الجذر ح ق ق، حق الأمر حق، وحقه، وحقوقا: صح وصدق، وفي التنزيل العزيز: {لينذر من كان حيا ويحق القول على الكافرين}، ويقال: يحق عليك أن تفعل كذا، يجب ويحق لك أن تفعل كذا: يسوغ، وهو حقيق بكذا: جدير، وحقيق علي ذلك: واجب. وأنا حقيق على كذا: حريص. والصغير من الإبل- جقاً وجقاً: دخل في السنة الرابعة. والأمر جقاً: تيقنه. وصدقته. يقال: حَقَّقْتُ حرز فلان، وحقَّقْتُ ظنه: فعلت ما كان يحرزه أو يظنه وحق فلانا: عليه في الخصومة، وضربه في حاق رأسه أو حَقَّ كتفه وحق العقدة: أحكم شدها. وحق الطريق: توسطه. حَقُّ له أن يفعل كذا: حق وفي التنزيل العزيز: {وأذنت لربها وحققت} أحق فلان: قال حقا، وحق ادعائه فثبت له. احتق الرجلان: تخاصما وادعى كل منهما الحق لنفسه، وتحاقا. استحق الأمر: استوجبه. الحاق وسط كل شيء، مؤنثه الحاقه وهي النازلة والداهية، وتطلق على يوم القيامة. والحق اسم من أسمائه سبحانه وتعالى. والثابت بلا شك، وفي التنزيل العزيز {إنه لحق مثل ما أنكم تنطقون}. والنصيب الواحد للفرد والجماعة. الحق: وعاء وغطاء من عاج ونحوه. الحقاني: المنسوب إلى الحق، والحقيق بالأمر: الجدير به. وغيرها من المعاني والاشتقاقات.

لكن عن طريق هذه القواعد يمكننا تقسيم الحقوق إلى نوعين رئيسيين، هما حقوق الله، وحقوق العباد، وينتج من اجتماعهما حق مشترك. ويتضح الأمر بهذا التفصيل بين هذه الحقوق.

329- أولا- حق الله سبحانه وتعالى: وهو ما يتحقق به النفع من غير اختصاص بأحد، فينسب إلى الله سبحانه وتعالى لعلو مقام الحق وشمول نفعه.

وحصر التفتراني¹ الحقوق التي تضاف إلى الله سبحانه وتعالى في ثمانية هي: عبادات خالصة كالإيمان والصلاة، وعقوبات خالصة كالحدود، وعقوبات قاصرة كالحرمان من الميراث، وحقوق دائرة بين الأمرين كال كفارات، وعبادات فيها معنى المؤونة كصدقة الفطر والزكاة، ومؤونة فيها معنى العبادة كالعشر، ومؤونة فيها شبه العقوبة كالخراج²، وحق خاص قائم بنفسه كخمس الغنائم، وخمس الركاز³.

ومن تعداد هذه الحقوق يتضح اتساع منطقة حقوق الله سبحانه وتعالى، وهي موجودة في الديانة المحضة، وفي القانون عامه، وخاصه.

330- ثانيا- حقوق العباد: وحق العبد ما تعلقت به مصلحة خاصة لمستحقه، كالدية، والأرث (الضمان) أو التعويض. ويتلخص حق العبد في منطقة القانون الخاص على اعتبار أن الدية تعويض لا عقوبة، وحتى عند القائلين بأن لها وجه العقوبة يبقى مستحقها هو ولي الدم، والمجروح، فهي من منطقة القانون الخاص (المدني).

331- ثالثا- مجتمع فيه الحقان: وهو يلحق بحق الله إذا كان هو الغالب، وبحق العبد إن كان هو الغالب، ومثال الأول: حد القذف، ومثال الثاني: القصاص.

332- الفرع الثاني: أجزية الاعتداء على هذه الحقوق⁴ تختلف الأجزية من حق إلى حق، وفي الحق الواحد. وبصفة عامة يمكن الحديث عنها في ضوء أجزية التعدي على ما هو حق لله سبحانه وتعالى، وأجزية التعدي على ما هو حق للعبد في النقطتين الآتيتين:

¹ أنظر التفتراني سعد الدين بن مسعود بن عمر الشافعي المتوفى سنة 792 هـ أو 1791، التلويح في كشف حقائق التنقيح، مكتب صنايع اسطنبول، طبعة سنة 1310 هـ، ص 705 و 713.

² الخراج: جمعه أخرجة وأخراج، ما تأخذه الدولة من ضرائب على الأرض المفتوحة عنوة، أو صلحا (معجم لغة الفقهاء)، مرجع سابق، ص 194.

³ الركاز: ما ركز في باطن الأرض من معدن أو كنز، عن الدكتور مذكور: نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء، مرجع سابق، ص 178.

⁴ يرجع في تقسيم الجرائم وأجزيتها إلى الشيخ أبو زهرة: الجريمة، مرجع سابق، ص 49 وما بعدها، ويرجع إليه في العقوبة، مرجع سابق، ص 24 وما بعدها.

وإلى الدكتور بهنسي أحمد فتحي، المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي، دار الشروق، طبعة 3 لسنة 1404 هـ 1984 م، ص 83 وما بعدها، وانظره في: الجرائم في الفقه الإسلامي، دار الشروق، طبعة 5 لسنة 1983 م، ص 16 وما بعدها. وانظر الدكتور عوض محمد، دراسات في الفقه الجنائي الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، بدون سنة نشر، ص 41 وما بعدها.

وانظر الدكتور منصور محمد منصور، الشبهات وأثرها في العقوبة الجنائية في الفقه الإسلامي، مطبعة الأمانة، مصر، ط 1 لسنة 1406 هـ - 1986 م، ص 23 وما بعدها.

وانظر الشيخ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي، مرجع سابق، ص 66 وما بعدها. وانظر الدكتور هلال عبد الإله أحمد، أصول التشريع الجنائي الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة سنة 1995، ص 21 وما بعدها.

وانظر الدكتور عبد الخالق النواوي، التشريع الجنائي في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، بيروت، ط 2 لسنة 1974، ص 21 وما بعدها.

333- أولا-أجزية التعدي على حقوق الله سبحانه وتعالى:الجزاء في التعدي على حق من حقوق الله سبحانه وتعالى، يكون بعقوبة عامة، وهي إما حد، وإما تعزير، وإما كفارة، أو الحرمان من الميراث.

1-الحد: هو عقوبة مقررة قدرها الشارع الحكيم، والحدود المقدره ستة، هي: قطع اليد في السرقة، إذا توافرت الشروط، والرجم للزاني المحصن، والجلد مائة جلدة لغير المحصن، والجلد ثمانين جلدة لشارب الخمر، سكر أم لم يسكر، والجلد ثمانين على القذف. ويضاف إليه قطع يد ورجل قاطع الطريق من خلاف إذا نهب المال ولم يقتل، وقتله إن قتل مع صلبه، ونفيه إن نشر الرعب في الناس دون قتل ولا سرقة ولا نهب.

2-التعزير عقابا على حق من حقوق الله سبحانه وتعالى عما لم يحدد له عقوبة محددة، ويبدأ التعزير من حيث خفته وشدته من التوبيخ إلى القتل تعزيرا وما بينهما من حبس وتخريب وضرب وهجر. وتقديره متروك للحاكم، وكذلك تقدير الجرم الذي يستوجبه، وتعين حاليا تحديد الجرائم الموجبة للتعزير، وتحديد العقوبات عنها في إطار حماية الحريات العامة.

3-الكفارة:وهي واجبة في مثل القتل الخطأ، وتجب في بعض العبادات الخالصة كانتهاك حرمة شهر الصيام والحنث في الأيمان المعقودة، والظهار¹.

4-الحرمان من الميراث: وهو عقوبة شبه تبعية يعاقب بها الوارث إذا قتل مورثه زيادة على ما يعاقب به من عقوبة أصلية.

334- ثانيا-أجزية التعدي على حقوق العبد

تختلف كذلك الأجزية التي تترتب على العدوان على حق عبد من العباد أو مجموع منهم، من عقوبة خاصة، إلى ضمان، أي تعويض، وجبر الضرر ماليا، أو عينا. وجزاء يدور بين النوعين(العقوبة والضمان) وسأتناول هذه الأنواع من الأجزية أو الجزاءات في النقاط الآتية:

1-التعزير في حق العبد:وهو كالتعزير في حق الله لا يختلف في شيء عدا الحق المعتدى عليه.

2-القصاص:ويجب فيما تكون فيه المماثلة بين المحليين، وهو معروف في الشرائع القديمة أيضا، وفي الشريعة الإسلامية جاء في القرآن حكاية على هذه الأمم وتشريعا للمسلمين، قوله سبحانه وتعالى:«وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص...»² وهو في القتل العمد، وفي الجناية عمدا على مادون النفس كما هو واضح من الآية الكريمة.

3-الجزاء الذي يدور بين العقوبة والضمان: وهو ثلاثة أنواع:
-النوع الأول: الدية³، وكانت مقدرة بمائة من الإبل أو بألف دينار ذهب أو عشرة آلاف من دراهم الفضة، وهي في القتل الخطأ على عاقلة القاتل، وفي العمد وشبه العمد عند من

=ويرجع في تفصيل الحقوق عامة إلى كتب الفقه التقليدي في مختلف أبوابها من العقائد إلى الجنايات والحدود والتعازير والديات، فهذه الحقوق متفرقة في كل مواضع الفقه الإسلامي، ما يعود منها لله، وما يعود للعباد، وما هو مشترك في المعاملات والجنايات وبعض العبادات.

¹الظهار: هو أن يقول الرجل لزوجته، هي عليه كظهر أمه، أو ظهر الدابة، أو ظهر والده.

²الآية 45-47 عند ورش من سورة المائدة (5).

³أنظر الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، مرجع سابق، ص 233 و234 و271 و272.

يقول به من الأئمة وهم الثلاثة لا مالك رضي الله عنهم جميعاً، على القاتل. وكذا لا تعقل العاقلة الصلح أي لا تتحمل الصلح في الدم، والعاقلة مختلف في تحديدها، من قائل هي قبيلة الرجل الذكور القادرين على الحرب إلى قائل هم خاصته وديوانه. كذلك تكون الدية على الجناية على ما دون النفس، وكل عضو محددة له دية في الأعضاء المزدوجة من الجسم عند إصابتها خطأ، أو قبول المضرور الدية، وإلا فالقصاص.

-النوع الثاني: الأرش، وهو بنسبة ما أصيب من الأعضاء المتعددين كالأصابع والأسنان عند إصابتها على سبيل الخطأ كذلك، وهي محددة كذلك بالسنة، من نصف الدية في اليد إلى نصف عشرها في السن.

-النوع الثالث: حكومة العدل: وتكون في الجناية على ما لا تمكن فيه المماثلة سواء كانت الجناية عمداً أو خطأ، ويمكن أن يرجع تقدير ذلك إلى القضاء يحدده عن طريق ذوي الاختصاص من الأطباء، وهذا هو معنى الحكومة، أي يحكم في الأرش أي التعويض عن الجرح. وأكثر الجراح والشجاج وضروب الأذى التي تلحق الجسم تعوض على هذا الأساس.

335- ثالثاً- الضمان: وهو ما يعرف في الفقه الوضعي بالتعويض المدني، وهو في الفقه الإسلامي نوعان، ضمان العقد (المسؤولية العقدية) وضمن الفعل (المسؤولية التقصيرية) وهذا هو النوع الذي يعيننا في بحثنا هذا.

-وضمن الفعل لا يكون إلا في الجرائم التي تقع على المال، وليس لهذا الضمان قاعدة عامة كما هو الحال في الفقه الإسلامي، ولكن التطبيقات الموجودة فيه تغني عن هذه القاعدة ولمن شاء أن ينظر لها ويقعد فلا مانع، وقد نظر لها فعلاً بعض المحدثين من أمثال الدكتور الزحيلي، والأستاذ علي الحفيف.

ومن الأحوال التي نص الفقهاء على أن فيها الضمان نذكر خمسة هي:

336- الحالة الأولى: الإلتاف ويكون بالمباشرة، أو بالتسبب، فدفع سيارة الغير على منحدر لتتكسر، وتقتل حيواناً بأسفل المنحدر، يكون فيه كسر السيارة بالمباشرة، وقتل الحيوان بالتسبب، والقاعدة أن المباشر ضامن¹، مهما كان حاله ودرجة تكليفه بأحكام الشرع، ولو غير مكلف. والمتسبب ضمن إذا تعدى أصلاً، أما إذا كان عمله الأصلي لا تعدي فيه فلا ضمان عليه²، وكل أمر لا يصح لا يجب الضمان على الأمر³. والضمان يكون بالمثل أو القيمة.

= وانظر الدكتور عوض أحمد إدريس، الدية بين العقوبة والتعويض في الفقه الإسلامي المقارن، دار مكتبة الهلال، بيروت، بدون سنة نشر، كامل الكتاب.

وانظر الدكتور أحمد فتحي بهنسي، الدية، دار الشروق، طبعة 5 لسنة 1403هـ 1983م، كامل الكتاب.
وانظر الكتب التي اتخذها المؤلفين كمصادر في الفقه الإسلامي، وكل المطولات في الفقه الإسلامي التي تعرضت لأحكام الدماء.

¹ أنظر البغدادي الصيرفي أبو بكر محمد بن عبد الله الفقيه الشافعي، المتوفى سنة 330هـ، مجمع الضمانات، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر، ص 149.

² أنظر الدكتور وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، دراسة مقارنة، دار الفكر، بدون سنة نشر، ص 198 و199.

³ أنظر الأستاذ علي الحفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، معهد البحوث والدراسات العربية، بدون سنة نشر، ص 74 و75.

337- الحالة الثانية: الغصب وهو أخذ مال متقوم محترم بلا إذن من له الإذن، على وجه يزيل يده بفعل في العين، وهذه القيود الستة كل قيد يخرج شيئاً من حكم الغصب. والقول أنه مال يخرج الخمر والميتة لأنهما ليسا بمال. والقول أنه متقوم يخرج الخمر المملوك لمسلم لأنه غير متقوم. والقول أنه محترم يخرج مال الحربي لأنه غير محترم. والقول بلا إذن من له الإذن يخرج عن الوديعة وما في حكمها من تسليم المال بطرق مشروعة، وبإذن صاحبه.

والقول على وجه يزيل يده فالغصب بإزالة اليد المحقة باليد المبطل¹. والقول بفعل في العين: إزالة اليد المحقة بالمبطل بفعل في العين. وهذان الشرطان الأخيران يشترطهما البعض من الفقهاء ولا يشترطهما البعض.

338- الحالة الثالثة: التغرير: ويكون فيه الضمان في مسائل ثلاثة: المسألة الأولى- إذا كان الغرور بشرط، كأن يزوج له المرأة على أنها حرة ثم تظهر أمة، فإن المجرر ضامن لما دفع المغرر به للمستحق.

المسألة الثانية- أن يكون في ضمن عقد معاوضة، فيرجع المشتري على البائع بقيمة الولد، إذا استحققت بعد الاستيلاد، ويرجع بقيمة البناء لو بنى المشتري ثم استحققت الأرض.

المسألة الثالثة- أن يكون في عقد يستحق نفعه الدافع كالوديعة والإجارة حتى هلكت العين ثم استحققت بعد الهلاك، وضمن المستأجر والمودع فإنهما يرجعان على الدافع المغرر بما ضمناه. وهكذا يضمن من كان في معناهما. ولا يضمن المستعير والموهوب له لأن القبض كان لنفس المستعير والموهوب له².

339- الحالة الرابعة: حالة الإكراه: فالإكراه المادي حكمه أن يضاف الحكم إلى المكره بكسر الراء لا إلى المكره بفتحها، لأن الأول هو الفاعل الحقيقي، وإن أكرهه على فعل القتل فعليه الدية والكفارة، كأن يحمله على دحرجة صخر فيصيب إنساناً يريد به قتيلاً.

340- الحالة الخامسة: في بعض الجنايات كالسرقة فإن لها حكمان: الحد بقطع اليد، وضمان المال، فالإمام الشافعي رضي الله عنه يجمع بين الجزاءين، وكذا لقطع الطريق الحكمان: الحد، والرد، فالرد إذا كان المال موجوداً بعينه، وإلا فقيمته³.

المطلب الثاني

مصير مسؤوليات المكلفين عند الجهل بالإباحة أو الغلط فيها

341- تمهيد وتقسيم

لبحث هذا المطلب أرى تفريعه إلى فرعين ابحت فيهما مصير المسؤولية أو تكليف المكلف عند الجهل بالإباحة، ومصير المسؤولية عند الغلط فيها، والأحكام المختلفة في كل ذلك على النحو الآتي: الفرع الأول: مصير تكليف المكلف عند الجهل بالإباحة. الفرع الثاني: مصير تكليف المكلف عند الغلط في الإباحة.

¹ أنظر الأستاذ علي الحنيف، الضمان في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 88.

² أنظر البغدادي، مجمع الضمانات، مرجع سابق، ص 454.

³ أنظر التفتزاني، التلويح، مرجع سابق، ص 791 و 798.

342- الفرع الأول : مصير تكليف المكلف عند الجهل بالإباحة

يختلف الأمر بين أن يكون جهله جهل مكابرة وعناد، وأن يكون جهله لدقة الموقف، واحتياجه إلى علماء لمعرفة. وعلى أي حال، فالجهل الذي يعتد به في نفي التبعة عن المكلف أو تخفيفها هو أن لا يكون الجهل بمكابرة وعناد من المكلف. وهو مؤثر في مسؤولية المكلف بدرجتين:

343- أولا- ما عده أبو حنيفة عذرا مخففا للمسؤولية: هذا فيما لم يثبت بالكتاب أو السنة، وهو محل نظر واجتهاد، كتأول الباغي أن الإمام أي الحاكم يجب خلع طاعته لخروجه عن الشرع. وفي قول أبي حنيفة رضي الله عنه أنه لا حد عليه، ولا ضمان، لأنه غير داخل في ولاية الإمام حين البغي والعقوبة والضمان بالولاية، غير أن التعزير ممكن على عدم الطاعة.

فهذا سقوط لكل مسؤولية في نظر أبي حنيفة رضي الله عنه. إلا المسؤولية أمام الله سبحانه وتعالى، من كفارة على من قتل، وتوبة، وحسابه في الآخرة على الله سبحانه وتعالى. أو ما قد يرى لهم الإمام من تعزيز على عدم الطاعة.

وخالف جمهور الفقهاء أبا حنيفة رضي الله عنهم أجمعين، فأسسوا حكمهم على أن الباغي لا يزال مسلما، ولهذا رأوا أن يتحمل كل التكالييف التي على المسلمين، ويتحمل كامل المسؤولية من قصاص وعقوبة وضمان ما أتلّف، وأسسوا كذلك حكمهم هذا على أن البغي في ذاته معصية من كبريات المعاصي، فكيف يسقط الحقوق بل المنطق أن يشددوا ويضاعفوها¹.

344- ثانيا- ما عد جهلا مانعا لكل مسؤولية ومسقطا لها: وهو جهل من لم يبلغ بالحكم الشرعي فلا تكليف عليه، فإذا لم تبلغه رسالة الإسلام في جها لحدائته عهده بالإسلام لا يحاسب على ما فيها من تكالييف، وإذا كانت المسألة التكاليفية من الجزئيات التي يجتهد الإمام في وضعها كسائر التنظيمات، فإن عليه إعلام الناس بها بطريقة لا يعتذر معها أحد بجهلها، كما هو الحال في القوانين تنشر في صحف خاصة لتعلم، كما يعلن عنها في مختلف وسائل الإعلام، والصحيفة الخاصة عندنا في الجزائر هي الجريدة الرسمية. وقد ثبت بشأن عدم العلم لعدم النشر، أنه يسقط التكليف أن سيدنا عمر رضي الله عنه ضرب بالدره رجلا طاف مع النساء، وكان قد خصهن بوقت للطواف من غير اختلاطن مع الرجال، لما كان الحرم يتسع لذلك، فلامه الرجل أنه لم يعلم عزمته أي التنظيم الذي عزم عليه، فاعتذر له سيدنا عمر رضي الله عنه لإحساسه أنه لم يعلم عزمته بما فيه الكفاية.

وهذه المسألة للمعتزلة فيها قول يذهب إلى مسؤولية المكلف إذا فعل قبيحا ولو لم يعلم بحكم الشارع، وأهل السنة والجماعة والأشاعرة يقولون بأن لا تكليف إلا بحكم الشارع سبحانه وتعالى، لأن الحسن ما حسن والقبح ما قبح.

ويشترط لسقوط الحد والعقوبة بالجهل شروط:

- 1- أن كان سبيل العلم يتعذر على المكلف.
- 2- أن كان قريب العهد بالإسلام، أو بعيد العهد لكنه لم يلق من يعلمه لبعده عن ديار الإسلام وعلمائهم.

¹ أنظر الشيخ محمد أبو زهرة، الجريمة، مرجع سابق، طبعة دار الفكر العربي، ص 471.

3- الجهل بجزئية اجتهدية يسقط التكليف بها. وأرى هنا أيضا أن كل مسؤولية جزائية سقطت لا يسقط معها حق الضرر منها في التعويض، إلا من لحقه ضرر من الدفاع الشرعي القائم الشروط والأركان، وأن تجاوز الدفاع فيه نظر فإن ظهر أنه بسوء نية يعاقب المتجاوز ويعوض، مع تقدير ظروفه وإن كان بحسن نية، ولا يمكن من تجاوز في ظروفه إلا فعل ذلك لا يحمل أية مسؤولية. كذا إذا رضي المجني عليه سقط الضمان عن الجاني عليه. -وأرى أن أبا حنيفة في مخالفته للجمهور بشأن الباغي أنه أثابه حيث يجب أن يعاقب، ورأيي لذلك مع الجمهور. ولو ذهب أبو حنيفة إلى القول بتحمل الإمام عنه التعويضات أي الضمان إذا سلم نفسه من قبل القدرة عليه لكان هذا معقولا إلى حد ما.¹ ومما شيا مع قول الله سبحانه وتعالى: «إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم»². فإذا كان إعفاؤهم من العقاب هنا تشجيعا للخارج على العودة، فإنه ليس هناك ما يمنع الحاكم من تحمل ضمان ما أتلّفوا حال بغيهم إن رجعوا قبل القدرة عليهم.

345- الفرع الثاني: مصير تكليف المكلف عند الغلط في الإباحة

من الغلط ما يسقط العقوبة ومنه ما لا يسقطها. 346- أولا- الغلط المسقط للعقوبة، يرى الجمهور غير الحنفية، أن الغلط إذا كان ثابتا أنه غلط لظروف أحيطت بالغالط تجعله يغلط كمن هيئت له امرأة ووضع مكان زوجته فوطئها، فإنه لا حد عليه³. ولا يسقط عنه الضمان بصدّق المثل لأنه نكاح شبهة، وإن كان هنا الصداق على من أوقعه في الغلط والذي عليه التعزير أيضا. أما لو غلط من تلقاء نفسه لالتباس حقيقي لديه، فإنه لا حد عليه ولكن عليه صداق مثله. -خالف الأحناف فقالوا أن عليه الحد إلا إذا كان أعمى ولا يعرف نعمة كلامها لحدّاه عهده بها⁴. وأسقط العقوبة عن الغلط في الزواج بمحرم لجهل محرميتها، وطبيعي أن لها الضمان بصدّق المثل. وعلى من أخذ مالا يعتقد أنه له، ثم تبين أنه مملوك لغيره، فهذا أيضا لا عقوبة عليه، وإنما يضمن المال برده أو قيمته إن فانت عينه. 347- ثانيا- الغلط الذي لا يسقط العقوبة، وبالتالي لا يسقط الضمان ولا شيئا منه. وهو كل غلط ينصب على عنصر خارج نطاق ما يكون الجريمة من العناصر كالغلط في الشخص أو في الشخصية، فهذا الغلط يؤخذ ويعاقب على فعله، ويتحمل ضمان وتعويض ما نتج عنه، ويتحمل إثم ما عمل.

¹ أنظر الشيخ محمد أبو زهرة، الجريمة، مرجع سابق، ص 461 وما بعدها

وانظره في: العقوبة، مرجع سابق، ص 209 وما بعدها.

² الآية 34-36 عند ورش من سورة المائدة (5).

³ أنظر ابن حزم، المحلى، ج13، مرجع سابق، ص 216 و217.

وانظر الشيخ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، مرجع سابق، ص 433.

⁴ أنظر ابن قدامة، المغني، ج8، مرجع سابق، ص 184.

وانظر الخطيب، مغني المحتاج، ج4، مرجع سابق، ص 145

348- وما قلته عند إنهاء بحثي للفرع السابق المتعلق بمسألة مصير المسؤولية عند الجهل بالإباحة والغلط فيها أكدته هنا، أن الغلط لا يسقط الضمان إلا في حالة الدفاع الشرعي، ويمكن القياس عليه وباعتبار حالة الرجل المعتاد، كما يمكن أن يسقط الضمان إذا استغرق غلط المضرور غلط الضار، كأن يخبر المريض الطبيب أنه شرب سما من السموم فيعطيه دواء مضادا له، وهو لم يشرب السم فيتسبب الدواء في قتله، فإن كان سلوك هذه المهنة يجعل الطبيب لا يتصرف إلا كما تصرف، سقط عليه كل من العقوبة والضمان، أما لو كان يجب عليه مهنية تحليل معين في إمكانه القيام به دون فوات الأمر أي دون خطورة على المريض وتهاون، فهنا يحاسب على مقتضى الجرم الخطأ ويضمن على أساس الخطأ لا على أساس العمد، ولا يعفى من فعله الضار. وهذا هو الاتجاه في الفقه الإسلامي ولا يخرج عن هذا الفقه الوضعي في نظري. وهنا أنهي هذا المطلب للانتقال للذي يليه.

المبحث الثاني

المسؤولية في حالة الجهل بالإباحة أو الغلط فيها في النظم القانونية الوضعية

349- تمهيد وتقسيم
طبيعة بحث هذا المبحث في النظم القانونية الوضعية تطرح أمرين، الأمر الأول هو المسؤولية في حد ذاتها، أية مسؤولية هي، أم هي المسؤولية القانونية؟ أم المسؤولية الأخلاقية؟ أم المدنية؟ أم الجزائية؟ أم التقصيرية؟ والأمر الثاني: مصير هذه المسؤولية عند الجهل بالإباحة، أو الغلط فيها. ويتعين لذلك تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو الآتي:
المطلب الأول: المسؤولية المعنية
المطلب الثاني: مصير المسؤولية عند الجهل بالإباحة أو الغلط فيها.

المطلب الأول

المسؤولية المعنية

350- تمهيد وتقسيم
هذا المطلب يتعين تفريعه إلى خمسة فروع على النحو الآتي:
الفرع الأول: أحدد فيه أنواع المسؤولية.
الفرع الثاني: تعريف المسؤوليتين الجزائية والمدنية.
الفرع الثالث: أحدد فيه الفرق بين المسؤوليتين الجزائية والمدنية.
الفرع الرابع: الآثار التي تترتب على اجتماع المسؤوليتين.
الفرع الخامس: التمييز بين المسؤوليتين الجزائية والمدنية وغيرهما من المسؤوليات.

351- الفرع الأول: أنواع المسؤولية
المسؤولية تنتوع تقليديا إلى أنواع منها:
المسؤولية الأدبية Responsabilité morale

والمسؤولية القانونية Responsabilité légale ou juridique

والمسؤولية الجنائية أو الجزائية Responsabilité pénale

والمسؤولية المدنية Responsabilité civile

أو المسؤولية التقصيرية Responsabilité délictuelle

والمسؤولية العقدية Responsabilité contractuelle

ويهما من هذه المسؤوليات المسؤوليتان الجزائية أو الجنائية، والمدنية التقصيرية من جملة المسؤولية القانونية، أما المسؤولية الأدبية، أو الأخلاقية فلا مجال لهما في النظم القانونية الوضعية، وأمرها موكول لضمائر الناس، على خلاف ما عليه الوضع في الشريعة الإسلامية من رجاء الثواب الأخروي وخشية العقاب كرادع قانوني فيها.

352- الفرع الثاني: تعريف المسؤوليتين الجزائية والمدنية: وأبدأ بتعريفهما لغة تعريفا مقتضبا بقدر ما يلزم لتحديد معناهما دون الإغراق في تفاصيل اشتقاقات واستعمالات الجذر (سأل).

353- أولا- عرفها المعجم الوسيط: «المسؤولية، بوجه عام، حال أو صفة من يسأل عن أمر تقع عليه تبعته، يقال أنا بريء من مسؤولية هذا العمل، وتطلق أخلاقيا على التزام الشخص بما يصدر عنه قولاً أو عملاً. وتطلق قانوناً على: الالتزام بإصلاح الخطأ الواقع من الغير طبقاً للقانون».

354- ثانياً- أما التعريف الاصطلاحي للمسؤولية الجزائية فقد عرفها الكثير من الشراح، نأخذ بعضها منها على سبيل المثال، وبالقدر الذي يلزمنا في هذا البحث، فقد عرفها الدكتور مصطفى العوجي في كتابه «المسؤولية الجنائية»¹ عدة تعريفات منها أنها: «التزام شخص باحترام ما فرضه عليه القانون، من موجبات وسلوك تحت طائلة تحمل عواقب الإخلال بهذا الالتزام» وبقوله: «التزام شخص بتحمل نتائج فعل أتاها بنفسه أو بواسطة أكان مفروضاً عليه أم عاملاً باسمه». والتعريف الأخير يعبر على المسؤولية المدنية أكثر منه على المسؤولية الجزائية.

وعرفها الدكتور عاطف النقيب² بقوله: «المسؤولية الجزائية تستهدف حماية المجتمع، بالاقتصاص ممن أخل بأمنه واستقراره كلما كان الإخلال مؤلفاً جرماً جزائياً عرفه

¹ أنظر الدكتور مصطفى العوجي، المسؤولية الجزائية في المؤسسة الاقتصادية، مؤسسة نوفل، بيروت، بدون سنة نشر، ص 23 و 24.

² أنظر الدكتور عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، مرجع سابق، ص 21. الاستعمال اللغوي لمشتقات جذر سأل: سألته عن كذا، وبكذا سؤالاً وتسألأ، ومسألته: استخبرته عنه، وفي التنزيل العزيز: (يا أيها الذين آمنوا لا تسألوا عن أشياء إن تبد لكم تسؤكم)، وفيه أيضاً: (فاسأل به خبيراً)، والمحتاج يسأل الناس: طلب منهم الصدقة، وسأل فلاناً الشيء: استقصاه إياه، ويقال: سألت زيدا درهماً، وفي التنزيل العزيز: (لا نسألك رزقاً نحن نرزقك)، أسأله سؤاله ومسألته: قضى له حاجته، سألته: سأله، تسألوا: سأل بعضهم بعضاً، السائل: الفقير، وفي التنزيل العزيز (وأما السائل فلا تنهر)، السأل: الكثير السؤال، والسؤال طلب الصدقة، وفي الحديث نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن كثرة السؤال، والسؤال: ما يطلب من طالب العلم الإجابة عنه في الامتحان جمع أسئلة، السؤال والسؤال: ما سألته، السؤلة: السؤال. السؤلة: كثير لسؤال، السؤول: السأل، المسألة: مصدر وتستعار للمفعول، يقال: تعلمت مسألة وفي الاصطلاح العلمي: القضية التي يبرهن عليها جمع مسائل، المسؤول من رجال الدولة: المنوط به عما تقع عليه تبعته (محدثه).

المسؤولية بوجه عام: حال أو صفة من يسأل عن أمر تقع عليه تبعته، يقال: أنا بريء من مسؤولية هذا العمل وتطلق أخلاقياً على: التزام الشخص بما يصدر عنه قولاً أو عملاً، وتطلق قانوناً على الالتزام بإصلاح الخطأ الواقع على الغير طبقاً لقانون، عن المعجم الوسيط، ج 1، مرجع سابق، ص 411.

355- ثالثاً- أما التعريف الاصطلاحي للمسؤولية المدنية، فقد عرفها الدكتور عاطف النقيب¹ بكيفية الوصف كما فعل مع المسؤولية الجزائية أو الجنائية فقال واصفا لها: «المسؤولية المدنية ترمي إلى توفير التعويض على من تضرر من فعل أتاه الشخص المسؤول عن إخلال بموجب يقع عليه». وأول ما ألاحظ على هذا التعريف الوصفي – كما قلت- استعماله لكلمة «على» أرى أن الصحيح الصياغة التالية «التعويض لمن تضرر»، كما أنه يحكم أنه يشرح القانون المدني اللبناني، وإنه يعبر بكلمة الموجب بدلا من الالتزام المتداولة أكثر.

356- الفرع الثالث: الفرق بين المسئوليتين الجزائية والمدنية: بين المسئوليتين فرقان أساسيان يميزانهما عن بعضهما، وعدة فروق ثانوية، أحدد الفرقين الأساسيين كل في نقطة، والفرق الثانوية في نقطة ثالثة.

فلهذا واحتراما للحريات الفردية في المجتمع لابد من مراعاة قاعدة «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص».

وعن مختار الصحاح، مرجع سابق، ص 119 السؤال: ما يسأله الإنسان وقرئ (...أوتيت سؤلك ياموسى) بالهمزة وبغيره وسأله الشيء وسأله عن الشيء سؤالاً ومسألة، وقوله تعالى: (سأل سائل بعذاب واقع) أي عن عذاب واقع، قال=الأخفش: يقال خرجنا نسأل عن فلان، وبفلان، وقد تخفف همزته فيقال، سأل يسأل، والأمر منه سل، ومن الأول:

¹ أنظر الدكتور عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، مرجع سابق، ص 21.

163

لما أصابه من ضرر، ويغلب أن يكون التعويض بمبلغ مالي عن طريق دعوى مدنية أساسها الإخلال بما كفله القانون للمضروب من حق¹. والدعويان يمكن أن يقوموا معا على فعل واحد، لكن مع تمايزهما في عدة نقاط عن بعضهما.

359- ثالثا-الفروق الأخرى بين الدعويين: زيادة على الفرقين الأساسيين السابقين هناك فروق أخرى دونها أهمية وهي:

- 1-الدعوى العمومية تحركها النيابة باسم المجتمع، أما المدنية فيحركها المضروب أصلا، ويجوز للمضروب تحريك الدعوى العمومية في حدود ما يسمح به القانون².
- 2- الجزاء في الدعوى العمومية للمجتمع، أما في الدعوى المدنية للمضروب.
- 3- الدعوى العمومية لا يجوز الصلح فيها في حين الدعوى المدنية الأصل فيها الصلح³. غير أن بعض القوانين العقابية تجيز الصلح في بعض الجرائم التي من طبيعتها أن ضررها لا يتعدى إلى المجتمع كجرائم الشيك، والنفقات، والسب، ونحوها، كما جاء في تعديل قانون العقوبات الجزائري بالأمر رقم 15-02 المعدل والمتمم لقانون العقوبات في مواده 37 مكرر إلى 37 مكرر⁹.
- 4-الجرائم محصورة في القانون لأنها تمس بحريات الناس وتؤلمهم، فلا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، أما المسؤولية المدنية فإنها تقوم متى كان العمل أو الامتناع غير المشروع أضر بالغير من غير حاجة لنص.
- 5-النية أساسية في الجريمة، وتكاد تكون لا دخل لها في الفعل الضار إذ الجريمة العمدية تختلف عن غير العمدية، ولا فرق بين أن يقع الضرر عمدا أو خطأ، إلا ما يحدثه العمد في نفس القاضي من رفع التعويض في العمد بحكم سلطته التقديرية⁴.

360- الفرع الرابع: الآثار التي تترتب على اجتماع المسؤوليتين

يترتب على اجتماع المسؤوليتين مجموعة من الآثار من حيث الاختصاص، والتقدم، وحجية الشيء المقضي به، ووقف الدعوى. ونفصل هذه النقاط فيما يلي:

361- أولا-الفرق بين الدعويين من حيث الاختصاص: للمضروب من جريمة أن يختار رفع الدعوى أمام الجهة الجزائية أو أمام الجهة المدنية⁵ على أن يراعي في ذلك جملة من الشروط:

- أ-تتبع الدعوى المدنية الدعوى الجزائية المرفوعة قبلها، أما م الجهة الجزائية⁶.
- ب-إذا رفع المتضرر من الجريمة، مع هذا دعوى تعويضية أمام م الجهة المدنية بعد تحريك الدعوى العمومية، لا يحق له الرجوع إلى الجهة الجزائية⁷.

¹أنظر الدكتور السنهاوري، مرجع سابق، ص 744 و 745.

وانظر المستشار حسين عامر والنائب العام عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 4 و 5.

²المادة 01 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، ومن الحالات التي يسمح فيها القانون للمضروب بتحريك الدعوى العمومية جريمة الزنا وجريمة عدم دفع النفقة المحكوم بها، وجريمة الصك بدون رصيد.

³المادة 06 الفقرة الأخيرة من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

⁴أنظر العلامة السنهاوري، الوسيط، مرجع سابق، ص 745.

⁵المادتين 03 و 04 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

⁶المادة 03 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

⁷المادة 05 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

ج- الادعاء مدنيا أمام الجهة الجزائية لا يقبل أمام المحاكم العسكرية¹.

362- ثانيا- الفرق بين الدعويين من حيث التقادم: فإن الدعاوى الجنائية، تتقادم الجنايات فيها بعشر سنوات، والجنح بثلاث سنوات، والمخالفات بسنتين². أما الدعاوى المدنية تتقادم وفق أحكام القانون المدني، إذا كان التعدي على تركة مثلا فالتقادم لا يكون إلا بمرور 33 سنة. وبعض الدعاوى تتقادم بسنتين، وبعضها بأربع، وبعضها بخمس، والبعض بخمسة عشر. وتنص القوانين على كيفيات للتقادم تختلف فيها الدعاوى الجزائية عن الدعاوى المدنية³.

363- ثالثا- الفرق بين الدعويين من حيث حجية الشيء المقضي به: الحكم الجزائي حجة على القاضي المدني يتقيد بما قضى فيه من وقائع، دون التكييف القانوني للوقائع، فإن القاضي المدني مستقل فيه.

364- رابعا- الفرق بين الدعويين من حيث وقف الدعوى: إذا حركت الدعوى العمومية ووقعت في نفس الوقت دعوى مدنية متعلقة بنفس الوقائع، تعين على الجهة المدنية أن تقضي بوقف سيرها إلى حين الفصل في الدعوى الجزائية، ولا يجوز الرجوع عن الطريق المدني في هذه الحالة إلى الطريق الجزائي. والقاعدة المعروفة في هذه الحالة هي قاعدة «الجزائي يعطل المدني»⁴.

365- الفرع الخامس: التمييز بين المسؤولية المدنية والجزائية وغيرهما من المسؤوليات

المسؤوليات التي ذكرت أنواعها تتميز كلها عن المسؤولية الجزائية، كما بينا سابقا في التمييز بين المسؤولية المدنية والجزائية.

وتتميز المسؤولية الأدبية أو الأخلاقية عن المسؤولية القانونية، ومنها المسؤوليتين الجزائية والمدنية، بكون المسؤولية الأدبية:

أولا- المسؤولية الأدبية لا يترتب عليها أي جزاء قانوني، وهي موكولة إلى الضمير، بينما القانونية يترتب عليها الجزاء القانوني.

ثانيا- المسؤولية الأدبية تقوم على أساس ذاتي فهي أمام الله ثم الضمير، بينما المسؤولية القانونية موضوعية تقوم تجاه الشخص أو أشخاص آخرين .

ثالثا- المسؤولية الأدبية تتحقق وإن كان الضرر ألحقه الشخص بنفسه، وتتحقق عن الأفكار الداخلية. بينما القانونية لا تتحقق إلا على ما تم فيه العمل أو الامتناع وألحق الضرر بالغير.

رابعا- المسؤولية الأدبية أوسع نطاقا، فهي تتصل بعلاقة الإنسان بربه وبنفسه فضلا عن علاقته بالآخرين، أما المسؤولية القانونية فلا بد فيها من العلاقة بالناس⁵.

¹ الادعاء المدني لا يقبل أمام المحاكم العسكرية حسب القضاء العسكري الجزائري.

² المواد 07 و08 و09 و10 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

³ أنظر العلامة السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 747.

وانظر المستشار حسين عامر والنائب العام عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 7.

⁴ المادة 04 فقرة 02 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

⁵ انظر الدكتور السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 743 و744.

366 وتتميز المسؤوليتان الجزائية والمدنية (التقصيرية) عن المسؤولية المدنية العقدية، في أن الإخلال في هذه الأخيرة يكون بأحد بنود العقد، أما الإخلال في المسؤولية التقصيرية فإن أي فعل ضار يشكل الإخلال بالعلاقة بين الفاعل والمضرور. والفرق بين المسؤولية العقدية والجزائية، أن الإخلال في هذه الأخيرة يتم بقاعدة قانونية جنائية حددت الجريمة والعقوبة عنها. غير أن من الفقهاء من يرى أن المسؤولية التقصيرية والعقدية تجمعهما طبيعة واحدة، هي الإخلال بالترام سابق من حيث أساسهما¹.

المطلب الثاني

مصير المسؤوليتين الجزائية والمدنية عند الجهل بالإباحة أو الغلط فيها

367- تمهيد وتقسيم

إذا كانت المسؤولية الجنائية أو الجزائية تقوم أساسا على قصد ارتكاب الفعل المجرم الآثم، والمسؤولية المدنية تقوم متى ألحق الفاعل ضررا بالغير بعمله، أو بامتناعه، بصرف النظر عن حسن وسوء النية، وإن كان سوء وحسن النية يراعيهما القضاء في تقدير التعويض، ولا يعتد كثيرا بقصد الفاعل أو عدم قصده في الفعل الضار) أي المسؤولية المدنية التقصيرية).

ومن المعلوم كذلك أن الإباحة في الأصل تحل الفاعل من كلتا المسؤوليتين ولا تحمله أيا منهما. إلا أنه قد يقع أن يرتكب الفاعل الفعل، وهو يعتقد أنه أجرم جزائيا، وارتكب بالتالي فعلا ضارا من الناحية المدنية، وهو يجهل أن الفعل أحاط به من الظروف ما برر له فعله ورفع عن فعله له التجريم، وأباح الفعل الذي كان قد مارسه على أنه إجرام. كما يحدث أن يغلط الفاعل فيظن أن فعلا ما له صورة الجريمة في ظاهره مباح لوجود ما يبرر فعله ويبيحه، والواقع غير ذلك فالأفعال التي أتاها مازالت مجرمة ولا شيء يبيحها. وهذا الواقع ناقشه الفقهاء وفيه أحكام للقضاء، واختلفت بشأنه التقنيات، ومن المقننين من قنن له الأحكام، ومنهم من ترك الأمر للقواعد العامة.

والأمر في بحثنا هذا له أهميته، وهدفا من أهدافه، ولتوضيحه أبحثه في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: مصير المسؤوليتين الجزائية والمدنية عند الجهل بالإباحة.

الفرع الثاني: مصير المسؤوليتين الجزائية والمدنية عند الغلط في الإباحة.

368- الفرع الأول: مصير المسؤوليتين الجزائية والمدنية عند الجهل بالإباحة

اتجه الفقهاء في هذه المسألة اتجاهين وللقضاء في مصر اتجاهه، ولي رأي في الموضوع، وذلك ما سأبينه في الفقرات الآتية.

369- أولا- مصير المسؤوليتين في نظر الفقه في مصر: أناقش هذه المسألة في الفقه في

مصر خاصة لأن مصر من البلدان التي لم يحدد فيها المقنن أحكاما خاصة للمسألة، أي مسألة الغلط في الإباحة على غرار ما هو عليه الحال في فرنسا.

وعليه أناقش المسألة في النقطتين الآتيتين موضحا اتجاهي الفقه في مصر:

¹ أنظر الدكتور عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، مرجع سابق، ص 30.

370- الاتجاه الأول: يرى أتباعه أن أسباب الإباحة موضوعية تنتفي معها كل من المسؤولية الجزائية والمدنية، وسواء في ذلك أكان جهل الفاعل بتوافر أسباب التبرير لا اعتقاده الخاطئ في فهم القانون، أو اعتقاده الخاطئ في فهم الواقع.

وبهذا قال الشراح والفقهاء في كل من مصر¹، وبعض الفقهاء في ألمانيا² وإليه اتجه بعض الفقهاء الإيطاليين مستنبطين الحكم من المادة 59 من قانون العقوبات الإيطالي³.

371- الاتجاه الثاني: لا يسقط مسؤولية الجاهل بالإباحة كلية، وإنما يخففها فينقلها في رأي لأصحاب هذا الاتجاه إلى مجرد الشروع في حالة الجهل بالإباحة.

وهنا بطبيعة الحال تبقى كل من المسؤوليتين الجزائية والمدنية، ولكن تخففان، المسؤولية الجزائية بدل أن تكون عن جريمة تكون عن الشروع فيها، والمدنية يراعى فيها القضاء في حدود ما للقاضي من سلطة تقديرية حسن نية الفاعل الذي يجهل قيام سبب لتبرير فعله. وفي رأي فريق آخر من هذا الاتجاه أنه لا أثر للإباحة التي لا يعلمها الفاعل حين ارتكابه الفعل.

وهنا يكون الفاعل مسؤولاً جزائياً ومدنياً مسؤولية كاملة، هذا موقف الفقه، أما موقف القضاء فبالإضافة لما له من السلطة في تقدير التعويض في حلة اعتبار ما صدر عن الجهل يشكل جريمة خطئية، فإن له موقفه.

372- ثانياً- مصير المسؤوليتين في نظر القضاء عند الجهل بالإباحة: ما عرفنا من أحكام القضاء هما حكمي محكمة النقض المصرية الصادرين في نقض 1934/2/03 و 1939/05/15، هذا الحكم الأخير لم يناقش مسؤولية الجاهل بالإباحة، بل قال أن: مسألة علم الشرطي بالإذن له بالتفتيش للمنزل في غير الوقت المسموح به قانوناً، مسألة موضوعية تترك لقضاة الموضوع⁴.

أما الحكم الأول فقد اعتبر جهله ناف للإباحة، وبالتالي فالشرطي الذي فتنس المنزل وهو يجهل وجود إذن له بالتفتيش عمله مجرم⁵، ويسأل عنه طبعاً جزائياً في دعوى عمومية ومدنياً بطلب التعويض عن الضرر.

والفقه في مصر منقسم حول هذا الحكم بين مؤيد ومعارض. وهكذا يبدو جلياً أن المسألة غير مثبتة فيها، وهي موضع أخذ ورد، لذا يتسنى لي تقديم رأيي فيها.

373- ثالثاً: رأيي في المسؤولية عند الجهل بالإباحة: أن يطبق فيها ما يطبق حال الجهل بتجاوزها، وهي أيضاً مسألة محل خلاف، ولكنني وصلت فيها عند بحثي في رسالة الماجستير⁶ إلى أنه لا يخلو من خطأ، أي التجاوز فإذا كان عمدياً فالجريمة الناتجة عنه عمدية، أما إذا كان التجاوز خطئياً فالجريمة الناتجة عنه خطئية، وهنا الجهل بالإباحة

¹ أنظر الدكتور محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة في التشريعات العربية، مرجع سابق، ط 2، ص 166. وأنظر الدكتور علي راشد، القانون الجنائي - المدخل وأصول النظرية العامة -، مرجع سابق، ص 499.

² أنظر الدكتور محمود زكي محمود، آثار الجهل والغلط في المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 278.

³ المادة 59 من قانون العقوبات الإيطالي تنص على أنه: "الظروف المستبعدة للعقاب تقرر لصالح الفاعل حتى ولو لم يكن يعلم بها أو كان يعتقد لوقوعه في غلط - عدم توافرها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

⁴ راجع مجموعة القواعد القانونية، ج 2، رقم 293، مرجع سابق، ص 399.

⁵ راجع مجموعة القواعد القانونية، ج 4، رقم 390، مرجع سابق، ص 539.

⁶ راجع فرحات بركاني، الدفاع الشرعي (دفع الصائل) بين الشريعة الإسلامية والنظم القانونية الوضعية، قدمت لجامعة الأمير عبد القادر، سنة 1419هـ/1998م، ص 275.

دائماً غير عمدي طبعاً فيكون ما نتج عنه يكيف على أساس أنه جريمة خطئية. يحمل الجاني الجاهل بالإباحة المسؤولية على جريمته الخطئية من حيث الدعوى الجزائية، ومن حيث الدعوى المدنية يحمل التعويض الذي تتدخل فيه سلطة القاضي التقديرية لتقديره في ضوء جهل الفاعل وحسن نيته. ويمكن تقنين المسألة وتحديد ما هو ضروري لها من الشروط.

وعلى أي حال فإن نية الفاعل منصرفاً إلى الإجرام، فمن الناحية الأدبية الخلقية فهو مسؤول لكن بما أننا بصدد المسؤولية القانونية فهذا ما نراه بشأن مسؤوليته.

374- الفرع الثاني: مصير المسؤوليتين الجزائية والمدنية عند الغلط في الإباحة

حول مصير المسؤوليتين خاصة الجزائية عند الغلط في الإباحة اختلفت الآراء بين الفقه والقضاء سواء في البلاد العربية أو الغربية، وكذا القوانين، فإن بعضها لم ينظم المسألة بنص صريح، وبعضها نظمها بنص صريح، وفريق ثالث يستنتج حكم المسألة من بعض نصوصها. وكل ذلك أحاول معالجته في هذه النقاط الثلاث التالية، محددا رأيي في نقطة رابعة.

375- أولاً- الوضع في القوانين: المقتنون، كما أشرت منهم من نص صراحة على اعتبار الغلط لصالح الغالط، كما هو الحال في قانون العقوبات السويسري، الذي تنص مادته 19 على أن: «كل من ارتكب سلوكاً تحت تأثير غلط في تقدير الوقائع، فإنه يعامل بمقتضى هذا التقدير، إن كان لمصلحته»¹.

فمثل هذا النص يعتد بالغلط متى كان في مصلحة الغالط، وهذا يعني أنه يعفيه به من المسؤولية الجزائية أو الجنائية، وتبقى المسؤولية المدنية التي يكون له الحق في تقديرها عليه للقضاء على اعتبار غلظه وحسن نيته في الفعل الذي صدر عنه، وأضر بالغير. وإلى هذا ذهب المقتن في إيطاليا أيضاً في المادة 59 من قانون العقوبات فقرتها الثالثة، وفي إحدى الحالتين الواردين فيها، إذ تنص المادة على أنه: «إذا اعتقد الفاعل عن طريق الغلط، وجود ظروف تستبعد العقاب، يعتد بهذه الظروف لصالحه دائماً...». إلى هذا الحد فإن الفاعل لا مسؤولية جزائية عليه، وتبقى مسؤوليته المدنية خاضعة لسلطة القاضي التقديرية يراعى فيها غلظه وحسن نيته.

ولكن المادة تكمل: «...ومع ذلك إذا كان الغلط أساسه خطأ فإن العقاب لا يستبعد إذا نص القانون على عقاب الواقعة بجريمة غير عمدية، إن توافرت بالطبع- سائر شروط تحقق المسؤولية».

أما هذه الحالة الأخيرة فتخفف المسؤولية الجزائية من عمدية إلى جعلها خطئية، إذا كان الفعل يمكن وصفه بذلك وتوفرت الشروط التي يمكن بها أن يوصف بالجرم الخطئي. وهذا في حد ذاته تخفيف للمسؤولية الجزائية، وكذلك إعطاء للفرصة للقضاء أن يقدر خطأ الجاني وحسن نيته².

¹ أنظر الدكتور محمد نعيم فرحات، النظرية العامة لعذر تجاوز حدود الدفاع، مرجع سابق، ص 219.

² أنظر الدكتور رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، مرجع سابق، ص 416.

وأنظر الدكتور محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة في التشريعات العربية، مرجع سابق، ص 36.

وأنظر الدكتور محمود زكي محمود، آثار الجهل والغلط في المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 273.

أما بعض القوانين فإنها جاءت فيها نصوص يستنتج منها أحكام عامة للغلط، كما هو الحال في مصر¹ وألمانيا².

وبعض القوانين تركت الأمر للقضاء والفقه كما هو الحال في الجزائر وفرنسا.

376 ثانيا- الوضع في القضاء: القضاء في فرنسا، اكتفى بتوافر مظهر الحقيقة في الخطر من الناحية الموضوعية بحيث يكون واضحا للكافة، فيكفي أن يقوم هذا المظهر ليعتد بغلط الفاعل³، ويعفى من مسؤولية فعله، والأمر هنا يتعلق بالدفاع الشرعي، ففي هذه الحالة الإعفاء يكون كلياً، أي من كلتا المسؤوليتين الجنائية والمدنية. بل ويعفى من المسؤولية الأخلاقية، إذا كان في موضع أخلاقي سليم، وهذا يتوقف على حسن نواياه.

- وفي إيطاليا قضت محكمة إيطالية استناداً إلى مبدأ الغلط ببراءة الجنود وانتفاء مسؤوليتهم، وكانوا موضع تغرير من نصاب مثل عليهم دور ضابط عليهم واستعان بهم في سرقة أموال عامة⁴.

- وفي مصر استقر القضاء على اعتبار الغلط في المشروعية متى اقترن بحسن النية، وبأسباب معقولة، وبناء على هذا فإنه لا تقوم مسؤولية الفاعل. وعدم قيامها من الناحية الجزائية ثابت⁵، أما من الناحية المدنية فما لم يتعلق الأمر بالدفاع الشرعي، فإن المسؤولية تبقى لتقدير القضاء، يعتبر فيها حسن نية الفاعل وظروفه، ومن بينها الظروف التي ارتكب فيها جرمه. وتقدير إن كان للمضروور خطأ، فإنه يراعى في مسؤولية الفاعل، وإن استغرق خطأ المجني عليه خطأ الجاني أعفى هذا الأخير من المسؤولية المدنية أيضاً.

- وفي إطار المادة 63 لم تعف المرووس الذي اختلس أموال عامة طاعة لرؤسائه حتى يرشيه بغض النظر عن أخطائه.

وحمل المسؤولية الجزائية وبالتالي المدنية، معللة أنه ليس عليه طاعتهم في مخالفة القانون صراحة.

- وفي حالة الدفاع الشرعي اعتدت بالغلط متى رأى المدافع في تقديره هو أن الأفعال لازمة للدفاع، ولم تطلب منه عناية الرجل المعتاد وأقامت قضاءها على معيار شخصي⁶.

¹ المادة 63 من قانون العقوبات المصري تنص على أنه: "للاجريمة إذا وقع الفعل من موظف أميري في الأحوال الآتية: أولاً- إذا ارتكب الفعل تنفيذاً لأمر صادر إليه من رئيس وجبت عليه إطاعته، أو اعتقد أنها واجبة عليه ثانياً- إذا حسنت نيته، وارتكب فعلاً تنفيذاً لما أمرت به لقوانين، أو ما اعتقد أن إجراءاته من اختصاصه. وعلى كل حال يجب على الموظف أن يثبت أنه لم يرتكب الفعل إلا بعد التثبت والتحري، وأنه كان يعتقد مشروعيته، واعتقاده كان مبنياً على أسباب معقولة".

وكذلك يستنتج الشراح الإباحة والغلط فيها من المادتين 249 و250 من قانون العقوبات المصري التي جاءت لتنظيم أحكام الدفاع الشرعي.

² وتستنتج حالة الجهل والغلط في قانون العقوبات الألماني من المادة 59 التي تنص على: "إذا انتفى علم الشخص عند إتيانه الفعل المعاقب عليه بتوفر العناصر الواقعية التي يقوم عليها التحديد القانوني للجريمة أو التي تؤدي إلى تشديد العقوبة، فإنه يعتبر غير مسؤول عن هذه العناصر...".

³ V.Merle (R) et Vitu (A): Traité de droit criminel, problèmes généraux de la législation criminelle, Ed 1967, Paris, p.314.

⁴ أنظر الدكتور رمسيس بهنام، النظرية العامة، مرجع سابق، ص 416.

⁵ أنظر نقض 1956/01/31 مجموعة أحكام النقض السنة السابعة، رقم 40، ص 118.

انظر نقض 1956/10/23 مجموعة أحكام النقض السنة السابعة، رقم 292، ص 1065

ونقض 1957/04/02 مجموعة أحكام النقض السنة الثامنة، رقم 95، ص 1058.

ونقض 1959/02/16 مجموعة أحكام النقض السنة العاشرة، رقم 44، ص 168.

⁶ أنظر الطعن رقم 1123 للسنة 46، جلسة 1977/01/31 عند الدكتور محمد نعيم فرحات، النظرية العامة لعذر تجاوز حدود الدفاع الشرعي، مرجع سابق، ص 227.

وفي هذه الحالة (أي حالة الدفاع الشرعي بالذات) تنتفي كلتا المسؤوليتين الجنائية والمدنية، وحتى الأخلاقية، متى كانت نية الفاعل سليمة.

377- ثالثاً- الوضع في الفقه: ذهب الفقه في ألمانيا إلى القول بغائية الهدف من السلوك، فقال بأن من توهم سبب المشروعية دون سبب معقول، يعاقب على جريمة عمدية، ويعني هذا أنه يحمل المسؤولية المدنية تبعاً لذلك، لانصراف إرادته إلى إحداث النتيجة التي تجرمها القاعدة القانونية.

وقال هذا الفقه: بأنه رغم هذا يخفف عليه العقاب لبراءة الباعث عنده، وهو اعتقاده الذي لم يغتفر له بقيام سبب الإباحة. فهنا يعود الفقه ليقدر له ظروف التخفيف وهذا يمنح للقاضي السلطة التقديرية في تخفيف المسؤولية المدنية كذلك مراعاة لظروفه.

وذهب الفقه في مصر إلى أن الغلط في المشروعية لا ينفي القصد الجنائي لكون المشروعية موضوعية تنصب آثارها على الفعل لا على الشخص. ويرى الفقه هنا تحميل الفاعل كامل المسؤولية الجزائية عن فعل عمدي، وهذا يعني تحميله المسؤولية المدنية كاملة¹. وهذه هي آراء وأقوال الفقه والقضاء والنصوص القانونية، ورأيي هو كالاتي.

378- رابعاً رأيي في المسألة: أرى أن أسباب الإباحة، وإن كانت تجمعها قواعد عامة إلا أن لكل سبب خصوصيته، فالدفاع الشرعي وما يحيط به عادة من فقدان المدافع لتمييز الرجل المعتاد وتبصره يجب أن تراعى له هذه الظروف، ويؤخذ غلظه بعين الاعتبار في إطار هذه الظروف. ومتى كان آخر في نطاق سبب آخر للإباحة في مثل ظروفه اعتبر كذلك غلظه، وبذلك يمكن القول بجعل معيار للمسألة شخصي تراعى فيه ظروف الفاعل، وموضوعي تقاس فيه أفعاله بأفعال المدافع في مثل حاله، فالطبيب الذي تصله امرأة فاقدة الوعي، لا يمكنه تشخيص حالتها فيجهضها غالطاً في التشخيص غير الذي يغلط بسبب إهمال منه، وسوء تقدير.

وأن يكون نفي المسؤولية في الجانب الجنائي فقط، فيما عدا الدفاع الشرعي. أما الدفاع الشرعي فتنتفي فيه كلتا المسؤوليتين، وفي باقي الحالات، وحالة تجاوز الدفاع الشرعي بسوء تقدير وإهمال من الفاعل (المدافع) تراعى ظروف الفاعل من حيث التعويض المدني، ومتى ثبت سوء النية، فلا مراعاة لظروف أي فاعل.

وانظر نقض 69/01/06 مجموعة أحكام النقض السنة 20، رقم 1، ص 24.
وانظر نقض 1978/01/23 لسنة 1978، رقم 657، السنة 47 عند الدكتور محمد نعيم فرحات، نفس المرجع، ص 228.

وانظر نقض 1973/1/11، مجموعة أحكام النقض، السنة 04، رقم 193، ص 935.
وانظر الدكتور رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام، مرجع سابق، ص 535.
¹ أنظر الدكتور محمد نعيم فرحات، النظرية العامة لعذر تجاوز حدود الدفاع الشرعي، مرجع سابق، ص من 223 إلى 226.

وانظر الدكتور رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام، مرجع سابق، ص 525، من طبعة سنة 1979 و ص 534 و 536.
وانظر الدكتور رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، مرجع سابق، ص 456.

المبحث الثالث

أساس المسؤولية عند الجهل بالإباحة أو الغلط فيها في الشريعة الإسلامية

379- تمهيد وتقسيم

يتعين أن أبحث أولاً مسألة أساس المسؤولية الجنائية، حتى تتضح عندنا مسألة أساس انتفاء المسؤولية عند الجهل بالإباحة أو الغلط فيها. فإن كان فقهاء القانون الوضعي منقسمين في تحديد أساس المسؤولية إلى فريقين، فريق يعتبر أساس المسؤولية هو النص الذي تحدث عنها، أي في المسؤولية الجزائية النص التجريمي، وفريق آخر يرى أن الأساس يكمن في النظرة الفلسفية التي يقوم عليها ويستند إليها النص، فكذلك الأمر في الشريعة الغراء، مع فارق تقتضيه طبيعتها الربانية، وهو أن النظرة الفلسفية والفكرية هنا لا يسند إليها النص، وإنما العكس هو الصحيح، فالفكرة هنا تستند إلى النص محاولة الوصول بالعقل البشري إلى حكمة الشارع الحكيم سبحانه وتعالى في النص، ولا خلاف في ذلك بين فرق الفكر الإسلامي، أي لا يختلف أتباع هذه الفرق في أن الأصل هو القرآن العظيم والسنة النبوية الشريفة، والكل بعد ذلك يستقي من هذين النبعين الصافيين.

ومن أمثلة من جعل النص هو أساس المسؤولية الجنائية، من جعله أساساً للأحكام مباشرة دون أن يمر عليه الفكر الإنساني اللهم إذا كان النص غامضاً يحتاج إلى اجتهاد فيكون عمل الإنسان هنا مجرد العمل للوصول إلى فهم النص بأي طريق من طرق الاجتهاد، من هؤلاء الذين جعلوا النص هو الأساس مباشرة الدكتور وهبة الزحيلي في كتابه: «نظرية الضرورة الشرعية»¹.

ومن القائلين بكون أساس المسؤولية هو الفكر الإنساني مستلهما النصوص التشريعية في جملتها الدكتور فتحي بهنسي في كتابه: «المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي»². والقول بأن الأساس هو النص مباشرة حسم المشكلة في حدود نظرته تلك. أما القول بأن الأساس هو الفكر والفلسفة الإنسانيين مستلهمين الشريعة في جملة نصوصها فإنه يطرح وجهات نظر ثلاثة، شبيهة بتلك المطروحة في الفكر الوضعي، كما سنرى. ووجهات النظر هاته قال بها كل من الجبرية والقدرية (المعتزلة) والأشاعرة. لذا سأتناول الموضوع لتوضيح وجهات النظر هذه في أساس المسؤولية في مطالب أربعة كما هو آت:

¹ أنظر الدكتور وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي، مؤسسة الرسالة، بيروت، طبعة 2 لسنة 1399هـ-1979م، ص 13.

² أنظر الدكتور أحمد فتحي بهنسي، المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي، دار الشروق، ط 3 لسنة 1406هـ-1984، ص 27 وما بعدها.

وانظر كلا من الدكتور خلود سامي عزارة آل معجون، النظرية العامة للإباحة، مرجع سابق، ص 275 وما بعدها، و ص 280 وما بعدها.

وانظر الدكتور محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 381 و 382 و 576 و 577 و 588 و 589.

وانظر فرحات بركاني، الدفاع الشرعي، مرجع سابق، ص 43 وما بعدها. البنود 16 و 17 و 18.

وانظر الدكتور خالد عبد المجيد فراج، المنهج الحكيم في التجريم والتقويم، منشأة المعارف، بدون سنة نشر، ص 28 وما بعدها.

المطلب الأول: أساس المسؤولية عند الجبرية.
المطلب الثاني: أساس المسؤولية عند القدرية.
المطلب الثالث: أساس المسؤولية عند الأشاعرة.
المطلب الرابع: رأيي في الموضوع بعد تحليل فقهي.

محاولاً إبراز هذا الأساس في فكر كل فريق بتقديم حججه. وأنهى الموضوع بإعطاء رأيي فيه، أي في أساس المسؤولية ككل، سواء عندي من الناحية الوضعية أو من الناحية الشرعية.

المطلب الأول أساس المسؤولية عند الجبرية

380- تمهيد وتقسيم

لا أكون قد قلت جديداً إذا قلت أن الشريعة الغراء سبقت الفكر الجنائي الوضعي بزمان ليس بالقصير، في إبراز ملامح النظريات الفكرية في المسؤولية الجنائية، والتي تقوم على أساس أخلاقي¹، يستلهم النصوص التشريعية الأصلية، وإن لم يضع فقهاء الإسلام نظرية أو نظريات لاتجاهاتهم كعادتهم، إنما الأحكام التفصيلية في كتب الفقه والفكر الإسلامي تنطق بهذه النظريات. ولعل أول اتجاه ظهر كنظرية في الفكر الإسلامي تجعل الأساس للمسؤولية المكلف، هي التي يمثلها، ويقول بها الجبرية، ولهؤلاء كما لغيرهم أسانيد لنظريتهم من القرآن والسنة. ولبحث الموضوع أقسم المطلب إلى فروع أربعة، أتناول في الفرع الأول: كيف تأسس الفكر الجبري ومضمونه، وفي الثاني أدلة الجبريين من القرآن، وفي الثالث أدلتهم من السنة، وفي الرابع أدلتهم العقلية والرد على حججهم.

381- الفرع الأول: كيف تأسس الفكر الجبري ومضمونه

قبل الحديث عن الفكر الجبري وكيف تأسس لأبد من تعريف وتحديد معنى الجبر والجبرية من الناحيتين اللغوية والاصطلاحية كدأبنا مع كل مصطلح مهم جديد في هذه الرسالة.

¹ أنظر الشهرستاني أبو الفتح محمد بن عبد الكريم ابن أبي بكر أحمد، المولود سنة 479هـ، المتوفى سنة 548هـ، الملل والنحل، ج1، (الجبرية)، دار المعرفة، بيروت، ص 108 و109.
وانظر الدكتور محمد كمال الدين إمام، المسؤولية الجنائية - أساسها وتطورها دراسة مقارنة في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية - ط1، رسالة دكتوراه، ص 23 وما بعدها وص 462 وما بعدها،
وانظر الدكتور هشام محمد فريد، الدعائم الفلسفية للمسؤولية الجنائية - دراسة مقارنة -، دار النهضة العربية، طبعة سنة 1981، ص 159 وما بعدها، وص 201 وما بعدها.
وانظر الدكتور علي راشد، القانون الجنائي - المخل وأصول النظرية العامة -، دار النهضة العربية، ط2 لسنة 1974، ص 65.

-فكلمة الجبرية تعني من حيث اللغة: القهر والإكراه، وهذا هو المعنى الذي يلزمنا من جذر(جبر) واستعمالات هذه الكلمة واشتقاقاتها أحيل فيها إلى الهامش¹.
ومن حيث الاصطلاح: يعرف الجبر بأنه: نفي العلم حقيقة عن العبد وإضافته إلى المولى سبحانه وتعالى.

والجبرية أصناف² منهم الجبرية الخالصة التي لا تثبت للعبد فعلا ولا قدرة على الفعل أصلا، والجبرية المتوسطة تثبت للعبد قدرة غير مؤثرة، وجبرية تثبت للقدرة الحادثة أثرا ما في الفعل وتسمى ذلك كسبا، ولا يعد العلماء المحققين جبرية هذه الطائفة التي تقول بهذا القول الأخير.

-والفكر الجبري تأسس على إثر ركود حركة الفتوحات الإسلامية واستقرار المسلمين في الأمصار، واختلاطهم بغيرهم من أهل الملل والديانات الأخرى في خراسان وفارس، فكثرت القول في مدى اختيار الإنسان في أفعاله أمام قدر الله سبحانه وتعالى وقضائه، وكان ذلك في عهد بني أمية في كل من العراق والشام.

-ومضمون مذهب الجبرية يتمثل في إنكار حرية الإنسان في الاختيار ومبدأ المسؤولية الأخلاقية، والقول بجبرية السلوك والمسؤولية والجزاء كدعائم أساسية يقوم عليها هذا المذهب³. فهو ينكر على الإنسان أفعاله، ويقول أنها لا تنسب إليه إلا على سبيل المجاز، ويترتب على ذلك إنكار قدرة الإنسان على الاختيار، وعلى توجيه إرادته إلى ارتكاب الفعل أو الإحجام عن ذلك، ومن هنا ينكر أنصار هذا المذهب دور الأهلية الجنائية. ويقول هؤلاء أن الإنسان تملي عليه إرادة الله سبحانه وتعالى أفعاله وما هو إلا أداة لتنفيذها⁴.

¹ وكلمة جبر في مختلف استعمالات هذا الجذر واشتقاقاته كما يأتي: جبر جبرا وجبورا: صلح، يقال جبر العظم الكسير. وجبر الفقير واليتيم، وجبر العظم الكسير جبرا، وجبورا، وجبارة: أصلحه وجبر وضع عليه الجبرية، ويقال جبر عظمه: أصلح شؤونه وعطف عليه، وجبر الفقير واليتيم: كفاه حاجته، وفي حديث الدعاء: <<اللهم أجبرني واهدني>>، ويقال جبر ما فقد: عوضه. وجبر الأمر جبرا: أصلحه وقومه ودفع عنه، وجبر فلانا جبرا أصلحه وقومه ودفع عنه. وجبر فلانا على الأمر: قهره عليه وأكرهه (وهذا هو المعنى الذي يعيننا) أجبره على المر: أجبره وأجبر فلانا: نسبته إلى مذهب الجبرية (الذي نحن بصدد) جبر العظم: جبره، ويقال: اجتبر فلان: غني بعد فقر وانتعش. انجبر العظم جبر، ويقال: انجبر الفقير واليتيم. تجبر: تكبر وتجبر العظم واليتيم والفقير: جبر. وتجبر الشيء: أخذ في سبيل صلاحه. يقال تجبر النبات والشجر: أخذ يخضر بعد يبس. وتجبر الكلاء: أخذ ينمو بعد أن أكلته المواشي. وتجبر المريض: صلت حاله. وتجبر فلان: عاد إليه من ماله بعض ما ذهب. وتجبر الرجل مالا: أصابه. استجبر الفقير: صلت حاله بالإحسان إليه واستجبر فلانا: بالغ في تعهده بالإحسان إليه وإصلاح حاله. التجبار: التكبر الجبار: الهدر، وهو ما لا قصاص فيه ولا غرم، يقال: ذهب دمه جبارا، ويقال حرب جبار: لادية فيها ولا قصاص. وجبار: البرئ، يقال: أنا منه جبار. وجبار: اسم يوم الثلاثاء في الجاهلية. الجبارة: حرفة المجر والجبارة ما يشد على العظم المنكسر لينجبر، جمعها جبائر. والجبار: من أسمائه سبحانه وتعالى. والجبار: المتكبر والجبار: القاهر العاتي المتسلط. ويقال: قلب جبار لا تدخله الرحمة ولا يقبل الموعظة، جمعه جبارة. وجبار: النخل يطول ويفوت اليد. الجبائر: الشديد التجبر. الجبر: الشجاع. الجبر: العود تجبر به العظام جمعه جبار. ومذهب الجبرية (الذي عرفناه) الجبر: من الرياضيات. والتسعير الجبري. أنظر المعجم الوسيط، مرجع سابق، ص 104 و 105.

= وأنظر مختار الصحاح، مرجع سابق، ص 39.
وأنظر معجم لغة الفقهاء، مرجع سابق، ص 159.

² أنظر الدكتور زهدي جار الله، المعتزلة، المؤسسة العربية للدراسة والنشر، طبعة 6 لسنة 1410 هـ-1990، ص 22.
وأنظر الدكتور أحمد فتحي بهنسي، المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 26.

³ أنظر الدكتور هشام محمد فريد، الدعائم الفلسفية للمسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 162.

⁴ أنظر الشهرستاني، الملل والنحل، موسوعة ناصر للثقافة، بدون سنة نشر، ص 36.
وأنظر الدكتور فاروق دسوقي، القضاء والقدر في الإسلام بين السلف والمتكلمين - ج 2، دار المعارف، القاهرة، بدون سنة نشر، ص 36

-ويلتقي هذا المذهب مع المدرسة الوضعية الإيطالية في قولها بحتمية السلوك، والمسؤولية القانونية أو الاجتماعية.¹

382- الفرع الثاني: أدلة الجبريين من القرآن العظيم

يستند الجبريون على آيات كثيرات من القرآن العظيم لتبرير موقفهم، نذكر منها:

- 1- قوله تعالى: «قل لن يصيبنا إلا ما كتب الله لنا...»².
- 2- قوله سبحانه وتعالى: «كذلك يضل الله من يشاء ويهدي من يشاء»³.
- 3- وقوله سبحانه وتعالى: «قل لا أملك لنفسي نفعا ولا ضرا إلا ما شاء الله...»⁴.
- 4- وقوله جل وعلا: «ولو شئنا لآتينا كل نفس هداها ولكن حق القول مني لأملأن جهنم من الجنة والناس أجمعين»⁵.
- 5- قوله سبحانه وتعالى: «ولا ينفعكم نصحي إن أردت أن أنصح لكم إن كان الله يريد أن يغويكم هو ربكم وإليه ترجعون»⁶.
- 6- وقوله سبحانه وتعالى: «ولقد بعثنا في كل أمة رسول أن اعبدوا الله واجتنبوا الطاغوت فمنهم من هدى الله ومنهم من حقت عليه الضلالة...»⁷.
- 7- وقوله سبحانه وتعالى: «إن الذين كفروا سواء عليهم أأنذرتهم أم لم تنذرهم لا يؤمنون، ختم الله على قلوبهم وعلى سمعهم وعلى أبصارهم غشاوة ولهم عذاب عظيم»⁸.
- 8- وقوله جل وعلا: «فمن يرد الله أن يهديه يشرح صدره للإسلام ومن يرد أن يضله يجعل صدره ضيقا حرجا كأنما يصعد في السماء»⁹.

383- الفرع الثالث: أدلة الجبريين من السنة

يستند الجبريون في السنة النبوية الشريفة إلى كثير من المرويات، منسوبة إلى سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم، يستدلون بها على صحة منهجهم، ومن هذه المرويات:

- 1- ما روي من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «إن أحدكم يجمع في بطن أمه أربعين يوما، يكون علة مثل ذلك، ثم مضغة مثل ذلك، ثم يبعث الله ملكا فيؤمر بأربع، برزقه، وأجله، وشقي أو سعيد، فوالله إن أحدكم-أو الرجل-ليعمل بعمل أهل النار، حتى ما

وانظر الأستاذ الطنطاوي أحمد عمر، توضيح الجوهرة في علم التوحيد، مكتبة السعادة، مصر، ط1 لسنة 1387هـ-1967م، ص 65.

¹ أنظر الدكتور المرصفاوي حسن صادق، قواعد المسؤولية الجنائية في التشريعات العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، طبعة سنة 1972م، ص 45.

وانظر الدكتور علي حسن عبد الله الشرقي، الباعث وأثره في المسؤولية الجنائية، رسالة دكتوراه، القاهرة، 1997، ص 287.

² الآية 51 من سورة التوبة (9).

³ الآية 188 من سورة الأعراف (7).

⁴ الآية 49 من سورة يونس (10).

⁵ الآية 13 من سورة السجدة (32).

⁶ الآية 34 من سورة هود (11).

⁷ الآية 36 من سورة النحل (16).

⁸ الآية 5 و 6 من سورة البقرة (2).

⁹ الآية 25-26 عند ورش من سورة الأنعام (6).

يكون بينه وبينها غير باع، أو ذراع، فيسبق عليه الكتاب، فيعمل بعمل أهل الجنة فيدخلها، وإن الرجل ليعمل بعمل أهل الجنة، حتى ما يكون بينه وبينها غير ذراع أو ذراعين، فيسبق عليه الكتاب، فيعمل عمل أهل النار فيدخلها¹».

2- ما رواه علي بن أبي طالب رضي الله عنه إذ قال: «كان رسول الله صلى الله عليه وسلم جالسا وفي يده عود ينكت به، فرفع رأسه فقال: ما منكم من نفس إلا وقد علم منزلها من الجنة والنار، قالوا: يا رسول الله فلم نعمل؟ أفلا نتكل؟ قال: لا إعملوا، فكل ميسر لما خلق له. ثم قرأ (فأما من أعطى واتقى وصدق بالحسنى فسنيسره لليسرى²، وأما من بخل واستغنى وكذب بالحسنى، فسنيسره للعسرى³».

3- وما روته أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها، إذ قالت: «دعي رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى جنازة صبي من الأنصار فقلت يا رسول الله: طوبا لهذا العصفور، من عصافير الجنة، لم يعمل السوء ولم يدركه، قال: أو غير ذلك يا عائشة، إن الله خلق للجنة أهلا، خلقهم لها وهم في أصلاب آبائهم، وخلق للنار أهلا، خلقهم لها وهم في أصلاب آبائهم⁴».

4- وما حدث به أبو هريرة رضي الله عنه إذ قال: «قال لي النبي صلى الله عليه وسلم: حيف القلم ما أنت لاق⁵».

5- وما حدث به عبادة رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: «أول ما خلق الله تبارك وتعالى القلم، ثم قال له: أكتب، فقال: وما أكتب؟ قال: فاكتب ما يكون وما هو كائن إلى أن تقوم الساعة⁶».

6- وما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال: «الشقي من يشقى في بطن أمه والسعيد من وعظ بغيره⁷».

7- وما ينسب إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم من قوله: «لا يؤمن عبد حتى يؤمن بالقدر، خيره وشره⁸».

8- وما روي أيضا من أنه صلى الله عليه وسلم قال: «ما بلغ عبد حقيقة الإيمان حتى يعلم أن ما أصابه لم يكن ليخطئه وما أخطأه لم يكن ليصيبه⁹».

384- الفرع الرابع: أدلة الجبريين العقلية

الأدلة العقلية التي يستندون إليها-إن صح أن يقال عليها أنها عقلية- يستنبطونها هي الأخرى من الآيات القرآنية، ولابد من الذكر بأن العقلية الجبرية هي الغالبة على المسلمين من عهد السلف إلى اليوم.

¹ أنظر الإمام البخاري، الجامع الصحيح، ج7، القاهرة، طبعة سنة 1878، ص 196.

² أنظر الإمام مسلم، الجامع الصحيح، ج8، الأستانة، طبعة 1915، ص 47.

³ الآية 5 و6 و7 و8 و9 و10 من سورة الليل (92).

⁴ أنظر الإمام مسلم، الجامع الصحيح، ج8، مرجع سابق، ص 55.

⁵ أنظر الإمام البخاري، الصحيح، ج7، مرجع سابق، ص 196.

⁶ أنظر الإمام أحمد بن حنبل الشيباني العربي، أحد الأئمة الأربعة، المتوفى ببغداد سنة 241هـ: المسند، ج5، القاهرة، ط سنة 1313هـ-1895م، ص 317.

⁷ أنظر الإمام مسلم، الصحيح، ج8، مرجع سابق، ص 45.

⁸ أنظر الإمام ابن حنبل، المسند، ج2، مرجع سابق، ص 181.

⁹ أنظر الإمام ابن حنبل، المسند، ج6، مرجع سابق، ص 441.

والجبريون يستدلون عقليا لمذهبهم بدليلين:
الدليل الأول: قولهم بسبق علم الله سبحانه وتعالى بأفعال العباد.

والدليل الثاني: هو خلق الله للعباد وأفعالهم جميعا¹.
وهم يستنبطون دلالة هاتين الحجتين من مثل قوله سبحانه وتعالى: «إنا كل شيء خلقناه بقدر»² وقوله سبحانه وتعالى: «قل لن يصيبنا إلا ما كتب الله لنا...»³، وقوله سبحانه وتعالى: «وربك يخلق ما يشاء ويختار ما كان لهم الخيرة...»⁴، وقوله جل شأنه: «ما أصاب من مصيبة في الأرض ولا في أنفسكم إلا في كتاب من قبل أن نبرأها إن ذلك على الله يسير»⁵.

385- ويرد على حججهم بحجج تنقضها، وأحسن من انبرى لمحاجتهم الإمام ابن حزم الظاهري⁶ في كتابه: «الفصل في الملل والأهواء والنحل» فقرر أن مذهبهم ظاهر البطلان بالنص، والحس، واللغة.

-فأما النص: فقد دلل على قدرة الإنسان على الفعل والعمل والصنع بأي القرآن العظيم، من ذلك قوله تعالى: «يا أيها الذين آمنوا لم تقولون ما لا تفعلون»⁷. وقوله تعالى: «جزاء بما كانوا يعملون»⁸. وقوله تعالى: «الذين آمنوا وعملوا الصالحات»⁹.

-أما الحسن: فإن العقل والعلم يقطعان بأن الإنسان صحيح الجوارح يختلف عن غيره ممن لا صحة بجوارحه، فالأول يفعل القيام والقعود وسائر الحركات مختاراً لها دون مانع بعكس الثاني فإنه لو أراد جهده أن يفعل ما قدر أن يفعل أصلاً.

-وأما اللغة: فإنها تفيد بأن المجبر هو الذي يقع منه الفعل بخلاف اختياره، وقصده، أما من وقع منه الفعل باختياره وقصده فلا يسمى في اللغة مجبراً.

-ويحاجهم بالقرآن العظيم فيقول: أن الله سبحانه وتعالى لما أثنى على قوم دعوا بقولهم: «...ولا تحملنا ما لا طاقة لنا به...»¹⁰ وصفهم بأن لهم الطاقة وهي الاستطاعة، والقدرة في اللغة مترادفان، وهي تعبر عن صفة من يمكنه الفعل أو الترك باختياره، فإن ذلك يعني أن هؤلاء القوم الذين دعوا قد كلفوا طاعات وأعمال، واجتنبوا معاص، فلولا أن لهم بهذا طاقة لما كلفوا به، ولولا أنهم لا طاقة لهم لما دعوا الله سبحانه وتعالى أن لا يكلفهم ما لا طاقة لهم به وهم لا طاقة لهم بشيء، فيصير دعاؤهم أن لا يكلفوا ما كلفوا وهذا محال، والله سبحانه وتعالى لا يثني على المحال، فصح بهذا أن لهم طاقة، وقدرة موجودة على الأفعال.

¹ أنظر الدكتور عادل يحيى قرني علي، النظرية العامة للأهلية الجنائية، مرجع سابق، ص 113 و 114.

² الآية 49 من سورة القمر (54).

³ الآية 51 من سورة التوبة (9).

⁴ الآية 68 من سورة القصص (28).

⁵ الآية 21-22 عند ورش من سورة الحديد (57).

⁶ ابن حزم أبو محمد علي بن أحمد، الفصل في الملل والأهواء والنحل، ج3، مكتبة المتنبي، بغداد، بدون سنة نشر، ص 23 وما بعدها.

⁷ الآية 2 من سورة الصف (61).

⁸ الآية 24-26 عند ورش من سورة الواقعة (56).

⁹ الآية 29-30 عند ورش من سورة الرعد (13).

¹⁰ جزء من الآية 285-286 عند ورش من سورة البقرة (2).

ويقول أن الإجماع منعقد على قول: «لا حول ولا قوة إلا بالله»¹ وهذا يدل على أن لنا حول وقوة، وإن لم يكن ذلك إلا بالله سبحانه وتعالى.

والأهلية الجنائية، وحرية الإرادة الإنسانية التي تبنى عليها، وما يترتب على ذلك من حرية الاختيار بين الفعل والترك، وذلك هو شرط التكليف أو المسؤولية الجنائية، كل ذلك ثابت للإنسان، وهو ما عليه أغلب الفقه الإسلامي كما سنرى في المطلبين القادمين.

المطلب الثاني

أساس المسؤولية عند القدرية (المعتزلة)

386- تمهيد وتقسيم

المعتزلة حكموا العقل، وتطرفوا أحيانا في تحكيمه، والفكر الاعتزالي نشأ مبكرا في البصرة حول حلقة الحسن البصري التي انشقوا عليها، ففي التاريخ الإسلامي رواية تفيد أن مؤسس هذه المدرسة الفكرية، كان يرتاد حلقة الحسن البصري² في بداية القرن الهجري الثاني ثم اختلف مع الحسن البصري واعتزل الحلقة، وعليه قيل عنه أنه اعتزل، ولما أخذ يلتف حوله من على رأيه، سموا بالمعتزلة³.

ورواية تقول أن واصل بن عطاء هذا أخذ الاعتزال عن الحسن البصري ذاته. وعلى أي حال فليس المهم ظهورهم فإن هناك من يرجع ظهورهم إلى عهد النبي صلى الله عليه وسلم، وإنما المهم فكرهم، وموقفهم من التكليف والأهلية والمسؤولية.

ولبيان موقفهم من الأهلية والمسؤولية أقسم المطلب إلى فروع، أتناول في الفرع الأول: كيف تأسس الفكر الاعتزالي، ومضمونه، وفي الثاني أدلة المعتزلة النقلية أو النصية، وفي الثالث أدلتهم العقلية، وفي الرابع الرد على أدلتهم، ونقدي لفكرهم.

387- الفرع الأول: كيف تأسس الفكر الاعتزالي ومضمونه

يقال أن أصل نشأة المعتزلة هو: أن رجلا دخل على الإمام الحسن البصري وهو عند عمود مسجد بالبصرة حوله حلقة ناس يدرس عليهم فسأل الرجل الإمام عن مرتكب الكبيرة، وقبل أن يجيبه الإمام أجابه التلميذ واصل بن عطاء، ويقال أن جوابه كان ردا على الحسن البصري وعلى غيره. وبجوابه هذا قرر مبدأ المنزلة بين المنزلتين واعتزل هو ومن معه في حلقة الحسن البصري، وطبقوا فيما بعد الحكم على المتحاربين من الصحابة على طلب الخلافة، ومن معهم من التابعين، إذ كان الخلاف بشأن المتحاربين قائم فأصحاب الإمام علي كرم الله وجهه ورضي عنه يكفرون أصحاب معاوية رضي الله عنه، وأصحابه يكفرون أصحاب علي كرم الله وجهه.

¹ انظر ابن حزم، الفصل في الملل والأهواء والنحل، ج3، مرجع سابق، ص 23 و24.

² الحسن البصري هو الحسن بن يسار مولى زيد بن ثابت أمه خيرة كانت مولاة لأم سلمة أم المؤمنين رضي الله عنها وعنه، ولد سنة 21 هـ قبل خلافة عمر رضي الله عنه بسنتين، روى عن كثير من الصحابة والتابعين، كان فقيها ثقة تولى قضاء البصرة في عهد عمر ابن عبد العزيز لكنه استعفى، وانتصب للإفتاء، توفي سنة 110 هـ.

³ واصل بن عطاء تلميذ الحسن البصري الذي انشق واعتزل حلقة شيخه، ويقال أن سبب ذلك لما قالت الخوارج لتكفير مرتكب الكبيرة، وقالت الجماعة من أهل السنة أنه مؤمن فاسق بارتكابه الكبيرة، خرج واصل وقال أنه لا مؤمن ولا كافر، فهو في منزلة بين المنزلتين. وهو شيخ المعتزلة، توفي سنة 181 هـ.

وكانت صورة الاختلاف حول هذه المسألة أن شيعة الإمام علي كرم الله وجهه يكفرون من خرج عليه، وجماعة معاوية رضي الله عنه يلعنون عليا كرم الله وجهه في المساجد، والخوارج يقولون أن أصحاب الجمل كفروا بقتالهم عليا كرم الله وجهه، وأن عليا كان على الحق في قتالهم، وقتال أصحاب معاوية إلى أن حكم فكفر بالتحكيم. وأهل السنة يعتقدون بصحة إسلام الفريقين في حرب الجمل وصفين، ويرون أن من قاتلوا عليا فيهما كانوا عصاة مخطئين ولم يبلغ خطاهم الفسق أو الكفر. وأما المرجئة فيؤمنون بحسن إسلامهم جميعا، ويرجئون الحكم على الفريقين إلى يوم القيامة. وقال واصل أن الإمامة باختيار الأمة، لأن الله لم ينص فيها على أي وضع أو رجل بعينه، ولا عين الرسول صلى الله عليه وسلم لها أحدا.

ففي هذا الجو نشأ الفكر الاعتزالي، الذي نشأ جريئاً في كل أدائه. ومضمونه أن الإنسان يخلق أفعاله بنفسه خيراً وشرها، ويستحق على ما يفعله منها الثواب أو العقاب. والله سبحانه وتعالى منزه أن تضاف إليه الشرور والمظالم، فالإنسان مختار في كل ما يفعله من شر أو خير. ولذلك كان التكليف وكان من أظهر من قال بهذا القول غيلان الدمشقي، أو القدري كما هو معروف، ويعتبره المعتزلة من طبقتهم. وهم ينكرون القدر، ولذا سموا القدرية، وقد افترقوا إلى عشرين فرقة¹ يجمعون كلهم على أمور هي صلب مضمون مذهبهم، وهي أن:

1- الله سبحانه وتعالى غير خالق لأكساب الناس أي لما كسبت أيديهم من أفعال خيراً وشرها، ولا لشيء من أعمال الحيوانات، ويرون أن الناس هم الذين يقدرون أكسابهم، وأنه ليس لله عز وجل في أكسابهم وأعمال سائر الأحياء صنع ولا تقدير. هذا ما ابتدأوا به، وبمرور الزمن أكملوا مبادئهم الآتية:

2- التوحيد.

3- العدل.

4- الوعد والوعيد.

5- المنزلة بين المنزلتين

6- الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.²

ويهمنا في بحثنا هذا مبدأهم الثالث (العدل) لأنه هو الأساس الذي نحلل على ضوئه حرية الجاني واختياره بإرادته.

388- الفرع الثاني: أدلة المعتزلة النقلية

يستدل المعتزلة لمذهبهم من القرآن العظيم خاصة بالآيات مثل الآتية:

قول الله سبحانه وتعالى: «ومن يعمل سوءاً أو يظلم نفسه ثم يستغفر الله يجد الله غفورا رحيمًا، ومن يكسب إثماً فإنما يكسبه على نفسه وكان الله عليماً حكيماً»³.

¹ أنظر الدكتور زهدي جار الله، المعتزلة، مرجع سابق، ص 59 وما بعدها.

= وأنظر الدكتور أحمد فتحي بهنسي، المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 28.

² أنظر نفس المرجع، ص 121 وما بعدها في تفصيل فرق المعتزلة وعقائدهم.

وأنظر ابن حزم، الفصل في الملل والأهواء والنحل، ج3، مرجع سابق، ص 51 وما بعدها.

³ الآيتان 110 و 111- 109 و 110 عند ورش من سورة النساء (4).

وقوله سبحانه وتعالى: «هنالك تبلو كل نفس ما أسلفت...»¹، وقوله جل وعلا: «قل يا أيها الناس قد جاءكم الحق من ربكم فمن اهتدى فإنما يهتدي لنفسه ومن ضل فإنما يضل عليها وما أنت عليهم بوكيل»²، وقوله سبحانه وتعالى: «قد جاءكم بصائر من ربكم فمن أبصر فلنفسه ومن عمي فعليها»³، وقوله سبحانه وتعالى: «وقل الحق من ربك فمن شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر...»⁴، وقوله جل وعلا: «من عمل صالحا فلنفسه، ومن أساء فعليها وما ربك بظلام للعبيد»⁵.

وقوله سبحانه وتعالى: «كل نفس بما كسبت رهينة»⁶، وقوله جل من قائل: «إنا هديناه السبيل إما شاكرا وإما كفورا»⁷.

ومن السنة لم يستدلوا وقد رفضوا الأحاديث التي تثبت القدر وكذبوا روايتها. وهذا رأيهم في اعتماد الأدلة النقلية إذا كانت توافق فكرهم وأغراضهم، ويتأولونها، أو يرفضونها إذا كانت تخالفها.

فهكذا تأولوا الآيات القرآنية التي تقول بالجبر صراحة، ومع هذا أولوها وأخرجوا منها معنى الجبر في زعمهم.

389- الفرع الثالث: أدلة المعتزلة العقلية

يستند المعتزلة لإثبات صحة مذهبهم في إنكار القدر إلى مسائل مثل التكليف والوعد والوعيد، ولتبرير إرسال الرسل، وبفني الظلم عن الله سبحانه وتعالى، وسأتناول كل نقطة من هذه النقاط في بند مستقل فيما يأتي.

390- أولا: التكليف: يرى المعتزلة أن الله سبحانه وتعالى خلق الخلق لمنفعتهم، وتعريضهم لثواب الأبد بمعرفته وعبادته، لذلك وجب عليه تعالى أن يكلفهم⁸ لأن التكليف هو السبيل لتلك المعرفة. ولو لم يكلفهم لكان أغراهم بالمعاصي⁹، لذلك فبعثة الأنبياء واجبة عليه سبحانه وتعالى¹⁰ لأنهم واسطة التكليف. وأنه سبحانه وتعالى لا يكلف عباده إلا بما يطيقون¹¹، لأن الغاية من التكليف صلاح العباد¹². ولذا وجب عليه أن ينزع عنهم حتى تتمكن عقولهم ومقدراتهم من العمل أو الامتناع¹³، ولذا لا بد أن يكون العبد عاقلا مفكرا حتى يصل بعقله إلى معرفة الله سبحانه وتعالى¹⁴، وما كان غير مكلف فقد خلقه الله

¹ الآية 31-30 عند ورش من سورة يونس(10).

² الآية 108 من سورة يونس(10).

³ الآية 104-105 عند ورش من سورة الأنعام(6).

⁴ الآية 28-29 عند ورش من سورة الكهف(18).

⁵ الآية 45/46 عند ورش من سورة فصلت(41).

⁶ الآية 38/41 عند ورش من سورة المدثر(74).

⁷ الآية 3 من سورة الإنسان(76).

⁸ أنظر الإمام الغزالي أبو حامد، الاقتصاد في الاعتقاد، طبعة القاهرة لسنة 1327هـ/1909م، ص 82.

⁹ أنظر البغدادي أبو منصور عبد القاهر الأشعري، المتوفى سنة 429هـ، أصول الدين، طبعة إسطنبول لسنة

1347هـ/1928م، ص 149.

¹⁰ أنظر الغزالي، الاقتصاد في الاعتقاد، مرجع سابق، ص 86.

¹¹ أنظر الأشعري أبو الحسن، مقالات الإسلاميين، ج1، الأستانة، بدون سنة نشر، ص 203.

¹² أنظر الأشعري، أصول الدين، مرجع سابق، ص 214.

¹³ أنظر الشهرستاني، نهاية الإقدام في علم الكلام، أكسفورد، طبعة سنة 1353هـ-1934م.

¹⁴ المرجع نفسه، ص 401.

لينتفع به المكفون، أو ليكون لهم عبرة ودليلاً¹. وأنه لا يمكن أن يزداد أو ينقص مما ورد به التكليف فما أوجبه الشرع لا يجوز سقوطه، وما أسقطه لا يمكن إيجابه².

391- ثانياً: الوعد والوعيد: فهم يحتجون لمذهبهم بقولهم: إذا كان الله سبحانه وتعالى خلق أفعال العباد بطل التكليف لأن التكليف طلب والطلب يستدعي مطلوباً ممكناً من المطلوب منه، وإلا بطل التكليف، وبطل الوعد والوعيد، لأنه إذا كانت أفعال العباد من صنع الله تعالى فكيف يحاسبهم عليها فيثيبهم أو يعاقبهم، وهم لا صنع لهم فيها ولا تقدير؟³ فلكي يصح التكليف والثواب والعقاب ينبغي أن تكون للإنسان قدرة على أفعاله. وفي هذا قال ثمامة: «لا تخلو أفعال العباد من ثلاثة أوجه، إما كلها من الله ولا فعل لهم ولم يستحقوا ثواباً ولا عقاباً ولا مدحاً ولا ذمماً، أو أن تكون منهم، ومن الله ويجب المدح لهم جميعاً والذم، أو منهم فقط كان لهم الثواب والعقاب والمدح والذم»⁴.

والمعتزلة يرون أن أفعال العباد منهم وحدهم، ولهم ثوابها، وعليهم عقابها.

392- ثالثاً: تبرير إرسال الرسل: قول المعتزلة إذا كانت أفعال العباد من خلق الله لا من خلقهم فما الفائدة من إرسال الرسل؟ إذ لا معنى لدعوة من يعلم الله سبحانه وتعالى مسبقاً أنه لا يستجيب له، وهو لا يرجو إجابته، وإذا كان الأمر كذلك فلا داعي لإرسال الرسل، فهو سبحانه وتعالى يقدر من يكون مؤمناً ومن يكون غير مؤمن⁵. وحتى يكون لإرسال الرسل مبرر وجب أن يكون المرسل إليهم أحراراً في اختيار أفعالهم قادرين على ذلك الاختيار وعلى فعل تلك الأفعال، أو الامتناع عنها.

393- رابعاً: نفي الظلم عن الله سبحانه وتعالى: رأى المعتزلة في إثبات أهل السنة والمجبرة القدر لله سبحانه وتعالى، ونسبته إليه وحده، وقولهم أنه خالق أفعال العباد، اتهامهم المولى سبحانه وتعالى بالجور، ذلك أن في أفعال العباد ما هو سوء من ظلم وكذب وزور وكفر، فلو كان الله خالق لهذه الأفعال لكانت تلك القبائح من خلقه تعالى، وهذا لا يجوز في حقه تعالى، إذ لا يجوز أن ينسب إليه سوء⁶، ثم أنهم يتساءلون كيف يخلق الله سبحانه وتعالى أفعال عباده، ويقدرها لهم ثم يعاقبهم عليها؟ أليس من أجبر غيره على معصية ثم عاقبه عليها ظالم له؟ ومن أعان أحداً على فعل الظلم ثم عاقبه عليه كان جائراً⁷.

فهم يمتنعون عن القول بأن الله خالق أفعال العباد لينفوا عنه الظلم، والقبح، والجور. وهم يجمعون على أنه سبحانه وتعالى عادل، لا يظلم الناس شيئاً⁸. وأنه يريد من عباده جميعاً الطاعات ويكره منهم المعاصي⁹. ويستدلون على ذلك زيادة على البراهين العقلية بآيات

¹ أنظر الأشعري، مقالات الإسلاميين، ج1، مرجع سابق، ص 251.

² أنظر البغدادي، أصول الدين، مرجع سابق، ص 149.

³ أنظر الشهرستاني، نهاية الإقدام، مرجع سابق، ص 83 و 84.

⁴ أنظر زهدي جار الله، المعتزلة، مرجع سابق، ص 104.

وانظر المرتضى أحمد بن يحيى أحد كبار أئمة الزيود في اليمن معتزلي، توفي سنة 840 هـ: **المنبية والتبیه**، حيدر آباد، طبعة سنة 1316 هـ-1902 م، ص 35.

⁵ أنظر الخياط أبو الحسن عبد الرحيم، المتوفى سنة 300 هـ، الانتصار والرد على ابن الروندي الملحد، القاهرة، طبعة سنة 1344 هـ-1925 م.

⁶ أنظر ابن حزم، الفصل في الملل والأهواء والنحل، ج3، مرجع سابق، ص 36.

⁷ المرجع نفسه، ص 56.

⁸ نفس الصفحة من نفس المرجع.

⁹ أنظر أبي الحسن الأشعري المتوفى سنة 330، الإبانة في أصول الديانة، ط1، حيدر آباد، ص 60 و 64.

من القرآن العظيم¹: قوله تعالى: «...فما كان الله ليظلمهم ولكن كانوا أنفسهم يظلمون»²، وقوله تعالى: «إن الله لا يظلم الناس شيئا ولكن الناس أنفسهم يظلمون»³، وقوله جل وعلا: «...ولا ظلم اليوم»⁴، وقوله: «...وما الله يريد ظلما للعباد»⁵، وقوله سبحانه وتعالى: «...وما ربك بظلام للعبيد»⁶، وقوله سبحانه وتعالى: «...ولا يرضى لعباده الكفر...»⁷.

394- الفرع الرابع: ردي على أدلتهم ونقدي لفكرهم

لا أزعج أنني بردي هذا ألزم المعتزلة الحجة، وأنفي فكرهم الذي دام قرونا بما له وما عليه، وإنما أقدم توضيحا لقارئ بحثي.

فالمعتزلة كما مر معنا في الفرع الثاني من هذا المطلب، يردون الأدلة النقلية إذا كانت لا توافق أغراضهم فطالما كذبوا الرواة من الصحابة، فقالوا عن ابن مسعود رضي الله عنه، وهو الصحابي الجليل الحجة على الأمة أنه كذب على النبي صلى الله عليه وسلم بحديثه عنه: «الشقي من شقي في بطن أمه والسعيد من سعد في بطن أمه»، كما تأولوا آيات القرآن العظيم التي لا تخدم فكرهم تأويلات لا يقبلها عقل إلا عقولهم المتحيزة لفكرهم، فهذا الزمخشري أحد أئمتهم يفسر قول الله سبحانه وتعالى في سورة البقرة: «ختم الله على قلوبهم...» بقوله: «فلم أسند الختم إلى الله... لينبه على أن هذه الصفة من فرط قدمها كالشيء الخفي غير العرضي... كقولهم سال به الوادي إذا هلك، وطارت به العنقاء إذا أطال الغيبة... وليس لله فعل في تجافيتها عن الحق...»⁸.

قلت لا أنتقد رأي المعتزلة لأفنده، بل لأبين بعض ما فيه من الغرائب، والتطرف، والتحيز لنصرة فكرهم، ولو أحيانا على حساب الحق الواضح. فهم من يمكن بوصفهم أنهم إيديولوجيو الفكر الإسلامي. وإن كان قولهم بمسؤولية الإنسان الكاملة على أفعاله لأنه يأتيها بإرادته، ما كانت هذه الإرادة حرة غير معيبة، وهذا صواب في تحميله كل نتيجة أفعاله، حتى يتحقق العدل والردع. فهذا القول أنا معهم فيه. كما أنني معهم في الرفع من شأن العقل البشري، لكن ليس إلى حد أن يحكم في النصوص بل تبقى دائما النصوص الشرعية حاكمة عليه، فهي: «تنزيل من حكيم حميد»⁹ وفيها قال سبحانه وتعالى: «...وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا...»¹⁰.

وأرى أن ظهور الأشعري ومذهبه التوفيقي كان لا بد منه، حتى لا يتطرف المعتزلة كثيرا في أفكارهم التي كانت ولاشك متأثرة بفكر غير المسلمين، وكانت كرد فعل على ثبات السلف على النص ثباتا يكاد يكون تحكيما لظواهر النصوص، فجاء الفكر الاعتزالي يحكم

¹ أنظر الشهرستاني، نهاية الإقدام، مرجع سابق، ص 258.

² الآية 71 من سورة التوبة (9).

³ الآية 44/45 عند ورش من سورة يونس (10).

⁴ الآية 16/17 عند ورش من سورة غافر (40).

⁵ الآية 31/33 عند ورش من سورة غافر (40).

⁶ الآية 45/46 عند ورش من سورة فصلت (41).

⁷ الآية 8/9 عند ورش من سورة الزمر (39).

⁸ أنظر الإمام الزمخشري، الكشف، مرجع سابق، ص 29 و 30 و 31.

⁹ الآية 41/42 عند ورش من سورة فصلت (41).

¹⁰ الآية 7 من سورة الحشر (59).

روح النصوص في نظر أهله، ولعله ذلك مقصده، لكن الغلو يمكن أن يخرج به عن هذا القصد، لذا كما قلت كان لابد من أشعرية، وهذا ما سأبحث في هذا المطلب القادم.

المطلب الثالث أساس المسؤولية عند الأشاعرة

395- تمهيد وتقسيم

الأشعرية مذهب اعتقادي في العقيدة الإسلامية، له آراؤه في العقيدة والشريعة، ومن بين المسائل التي خاض فيها الأشاعرة، والتي تميزوا بها عن غيرهم من المعتزلة والجبرية مسألة حرية الإرادة الإنسانية، وما يترتب عليها من أهلية جنائية. ولبحث هذا الموضوع بالدقة اللازمة أتناوله في الفروع الآتية:

الفرع الأول: تأسيس الفكر الأشعري.
الفرع الثاني: مضمون الفكر الأشعري (نظرية الكسب).
الفرع الثالث: التوفيق بين نظرية الكسب الأشعري وحرية الإرادة.
مبينا خاصة معنى الكسب الأشعري، كنظرية في مقابل جبر الجبريين، والحرية المطلقة للقدرين (المعتزلة).

396- الفرع الأول: تأسيس الفكر الأشعري

عندما أفل نجم المعتزلة والاعتزال بعد سطوع بهر العالم ودام ردحا من الزمن، تبنته ممالك وحاربه أخرى، وكرم من أجله ناس، وأوذى آخرون، ومحنة الإمام أحمد بن حنبل رضي الله عنه مع فتنة خلق القرآن معروفة.
قلت عندما أفل نجم الاعتزال، ظهر أبو الحسن الأشعري¹، الذي كان معتزليا صميما لينقذ ما أمكن إنقاذه من مذهب الاعتزال، الذي عاد الاضطهاد عليه، بعد أن كان له. فقد ر بعقل ناضج مدى الاتساع والازدياد المستمر للهوة بين المعتزلة وبين أهل السنة والجماعة، فعلم أن الاعتزال زائل لا محالة، لذا تنكر لهذا الفريق، وأعلن انفصاله عنهم، ورجوعه إلى فريق أهل السنة والجماعة²، غير أن رجوعه لم يكن إلا ظاهريا، بل اتخذ له مذهباً جديداً هو عبارة عن موقع وسط بين الاعتزال والسلفية السنية³. وللتقدم الحضاري الذي عليه الأمة الإسلامية حينها (أواخر القرن الثاني للهجرة) استحسّن الناس هذا المذهب الجديد للخروج من الجمود، وخرج الحنابلة عن هذا الاستحسان وحدهم.

¹ أبو الحسن علي بن اسماعيل بن أبي بشير الأشعري المولود سنة 200هـ، المتوفى سنة 330 أو 334هـ.

² أنظر أبي الحسن الأشعري، الإبانة في أصول الديانة، مرجع سابق، ص8.

وانظر ابن خلكان، المتوفى سنة 681هـ، وفیات الأعيان، ج1، القاهرة، طبعة سنة 1275هـ-1858م، ص464.

³ أنظر ابن خلدون العلامة عبد الرحمن المغربي، المتوفى سنة 808هـ، المقدمة، بيروت، طبعة سنة 1279هـ-1879م، ص406.

وانظر الدكتور زهدي جار الله، المعتزلة، مرجع سابق، ص262.

-وكان لهذه الفرقة الجديدة التي أسسها أبو الحسن الأشعري، والتي نسب إليه رأيها، وفكرها، وكان من بين فكرهم ما يلزمنا هنا في موضوع حرية الإرادة الإنسانية، وأهلية الإنسان لتحمل تبعه ما كسبت يده¹، وكانت تلك هي نظرية الكسب الأشعري.

397- الفرع الثاني: مضمون الفكر الأشعري (نظرية الكسب)

قلت أن الفكر الأشعري، وسطي أي توفيقي بين فكر الاعتزال والجبر، أي بين القدرية والجبرية. حيث يرى الأشاعرة أن الأفعال من العباد تحدث بقدره الله سبحانه وتعالى، وفاعليته خلقا وإبداعا، مع نسبتهم الفعل نفسه بوجه ما إلى الاستطاعة البشرية، فيوجبوا بذلك المسؤولية على العبد (المكلف) ويرتبوا عليه الجزاء. إلا إن بعضهم أنكر هذه الفكرة بدعوى أنها لا تكاد تختلف عما نادى به أنصار مذهب الجبرية، وأنها تنطوي على إنكار حرية الإرادة، ومبدأ المسؤولية الأخلاقية، ونتيجة لذلك عدل بعض أئمة الأشاعرة نظريتهم القائلة بالكسب الأشعري ووقفوا بينها وبين حرية الإرادة الإنسانية، وكان لهذا التعديل تأثير واضح على موقف الأشاعرة من فكرة الأهلية المبنية على حرية الإرادة. وفيما يأتي عرض ذلك بالتفصيل قدر الإمكان.

398- نظرية الكسب الأشعري كأساس للمسؤولية والجزاء

ينطلق الأشعري في نظريته هاته إلى نسبة حدوث كل شيء في الكون إلى خالقه سبحانه وتعالى، رافضا أن تكون هناك فاعلية حقيقية في هذا الكون لغير الله سبحانه وتعالى. وينطلق من هنا في تحديد فكرة الكسب البشري كأساس للمسؤولية والجزاء. مؤكدا على إطلاق فاعلية المولى سبحانه وتعالى، وأن القدرة والعلم والإرادة صفاته سبحانه وتعالى قديمة مطلقة².

إلا أنه مع تأكيده على إطلاق الفاعلية الإلهية، وشمولها، لا ينفي لدى الإنسان الاستطاعة، التي توجب عليه المسؤولية والجزاء. وإن حد هذه الاستطاعة بحدود، ووصفها بخصائص معينة، بحيث تبقى دائما غير مستقلة عن القدرة الإلهية المطلقة.

-فالله سبحانه وتعالى عندما يعلم من العبد عزما وتصميما على القيام بفعل ما، فإنه يخلق له الفعل، ويمده في آن الوقت بالقدرة، والاستطاعة على فعله. فيكون حينئذ دور الإنسان هو اكتساب الفعل المخلوق.

-ويرى الأشعري أن الاستطاعة هي صفة للذات البشرية، وليست جزءا منها، وهذه الاستطاعة تحدث مع الفعل وتنتهي بانتهائه. وهي إمكانية يمد الله سبحانه وتعالى بها العبد لحظة حدوث الفعل، ثم تنعدم بانتهاء حدوثه، فهي مخلوقة لله، يخلقها في العبد مع الفعل. فالكافر ليس له الاستطاعة على الإيمان وإلا آمن، والمؤمن ليس له الاستطاعة على الكفر وإلا لكفر³.

¹ أنظر الدكتور محمد عمارة، المعتزلة ومشكلة الحرية الإنسانية، مرجع سابق، ص 3410 وما بعدها.
وانظر الدكتور عبد الوهاب حومد، دراسات معمقة في الفقه الجنائي المقارن، جامعة الكويت، طبعة سنة 1983، ص 201.

² أنظر الدكتور فاروق الدسوقي، القضاء والقدر في الإسلام بين السلف والمتكلمين، دار المعارف، القاهرة، طبعة سنة 1966، ص 305 و316.

³ أنظر المرجع نفسه، ص 313 و314.

-وهكذا يلتقي الأشعري مع الجبرية في قوله بكون الإنسان ليس هو خالق أفعاله¹، وإنكار حرية الإرادة الإنسانية في الفعل، ومبدأ المسؤولية الأخلاقية عنه². ولا يلطف من موقفه هذا قوله بالكسب، إذ أن الكسب لا يخرج عن مجرد تعلق قدرة الإنسان وإرادته بالفعل، دون أن يكون له دخل أو تأثير في وجود الفعل سوى كونه محلاً لهذا الفعل³.

399- محاولة التوفيق بين نظرية الكسب وحرية الإنسان:

تحت تأثير الانتقادات الموجهة لنظرية الكسب الأشعري، انبرى بعض الأشاعرة من المتأخرين إلى محاولة إصلاح هذه النظرية، ومحاولة التوفيق بينها وبين حرية الإرادة الإنسانية⁴، وكانت أهم المحاولات من الإمامين العظميين الإمام الباقلاني⁵ والإمام الجويني⁶. فالإمام الجويني حاول التوفيق بين نظرية الكسب وحرية الإرادة، من خلال توفيقه بين إثبات القدرة الحادثة المؤثرة، التي يتأسس عليها الثواب والعقاب، وبين شمول القدرة الإلهية المطلقة⁷.

ويثبت للقدرة الحادثة تأثيراً حقيقياً في الفعل المكتسب، إذ يرى أن فعل العبد قدرة وهبها الله له، وهي تصاحب الفعل، وتنتهي بانتهائه. وأن فعل العبد ينسب إلى قدرته الحقيقية، لأن العقل والحس يبايان نفي القدرة والاستطاعة عن الإنسان الفاعل. ولا يعني ذلك استقلال العبد تماماً بقدرته عن القدرة والفاعلية الإلهيتين. إذ قدرة الإنسان مرتبطة بسلسلة من العلل والمعلولات، تنتهي إلى القدرة الإلهية، ذات الفاعلية المطلقة، التي تخلق لكل الفاعليات إمكانية التأثير وتمدها به⁸.

-وهكذا ينتهي إلى المذهب الوسط بين المعتزلة، أنصار الحرية المطلقة، والجبرية أنصار الجبر الخالص، بإثباته للإرادة الإنسانية قدراً من الفاعلية ليست خالقة مبدعة، وإنما كاسبة مؤثرة في الصفات الخلقية للفعل. وبقوله: أن المخلوق أي الفعل مجرد عن الخير والشر، وإن أصبح بعد ذلك، بقصد الفاعل واختياره، حسناً أو قبيحاً⁹.

-والإمام الباقلاني عمد إلى توسيع فكرة الكسب الأشعري، وأخرجها من دائرة التعليق والاقتران بقدرة العبد إلى جعلها نوعاً من الفعل بقوله: أن الله هو الخالق لأفعال العباد، وقدرة العبد حادثة لا توجد شيئاً، ولكنها تخصص هذا الوجود، ومن ثم فإن فعل العبد يقع بالقدرة الحادثة، أي بالكسب. وبالرغم من أن القدرة عند الإنسان هي قدرة محدثة بقدرة

¹الأشعري الإمام أبو الحسن، كتاب اللمع في الرد على أهل الزيغ والبدع، تقديم وتصحيح الدكتور حموده غرابية، جماعة الأزهر للتأليف والترجمة والنشر، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، طبعة سنة 1975، ص 73.

²أنظر الدكتور محمد عمارة، المعتزلة ومشكلة الحرية الإنسانية، دار الشروق، طبعة سنة 1988، ص 35.

³أنظر الدكتور محمد عمارة، المرجع نفسه، ص 36.

⁴أنظر الدكتور فاروق الدسوقي، القضاء والقدر، مرجع سابق، ص 327 وما بعدها.

⁵الباقلاني القاضي أبو بكر محمد بن جعفر البصري المتوفى سنة 453.

⁶الجويني أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله النيسابوري، إمام الحرمين، ولد سنة 419هـ، ودرس على والده رئيس الشافعية حتى برع في علوم الدين، خاصة علم الكلام والأصول، وهو أستاذ الغزالي، توفي سنة 478هـ.

⁷أنظر الدكتور فاروق الدسوقي، القضاء والقدر، مرجع سابق، ص 341 و342.

وانظر الدكتور هشام محمد فريد، الدعائم الفلسفية للمسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 186.

وانظر الدكتور عادل يحيى قرني علي، النظرية العامة للأهلية الجنائية، مرجع سابق، ص 122 و 123.

⁸أنظر الدكتور فاروق الدسوقي، القضاء والقدر، مرجع سابق، ص 341 و342.

⁹المرجع نفسه، نفس الصفحات.

إلهية أحدثتها، إلا أن إثبات القدرة للإنسان، يعني إثبات استطاعته ضمناً أن يفعل، وهو أساس الحرية الإنسانية، من الوجهة العلمية.¹ فالباقلاني ينتهي إلى أن الإنسان يأتي أفعاله بإرادته وحريته واختياره، وإن كان خالق الفعل هو الله سبحانه وتعالى. -وهكذا يوفق هذان الإمامان العظيمان بين نظرية الكسب الأشعرية، ونظرية حرية الإرادة الإنسانية.

المطلب الرابع

تحليل فقهي ورأيي في موضوع أساس المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية

400- تمهيد وتقسيم

رأيي هنا سأقدمه بعد تحليل فقهي لأراء المدارس الفكرية في الفقه الإسلامي الثلاثة (جبرية ومعتزلة وأشعرية). -وأرى ابتداءً أن المنتبِع لفكر هذه المدارس الثلاثة يجد أن أتباعها جميعاً، ينتهون بكيفية أو بأخرى، إلى أن أساس المسؤولية يقوم على الإرادة الإنسانية، ويجعلون بالتالي الأهلية الجنائية شرطاً أساسياً لهذه المسؤولية.² -غير أن لكل فريق طريق سلكه، حتى وصل إلى هذا الحكم، كما أنهم يختلفون في درجة الوضوح في القول به، وفي الأهمية التي يعطونها له في بناء المسؤولية عليه. ولذا سأنتبِع مسلك كل فريق من هذه الفرق الثلاثة الذي وصل عبره إلى أن الأهلية، وما يتعلق بها من إرادة وقصد، هي أساس المسؤولية الجنائية. وأقدم رأيي بعد الانتهاء من هذا التحليل الفقهي، وذلك في فروع أربعة من هذا المطلب كما هو آت:

401- الفرع الأول: مسلك الجبرية للوصول إلى أن الأهلية أساس المسؤولية الجنائية وأهميتها في ذلك

في الواقع إن الاعتراف بحرية الإرادة الإنسانية، وقدرة الإنسان على الإدراك، وعلى الاختيار، أي أن القرار بأهليته الجنائية، وارد عند الجبرية، ولو كان هذا الأمر اهتم به الجبرية اهتماماً ثانوياً. إذ أنه ولئن قال زعيمهم جهم بن صفوان³: «لا فعل في الحقيقة لأحد إلا الله وحده، وأنه هو الفاعل، وأن الناس إنما تنسب إليهم أفعالهم على سبيل المجاز، كما يقال: تحركت الشجرة، ودار الفلك، وزالت الشمس، وإنما فعل ذلك بالشجرة، والشمس، والفلك، الله سبحانه وتعالى»⁴، فإننا نجد الأشعري ينسب إليه أنه قال

¹ أنظر الدكتور فاروق الدسوقي، القضاء والقدر، مرجع سابق، ص 342.

وانظر الدكتور هشام محمد فريد، الدلائل الفلسفية للمسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 185. وانظر الدكتور عادل يحيى قرني علي، النظرية العامة للأهلية الجنائية، مرجع سابق، ص 122.

² أنظر الدكتور فاروق الدسوقي، القضاء والقدر، مرجع سابق، ص 342. وانظر الدكتور عادل يحيى قرني علي، النظرية العامة للأهلية الجنائية، مرجع سابق، ص 117 و 118.

³ رئيس من رؤساء فرقة الجهمية، توفي سنة 128هـ-745م.

⁴ أنظر أبو الفتح الشهرستاني، موسوعة الملل والنحل، مؤسسة ناصر للثقافة، مرجع سابق، ص 36.

أيضا: «...إلا أنه خلق للإنسان قوة كان بها الفعل، وخلق له إرادة للفعل، واختار له منفردا، كما خلق له طولا كان به طويلا، ولونا كان به متلونا»¹.
 -ولا يشك أحد في أن هذا القول ينفي على الإنسان كونه مجبرا مثل الحيوان، أو الجماد، وهو المعنى الذي يوحي به ما أكده جهنم بن صفوان، وبهذا يعترف للإنسان، دوناً عن غيره من الكائنات، بالقدرة على الفعل، وإرادة الفعل، وبوجود الاختيار لديه².
 -وهذا في محصلته يدل على أن أنصار المذهب الجبري، لا ينفون عن الإنسان كلية القدرة على الاختيار، ولم يجردوه من الحرية، وهم بهذا أقرب ما يكونون من الأشاعرة³، بل وهناك من قال: أنهم بقولهم هذا اقتربوا من القدريّة (المعتزلة) في قول هؤلاء: بالقدرة الخالقة في الإنسان لأفعاله، وإن هذه القدرة أودعها الله سبحانه وتعالى فيه وخلقها من أجله ليصير متمكنا من اختيار الفعل أو الترك⁴.
 وهكذا ينتهي الجبرية إلى الأخذ بكون الأهلية هي أساس المسؤولية الجنائية. وإقرارهم بالتالي بشيء من حرية الاختيار لدى المكلف.

402- الفرع الثاني: مسلك المعتزلة في جعل الأهلية الجنائية أساس المسؤولية

المعتزلة يقوم فكرهم على أساس حرية الإنسان، وأن ما يعمل به يكون بإرادته وحده، لدرجة أنهم ينسبون للإنسان خلق أفعاله، فالمكلف عندهم يتمتع بكامل الأهلية، وما يتعلق بها من حرية الإرادة، والقدرة على الاختيار والإدراك. وأن أفعاله منسوبة إليه حقيقة لا مجاز⁵.
 منطلقين في ذلك من مبدأ العدل الذي هو دليل من أدلتهم العقلية على صحة مذهبهم، الذي بموجبه يشترطون الإثم أو الذم لتحميل الفاعل المسؤولية الجنائية⁶.
 -ويبررون كون أفعال العبد هو الذي يخلقها وبأن الله سبحانه وتعالى يستحيل أن يخاطبه بأن يفعل وهو لا يمكنه ذلك⁷.
 -وأن حرية الإنسان فيما يقرر بإرادته، أساسها العقل الذي باكتماله يمكن التمييز بين الخير والشر⁸.
 ولذا يقولون بانعدام مسؤولية من صدر منه فعل دون علمه بكيفية وقوعه كالنائم والساهي، ومن في حكمهما ممن لا يستحق اللوم، ولا يحمل الإثم لفقده العلم بما يفعل⁹. والعلم عندهم

¹ أنظر الدكتور فاروق الدسوقي، القضاء والقدر في الإسلام، مرجع سابق، ص 81.

² أنظر الدكتور عادل يحيى قرني علي، النظرية العامة للأهلية الجنائية، مرجع سابق، ص 118.

³ أنظر الدكتور علي سامي النشار، نشأة الفكر الفلسفي في الإسلام، ج1، دار المعارف، القاهرة، ط4 لسنة 1966.

⁴ أنظر الدكتور يحيى هشام حسن فرغل، نشأة الآراء والمذاهب والفرق الكلامية، مجمع البحوث الإسلامية، طبعة 1391هـ-1972م، ص 177.

⁵ أنظر هشام محمد فريد، الدعائم الفلسفية للمسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 168.

وانظر الدكتور محمد عمارة، المعتزلة ومشكلة الحرية الإنسانية، مرجع سابق، ص 71 وما بعدها.

⁶ أنظر الدكتور فاروق الدسوقي، القضاء والقدر في الإسلام، مرجع سابق، ص 129 وما بعدها.

وانظر الأستاذ أحمد أمين، فجر الإسلام، الهيئة المصرية العامة للكتاب، طبعة سنة 1966، ص 468.

⁷ أنظر الشهرستاني، الملل والنحل، مرجع سابق، ص 22.

وانظر الدكتور علي حسين عيد الله الشرفي، الباحث وأثره في المسؤولية الجنائية دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، دكتوراه مقدمة سنة 1986 لجامعة القاهرة، ص 277 و278.

⁸ أنظر الدكتور هشام محمد فريد، الدعائم الفلسفية للمسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 169.

⁹ المرجع نفسه، ص 179.

يستوي فيه الحقيقي والمفترض، على أن يقترب القصد الجنائي بارتكاب الفعل المجرم ويعاصره¹.

-ولكن مع هذا يرى المعتزلة أن لحرية الإنسان في الاختيار حدود فهي غير مطلقة، بل تؤثر عليها مؤثرات، وترد عليها قيود من الظروف المحيطة بالإنسان، ومن عوامله الداخلية². كداع قوي يلجئه، وطبع جبل عليه³، ومع هذا في حالة الطبع لا ينفون الاختيار واستطاعة الفعل أو الترك، ومن ثم المسؤولية الأخلاقية على الفعل. ويجعلون حكم المضطر يختلف عن حكم المختار⁴.

-وميز المعتزلة بين أفعال الإنسان التي يتحمل عنها المسؤولية الجنائية بين مباشرة، ومتولدة، وقالوا بمسؤولية الإنسان على الفعلين سواء، وخالف الجاحظ ومن معه فشكوا في مسؤوليته على المتولدة⁵.

وهكذا نجد المعتزلة يقولون بحرية الإنسان واختياره لأفعاله وأهليته في إتيانها وقصدها، ولا مؤثر عليه في ذلك عدا بعض الطباع أو الغرائز التي يجب أن لا تراعى كما يقول الجاحظ: «...إن كل من هؤلاء إنما هو رهن بأسبابه، وأسير لأيدي الله، عذرتهم جميع اللئام، وجميع المقصرين، وجميع الفاسقين والضالين»⁶ إذ قال له بعضهم أن الطبيعة الكامنة لا يمكن تفسيرها بالاختيار الإنساني، ولا يرون عذرا عن الفعل المتولد خلافا للجاحظ ومن معه.

403- الفرع الثالث: مسلك الأشعرية في جعل الأهلية الجنائية أساس المسؤولية

الأشاعرة وصلوا إلى جعل الأهلية أساس المسؤولية الجنائية، بمذهبهم التوفيقي، بين مذهب الجبرية والمعتزلة، عبر تصورهم بأن الفاعلية الحقيقية لله سبحانه وتعالى وحده، وأن للإنسان الاستطاعة، وبها يكسب إما الطاعة وإما المعصية، وتنتهي استطاعته التي بدأت مع فعله، بانتهائه⁷. وقال الباقلاني بأن قدرة العبد تخصص ما أوجدت وخلقت قدرة الله⁸. وقال الجويني: بأن فعل العبد ينسب إلى قدرته الحقيقية وهكذا يثبت الأشاعرة فاعلية الإرادة الإنسانية، وقصده كأساس للثواب والعقاب والمدح والذم⁹. وإن أفردوا الله

¹ أنظر أبو الحسن الأشعري، مقالات الإسلاميين واختلاف المصلين، ج2، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، مكتبة النهضة المصرية، طبعة سنة 1969، ص 93.

² أنظر الدكتور محمد عمارة، المعتزلة ومشكلة الحرية الإنسانية، مرجع سابق، ص 73 و74 و75.

³ أنظر الجاحظ أبو عثمان عمرو بن بحر، أحد أئمة المعتزلة وفضلائهم، والذي انفرد عنهم بمسائل من بينها ما عرف باسم (الطبع) أي الغريزة، توفي سنة 255هـ، رسائل الجاحظ، ج1، تحقيق عبد السلام هارون، طبعة القاهرة، ص 102 و103.

⁴ أنظر الشهرستاني، الملل والنحل، مرجع سابق، ص 31 و32.

وانظر الدكتور هشام محمد فريد، الدعائم الفلسفية للمسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 177.

وانظر الجاحظ أبو عثمان عمرو بن بحر، الحيوان، تحقيق عبد السلام هارون، القاهرة، طبعة سنة 1944، ص 203

وانظر الدكتور محمد عمارة، المعتزلة ومشكلة الحرية الإنسانية، مرجع سابق، ص 77.

⁵ أنظر الدكتور هشام محمد فريد، مرجع سابق، ص 169.

وانظر الدكتور محمد عمارة، مرجع سابق، ص 143.

⁶ أنظر الجاحظ، الحيوان، مرجع سابق، ص 203.

⁷ أنظر الدكتور فاروق الدسوقي، القضاء والقدر في الإسلام، ج2، مرجع سابق، ص 305 و313 و314 و316.

وانظر الدكتور محمد عمارة، المعتزلة ومشكلة الحرية الإنسانية، مرجع سابق، ص 35 و36.

⁸ أنظر الدكتور هشام محمد فريد، الدعائم الفلسفية للمسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 185 و186.

⁹ أنظر الدكتور فاروق الدسوقي، المرجع السابق، ص 341.

سبحانه وتعالى بالخلق والإبداع مقرين بدور الأهلية الجنائية كأساس للمسؤولية الجنائية¹،
وشرط لقيام هذه المسؤولية.

404- الفرع الرابع: رأيي في أساس المسؤولية الجنائية على ضوء المذاهب الفكرية في الفقه الإسلامي

باستقراء آراء المفكرين في الفقه الإسلامي نجد أن المعتزلة حسموا قضية العلاقة بين الإنسان والفعل الصادر عنه حسبما لم يكن في مذهب آخر غير مذهبهم من المذاهب الفكرية في الفقه الإسلامي، بحيث أرسوا دعائم نظريتهم المتكاملة في هذا الموضوع - مؤكدين على مسؤولية الإنسان عن أفعاله تأسيساً على ما يتمتع به من حرية في اختياره لهذه الأفعال، ومع هذا لم يغفلوا رغم تزعمهم لمدرسة هذا الرأي-أثر الظروف الموضوعية، والشخصية على هذه الحرية لإرادة الإنسان في الاختيار، ولم يقولوا بكون الإنسان فاعلاً في فراغ، ولا بأن حريته مطلقة من كل القيود. فهم يؤكدون على مبدأ مسؤولية الإنسان الأخلاقية التي تقوم على حرية الإرادة الإنسانية في الاختيار بين طريقي الخير والشر، وأن يتوافر مع ذلك الإثم أو الذم كشرط لقيام المسؤولية الجنائية، وهذا يبرز أهمية الأهلية كشرط لقيام المسؤولية الجنائية. فالإنسان عندهم مسؤول ما دام عاقلاً حراً مختاراً.

أما الأشعرية، فالدارس يلاحظ أن مذهبهم توفيق بين تشدد الجبرية في إنكار إرادة الإنسان الحرة، ومغالاة القدرية المعتزلة في القول بخلق الإنسان لأفعاله، وإن كان المعتدلون منهم يقولون أنه لم يخلقها من العدم. وكذلك وقف الأشاعرة موقف وسط بين الفريقين بشأن مسألة حرية الإرادة الإنسانية، مثبتين فاعلية الإرادة الإنسانية، ومعلمين دور القصد كأساس للثواب والعقاب، والمدح والذم. وإن أفردوا الله سبحانه وتعالى بالخلق والإبداع. ولاشك أن التأكيد من طرفهم على فاعلية الإرادة الإنسانية كأساس للثواب والعقاب تكريساً لمبدأ المسؤولية الجنائية، القائمة على الأهلية الجنائية كشرط لهذه المسؤولية.

وأنصار الجبر ذاتهم لم ينفوا على الإنسان كل حرية للاختيار، ولم يجردوه من القدرة على هذا الاختيار بحرية، وبهذا يقتربون من المذهب التوفيقى الأشعرى الذي بدوره يقترب من المذهب القدرى الاعتزالى، ويقتربون كذلك من المذهب الاعتزالى نفسه في قول المعتزلة: «بأن القدرة الخالقة في الإنسان لأفعاله، هي قدرة أودعها الله سبحانه وتعالى فيه وخلقها من أجله ليصير بها متمكناً من الفعل أو الترك»².

وهكذا نجد الجميع ينتهي إلى إقرار الأهلية الجنائية كشرط للمسؤولية الجنائية. وأن بعض الخصوصيات التي قال بها البعض، كبعض المعتزلة بخصوص الطبع أي الغريزة فإن هذه الخصوصيات يمكن الرجوع إليها عند الحاجة، كما لو قدر الطبيب أن غرائز مرضية هي التي كانت من وراء الفعل، وأنه لا مهرب للفاعل من ارتكاب فعله، لأن هذا المرض يؤثر على أهليته، وبالتالي على مسؤوليته عن الفعل، فإن ذلك يؤخذ بعين الاعتبار، إذ قد

¹ أنظر الدكتور عادل يحيى قرني، النظرية العامة للأهلية الجنائية، مرجع سابق، ص 123.

² أنظر الدكتور يحيى هشام حسن فرغل، نشأة الآراء والمذاهب والفرق الكلامية، مرجع سابق، ص 177.

يرفع التكليف عن الفاعل، فالله سبحانه وتعالى قال: «...لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاها...»¹. وكذلك يمكن بحث مسألة الفعل المتولد، ما ينتج عنه، أهو جريمة عمدية؟ أم خطئية؟ أم شروع في العمدية؟

وهذا وغيره كله ثراء في الفقه الإسلامي أرى أنه يجب تركيز البحث فيه، وإثراء الفقه الجنائي بالحلول التي يحملها، والتي قالت بها مختلف مدارس الفكر الفقهي الإسلامي جبريها، وقدريها وأشعريها، أما السلف فهم أصحاب النص الحريصين على المنبع الأصلي. فالسلف هم الذين يحوزون الذخيرة العظيمة من نصوص القرآن العظيم، والسنة النبوية الشريفة، يفسرون القرآن ويشرحونه، ويتبعون ما يجد في العلم يؤصلونه فيه، قال تعالى: «ما فرطنا في الكتاب من شيء...»². والسنة شارحة للقرآن ومكملة له، لا يفهم بعض آيه إلا بها. وهما معا حضارة حية، تتجدد مع الأيام، لأن الله أراد لهذه الرسالة المحمدية أن تكون هي الخاتمة، وأن يتم بها النعمة ويكمل بها الدين: «...اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً...»³، وما علينا نحن إلا أن نعمل فيهما العقل فنجد أن ديننا صالح لكل زمان ومكان بقواعده الكلية. وما علينا إلا فقه ديننا، وفقه الحياة كما فقهها سلفنا الصالح. وبهذا أنتهى من بحث هذا المبحث لأنقل إلى المبحث الذي يليه: أساس المسؤولية عند الجهل أو الغلط في الإباحة في القوانين الوضعية.

المبحث الرابع

أساس المسؤولية عند الجهل بالإباحة أو الغلط فيها في النظم القانونية الوضعية

405- تمهيد وتقسيم

لبحث هذه المسألة رأيت أن أستبق ما هو آت بأن أقارنها بما هو ضد لها لفظيا قبل أن أصل إلى بحث هذا الضد فقهيًا، وأعني بذلك انتفاء المسؤولية، وال ضد يعرف بضده، فإذا اتضح لنا لفظيا انتفاء المسؤولية خلصنا إلى قيام المسؤولية دون كبير عناء، وأصبح فهم المسؤولية من تحصيل حاصل. فانتهاء المسؤولية يؤدي بالضرورة إلى عدم العقاب وأحيانا إلى عدم شغل الذمة بالتعويض. أما ما يترتب على قيام المسؤولية فهو استحقاق من ترتبت عليه-إن كانت جزائية- العقاب، والتعويض أو الدية أو الارش -إن كانت مدنية-.

¹ الآية 7 من سورة الطلاق (65).

² الآية 39/38 عند ورش من سورة الأنعام (06).

³ الآية 4/3 عند ورش من سورة المائدة (5).

ولا تسقط المسؤولية سواء في الشريعة الغراء أو في النظم الوضعية إلا في حالات محددة متعارف عليها سنتبين لنا عند بحث مسألة سقوط المسؤولية عند الجهل بالإباحة أو الغلط فيها (الفصل الثاني من هذا الباب).

غير أنه لتحريير هذا الأساس الذي نحن بصدد دراسته لابد من دراسة أساس المسؤولية الجزائية التي تتبعها في الغالب المسؤولية المدنية، ثم دراسة واستقصاء موقف الفقهاء الوضعيين من أساس المسؤولية عند الجهل بالإباحة أو الغلط فيها، وذلك في مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول: أساس المسؤولية الجنائية.

المطلب الثاني: موقف الفقه الوضعي من أساس المسؤولية عند الجهل بالإباحة أو الغلط فيها.

المطلب الأول أساس المسؤولية الجنائية

406- تمهيد وتقسيم

في البداية أود أن أحدد معنى الأساس من الناحية اللغوية، ومن الناحية الاصطلاحية، كما رأيت في هذا البحث، وكوني أفعل ذلك هنا في التمهيد فإنه انطلاقاً من اعتقادي أن مصطلح الأساس ليس محل خلاف كبير، إذ عند استقرائي له في كتب الشراح تأكد لي ذلك.

وعلى كل حال فالأساس بمعنى le fondement فهو قاعدة كل شيء وأصله ومبدؤه. ويمكن القول أن أساس المسؤولية الجنائية هي أصلها وقاعدتها التي تقوم عليها. وهذا من حيث اللغة. أما من حيث الاصطلاح فإن من يرجع إلى كتب الفقه الوضعي يجد الشراح عندما يتحدثون على أساس أي حكم يذهبون في اتجاهين، اتجاه يذهب أصحابه إلى أن أساس هذا الحكم، هو النص القانوني الذي قال به، إذا كان هناك نص، أو القاعدة من القواعد العامة التي يقوم عليها¹.

واتجاه آخر يذهب إلى أبعد من ذلك، فيرى أساس الحكم في الفكرة الفلسفية التي يقوم عليها ويستند إليها².

¹ أنظر الدكتور عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء، منشورات عويدات، بيروت، وديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، **بدون سنة نشر**، ص 397.

وانظر الدكتور وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة، مؤسسة الرسالة، ط 2، بدون سنة نشر، ص 13.
وانظر الدكتور يوسف نجم جبران، النظرية العامة للموجبات، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، وعويدات، بيروت، بدون سنة نشر، ص 38 وما بعدها.

² أنظر الدكتور محمد عبد الجواد محمد، أصول القانون مقارنة بأصول الفقه، منشأة المعارف، الاسكندرية، طبعة 1411هـ-1991م، ص 39 وما بعدها.

وانظر الدكتور عادل يحيى قرني علي، النظرية العامة للأهلية الجنائية، مرجع سابق، ص 368.
وانظر الدكتور محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات اللبناني - القسم العام -، الدار الجامعية، بيروت، طبعة سنة 1981، ص 16 و ص 321 وما بعدها.

وانظر الدكتور علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات - القسم العام -، طبعة سنة 2000، ص 581 وما بعدها.
وانظر الدكتور أحمد فتحي بهنسي، المسؤولية الجنائية، دار الشروق، ص 23 وما بعدها.

وبما أن جعل الأساس هو النص فإن ذلك لا يعطي نظرية عامة، إنما الذي يعطي هذه النظرية هو الأساس الفلسفي النظري، لذلك سأبحث المسألة من هذا المنطلق مقسما المطلب إلى ثلاثة فروع:

الفرع الأول: الأساس التقليدي للمسؤولية الجنائية.

الفرع الثاني: الأساس الوضعي للمسؤولية الجنائية.

الفرع الثالث: الأساس عند التوفيقين.

محاو لا استقصاء النظرة الفلسفية إلى هذه المسألة عند الفريقين الأولين، وفي موقف التوفيقين، ومحيلا إلى الهامش بخصوص الاستزادة فيما يتعلق بالمعنى اللغوي لمصطلح أساس ¹ fondement

الفرع الأول: الأساس التقليدي للمسؤولية الجنائية

407- تمهيد وتقسيم

هذا المذهب التقليدي أو الروحاني في تحديد أساس المسؤولية الجنائية يقوم على حرية الاختيار.

ومن المعلوم أن بحث أساس المسؤولية لم يعن به القانونيون والشرعيون وحدهم، وإنما عنى به الفلاسفة، وعلماء العقيدة (المتكلمين) في الحضارة الإسلامية انطلاقا من تساؤل قديم مفاده: هل الإنسان مسير أم مخير. وبحث هذه المسألة لا غنى عنه، لكونها مسألة أولية، إذا لم تفصل لا ينضبط مفهوم المسؤولية. ولحسن فهم المسألة أبحثها في نقطتين: -أولا: مفهوم حرية الاختيار.

ثانيا: حجج أنصار هذا المذهب.

متناولا كل نقطة بالقدر الذي يفي بالغرض وفي حدود ما يسمح به هذا البحث المتواضع.

408- أولا: مفهوم حرية الاختيار

اتجه الفقه الجنائي التقليدي إلى إقامة المسؤولية الجنائية على حرية الاختيار، التي مفادها أن مرتكب الجريمة، قد اختار بإرادته الحرية سلوك الطريق المخالف للقانون والمجافي لأحكامه، في الحين الذي كان بإمكانه أن ينضبط مع ما تقضي به قواعد القانون. ولما اختار السلوك المجافي للقانون والمخالف له، كان مسؤولا عن اختياره هذا مسؤولية جنائية. وهذا يعني أن مناط المسؤولية الجنائية، هو حرية الإنسان في توجيه إرادته نحو الفعل أو الترك المجرم. ومتى توافرت هذه الحرية فهو مسؤول، وإن انعدمت أو انتقصت كنا أمام حالة انعدام المسؤولية كليا أو جزئيا، وفي هذه الحالة تخفف مسؤولية ناقص

¹ أنظر المعجم الوسيط، مرجع سابق، ص 17، أسّ بينهم أسا: أفسد، أس البناء وضع أساسه (وهذا هو المعنى الذي يراد به الأساس عندنا هنا) أسّ فلان: أرضية فهو أساس. والأساس أصل كل شيء ومبدؤه، ومنه أساس الفكرة، وأساس البحث، والتعليم الأساسي: الخبرة العلمية والعملية التي لا غنى عنها للناسخ. والنظام الأساسي: هو النظام الذي يمثلته دستور الدولة. الأسّ الأسّ والإسّ: الأساس. والأساس من الظهر قدمه، الأسّ: الأساس. يقال قلعه من أسّه. والأساس: الأثر من كل شيء، والأساس: باقي الرمد. والأساس: قلب الإنسان جمعه إساس وأساس. والأساس في الحساب: العدد الدال على قوة الكمية، فالقوة الثانية أسه²، والقوة الثالثة أسها³ وهكذا. التأسيس في القافية: ألف تلزم القافية، وبينها وبين حرف الروي حرف، مثل ألا طال هذا الليل وأخضل جانبه، فالألف في جانبه هي التأسيس. المؤسسة: كل تنظيم يرمي إلى الإنتاج، أو المبادلة للحصول على الربح. وانظر مختار الصحاح، مرجع سابق، ص 07.

الحرية. والإنسان لا يسأل إلا في حدود المقدار من الحرية الذي هو حائز له وقت التصرف المجرم.

وكان من تزعم هذا الاتجاه المركز الإيطالي شيزاري دي باكاريا، وقد أصدر كتابا سنة 1764 بعنوان: «في الجرائم والعقوبات» تخطفه المفكرون والفلاسفة إعجابا بالأفكار التي تضمنها. وكان بكاريا متأثرا بأفكار الفيلسوف الشهير جون جاك روسو، وعلى فكرته القائلة بالعقد الاجتماعي بنى هو أفكاره.

وأنصار المدرسة التقليدية هم من قسموا الناس تجاه الانضباط مع القاعدة القانونية إلى كاملي الحرية وفاقيديها، وبين هذين الصنفين صنف لا هو بكامل الحرية ولا بفاقدتها، وهو ناقص الحرية الذي قالوا بتخفيف مسؤوليته بمقدار نقص حريته وبالتالي نقص إرادته ونقص تمييزه¹.

ويجعل أصحاب هذا الاتجاه أساس المسؤولية الجنائية مرتكزا على حرية الاختيار المرتبطة بالحرية الأخلاقية للمجرم وقت ارتكابه الجريمة. ويجعل هذا الاتجاه الشخص غير مسؤول جنائيا إلا إذا كان مسؤولا أخلاقيا أولا.

ويبرر أنصار هذا الاتجاه موقفهم: بأن الإنسان لا يسأل جنائيا إلا إذا كان مدركا عدم مشروعية أفعاله، وأن تكون صادرة عنه وهو حر مختار لها. فالإدراك والاختيار شرطان لازمان لكي يحاسب عن فعله سواء اتخذ وصف الجنائية أو وصف الجنحة أو وصف المخالفة من حيث تكييفه القانوني، وسواء كان عمديا أم خطئيا.

فلا يتصور في نظرهم محاسبة إنسان على سلوك لا يكون في استطاعته أن يسلك سلوكا آخر غيره². كما أن حرية الاختيار هذه إحساس أو شعور فردي وجماعي في نفس الوقت، وهو مستمد من الخبرة والتجربة الإنسانية العامتين، ومن الضمير الفردي، وهي إحساس وشعور يوجد لدى كل الأفراد في المجتمع وبه يعتقد كل عاقل منه أن المخالف للقانون تجب مساءلته، وأن من حق المجتمع محاسبته على هذا السلوك المخالف للقانون³.

ويضيف أنصار هذا الاتجاه مبررين موقفهم بالقول: أنه لكي تحقق العقوبة أغراضها في تحقيق العدالة والردع، لابد وأن يكون من تسلط عليه حرا مختارا، وهو الذي يمكن أن يلام من أجل سلوكه المخالف للقانون، أما فاقد الحرية والاختيار والتمييز فلا يلام ولا ينفع معه الردع، لأنه لا يملك السيطرة على تصرفاته، ولا ينتظر منه أن يكيفها على الوجه المطابق لما يقتضيه القانون.

409- ثانيا: حجج أنصار هذا المذهب

يستند أنصار مذهب حرية الاختيار إلى حجة أساسية مؤداها: أن هذه الحرية هي الأساس الوحيد الممكن التصور للمسؤولية الأخلاقية أو المسؤولية القانونية، في أن معا، وفي غياب هذه الحرية فلا معنى للمسؤولية، ولا يمكن أن تجد لها أساسا آخر يقبله المنطق. فالمسؤولية تعني إمكانية اللوم على السلوك المخالف للقانون ولا يكون محلا لهذا

¹ أنظر الدكتور علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات - القسم العام -، مرجع سابق، ص 585 و586.

وانظر الدكتور البهنسي، المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 23.
وانظر الدكتور فتوح عبد الله الشاذلي والدكتور علي عبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات - القسم العام -، دار المطبوعات الجامعية، طبعة 1997، ص 07 و08.

² أنظر الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم العام -، ط4، مرجع سابق، ص 523.

³ V.Garraud: Traité théorique et pratique de droit français, op.cit., p.565.

وانظر الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم العام -، مرجع سابق، ص 524.

اللوم إلا مع استطاعة من يوجه إليه أي المجرم الاختيار بين سلوكات أمامه منها ما يخالف القانون، ومنها ما لا يخالفه فيختار (المخالف) أما إذا كان عاجزاً عن هذا الاختيار، فإن مساءلته في ظرفه هذا تكون بلا معنى، ومحاسبته، ومساءلته في ظرفه هذا تكون ظلماً تأباه العدالة ولا مبرر له.

وأنه لا يتصور إيجاد أساس آخر لمساءلة الفرد عن خروجه عن القانون غير كونه اختار هذا الخروج بإرادته الحرة¹.

ويحتج أنصار حرية الاختيار أيضاً لرأيهم، بأن الحرية هي قانون الإنسان الذي يميزه عن سائر المخلوقات، وهو شاعر بهذا التمييز الذي يفرد في إنسانيته، ويحدد قدرته على التحكم في أفعاله وأهوائه، وتجعل زمام نوازعه وانفعالاته في يد إرادته الحرة، لذا يشعر كل إنسان بحرية الاختيار، ويستقر في ضميره هذا الشعور كقيمة مطلقة توجه اختياراته في الحياة، فهو دائم الشعور بالمفاضلة بين الاختيارات المختلفة، متخذاً قراراته على أساس هذه المفاضلة، وما ذلك إلا صدى لحرية الاختيار من غير أي خضوع للعوامل التي تضطر الفرد وتجبره على أن يسلك سلوكاً حتمياً عليه، ولا دخل لإرادته الخاصة في اختياره.

وإذا ما استقر في ضمير الفرد أن حريته لا أحد يتحكم فيها وبالتالي في إرادته وعنهما تنتج أفعاله، استقر ذلك في ضمير الجماعة، ووجهت نظرتها إلى المجرم على اعتبار أنه وبحرية وإرادة صحيحتين اختار طريق الإجرام، ولذا كان لزاماً أن يتوافق القانون مع الشعور الجماعي، وأن يجعل منه أساس للمسؤولية. ومهما كان الجدل الفلسفي حول الحتمية وحرية الاختيار إلا أن القوانين يظهر أنها تنزع إلى افتراض حرية الاختيار كأساس للمسؤولية. والقانون الجنائي بالذات يتفق مبدأ حرية الاختيار فيه مع الوظيفة الاجتماعية لهذا القانون، فإذا كان هدف العقاب هو إرضاء الشعور بالعدالة، وجب لضمان هذا الهدف أن لا يخضع للعقاب إلا من يكون سلوكه يستوجب اللوم والردع الخاص خاصة لا يتحقق إلا إذا كان من يوقع عليه العقاب له القابلية للإصلاح².

الفرع الثاني: الأساس الوضعي للمسؤولية الجنائية

410- تمهيد وتقسيم

إذا تحدد عندنا الأساس النظري للمسؤولية الجنائية تحدد عندنا المفهوم القانوني الجنائي كله من حيث التجريم والجزاء، وعلى ضوء الأساس الذي حددنا للمسؤولية الجنائية يمكننا توجيه القانون الجنائي في مبادئه العامة، ومواده وأحكامه التفصيلية. ونحكم على ذلك بالصواب أو الخطأ، بالتناسق أو التناقض، ويمكن صياغة مشكلة أساس المسؤولية الجنائية في سؤال واحد، هو: لماذا يسأل الشخص جنائياً؟

ومن هنا جاءت المدارس الفقهية الجنائية، وإذا كنا قسمنا المطلب الذي يتضمن فكرة المدرسة السابقة إلى فرعين فإنه يتعين علينا تقسيم هذا المطلب هو الآخر إلى نفس الفرعين، لأن فكر هذه المدرسة في عناصره لا يختلف عن فكر المدرسة السابقة وإنما

¹ أنظر الدكتور علي عبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 8

وانظر الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 506.

² أنظر الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم العام -، مرجع سابق، ص 507 وص 524.

وانظر الدكتور سعيد مصطفى سعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 380.

الاختلاف في التصور، بينما في العناصر فقد تحدث أصحاب هذه المدرسة في مفهوم الحتمية في مجال السلوك الإجرامي، وقدموا حججهم عن مفهومهم هذا للحتمية في مجال السلوك الإجرامي.

وسنقسم الفرع إلى نقطتين:

أولاً: مفهوم الحتمية في مجال السلوك الإجرامي.

ثانياً: حجج أنصار مذهب الحتمية.

متنولاً بالبحث تفاصيل تصور أتباع هذه المدرسة لأساس المسؤولية الجنائية. ثم في نقطة ثالثة أتناول أساس المسؤولية الجنائية عند أنصار المذهب التوفيقي.

411- أولاً: مفهوم الحتمية في مجال السلوك الإجرامي

قام هذا المذهب على أساس إنكار حرية الاختيار كأساس لمسؤولية الإنسان عن أفعاله. ويرى أنصار هذا المذهب أن أفعال الإنسان ما هي إلا نتاجاً حتمياً لأسباب أدت إليها، ويرون أن القوانين السببية هي المسيطرة على الكون فيما يحدث فيه من ظواهر، وتجعل كل تصرف إنساني نتيجة حتمية لحدث سابق وسبباً حتمياً لحدث لاحق شأنه شأن كل الظواهر الطبيعية كلها خاضعة لقانون السببية الحتمي على كل ظاهرة طبيعية.

ومن ثم فسلوك الإنسان بعيد عن أن يكون ثمرة لحرية اختياره، وأن السلوك الإنساني نتيجة لتفاعل عضوي بين شخصية لها تكوين عضوي ونفسي معين، وظروف محيطية، طبيعية أو اجتماعية، ويمكن التنبؤ بسلوك الإنسان متى اجتمعت المعطيات عن ظروفه تلك. ويرون أن القول بحرية الاختيار ما هو إلا للعجز عن الإحاطة بهذه الظروف وهذا التكوين للإنسان. ويخلصون إلى أن جريمة الاختيار لا وجود لها، وإنما من ارتكبها يكون تحت تأثير أسباب دفعته إليها يستحيل عليه أن يتفادها. ويبنون على ذلك أن الجريمة كسلوك إنساني إجرامي هي نتيجة حتمية لأسباب حتمية تؤدي إليها، وتكون نتيجة الإجرام مبنية على مقدمات من الأسباب تنتج عنها على سبيل الحتم.

وأقطاب المدرسة الوضعية الإيطالية من أمثال لامبروز وفيري وجارو قالوا عن عوامل السلوك الإجرامي وانتهوا إلى أن هناك نوعان من العوامل، داخلية تتمثل في التكوين العضوي والنفسي والأمراض، وخارجية مادية وبيئية. وأنه متى توافرت دفعت حتماً إلى الإجرام فمن توفرت فيه يساق إلى الإجرام حتماً، ولا مجال له أن يختار أو يتردد بين اقترافها وعدم اقترافها.

إلا أنهم يقولون بأن نفي حرية الاختيار لا تعني عدم مساءلة الجاني وإنما معناه ضرورة البحث عن أساس آخر للمسؤولية مبني على حقائق علمية، ووجد أنصار هذا المذهب أن فكرة الخطورة الإجرامية هي أساس المسؤولية الاجتماعية التي أحلوها محل المسؤولية القائمة على حرية الاختيار، والجاني يسأل عن الجريمة لا لكونه اختار اقترافها بحرية لكن لكون سلوكه ينم عن خطورة كامنة في شخصيته، ينبغي مواجهتها بتدابير تحمي المجتمع منه. فإذا كان الإجرام كامناً في الشخص، فالمجتمع له الحق أن يدرأ عنه هذه الخطورة بتدابير تحميه منها.

وإقامة المسؤولية الجنائية على أساس الخطورة الاجتماعية، يوسع نطاق هذه المسؤولية، إذ هي لا تنتفي بانعدام حرية الاختيار التي استبعدت كأساس لها، ولا يشترط في الأفعال المكونة لها أن ينطبق عليها وصف الجريمة بمدلولها الضيق، ولا يتحدد التدبير المواجه

للخطورة وفق جسامه الخطر وماديات الجريمة، وإنما وفق ما يكفي لاستئصال هذه الخطورة الكامنة في شخص الفاعل.

وهذا الأساس يؤدي في نظر أصحابه إلى حماية المجتمع أكثر، لما سمح به من مواجهة كافة أنواع السلوك التي تهدد كيان المجتمع من غير تقيد بالمبادئ التقليدية التي قد تحول دون إدراك هذه الغاية، وتفوتها على المجتمع.

412- ثانيا: حجج أنصار مذهب الحتمية

إن نفي أنصار الحتمية حرية الاختيار، وقولهم بأنها محض ادعاء لا دليل عليه من العلم يؤكد صحته، وأن ما قدم من حجج لتأكيد لا قيمة له، أمام الحقائق العلمية الثابتة التي يقوم عليها مذهبهم (مذهب الحتمية).

-ويؤكد أنصار مذهب الحتمية على أن إقامة المسؤولية على أساس حرية الاختيار للسلوك الإجرامي، يؤدي إلى التجاهل والتقاعد عن البحث في الأسباب الحقيقية التي تؤدي إلى ارتكاب الجرائم بينما النظرة الحتمية للسلوك تقود إلى العناية بالبحث على أسباب الإجرام، ومحاولة استخلاصها، كطريق لعلاجها، على مستوى الفرد، وعلى مستوى المجتمع باتخاذ التدابير الوقائية التي تعالج سلوك الأفراد وتحد من نزوعهم إلى الإجرام. وأن مذهب الحتمية بفضل ما يؤدي إليه من توسيع نطاق المسؤولية من حيث الأشخاص والأفعال يضمن حماية أكبر للمجتمع من الجريمة، ومكافحتها في كل صورها، وأيا كان مرتكبها. فلا تمتنع المسؤولية الاجتماعية عند انتفاء حرية الاختيار، بل يطبق على مرتكب الجريمة التدبير الأمني الملائم الذي ينجي المجتمع من خطورته، ولو لم ينطو هذا التدبير على أي معنى للوم أو التأنيب أو التأنيب¹.

413- ثالثا: أساس المسؤولية الجنائية عند أنصار المذهب التوفيقي

أمام تطرف أنصار المذهبين السابقين ظهر مذهب حاول التوفيق آخذا بمزايا كل من المذهبين، وإن كان يميل أكثر إلى مذهب حرية الاختيار، إلا أنه لم يهمل كلية مذهب الحتمية، بل يسلمون ببعض مقدماته، كما أخذت بعض القوانين الوضعية ببعض ما انتهى إليه من نتائج. وقد كان لهذا المذهب صده، وهو ما سمح للطلول التي وصلت إليها المدرسة التقليدية الحديثة بأن تجد تطبيقا لها في التشريعات الحديثة، وأن تجد لها مكانة في المؤتمرات الدولية التي حاولت التوفيق بين المذاهب الفلسفية في الحرية والحتمية لغرض الوصول إلى قانون جنائي مبني على أسس واقعية تحقق أهداف المجتمع في مكافحة الجريمة².

وَأهم أنصار هذا المذهب الفقيه تارد الذي يسلم بأن المسؤولية الجنائية تقوم على مسؤولية الشخص المجرم أمام نفسه أدبيا وأخلاقيا وأنه لكي تقوم هذه المسؤولية لا بد من توافر عاملين:

1-وحدة الشخصية قبل وبعد ارتكاب الجريمة، فلا مسؤولية جنائية على من تغيرت شخصيته بعد ارتكاب الجريمة بأن أصبح غير عاقل.

¹أنظر الدكتور علي عبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 590

وانظره والدكتور فتوح الشاذلي، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 13

وانظر الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات -القسم العام-، مرجع سابق، ص 525 و526.

²أنظر الدكتور فتوح الشاذلي وعلي عبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 14.

2- التماثل الاجتماعي، فيجب أن يكون الجاني في نفس المستوى، أو على الأقل في مستوى متقارب، من حيث الرقي الاجتماعي مع البلد الذي أجرم فيه، وتراد معاقبته من طرف نظامه.

-وانتقد رأيه هذا بأنه لا يحدد معياراً منضبطاً للتهيج الذي يغير الشخصية، وبأن شرط التماثل بين المجرم والمجتمع شرط غريب¹.

-وفيما يلي بعض الملاحظات على المذهبين مقارنة بينهما ثم تحديد موقف بعض قوانين العقوبات من المذهبين.

414- 1-المقارنة بين المذهبين

من البديهي أنه لا يعني تفضيل مذهب على آخر، إطراح المذهب المفضل كلية، فتفضيل مذهب حرية الاختيار كأساس للمسؤولية الجنائية، لا يمكن معه استبعاد النتائج التي بإمكانها إثراء الفكر الجنائي، التي توصل إليها مذهب الحتمية كأساس للمسؤولية الجنائية.

-فحرية الاختيار التي يمكن أن يتمتع بها الإنسان في مباشرته لأفعاله لا يمكنها أن تكون مطلقة، وإنما تكتنفها أنواع من العوامل الداخلية تجعل من المنطق القول بانعدام أو نقص المسؤولية لأسباب معينة، من جنون وسكر وحداثة سن. كما تكتنفها عوامل خارجية عديدة تؤثر في مقدرته على الاختيار بين أفعاله، وقد تضيق من حريته في هذا الاختيار إلى حد كبير. وكل هذه العوامل تفرض حتمية على هذه الحرية ذاتها.

-ومع هذا ليس من المعقول، ولا من المقبول عقلاً، ولا اجتماعياً التسليم بخضوع الإنسان خضوعاً مطلقاً لقوانين السببية الكونية، والقول أنها تحتم عليه التصرفات بكيفية معينة لا فكاك له من أن يتصرف فيها كما فرضت عليه. إذ ذلك القول يساوي بين الإنسان وغيره من المخلوقات التي لا عقل لها يتحكم في سلوكاتها، ولا يخفى ما في هذه النتيجة من خطورة يمكن أن تؤدي إلى نفي إجرامه لنفي قدرته الفكاك من الحتمية التي تفرض عليه أفعاله، لكن هذا تم مواجهته بمنطق حق المجتمع في حماية نفسه².

-وفي المحصلة فإنه إذا كان الاعتداد بحرية الاختيار ضروري فإن النظرة إلى العوامل المحيطة بالفاعل لا تقل ضرورة عنها.

فالحرية والإرادة والقصد تتضافر معها العوامل الداخلية والخارجية المحيطة بالفاعل، وتنتج مجتمعة فعله. لذلك يجب العناية بالشخص المرتكب للجريمة، ومحاولة استئصال خطورته الإجرامية، عن طريق العقوبة أو التدبير اللازم لحماية المجتمع منه. وهذا لا يتعارض مع نسبة الجريمة إليه وإلى إرادته الحرة بالذات. ولا تعارض في الجمع بين المسؤولية الجنائية التي تقوم على حرية الاختيار، وتستتبع توقيع الجزاء في صورة العقوبة، وبين المسؤولية الاجتماعية التي تبنى على توافر الخطورة الاجتماعية، وتستتبع إنزال التدابير الاحترازية التحفظية وحدها، حين يثبت أن الجاني غير مسؤول جنائياً لانعدام حرية الاختيار لديه.

وكل ما ينبغي هو التوفيق بين نوعي المسؤولية الجنائية القائمة على الحرية، والقائمة على مصلحة المجتمع، ويقتضي ذلك تحديد مجال كل من المسؤوليتين تحديداً واع في ذهن

¹ أنظر الدكتور أحمد فتحي بهنسي، المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 25 و 26.

² أنظر الدكتورين الشاذلي والقهوجي، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 14 و 15 و 16.

المقننين والفقهاء، لأن ذلك يضبط الأمور، ويتحكم في الجانب النظري، فالقول بالمسؤولية على أساس خطورة الشخصية، قد يقيم التدبير على شخص لم يجرم بعد، وإنما صدر منه من الأفعال ما ينم عن خطورة شخصيته، فالجريمة في نظر القائلين بالاحتمالية وحماية المجتمع من المجرم تسبقها الخطورة، وكل شخص يمكن أن يتهم بهذا المنطق بأنه خطير على المجتمع، ولا يخفى ما لذلك من خطر على مبدأ البراءة الأصلية¹.

415- 2- موقف بعض قوانين العقوبات من المذهبين

قوانين العقوبات الحديثة كلها تأخذ بمسلك المذهب التوفيقي، إذ تقول بمذهب حرية الاختيار أساساً، كأساس للمسؤولية الجنائية، لكنها حرية مقيدة بقيود تؤدي في كثير من الأحيان إلى انعدام المسؤولية أو تخفيفها حسب الأحوال، وهذا في حالة ما إذا كان الجاني مجنوناً أو به أية عاهة أخرى بعقله، أو أصيب حال الفعل المجرم بغيوبة، أو سكر بعقار من العقاقير أجبر على تناوله أو تناوله على غير علم منه بمفعول العقار، وكذا لا مسؤولية عليه إذا ارتكب جريمة في حالة ضرورة ألجأته لذلك كحالة الدفاع الشرعي. -وفي كل هذه الأحوال تنتفي حرية الاختيار التي هي أساس المسؤولية الجنائية ولا يبقى هناك محل للمساءلة عنها.

-غير أن تخلف المسؤولية لانتفاء الأساس الذي تقوم عليه لا يمنع المجتمع من حماية نفسه من الخطورة التي تهدده، من الشخص المجرم الذي امتنعت مسؤوليته الجنائية، فتعالج التقنيات ذلك بالنص على تدابير وقائية أو احترازية. فالمجنون يحجز في مستشفى للأمراض العقلية لحين شفائه وزوال خطره.

وبعض القوانين تنص صراحة على انتفاء مسؤولية الجاني، وتنص على إخضاعه لتدبير أمن بدل معاقبته، والبعض يستنتج انتفاء المسؤولية فيها من نصوص غير صريحة، وفي كل الأحوال تطبق الإجراءات الاحترازية والوقائية بدل العقوبة.

فقانون العقوبات الجزائري تنص مادته 41 على أنه: «لا عقوبة على من كان في حالة جنون وقت ارتكابه الجريمة، وذلك دون الإخلال بأحكام الفقرة 2 من المادة 21» التي هي تحت عنوان «تدابير الأمن» وتنص على «الحجز القضائي في مؤسسة نفسية هو وضع الشخص بناء على قرار قضائي في مؤسسة مهياة لهذا الغرض بسبب خلل في قواه العقلية قائم وقت ارتكابه الجريمة، أو اعتراه بعد ارتكابهها. يمكن أن يصدر الأمر بالحجز القضائي بموجب أي حكم بإدانة المتهم أو العفو عنه أو ببراءته أو بعدم وجود وجه لإقامة الدعوى، غير أنه في هاتين الحالتين الأخيرتين يجب أن تكون مساءلته في الوقائع المادية ثابتة. يجب إثبات الخلل في الحكم الصادر بعد الفحص الطبي».

-وقد نص قانون العقوبات الليبي في مادته 79 على أنه: «لا يسأل جنائياً إلا من له قوة الشعور والإرادة»، ونص قانون العقوبات الأردني واللبناني في المادتين 74 و210 على التوالي على أنه: «لا يحكم على أحد بعقوبة ما لم يكن قد أقدم على الفعل عن وعي وإرادة».

وقانون العقوبات المصري يعترف ضمناً بحرية الاختيار كأساس للمسؤولية الجنائية، من ذلك ما نصت عليه المادة 62 من قانون العقوبات المصري إذ قالت: «لا عقاب على من

¹ أنظر الدكتور علي عبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 590 وها مشها. وانظره هو والدكتور فتوح الشاذلي، شرح قانون العقوبات -القسم العام-، مرجع سابق، ص 15 و 16.

يكون فاقد الشعور أو الاختيار في عمله وقت ارتكاب الفعل إما لجنون أو عاهة في العقل، وإما لغيوبة ناشئة عن عقاير مخدرة...»، كما نصت المادة 61 منه على أنه: «لا عقاب على من ارتكب جريمة ألجأته إلى ارتكابها ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم...»

هذه القوانين تسلم بحرية الاختيار كأساس للمساءلة الجنائية، لكن هذه الحرية ليست مطلقة، وإنما تخضع لعوامل شخصية وبيئية مختلفة. ويختلف تبعاً لذلك مقدار المسؤولية الجنائية التي يتحملها الجاني متدرجا من الانعدام إلى التخفيف بلوغاً إلى المسؤولية كاملة¹.

المطلب الثاني

موقف الفقه الوضعي من أساس المسؤولية الجنائية عند الجهل بالإباحة أو الغلط فيها

416- تمهيد وتقسيم

يهتم الفقه الوضعي كما القانون الوضعي بالمسؤولية الجنائية في حالة الغلط في الإباحة، أما الجهل بها أي بالإباحة فلم يهتم بها كثيراً، ولذا اهتموا بالأساس القانوني للمسؤولية الجنائية في حالة الجهل بالإباحة اهتماماً أقل منه في حالة الغلط فيها. ومجaraة لاتجاهات الفقهاء ارتأيت تفريع هذا المطلب إلى ثلاث فروع، على النحو الآتي: الفرع الأول: الاتجاه القائل بكون الغلط في الإباحة ينفي القصد الجنائي. الفرع الثاني: الاتجاه القائل بكون الإباحة الظنية كالفعلية من حيث وحدة أساسها. الفرع الثالث: الاتجاه القائل بأن أساس المسؤولية في الإباحة الظنية يختلف من حالة إلى حالة.

417- الفرع الأول: الاتجاه القائل بكون الغلط في الإباحة ينفي القصد الجنائي

ذهب في هذا الاتجاه الفقهاء في إيطاليا، حتى أن في هذا الموضوع نظرية تنسب إليهم.

ويذهبون في رأيهم إلى أن الإباحة الظنية، لا يمكن بحال أن تتعادل في أثرها مع الإباحة الحقيقية، معللين ذلك القول بكون أسباب الإباحة أصلاً ذات طابع موضوعي، ومن ثم لا تنتج أثرها في هذه الحالة، إذ أنه لا بد من التأكد من انتفاء الوقائع التي تكون السبب المبيح في الحقيقة والواقع حتى تقوم الجريمة سواء علم الجاني بذلك أو جهله². ونفي المسؤولية الجنائية عنه إلا إذا كان لها وجود في الواقع، سواء علم الجاني بذلك أم جهله³. وبصرف

¹ أنظر الدكتور أبو المعاطي حافظ أبو الفتوح، النظام العقابي الإسلامي-دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه، القاهرة، سنة 1967، ص 204 وما بعدها.

وانظر الدكتور حسين توفيق رضا، أهلية العقوبة في الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، رسالة دكتوراه، القاهرة، 1964، ص 226 وما بعدها.

² أنظر الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات-القسم العام-، مرجع سابق، ص 173. و "القصد الجنائي"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة 28، العددان 1 و 2، ص 155.

وانظر الدكتور محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات-القسم العام-، مرجع سابق، ص 201.

³ أنظر الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات-القسم العام-، مرجع سابق، ص 173. وانظر له مقال: "القصد الجنائي"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة 28، العددان 1 و 2، ص 155.

النظر عن أن يكون تصوره لما يقدم عليه تصورا صحيحا أو أنه وقع في حالة الغلط بتوهمه الإباحة خلافا للحقيقة.

ويقولون أن انتفاء المسؤولية الجنائية في هذه الحالة لانتفاء القصد الجنائي. فالوقائع التي يقوم عليها سبب الإباحة، وإن كانت تشمل عناصر هذا السبب الإيجابية فإنها في الواقع سلبية بالنسبة للجريمة التي يرتكبها الجاني في آن واحد. ولذلك فإنه لا بد من التأكد من انتفاء هذه الوقائع في الحقيقة والواقع حتى توجد الجريمة. وعلى هذا الأساس يكون توافر الوقائع التي تكون الجريمة يعادل من حيث أثره القانوني، انتفاء الوقائع التي يقوم عليها سبب الإباحة. لأن الجريمة يتطلب وجودها ببساطة توفر الأمرين معا (أي توافر الوقائع التي تكون الجريمة، وتوافر انتفاء الوقائع التي يقوم عليها سبب الإباحة).

وهذا ما عبر عنه المجلس الأعلى القضائي الجزائي-الذي تحول حاليا إلى المحكمة العليا- في قرار له بتاريخ 80/01/29 بقوله: «وحيث أن طرح سؤال احتياطي يتعلق بالدفاع الشرعي هو غير لزومي بل هو متروك لتقدير رئيس المحكمة» وما يوضحه أكثر قراره المؤرخ في 81/02/24 بقوله: «من المستقر قضاء أن طرح سؤال خاص بالدفاع الشرعي غير لزومي لأن السؤال المتعلق بالإدانة يشمل ضمنا هذا الفعل المبرر»¹.

ويقول أنصار هذا الاتجاه²: أنه كان للعلم بتوافر الوقائع المكونة للجريمة دوره في توافر القصد الجنائي، فإن العلم بانتفاء هذه الوقائع يعتبر عنصرا متطلبا أيضا حتى يتوافر القصد نفسه، وعلى هذا فإن الغلط في الإباحة، أو ظنها أو توهمها ينفي القصد أيضا. وسواء أنتج الغلط على أساس خطأ، أو تقصير، أم كان مجردا من كل ذلك، فالقصد منتف في كل الأحوال³، غير أنه إذا كان الغلط ناتج عن تقصير من الجاني الغالط تحول الجرم إلى غير متعمد، على أساس وجود هذا الإهمال في فعله، وعلمه بحقيقة ما فعل، في حالة ما إذا القانون يجعل فعله جريمة خطئية⁴.

-ويؤسسون رأيهم هذا على أن الإنسان لا يكلف ما ليس في وسعه، فلا يسأل إذا غلط في الوقائع التي يتكون منها سبب الإباحة ولكونه لم يقصد مخالفة القانون إذا أثبت أنه قام بالتثبت والتحري اللازمين في حدود ما يفعله الرجل المعتاد، وأثبت أنه كان يعتقد مشروعية الفعل الذي أقدم عليه، وأن اعتقاده كان مبنيا على أسباب معقولة. وإن قصر في تصرفه عن حد الرجل المعتاد في تقدير الظروف والوقائع التي أدت إلى الجرم غلطا منه، فإن المسؤولية لا تنتفي عنه كلية بل يتحول جرمه من عمدي إلى خطئي، إذا كان القانون يصف فعله بأنه جريمة خطئية⁵.

418- أولا-الانتقادات الموجهة لهذا الرأي

وجه لهذا الرأي عدة انتقادات، من انتقادات عامة إلى انتقادات الفقه الألماني بالذات، وكذا انتقادات الفقه المصري، وسأتناول ذلك في النقاط الثلاث الآتية:

وانظر الدكتور محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات - القسم العام-، مرجع سابق، ص 201.

¹ أنظر الدكتور نواصر العايش، تقنين العقوبات، مرجع سابق، ص 23.

² أنظر الدكتور محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات -القسم العام-، مرجع سابق، ص 123.

³ V.Delogu(T.): Les causes de justification, op.cit,p.162.

⁴ Ibid, p.164.

⁵ أنظر الدكتور محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات - القسم العام-، مرجع سابق، ص 123.

وجه الفقهاء انتقادات عدة لهذا الرأي أخصها فيما يلي:

1- أن العناصر السلبية إذا تخلفت كأن يتخلف الظرف المادي المبيح، يعول عليه فقط في خلع صفة عدم المشروعية على السلوك الذي يتوافر له وصف الجريمة، في الناحية الشكلية، وطبقا لنصوص التجريم، ولكن لا يعول عليها في القول بانتفاء ركن القصد الجنائي، إذ المفروض في هذه الأحوال أن الفاعل أراد الواقعة الإجرامية، وحصل له العلم بكل عناصرها المحددة في نص التجريم والعبرة بها، لا بالشروط المتوفرة في نص الإباحة، ولذا فالعبرة بالغلط الذي ينفي القصد الجنائي، هو ما انصب على الشروط التي حددها نص التجريم للسلوك الذي عده جريمة، أي العناصر اللازمة لتوافر وصف الجريمة، والسلوك المجرم.

2- رأي هذا الفريق متناقض إذ اعتبر الوقائع التي يقوم عليها سبب الإباحة من بين عناصر الجريمة، ثم يأتي ليصفها في نفس الوقت بأنها عناصر للإباحة أي عناصر سلبية، بعد أن قال أنها إيجابية، ويقول بوجود انتفاءها حتى تقوم الجريمة. والصحيح أن الواقعة التي تدخل عنصرا في الجريمة لا يمكن أن نتصورها إلا على أنها واقعة يلزم توافرها لقيام الجريمة.

3- إن القصد الجنائي لا يترتب على الغلط في الإباحة، لأنه يتحقق بمجرد اتجاه الإرادة إلى تحقيق الواقعة الإجرامية، ولا يدخل ضمن عناصر العلم بعدم مشروعيته. فبمجرد اتجاه إرادة الفاعل إلى ارتكاب الوقائع المجرمة توافر القصد الجنائي في مسلكه، ولا ينفي قصده وقوعه في غلط وهو تخلف العلم بعدم المشروعية. ولا يعتبر بأي حال هذا العلم من عناصر هذا القصد.

4- لا يستصوب النقد إدعاء أصحاب وجهة النظر هذه بأن الغلط في الإباحة يترتب عليه حلول الخطأ محل القصد في مسلك الفاعل، وانتفاء هذا الخطأ نفسه في الحالة التي يكون فيها الغلط من غير الممكن تجنبه، لما في ذلك من تجاهل لطبيعة الخطأ. إذ الخطأ هو الصورة الثانية للعلاقة النفسية بين الفاعل والركن المادي للجريمة، تلك العلاقة النفسية التي يتطلبها الركن المعنوي للجريمة. فيفترض أن يقع غلط بشأن الواقعة المجرمة، وبهذا لا يكون للغلط محل في الإباحة لأن الفاعل أراد ارتكاب الوقائع محل التجريم وهو يعلم جميع عناصرها، وإنما غلط في أمر آخر هو: الصفة المشروعة التي لحقت هذه الوقائع دون علم منه¹. ولهذا يساوي الدكتور رمسيس بهنام بين الإباحة الحقيقية والإباحة الظنية من حيث مشروعية السلوك².

هذه هي الانتقادات التي وجهت لهذه النظرية، وبناء عليها أقام أنصار النظرية في ألمانيا رأيهم على أساس إنكار العلاقة بين الغلط في الإباحة، وبين فكرة القصد الجنائي، وتفاصيلها فيما يأتي:

419-ثانيا: رأي الفقه الألماني

رأى الفقهاء في ألمانيا في إطار نقدهم لهذه النظرية (نظرية الغلط في الإباحة ينفي القصد الجنائي) أنه لا علاقة بين الغلط في الإباحة وفكرة القصد الجنائي، وأن الغلط في الإباحة لا يصلح أساسا للدفع بانتفاء المسؤولية في ذاته، وإنما يصلح متى أثبت الغلط أن

¹ أنظر الدكتور عمر السعيد رمضان، "طبيعة الركن المعنوي للجريمة"، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الثالث لسنة 1963، ص 658.

² أنظر الدكتور رمسيس بهنام، النظرية العامة، مرجع سابق، ص 656.

اعتقاده بتوافر أسباب الإباحة كان مبنياً على غلط حتمي يقع فيه الشخص العادي في مثل ظروف الغلط، دون تفرقة بين الجرائم العمدية وغير العمدية. وأصحاب هذا الرأي يرون أن انتفاء المسؤولية لا يرجع إلى انتفاء القصد الجنائي، وإنما يرجع إلى كون الغلط حتمي ينفي القصد والخطأ على السواء لتخلف عنصر آخر من عناصر الجريمة غير عنصرها النفسي، وهو التكوين الطبيعي للإرادة، إذ لا إثم في سلوك الفاعل إذا تكونت إرادته في ظروف غير طبيعية¹، ولا تسمح بتكوين إرادة واعية. وفي هذا الاتجاه ذهب الفقه في مصر كما نوضح في الفقرة الآتية:

420- ثالثاً: موقف الفقه في مصر

الشرح في مصر يرون أن القانون عندهم أخذ بالإباحة رغم الغلط فيها، إذا جاء هذا الغلط بعد التثبت والتحري، ووجود حسن النية. وأن المادة 63 من قانون العقوبات نصت على ذلك بشأن غلط الموظف العام.

كما أنه يستفاد ذلك من نص المادتين 249 و250 منه، اللتين تجعلان من غلط في تقدير الظروف في حالة الدفاع الشرعي بحسن نية، وذلك بأن ينصب غلطه على ركن الخطر، تجعلانه مازال في حالة الدفاع، رغم الغلط الذي وقع فيه طالما أن نيته حسنة. غير أنهم، أي أصحاب هذا الاتجاه، يرون أن المشرع في استناده إلى قاعدة الغلط المجرد من الإثم، أو الغلط الحتمي أن القانون لم يبين الحالة العكسية، أي حالة عدم وجود الأسباب المعقولة التي قال بأنها تجعل الغلط مبرراً، وأنه بمفهوم المخالفة نستطيع الاستدلال على أن السلوك يبقى محتفظاً بوصفه الأصلي، أي بوصف الجريمة المتعمدة².

421- الفرع الثاني: الاتجاه القائل بكون الإباحة الظنية كالفعلية من حيث وحدة أساسها

سأتناول في فقرة أولى مفهوم النظرية ومحتواها، ثم في فقرة ثانية موقف جانب من الفقه في مصر منها.

422-أولاً: مفهوم النظرية ومحتواها: يرى أتباع هذا الاتجاه أن الإباحة الظنية هي الأخرى تبيح الفعل مثل الإباحة الحقيقية الفعلية تماماً، متى كان اعتقاد الجاني وظنه يقوم على أسباب معقولة من غير تقصير منه، وأن هذا هو الأساس السليم لانتفاء المسؤولية الجنائية، عن الجاني الذي وقع في توهم سبب مبيح لا وجود له في الواقع³. وفي نظرهم: أنه ليس هناك ما يحول دون أن تتعادل الإباحة الظنية، شريطة أن يكون ظنها مبني على أسباب معقولة، مع الإباحة الحقيقية الفعلية.

ويجعلون أساس رأيهم، هو أن الغلط في الإباحة لا يترتب عليه تخلف القصد الجنائي، لكون القصد الجنائي يتحقق بمجرد انصراف الإرادة إلى تحقيق الواقعة الإجرامية، ولا يدخل ضمن عناصره العلم بعدم مشروعيته، ولا بتجريمها. فمتى أراد الفاعل الواقعة بعناصرها الموضوعية، قام القصد الجنائي في مسلكه، ولا يحتاج إلى أكثر من ذلك، ولا يحول دون قيام قصده الجنائي وقوعه في غلط في إباحة الفعل الذي ارتكبه، وهذا الغلط لا

¹ أنظر الدكتور عمر السعيد رمضان، طبيعة الركن المعنوي، مرجع سابق، ص 659.

² أنظر الدكتور محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات - القسم العام -، مرجع سابق، ص 248.

وأنظر الدكتور رمسيس بهنام، النظرية العامة، مرجع سابق، ص 417.

³ أنظر الدكتور محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات - القسم العام -، مرجع سابق، ص 249.

يؤدي إلا إلى القول بأن الجاني لم يكن يعلم بعدم مشروعية الفعل، وهذا العلم لا علاقة له بالقصد الجنائي، ولا يعتبر عنصراً فيه بأي حال.

وفي الفقه المصري جانب ذهب في هذا الاتجاه، أوضح موقفه في الفقرة الآتية، وأنبه إلى أن القانون الجزائري للعقوبات ترك حالة الجهل وحالة الغلط دون أن ينص عليهما، والفقه عليه تطبيق ما عليه الحال في النظم القانونية القريبة من النظام القانوني في الجزائر.

423- ثانياً: موقف جانب من الفقه في مصر

رأى جانب من الشراح في مصر أن الأساس القانوني للإباحة الظنية هو نفس الأساس القانوني للإباحة الفعلية، وأن قانون العقوبات المصري، أقام انعدام المسؤولية في حالة غلط الموظف العام أثناء أداء واجبه، وحالة الغلط في الدفاع الشرعي على هذا الأساس أي المساواة بين الخطر الحقيقي والخطر الوهمي، في آثارهما على جريمة الجاني، وجعلها مباحة بناء على نفس الأساس في كلتا الحالتين¹ (حالة البراءة الحقيقية وحالة البراءة الظنية).

424- الفرع الثالث: الاتجاه القائل بأن أساس المسؤولية في الإباحة الظنية يختلف من حالة إلى أخرى

وهذا الاتجاه يذهب إليه فريق من الشراح في مصر، ويرى أن الأساس القانوني لانعدام مسؤولية الجاني بسبب الإباحة الظنية، أو الغلط في الإباحة يختلف بحسب الحالات التي نص عليها القانون.

ولما أن القانون في مصر يستنتج منه الاتجاه إلى قبول القول بالإباحة الظنية في موضعين، موضع الموظف العام يغلط بحسن نية في تنفيذ ما أمره به رئيسه و فعل ما يظن أنه من صميم واجبه في عمله، أو في حالة الغلط في الإباحة في حالة الدفاع الشرعي بالذات.

ويرون أن القانون في حالة الموظف يرفع عن الجاني المسؤولية الجنائية، دون أن يرفع عن الفعل صفة عدم المشروعية. أما في حالة الدفاع الشرعي، فإن الغلط يبيح الفعل الجرمي ذاته متى كان الغلط مبنياً على أسباب معقولة، وتوفر حسن نية الغالط².

¹ أنظر الدكتور محمد مصطفى القلي، في المسؤولية الجنائية، جامعة فؤاد، طبعة سنة 1944، ص 386.

وانظر الدكتور محمد زكي محمود، آثار الجهل والغلط في المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 287.

وانظر الدكتورة خلود سامي عزارة آل معجون، النظرية العامة للإباحة، مرجع سابق، ص 436 و 437.

² أنظر الدكتور عبد الرحمن حسين علام، أثر الجهل أو الغلط في القانون على المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 587 وما بعدها.

وانظر الدكتورة خلود سامي عزارة آل معجون، النظرية العامة للإباحة، مرجع سابق، ص 437 و 438.

الفصل الثاني

أساس انتفاء المسؤولية عند الجهل بالإباحة أو الغلط فيها في الشريعة الإسلامية

425- تمهيد وتقسيم

أرى أنه لبحث هذا الفصل يتعين تقسيمه إلى أربعة مباحث على النحو الآتي:
المبحث الأول: أتناول فيه أساس انتفاء العقاب والضمان.
المبحث الثاني: أتناول فيه النطاق الذي يشمل انتفاء العقاب شبه المتفق عليه.
المبحث الثالث: أتناول فيه ما هو خارج عن نطاق انتفاء المسؤولية الجزائية.
المبحث الرابع: أتناول فيه حالات انتفاء الضمان وسقوطه.

المبحث الأول

أساس انتفاء العقاب والضمان

426- تمهيد وتقسيم

عند الجهل بالإباحة أو الغلط فيها مع توفر سببها أصلاً، ولما أن أسباب الإباحة موضوعية، فإنه يتعين في الأصل أن تقوم الإباحة لصالح من تقررت له سواء علم بها أم جهلها أم غلط في ذلك.
والجهل والغلط في الغالب الأعم أحكامهما سواء. ولذلك سأتناولهما على أساس وحدة أحكامهما.
وما يجري على المخطئ (الغالط) يجري على الجاهل.
ومن المفيد التنويه إلى أنه لا عبرة للدعاء بجهل أحكام الشريعة إلا ممن أسلم حديثاً، أو من كان في غير دار الإسلام لا تصله شرائعه⁽¹⁾.
وهذا المبحث مسألته حسب المتنوع لأحكام الفقهاء فإنه يجد أن الإباحة قائمة على أساس انتفاء الإثم.
- وأرى أنها يمكن أيضاً أن تقوم على فكرة ما يعرف في أصول الفقه الإسلامي بالاستصحاب وعلى هذا أتناول المبحث في مطلبين:
المطلب الأول: أتناول فيه الإثم، وانتفاءه الذي به تنتفي المسؤولية.
والمطلب الثاني: أتناول فيه الاستصحاب والذي نستصحب فيه البراءة الأصلية وتنتفي المسؤولية. كما تقوم لموضوعية أسبابها.

¹ انظر الشيخ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقوانين الوضعية، مؤسسة الرسالة، ط5 لسنة 1404هـ-1984م، ص274 وما بعدها.

وانظر الإمام محمد أبوزهرة، العقوبة، دار الفكر العربي، ص209 وما بعدها.

المطلب الأول انتفاء المسؤولية بانتفاء الإثم

427- تمهيد وتقسيم

هذا المطلب مادته تنقسم منطقيا إلى قسمين قسم يعنى بتعريف الإثم لغة، وآخر يعنى بتعريفه اصطلاحا، ولذا أتناوله في فرعين.

428- الفرع الأول: تعريف الإثم لغة

فالإثم la culpabilité مصدر أثم، وهو الذنب، جمع آثم وقع في الإثم عمل ما لا يحل، وهذا الذنب الموجب للعقاب الأخروي¹.

أو الإثم الذنب، وقد أثم بالكسر إثما ومأثما، وأثمه بالمد أوقعه في الإثم. وتأثم: تخرج عن الإثم، وعن عمل ما لا يحل له².

والمأثم: الأمر الذي تأثم به الإنسان، أو هو الإثم نفسه.

والإثم بالكسر: الذنب والخمر والقمار وأن يعمل ما لا يحل³، هكذا.

وأثم كعلم إثما ومأثما، فهو أثم وأثيم وآثم وأثوم⁴.

وتأتي الكلمة بمعنى أبطأ: أثمت الناقة المشي: أبطأت.

يقال ناقة آثمة، ونوق آثمت أي مبطنات⁵.

429- الفرع الثاني: تعريف الإثم اصطلاحا

وفي الاصطلاح: الإثم والآثم: اسم للأفعال المبذولة للثواب⁶، وجمعه آثام les culpabilités.

هذا هو الأساس الذي يستند إليه الفقهاء سواء الشرعيين أو الوضعيين في إسقاط العقاب⁷ والضمنان.

- غير أن لي رأي في المسألة أقول فيه بكون الاستصحاب يمكن أن يكون أساسا لانتفاء المسؤولية الجزائية، وأحيانا حتى المدنية (العقاب والضمنان) في حالة الجهل والغلط في الإباحة.

وأبين ذلك في المطلب الآتي:

¹ انظر أ.د. محمد رواس فلجعي ود. حامد صادق قنبيبي، معجم لغة الفقهاء، دار الفكر، ط1، سنة 1405هـ-1985م، ص42.

² انظر د. محمد إبراهيم محمد، مسقطات العقوبة الحدية، دراسة فقهية مقارنة، دار الأصالة، ط1، سنة 1409هـ-1989م، ص27.

³ انظر الفيروز أبادي مجد الدين محمد بن يعقوب المتوفى سنة 817هـ، القاموس المحيط، دار الفكر العربي، بيروت، طبعة سنة 1398هـ-1978م، ص72 و73.

⁴ انظر الفيومي المغربي أحمد بن محمد بن علي المتوفى سنة 77هـ، المصباح المنير، ج1، طبعة الحلبي، لسنة 1950م، ص897.

⁵ انظر الأنصاري جمال الدين محمد بن مكرم المتوفى سنة 711هـ، لسان العرب، طبعة الدار المصرية للتأليف والترجمة، بدون سنة نشر، ص270 و272.

⁶ انظر الراغب الأصفهاني أبي القاسم الحسين بن محمد المتوفى سنة 502هـ، المفردات في غريب القرآن، طبعة الحلبي، لسنة 1970م، ص8.

⁷ للاستزادة والوقوف على التفاصيل المتعلقة بالإثم، يرجع إلى الدكتور أحمد مجحودة، أزمة الوضوح في الإثم الجنائي في القانون الجزائري والقانون المقارن la crise de clarté dans la culpabilité en droit algérien et en droit comparé.

المطلب الثاني الاستصحاب أساسا لانتفاء المسؤولية

430- تمهيد وتقسيم

أرى من خلال مقولة رأيي صواب يحتمل الخطأ للإمام الجليل الشافعي رحمه الله (المتوفى سنة 210هـ) أن انتفاء المسؤولية رغم الجهل بالإباحة أو الغلط فيها يمكن أن نجد أساسه في الفكرة المعروفة لدى أصوليي الفقه الإسلامي- كدليل من أدلة الأحكام- بالاستصحاب.

ولتوضيح ذلك أتعرض لتعريف الاستصحاب في فرعين:
الفرع الأول: تعريفه لغة.

والفرع الثاني: تعريفه اصطلاحاً.

في ثم في فرع ثالث أبين مسلّكي للقول بكون الاستصحاب يمكن أن يتخذ أساسا لانتفاء المسؤولية رغم الجهل بالإباحة أو الغلط فيها وكل أملي أن يجد رأيي هذا من محصنه ويزنه من الباحثين، والكل ساع وراء الصواب.

431- الفرع الأول: تعريف الاستصحاب لغة:

فالاستصحاب لغة هو من الصحبة والمصاحبة، فنقول: استصحبته هذا فهو معي وأنا معه¹، الصحبة بالضم: الرفقة، فمرافقي مصاحب لي².

432- الفرع الثاني: تعريف الاستصحاب اصطلاحاً:

وفي الاصطلاح: هو الالتزام بآثار معلوم الحدوث وأحكامه بعد عروض الشك في بقاءه واستمراره، فقد يكون المستصحب موجوداً كالعلم بحياة فلان الغائب ثم نشك في بقاءه حياً فنستصحب الحياة، ونتعامل بشأنه على هذا الأساس. وقد يكون المستصحب عدماً، كالعلم بأن فلان غير متزوج، ثم نشك في زواجه فنستصحب حالته الأولى ولا نعتبره متزوجاً، ومن ثمة لا نهنته بزواجه³.

- وعرفه الزنجاني⁴ بقوله: الاستدلال بعدم الدليل على نفي الحكم أو بقاء ما هو ثابت بالدليل.

- وعرفه الأسنوي⁵ بقوله: هو عبارة عن الحكم بثبوت أمر في الزمان الثاني بناء على ثبوته في الزمان الأول.

- والتعريفين الأخيرين أخذنا عن الدكتور مصطفى سعيد الخن⁶.

433- الفرع الثالث: مسلّكي:

ومسلّكي للوصول إلى القول بكون الاستصحاب أساسا لانتفاء المسؤولية:

¹ انظر الشيخ محمد جواد مغنية، علم أصول الفقه في ثوبه الجديد، دار العلم للملايين، ط2، سنة 1980م، ص347.
وانظر المستشار محمد وجدي عبد الصمد رئيس محكمة النقض، الاعتذار بالجهل بالقانون، عالم الكتب، ط2 لسنة 1987، ص176 و177.

² انظر أ.د. محمد رواس قلججي ود. حامد صادق قنبيبي، مرجع سابق، ص271.

³ انظر الشيخ محمد جواد مغنية، علم أصول الفقه في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص347.

⁴ الزنجاني محمد بن أحمد المتوفى سنة 656هـ.

⁵ الأسنوي عبد الرحيم المتوفى سنة 772هـ.

⁶ انظر الدكتور مصطفى سعيد الخن، أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء، مؤسسة الرسالة، ط3، لسنة 1402هـ-1982م، ص542.

أن الجهل والغلط يثيران التردد في أمر بقاء أو انتفاء المسؤولية رغم هذا الجهل أو الغلط في الإباحة.

وطالما أن من تحققت له الإباحة فلا مسؤولية عليه (سواء المتعلقة بالعقوبة، أو المتعلقة بالضمان مع تفاصيل ستأتي لاحقاً-) فإن من جهلها أو غلط فيها يتعين أن يستصحب بشأنهما حال تحققها.

إذ الجهل أو الغلط يثيران الشك في بقاء المسؤولية أو زوالها، واليقين أن من تحققت في شأنه الإباحة غير مسؤول، وعليه فلا يزول يقين من تقرر له الإباحة وأنه غير مسؤول بالشك. والمحصلة فإن حال علمه بكون عمله مباح وأقدم عليه يستصحب في حال جهله أو غلظه في كون ما أقدم عليه من العمل يجهل إباحته أو غلط فيها، فيباح في حال جهله أو غلظه كما هو مباح في حال علمه.

فيتعين بشأنهما (الجاهل والغالط) استصحاب الحال الأصلي (انتفاء المسؤولية) فيكونان غير مسؤولين.

والقاعدة أن الشك لا يزيل اليقين، وبعبارة أخرى اليقين لا يزول إلا باليقين، ولا يقين أنهما مسؤولان.

- ومن هنا أنتقل إلى المبحث الثاني الذي عنوانته بالنطاق الذي يشمل انتفاء العقاب شبه المتفق عليه.

وكان وصفي له بشبه المتفق عليه للاختلاف اليسير بين فقهاء الشريعة في بعض تفاصيله. أما أن يتفقوا اتفاقاً شبيهاً بالإجماع في مسائل هذا الباب فلم أعتز على اتفاق مطلق بين الأربعة ومن على مذاهبهم، وعليه تناولت المسألة بالعنوان المذكور الآتي:

المبحث الثاني

النطاق الذي يشمل انتفاء العقاب شبه المتفق عليه

434- تمهيد وتقسيم

في حالة الإباحة تنتفي مسؤولية من تقرر له الإباحة فلا عقاب عليه. ويمتد نطاق هذه الإباحة إلى كل العقوبات على كل ما يأخذ صورة الجريمة من الأفعال في الشريعة الإسلامية لا فرق بين جليلها وحقيرها، فبمفهوم القوانين الوضعية الجنائية والمخالفة على السواء. وكذلك إذا كان الفاعل يجهل أن الإباحة تقرر له عن الأفعال التي ارتكبها أو غلط معتبراً إياها غير مباحة وهي مباحة في الواقع، وذلك لأن أحكام الإباحة موضوعية.

ويمتد نطاق هذه الإباحة ليشمل كلا من القصاص والدية -عند القائلين بأنها عقوبة¹- والتعزير. وعليه رأيت أن أقسم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب على النحو الآتي:

المطلب الأول: شمول الإباحة للقصاص.

المطلب الثاني: شمول الإباحة للدية.

المطلب الثالث: شمول الإباحة للتعزير.

¹ انظر الدكتور عوض أحمد إدريس، الدية بين العقوبة والتعويض في الفقه الإسلامي المقارن، دار مكتبة الهلا، بيروت، ط1، سنة 1986م، ص548.

المطلب الأول شمول الإباحة للقصاص

435- لبحث هذا المطلب يتعين تعريف القصاص، وتعريفه يكون من حيث اللغة ومن حيث الاصطلاح.

وهو لغة: بمعنى الجزاء بالمثل.

واصطلاحاً: المماثلة بين الجنائية والعقوبة¹.

ومعناه اللغوي يتلاقى مع معناه الاصطلاحي²، ومن معانيه في اللغة التتبع، ومنه قص أثره: تتبعه، ومنه قصص السابقين بمعنى أخبارهم.

وبينه وبين المعنى الشرعي تناسب، إذ القصاص يتتبع فيه الجاني حتى لا يترك من غير عقاب برده، ويتتبع فيه المجني عليه باستيفاء حقه ممن جنى عليه.

وهو العقوبة الأصلية الأولى للقتل العمد³.

فإذا تقرر الإباحة سواء علم بها من تقرر لصالحه أو لم يعلم وسواء غلط باعتبارها غير مقررة لصالحه وهي مقررة فإن القصاص لا يطبق ضد من تقرر الإباحة لفعله المؤدي سواء إلى القتل أو الجرح.

المطلب الثاني شمول الإباحة للدية

436- تمهيد وتقسيم

لبحث هذا المطلب يتعين تعريف الدية، دية القتل ودية الجراح أو ما يعرف بالأرث، وهل الدية عقوبة أم تعويض (ضمان) وعليه أفرع هذا المطلب إلى 3 فروع:

الفرع الأول: في الدية.

الفرع الثاني: في الأرث.

الفرع الثالث: هل الدية عقوبة أم تعويض (ضمان).

437- الفرع الأول: تعريف الدية لغة واصطلاحاً:

فالدية لغة: أصلها ودية، وحصل فيها التغيير «...لا يودى».

واصطلاحاً: هي المال، والأصل فيه المائة من الإبل الواجب دفعها في إتلاف نفس الأدمي⁴.

وتطلق على ما يدفع عن تلف النفس، وكذا ما يدفع عن تلف العضو، وتسمى في هذه الحالة الأرث.

¹ انظر الأستاذ الدكتور محمد رواس قلنجي والدكتور. حامد صادق قنيبي، معجم لغة الفقهاء، مرجع سابق، ص364.

² انظر الشيخ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، مرجع سابق، ص114.

وانظر الإمام أبوزهرة، العقوبة، مرجع سابق، ص335.

³ انظر الشيخ عبد القادر عودة، نفس الصفحة من المرجع نفسه.

وانظر الإمام أبو زهرة، نفس الصفحة من نفس المرجع.

⁴ انظر الأستاذ الدكتور رواس قلنجي و الدكتور حامد صادق قنيبي، معجم لغة الفقهاء، مرجع سابق، ص212.

438- الفرع الثاني: الأرش:

بالهمزة المفتوحة وسكون الراء جمع أروش، أرش الجراحات وأرش الكسور¹. وهي ما يجب من المال على الجراحات والكسور الملحفة بالآدمي. وبعضها مقدر وبعضها يقدر بحكومة (خبرة في المفهوم الحديث).

439- الفرع الثالث: الدية بين العقوبة والضمان (التعويض):

ذهب المحققون من العلماء إلى أن الدية عقوبة وليست ضمانا إذ لا يتوقف الحكم بها على طلب الأفراد لا المجني عليه، ولا ولي الدم. وفي هذا يقول الدكتور أحمد موسى: «تجب الدية في القتل الخطأ كعقوبة أصلية لأنها ليست بدلا عن عقوبة أخرى»².

المطلب الثالث شمول الإباحة للتعزير

440- تمهيد وتقسيم

لبحث هذا المطلب يتعين تعريف التعزير لغة واصطلاحا، وفي إطار تعريفه اصطلاحا يتعين استعراض تعاريف الفقهاء. ثم التعريف الجامع المانع، وتبيين موقفي منه. وأتناول ذلك في الفروع:
الفرع الأول: تعريف التعزير لغة.
الفرع الثاني: تعريفه اصطلاحا.
الفرع الثالث: التعريف الجامع المانع.
الفرع الرابع: موقفي من هذا التعريف.

441- الفرع الأول: تعريف التعزير لغة

التعزير لغة: مصدر عزز بالفتحات، مخففا، يعززه عزرا أو تعزيرا³.
- وهو من أسماء الأضداد⁴، فالتعزير يراد به النصرة، والتعظيم ومنه قوله تعالى: «...وأمنتكم برسلي وعزرتموهم...»⁵، وقوله سبحانه وتعالى: «...وتعزروه وتوقروه...»⁶.
وأصله مأخوذ من العزر وهو الرد والمنع⁷.

¹ انظر الأستاذ الدكتور رواس قلجعي و الدكتور حامد صادق قنبيبي، معجم لغة الفقهاء، مرجع سابق، ص54.

² انظر الدكتور أبو الحمد أحمد موسى وآخرين، الجرائم والعقوبات في الشريعة الإسلامية، بدون مكان نشر، ط1، بدون سنة نشر، ص163.

وانظر للاستزادة: الدكتور عوض أحمد إدريس، الدية بين العقوبة والتعويض في الفقه الإسلامي، دار مكتبة الهلال، بيروت، لبنان، بدون سنة نشر.

³ انظر الزبيدي محمد مرتضى المتوفى سنة 1205هـ، القاموس، ج2، بدون مكان نشر، ط1، لسنة 1306هـ، ص91.

⁴ انظر أحمد رضا، معجم متن اللغة، ج4، مكتبة الحياة، بيروت، سنة 1377هـ، ص92.

⁵ من الآية رقم 12 من سورة المائدة (05).

⁶ من الآية رقم 9 من سورة الفتح (48).

⁷ انظر ابن كثير أبو الفداء إسماعيل بن عمر القرشي المتوفى سنة 774هـ، البداية والنهاية، ج3، طبعة القاهرة، لسنة 1358هـ، ص228.

ويرى الراغب الأصفهاني أن التعزير بمعنى «التأديب» يؤول لمعنى «النصرة والتعظيم»¹.

442- الفرع الثاني: تعريف التعزير اصطلاحاً:

لتعريف التعزير اصطلاحاً أقوال وتعاريف للفقهاء في المذاهب الأربعة، أخصها في الآتي:

أولاً: في المذهب الحنفي: نجد التعريف بقولهم «التعزير: التأديب دون الحد»².
ثانياً: في المذهب الشافعي:

1- نجد التعريف الذي نقله النووي عن الماوردي³ والقائل: «التعزير: هو التأديب على ذنوب لم تشرع فيها الحدود»⁴.

2- كما عرفه الرملي⁵ بقوله: «هو التأديب في كل معصية لله أو لآدمي لا حد لها ولا كفارة».

ثالثاً: في المذهب الحنبلي: نجد تعريفه من طرف البيهوتي وابن قدامة وابن تيمية.

1- فالبيهوتي عرفه بقوله: «التعزير هو التأديب»⁶.

2- وابن قدامة عرفه بقوله: «التعزير: هو العقوبة المشروعة على جناية لا حد فيها»⁷.

3- وابن تيمية عرفه بقوله: «هو التأديب في كل معصية لا كفارة فيها ولا حد»⁸.

رابعاً: في المذهب المالكي: نجد أن المالكية نصوا على أن التعزير لا يكون إلا في معصية لا حد فيها⁹.

443- الفرع الثالث: التعريف الجامع المانع¹⁰

يرى الدكتور بكر بن عبد الله أبو زيد أن التعريفات السابقة كلها مقصورة وقاصرة على أن تتصف بكونها جامعة مانعة. ويرى أن التعريف الجامع المانع هو الذي يتعين أن يشتمل على ما تشتمل عليه التعريفات في فصلها الأول من كلمة «التأديب» وأن تشتمل على ما

¹ انظر الراغب الأصفهاني الحسين بن محمد المتوفى سنة 502هـ، المفردات في غريب القرآن، مرجع سابق، ص333.

² انظر ابن الهمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد المتوفى سنة 861هـ، شرح فتح القدير للعاجز الفقير، ج5، مصر، ط1، لسنة 1451هـ، ص112.

= وانظر الجرجاني السيد الشريف علي بن محمد بن علي أبو نعيم المتوفى سنة 792هـ، التعريفات، مرجع سابق، ص55.

³ أنظر الماوردي أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري المتوفى سنة 450هـ.

⁴ أنظر النووي محي الدين بن يحيى بن شرف أبو زكرياء المتوفى سنة 676هـ، مقصد التيه شرح خطبة التنبيه، بدون مكان نشر، بدون سنة نشر، ص143.

⁵ أنظر الرملي محمد بن أحمد المتوفى سنة 1004هـ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج8، مطبعة الحلبي، سنة 1358هـ، ص16 و17.

⁶ أنظر البيهوتي ويرد باسم البيهوتي منصور بن يونس، كشف القناع عن متن الإقناع، ج6، مكتبة الرياض الحديثة، مصر، ط2، بدون سنة نشر، ص121.

⁷ أنظر ابن قدامة عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة بن نصر بن عبد الله المقدسي المتوفى سنة 620هـ، المغني مع الشرح الكبير على المقنع، ج10، مطبعة المنار بمصر، ط1 سنة 1348هـ، بهامش المغني، ص347.

⁸ أنظر ابن تيمية أحمد بن عبد الحليم المتوفى سنة 728هـ، مجموع الفتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، جمع وترتيب عبد الرحمن بن قاسم، مطابع الحكومة، مكة المكرمة، ط1، سنة 1383هـ.

⁹ أنظر بكر بن عبد الله أبو زيد، الحدود والتعزيرات، مرجع سابق، ص461.

¹⁰ انظر الدكتور بكر بن عبد الله أبو زيد، الحدود والتعزيرات، مرجع سابق، ص161 و162.

شملت عليه التعريفات في فصلها الثاني من قول المعرفين: «في كل معصية لا حد فيها ولا كفارة».

- ويجعل التعريف الجامع المانع قوله: «التعزير هو التأديب في كل معصية لا حد فيها ولا كفارة» مستبعدا قولهم: «فيما دون الحد» باعتبار أن ذلك شرطا لا ركنا. واستند في صوغ تعريفه إلى مباحث الإمام ابن تيمية. وفيما يلي أقدم رأبي في التعريف.

444- الفرع الرابع: موقفي من هذا التعريف

حقيقة أن هذا التعريف استبعد كل ما يمكن أن يقال عنه أنه حشو يخل بصورة التعريف الذي يتعين أن يكون مختصرا وجامعا مانعا في نفس الوقت. فاستبعد ما هو شرط لا ركن كما استبعد بعض الشروح كقولهم: «الله أو لآدمي» الذي جاء في تعريف الرملي، فهذا شرح للمعصية لا ركن في التعريف ولا حتى شرط فيه. وأتبنى تعريفه هذا للسبب الذي جاء به صاحبه أنه جمع ما بين ما جاء في الفصل الأول من باقي التعريفات، وما جاء في فصلها الثاني، ولعدم الحشو فيه كما بين وكما أضفت.

المبحث الثالث

ما هو خارج عن نطاق انتفاء المسؤولية الجزائية

445- تمهيد وتقسيم

من العقوبات ما لا يسقط، وهذا النوع لا تبرره أحكام الإباحة، وهي عقوبة الكفارة. ولبحث المسألة يتعين تقسيم المبحث إلى مطلبين على النحو الآتي:
المطلب الأول: تعريف الكفارة لغة واصطلاحا وتحديد ماهيتها.
المطلب الثاني: الأساس التشريعي للكفارة، وخلاف الفقهاء بشأنها.

المطلب الأول

تعريف الكفارة

446- تمهيد وتقسيم

في هذا المطلب تعريف الكفارة لغة وشرعا وتحديد ماهيتها في ضوء العقوبة أهي عقوبة محضة؟ أم عبادة محضة؟ أم تدور بين العقوبة والعبادة.
ولذا أفرع هذا المطلب إلى فروع ثلاث على هذا النحو:
الفرع الأول: تعريف الكفارة لغة.
الفرع الثاني: تعريفها اصطلاحا.
الفرع الثالث: ماهيتها.

447- الفرع الأول: تعريف الكفارة لغة:

هي ما يكفر أو يغطي، وهي بتشديد الفاء.
وجاء من الكفر بالضم ثم السكون من مصدر كفر: وهو الستر، ويقابله الشكر أي يقابل الكفر. والكفر في الدين ضد الإيمان.

448- الفرع الثاني: تعريفها اصطلاحاً:

ويعرف الفقهاء الكفارة بأنها: تصرف أوجبه الشرع لمحو ذنب معين كالإعتاق والصيام والإطعام¹.

449- الفرع الثالث: ماهية الكفارة:

هي حكم يدور بين العباداة والعقوبة، وهي من حيث هي عقوبة فهي عتق الرقبة المؤمنة أو الصيام.

وتقديرها فيما يعنينا في بحثنا شهران متتابعان، وهي التي تكون في القتل الخطأ وشبه العمد، وعلى خلاف في القتل العمد كما سيأتي، أو عتق رقبة مؤمنة، فهي الأصل وبدلها الصيام، وهي عقوبة أصلية.

وبعد تبين تعريف الكفارة، وتحديد ماهيتها ننقل إلى تبين أساسها التشريعي، أو دليل مشروعيتها، ونتبع خلاف الفقهاء بشأنها في المطلب التالي:

المطلب الثاني

الأساس التشريعي للكفارة، وخلاف الفقهاء بشأنها

450- تمهيد وتقسيم

أقسم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: الأساس التشريعي للكفارة.

الفرع الثاني: خلاف الفقهاء بشأنها.

451- الفرع الأول: الأساس التشريعي للكفارة

دليل مشروعية الكفارة عن القتل واضح في الآية الكريمة، قوله سبحانه وتعالى في الآية 92 من سورة النساء، وهي: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَّةٌ مُسْلِمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُمْ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَّةٌ مُسْلِمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِنَ اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾ فالآية الكريمة واضحة بتفاصيلها في أحكام كفارة القتل الخطأ ويلحق به الفقهاء القتل شبه العمد، وبعضهم يلحق حتى القتل العمد، وواضح بديل الحكم بعتق الرقبة إن لم يمكن ذلك أنه صيام الشهرين المتتابعين.

452- الفرع الثاني: خلاف الفقهاء بشأن الكفارة

اختلف الفقهاء بشأن مسائل تتعلق بالكفارة كما سأوضح في النقاط الآتية:

453- أولاً: فالإمام مالك (المتوفى سنة 179هـ): لا يوجب الكفارة في القتل العمد، والقتل في مذهبه ليس إلا عمداً أو خطأً.

ولا يعرف مذهب المالكية القتل شبه العمد.

¹ أنظر أ.د. محمد رواس قلججي والدكتور حامد صادق قنبيبي، معجم لغة الفقهاء، مرجع سابق، ص 382 و 383. وانظر الشيخ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، ج 2، مرجع سابق، ص 172.

ويرى الإمام أن الكفارة يندب إليه في القتل العمد متى سقط القصاص بسبب من الأسباب¹.
454- ثانياً: الإمام أبو حنيفة (المتوفى سنة 150هـ) وأصحابه ينكرون أن تكون الكفارة في القتل العمد مطلقاً لكون القتل العمد كبيرة من الكبائر، والكفارة لم ينص عليها في القتل العمد ولا يجوز القياس فيها على القتل الخطأ².

455- ثالثاً: والإمام الشافعي (المتوفى سنة 204هـ) يرى وجوبها في القتل العمد وتغليظها فيه أولى كما تجب في القتل شبه العمد، وفي القتل الخطأ³.
مستنداً إلى رواية لوائلة بن الأسقع إذ قال: «أتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم بصاحب لنا قد أوجب بالقتل فقال: «اعتقوا عنه رقبة يعتق الله تعالى بكل عضو فيها عضواً منه من النار»⁴.

456- رابعاً: المشهور في مذهب الإمام أحمد بن حنبل (المتوفى سنة 241هـ) بأن لا كفارة في العمد إذ الله سبحانه وتعالى جعل الجزاء فيها القصاص وجهنم خالداً فيها، ويفهم من هذا أن لا كفارة.

ويستند إلى حديث أن سويد بن الصامت قتل رجلاً في عهد النبي صلى الله عليه وسلم فأوجب عليه القتل ولم يوجب الكفارة⁵. وحديث أن عمر بن أمية الضمري قتل رجلين في عهد النبي صلى الله عليه وسلم فوداهما ولم يوجب كفارة.
هذا وبعد الفراغ من انتفاء العقاب رغم الجهل بالإباحة أو الغلط فيها نتناول مسألة تابعة لذلك، وهي مسألة انتفاء وعدم انتفاء الضمان رغم الجهل بالإباحة والغلط فيها في المبحث الآتي:

المبحث الرابع حالات انتفاء الضمان

457- تمهيد وتقسيم

لبحث هذا الموضوع حالات انتفاء أو سقوط الضمان يتعين تحديد تعريف الضمان لغة واصطلاحاً، وتحديد مفهومه عن طريق تحديد أحكامه الأساسية.

وتحديد ضمان الجنائية، وهو المراد في هذا البحث، ثم تحديد النطاق المشمول بسقوط الضمان، ثم تحديد ما لا يشمل سقوط الضمان. وذلك في أربع مطالب هي:

المطلب الأول: تعريف الضمان.

المطلب الثاني: مصدر الضمان وأساسه.

المطلب الثالث: ضمان الجنائية.

المطلب الرابع: سقوط الضمان.

¹أنظر الخطاب محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المتوفى سنة 954هـ، مواهب الجليل على مختصر خليل، ج6، مرجع سابق، ص278.

²أنظر ابن نجم الحنفي المتوفى سنة، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، مرجع سابق، ج8، ص291.

³أنظر الشيخ أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي المتوفى سنة 476هـ، المذهب في فقه الإمام الشافعي، ج2، طبعة دار الفكر، بدون سنة نشر، ص334.

⁴رواه أحمد وأبو داود والنسائي وابن حبان والحاكم ليس فيه النار بل استوجب فقط.

⁵أنظر ابن حجر العسقلاني، الدراية في تخريج أحاديث الهداية، ج2، تحقيق عبد الله هاشم اليماني المدني، دار المعارف، بيروت، بدون سنة نشر، ص262 و263.

المطلب الأول تعريف الضمان

458- تمهيد وتقسيم

لبحث هذه المسألة يتعين تفريع المطلب إلى فرعين اثنين، فرع أتناول فيه التعريف اللغوي للضمان أخذاً من قواميس اللغة، ومن كتب الفقهاء، خاصة معاجم لغة الفقهاء. وفرع أتناول فيه تعريفه من حيث هو المصطلح الذي نبحت في أحكامه في هذا المبحث، وأبين فيه أحسن التعاريف التي توصلت إليها من بحثي.

459- الفرع الأول: تعريف الضمان لغة

الضمان: بفتح الضاد مصدر ضمن¹. تقول العرب: ضمننت المال، وضمننت بالمال ضماناً فأنا ضامن، وضمننته التزمته، ويتعدى إلى مفعول ثاني بالتضعيف، فيقال: ضمننته المال: ألزمته به². ويقال أيضاً: ضمن الشيء، أي جزم بصلاحيته وخلوه مما يعيبه. والضامن الكفيل والملتزم والغارم، والجمع ضمان وضمنه. والضمان الكفالة والالتزام³. ومنه الضمان الاجتماعي: المعروف بقيام جهة عامة كالدولة أو مؤسسة عامة بمعونة المحتاجين⁴.

460- الفرع الثاني: تعريفه اصطلاحاً

تصدى الفقهاء لتعريف الضمان، واستعملوا كلمتي الضمان والكفالة باعتبارهما مترادفتين يراد بهما عموم ضمان الأموال، وضمان الأنفس. ومن الضمان -وهو ما يلزمنا في بحثنا هذا- ضمان الديات وأروش الجراح، وضمان المعتدى ما أتلّف من أموال أو عيبيها⁵.

461- وقبل التصدي للتعريفات يتعين تبيان ما عبر عنه الفقهاء بكلمة الضمان. إذ يستعملها كل من فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة في كتبهم بمعنى الكفالة، استقاء من ضمنّ بتشديد الميم- الشيء تضمّناً أي غرّمه إياه فالتزمه. - فالمالكية يقولون: الضمان: شغل ذمة أخرى بالحق⁶. - والشافعية يقولون: الضمان لغة الالتزام⁷. - والحنابلة يقولون الضمان ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون¹.

¹ أنظر الأستاذ الدكتور محمد رواس قلججي، معجم لغة الفقهاء، مرجع سابق، ص285.

² أنظر المقرئ الفيومي أحمد بن محمد بن علي المتوفى سنة770هـ، المصباح المنير، ط الحلبي، لسنة1950م، ص115.

³ أنظر الأستاذ علي الحفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص4.

⁴ أنظر الأستاذ الدكتور محمد رواس قلججي، نفس الصفحة من نفس المرجع.

⁵ أنظر الأستاذ علي الحفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص695.

⁶ أنظر الشيخ الدردير، الشرح الكبير، ج3، مرجع سابق، ص329.

⁷ أنظر الشيخ الشرييني محمد الخطيب المتوفى سنة977هـ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج2، طبعة مصطفى البابي الحلبي، لسنة1377هـ-1958م، ص198.

462- تعاريف الفقهاء للضمان:

يعرض الفقهاء لتعريف الضمان، فمنهم من ينصرف تعريفه بوضوح أكثر إلى الموضوع الذي نحن بصدد بحثه وهو ضمان ما أُلِف من نفس أو مال. وما وصلت إليه من هذه التعاريف هو:

463- أولاً: تعريف الأستاذ مصطفى الزرقاء القائل: «الضمان التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير»².

464- ثانياً: عرفته مجلة الأحكام العدلية³ بالقول: «الضمان هو إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات، وقيمته إن كان من القيميات» المادة 416.

465- ثالثاً: ذكر الحموي⁴ «أن الضمان كما عرف- عبارة عن رد مثل الهالك أو قيمته».

466- رابعاً: عرفه الشوكاني⁵ بقوله: «الضمان عبارة عن غرامة التالف».

467- خامساً: عرفه الدكتور وهبة الزحيلي، بقوله: «الضمان هو الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال، أو ضياع المنافع، أو الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية»⁶.

هذه التعاريف كلها فيه إطناب لا مبرر له، خاصة تعريف الدكتور الزحيلي مع احترامي لعلمه وشخصه.

468- وأرى أن تعريف الإمام الشوكاني: «الضمان عبارة عن غرامة التالف» هو التعريف الذي يصدق عليه القول: أنه جامع مانع، وهو شامل في عباراته النظرية العامة للضمان سواء في جانبها الجزائي (الجرم) أو جانبها المدني (الضمان) أو التعويض. غير أن كل التعاريف المذكورة تسهم ولاشك في تحديد ماهية الضمان، وهذا ما سأتناوله في المطلب الآتي:

¹ أنظر المقدسي أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المتوفى سنة 620هـ: المغني، ج4، ط3، دار المنار، بدون سنة نشر، ص534.

² انظر الدكتور مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، بدون سنة نشر، فقرة 6480، ص1017.

³ انظر علي حيدر الرئيس الأول لمحكمة التمييز ووزير في عهد الدولة العثمانية وأمين الفتوى ومدرس مجلة الأحكام العدلية بمدرسة الحقوق بالأستانة، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، بدون مكان نشر، بدون سنة نشر، المادة 416.

⁴ انظر العلامة الحموي أحمد بن محمد الحنفي المتوفى سنة 109هـ، غمز عيون البصائر (شرح الأشباه والنظائر)، ج2، بدون مكان نشر، بدون سنة نشر، ص150.

⁵ انظر الشوكاني محمد بن علي بن محمد المتوفى سنة 1250هـ، نيل الأوطار (شرح منتقى الأخبار)، ج5، الطبعة العثمانية المصرية، بدون سنة نشر، ص299.

⁶ انظر الدكتور وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، دار الفكر، ط1، لسنة 1389هـ-1970م، ص16.

المطلب الثاني مصدر الضمان وأساسه

469- تمهيد وتقسيم

أتناول في هذا المطلب أدلة مشروعية الضمان من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، والأساس الذي يقوم عليه في نظر فقه الشريعة الغراء، مفرعا المطلب إلى فرعين على هذا النحو:
الفرع الأول: أدلة مشروعية الضمان.
الفرع الثاني: أساسه.

470- الفرع الأول: أدلة مشروعية الضمان.

أتناول هنا من أدلة الضمان الشرعية ما يتعلق منها بالدلالة على ردع العدوان على الأنفس والأموال، وغيرها من المصالح المشروعة، وجبر ما أتلّف منها أو كان محل اعتداء معنوي، وفقهاء الشريعة الغراء يستنتجون أدلة مشروعية الضمان من آيات قرآنية ومن أحاديث نبوية. أذكر بعضا منها فيما يأتي:

471- أولا- من القرآن العظيم:

- قوله سبحانه وتعالى: «فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم»¹.
- وقوله: «وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به»².
- وقوله: «وجزاء سيئة سيئة مثلها»³.

مثل هذه الآيات يستدل بها في موضوع دفع الصائل (الدفاع الشرعي) وتدل على إباحة ما يلحق بالصائل من ضرر يحدثه به المدافع، ولا يترتب عنه للصائل أي حق، سواء في أن يعاقب المدافع، أو يعرض الصائل عما لحقه من ضرر، ما لم يتجاوز المدافع في دفعه بسوء نية⁴.

472- ثانيا- من السنة النبوية المطهرة:

- القاعدة المروية عن النبي صلى الله عليه وسلم التي قال فيها: «لا ضرر ولا ضرار»⁵ والتي فرع عنها الفقهاء قواعد منها: «الضرر يدفع بقدر الإمكان»⁶ و«الضرر يزال»⁷.

¹ الآية رقم 194 من سورة البقرة (2).

² الآية رقم 126 من سورة النحل (16).

³ الآية رقم 40 من سورة الشورى (42).

⁴ أنظر للاستزادة الدكتور محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، عالم الكتب، القاهرة، ط1، لسنة 1983م. وانظر الدكتور محمد نعيم فرحات، النظرية العامة لعذر تجاوز حدود حق الدفاع الشرعي، دار النهضة العربية، ط سنة 1981م.

= وانظر: فرحات بركاني الدفاع الشرعي (دفع الصائل) دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والنظم القانونية الوضعية، رسالة ماجستير قدمت أمام جامعة الأمير عبد القادر، سنة 1419هـ-1998م.

⁵ قال النووي في الأربعين حديث حسن رواه ابن ماجه والدارقطني وغيرهما مسندا ورواه مالك في الموطأ مرسلا عن عمر بن يحيى عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم وله طرق يغوي بعضها بعضا. وقال الشوكاني في نيل الأوطار (شرح منتقى الأخبار)، ج5، ص260: حديث مشهور رواه ابن ماجه والحاكم والبيهقي والطبراني وعبد الرزاق.

⁶ انظر مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، المادتين 31 و20.

⁷ انظر مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، المادتين 31 و20.

- وفيها قال الكاساني¹: «يجب الضمان في الغصب والإتلاف لأن كل ذلك اعتداء وإضرار».
- وما رواه أنس² إذ قال: «أهدت بعض أزواج النبي صلى الله عليه وسلم طعاما في قصعة فضربت عائشة القصعة بيدها، فألقت ما فيها، فقال النبي صلى الله عليه وسلم «طعام بطعام وإناء بإناء».
- وما رواه النعمان بن بشير³، إذ قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «من وقف دابة في سبيل من سبل المسلمين، أو في سوق من أسواقهم، فأوطأت بيد أو رجل فهو ضامن».
- وغيرها من الآثار، وما أوردنا كاف للتدليل على الضمان في الموضوع الذي نحن بصدد بحثه.

473- الفرع الثاني: أساس الضمان

يجد الضمان أساسه (سببه) في موضوع بحثنا في إلزام الشارع الحكيم سبحانه وتعالى بالضمان عن الإتلاف. والضمان عن الإتلاف هو ما يلزمنا بحثه فقط في موضوعنا هذا، أما غيره من الضمان⁴ كضمان العقد وضمان اليد فهذا خارج عن موضوع بحثنا. كما يجد أساسه بطبيعة الحال في جبر ضرر الإتلاف سواء إتلاف الأنفس وما دونه أو إتلاف الأموال والمنافع، وهذا ما سأتناوله بالبحث في المطلب الثالث الآتي:

المطلب الثالث ضمان الجناية

474- تمهيد وتقسيم

لحسن بحث هذا المطلب يتعين تفريعه إلى ثلاث فروع، هي:
الفرع الأول: تضمين الشارع الحكيم الديات والأروش، وما أتلّف.
الفرع الثاني: تضمين المباشر والمتسبب.
الفرع الثالث: تضمين ما أتلّفت البهائم.

475- الفرع الأول: تضمين الشارع الحكيم الديات والأروش، وما أتلّف

ففي الديات ورد قول الله سبحانه وتعالى في الآية رقم 92 من سورة النساء: «...ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله...».

وفي الجراح جاء قوله تعالى في الآية رقم 45 من سورة المائدة «وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص فمن تصدق به فهو كفارة له، ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون».

- فالآية الأولى جعلت ضمان النفس في حالة الجناية عليها خطأ بالدية.

¹ هو الكاساني علاء الدين بن أبي بكر بن مسعود المتوفى سنة 587هـ.

² هو أنس بن مالك النظر الخزرجي خادم النبي صلى الله عليه وسلم المتوفى سنة 91 أو 93هـ.

³ النعمان بن بغير بن سعد الخزرجي الأنصاري الكوفي الصحابي وابن الصحابييين والحديث رواه الدارقطني.

⁴ وهو ما يعرف بضمان الالتزام، غير أن ضمان اليد يتصل ببحثنا إذا تلّفت اليد بعذر يبيح إتلافها، وهذه المسألة هي الأخرى في نهاية الأمر تصح ضمان إتلاف.

- والآية الثانية تناولت ضمان الأعضاء البشرية في حال الجناية عليها بالقصاص. كما تضمن هذه الأعضاء بالأرث في حالة سقوط القصاص وحظت الآية الأخيرة على التصديق وينصرف الحظ إلى القصاص وإلى الأرث.

- وضمان ما أتلّف من الممتلكات يكفي فيه قول النبي صلى الله عليه وسلم السابق: «...طعام بطعام وإناء بإناء».

فالشارع الحكيم سبحانه وتعالى شرع الضمان حماية للأنفس والأبدان والأموال والمنافع. وقد يكون الإلتلاف من شخص أو أشخاص مباشرة، وقد يكون بالتسبب أي بالاشتراك مع الغير، وهذا ما أتناوله في الفرع الثاني الآتي:

476- الفرع الثاني: تضمين المباشر والمتسبب

الفاعل الأصلي ضامن إلا إذا طرأ ما يسقط ضمانه من إباحة. والمتسبب يأخذ حكمه في الغالب، سواء كان التسبب بالاشتراك في ارتكاب الفعل المجرم بفعله، وهذا لا خلاف في تضمينه.

- أما إذا كان اشتراكه بالتمالؤ، أو التعاقب على الفعل فإن في الأمر خلاف بشأن الشريك.

- وكذلك في حالة الأمر، ما لم يعدم إرادة المأمور.

- والأمر مختلف فيه كذلك في تضمين المحرض.

- وكذا ففي تضمين شاهد الزور الذي أدت شهادته إلى إعدام المشهود ضده.

- هذه الصور من التسبب مختلف في الاقتصاص من الشريك من عدمه.

غير أنه في كل الأحوال لا يفلت من العقوبة التعزيرية، التي هي الأخرى قد تصل إلى درجة القتل¹.

- وإن ندد البعض كابن القيم بالقتل تعزيراً².

ولا يعفى بطبيعة الحال- الجاني من التعويض للمضروع عن جرحه أو ذهاب ماله أو منفعتة، أو التعويض لأولياء دمه في حالة القتل.

- وكما يضمن الشارع الحكيم الإنسان عن فعله فاعلاً أصلياً أو شريكاً، ويعفيه في حالة الإباحة. يضمن عن حيوانه ويسقط ضمانه في حالة الإباحة كذلك، أي ضمان مالك البهيمة.

477- الفرع الثالث: تضمين ما أتلّفت البهائم

يمثل الفقهاء الأقدمون عادة عما أضرت به البهائم بضرب البهيمة بيد أو رجل، أو رفس جمل ونحو ذلك³.

¹ أنظر الشيخ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، ج2، مرجع سابق، ص39 وما بعدها.

وانظر الإمام محمد أبو زهرة، العقوبة، دار الفكر العربي، ص483.

² أنظر بكر بن عبد الله أبو زيد، الحدود والتعزيرات عند ابن القيم-دراسة مقارنة-، دار العاصمة للنشر والتوزيع، ط2، لسنة 1415هـ، ص488.

³ انظر الكاساني، بدائع الصنائع، ج7، مرجع سابق، ص273.

وانظر البغدادي الصيرفي الشافعي أبوبكر محمد بن عبد الله المتوفى سنة330هـ، مجمع الضمانات، مرجع سابق، ص185 و191.

=وانظر ابن رشد الحفيد محمد بن أحمد المتوفى سنة595هـ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، دار الفكر، بدون سنة نشر، ص317 و408.

- وما يعنينا في موضعنا هو فعل البهيمية الذي قد يضمن وقد يسقط الضمان عن فعلها هذا بسبب الإباحة.
- وأبرز مثال على هذا هو فعل كلب الحراسة إذا ألحق تلفا ببدن سارق أو ماله من ثوب وأداة وغيرها.
- ففعل الكلب هذا لا يضمنه مالكة الذي خصه للحراسة، لكون فعل السارق جريمة استغرقت مسؤولية مالك الكلب، لكن إن كان فعل الكلب لغير الدفع بل للعدوان فمالكه ضامن لما أتلف.
- ومن باب أخرى يضمن مالك الكلب إن كان هو من حرصه أو أهمل في حراسته.
- وهذا ما يفضي بنا إلى المطلب الرابع الموالي:

المطلب الرابع سقوط الضمان

Déchéance de cautionnement

478- تمهيد وتقسيم

لبحث هذه المسألة لابد من تعريف سقوط الضمان لغة واصطلاحاً، ثم لابد من تتبع موقف الفقهاء في المذاهب الأربعة من هذه المسألة. وكمحصلة لما جاء في أقوال الفقهاء الأقدمين تبيان ما جاءت به مجلة الأحكام العدلية العثمانية، باعتبار أن مواد المجلة هي محاولة لتقنين الأحكام الواردة في كتب الفقه بطريقة تجعلها في المتناول للتطبيق.

وأفرع في سبيل ذلك هذا المطلب إلى فروع ثلاثة هي:

الفرع الأول: تعريف سقوط الضمان.

الفرع الثاني: موقف فقهاء المذاهب.

الفرع الثالث: ما جاء في مجلة الأحكام العدلية.

479- الفرع الأول: تعريف سقوط الضمان

أولاً: تعريف السقوط¹

- 1- تعريف السقوط لغة: فالسقوط لغة بالضم من مصدر سقط الوقوع من أعلى إلى أسفل.
- والسقط بتشديد السين وسكون القاف من سقط إذا وقع على الأرض، جمع أسقاط، ما سقط من الثمار قبل الإدراك، مفردها ساقط.
- والسقط بفتحيتين: الخطأ في الكتابة، ومنه السقط في النسخ.
- أما سقط المتاع: فهو ما حقر منه.
- 2- تعريفه اصطلاحاً: فهو معنى الزوال، ومنه القول: سقط الحد بالشبهة، أي امتناع إقامته بسبب الشبهة، وسقوط الدين بالإبراء. وهذا المعنى هو المراد في موضوعنا، ويراد منه بالذات سقوط الضمان.

¹ انظر أ.د. محمد روااس قلججي، معجم لغة الفقهاء، مرجع سابق، ص246.

480- ثانيا: تعريف الضمان

نجتزئ من تعريف الضمان اصطلاحاً ما هو لازم لموضوعنا.
فالضمان: بفتح الضاد مصدر ضمن، ومنه الكفالة، ورد مثل التالف إذا كان مثلياً، أو قيمته إن كان لا مثل له، وهذا ما يعيننا في موضوعنا.
- وللإفادة فإن من معاني الضمان: الضمان الاجتماعي: الذي هو قيام جهة عامة كالدولة أو المؤسسة من المؤسسات العمومية بمعونة من في حاجة للمعونة من تقديم مقابل ثمن الأدوية والعلاجات والتجهيزات الطبية.
- وضمان البائع تعويض المشتري عن فقدان الحقوق التي نقلها بالبيع إليه أو بعضها، وهو ما يسمى بضمان الدرك.
- وكذلك ضمان البائع التعرض: حماية للمشتري من المنازعة من طرف الغير فيما انتقل إليه من حقوق، أو حتى من البائع نفسه.
- والضمانة بفتح الضاد والنون، من ضمن، كل ما يضمن الحق.
- والضمني بكسر فسكون، نسبة إلى الضمن، وهو داخل الشيء. فالمعنى الضمني: ما يدل عليه اللفظ من المعنى بغير منطوقه¹.

481- الفرع الثاني: موقف فقهاء المذاهب من سقوط الضمان

نقرر ابتداءً أن قيام الضمان وانتقائه يتوقف إلى حد كبير على التفريق بين ما يسمى بالمباشر (الفاعل الأصلي) والمتسبب (الشريك).
فالفقهاء يفرقون بين ما إذا كان الضرر أو الإلتاف الموجب للضمان صدر عن مباشر أم عن متسبب، ولهم في ذلك آراء ننتبها في الفقرات الآتية:
482- أولاً: اتفاق الفقهاء² على أن الضمان يسقط عن المتسبب (الشريك) متى اجتمع فعله مع فعل المباشر (الفاعل الأصلي) إذا كان السبب لا يعمل بانفراده في الإلتاف، أما إذا كان الإلتاف نتيجة لاجتماع المباشرة والتسبب فالضمان في هذه الحالة على المباشر والمتسبب معاً، كراكب وسائق الدابة فهما ضامنان معاً لما أتلفت.

¹ انظر أ.د محمد رواس قلعجي، معجم لغة الفقهاء، مرجع سابق، ص285.

² انظر الأستاذ علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص83.

وانظر ابن نجيم زين الدين بن ابراهيم، الأشباه والنظائر، ج1، دار الكتب العلمية، سنة 1400هـ-1980م، ص196 وما بعدها.

وانظر السيوطي جلال الدين عبد الرحمن المتوفى سنة 911هـ، الأشباه والنظائر، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة نشر، ص145.

وانظر الكاساني علاء الدين أبوبكر بن مسعود المتوفى سنة 587هـ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج7، طبعة الخانجي، بدون سنة نشر، ص285.

وانظر السرخسي شمس الدين محمد بن أحمد بن سهل المتوفى سنة 483هـ، ج26، دار السعادة، ط1، لسنة 1324هـ، ص185.

وانظر القرافي أبو عباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المتوفى سنة 684هـ، الفروق، وبهامشه تهذيب الفروق، والقواعد السننية في الأسرار الفقهية، ج4، طبعة عالم الكتب، بيروت، بدون سنة نشر، ص27.

وانظر ابن رجب عبد الرحمن المتوفى سنة 795هـ، القواعد في الفقه الإسلامي، مطبعة الصدق الخيرية، ط سنة 1352هـ، ص285.

وانظر السلمي أبو محمد عز الدين بن عبد العزيز بن عبد السلام المتوفى سنة 660هـ، قواعد الأحكام في مصالح الأنعام، ج2، دار الجيل، ط2، لسنة 1400هـ-1980م، ص133.

483- ثانيا: اتفاق المذاهب¹ على سقوط كل من العقوبة والدية (كضمان) على القاتل دفعا للصائل، إلا في حالة كون الصائل غير مسؤول عن أفعاله لصغر أو جنون فتسقط العقوبة عنهما، أما الضمان على وليهما يدفعه عنهما.

- ومتى سقطت الدية (كضمان) فإنه من باب أخرى وأولى أن تسقط أروش الجراح على من سقطت عنه فلا ضمان عليه عندئذ.

484- ثالثا: لا ضمان على المباشر إن كان غير مسؤول، ويضمن بدلا منه المتسبب وحده، والمدفوع كالألة في نظر الضمان.

485- رابعا: لا ضمان على الحاكم إن قضى بناء على شهادة زور ثم ظهر بإقرار شاهد الزور أو بغير ذلك أن شهادته شهادة زور بعد تنفيذ القتل في المشهود ضده.

486- خامسا: لا ضمان على المكره (بفتح الراء) إذا ألجأه الإكراه.

487- الفرع الثالث: ما جاء بشأن إسقاط الضمان في مجلة الأحكام العدلية²:

جاءت مجلة الأحكام العدلية العثمانية بمجموعة مواد تقنن سقوط الضمان في العقود وفي الجنايات.

وما يهنا هنا هو إسقاط الضمان في الجنايات (الجرائم) وفيما يلي مواد المجلة التي تسقطه.

488-1 - «والمستسبب لا يضمن إلا بالتعمد» المادة 93.

ويرى الدكتور الزحيلي أن يقال في نهاية هذه المادة: «إلا بالتعدي»³.

- وأرى معه ذلك لأن مناط ضمان المتسبب (الشريك) هو التعدي، أي القصد الإجرامي.

489-2 - «يضاف الفعل إلى الفاعل لا إلى الأمر ما لم يكن مجبرا» المادة 89.

المجبر هنا بكسر الباء اسم فاعل، وهذا ما نصت عليه أحكام الشريعة السمحة، لقوله تعالى: « كل نفس بما كسبت رهينة »⁴ ولكون الإرادة الآثمة هي إرادة المجبر بكسر الباء، فأرادته هي التي أكسبته الإثم وحملته الضمان.

490-3 - «الجواز الشرعي ينافي الضمان» المادة 91.

فمن فتح محلا تجاريا وتضرر من فتحه تاجر أو تاجر آخرين فلا ضمان عليه. وهذا الحكم جاء أيضا في المادتين 965 و1288 من المجلة.

491-4 - «الأجر والضمان لا يجتمعان» المادة 86.

فإن استأجر أحدهم دابة ليحمل عليها صوفا، وخالف فحمل عليها أثقالا من الحديد فهلكت، ضمن الدابة أو قيمتها وسقط حق مالكها في الأجرة.

وأرى في نهاية هذا الفصل أن أقرر حقيقة تظهر من خلال تحكيم المنطق، وذلك أن كل فعل مباح ممارسته إذا انجر عنها ضرر فلا ضمان فيه وينطبق ذلك على الدفاع الشرعي وإذن أو أمر القانون عن طريق ممثليه، ورضا المجني عليه.

¹ انظر ابن قدامة المقدسي (موفق الدين) عبد الله بن أحمد بن محمد المتوفى سنة 620هـ: المغني على مختصر الخرقي، ج8، دار المنار، ط1، لسنة 1348هـ، ص233 و234.

² انظر علي حيدر، در الحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، المواد المذكورة 93 و89.

³ انظر الدكتور وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة، مرجع سابق، ص198.

⁴ الآية 38 من سورة المدثر (74).

هذا ما وصلت إليه من خلال المصادر والمراجع التي استندت إليها من حالات سقوط الضمان.

أما حالات قيامه فكثيره ففي كل جرم أو إضرار أو إتلاف بغير حق يتوجب الضمان، كما توجبه العقود، واليد كما يعبر عنها في كتب الفقه الإسلامي.

وبهذا أكون قد انتهيت من دراسة هذا الفصل لأنقل إلى الفصل الثاني المتعلق ببحث انتفاء المسؤولية عند الجهل بالإباحة أو الغلط فيها في النظم القانونية الوضعية.

الفصل الثالث

أساس انتفاء المسؤولية عند الجهل بالإباحة أو الغلط فيها في القوانين الوضعية

492- تمهيد وتقسيم

كما هو الحال عند بحثنا لموضوع انتفاء المسؤولية في الشريعة الإسلامية قسمنا الفصل إلى مباحث فإن مادة هذا الفصل أيضا تفرض أن نقسمه إلى مباحث قريبة من تلك، غير أنها ليست بالضرورة مطابقة لها كل المطابقة، والمباحث هنا هي: المبحث الأول: أساس انتفاء المسؤوليتين الجزائية والمدنية. المبحث الثاني: نطاق انتفاء العقاب. المبحث الثالث: نطاق انتفاء التعويض.

المبحث الأول

أساس انتفاء المسؤوليتين الجزائية والمدنية

493- تمهيد وتقسيم

أقرر ابتداء أن فقهاء القانون توصلوا بعد تحليل النظريات القائلة بكون الغلط في القانون مانعا من موانع المسؤولية الجزائية إلى أن الأمر ليس كذلك، ويجب أن لا يعتبر كذلك حتى لا يتحجج كل بأنه غلط في القانون للإفلات من العقاب. وأن الغلط في القانون كمانع من المسؤولية مجاله جد ضيق ينحصر في جهل نص في غير القانون الجنائي لأسباب وجيهة حتى عند القائلين بذلك رغم قلتهم وشذوذ رأيهم. والحقيقة أن النظريات هذه القائلة بالجواز منصفة على الغلط الحتمي وتستند إلى مثل المادة 122 فقرة أولى من قانون العقوبات الفرنسي¹. وكذلك ينتهي القضاء والفقهاء الوضعيون إلى تحجيم اعتبار الجهل بالقانون كمانع من موانع المسؤولية في مسألة الاستحالة المطلقة l'impossibilité absolue للعلم بالقانون².

¹ للاستزادة انظر عبد المعطي عبد الخالق سيد أحمد، النظرية العامة للغلط في القانون الجنائي دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة عين شمس سنة 1980، ص 563 وما بعدها ورأي مؤلفها ص 574. وانظر الدكتور علي محمود علي محمود، الغلط في القانون ومدى اعتباره مانعا من المسؤولية الجزائية دراسة مقارنة على ضوء الاتجاهات المدنية للتشريعات المقارنة، دار النهضة العربية، ط 1، لسنة 1423 هـ-2003 م، ص 120 وما بعدها ورأي مؤلفها ص 142.

وانظر الدكتور علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، 1997، ص 366. وانظر الدكتور **عبد الفتاح مصطفى الصيفي**، **قانون العقوبات - النظرية العامة**، دار الهدى للمطبوعات، بدون سنة نشر، ص 332.

Huguerney louis: "l'Erreur de droit", revue internationale de droit pénal, 1955, p347.

Busch: "l'Erreur de droit", revue internationale de droit pénal, 1955, p320.

² انظر الدكتور محمد زكي محمود، آثار الجهل والغلط في المسؤولية الجنائية، دار الفكر العربي، 1967.

- وفيما عدا هذا فإن حكم الجهل والغلط واحد، وسأتعامل مع موضوعهما على هذا الأساس.

- والمتتبع للفقهاء الجنائي في هذه المسألة يجد أن أساس انتفاء المسؤولية هنا هو أساس انتفاء الإثم كما هو الحال في فقه الشريعة الإسلامية السمحة. كما يجد أساسه في انتفاء القصد الجنائي.

وهذا ما سأبحثه في المطالب الثلاث الآتية:

المطلب الأول: انتفاء الإثم أساسا لانتفاء المسؤولية.

المطلب الثاني: انتفاء القصد الجنائي أساسا لانتفاء المسؤولية.

المطلب الثالث: موقف القضاء الوضعي وبعض الآراء الخاصة من أساس انتفاء المسؤولية رغم الجهل بالإباحة أو الغلط فيها.

المطلب الأول

انتفاء الإثم أساسا لانتفاء المسؤولية

494- تمهيد وتقسيم

الإثم الجنائي *le culpabilité pénale* يقف منه فقهاء القانون الوضعي موقفين متباينين وهم يبحثون مسألة الأهلية الجنائية، في إطار بحثهم الركن المعنوي للجريمة، فيطرحون التساؤل: ما موضوع الأهلية في إطار هذا الركن؟ والتساؤل: ما طبيعة هذا الركن؟ وفي هذا الإطار وإجابة على التساؤل نجد لهم نظريتين، هما النظرية النفسية، والنظرية المعيارية.

وعليه سأفرع هذا المطلب إلى ثلاث فروع هي:

الفرع الأول: النظرية النفسية للإثم.

الفرع الثاني: النظرية المعيارية للإثم.

الفرع الثالث: إمكان الجمع بين النظريتين.

495- الفرع الأول: النظرية النفسية للإثم

أولا: مضمون هذه النظرية

هذه النظرية هي أقدم النظريتين، ومع هذا لا تزال تحظى بتقدير كثير من الفقهاء. وهي تنظر إلى الإثم بوصفه ركنا معنويا للجريمة على أنه موقف نفسي اتخذته الجاني تجاه الفعل المكون للجريمة يربط بين الجاني وماديات الجريمة.

- وهي الإرادة التي تتجه إلى مخالفة أحكام القانون، متخذة إحدى الصورتين: القصد الجنائي أو الخطأ الغير متعمد¹.

وانظر الدكتور علي أحمد راشد، موجز القانون الجنائي، **بدون مكان نشر**، 1965، ص 507 و 508.
vidal (j): la conception juridique de la culpabilité, Toulouse, 1975, p47.

وانظر الدكتور **عمر السعيد رمضان**، بين النظريتين النفسية والمعيارية للإثم، بحث في طبيعة الركن المعنوي للجريمة، مجلة القانون والاقتصاد، السنة 134، العدد 3، سبتمبر 1964، ص 607.

¹ أنظر الدكتور مأمون محمد سلامة، الفكر الفلسفي وأثره في التجريم والعقاب، **بدون مكان نشر**، طبعة سنة 1977.
وانظر الدكتور **عادل يحيى قرني علي**، النظرية العامة للأهلية الجنائية، مرجع سابق، ص 216.

- فالقصد الجنائي يمثل أشد درجات الإثم الجنائي قوة، وأكثرها تعبيراً عن تلك العلاقة النفسية في اتجاهه بإرادة الجاني إلى إتيان الفعل أو الامتناع وإلى تحقيق النتيجة المجرمة، سواء رغب الجاني في إحداث هذه النتيجة أو اقتصر رغبته على قبول حدوثها. هذا في الخطأ العمدى، أما في الخطأ غير العمدى فيكون اتجاه إرادة الجاني إلى إتيان الفعل أو الامتناع مع مجرد توقع النتيجة المجرمة أو حتى استطاعة توقعها مع عدم اتخاذ الاحتياطات الضرورية واللازمة للحيلولة دون تحققها¹.

- وعرف الدكتور أحمد صبحي العطار النظرية النفسية² للإثم بأنها هي: «النظرية النفسية الأثمة التي تربط بين الجاني والنتيجة التي أرادها (في حالة العمد) أو لم يرددها ولكن كان في إمكانه ومن الواجب عليه أن يتوقعها (في حالة الخطأ غير العمدى)».

496-ثانياً: تقدير هذه النظرية

لقد وجه الفقهاء انتقادات لهذه النظرية، أهمها: أن التوافق التام بين إرادة الجاني والواقعة الإجرامية وإن صح وجوده في حالة القصد الجنائي العمدى إلا أنه لا يتوافر في حالة الخطأ غير العمدى. ثم أن النتيجة الضارة شرط للعقاب لا عنصراً من عناصر الجريمة مكوناً لركنها المادى حسب ما استقر عليه إجماع الفقهاء³.

- كما أخذ على النظرية عدم اتساقها مع الأحكام القانونية للمسؤولية الجنائية ومن ذلك صعوبة الجمع بين العمد والخطأ تحت مفهوم نفسي واحد⁴.

- ويبدو أنه من غير الجائز القول أن كلا من القصد الجنائي والخطأ غير العمدى يفترض إرادة موجهة لمخالفة القانون⁵. ففي مواجهة النص القانوني الذي ينهى عن القتل لا يعتد القانون إلا باتجاه إرادة الجاني إلى إزهاق روح المجنى عليه دون غير ذلك من النتائج.

- هذا وقد أخفقت النظرية النفسية هذه في إيجاد أساس مشترك يجمع بين القصد والخطأ.

- كما أنها تتعارض مع أحكام القوانين الوضعية إذ ثمة حالات لا تتوافر فيها العلاقة النفسية التي هي جوهر التأثيم وفقاً لهذه النظرية، ومع ذلك يعاقب عليها القانون كالخطأ غير الواعي أو غير المتوقع⁶.

وانظر الدكتور عوض محمد، قانون العقوبات -القسم العام-، دار المطبوعات الجامعية، طبعة سنة 1988، ص202 و203.

¹ انظر الدكتور شريف سيد كامل، النظرية العامة للخطأ في القانون الجنائي -دراسة تأصيلية مقارنة للركن المعنوي في الجرائم غير العمدية-، رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة القاهرة، سنة 1992، فقرة 317، ص803.

² أنظر الدكتور أحمد صبحي العطار، "الإسناد والإذنب والمسؤولية الجنائية في الفقه المصري والمقارن"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، مطبعة جامعة عين شمس، العدد 2، يوليو 1990، ص152.

Delogu (T.): la culpabilité dans la théorie générale de l'infraction, cours de doctorat, op.cit., p112.

وانظر الدكتور عمر السعيد رمضان، بين النظرية النفسية والمعيارية للإثم، مرجع سابق، ص609.

³ أنظر نفس الصفحة من نفس المرجع.

⁴ Daskalak (E.): réflexions sur la responsabilité pénale, p.f, 1975, p20.

⁵ أنظر الدكتور أحمد عوض بلال، الإثم الجنائي -دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية، ط1، لسنة 1988، فقرة 226، ص252.

⁶ أنظر الدكتور أحمد عوض بلال، الإثم الجنائي -دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية، ط1، لسنة 1988، فقرة 226، ص252.

497- الفرع الثاني: النظرية المعيارية (القاعدية) للإثم

كأثر للانتقادات الموجهة للنظرية النفسية ظهرت في أوائل القرن العشرين النظرية المعيارية، والتي يطلق عليها بعض الفقهاء: النظرية القاعدية¹. أو الشرعية، أو القانونية²

- وكما فعلنا مع النظرية النفسية نتصدى هنا أيضا لبحث هذه النظرية محددين مضمونها ثم نستعرض ما وجه لها من الانتقادات.

- وننتهي بمناقشة هل بالإمكان الجمع بين النظريتين؟ على النحو الآتي:

498- أولا: مضمون النظرية: يرى أنصار هذه النظرية -رغم تسليمهم بالنظرية النفسية-

أن هذه النظرية النفسية غير كافية لبيان جوهر الإثم، وبالتالي بناء نظرية عامة للركن المعنوي للجريمة، ويرون أنه يتعين إضافة عناصر أخرى للعلاقة بين نفسية الجاني وماديات الجريمة لتكوين نظرية عامة للركن المعنوي³.

- ويرى أنصار هذه النظرية أن الإثم ليس مجرد إرادة بل إنه إرادة غير مشروعة.

- ويرون أن هذا المفهوم هو الذي يحدد جوهر الإثم، ويتضح هذا المفهوم من علاقة التناقض بين الإرادة والقاعدة القانونية.

- والإرادة تأثم لأنها اتجهت وجهة تخالف ما أمرت به قواعد القانون، وهذه القواعد هي المعيار الذي يجب الخضوع إليه للحكم على الإرادة بأنها آثمة أو غير آثمة.

- وذهب بعضهم إلى تعريفها بالقول⁴: «أن الركن المعنوي مجرد حكم بلوم الجاني لسلوكه مسلکا يختلف عما كان واجبا» وهذا التعريف يغفل المضمون النفسي للركن المعنوي، وفي أحسن الأحوال يجعله في المرتبة الثانية.

- كما عرفوا الركن المعنوي بالقول أنه: «حكم تقييمي باللوم أو الاستنكار يصدره القاضي على المسلك الإرادي الذي ارتكبه المتهم والمخالف للواجب الذي تفرضه القاعدة القانونية الجنائية».

- ويفترض الركن المعنوي حسب هذه النظرية توافر عناصر ثلاثة: أهلية جنائية، علاقة نفسية بين إرادة الجاني وماديات الجريمة، ظروف طبيعية عند ارتكاب الجريمة.

499- ثانيا: تقدير هذه النظرية: رغم اتفاق هذه النظرية مع المنطق السليم إذ لا يكفي

لتوافر الركن المعنوي للجريمة (سواء ذات القصد الجنائي أو ذات الخطأ غير المتعمد) توافر علاقة نفسية طبيعية بين إرادة الجاني وماديات الجريمة. وإنما يجب أن تكون هذه الإرادة محل لوم واستنكار أي إرادة إجرامية آثمة⁵.

¹أنظر الدكتور محمد زكي محمود، آثار الجهل والغلط في المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، فقرة 24، ص25.
وانظر الدكتور أحمد عوض بلال، الإثم الجنائي دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ط1، لسنة 1988، فقرة 2730، ص309 وما بعدها.

²أنظر الدكتور شريف سيد كامل، النظرية العامة للخطأ في القانون الجنائي دراسة تأصيلية مقارنة للركن المعنوي في الجريمة غير العمدية، رسالة دكتوراه، قدمت لجامعة القاهرة، سنة 1992، فقرة 345، ص881.

³أنظر الدكتور عوض محمد، قانون العقوبات -القسم العام-، مرجع سابق، ص205.

⁴أنظر الدكتور شريف سيد كامل، النظرية العامة للخطأ، مرجع سابق، فقرة 345، ص282.

⁵أنظر الدكتور محمد نجيب حسني، شرح قانون العقوبات -القسم العام-، مرجع سابق، فقرة 545، ص305 وفقرة 561، ص521.

ومع هذا وجهت لهذه النظرية انتقادات عديدة، من أهمها:

- 1- يؤخذ عليها اعتبار الإثم المكون للركن المعنوي للجريمة مجرد حكم باللوم أو الاستنكار في نظر القاضي يوجهه للجاني، إذ أن ذلك يتعارض مع طبيعة الركن المعنوي للجريمة الذي يعبر عن حالة معنوية أو نفسية موضوعها نفس الجاني وليس غيره¹.
 - 2- كما يؤخذ عليها أن اللوم الذي يوجه للجاني الذي تعتبره النظرية جوهر التأثيم في الحقيقة لا يقتصر على إرادة الجاني فقط بل يشمل كل عناصر الجريمة².
- مع هذا يرى بعض الشراح إمكان الجمع بين النظريتين.

500- الفرع الثالث: إمكان الجمع بين النظريتين

بعض الشراح يرون أنه يمكن الجمع بين النظريتين حول مضمون الركن المعنوي للجريمة، وبالذات موضوع الأهلية الجنائية، ويرون أن الخلاف في هذه المسألة بين النظريين ما هو إلا خلاف شكلي ظاهري مجرد من الأهمية العملية.

- فكلتا النظريتين تتفقان على ضرورة توافر الأهلية الجنائية بقيام الركن المعنوي للجريمة³.

- كما أن التكوين الطبيعي للإرادة، الذي تعتبره النظرية المعيارية عنصرا في الركن المعنوي للجريمة، فالإرادة الإجرامية⁴ جوهرية أيضا في النظرية النفسية في ركنها المعنوي.

وبانتهاؤنا من هذا الأساس لانتفاء المسؤولية ننتقل لدراسة الأساس الثاني، وهو انتفاء القصد الجنائي كأساس لانتفاء المسؤولية.

المطلب الثاني

انتفاء القصد الجنائي أساسا لانتفاء المسؤولية

501- تمهيد وتقسيم:

القصد الجنائي، ويطلق عليه أيضا العمد، وهو أحد صورتَي الركن المعنوي -وهو الذي يعنينا في موضوعنا هذا- والصورة الثانية للركن المعنوي هي صورة الخطأ غير العمدية.

- ومع هذا يثير الفقه مشكلتين أخريين إحداهما تتعلق بصورة الركن المعنوي للمخالفات، وأخرهما تتناول مسألة مدى إمكانية تخلف الركن المعنوي في بعض الجرائم وهي المعروفة بالجرائم المادية البحتة.

- والقصد الجنائي أو العمد، هو الصورة النموذجية للإرادة الآثمة، وهي التي تبرز بجلاء تحدي الجاني لأحكام القانون، إذ الجريمة ما هي إلا خروج عن أوامر الشارع أو نواهيه.

ومن التقنيات الحديثة ما يعنى بتعريف القصد الجنائي، ومنها من ترك ذلك للفقه والقضاء، كما هو حال قانون العقوبات الجزائري والمصري وغيرهما.

¹ أنظر الدكتورة فوزية عبد الستار، النظرية العامة للخطأ غير العمدية دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية، طبعة سنة 1977، فقرة 13، ص22.

² أنظر الدكتور عوض محمد عوض، شرح قانون العقوبات -القسم العام-، مرجع سابق، فقرة 177، ص205.

³ أنظر الدكتور شريف سيد كامل، النظرية العامة للخطأ في القانون الجنائي، مرجع سابق، فقرة 354، ص897 وما بعدها.

⁴ أنظر الدكتور عادل يحيى قرني علي، النظرية العامة للأهلية الجنائية، مرجع سابق، ص232.

- وتعريف القصد الجنائي يقتضي تبين ماهيته وعناصره، وقد تردد الفقه في تعريفه وتحديد عناصره بين نظريتين، عرفت إحداها بنظرية العلم والأخرى بنظرية الإرادة.

- وقد رأيت أن أتناول تحليل هذا المطلب في فروع ثلاثة كالآتي:

الفرع الأول: ماهية القصد الجنائي وعناصره.

الفرع الثاني: نظرية العلم.

الفرع الثالث: نظرية الإرادة.

502- الفرع الأول: ماهية القصد الجنائي وعناصره

القصد الذي سنقتصر عليه هنا هو المتعلق بالجريمة العمدية باعتبار أنه هو الذي يشكل أقصى درجات انتهاك أوامر المشرع لبلوغه درجة العصيان، وكان القصد الجنائي فيه صورة نموذجية للإرادة الآثمة.

503- وقد اختلف الفقهاء في تحديد عناصر القصد الجنائي بين نظريتين:

- نظرية العلم: وتعني العلم بالجريمة وما يتعلق بها من العلم بالنتيجة سلفاً أو على الأقل توقع هذه النتيجة.

- ونظرية الإرادة: وتعني في مجملها أن العلم بالنتيجة الإجرامية وحده لا يكفي لقيام القصد الجنائي بل لابد من انصراف الإرادة إلى هذه النتيجة.

- وفي رأي الدكتور عوض محمد: أن الحقيقة القانونية وسط بين النظريتين وعلى ضوء ذلك يعرف القصد الجنائي بأنه «هو اتجاه الإرادة إلى السلوك ونتيجته مع العلم بكل العناصر التي يشترطها القانون لوجود الجريمة»¹.

- ويرى أن الفقهاء لا يختلفون في كون القصد الجنائي يتكون من عنصرين هما الإرادة والعلم.

ولبحث هذين العنصرين نخصص لهما الفرعين الآتيين لدراستهما في إطار دراسة النظريتين المنوه عنهما.

504- الفرع الثاني: نظرية العلم

العلم في هذا المجال يمكن النظر إليه من زاويتين:

1- باعتباره علاقة بين الذهن والعالم الخارجي، فهو علاقة معرفة من جانب الشخص تنصب على موضوع معين.

2- باعتباره من الزاوية النفسية على أنه تقييم الفاعل لسلوكه في علاقته بموضوع ما، وهو أمر ذهني².

- والعلم في القانون الجنائي ليس سوى موقف الذهن من تقييم سلوك صاحبه في علاقته بالعالم الخارجي³.

¹ أنظر الدكتور عوض محمد، قانون العقوبات - القسم العام، مرجع سابق، ص 251.

² أنظر الدكتور محمود نجيب حسني، الموجز في شرح قانون العقوبات - القسم العام مصري، طبعة 1967، هامش ص 602.

³ أنظر الدكتور عبد الفتاح مصطفى الصبغى، قانون العقوبات - النظرية العامة، مرجع سابق، فقرة 207، ص 309.

- ويكفي في نظر هذه النظرية معرفة الفاعل أنه يرتكب فعلاً ممنوعاً⁽¹⁾، وتتحقق بعد ذلك إرادة مخالفة القانون، ولا عبرة بعد ذلك بإرادة النتيجة.
- وينتهي أنصار هذه النظرية إلى القول: بأن عنصري القصد الجنائي إرادة السلوك وتوقع النتيجة².
- هذه النظرية لاشك أنها تنطوي على بعض جوانب الحقيقة رغم خلطها بين صورتَي العمد والخطأ المتوقع.
- ثم أنه لا مجال معها لتوجيه اللوم والتأثير، لأن العلم وليد الذهن أما الإرادة التي هي وليدة النفس فهي من تستحق اللوم والتأثير. وهذه الإرادة هي القوة الواعية المدركة التي تكشف عن شخصية صاحبها، ومدى خطورته الإجرامية، وهو ما لا يتوافر في مجرد العلم.

505- الفرع الثالث: نظرية الإرادة

- القصد باعتباره مظهراً من مظاهر الإثم يتمثل جوهره في اتجاه الإرادة وجهة لا يرتضيها القانون، وفي نطاق الإثم يتميز العمد عن الخطأ وذلك بالعلم أحياناً وبالإرادة أخرى.
- فالقصد علم وإرادة، والإرادة جوهره، وهي تأثم باتجاهها وجهة تخالف القانون.
- ولا يكفي لدى أنصار هذه النظرية أن تقف الإرادة لدى الفعل وما يضاف إليه من مقومات لازمة لتحقيق النموذج القانوني للجريمة.
- وإذا كان العلم تتوقع به النتيجة الإجرامية، فإنه لا بد من أن تنصرف الإرادة كذلك إلى هذه النتيجة.
- وإذا كانت الإرادة تبدو ساكنة في مواجهة الفعل المجرم وما يتبعه من المقومات اللازمة لقيام الجريمة، فالإرادة قوة نفسية بإمكانها أن تسبب النتيجة الإجرامية وأن تسيطر عليها بانضمامها إلى غيرها من العناصر السببية وسيطرتها على الفعل المحدث للجريمة. والعلم وحده عاجز عما تقدر عليه الإرادة³.
- وأنصار هذه النظرية يرون أن تأسيس المسؤولية الجنائية على الإرادة هو ما يحقق العدالة، ويحقق التفرقة بين العمد والخطأ، ويمكن بها التمييز بين القصد المباشر والقصد الاحتمالي⁴.
- والإرادة كعنصر في القصد الجنائي تشمل إرادة السلوك كما تشمل إرادة النتيجة المترتبة عن هذا السلوك في بعض الجرائم غير الجرائم التي تقع بمجرد السلوك.
- وبتخلف العلم والإرادة بأوصافهما وعناصرهما لا تقوم الجريمة ولذا فالقصد الجنائي أساس التجريم.
- وهذا ما جعلني أقول أن انعدامه يشكل الأساس لانتفاء المسؤولية الجنائية ومن ورائها المسؤولية المدنية في الغالب الأعم، وذلك مثله مثل انتفاء الإثم فكلاهما إذا ما قام بجانب

(1)V. Donne dieu de vabres: Traité élémentaire de droit criminel et législation pénale compare, 3^{ème} édition, 1947, p70.

²أنظر الدكتور محمود نجيب حسني، الموجز في شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، فقرة 635، ص 602.

³المرجع نفسه، فقرة 636، ص 604 وما بعدها.

⁴أنظر الدكتور عوض محمد، قانون العقوبات - القسم العام-، مرجع سابق، ص 215 و 216.

وانظر الدكتور عبد الفتاح مصطفى **الصيغي**، قانون العقوبات -النظرية العامة-، مرجع سابق، ص 310 و 311.

فعل فاعل ما انتفت مسؤوليته الجزائية دوما والمدنية أحيانا كما سيأتي في المبحثين الآتيين.

المطلب الثالث

موقف القضاء الوضعي وبعض الآراء الخاصة من أساس انتفاء المسؤولية رغم الجهل بالإباحة أو الغلط فيها

506- تمهيد وتقسيم

لقد رأيت أن أبحث موقف القضاء من أساس انتفاء المسؤولية رغم الجهل بالإباحة أو الغلط فيها في هذا المطلب، وأن أبحث معه بعض الآراء الخاصة، لأن هذه الآراء تستند كثيرا إلى عمل القضاء، لذا رأيت أن أؤخر دراستها عن دراسة موقف القضاء، ولذا يصبح متعينا تقسيم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: موقف القضاء الوضعي من أساس انتفاء المسؤولية رغم الجهل أو الغلط في الإباحة.

الفرع الثاني: آراء خاصة في أساس انتفاء المسؤولية رغم الجهل بالإباحة أو الغلط فيها. سأستقصي في هذين الفرعين مواقف القضاء، وبعض الآراء الخاصة، محاولا نقد ما فيه موضع للنقد منها، للوصول إلى تصور أفضل للأساس الذي يقوم عليه انتفاء المسؤولية في حالة الإباحة رغم الجهل بها أو الغلط فيها.

507- الفرع الأول: موقف القضاء من أساس انتفاء المسؤولية رغم الجهل بالإباحة أو الغلط فيها

لقد كان لكل من فرنسا، وإيطاليا، والبلاد الأنجلوسكسونية، ومصر قضاء تعرض للفصل في هذه المسألة، وفي النقاط التالية أتناول أقضية هذه البلدان.

508- أولا : القضاء في فرنسا

القانون الفرنسي سكت ولم ينص قانون عقوباته على هذه الحالة، فبقيت محل اجتهد القضاء يطبق فيها القواعد العامة إذا تعرض للفصل في حالة تطرح هذه المشكلة. وكان موقفه نفي مسؤولية مرتكب الفعل، متى وجد أنه ارتكبه بناء على أسباب معقولة، يمكن الغلط في ظلها، وحسن النية فعلا، ويستلهم القضاء ذلك من الوقائع المعروضة عليه، ويرتب آثار الإباحة الكاملة على الغلط في الإباحة، متى كان معيار الرجل المعتاد يجعل الغلط لم يقصر، ولم يهمل، أو يتعامل برعونة¹.

509- ثانيا: القضاء في إيطاليا

عدة أحكام صدرت عن محكمة النقض الإيطالية، طبقت فيها النظرية الإيطالية، التي تؤدي إلى امتناع مسؤولية الفاعل نتيجة انتفاء القصد الجنائي لديه، متى كان قيامه بالفعل المجرم أصلا مبني على أسباب معقولة، هي التي أوقعته في الغلط.

¹ V.Merle et Vetu: Traité de droit criminel, op.cit,p.517.

من هذه الأحكام الحكم الصادر في 13/03/1935، قضت ببراءة شرطي هدد بالسلاح صيادا لمنعه من الصيد، معتقدا أنه يقوم بمخالفة لقوانين الصيد، رغم الغلط في اعتقاده أنه يمارس ما يوجبه عليه القانون. وفي حكم 11/05/1950 استبعدت جريمة السرقة على أساس اعتقاد السارق بوجود موافقة وهمية على أخذ المال. وفي حكم 14/02/1950 قضت بعدم جواز إثارة الدفاع الشرعي الظني إلا في حالة الاقتناع عقلا بوجود خطر فعلي، ناتج عن هجوم ظالم، ولا يمكن رده إلا بفعل من النوع الذي أتى به المتهم، والذي دفع بشأنه بقيام حالة الدفاع الشرعي¹.

510-ثالثا: القضاء الأنجلوسكسوني

طبق القضاء، حسب ما هو ثابت في أحكامه معيار السبب المعقول، لنفي المسؤولية في حالة الغلط في الإباحة، كما طبق معيار حسن النية. وهذا المعيار الأخير هو الذي عليه أكثر القضاء، وكذا الفقه.

-ففي أخذه بمعيار السبب المعقول، كما في قضية امرأة هجرها زوجها ثم علمت بعد سنوات أنه فقد في حادثة وقعت له في رحلة، والمرجح أنه مات، فلما تزوجت ظهر واشتكاه بجرم تعدد الأزواج، فدفعت باعتقادها وفاته، للأسباب المذكورة، فقبلت المحكمة دفعها².

-وفي أخذه بالمعيار الثاني (معيار حسن النية) يقضي ببراءة من يقبض على شخص، ظانا أنه ارتكب جناية، حتى ولو كان اعتقاده مبني على أسباب غير معقولة، إذ لا يوجد قصد جنائي، في مثل هذه الحالة، ما لم يكن للفاعل مصلحة في عقاب المقبوض عليه³.

511- رابعا: القضاء المصري

القانون المصري للعقوبات كما مر معنا لم يرد فيه نص صريح بشأن الجهل بالإباحة أو الغلط فيها وسقوط المسؤولية بسبب ذلك، وإنما استنتج ذلك من نصوص المواد 63 و249 و250 منه.

والقضاء المصري استلهاها لهذه النصوص، فإن محكمة النقض المصرية، أخذت بجواز القياس فيما هو سالب للعقاب، وعلى ضوء ذلك قررت أن حسن النية المؤثر في المسؤولية على الجريمة، رغم توافر أركانها، وقالت: أن هذا المعنى لا يختلف مقوماته باختلاف الجرائم، بل يكفي أن يكون القانون قد ضبطه في نص معين أو في مناسبة معينة ليطبق القضاء القاعدة العامة، التي تصبح بالنص عليها واجبة الاتباع⁴.

وفي أحكام قديمة لمحكمة النقض المصرية، طبقت مبدأ امتناع مسؤولية الفاعل، الواقع في غلط في الإباحة على أساس انتفاء القصد الجنائي، عندما يثبت أنه عند قيامه بالفعل، كان حسن النية⁵.

فقضت ببراءة طبيب سلم شهادة طبية لزوجته شخص مريض، حضرت في غياب المريض، وطلبتها، وكان الطبيب حسن النية، لأن الزوجة تحضر عادة مع المريض عند

¹ V.Delogu(T):e: Les causes de justifications, op.cit,p.162 et 163.

² أنظر الدكتور خلود سامي عزارة آل معجون، النظرية العامة للإباحة، مرجع سابق، ص 443.

³ نفس الصفحة من المرجع نفسه.

⁴ أنظر الدكتور خلود سامي عزارة آل معجون، النظرية العامة للإباحة، مرجع سابق، ص 444.

وانظر الدكتور رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، مرجع سابق، طبعة 1968، ص 408 .

⁵ أنظر مجموعة القواعد القانونية، ج5، رقم 162، ص 295، نقض 1940/12/09.

حضوره إلى العيادة، فبرأته من جريمة إفشاء السر المهني. كما برأت من بلغ وقائع مكذوبة يعتقد غالطا بحسن نية صحتها¹.

وفي حكم آخر قضت بأن حسن النية، المؤثر في المسؤولية عن الجريمة رغم توافر أركانها، يعتبر من كليات القانون، التي تخضع لرقابة محكمة النقض، وهو معنى لا تختلف مقوماته من جريمة إلى أخرى، ويكفي أن ينص عليه القانون، في نص عام أو يرشد إليه، مبينا عناصره، في نص أو مناسبة. وتتعلق وقائع هذا الحكم بالقذف ضد وزير التموين، اتهم بها صحفي، وقد استندت المحكمة في حكمها بالبراءة إلى الضوابط التي جاءت في المادة 63 من قانون العقوبات المصري².

وقد استقر حديثا قضاء محكمة النقض في مصر، على اتباع النظرية الألمانية، فكثير من الأحكام الأخيرة، اعتبرت الموظف العام مسؤولا مسؤولية جزائية عمدية عن جريمته رغم حسن نيته، واعتقاده قانونية فعله، طالما لم يتحرر في تصرفه التثبت اللازم. كما اعتبرت العمد في حالة الدفاع الشرعي الذي ادعى فيه من قام بالدفاع، قيام الخطر، وظهر أن ادعاءه مخالف للواقع، وغير مبني على أسباب معقولة. وقضت المحكمة بإحالة من أطلق النار على شخصين يقودان جاموستهما، بعد أن ظن أنهما سرقاها، وبعد أن نادى عليهما ولم يجيبا، وكان الوقت منتصف الليل، فأطلق النار وأصاب أحدهما، أوداه قتيلا، فقضت المحكمة بوجوب إحالته بجناية الشروع في القتل، غير مقترن بعذر من الأعذار القانونية³، ولم ترتب أي اثر على هذا الغلط، معتبرة أن اعتقاد المتهم أنهما سرقا البقرة مبني على أسباب غير معقولة، لعدم تحريره وتثبتته كما طلب منه القانون.

وفي قضايا عديدة لم تعند بالغلط لكونه مبني على أسباب غير معقولة، ووقع فيه الجاني بسبب عدم تحريره⁴، واستقر القضاء على أن الغلط الذي عذر صاحبه هو ما كان بحسن نية، وبعد التحري اللازم في كل حالة على حده.

512- الفرع الثاني: آراء خاصة في أساس انتفاء المسؤولية رغم الجهل بالإباحة أو الغلط فيها

أستعرض في هذا الفرع رأي كل من الدكتور عبد الرحمن حسين علي علام، والدكتورة خلود سامي عزارة آل معجون، وأقدم في نهايته رأيي في المسألة، في نقاط ثلاثة.

¹ أنظر نقض 1945/01/08 مجموعة القواعد القانونية، ج6، رقم 448، ص 581.
² أنظر نقض 1946/11/11، مجموعة القواعد القانونية، ج7، رقم 220، ص 199.
وانظر كذلك نقض 1940/10/08، مجموعة القواعد القانونية، ج1، رقم 134، ص 177.
³ أنظر نقض 1932/10/31 مجموعة القواعد القانونية، ج2، رقم 381، ص 611.
⁴ أنظر نقض 1956/01/31، مجموعة أحكام محكمة النقض، السنة 07، رقم 40، ص 118.
وانظر نقض 1951/01/22، مجموعة أحكام محكمة النقض، السنة 02، رقم 200، ص 531.
وانظر نقض 1955/06/20، مجموعة أحكام محكمة النقض، سنة 06، رقم 333، ص 1144.
وانظر نقض 1955/11/19، مجموعة أحكام محكمة النقض، سنة 06، رقم 396، ص 1351.
وانظر نقض 1956/10/23، مجموعة أحكام محكمة النقض، سنة 07، رقم 292، ص 1065.
وانظر نقض 1959/02/16، مجموعة أحكام محكمة النقض، سنة 10، رقم 44، ص 298.
وانظر الدكتور عمر السعيد رمضان، طبيعة الركن المعنوي للجريمة، مرجع سابق، ص 665.

513- أولاً: رأي الدكتور علام

الدكتور علام من القائلين بأن الجهل والغلط سواء في انتفاء المسؤولية ابتداءً، وكل منهما يستقل بشروط، ومن القوانين ما جعل شروطاً لكل حالة على حده. ورأيه الشخصي في أساس انتفاء هذه المسؤولية، وامتناع مساءلة الجاني في ضوء المواد 63 و249 و250 من قانون العقوبات المصري: أنه انتفاء الركن المعنوي للجريمة، في الفعل غير المشروع، الذي ارتكبه الفاعل، فانتفاء الركن المعنوي للجريمة هو أساس انتفاء المسؤولية، ويرى أنه متى اعتقد الفاعل بحسن نية بوجود سبب الإباحة، عند قيامه بالعمل الذي خرق به القانون، فإن كان حسن النية متعلق بالوقائع التي تبيح أعماله غير المشروعة، فإن حسن النية ينفي القصد الجنائي. أما إذا تعلق غلطه بأحكام القانون، سواء أكان القانون الجنائي أو غيره، فالأصل فيه أنه لا يعذر بهذا الغلط، إلا إذا أدى إلى غلط في الواقع. وأن غلطه هنا، إذا اقترن بحسن النية، مع التثبت والتحري، فهو مبرر، ينفي مسؤوليته العمدية وغير العمدية، هذا بخصوص غلط الموظف العام في أدائه لوظيفته. ويرى أن أساس إعفائه بسبب الغلط، لا يرجع إلى علة في الفعل، بل إلى علة في الفاعل فالعمل غير مشروع، لكن الفاعل غلط بعد التحري اللازم، المقترن بحسن النية. ويقول أن قوله هذا يؤدي إلى نتائج ثلاثة هي:

1- الإبقاء على الصفة غير المشروعة للفعل، رغم غلط الفاعل يمكن معه الدفاع الشرعي، ضد هذا الموظف، كما يمكن أن يطالب بالتعويض المدني، ويمكن مساءلة شريكه، طبقاً للقواعد العامة دون حاجة لنص.

2- فعله يبقى غير مشروع رغم حسن نيته، أي يكون فعله في طاعته لرئيسه الذي أمره بما يخالف القانون غير مشروع، وكذلك فعله الذي غلط وظنه داخلاً في عمله، وهو ليس كذلك.

3- الإبقاء على عدم مشروعية فعله، يتفق مع قواعد الإباحة، ذات الطبيعة الموضوعية. ويرى بشأن الخطر الوهمي في الدفاع الشرعي: أن الخطر الوهمي وإن أبيض الدفاع ضده، إلا أنه يبقى هذا الدفاع لا تتجرد أعماله من عدم المشروعية، من الناحية الموضوعية، وللشخص الموجهة ضده هذه الأعمال أن يدافع عن نفسه.

- ويرى أن أثر التوهم ينصرف إلى الركن المعنوي للجريمة، وهو يأخذ حكم الغلط في الواقع الذي ينفي القصد الجنائي، وينفي أيضاً الخطأ غير العمدية، متى كان مبنياً على أسباب معقولة.

- وأن عدم العقاب في حالة الخطر الوهمي لا يقوم على سبب إباحة بقدر ما يقوم على تخلف الخطيئة. ولا ينفي بحال الركن الشرعي. ويترتب على الدفاع ضد الخطر الوهمي عدم العقاب متى استوفى هذين الشرطين:

1- أن يكون الفعل وقع فيه الغلط لأسباب معقولة، أي التي يمكن أن يقع فيها الرجل المعتاد، وهو في ظروف المتهم.

2- إذا كان الغلط لا يقع فيه الرجل المعتاد في ظروف المتهم، يترتب على غلطه: أجواز الدفاع ضده.

ب-جواز المطالبة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عنه.¹

514- ثانيا: رأي الدكتور آل معجون

ترى الدكتور أن الغلط الحتمي، النافي للإثم الجنائي، هو أساس الإباحة، مستندة إلى نظرة أصحاب النظرية المعيارية للإثم. وتقول أن هذا الغلط ينفي كلا من الجريمة العمدية وغير العمدية أي الخطئية، وأن الغلط عندها لا يعدم المسؤولية ولا يعدم القصد الجنائي، والخطأ على السواء، ويجرد الواقعة التي حققها الجاني، من وصفها بعدم المشروعية وإنما تأثيره تأثيرا موضوعيا، ينصب على الفعل، لا على شخص الفاعل. وأنه لا علاقة لهذا الغلط بالقصد الجنائي في ذاته، لأن نص الإباحة ذاته لا دور له في بناء القصد الجنائي، لأن القاعدة التجريبية ذاتها، ليست عنصرا في هذا القصد بل هي منبعه. ويترتب على ذلك أن العلم بانتفاء الوقائع التي يقوم عليها سبب الإباحة، ليس عنصرا يتطلب لتوافر القصد الجنائي²، طالما هو غير متطلب في بنائه، أو في وجوده وتوافره. ولذا تستبعد القول بأن انعدام المسؤولية الجنائية لوقوع الفاعل في غلط في الإباحة إنما سببه تخلف القصد الجنائي.

515- ثالثا: رأي في المسألة

أرى في هذه المسألة أنه بصرف النظر عما إذا كان الجهل والغلط، ينفيان الجريمة العمدية، وغير العمدية، وسواء نفيهما، عن طريق نفي القصد الجنائي عن الفاعل، أم بسبب الجهل والغلط الحتميين المقترنين بحسن النية في الغلط، وعدم تحقق أية نتيجة ضارة في الجهل، وغياب القصد الجنائي معه. ففي كل الأحوال أرى أنه ينتفي معه بالضرورة الإثم ظاهريا، والله سبحانه وتعالى يتولى السرائر. وبهذا يكون انتفاء القصد الجنائي هو أساس انتفاء المسؤولية سواء في حالة الجهل بالإباحة، أي مع الجريمة الظنية، وكذلك أساس لانتهاء المسؤولية مع البراءة الظنية، أي مع الغلط في الإباحة، سواء أكان الغلط ناتج عن جهل بالوقائع، والواقع أو عن جهل بالقانون أدى إلى جهل بالواقع، وبالتالي إلى الغلط، هذا من ناحية. ومن ناحية ثانية أرى أن يفسح المجال في النظم القانونية التي لم تنص على أساس انتفاء المسؤولية الجنائية في حالة الجهل بالإباحة أو الغلط فيها، كما هو الحال عندنا في الجزائر للقضاء ليصدر حكمه العادل موضوعيا، المحقق للعدالة الحقيقية بالكيفية التي ترمي إليها المقولة: إذا جار القانون يبقى الأمل في عدل القاضي. لأن مسألة الجهل بالإباحة، والغلط فيها تثور أمام القضاء بين الحين والآخر، فتطرح مشاكل يظهر فيها جليا جهل الجاني المطبق المرفوق بحسن نيته الخالص، كما يطرح على القضاء مشاكل ناتجة عن غلط مقترن بحسن نية الجاني الخالص. فليقل القضاء كلمته في هذه الأحوال، وليبرئ الفاعل في حالة الجهل لعدم قيام القصد الجنائي، ولعدم تحقق أية نتيجة ضارة، من غير محاسبته على الشروع في الجريمة لانتهاء الإثم ظاهريا. وليبرئ الجاني في حالة الغلط الحتمي كذلك لانتهاء هذا الإثم. والقوانين الوضعية هي أول من نراه يحاسب الناس على ظواهر أعمالهم، لا على مواطن نواياهم. ويبقى بعد هذا للقضاء كذلك أن يقدر ما إذا يستفيد الشريك من غلط أو

¹ أنظر الدكتور عبد الرحمن حسين علي علام، أثر الجهل و الغلط في القانون على المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص من 598 إلى 608.

² أنظر الدكتور خلود سامي عزارة آل معجون، النظرية العامة للإباحة، مرجع سابق، ص 483 وما بعدها إلى 442.

جهل الفاعل الأصلي أم لا باعتبار كون أساس انتفاء مسؤولية الفاعل موضوعي أم شخصي، وعلى أي حال يتعين على القضاء التعامل وفق هذا التصور، ليكون قضاؤه منسجما في هذه المسألة، إذ ليس من المعقول أن يعامل الفاعل الأصلي على حسب نيته الظاهرة، ويعامل الشريك على أساس نيته الباطنة التي بقيت داخل نفسه، ولم يظهر أثرها في الواقع.

أما مسألة المسؤولية المدنية فإنني أختلف مع الدكتور علام، إذ رأيي أن المسؤولية المدنية تقوم على أساس الضرر في كل الإباحات، ماعدا الدفاع الشرعي، فتسقط عن المدافع كل من المسؤوليتين الجزائية والمدنية، لأن من الدفاع ما يجب، وليس من الممكن إيجاب شيء ثم اللوم والتغريم على فعله، سواء جزائيا أو مدنيا، أي سواء بالعقوبة أو بالتعويض المدني عن الضرر.

ورأيي أن الغالب في الدفاع بحسن النية يلحق حكمه بحكم المدافع الذي دافع دفاعا قائم الأركان والشروط دون غلط.

وكذلك حكم المدافع المتجاوز بحسن نية، أما المدافع المتجاوز بسوء نية، فإنه كما يمكن تحميله المسؤولية الجزائية يحمل المدنية من باب أخرى وأولى، لأنه خرج بما تجاوز به عن وصف المدافع إلى وصف المعتدي.

516- وفي نهاية هذا المطلب بودي أن أعقد مقارنة بين مواقف مفكرين في الإسلام، ونظرائهم في النظم الوضعية، مقارنة بين الأفكار الفلسفية عن المسؤولية بين مفكري الإسلام ومفكري النظم الوضعية: إذا أمعنا النظر في مجرى تفكير كلا الفريقين للأساس الفلسفي النظري للمسؤولية نجد أن أنصار مذهب حرية الاختيار تلتقي أفكارهم وتحاليلهم مع أفكار وتحاليل المعتزلة، وأنصار مذهب الحتمية تلتقي أفكارهم وتحاليلهم مع أفكار وتحاليل الجبرية. وأنصار المذهب التوفيقى تلتقي أفكارهم وتحاليلهم مع أفكار وتحاليل الأشعرية.

ومع سبق مفكري الإسلام بزمان ليس بقصير لمفكري النظم الوضعية، فإن الفكر الأنساني تبرهن هذه المقارنة- على أنه حلقات مرتبطة بعضها ببعض.

المبحث الثاني نطاق انتفاء العقاب

517- تمهيد وتقسيم

ينتفي العقاب رغم قيام الفعل الآثم المجرم في صورته الظاهرية بكامل أركانه وعناصره، ومع هذا لا يعاقب الفاعل وترتفع صفة التجريم عن فعله وصفة المجرم عنه. وذلك إذا قام في جانبه سبب من أسباب الإباحة سواء أقدم على الفعل وهو يعلم أن الإقدام عليه مباح قانونا أو جهل ذلك أو غلط في كون الفعل مباحا وأقدم عليه هو باعتبار أنه يرتكب جرما. وأسباب الإباحة متعددة تنحصر في الدفاع الشرعي، وإذن أو أمر القانون (ممارسة السلطة)، ورضا المجني عليه، ومن الشراح من يقسمها إلى الدفاع الشرعي، وممارسة الحق، وأداء الواجب ورضا المجني عليه⁽¹⁾.

(1) أنظر مثلا الدكتور محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات - القسم العام-، مرجع سابق، من 295 إلى 359.

وسأعتمد هذا التقسيم الأخير مقسما للمبحث إلى أربعة مطالب على النحو الآتي:
المطلب الأول: الدفاع الشرعي.
المطلب الثاني: ممارسة الحق والحقوق التي تسمح القوانين بممارستها.
المطلب الثالث: أداء الواجب.
المطلب الرابع: رضا المجني عليه.
ملخصا نبذة عن كل سبب من الأسباب الأربعة المذكورة عالياه بالقدر اللازم لبحثي.

المطلب الأول الدفاع الشرعي

518- وهو: «الرد بالقوة اللازمة والمناسبة لاعتداء غير مشروع ولا مثار، حال أو وشيك الوقوع على نفس أو عرض أو مال»¹.
فإذا قام الدفاع الشرعي بهذه الصورة كان ما نجم عنه لا عقاب عليه ولو كان الذي نجم موت المعتدي، ما لم يتجاوز المدافع حدود الدفاع بسوء نية، ولو تجاوزه بحسن النية هناك من يقول للقاضي أن ينظر ما إذا يخفف عليه العقاب أم لا². ومن يقول في هذه الحالة يصبح التجاوز عذرا خاصا والقاضي يخير بين أن يطبق عليه أحكام الإعذار القانوني أو أحكام الظروف القضائية³.
غير أن ما يعنينا من كل هذه الخلافات هو إباحة الفعل سواء علم بذلك من تقررت له الإباحة أو لم يعلم أو أصاب أو غلط إذا كان الدفاع قائم الشروط والأركان ولم يتجاوز بسوء نية.
والدفاع أصلا مباح ولكن أحيانا يكون واجبا.

وانظر الدكتور سعدي بسيسو، مبادئ قانون العقوبات، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، جامعة حلب، ط1، لسنة 1964، ص من 257 إلى 291.
وانظر الدكتور أبو المعاطي حافظ أبو الفتوح (رحمه الله)، شرح القانون الجنائي المغربي - القسم العام، مطبعة النجاح، ط2، لسنة 1405هـ-1984م، من ص90 إلى 122.
وانظر عبد العزيز العوادي وإسماعيل بن صالح، شرح القانون الجنائي التونسي - القسم العام، الشركة التونسية لفنون الرسم، بدون سنة نشر، الصفحات من 198 إلى 230.
¹ بهذا عرفته في رسالة الماجستير لسنة 1419هـ-1998م.
² أنظر يسر أنور علي، "الدفاع الشرعي - دراسة لمبدأ المشروعية"، مرجع سابق، ص247.
وانظر محمود إبراهيم إسماعيل، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات المصري، ط1، لسنة 1366هـ-1945م، ص449.
وانظر الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم العام مصري، دار النهضة العربية، ص246.
وانظر محمد مصطفى، المسؤولية الجنائية، مطبعة جامعة فؤاد، ط سنة 1948، ص356.
³ أنظر مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات - القسم العام، دار الفكر العربي، ط2 لسنة 1976، ص235.
وانظر الدكتور يسر أنور علي، الدفاع الشرعي، مرجع سابق، ص248.
وانظر سعيد مصطفى سعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، طبعة سنة 1962، ص216.

المطلب الثاني

ممارسة الحق والحقوق التي تسمح القوانين بممارستها

519- تمهيد وتقسيم

هذا المطلب تنفرع فيه المسائل إلى ثلاث مسائل يعرفها القانون والفقه وهي: حق التأديب، وحق ممارسة التطبيب، وحق ممارسة الألعاب الرياضية وسأخصص لكل حق من هذه الحقوق الثلاثة فرعاً أوجز فيه ما يتعلق ببحثنا ويبرر الإباحة التي تجعل من تقررته له لا يؤاخذ جزائياً علم بها أو لم يعلم، أصاب في تقدير وجودها أم غلط. وأفرع هذا المطلب إلى فرعين على النحو الآتي:

الفرع الأول: مفهوم ممارسة الحق.

الفرع الثاني: الحقوق التي يحميها القانون ويسمح بممارستها.

520- الفرع الأول: مفهوم ممارسة الحق

تعني ممارسة الحق في إطار أسباب الإباحة أن يكون الفعل المرتكب مستكملاً لسائر العناصر القانونية اللازمة لقيام المسؤولية الجزائية وما ينبني عليها من المسؤولية المدنية، إلا أن صفة التجريم تتجرد عنه لكون هذا الفعل ارتكب ممارسة لحق في نظر القانون، لأن ممارسة الحق تجرد الفعل من معنى العدوان والبغي في منظور الضمير الجماعي على نحو يجعل من تلك الأفعال عملاً مشروعاً لا إثم فيه لانتفاء التجريم في ممارستها. والحق هو كل مصلحة يحميها القانون¹.

فالمصلحة وحدها لا تعطي تبريراً لإباحة الفعل، وإنما لابد وأن تكون هذه المصلحة محمية بالقانون.

521- الفرع الثاني: الحقوق التي يحميها القانون ويسمح بممارستها

في إطار أسباب الإباحة عرف القانون والفقه حقوقاً أحاطها بالحماية وجعل ممارستها مباحة متى تقيد ممارستها بالقيود التي يفرضها القانون لممارسة كل حق منها وهذه الحقوق هي:

522- أولاً حق التأديب: والمقصود به تأديب الزوجة والولد ابن المؤدب أو من تحت رعايته وتعليمه.

وحق التأديب أثار جدلاً كبيراً خاصة بين من لا يدين بالشرعية الغراء أو يتنكر لأحكامها وبين من يدين بها.

- ومثار الجدل أرى أن أساسه عدم فهمهم للتأديب الذي تقره الشريعة والمتمثل في التأديب البعيد عن كل تعذيب بل هو فعل رمزي أكثر منه مادي.

وبسبب فهمهم المخالف لنصوص الشريعة وروحها راحوا يستتكرون حق التأديب، وراحت مؤتمرات تنعقد لحقوق المرأة وحقوق الطفل تشنع على الشريعة الغراء موقفها هذا.

وهو موقف ثابت بالقرآن العظيم بشأن الزوجة²، وثابت بالسنة المطهرة في حق الولد¹.

¹ انظر الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم العام -، مرجع سابق، ص 163 وما بعدها.

² انظر د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات - القسم العام -، مرجع سابق، ص 169.

وإذا مورس هذا الحق مع التقيد بشروطه التي أهمها عدم قصد الأذى وحسن النية وحدوث ما يستوجبه، فإن ما ينجم عنه تسقط عن الفاعل مسؤوليته سواء علم أو جهل أو غلط.

523- ثانيا- حق ممارسة الألعاب الرياضية: الألعاب الرياضية منها ما يتطلب كثيرا من العنف كالملاكمة وسائر الرياضيات القتالية، وإنما سمحت الأعراف الإنسانية ومن بعدها القوانين بذلك لما للرياضة من أثر عظيم في تقوية الأبدان ومن ورائها العقول والنفوس، ثم ما تجلبه من متعة للرياضي ولمتتبعيه.

بشرط كذلك التزام أصول وقواعد الألعاب. وما يشمل ذلك كله ويحصنه حتى تستحق الألعاب الرياضية أن تكون مشمولة بالإباحة هو حسن النية².

524- ثالثا- حق ممارسة التطبيب: مهنة نبيلة أنبل حتى من الرياضة وأكثر ضرورة ونفعا منها، وممارستها تخول الأطباء التعرض لأجسام مرضاهم، والكشف عن عوراتهم، والمساس بسلامة أجسامهم بل وحتى البتر منها، كما يخول الأطباء استعمال بعض المواد المخدرة.

وكل هذه الأفعال محرمة في الأصل. وإنما أجاز للأطباء كل هذه الممارسات لما تحقق ممارستها من طرف من هو مخول لذلك من الأطباء لما في ذلك من المصلحة لأفراد المجتمع وخاصة المرضى منه، وهذه المصلحة تتجاوز في أهميتها كل لوم أو تأثيم وبالتالي كل عقاب لفاعلها. والقانون رخص بالتطبيب وهو ضرورة في كل الأزمان والعصور.

وإنما لكي يباح عمل الطبيب بإحدى الصور المذكورة لابد من التقيد بأصول المهنة وشمول ذلك بحسن النية³ وعند ذلك يكون عمل الطبيب -فوق كونه عملا إنسانيا نبيلًا- بما ينجم عنه من جرح أو حتى وفاة ومن كشف عورة ومناولة مخدر وغير ذلك مما تستلزمه حالة المريض وقواعد المهنة مباحا علم الطبيب بذلك أم جهل، تنبه أو غلط. وبانتهائنا من فرع ممارسة الحق ننتقل إلى فرع أداء الواجب.

وقد جاء في الآية 34 عند ورش من سورة النساء: "الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله واللاتي تخافون نشوزهن فعضوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا إن الله كان عليا كبيرا" مع تقييد الضرب بكونه غير مبرح ولا مؤذي.

¹ انظر د. محمود مصطفى **الصري**، المسؤولية الجنائية، مرجع سابق، ص 174.

وانظر محمود زكي أبو عامر، قانون العقوبات -القسم العام-، مرجع سابق، ص 304 و 305.

وانظر د. رؤوف عبيد، **مبادئ القسم العام**، مرجع سابق، ص 506 و 507 و 508.

وانظر د. عوض محمد، قانون العقوبات - القسم العام-، مرجع سابق، ص 100 إلى 109.

فقد ورد في حديث النبي صلى الله عليه وسلم: "مروا أبناءكم بالصلاة لسبع واضربوهم عليها لعشر" حديث متواتر.

² أنظر المراجع السابقة وغيرها من كتب شروح القانون في قسمها العام.

³ أنظر الدكتور محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات -القسم العام-، مرجع سابق، ص 306 إلى 312.

المطلب الثالث أداء الواجب

525- تمهيد وتقسيم

أداء الواجب كسبب للإباحة يطرح تقليدياً أداء الموظف للعمل إنفاذاً لما تأمره به القوانين. وأداءه العمل إنفاذاً لأمر صادر عن رئيس له تجب عليه قانوناً طاعته، فينجم عن ذلك ضرر للغير.

وأضيف كما أشرت إليه عند بحثي للدفاع الشرعي في هذا الفصل، مسألة وجوب الدفاع الشرعي، وعليه سأفرع هذا المطلب إلى ثلاث فروع على هذا النحو:
الفرع الأول: أداء الموظف العمل تنفيذاً للقانون أو ممارسة للسلطة.
الفرع الثاني: أداء الموظف للعمل طاعة لرئيسه.
الفرع الثالث: القيام بحق أو واجب الدفاع الشرعي.
كل هذه الصور متى قام بها من قام بها متقيداً بأصول القيام بها كان عمله مباحاً مهما كانت نيته وسواء علم بإباحته أو جهلها أو تنبه إلى إباحته أو غلط فيها. وفيما يلي أتناول هذه الفروع ببعض التفصيل.

526- الفرع الأول: أداء الموظف العمل تنفيذاً للقانون أو ممارسة السلطة

الفعل الذي يأمر به القانون يباح ما ينجم عنه سواء أكان من قام به موظفاً أو موظفاً فعلياً أو شخصاً عادياً طالما أن القانون أباح ذلك، وكذلك الأمر الذي ينهى عنه فإباحة ما ينجم عنهما تجد أساسها في القانون نفسه¹.

غير أن بعض قوانين العقوبات تخص الموظف بالذات بنص خاص لإباحة أفعاله، مثل ما هو الحال مع المادة 63 من قانون العقوبات المصري².

التي أثبتت صراحة الإباحة وقيدتها بشروط زيادة على أن يكون الفاعل موظفاً أن يرتكب الفعل إنفاذاً لأمر رئيس وجبت طاعته أو يعتقد الموظف وجوبه، وأن يكون الفاعل (الموظف) حسن النية في كون اعتقاده أن الفعل أمر به القانون وأنه من اختصاصه، وأن يثبت ويتحرى قبل القيام بالفعل، وأن اعتقاده مشروعية الفعل مبني على أسباب معقولة. وبطبيعة الحال يأخذ حكم الموظف الموظف الفعلي.

فمتى صدر الفعل عن الموظف ضمن هذه الشروط كان ما نتج عنه داخلاً ضمن الإباحة علم بذلك أم لم يعلم تثبت أو غلط، والملاحظ أن المادة 63 نصها يشمل أداء الموظف العمل تنفيذاً للقانون وأداءه العمل طاعة للرئيس، وهذه الطاعة الأخيرة هي ما أتناوله في الفرع الثاني الآتي.

¹ أنظر الدكتور إسحاق إبراهيم منصور، ممارسة السلطة وأثرها في قانون العقوبات، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط سنة 1983، ص من 23 إلى 84.

= وانظر محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات - القسم العام -، مرجع سابق، ص 340 و 341.
وانظر عبد الفتاح مصطفى الصبغى، قانون العقوبات - النظرية العامة -، ص 506 و 507.
وانظر الدكتور عوض محمد، قانون العقوبات القسم العام، مرجع سابق، ص 109 إلى 125.
وغيرها من شروح قانون العقوبات.

² انظر محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 340.
وانظر قانون العقوبات حسب آخر التعديلات، طبعة سنة 1999، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، المادة 63، ص 30 و 31.

527- الفرع الثاني: أداء الموظف العمل طاعة لرئيسه

قد يقوم الموظف بالعمل الذي سينتج عنه ما يشكل في ظاهره جريمة معاقبا عليها لكن تشملها نصوص الإباحة، يقوم بهذا العمل من تلقاء نفسه أو يقوم به إنفاذا لأمر رئيس وجبت عليه طاعة.

وفي هذه الحالة الأخيرة إذا نفذ العمل طاعة لرئيس يجب أن يعتقد لأسباب معقولة أن طاعته واجبة عليه قانونا، وبذلك تشمل الإباحة عمله سواء في حالة جهله لهذه الإباحة أو علمه بها سواء انتبه إليها أم غلط فيها.

528- الفرع الثالث: القيام بحق أو واجب الدفاع الشرعي

في ظروف معينة يكون فيها من يدافع عنه في حالة خطر. يذهب صراحة بعض المشرعين إلى التتصيص على وجوب الدفاع عنه كما هو الحال في نص المادة 2376 من قانون العقوبات البرتغالي.

ولعل قانون العقوبات الجزائري في نص المادة 182¹ منه ذلك ما قصد، إذ لا يمكن معرفة قصد له غير ذلك.

- وقد قال بهذا فقهاء أقدمون في فرنسا وهو ما عبر عنه الفقيه دي فابر Dondedieu de vabres

«elle n'est pas seulement l'exercice d'un droit elle est l'accomplissement d'un devoir».

"ليس هو فقط استعمال للحق إنما هو قيام بواجب"، غير أن البعض من الفقهاء يرى هذا الواجب الذي قال به دوفابر ما هو إلا واجب اجتماعي لا قانوني.

وأرى أن المشرع لما يفرض تقديم مساعدة- تحت طائلة العقاب- لمن هو في حالة خطر فإن ذلك واجب قانوني صريح وهو ما يعنى به وجوب الدفاع الشرعي في هذه الحالة.

المطلب الرابع رضا المجني عليه

529- رضا المجني عليه الذي يعتد به في الإباحة هو رضا المجني عليه بخصوص ما

يعتبر في صورته من الأفعال جريمة تضر بالمجني عليه وحده، أي لا يتعدى ضررها كثيرا إلى الهيئة الاجتماعية، أي أن تكون الأفعال تمس بحقه هو أكثر مما تمس بحق

¹ نص المادة 182 من قانون العقوبات الجزائري: "يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 15000 دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من يستطيع بفعل مباشر منه وبغير خطر عليه أو على الغير أن يمنع وقوع فعل موصوف بأنه جنائية أو وقوع جنحة ضد سلامة جسم الإنسان، وامتنع عن القيام بذلك، بغير إخلال في هذه الحالة بتوقيع عقوبة أشد ينص عليها هذا القانون أو القوانين الخاصة. -وبعقاب بالعقوبة نفسها كل من امتنع عمدا عن تقديم مساعدة لشخص في حالة خطر كان في إمكانه تقديمها إليه بعمل مباشر منه أو بطلب الإغاثة له وذلك دون أن تكون هناك خطورة عليه أو على الغير.

-وبعقاب بالعقوبة نفسها كل من يعلم الدليل على براءة شخص محبوس احتياطيا أو محكوم عليه في جنائية أو جنحة ويمتنع عمدا أن يشهد بهذا الدليل فوراً أمام سلطات القضاء أو الشرطة، ومع ذلك فلا يقضى بالعقوبة على من تقدم من تلقاء نفسه بشهادته وإن تأخر في الإدلاء بها..."

المجتمع. فالحق الشخصي هو الذي يمكن للشخص التنازل عنه شريطة أن يكون هذا الشخص المتنازل أهلا لأن يتنازل بأن يكون راشدا عاقلا أراد أن يتنازل. ومثال الحقوق الجائز التنازل عنها بالتنازل أصلا عن الدعوى العمومية أو التنازل عن الحق أمام جهة الحكم لوضع الحد للمتابعة الجزائية:

- ما جاء في قانون العقوبات الجزائري في التعديل الملحق به بتاريخ 2006/12/20 تحت رقم 23/06 المادة 330 والمادة 331 والمتعلقين بترك الأسرة من قول المادة 330 «...ويضع صفح الضحية حدا للمتابعة الجزائية» ومن قوله في المادة 331 «...ويضع صفح الضحية بعد دفع المبالغ المستحقة حدا للمتابعة الجزائية».
- وما جاء في المادة 368 من عدم معاقبة كل من الأصول والفروع والزوجين اضرارا لبعضهم البعض عن السرقة.
- وما جاء في المادة 369 من كون التنازل عن الشكوى بالسرقة بين الأقارب حتى الدرجة الرابعة يضع حدا لإجراءات المتابعة عنها.
- وما جاء في المادة 442 من قانون العقوبات كون صفح الضحية عن ضربها أو جرحها بقصد أو بغير قصد عن الفاعل وشريكه يضع حدا للمتابعة الجزائية عن الأفعال المسببة لعجز أقل من 15 يوما أو عن أفعال غير عمدية وصل العجز بسببها إلى 3 أشهر.
- وما ينجم من أضرار بفعل القيام ببعض الممارسات الرياضية العنيفة من ملاكمة ومختلف الرياضات القتالية، مادام الضرر وقع في الأطر المشروعة المتعارف عليها في هذه الممارسة الرياضية.

المبحث الثالث نطاق انتفاء التعويض

530- تمهيد وتقسيم

لدراسة هذا المبحث يتعين دراسة التعويض وأسباب سقوطه، ونطاق السقوط. إذ التعويض المقصود في هذا البحث هو التعويض الناتج عن المسؤولية التقصيرية. وأسباب سقوطه هي أسباب سقوط العقاب. ونطاق السقوط هنا قريب من نطاقه هناك ونفصل كل هذا في المطالب الآتية:

المطلب الأول: في التعويض.

المطلب الثاني: أساس سقوطه.

المطلب الثالث: نطاق سقوط التعويض.

المطلب الأول

التعويض le dédommagement

531- تمهيد وتقسيم

التعويض الذي ندرسه هنا هو التعويض الناتج عن المسؤولية التقصيرية والذي ينتج عن الجريمة سواء كانت عمدية أو خطئية (غير عمدية). أو عن الضرر حتى لو كان غير خاضع للمسؤولية الجزائية، ومهما كانت درجة هذا الضرر. ومن الأهمية بمكان دراسة

صورتين للتعويض، صورة التعويض النقدي، وصورة التعويض العيني أو إرجاع الحال إلى ما كانت عليه، أو التعويض بمقابل. وعليه أفرع هذا المطلب إلى الفروع التالية:
الفرع الأول: التعويض العيني، وإرجاع الحال إلى ما كان عليه.
الفرع الثاني: التعويض النقدي
الفرع الثالث: التعويض بمقابل.

532- الفرع الأول: التعويض العيني وإرجاع الحال إلى ما كان عليه.

أساسا يحق للمضرور أن يطلب إصلاح ضرره عينا ويتعين أن يستجاب له في طلبه هذا متى كان ذلك ممكنا في الواقع، وغير مرهق للمدين¹.
إذ الأصل في التعويض أن يكون عينيا بإرجاع الحال إلى ما كان عليه².
ومن أمثلة التعويض العيني الممكن لكنه مرهق للمدين أن يجبر المحكوم عليه بالتعويض العيني إعادة بناء كل عمارة بناها خلافا للمواصفات وذلك لعدم احترام المسافات، فإن ما يصيبه إن ألزم بهدمها يفوق كثيرا في جسامته ما يضايق المحكوم بذلك لصالحه من بقائها على حالها، ويمكن وصف ذلك بالتعسف في استعمال الحق.
ومن أمثلة إرجاع الحال إلى ما كان عليه: حالة ما إذا ألزم أحدهم بعدم شق قناة لمجرى المياه على مساحة أرضية معينة ومع هذا خالف وقام بذلك، أو قام بذلك ابتداء. إرجاع الحال إلى ما كان عليه في هذه الحالة يتم بأن يردم هذه القناة ويزيل كل أثر نجم عنها في هذه القطعة الأرضية³.
والمضرور هو من له حق الاختيار بين التعويض العيني أو إرجاع الحال إلى ما كانت عليه والقاضي يقدر فقط ما إذا كان الأمر ممكنا في الواقع وغير مرهق.

533- الفرع الثاني: التعويض النقدي

في حالة المسؤولية التقصيرية التي هي مجال هذا البحث لا يكون التعويض محددا مسبقا في الغالب كما هو الحال في المسؤولية العقدية. بل يترك الأمر بشأنه للقاضي ليحدده، وله في ذلك طريقان إما أن يقدره جزافا، وهذا في حالات الأضرار البسيطة كالضرر المقدر بعجز لمدة عدة أيام بسبب الضرب أو الجرح العمدي، أما إذا كان الضرر جسيما فإنه يستعين بذوي الخبرة ليحدد له جسامته الضرر أو الأضرار إذا كانت مركبة: مادية ومعنوية وجمالية، وأضرار التألم.
ثم بعد ذلك يلجأ هو إلى التقدير الجزافي للمبالغ المستحقة عن تلك الأضرار⁴.

¹ أنظر المستشار حسين عامر والمستشار عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 285 و286.

² أنظر المادة 132 من القانون المدني الجزائري. والتي تنص على: "يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف ويصح أن يكون التعويض مقسطا كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا. ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدر ويقدر التعويض بالنقد، على أنه للقاضي تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحال إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض بأداء بعض الإعانات تتصل بالعمل غير المشروع".

³ أنظر المستشار حسين عامر والمستشار عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 530.

⁴ أنظر المستشار حسين عامر والمستشار عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية-التقصيرية والعقدية-، دار المعرفة، ط2 لسنة 1979، ص 32 و33.

وبإمكانه أن يستأنس في تقديره للتعويضات ببعض القوانين التي حددت هذه التعويضات. إذا كان الضرر ناشئاً عن غير الأسباب التي بشأنها حدد القانون تلك التعويضات¹. كأن يكون الضرر ناتجاً عن الضرب والجرح العمدى، فللقاضي أن يستأنس بالتعويضات المقدرة في حالة نشوء الضرر عن الإصابة في حادث مرور. وهذا جار به العمل أمام القضاء الجزائري، كما هو جار به العمل في كل من مصر وفرنسا². ويشمل التعويض كل الأضرار، كل ضرر على حده، الضرر الجسماني والضرر الجمالي، وضرر التألم والضرر الأدبي إن كان له محل كذلك، هذا إذا كان الجرم واقعاً على جسم الإنسان. أما إذا كان الجرم واقعاً على ماله فالتعويض يشمل قيمة المال المضرور في ذاته بإرجاع قيمته، كما يشمل قيمة تعطيله عن الانتفاع به والخسائر الناجمة عن ذلك³.

534- الفرع الثالث: التعويض بمقابل

وقد يطلب المضرور التعويض بمقابل، فليس هناك ما يمنعه قانوناً. وتلزم المحكمة المسؤول عن التعويض بشيء معين بالذات بدل إلزامه بمبلغ من المال⁴، وقد ألزمت محكمة السين الفرنسية بحكم 23 يونيو لسنة 1947 المحكوم عليه بأن يعوض المحكوم لصالحه عن إطاراته التي سرقها إطارات من نفس نوع تلك، كما ألزمت محكمة كان الفرنسية أيضاً بحكم 2 مارس 1943 المحكوم عليه بأن يعوض المحكوم لصالحه بسيارة من صنف السيارة المسروقة وبحالتها⁵. وأرى أنه بإمكان القضاء دائماً إذا طلب منه المضرور مثل هذه الطلبات أن يستجيب، وليس من حق القضاء رفض مثل هذه الطلبات. غير أن الحكم بها قد يحدث بعض الإشكالات عند التنفيذ، وهذا موضوع آخر. وبانتهاؤنا من بحث هذا المطلب ننتقل إلى الذي يليه.

¹ أنظر المادة 182 من القانون المدني الجزائري.

² أنظر محمد ابراهيم الدسوقي(المحامي)، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، بدون مكان نشر، بدون سنة نشر، ص 291 وما بعدها.

³ هناك قوانين خارج القانون المدني تحدد التعويضات كقانون المرور الجزائري، وكذلك القوانين المتعلقة بالمناجم وبالصيد وبوكلاء دعاوى في فرنسا.

⁴ أنظر في ذلك محمد ابراهيم الدسوقي(المحامي)، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مرجع سابق، فقرة 61 ص 118 و119.

⁵ أنظر نص المادة 132 من القانون المدني الجزائري والتي تقابل مثل هذا الحكم.

⁵ أنظر المستشار حسين عامر والمستشار عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 531 وهوامشها.

المطلب الثاني أساس سقوط التعويض

Les causes de déchéance de l'indemnisation

535- تمهيد وتقسيم

إذا كان انتفاء الإثم وانتفاء القصد الجنائي هما أساس انتفاء العقاب فإن أساس سقوط وانتفاء التعويض هو انتفاء الخطأ الذي هو أساس التعويض وسببه، والفقه والقضاء استقرا في المدة الأخيرة على أن التعويض أساسه الضرر الناتج عن خطأ عمدي أو غير عمدي تربطه علاقة سببية، وإن كان كل من الفقه والقضاء في المدة الأخيرة ولكثرة الآلات والوسائل الخطرة يتجهان إلى بناء الحق في التعويض على مجرد المخاطر. غير أن موضوعنا بطبيعة مجال بحث التعويض فيه يقوم على القواعد التقليدية وهذا ما سنبحثه في الفرعين الآتيين.

536- الفرع الأول: الخطأ العمدي وغير العمدي

الخطأ العمدي في المسؤولية المدنية يشبه مثيله في المسؤولية الجزائية إلا في بعض الحالات الخاصة كما في جريمة التزوير التي تطلب نية خاصة هي نية الغش¹. أما في حالة الخطأ غير العمدي فقد تردد القضاء في فرنسا مدة طويلة بين جواز التعويض المدني رغم الحكم بالبراءة وعدم جواز ذلك بحجة أن صورها حصرها قانون العقوبات، والحالات الواردة فيه هي كل ما يمكن أن يتصوره العقل، ويرون أن متى انتفى الخطأ الجزائي انتفى معه الخطأ المدني.

ويخالف بعض الشراح فيرون أنه بالإمكان الحكم بالتعويض رغم حكم البراءة، إذ لا يمكن أن تكون جميع الصور الممكنة للخطأ حصرها القانون الجزائي، وهي تلك الأحوال التي لم تبلغ من الجسامة ما يمكن العقاب عليه، أو أن الجريمة حكم بها بالبراءة لعدم توفر الشكل القانوني للتجريم، ولا علاقة لمثل هذا الحكم بالتعويض عن الضرر من وجهة نظر القانون المدني.

وأرى معهم هذا الرأي ولأمر كهذا نصت المادة 316² من قانون الإجراءات الجزائية الجزائي على جواز الحكم في الدعوى المدنية رغم حكم البراءة في الدعوى الجزائية، بقولها: "... ويجوز للمدعي المدني في حالة الحكم بالبراءة كما في حالة الإعفاء أن يطلب تعويض الضرر الناشئ عن خطأ المتهم الذي يخلص من الوقائع موضوع الاتهام".

¹ أنظر المستشار حسين عامر والمستشار عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية، مرجع سابق،، ص 160 و 161.
² نص المادة : " بعد أن تفصل المحكمة في الدعوى العمومية تفصل دون إشراك المحلفين في طلبات التعويض المدني المقدمة سواء من المدعي المدني ضد المتهم أو من المتهم المحكوم ببراءته ضد المدعي المدني، وتسمع أقوال النيابة وأطراف الدعوى، ويجوز للمدعي في حالة البراءة كما في حالة الإعفاء أن يطلب تعويض الضرر الناشئ عن خطأ المتهم الذي يخلص من الوقائع موضوع الاتهام، وفصل في الحقوق المدنية بقرار مسبب".

537- الفرع الثاني: حالات انتفاء الخطأ (وانتفاء الحق في التعويض)

هذه الحالات منها العائدة لحالة الشخص كالصغر والجنون وهي لا تعيننا في موضوعنا هذا.

والتي تعيننا هي الحالات الموضوعية المتمثلة في أسباب الإباحة والتي تنفي عن الفعل صفة التجريم وبالتالي صفة الخطأ، فتنتفي معها المسؤولية المدنية، وهذه الحالات هي المعروفة في القوانين الجزائية بأسباب الإباحة.

ونعيد حصرها هنا للتذكير بها وهي:

الدفاع الشرعي، وممارسة السلطة (أمر القانون أو إذنه) ورضا المجني عليه ويلحق بهذه الحالات في هذا الجانب من المسؤولية (المدنية) حالة الضرورة وما يشبهها وحالة القوة القاهرة وحالة الإكراه الملجئ.

ونطاق انتفاء المسؤولية وبالتالي سقوط التعويض يختلف في هذه الحالات من حالة إلى أخرى، فيتسع نطاقه ليشمل سقوط كامل الحق في أي تعويض ويضيق لينحصر إلى جزء من التعويض فقط ومنح السلطة التقديرية للقاضي في تقديره. وهذا ما سأتناوله في المطلب الآتي.

المطلب الثالث

نطاق سقوط التعويض

538- تمهيد وتقسيم

سقوط التعويض بقيام أسباب سقوط المسؤولية المدنية التقصيرية، الأسباب الموضوعية لا الشخصية، يختلف نطاقها من سبب إلى آخر فمن الأسباب ما يسقط التعويض كلياً، ومنها ما يسقط بعضه ويخول القاضي أن يحكم بتعويض مناسب.

وعليه أفرع هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: السقوط الكلي للتعويض.

الفرع الثاني: السقوط الجزئي للتعويض.

539- الفرع الأول: السقوط الكلي للتعويض

1- الأصل أن الدفاع الشرعي يسقط التعويض كلياً¹ إذ يزيل كل مسؤولية عن فعل المدافع، فالدفاع كما ينفي المسؤولية الجزائية ينفي المسؤولية المدنية. وهذا ما نصت عليه المادة 128 من القانون المدني الجزائري بقولها: «من أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه، أو ماله، أو عن نفس الغير، أو ماله، كان غير مسؤول...».

¹ أنظر الدكتور محمود جلال حمزة، العمل غير المشروع باعتباره مصدراً للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط سنة 1405هـ-1985م، ص 74.

وانظر الدكتور عبد المؤمن مصطفى جمعة قاضي النقص المدني، موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية-التقصيرية والعقدية، الكتاب الأول، ج 1، الهيئة المصرية العامة للكتاب، بدون سنة نشر، ص 60.

= وانظر الدكتور عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي-الخطأ والضرر، منشورات عويدات، بيروت، ط 1 لسنة 1983، ص 169.

وانظر الدكتور سليمان مرقص، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية-القسم الأول، معهد البحوث والدراسات العربية، ط سنة 1971، ص 288.

وهذه المادة تقابلها مواد في القوانين المدنية الأخرى منها المادة 166 مدني مصري¹. وتسقط التعويض عن المدافع وعن الشريك لموضوعية الدفاع الشرعي وحالة التجاوز فيها نتركها للفرع التالي السقوط الجزئي للتعويض.

540-2- إذا كان خطأ المضرور قد استغرق خطأ محدث الضرر فإن ذلك أيضا يسقط الحق في التعويض².

541-3- كما أن تنفيذ القانون بتنفيذ أمر المسؤول الواجب طاعته يسقط التعويض عن الموظف منفذ الأمر، وعلى هذا نصت المادة 129 مدني جزائري بقولها «لا يكون الموظفون والعمال العامون مسؤولين شخصيا عن أعمالهم التي أضرت بالغير إذا قاموا بها تنفيذا لأوامر صدرت إليهم من رئيس متى كانت إطاعة هذه الأوامر واجبة عليهم». ومن البدهة أن المرفق العام هو المسؤول عن تعويض هذا الضرر الذي سقط عن الموظفين أو العمال بأحكام هذه المادة.

542-4- كذلك يسقط التعويض كليا في حالات رضا المجني عليه بالجراحات الطبية وفي الألعاب الرياضية إذا مورس كل ذلك حسب أصوله سواء الجراحة أو الأعمال الرياضية³.

543- الفرع الثاني: السقوط الجزئي للتعويض

توجد حالات نص القانون فيها وتواتر عمل الفقه والقضاء على ذلك بأن يسقط جزئيا التعويض لا كليا وذلك في مثل:

544-1- التجاوز بحسن نية للدفاع الشرعي وفي ذلك تنص المادة 128 من القانون المدني الجزائري والتي تقابلها المادة 166 مدني مصري بقول مادة القانون الجزائري: «...على أن لا يتجاوز دفاعه القدر الضروري وعند الاقتضاء يلزم بتعويض يحدده القاضي». أما التجاوز بسوء نية فجريمة جديدة عليه مسؤولية جزائية ومدنية.

545-2- ما دفعت إليه الضرورة من عمل أحدث ضررا للغير، فلا يلزم محدث الضرر إلا بتعويض يحدده القاضي يراعى فيه ظروفه.

وهذا ما نصت عليه المادة 130 من القانون المدني الجزائري والتي تقابلها المادة 168 مدني مصري ونص المادة من القانون الجزائري هو: «من سبب ضررا للغير ليتفادى ضررا أكبر محدقا به، أو بغيره، لا يكون ملزما إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسبا».

ولا يفوتني أن أنوه إلى أن الحقوق التي سمح القانون بممارستها ويحمي هذه الممارسة هي نفسها سواء في الشريعة السمحة أو في القوانين الوضعية، وتمارس بنفس الشروط والضمانات، وهي أفعال مبررة في كلتا الشرعتين.

¹ أنظر محمد إبراهيم الدسوقي (المحامي)، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مرجع سابق، ص 315. وانظر المستشار محمد وجدي عبد الصمد المستشار بمحكمة النقض، الاعتذار بالجهل بالقانون دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، عالم الكتب، القاهرة، ط 1 لسنة 1987، فقرة 739 ص 931.

² أنظر عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 1، بدون مكان نشر، ط 1 لسنة 1950، فقرة 595 ص 888.

³ أنظر المستشار حسين عامر والمستشار عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية، مرجع سابق، الفقرات من 261 إلى 270، ص من 184 إلى 192.

كما لا يفوتني أن أنوه إلى أن من التعويضات في نظر الشريعة السمحة والتي لم تحدد فيها كيفية معينة ما يمكن احتسابه وتأسيسه على أسس القوانين الوضعية. ولن أمر دون التذكير بأن فتاوى فقهاءنا عبر العصور مادة خام جيدة يمكن تجديد تقعيدها، كما يمكن جعلها في نظريات بالاستناد إلى علمي أصول الفقه ومقاصد الشريعة.

الخاتمة

تتضمن ما توصلت إليه من آراء وما أقترحه من مقترحات بدت لي من خلال خوضي في مادة هذه المذكرة جمعا وتمحيصا ودراسة وتحليلا. وأقول:

أولا بخصوص ما توصلت إليه من آراء. ساندت واستحسننت بها رأيا لغيري أو جئت بها مبتدعا لها في القليل منها.

ثانيا: بخصوص ما أبدي من مقترحات رأيت أنه يتعين علي إبدائها إسهاما مني في تطوير فقه الشريعة السمحة ليساير المستجد مصداقا لكون الشريعة الغراء صالحة لكل زمان .

أولا: ما توصلت إليه من آراء

546- 1- خلصت بشأن تعريف الإباحة والانتقادات الموجهة لها إلى أنه لا وجه لاعتراض الإمام أبوزهرة على الإمام الشوكاني في تعريف هذا الأخير للإباحة بقوله: "إن المباح ما دل الدليل السمعي على خطاب الشارع بالتخيير فيه بين الفعل والترك من غير بدل"، وساندت في ذلك الدكتور محمد سلام مذكور لقوة الحجج التي قدمها، ولكونه هو نفسه حجة، ولعدم وجود تعريف أصوب من تعريفه هذا.

كما رأيت في هذه المسألة أن تعاريف الأئمة الغزالي والبيضاوي والأسنوي لغوية أكثر منها اصطلاحية. (الفقرتان 16 و 17)

ثم خلصت بعد تحليل تعاريف السابقين للإباحة ونقدها إلى اقتراح تعريف رأيت أنه يتوفر على أوصاف الجامع المانع المختصر في غير إخلال بالمقصود، وهو: "المباح ما أطلق للمكلف فعله أو تركه بلا استحقاق ثواب ولا عقاب أو مأخذ فيه". (الفقرتان 18 و 32).

547- 2- انضمت برأيي إلى كل من ابن الشاط ومحمد بن علي بن حسن المكي في نقدهما للإمام القرافي بخصوص وصفه للتخيير بكونه ما يقتضي التسوية ومنه ما لا يقتضيها خروجاً منه على إجماع الفقهاء. ورأيت أن قول الإمام القرافي بذلك هو نوصل إليه بمجرد التلاعب بالمعاني حسب تعبير المكي. (الفقرة 36).

548- 3- اختلف مع الشربيني والبرجمي في قولهما بأن الحل الذي تقابله الحرمة، بينهما غيرهما وهو المكروه مستندا في خلافي معهما إلى القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة الذين يقابلان الحل بالحرمة. وأرى مع الجمهور أن المكروه يدخل تحت وصف الحل. (الفقرة 40).

549- 4- رأيت مساندة للدكتور مذكور أن مصطلح الجواز فيما ليس بممتع عقلا والذي قال به صاحب مسلم الثبوت مجرد استعمال لغوي كلامي منطقي لا فقهي. (الفقرة 43).

550- 5- سايرت رأي الشيخ عبد القادر عودة إذ قال بأن الإمام الأعظم (رئيس الدولة) لا يعفى من تطبيق الحكم الجزائي عليه حتى ولو كان جرمه يتعلق بحق من حقوق الله - سبحانه وتعالى - خلافا للإمام أبي حنيفة. (الفقرة 45).

551- 6- اختلف مع الشيخ عودة في نظريته مع من لا يزال ينظر إلى هذه المسألة بنظريته وهي مسألة "دار الإسلام ودار الحرب" وأرى أن هذا المفهوم لم يعد بالإمكان تطبيقه في ظل قيام الأمم المتحدة وانخراط الأمم فيها والتعاقد فيما بينها على أساس ميثاقها. (الفقرة 45).

552- 7- رأيت أن "مسوغات الإباحة" تعني لغويا واصطلاحيا أسباب الإباحة كما ترى ذلك الدكتورة خلود سامي عزارة آل معجون عند ترجمتها للعبارة الفرنسية causes de justification. (الفقرة 51).

553- 8- عرفت الإباحة اصطلاحا بأنها: "حالة التعطيل لنص التجريم تجعل الأفعال المجرمة به مباحة". (الفقرة 51 نفسها).

554- 9- رأيت بأنه يتعين أن يكون الاجتهاد في تفسير النصوص القانونية الجنائية خاصة على أساس قيم المجتمع الذي وضع له النص وإن تقل أو اقتبس من مجتمع آخر له قيم أخرى. (الفقرة 61)

555- 10- رأيت استنادا إلى رأي الفقهاء الألمان بأن مسألة عدم المشروعية صفة جوهرية للجريمة لا مجرد ركن ثابت فيها. (الفقرة 62).

556- 11- رأيت أن يعبر بعبارة "المشروعية الأصلية" لا بعبارة "المشروعية العادية" أسوة بالتعبير "البراءة الأصلية". كما أفضل التعبير "بالمشروعية العائدة" بدلا من "المشروعية الاستثنائية". (الفقرة 63).

557- 12- رأيت اتباع الدكتورة آل معجون في ذهابها مع الفريق القائل بكون المشروعية الأصلية تتميز عن المشروعية العائدة حتى تتميز أسباب الإباحة عن موانع العقاب، وأرى أن النوعين من المشروعية يتميز بعضهما عن بعض، حتى بحسب وصفهما علاوة على أن هذا التمييز يعطي الفرصة للتطبيق السليم للقانون. (الفقرة 64).

558- 13- اعتمدت مع كل من الدكتورتين عبد الستار وآل معجون في الفقه العربي القائلتين بكون عدم المشروعية ذاتي، وقد قال بذلك بعض الفقهاء الغربيين من أمثال هافنروشتوش. (الفقرة 68).

559- 14- رأيت بشأن ذوي الحصانة أن الرأي القائل بغل يد القضاء الوطني دون الممتنعين بالحصانة من وطنيين وأجانب رأي وجيه ولا عبرة أن يكون إعفاءهم بسبب الحصانة أو نتيجة لها، وهذا ليس إلا خلافا لفظيا لا تترتب عليه نتيجة قانونية. (الفقرة 86).

560- 15- اقترحت للجهل التعريف الآتي: "عدم العلم بما من شأنه فطريا العلم به". (الفقرة 107).

561- 16- رأيت أن تعريف الشيخ أبوزهرة للغلط بقوله: "أن يقصد شخصا معينا بالأذى فيكون الأذى على غيره" هو الأصلح والأوفق في مجال القانون الجنائي، ومنه بحثنا هذا. ورأيت تحويل هذا التعريف ليصبح في نظري: "قصد شخص معين بالأذى فيصاب غيره". (الفقرة 108).

562- 17- رأيت انضماما إلى الجمهور خلاف لأبي حنيفة أن تطبق أحكام الشريعة على الذميين في الدولة الإسلامية، لأن هذا أكثر تماشيا مع مقصد الشريعة الغراء في توفير الاستقرار والأمن والأمان في المجتمع المسلم وحمايته من الفساد، والقاعدة أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين، عدا ما يحل لهم دينهم أن يمارسوه، مع احترام باقي المجتمع المسلم في مشاعره الدينية وأمنه وسلامته، وللمقنن في بلد الإسلام أن يقنن لهم ما يمكن لهم عمله وما لا يمكن لهم في إطار مبدأ إقليمية القوانين دون المساس بحرياتهم الأساسية، ومراعاة لمبدأ حيث نبدا حرية تنتهي حرية. (الفقرة 161).

563- 18- رأيي خلافا للمعتزلة الذين يؤول رأيهم إلى أنه ما لم يثبت زوال العقل فإن الإنسان مسؤول ويعاقب عن خطئه، لتشدد رأيهم هذا، وهو مبني على تحكيم العقل على النص، ثم أنه من الناس من يحسن القبح ويقبح الحسن، وهذا مبلغ عقله. والأصوب أن تراعى القرائن كما ذهب أهل السنة والجماعة بكل موضوعية فإن كان من أخطأ حديث العهد بالإسلام أو بعيد الدار، يجب أن يراعى ذلك في خطئه كقرينة على جهله حكم الدين.(الفقرة 173).

564- 19- عرفت الجهل بالإباحة بقولي: "هو ارتكاب الفعل بقصد جنائي كامل الشروط جهلا بأنه مستوف لشروط التبرير" بعد انتقادي للتعاريف التي حصرتها قبل ذلك.(الفقرة 190)

565- 20- كما عرفت الغلط في الإباحة بقولي: "نصور الفاعل خطأ وجود سبب مبيح لفعله المجرم".(الفقرة 196).

566- 21- ساندت الدكتور محمود مصطفى في قوله بأن القانون يجب أن لا يكون عنصرا في القصد الجنائي، إذ يرى أن ذلك يتصادم مع مقولة: "لا يعذر أحد بجهله القانون". (الفقرة 205).

567- 22- حبذت لو ينص في قانون العقوبات الجزائي متى تم فيه التعديل على تأثير الجهل والغلط على العقوبة والإباحة حماية للحقوق والحريات، وإعمالا لمبدأ "أن يفلت مجرمون من العقاب أحسن من إدانة بريء".(الفقرة 214 و 215).

568- 23- ذهبت مع الدكتور علام بشأن الشك والنسيان ومقارنتهما بالجهل والغلط للأسباب التي بنى عليها رأيه، ورأيت أن المجلس القضائي الأعلى(المحكمة العليا حاليا) سبق له في تاريخ 02-04-1968 أن ذهب في هذا الاتجاه بشأن الشك في وقائع يفترض القانون العلم بها كالشك إن كان المال المخفي ناتج من سرقة.(الفقرات 218 و 219 و 220).

569- 24- حبذت الرأي المخالف لمدرسة الامتناع النفسي التي يذهب بعض أتباعها إلى القول بأن القصد الجنائي لا يتحقق إلا بالعلم بالقاعدة الجنائية وعقوبتها وقلت بوجود وجود النص الذي يعرف القاعدة الجنائية دون اشتراط معرفة الجاني بالعقوبة مسبقا. ولمعرفة النص المعاقب يتعين على المقتنين علاوة على تحديده تحديد مفهوم الجهل والغلط المؤثرين على المسؤولية الجنائية حتى يقوم القصد الجنائي.(الفقرة 230).

570- 25- مساندتي لرأي الدكتور علام في حكمه على ان الخلاف بين الفقهاء بشأن أثر الجهل والغلط الحتميين على الجريمة مجرد خلاف يفضي لأنهم توصلوا جميعا في النهاية إلى أنهما ينفيان الجريمة بنفيهما ركنها المادي.(الفقرة 253).

571- 26- ورأيت معهما (الدكتور علام والدكتور محمود نجيب حسني) في اتجاههما مع الفقه الفرنسي خلافا للألماني إلى أن جهل الجاني أو غلظه في الظروف المشددة أو المخففة للجريمة لا أثر له في تقدير العقوبة له.

572- 27- رأيت مع الدكتور علام بأنه لا تأثير لعلم أو عدم علم الفاعل الأصلي أو الشريك في الجريمة بظروف صاحبه إذ هذه الظروف جزء من ماديات الجريمة، ولا تأثير كذلك لغلظه فيها.(الفقرات 268 و 271 و 272 و 273).

573- 28- رأيي مع الدكتور علام أن الطبيب إذا أجرم جرماً كان به شريكاً لغيره غير ما إذا كان اشتراكه بوصفه طبيباً فيؤخذ على هذا الأساس. أما إذا كان اشتراكه كإنسان عادي، فيعاقب على هذا الأساس ولو في جريمة إجهاض. (الفقرة 277).

574- 29- اختلف مع الدكتور علام في قوله بكون انتفاء مسؤولية الجاهل والغالط لانعدام إرادتهما، وأذهب مع القائلين بأن سبب انتفاء مسؤوليتهما لعدم الارتكاب المادي بين الجاني والواقع. (الفقرة 287).

575- 30- رأيت أن ما يجب أن يكون أساساً للمساءلة عن الجرائم المتجاوزة القصد هو النية الآثمة المنطلق منها فعل الجاني ابتداءً. (الفقرة 323).

576- 31- رأيي أن الضمان (التعويض) لا يسقط إلا في حالة الدفاع الشرعي القائم الشروط ودون تجاوزه بسوء نية أو في رضا المجني عليه.

أما في باقي أسباب الإباحة فتطبق قاعدة العمد والخطأ في الإضرار بالغير سواء. (الفقرة 344).

577- 32- أرى أن أبا حنيفة لما قال بسقوط الحد عن الباغي المتأول مخالفاً بذلك الجمهور قول أثاب به هذا الباغي الذي كان حرياً أن يعاقب، وأن يضمن.

وقول الجمهور عندي هو الموافق لأحكام الشريعة والمحقق لمقاصدها. (الفقرة 344)

578- 33- رأيت بشأن من جهل الإباحة وقام بالفعل أن يعامل على أساس ارتكابه جريمة خطئية فيعاقب على ذلك الأساس وينظر في الحكم عليه بالتعويض مع مراعاة خطئه.

وكذا الأمر في حالة المخطئ فيها (الغالط)، ولا يعفى من كلتا المسؤوليتين معاً إلا المدافع شرعاً.

وأرى أن على المقننين تبين ذلك بنصوص صريحة. (الفقرتان 373 و 378).

579- 34- بينت تطرف المعتزلة في تحكيمهم العقل على حساب النصوص الشرعية، وأنهم يعمدون في سبيل ذلك حتى إلى تكذيب الصحابة رضوان الله عليهم- إذا خالف ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم مذهبهم العقلي، وأنهم يؤولون حتى أي القرآن العظيم حسب ما تقضي به عقولهم، وأنه لذلك كان لا بد من أشعرية تحد من غلوهم. (الفقرة 394).

580- 35- توصلت بعد التحليل إلى أن كلا من مذاهب الجبرية والقدرية والأشاعرة تلنقي حول ثبوت القدرة والإرادة للإنسان، والتي بناء عليها يتحمل المسؤولية، وإنما كل يصل إلى ذلك عبر طريقه، ويقول بحسب تصور مذهبه، منهم من يطلق القول ومنهم من يقيد، ومن يوفق بين هذا وذاك. (الفقرات 400 و 401 و 402 و 403 و 404).

581- 36- تبين تعريف الدكتور بكر بن عبد الله أبو زيد القائل: التعزير هو: "التأديب في كل معصية لا حد فيها ولا كفارة" للأسباب التي بنى عليها رأيه. وأضيف أن تعريفه هنا تجنب الحشو والشروح التي تخل به. (الفقرتان 443 و 444).

582- 37- تبين تعريف الإمام الشوكاني للضمان بقوله هو: "عبارة عن غرامة التالف" لشموله تعويض كل شيء، وكل تعويض. (الفقرتان 466 و 468).

583- 38- انتهيت إلى القول بأن انتفاء القصد الجنائي أساس لانتهاء المسؤولية الجنائية، ومن ورائها المسؤولية المدنية أحياناً. (الفقرتان 501 و 505).

584- 39- رأيي بخصوص سقوط أو عدم سقوط المسؤولية الجنائية عن الجاهل بالإباحة أو الغالط فيها: أن يترك أمر ذلك للقضاء ليقدر ما إذا كان الجهل أو الغلط بحسن نية أو برعونة أو بسوء نية بعد التحقيق والتحري، وأن يحدد ما إذا كان المتبوع أثماً أم غير

آثم، وأن ينظر في أمر شريكه، إذ لا يعقل أحيانا أن يبرأ الفاعل الأصلي ويدان الشريك. (الفقرة 515).

585-40 رأيت أن ما يعرف في أصول الفقه بالاستصحاب يمكن أن يتخذ أساسا لانتفاء المسؤولية سواء الجنائية أو المدنية رغم الجهل بالإباحة أو الغلط فيها (الفقرة 426 و430).

ثانيا: ما أبدية من مقترحات

586-1- أن تكثف البحوث والدراسات العلمية الجادة في تراثنا الفقهي العظيم، لإعادة صياغته بأسلوب سهل ميسر معاصر حتى يقرب للفهم وللتدبر فيه أكثر، حتى من غير المسلمين، خدمة للإنسانية التي لم تنكره في مؤتمرات فقائها بل تقر بكونه مصدرا هاما للتشريع.

587-2- صياغة كل هذا التراث الفقهي إلى مواد على غرار المجلة العثمانية، سواء في الدماء والأعراض أو المعاملات من ما بين الأشخاص فيما بينهم إلى ما بين الدول فيما بينها. وترجمة هذه المواد إلى مختلف اللغات بغرض تقديمه إلى العالمين، كما تقتضي الشريعة الغراء المنزلة إليهم.

588-3- تأليف نظريات في هذا الفقه في كل موضوع يمكن أن تصاغ فيه نظرية تجمع شتات مفرداته من بطون الكتب القديمة، على غرار نظرية الإباحة، ونظرية الضرورة الشرعية، ونظرية الجريمة، ونظرية العقوبة، وأن يترجم كل ذلك إلى لغات العالمين خدمة للدين و الإنسانية.

589-4- بعث صياغة للقواعد الفقهية في كل مجالات الفقه الجنائي، وفقه المعاملات، وترجمتها إلى لغات العالمين خدمة لهم ولهذا الدين.

590-5- إنشاء مخابر للبحث في الفقه الإسلامي يحشد لها الفقهاء خاصة- من مختلف المذاهب، وما يلزم كل موضوع من علماء العلوم غير الشرعية الذين يحتاج الفقهاء إلى علمهم للوصول إلى حكمهم الفقهي.

591-6- تكثيف البحث والحوار بين جناحي الأمة الإسلامية سنة وشيعة بهدف الثبات على الشريعة وترك ونبد البدعة، والاستفادة من كل حل فقهي نابع من هذه الشريعة الغراء، وإفادة الإنسانية به أيا كان من استنبطه من المنبع الأصلي طالما كان أصله التنزيل من الحكيم الحميد.

592-7- تكثيف البحوث والحوار بين أهل الديانات السماوية لغرض التزام شرع الله- سبحانه وتعالى- ونبد وترك ما ابتدعه البشر مخالفا له وخروجا عليه، في إطار قوله سبحانه وتعالى: "إن الدين عند الله الإسلام".

593-8- إعادة بعث هيئة إسلامية -أكثر تمكينا من الصلاحيات من المؤتمر الإسلامي- على غرار الخلافة تكون الموحد لكلمة المسلمين، والمحددة للأحكام الفقهية لهم جميعا في إطار من تحديد القواعد الكلية وترك التفاصيل الجزئية كل يحددها حسب ظروفه وظروف بلده. وتوحد كلمة المسلمين تجاه غيرهم بخصوص المبادئ العامة للتشريعات والقوانين والسياسات التشريعية، من غير إلغاء لقوميات المسلمين.

وأن تشكل هذه الهيئة وتسير ديمقراطيا عن طريق انتخابات دورية بين الكفاءات المطلوبة لتشكيلها لا بين الدول ولا حتى الشعوب أو الطوائف أو المذاهب.

وأرى أن النصرانية بالذات ما ثبتت وانتشرت كدين وحضارة- وما تقوى أهلها إلا بفضل وجود الكنيسة كمرجع روحي يجمع بينهم. وأرى أن الكنيسة نفسها والديانة النصرانية يرجع الفضل في بقائها وانتشارها للتنظيم الكليروسي. فالتنظيم ثم التنظيم ثم التنظيم.

594- 9- أقترح أن يستحدث في كل جامعات الدول الإسلامية مقياس لمقارنة النظم والقوانين الوضعية مع الشريعة الغراء، على مستوى كليات الشريعة والحقوق والاقتصاد والاجتماع وعلم النفس والعلوم التربوية، وأن يكون المقياس في كل من تلك الكليات رئيسي حتى تكرر هذه المقارنة عالميا.

595- 10- العمل على استحداث في الجامعات العالمية العريقة لكرسي لهذه المقارنة على غرار كراسي العلوم اللاهوتية ومقارنة الأديان.

596- 11- وللأمانة العلمية والموضوعية التي يقتضيها مني البحث العلمي، أقرر أنني لم أعثر خلال بحثي على فتاوى أو أقوال لفقهاء الشريعة الغراء، ولا على أحكام قضائية وطنية أو أجنبية تناولت وقائع كان فيها الجاني جاهلا أنه في حالة إباحة أو غالطا في ذلك، وهو يعتقد أن فعله مجرما، وكل ما توصلت إليه إمكان حدوث ذلك، والأمر متروك لاجتهاد الباحثين. وما قدمت من مادة قد يستأنس بها القضاة متى أثبتت أمامهم الدفوع بأن المتهم في حالة إباحة وإن جهلها أو غلط في ذلك. ومثل هذه الدفوع مما يتعين على القضاء إثارتها تلقائيا إعمالا لمبدأ البراءة الأصلية والمعبر عليه من قبل في الشريعة الغراء: الأصل في الأشياء الإباحة وفي الذمم البراءة.

والله من وراء القصد وهو يهدي السبيل

فهرس الآيات

- «..فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليها فيما افتدت به...» الآية رقم 229 عند ورش من سورة البقرة(2).....13
- «فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض وابتغوا من فضل الله...» الآية رقم 10 من سورة الجمعة(62).....14
- «..كلوا واشربوا حتى يتبين الخيط الأبيض من الأسود من الفجر...» الآية 185-187 عند ورش من سورة البقرة(2).....14
- «...فلا جناح عليها فيما افتدت به» الآية رقم 227-229 عند ورش من سورة البقرة(2).....14
- «فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة» الآية رقم 91/89 عند ورش من سورة المائدة(5).....21
- «...فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة...» الآية 100/101 عند ورش من سورة النساء(4).....21
- «يا أيها المزمّل قم الليل إلا قليلا نصفه أو انقص منه قليلا أو زد عليه ورتل القرآن ترتيلا» الآية رقم 01 من سورة المزمّل(73).....22
- «...يحل لهم الطيبات ويحرم عنهم الخبائث...» الآية 157 من سورة الأعراف(7).....22
- «...كل الطعام كان حلا لبني إسرائيل إلا ما حرم إسرائيل على نفسه...» الآية 93 من سورة آل عمران(3).....22
- «يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك...» الآية 1 من سورة التحريم(66).....22
- «ولا تقولوا لما تصف ألسنتكم الكذب هذا حلال وهذا حرام...» الآية 116 من سورة النحل(16).....22
- «قل أرأيتم ما أنزل الله لكم من رزق فجعلتم منه حراما وحلالا...» الآية 59 من سورة يونس(10).....23
- «ولا تستبدلوا الخبيث بالطيب» الآية 2 من سورة النساء(4).....24
- «...فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلا» الآية 58 و59 عند ورش من سورة النساء(4).....24
- «إن الحكم إلا لله يقص الحق وهو خير الفاصلين» الآية 57/58 عند ورش من سورة الأنعام(6).....28
- «إن الحكم إلا لله أمر ألا تعبدوا إلا إياه» الآية 40 من سورة يوسف(12).....28
- «إن الحكم إلا لله عليه توكلت وعليه فليتوكل المتوكلون» الآية 67 من سورة يوسف(12).....28
- «ولا تعلمونهم الله يعلمهم» الآية 60-61 عند ورش من سورة الأنفال(8).....61
- «قال يا ليت قومي يعلمون بما غفر لي ربي» الآية 25-26 عند ورش من سورة يس(36).....61
- «فإن علمتموهن مؤمنات» الآية 10 من سورة الممتحنة(60).....61

- 63.....-«أتوا الزكاة» الآية رقم 42-43 عند ورش من سورة البقرة(2).
- 63.....-«ولا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى» الآية 43 من سورة النساء(4).
- 64.....-«ولا تموتن إلا وأنتم مسلمون» الآية 102 من سورة آل عمران(3).
- 68.....-«ولا تنسوا الفضل بينكم» الآية 237 عند ورش من سورة البقرة(2).
- 72.....-«ذلك أن لم يكن ربك مهلك القرى بظلم وأهلها غافلون» الآية 131-132 عند ورش من سورة الأنعام(6).
- 72.....-«وما كان ربك ليهلك القرى بظلم وأهلها مصلحون» الآية 117 من سورة هود(11).
- 72.....-«...وكانوا مجرمين» الآية 116 من سورة هود (11).
- 72.....-«... وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا» الآية 15 من سورة الإسراء(17).
- 72.....-«وما كان ربك مهلك القرى حتى يبعث في أمها رسولا يتلوا عليهم آياتنا وما كنا مهلكي القرى إلا وأهلها ظالمون» الآية 59 من سورة القصص(28).
- 72.....-«لا يكلف الله نفسا إلا وسعها لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطانا ربنا ولا تحمل علينا إصرا كما حملته على الذين من قبلنا ربنا ولا تحملنا ما لا طاقة لنا به واعف عنا واغفر لنا وارحمنا أنت مولانا فانصرنا على القوم الكافرين» الآية 285-286 من سورة البقرة (2).
- 72.....-«...وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم...» الآية 5 من سورة الأحزاب(33).
- 73.....-«وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنا خطأ» الآية 91-92 عند ورش من سورة النساء(4).
- 73.....-«...نحن نرزقهم وإياكم إن قتلهم كان خطأ كبيرا...» الآية 31 من سورة الإسراء(27).
- 73.....-«...واستغفري لذنبك إنك كنت من الخاطئين» الآية 29 من سورة يوسف(12).
- 73.....-«...إن فرعون وهامان وجنودهما كانوا خاطئين» الآية 7-8 عند ورش من سورة القصص(28).
- 73.....-«ومن يكسب خطيئة أو إثما ويرم به بريئا...» الآية 111-112 عند ورش من سورة النساء(4).
- 77.....-«وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنا إلا خطأ...» الآية 91 من سورة النساء (4).
- 77.....-«ومن يقتل مؤمنا متعمدا...» الآية 91 من سورة النساء (4).
- 77.....-«ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا إذا ما اتقوا وآمنوا وعملوا الصالحات ثم اتقوا وآمنوا ثم اتقوا وأحسنوا، والله يحب المحسنين» الآية 93-95 عند ورش من سورة المائدة(5).
- 87.....-«فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون» الآية 7 من سورة الأنبياء(21).
- 88.....-«ولا تقف ما ليس لك به علم» الآية 36 من سورة الإسراء(17).
- 88.....-«وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا» الآية 15 من سورة الإسراء(17).
- 89.....-«وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا» الآية 15 من سورة الإسراء(17).
- 90.....-«وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا» الآية 15 من سورة الإسراء(17).

- «وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص...» الآية 45-47 عند ورش من سورة المائدة
- (5).....156
- «إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم» الآية 34-36
- عند ورش من سورة المائدة (5).....160
- «قل لن يصيبنا إلا ما كتب الله لنا...» الآية 51 من سورة التوبة (9).....174
- «كذلك يضل الله من يشاء ويهدي من يشاء» الآية 188 من سورة الأعراف (7)....174
- «قل لا أملك لنفسي نفعا ولا ضرا إلا ما شاء الله...» الآية 49 من سورة يونس (10)....
- 174.....
- «ولو شئنا لآتينا كل نفس هداها ولكن حق القول مني لأملأن جهنم من الجنة والناس أجمعين» الآية 13 من سورة السجدة (32).....174
- «ولا ينفعكم نصحي إن أردت أن أنصح لكم إن كان الله يريد أن يغويكم هو ربكم وإليه ترجعون» الآية 34 من سورة هود (11).....174
- «ولقد بعثنا في كل أمة رسول أن اعبدوا الله واجتنبوا الطاغوت فمنهم من هدى الله ومنهم من حقت عليه الضلالة...» الآية 36 من سورة النحل (16).....174
- «إن الذين كفروا سواء عليهم أأنذرتهم أم لم تنذرهم لا يؤمنون، ختم الله على قلوبهم وعلى سمعهم وعلى أبصارهم غشاوة ولهم عذاب عظيم» الآية 5 و6 من سورة البقرة (2).....174
- «فمن يرد الله أن يهديه يشرح صدره للإسلام ومن يرد أن يضلّه يجعل صدره ضيقا حرجا كأنما يصعد في السماء» الآية 25-26 عند ورش من سورة الأنعام (6).....174
- «فأما من أعطى واتقى وصدق بالحسنى فسنيسره للعسرى، وأما من بخل واستغنى وكذب بالحسنى، فسنيسره للعسرى» الآية 5 و6 و7 و8 و9 و10 من سورة الليل (92).....175
- «إنا كل شيء خلقناه بقدر» الآية 49 من سورة القمر (54).....176
- «قل لن يصيبنا إلا ما كتب الله لنا...» الآية 51 من سورة التوبة (9).....176
- «وربك يخلق ما يشاء ويختار ما كان لهم الخيرة...» الآية 68 من سورة القصص (28).....176
- «ما أصاب من مصيبة في الأرض ولا في أنفسكم إلا في كتاب من قبل أن نبرأها إن ذلك على الله يسير» الآية 21-22 عند ورش من سورة الحديد (57).....176
- «يا أيها الذين آمنوا لم تقولون ما لا تفعلون» الآية 2 من سورة الصف (61).....176
- «جزاء بما كانوا يعملون» الآية 24-26 عند ورش من سورة الواقعة (56).....176
- «الذين آمنوا وعملوا الصالحات» الآية 29-30 عند ورش من سورة الرعد (13)....176
- «...ولا تحملنا ما لا طاقة لنا به...» جزء من الآية 285-286 عند ورش من سورة البقرة (2).....176
- «ومن يعمل سوءا أو يظلم نفسه ثم يستغفر الله يجد الله غفورا رحيمًا، ومن يكسب إثما فإنما يكسبه على نفسه وكان الله عليما حكيما» الآيتان 110 و109-110 و110
- عند ورش من سورة النساء (4).....178

- «هنالك تبلو كل نفس ما أسلفت...» الآية 30-31 عند ورش من سورة يونس(10).....179
- «قل يا أيها الناس قد جاءكم الحق من ربكم فمن اهتدى فإنما يهتدي لنفسه ومن ضل فإنما يضل عليها وما أنت عليهم بوكيل» الآية 108 من سورة يونس(10).....179
- «قد جاءكم بصائر من ربكم فمن أبصر فلنفسه ومن عمي فعليها» الآية 104-105 عند ورش من سورة الأنعام(6).....179
- «وقل الحق من ربك فمن شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر...» الآية 28-29 عند ورش من سورة الكهف(18).....179
- «من عمل صالحا فلنفسه، ومن أساء فعليها وما ربك بظلام للعبيد» الآية 45/46 عند ورش من سورة فصلت(41).....179
- «كل نفس بما كسبت رهينة» 38/41 عند ورش من سورة المدثر(74).....179
- «إنا هدينه السبيل إما شاكرا وإما كفورا» الآية 3 من سورة الإنسان(76).....179
- «...فما كان الله ليظلمهم ولكن كانوا أنفسهم يظلمون» الآية 71 من سورة التوبة(9).....179
- «إن الله لا يظلم الناس شيئا ولكن الناس أنفسهم يظلمون» الآية 44/45 عند ورش من سورة يونس(10).....181
- «...ولا ظلم اليوم» الآية 16/17 عند ورش من سورة غافر(40).....181
- «...وما الله يريد ظلما للعباد» الآية 31/33 عند ورش من سورة غافر(40).....181
- «...وما ربك بظلام للعبيد» الآية 45/46 عند ورش من سورة فصلت(41).....181
- «...ولا يرضى لعباده الكفر...» الآية 8/9 عند ورش من سورة الزمر(39).....181
- «تنزيل من حكيم حميد» الآية 41/42 عند ورش من سورة فصلت(41).....181
- «...وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا...» الآية 7 من سورة الحشر(59).....181
- «...لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاها...» الآية 7 من سورة الطلاق(65).....189
- «ما فرطنا في الكتاب من شيء...» الآية 39/38 عند ورش من سورة الأنعام(06).....189
- «...اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً...» الآية 4/3 عند ورش من سورة المائدة(5).....189
- «...وأمنتم برسلي وعزرتموهم...» من الآية رقم 12 من سورة المائدة (05).....208
- «...وتعزروه وتوقروه...» من الآية رقم 9 من سورة الفتح(48).....208
- «فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم». الآية رقم 194 من سورة البقرة(2).....215
- «وإن عاقبتهم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به» الآية رقم 126 من سورة النحل(16).....215
- «وجزاء سيئة سيئة مثلها» الآية رقم 40 من سورة الشورى(42).....215
- «كل نفس بما كسبت رهينة» الآية 38 من سورة المدثر(74).....220

فهرس الأحاديث

- 18.....«ثلاثة لا يمنعن: الماء والكأ والنار».....
 -«أما إني والله لا أحل حراما ولا أحرم حلالا لكن لا تجتمع بنت عدو الله وبنت نبي الله».
 23.....
 23.....«المسلمون على شروطهم، إلا شرطا حرم حلالا أو حلل حراما».....
 23.....«أبغض الحلال عند الله الطلاق».....
 -«إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان، وما استكرهوا عليه».....
 73.....
 73.....«إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان، وما استكرهوا عليه».....
 75.....«إنما الأعمال بالنيات».....
 75.....«لعلك قبلت أو غمزت أو نظرت».....
 81.....«أنت ومالك لأبيك».....
 88.....«طلب العلم فريضة على كل مسلم».....
 88.....«إن الله رفع عن أمتي الخطأ والنسيان، وما استكرهوا عليه».....
 -«إن أحدكم يجمع في بطن أمه أربعين يوما، يكون علقه مثل ذلك، ثم مضغة مثل ذلك، ثم يبعث الله ملكا فيؤمر بأربع، برزقه، وأجله، وشقي أو سعيد، فوالله إن أحدكم-أو الرجل- ليعمل بعمل أهل النار، حتى ما يكون بينه وبينها غير باع، أو ذراع، فيسبق عليه الكتاب، فيعمل بعمل أهل الجنة فيدخلها، وإن الرجل ليعمل بعمل أهل الجنة، حتى ما يكون بينه وبينها غير ذراع أو ذراعين، فيسبق عليه الكتاب، فيعمل بعمل أهل النار فيدخلها»
 175.....
 ما رواه علي بن أبي طالب إذ قال: «كان رسول الله صلى الله عليه وسلم جالسا وفي يده عود ينكت به، فرفع رأسه فقال: ما منكم من نفس إلا وقد علم منزلها من الجنة والنار، قالوا: يا رسول الله فلم نعمل؟ أفلا نتكل؟ قال: لا إعملوا، فكل ميسر لما خلق له».
 175.....
 -وما روته أم المؤمنين عائشة، إذ قالت: «دعي رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى جنازة صبي من الأنصار فقلت يا رسول الله: طوبا لهذا العصفور، من عصافير الجنة، لم يعمل السوء ولم يدركه، قال: أو غير ذلك يا عائشة، إن الله خلق للجنة أهلا، خلقهم لها وهم في أصلاب آبائهم، وخلق للنار أهلا، خلقهم لها وهم في أصلاب آبائهم».....
 175.....
 -«حيف القلم ما أنت لاق».....
 -«أول ما خلق الله تبارك وتعالى القلم، ثم قال له: أكتب، فقال: وما أكتب؟ قال: فاكتب ما يكون وما هو كائن إلى أن تقوم الساعة».....
 175.....
 -«الشقي من يشقى في بطن أمه والسعيد من وعظ بغيره».....
 175.....
 -«لا يؤمن عبد حتى يؤمن بالقدر، خيره وشره».....
 175.....

- «ما بلغ عبد حقيقة الإيمان حتى يعلم أن ما أصابه لم يكن ليخطئه وما أخطأه لم يكن ليصيبه».....175
- «اعتقوا عنه رقبة يعتق الله تعالى بكل عضو فيها عضوا منه من النار».....212
- «لا ضرر ولا ضرار».....215
- «طعام بطعام وإناء بإناء».....216
- «من وقف دابة في سبيل من سبل المسلمين، أو في سوق من أسواقهم، فأوطأت بيد أو رجل فهو ضامن».....216

قائمة المصادر والمراجع

أولا-المصادر

أ-القرآن العظيم على روايتي حفص وورش وتفسيره

- 1-المصحف الشريف على روايتي حفص وورش.
- 2- الراغب الأصفهاني أبي القاسم الحسين بن محمد المتوفى سنة 502هـ، المفردات في غريب القرآن، طبعة الحلبي لسنة 1970.
- 3- الزمخشري، تفسيره (الكشاف) ج1، دار المصحف، دون مكان نشر، ط2 لسنة 1977/1397.
- 4- محمد الطاهر بن عاشور، تفسيره التحرير والتنوير، ج8، الدار التونسية للنشر، طبعة 1984.

ب-المعاجم والقواميس

- 1-إبراهيم أنيس وآخرين، المعجم الوسيط، بإشراف حسين علي عطية ومحمد شوقي أمين، مطابع دار المعارف بمصر، طبعة 2، بدون سنة نشر.
- 2-إبراهيم مصطفى وحامد عبد القادر وأحمد حسن الزييات ومحمد علي النجار، المعجم الوسيط، ج1، نشر مجمع اللغة العربية بالقاهرة، مطبعة مصدر، طبعة سنة 1381هـ-1961م.
- 3-ابن المنظور(الإمام)أبو الفضل جمال الدين محمد المصري المتوفى سنة 711هـ، لسان العرب، ج4، دار بيروت للطباعة والنشر، بدون سنة نشر.
- 4-أحمد رضا، معجم متن اللغة، ج4، مكتبة الحياة، بيروت، سنة 1377هـ.
- 5-الأنصاري جمال الدين محمد بن مكرم المتوفى سنة 711هـ، لسان العرب، الدار المصرية للتأليف والترجمة، بدون سنة نشر.
- 6-بيريستين كازيمرسكي(الأستاذ الدكتور)، قاموس اللغتين العربية والفرنسية، ج1، مطبعة لبنان، بيروت، بدون سنة نشر.
- 7-التهانوي، كشاف اصطلاحات الفنون، ج3، دار صادر، بيروت، بدون سنة نشر.
- 8-الرازي(الشيخ الإمام) محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، مختار الصحاح، دار المعاجم، لبنان، طبعة سنة 1995م.
- 9-الراغب الأصفهاني حسين بن محمد بن الفضل أبو القاسم المتوفى سنة 502هـ أو 500هـ، المفردات، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة نشر.
- 10-ر.تركي وم.كبابي، قاموس قانوني فرنسي-عربي، مع نماذج للعرائض القضائية، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، بدون سنة نشر.

- 11- الزبيدي محمد مرتضى ، القاموس، ج2، بدون مكان نشر، طبعة1، لسنة 1306هـ
- 12- سعدي أبوجيب، القاموس الفقهي، لغة واصطلاحا، دار الفكر، طبعة 1 سنة 1402هـ- 1982م.
- 13- صادق قنبي، معجم لغة الفقهاء، دار الفكر، ط1، سنة 1405هـ- 1985م.
- 14- الفيروز آبادي مجد الدين محمد بن يعقوب المتوفى سنة 817هـ، القاموس المحيط، دار الفكر العربي، بيروت، طبعة سنة 1398هـ- 1978م.
- 15- الفيومي المغربي أحمد بن محمد بن علي المتوفى سنة 77هـ، المصباح المنير، ج1، طبعة الحلبي لسنة 1950م.
- 16- محمد رواس قلججي و حامد صادق قنبي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، طبعة 1405هـ- 1985م.
- 17- المعجم القانوني، وزارة العدل الجزائرية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 1992.

ثانيا-المراجع باللغة العربية

أ-الكتب

- السنة النبوية الشريفة وشروحها
- 1- ابن حجر العسقلاني، الدراية في تخريج أحاديث الهداية، ج2، تحقيق عبد الله هاشم اليماني المدني، دار المعارف، بيروت، دون سنة نشر.
- 2- ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني المتوفى سنة 275هـ، سننه، دون مكان نشر، دون سنة نشر.
- 3- أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي المتوفى سنة 275هـ، سننه، دون مكان نشر، دون سنة نشر.
- 4- الإمام البخاري أبو عبد الله محمد بن اسماعيل بن ابراهيم بن المغيرة بن بزويه الجعفي المتوفى سنة 256هـ، الجامع الصحيح، ج7، القاهرة، طبعة سنة 1978م.
- 5- الإمام الترمذي أبو عيسى محمد بن عيسى المتوفى سنة 259هـ، سننه، بدون مكان نشر، بدون سنة نشر.
- 6- الإمام أحمد بن حنبل الشيباني العربي المتوفى سنة 241هـ، مسنده، الأجزاء 2 و 5 و 6، القاهرة، طبعة سنة 1313هـ- 1859م.
- 7- العزيزي علي بن أحمد المتوفى سنة 1070هـ، السراج المنير، شرح الجامع الصغير ومعه الجامع الصغير، ج2، المطبعة الخيرية، مصر، طبعة سنة 1375هـ- 1956م.
- 8- الشوكاني محمد بن علي بن محمد المتوفى سنة 1250هـ، نيل الأوطار(شرح منتقى الأخبار)، ج5، الطبعة العثمانية المصرية، دون سنة نشر.

- أصول الفقه

- 1-الأسنوي(الإمام) جمال الدين عبد الرحيم المتوفى سنة 772هـ، نهاية السؤل في شرح منهاج الوصول لعلم الأصول، ج1، دون مكان نشر، دون سنة نشر.
- 2-وله، نهاية السؤل في شرح منهاج الوصول لعلم الأصول، ج1، عالم الكتب، القاهرة، طبعة سنة 1943م.
- 3-الأمدي سيف الدين أبي الحسن، الإحكام في أصول الأحكام، ج1، مؤسسة النور، الرياض، طبعة سنة 1387هـ.
- 4-وله: الإحكام في أصول الأحكام، ج2، دون مكان نشر، دون سنة نشر.
- 5-البخاري علاء الدين عبد العزيز المتوفى سنة 730هـ، كشف الأسرار عن أصول البزدوي، ج4، بدون مكان نشر، الطبعة 1، بدون سنة نشر.
- 6-البزدوي علي بن محمد بن عبد الكريم أبو الحسن(فخر الإسلام)، أصوله المعروف بكنز الأصول، شرح وتحقيق وتعليق البخاري، ج4، دار الكتاب العربي، بيروت، طبعة 1 لسنة 1411هـ-1950م.
- 7-البيضاوي(الإمام) عبد الله بن عمر المتوفى سنة 685هـ، منهاج الوصول في علم الأصول، ج1، طبعة صبيح، بدون سنة نشر.
- 8-وله: منهاج الوصول، ج1، مطبعة دار السعادة، القاهرة، بدون سنة نشر.
- 9-حسين خلف الجبوري، عوارض الأهلية عند الأصوليين، نشر معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي، جامعة أم القرى، بدون سنة نشر.
- 10-الرازي (الإمام) فخر الدين بن محمد بن عمر بن الحسن المتوفى سنة 606هـ، المحصول في علم أصول الفقه، دراسة وتحقيق الدكتور طه فياض جابر العلواني-القسم التحقيقي-، ج1، بدون مكان نشر، طبعة سنة 399هـ.
- 11-الريسوني أحمد، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، ج1، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، المكتبة السلفية، طبعة 1 لسنة 1411هـ-1990م.
- 12-زكريا البرى، أصول الفقه الإسلامي، دار النهضة، طبعة سنة 1980م.
- 13-السبكي عبد الوهاب تاج الدين بن علي الشافعي المتوفى سنة 771هـ، جمع الجوامع، ج1، بدون مكان نشر، طبعة 1 لسنة 1361هـ.
- 14-الشاطبي(الإمام) أبو اسحاق موسى اللخمي الغرناطي المالكي المتوفى سنة 790هـ، الموافقات، ج1، المطبعة السلفية، طبعة 1 لسنة 1341هـ.
- 15-الشوكانى(الإمام) محمد بن علي بن محمد المتوفى سنة 1350هـ، إرشاد الفحول، مطبعة البابي الحلبي، طبعة 1 لسنة 1937م.
- 16-صدر الشريعة عبيد الله بن مسعود الحنفي المتوفى سنة 747هـ، التنقيح والتوضيح، ج3، بدون مكان نشر، طبعة 1 لسنة 1322هـ.
- 17-وله: التوضيح على تنقيح الوصول، ج1، بدون مكان نشر- بدون سنة نشر.

- 18- عدنان محمد جمعة، أصول التشريع الإسلامي، رفع الحرج في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة ودار العلوم الإنسانية، طبعة 3 لسنة 1413هـ-1993م.
- 19- الغزالي(الإمام) أبو حامد المتوفى سنة 505هـ، المستصفى من علم الأصول، ج1، المطبعة الأميرية، بدون سنة نشر.
- 20- محب الله بن عبد الشكور، فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت، ج1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، طبعة 3 لسنة 1356هـ-1937م.
- 21- محمد جواد مغنية، علم أصول الفقه في ثوبه الجديد، دار العلم للملايين، بيروت، طبعة 2 لسنة 1980م.
- 22- محمد سلام مذكور، نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء، دار النهضة العربية، طبعة 3 لسنة 1965م.
- 23- محمد عبد الجواد محمد، أصول القانون مقارنا بأصول الفقه، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة سنة 1411هـ-1991م.
- 24- منلاخسرو محمد بن فراهوز المتوفى سنة 885هـ، مرآة الأصول في شرح مرقة الوصول، طبعة الأستانة ، سنة 1296هـ.
- 25- النووي أبو زكرياء يحيى بن شرف الدين بن مري بن حسن بن حسين، تهذيب الأسماء واللغات، ج1، مكتبة بن تيمية، القاهرة، طبعة سنة 1410هـ-1990م.

- القواعد الفقهية

- 1- ابن رجب عبد الرحمن المتوفى سنة 795هـ، القواعد في الفقه الإسلامي، مطبعة الصدق الخيرية، طبعة سنة 1350هـ.
- 2- ابن الشاطب أبو القاسم قاسم بن عبد الله بن محمد بن محمد الأنصاري المتوفى سنة 723هـ، إدرار الشروق على أنوار الفروق، مطبوع أسفل الفروق، ج2، عالم الكتب، بيروت، بدون سنة نشر.
- 3- ابن الشيخ الحسين، تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية، ج2، عالم الكتب، بيروت، دون سنة نشر.
- 4- ابن نجيم زين الدين بن ابراهيم بن محمد، الأشباه والنظائر، تحقيق وتقديم محمد مطيع الحافظ، دار الفكر، طبعة 1 لسنة 1403هـ-1983م.
- 5- وله: الأشباه والنظائر، ج1، دار الكتب العلمية، طبعة سنة 1400هـ-1980م.
- 6- الحموي(العلامة) أحمد بن محمد الحنفي المتوفى سنة 109هـ، غمز عيون البصائر- شرح الأشباه والنظائر-، ج2، بدون مكان نشر، بدون سنة نشر.
- 7- الزركشي محمد بن بهادر بن عبد الله أبو عبد الله بدر الدين المتوفى سنة 794هـ، المنثور في القواعد، بتحقيق الدكتور تيسير فائق أحمد محمود، راجعه الدكتور عبد الستار أبو غدة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، بدون سنة نشر.

- 8-السلمي أبو محمد عز الدين بن عبد العزيز بن عبد السلام المتوفى سنة 660هـ، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ج2، دار الجيل، طبعة 2 لسنة 1400هـ-1980م.
- 9-السيوطي جلال الدين عبد الرحمن المتوفى سنة 911هـ، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة نشر.
- 10-القرافي (الإمام) شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المتوفى سنة 684هـ، الفروق، ج2، عالم الكتب، بيروت، بدون سنة نشر.
- 11-وله: الفروق وبهامشه تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية، ج4، عالم الكتب، بيروت، بدون سنة نشر.
- 12-المكي محمد بن علي بن حسن المالكي المتوفى سنة 1367هـ، تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية، مطبوع على هامش الفروق، ج2، عالم الكتب، بيروت، بدون سنة نشر.

- الفقه المالكي

- 1-ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، دار الفكر، بدون سنة نشر.
- 2-الحطاب أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن الرعيني المتوفى سنة 954هـ، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج6، مطبعة السعادة، مصر، طبعة سنة 1329هـ.
- 3-الرددير سيدس أحمد بن محمد أحمد العدوي أبو البركات المتوفى سنة 776هـ، الشرح الكبير على مختصر خليل، ج1 و2 و3، المكتبة التجارية، بدون سنة نشر.
- 4-مالك (الإمام) بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، برواية سحنون بن سعيد التتوخي عن الإمام عبد الرحمن بن القاسم العنقي عن الإمام مالك، مطبعة السعادة، مصر، طبعة سنة 1323هـ.

- الفقه الإباضي

- 1-أطفيش محمد بن يوسف، شرح النيل، ج1، المطبعة البارونية، القاهرة، طبعة 1 لسنة 1343هـ.
- 2-ضياء الدين (العلامة) عبد العزيز الثميني، كتاب النيل، ج1، المطبعة البارونية، القاهرة، طبعة 1 لسنة 1343هـ.

- الفقه الظاهري

- 1-ابن حزم أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد الظاهري المتوفى سنة 456هـ، المحلى، ج9 و13، دار الطباعة المنيرية، طبعة 1 لسنة 1352هـ.

- الفقه الشافعي

- 1-الأنصاري زكرياء بن محمد بن زكرياء الشافعي المتوفى سنة 926هـ، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، ج1، دار إحياء الكتب الدينية، بدون سنة نشر.

- 2-البغدادي الصيرفي أبو بكر محمد بن عبد الله الفقيه الشافعي، مجمع الضمانات، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.
- 3-التفتزاني سعد الدين بن مسعود بن عمر الشافعي المتوفى سنة 1792هـ، التلويح في كشف حقائق التنقيح، مكتبة صايغ، اسطنبول، طبعة سنة 1310هـ.
- 4-الجويني أبو المعالي عبد المالك بن الشيخ أبي محمد عبد الله بن أبي يعقوب بن عبد الله بن يوسف بن عبد الله بن محمد حبوبه ضياء الدين(إمام الحرمين)، البرهان، حققه الدكتور عبد العظيم الدين، ج-1، كلية الشريعة، قطر، طبعة 1، بدون سنة نشر.
- 5-الخطيب البغدادي الشيخ الشربيني أبي شجاع المتوفى سنة 977هـ، مغني المحتاج شرح متن المنهاج، ج-4، مكتبة البابي وأولاده، مصر، طبعة سنة 1377هـ-1958م.
- 6-وله: الإقناع في ألفاظ أبي شجاع، ج-4، مطبعة صبيح، القاهرة، بدون سنة نشر.
- 7-الرملي محمد بن أحمد المتوفى سنة 1004هـ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج-8، مطبعة الحلبي، طبعة سنة 1358هـ.
- 8-وله: مقصد التيه شرح خطية التنبيه، بدون مكان نشر، بدون سنة نشر.
- 9-الشافعي(الإمام) أبو عبد الله محمد بن إدريس، الأم، ج-6، المطبعة الأميرية، طبعة 1 لسنة 1324هـ.
- 10-الشربيني محمد الخطيب المتوفى سنة 977هـ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج-2، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، طبعة سنة 1377هـ-1958م.
- 11-الشعراني أبو المواهب عبد الله بن أحمد بن علي الأنصاري الشافعي، كشف الغمة عن جميع الأمة، ج-7، شركة البابي الحلبي وأولاده، مصر، بدون سنة نشر.
- 12-الشيرازي أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف، المذهب في فقه الإمام الشافعي، ج-3، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، طبعة سنة 1313هـ.
- 13-وله: المذهب، ج-2، دار الفكر، بدون سنة نشر.
- 14-النووي يحيى بن شرف الدين شيخ الإسلام أبو زكرياء المتوفى سنة 676هـ، كشف الظنون، ج-6، بدون مكان نشر، بدون سنة نشر.

- الفقه الحنبلي

- 1-ابن تيمية أحمد بن عبد الحلیم المتوفى سنة 728هـ، مجموع الفتاوى، جمع وترتيب عبد الرحمن بن قاسم، مطابع الحكومة، مكة المكرمة، طبعة 1 لسنة 1383هـ.

-الفقه الحنفي

- 1-ابن عابدين كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيساوي الحنفي المتوفى سنة 861هـ، فتح القدير شرح الهداية للمرغيناني-ج-5، المطبعة الميمنية، طبعة سنة 1929م.

- 2- ابن عابدين محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي المتوفى سنة 1252هـ، حاشيته على الدر المختار للحصكفي، ج2، بدون مكان نشر، طبعة سنة 1249هـ.
- 3-وله: حاشيته رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دراسة وتعليق وتحقيق عادل أحمد عبد العزيز علي محمد عوض، قدم له وقرضه الدكتور محمد بكر اسماعيل، ج2 و6، دار الكتب العلمية، طبعة 1 لسنة 1415هـ-1994م.
- 4-وله: الحاشية، ج1، دار المعرفة، بيروت، طبعة 3، بدون سنة نشر.
- 5-ابن مردود عبد الله بن محمود أبو الفضل الموصلي المتوفى سنة 683هـ، شرحه على الدر المختار للحصكفي، ج3، المطبعة المليجية، مصر، بدون سنة نشر
- 6-ابن نجيم زين الدين ابراهيم الحنفي المتوفى سنة 970هـ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج5، المطبعة العلمية، طبعة 1 لسنة 1310هـ.
- 7-ابن الهمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد المتوفى سنة 861هـ، شرح فتح القدير للعاجز الفقير، ج5، مصر، طبعة 1 لسنة 1451هـ.
- 8-البجرمي الشيخ سلمان، حاشيته على متن السنوسية- نسخة منقحة ومصححة-، دار الفكر، بدون سنة نشر.
- 9-البناني مصطفى بن محمد بن عبد الخالق المتوفى سنة 1198هـ، حاشيته على جمع الجوامع، ج1، بدون مكان نشر، بدون سنة نشر.
- 10-التمرتاشي محمد بن عبد الله بن أحمد(الخطيب)الغزي الحنفي المتوفى سنة1004هـ، تنوير الأبصار، ج3، المطبعة المليجية، مصر، بدون سنة نشر.
- 11-الجرجاني السيد الشريف علي بن محمد بن علي المتوفى سنة 792هـ، التعريفات، المطبعة الخيرية، طبعة 1 لسنة 1306هـ.
- 12-الحصكفي محمد علاء الدين المتوفى سنة 1088هـ، الدر المختار -شرح تنوير الأبصار-، ج3، المطبعة المليجية، مصر، بدون سنة نشر.
- 13-الزيلي عثمان بن علي المتوفى سنة 742هـ، تبیین الحقائق-شرح كنز الدقائق-، ج3، المطبعة الأميرية ببولاق، طبعة 1، بدون سنة نشر.
- 14-السرخسي (شمس الأئمة) أبو بكر محمد المتوفى سنة 483هـ، المبسوط، ج2، مطبعة السعادة، طبعة 1 لسنة 1324هـ.
- 15-الشربيني محمد بن أحمد (الخطيب) المتوفى سنة 377هـ، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، مطبعة الحلبي، مصر، طبعة سنة 1352هـ-1933م.
- 16-الشرنبلالي حسن بن عمار بن علي الوفائي الحنفي المتوفى سنة 1096هـ، حاشيته على در الحكام، ج2، طبعة الأستانة، بدون سنة نشر.
- 17-شيخ زاده عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المتوفى سنة 1087هـ، مجمع الأنهر- شرح ملتقى الأبحر-، ج2، مطبعة الأستانة، بدون سنة نشر.

- 18-العنيمي عبد الغني الدمشقي الميداني الحنفي، اللباب في شرح الكتاب، المطبعة الأزهرية، طبعة سنة 1927م.
- 19-العيني أبو أحمد محمود بن أحمد (قاضي القضاة)، رمز الحقائق شرح كنز الدقائق، ج2، المطبعة اليمنية، طبعة سنة 1320هـ.
- 20-قاضي زادة شمس الدين أحمد بن نور الدين المتوفى سنة 998هـ، بكلمة فتح القدير، ج8، بدون مكان نشر، طبعة سنة 1329هـ.
- 21-القنوري (الإمام) أبو الحسن أحمد بن محمد البغدادي الحنفي المتوفى سنة 428هـ، مختصر القنوري، بدون مكان نشر، بدون سنة نشر.
- 22-الكاساني (ملك العلماء) أبو بكر بن مسعود بن أحمد علاء الدين المتوفى سنة 587هـ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج2، دار الكتاب العربي، بيروت، طبعة 2 لسنة 1402هـ-1982م.
- 23-وله: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج7، مطبعة الحانجي، بدون سنة نشر.
- 24-المرغيناني أبو الحسن بن محمد بن عبد الجليل الرشداني برهان الدين المتوفى سنة 953هـ، بداية المبتدئ، ج1، المطبعة الأميرية، القاهرة، طبعة 1 لسنة 1322هـ.
- 25-منلا خسرو محمد بن فراهوز الحنفي المتوفى سنة 885هـ، درر الحكام في شرح غرر الأحكام، ج2، الأستانة، طبعة سنة 1394هـ.
- 26-اليمني أبو بكر علي بن محمد الحواري المتوفى سنة 800هـ، الجوهرة النيرة، ج2، الأستانة، طبعة 1 لسنة 1301هـ.

-الفقه الإسلامي المقارن الحديث

- 1-أحمد فتحي بهنسي، المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي، دار الشروق، طبعة 3 لسنة 1404هـ-1984م.
- 2-وله: نظرية الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي، دار الشروق، طبعة 4 لسنة 1403هـ-1983م.
- 3-وله: الجرائم في الفقه الإسلامي-دراسة مقارنة-، دار الشروق، طبعة 5 لسنة 1403هـ-1983م.
- 4-وله: الدية، دار الشروق، طبعة 5 لسنة 1403هـ-1983م.
- 5-أبو الحمد أحمد موسى وآخرين، الجرائم والعقوبات في الشريعة الإسلامية، بدون مكان نشر، بدون سنة نشر.
- 6-بكر بن عبد الله أبو زيد، الحدود والتعزيرات عند ابن القيم-دراسة مقارنة-، دار العاصمة للنشر والتوزيع، طبعة 2 لسنة 1415هـ.
- 7-جندي عبد المالك، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقوانين الوضعية، ج1، مؤسسة الرسالة، طبعة 5 لسنة 1404هـ-1984م.

- 8- عبد الخالق النواوي، التشريع الجنائي الإسلامي، دار الثقافة، بيروت، طبعة 1 لسنة 1974م.
- 9- عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج1 و4، دار الفكر، بدون سنة نشر.
- 10- عبد القادر عوده (الشيخ)، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقوانين الوضعية، مؤسسة الرسالة، طبعة 5 لسنة 1404هـ-1984م.
- 11- عبد الوهاب حومد، دراسات معمقة في الفقه الجنائي المقارن، جامعة الكويت، سنة 1983م.
- 12- عدنان محمد جمعة، رفع الحرج في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، دار العلوم الإنسانية، طبعة 3 لسنة 1413هـ-1993م.
- 13- علي حسب الله، أصول التشريع الإسلامي، بدون مكان نشر، طبعة 6 لسنة 1952م.
- 14- علي حيدر (الرئيس الأول لمحكمة التمييز)، در الحكام في شرح مجلة الأحكام، بدون مكان نشر، بدون سنة نشر.
- 15- علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، معهد البحوث والدراسات العربية، بدون سنة نشر.
- 16- وله: المعاملات في الفقه الإسلامي، بدون مكان نشر، طبعة 2، بدون سنة نشر.
- 17- عوض محمد، دراسات في الفقه الجنائي الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، بدون سنة نشر.
- 18- عوض أحمد إدريس، الدية بين العقوبة والتعويض في الفقه الإسلامي المقارن، دار مكتبة الهلال، بيروت، بدون سنة نشر.
- 19- وله: الدية بين العقوبة والتعويض في الفقه الإسلامي المقارن، دار مكتبة الهلال، بيروت، طبعة 1 لسنة 1986م.
- 20- محمد إبراهيم محمد، مسقطات العقوبة الحدية-دراسة فقهية مقارنة-، دار الأصاله، طبعة 1 لسنة 1409هـ-1989م.
- 21- محمد أبو زهرة (الإمام)، الجريمة في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، بدون سنة نشر.
- 22- وله: العقوبة في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، بدون سنة نشر.
- 23- محمد كمال الدين إمام، المسؤولية الجنائية أساسها وتطورها-دراسة مقارنة في الفقه الوضعي والشريعة الإسلامية-، بدون مكان نشر، طبعة 1، بدون سنة نشر.
- 24- محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي-دراسة مقارنة-، عالم الكتب، القاهرة، طبعة 1 لسنة 1983م.
- 25- محمد نعيم فرحات، النظرية العامة لعذر تجاوز حدود الدفاع الشرعي، دار النهضة العربية، طبعة 1 لسنة 1981م.

- 26- مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، بدون سنة نشر.
- 27-وله: المدخل للفقهاء الإسلاميين، بدون مكان نشر، بدون سنة نشر.
- 28- مصطفى سعيد الخن، أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء، مؤسسة الرسالة، طبعة 3 لسنة 1402هـ-1982م.
- 29- منصور محمد منصور، الشبهات وأثرها في العقوبة الجنائية في الفقه الإسلامي، مطبعة الأمانة، مصر، طبعة 1 لسنة 1406هـ-1986م.
- 30- هلال عبد الإله أحمد، أصول التشريع الجنائي الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 2 لسنة 1974م.
- 31- وهبة الزحيلي، نظرية الضمان-دراسة مقارنة-، دار الفكر، بدون سنة نشر.
- 32-وله: نفس المؤلف، دار الفكر، طبعة 1 لسنة 1389هـ-1970م.
- 33-وله: نظرية الضرورة الشرعية، مؤسسة الرسالة، بيروت، طبعة 2 لسنة 1399هـ-1979م.

- كتب شروح القوانين وفقه القانون الوضعي

- 1- أبو المعاطي حافظ أبو الفتوح ، شرح القانون الجنائي المغربي-القسم العام-، مطبعة النجاح، طبعة 2 لسنة 1405هـ-1984م.
- 2- أحمد أمين، شرح قانون العقوبات الأهلي-القسم الخاص- نقحه علي أحمد راشد، بدون مكان نشر، طبعة سنة 1941م.
- 3- أحمد عبد العزيز الألفي، شرح قانون العقوبات-القسم العام-، بدون مكان نشر، طبعة سنة 1976م.
- 4- أحمد عوض بلال، الإثم الجنائي-دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية، طبعة سنة 1977، طبعة سنة 1988م.
- 5- اسماعيل غانم، مصادر الالتزام، بدون مكان نشر، طبعة سنة 1964م.
- 6- حسين عامر وعبد الرحمن عامر(المستشاران)، المسؤولية المدنية-التقصيرية والعقدية، دار المعرفة، طبعة 2 لسنة 1997م.
- 7- حسين عطا حسين سالم، نظرية الغلط في القانون والشرعية، دار الحداثة، بدون سنة نشر.
- 8- جلال ثروت، نظرية الجريمة المتعدية القصد في القانون المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة سنة 1995م.
- 9- جندي عبد المالك، الموسوعة الجنائية، ج3، دار المؤلفات القانونية، بيروت، طبعة سنة 1354هـ-1936م.
- 10- رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي، دار الفكر العربي، طبعة سنة 1979م.

- 11-رمسيس بهنام، الجريمة والمجرم والجزاء، بدون مكان نشر، طبعة سنة 1979م.
- 12-وله: النظرية العامة للقانون الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة سنة 1971م.
- 13-زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود المقارن بالقوانين الحديثة والشرعية الإسلامية، ج4، بدون مكان نشر، طبعة سنة 1962م.
- 14-سعيد مصطفى سعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، بدون مكان نشر، طبعة سنة 1952م.
- 15-وله: الأحكام العامة في قانون العقوبات، بدون مكان نشر، طبعة سنة 1962م.
- 16-سليمان مرقص، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، القسم الأول، معهد البحوث، طبعة 1 لسنة 1977م.
- 17-عادل يحي قرني علي، النظرية العامة للأهلية الجنائية، بدون مكان نشر، بدون سنة نشر.
- 18-عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء، منشورات عويدات، بيروت، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، بدون سنة نشر.
- 19-عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، بدون مكان نشر، طبعة 2 لسنة 1964م.
- 20-وله: الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، بدون مكان نشر، طبعة 2 لسنة 1964م.
- 21-وله: الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، بدون مكان نشر، طبعة سنة 1950م.
- 22-عبد العزيز العوادي(الحاكم) واسماعيل بن صالح(الحاكم)، شرح القانون الجنائي التونسي-القسم العام-، الشركة التونسية لفنون الرسم، بدون سنة نشر.
- 23-عبد الفتاح مصطفى الصيفي، قانون العقوبات-النظرية العامة-، دار الهدى للمطبوعات، بدون سنة نشر.
- 24-عبد القادر قواسمية، جنوح الأحداث في التشريع الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، بدون سنة نشر.
- 25-عبد المجيد محمد الحفناوي، نظرية الغلط في القانون الروماني-دراسة تحليلية وتأصيلية، بدون مكان نشر، طبعة سنة 1974م.
- 26-عبد الودود يحي، نظرية الغلط في القانون المدني الألماني، بدون مكان نشر، بدون سنة نشر.
- 27-عثمان سعيد عثمان، استعمال الحق كسبب للإباحة ، القاهرة طبعة سنة 1968م.
- 28-علي أحمد راشد، القانون الجنائي-المدخل وأصول النظرية العامة-، دار النهضة العربية، طبعة 2 لسنة 1974م.
- 29-وله: القانون الجنائي-المدخل وأصول النظرية العامة-، دار النهضة العربية، طبعة 1 لسنة 1970م.
- 30-وله: موجز القانون الجنائي، بدون مكان نشر، طبعة سنة 1965م.

- 31- علي بدوي(الأستاذ)، الأحكام العامة في القانون الجنائي، ج-1، مطبعة بدري، طبعة سنة 1938م.
- 32- علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات-القسم العام-، بدون مكان نشر، طبعة سنة 2000م.
- 33- علي محمود ، الغلط في القانون ومدى اعتباره مانعا من المسؤولية الجزائية-دراسة مقارنة على ضوء الاتجاهات المدنية للتشريعات المقارنة-، دار النهضة العربية، طبعة 1 لسنة 1423هـ-2003م.
- 34- عوض محمد، قانون العقوبات-القسم العام-، دار المطبوعات الجامعية، طبعة سنة 1988م.
- 35- غوريف وسيدوغين، النشاط التشريعي في الاتحاد السوفياتي، ترجمة خيرى الضامن، دار التقدم، موسكو، طبعة سنة 1977م.
- 36- فتحي سرور، أصول قانون العقوبات، دار الفكر العربي، طبعة سنة 1973م.
- 37- فتوح عبد الله الشاذلي و علي عبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات-القسم العام-، دار المطبوعات الجامعية، طبعة سنة 1997م.
- 38- فريد الزغبى(القاضي)، الموسوعة الجزائية، مجلد4، دار صادر، بيروت، طبعة سنة 1995م.
- 39- فوزية عبد الستار، النظرية العامة للخطأ غير العمدى-دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية، طبعة سنة 1977م.
- 40- ولها: المعاملة الجنائية للأطفال-دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية، طبعة سنة 1977م.
- 41- لبنى مختار، وجود الإرادة وتأثير الغلط عليها، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، بدون سنة نشر.
- 42- مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات-القسم العام، بدون مكان نشر، طبعة سنة 1979م.
- 43- وله: قانون العقوبات-القسم العام، دار الفكر العربي، طبعة 2 سنة 1976م.
- 44- محمد إبراهيم الدسوقي(المحامي)، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، بدون مكان نشر، بدون سنة نشر.
- 45- محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات اللبناني -القسم العام-، الدار الجامعية، بيروت، طبعة سنة 1981م.
- 46- وله: قانون العقوبات-القسم العام-، دار المطبوعات الجامعية، طبعة سنة 1986م.
- 47- محمد زكي محمود، آثار الجهل والغلط في المسؤولية الجنائية، دار الفكر العربي، طبعة سنة 1967م.

- 48-محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومه، بدون سنة نشر.
- 49-محمد الطاهر السنوسي، المجلة الجنائية، دار بوسلامة، تونس، طبعة 4 ، بدون سنة نشر
- 50-محمد الفاضل، المبادئ العامة في قانون العقوبات، بدون مكان نشر، طبعة سنة 1964، 1965م.
- 51-محمد محي الدين عوض، القانون الجنائي-مبادئه الأساسية ونظرياته العامة في التشريعين المصري والسوداني-، بدون مكان نشر، طبعة سنة 1963م.
- 52-محمد نعيم فرحات، النظرية العامة لعذر تجاوز حدود الدفاع الشرعي-دراسة تحليلية لمبدأ المشروعية الجنائية في القانون المصري والمقارن-، دار النهضة العربية، طبعة سنة 1981م.
- 53-محمد وجدي غنيم عبد الصمد(المستشار بمحكمة النقض)، الاعتذار بجهل القانون-دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة-، عالم الكتب، القاهرة، طبعة 1 لسنة 1987م.
- 54-وله: الاعتذار بجهل القانون-دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة-، عالم الكتب، القاهرة، طبعة 2 .
- 55-محمود إبراهيم اسماعيل، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات المصري، بدون مكان نشر، طبعة 1 لسنة 1366هـ-1945م.
- 56-محمود جلال حمزة، العمل غير المشروع باعتباره مصدرا للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة سنة 1405هـ-1985م.
- 57-محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات-القسم العام-، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 8 لسنة 1969م.
- 58-وله: شرح قانون العقوبات-القسم الخاص-، بدون مكان نشر، طبعة سنة 1974م.
- 59-محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي-دراسة تأصيلية مقارنة للركن المعنوي في الجرائم العمدية-، دار النهضة العربية، طبعة 3 لسنة 1988م.
- 60-وله: شرح قانون العقوبات اللبناني-القسم العام-، دار التقوى للطباعة، بيروت، طبعة 2 لسنة 1975م.
- 61-وله: شرح قانون العقوبات المصري- القسم العام-، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.
- 62-وله: شرح قانون العقوبات-القسم الخاص-(جرائم الاعتداء على الأشخاص)، بدون مكان نشر، طبعة سنة 1978م.
- 63-وله: المساهمة الجنائية في التشريعات العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة سنة 1992م.

- 64-وله: الموجز في شرح قانون العقوبات-مصري قسم عام-، بدون مكان نشر، طبعة سنة 1967م.
- 65-وله: أسباب الإباحة في التشريعات العربية، القاهرة، طبعة سنة 1962م.
- 66-وله: شرح قانون العقوبات -القسم العام-، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة سنة 1979م.
- 67-مصطفى العوجي، المسؤولية الجزائية في المؤسسات الاقتصادية، مؤسسة نوفل، بيروت، بدون سنة نشر.
- 68-مصطفى محمد محمود، شرح قانون العقوبات-القسم العام-، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 2 لسنة 1967م.
- كتب عامة وعقائدية وفلسفية**
- 1-ابن خلدون(العلامة المغربي) عبد الرحمن المتوفى سنة 808هـ، المقدمة، بيروت، طبعة سنة 1279هـ-1897م.
- 2-ابن خلكان المتوفى سنة 681هـ، وفيات الأعيان، ج1، القاهرة، طبعة سنة 1275هـ-1858م.
- 3-ابن حزم أبو محمد علي بن أحمد (الأندلسي)، الفصل في الملل والأهواء والنحل، ج3، دار المعرفة، بيروت، بدون سنة نشر.
- 4-أحمد أمين (الأستاذ)، فجر الإسلام، الهيئة المصرية العامة للكتاب، طبعة سنة 1966م.
- 5-الأشعري أبو الحسن، الإبانة في أصول الديانة، حيدر آباد، طبعة 1، بدون سنة نشر.
- 6-وله: مقالات الإسلاميين واختلاف المصلين، ج1، طبعة الأستانة، بدون سنة نشر.
- 7-وله: مقالات الإسلاميين واختلاف المصلين، ج2، طبعة دار الكتب المصرية، 1969م.
- 8-البغدادى أبو منصور عبد القاهر الأشعري المتوفى سنة 429هـ، أصول الدين، طبعة اسطنبول لسنة 1347هـ-1928م.
- 9-الجاحظ عثمان بن عمر بن حجر المتوفى سنة 525هـ، رسائله، ج1، تحقيق عبد السلام هارون، طبعة القاهرة، بدون سنة نشر.
- 10-وله: كتاب الحيوان، تحقيق عبد السلام هارون، طبعة القاهرة لسنة 1944م.
- 11-الخياط أبو الحسن عبد الرحيم المتوفى سنة 300هـ، الانتصار والرد على بن الروندي الملحد، طبعة القاهرة لسنة 1344هـ-1925م.
- 12-زكي نجيب محمود، نظرية المعرفة، بدون مكان نشر، طبعة سنة 1956م.
- 13-زهدي جار الله، المعتزلة، المؤسسة العربية للدراسة والنشر، طبعة 6 لسنة 1410هـ-1990م.

- 14- الشهرستاني أبو الفتح محمد بن عبد الكريم بن أبي بكر أحمد المتوفى سنة 548هـ، الملل والنحل، ج1، دار المعرفة، بيروت، بدون سنة نشر.
- 15-وله: نهاية الإقدام في علم الكلام، طبعة أكسفورد ، سنة 1353هـ-1934م.
- 16-وله: نهاية الإقدام في علم الكلام، مكتبة المتنبي، بغداد، بدون سنة نشر.
- 17-علي سامي النشار، نشأة الفكر الفلسفي في الإسلام، ج1، دار المعارف، القاهرة، طبعة 4 لسنة 1966م.
- 18-الغزالي أبو حامد(الإمام)، الاقتصاد في الاعتقاد، القاهرة، طبعة سنة 1327هـ-1909م.
- 19-فاروق الدسوقي، القضاء والقدر في الإسلام-بين السلف والمتكلمين-، ج1، دار المعارف، القاهرة، طبعة سنة 1966م.
- 20-وله: القضاء والقدر في الإسلام-بين السلف والمتكلمين-، ج2، دار المعارف، القاهرة، طبعة سنة 1997.
- 21-فتحي الشنيطي، دراسة فلسفية-القيم والمعرفة-، بدون مكان نشر، طبعة سنة 1956م.
- 22-مأمون محمد سلامة، الفكر الفلسفي وأثره في التجريم والعقاب، بدون مكان نشر، طبعة سنة 1977م.
- 23-محمد عماره، المعتزلة ومشكلة الحرية الإنسانية، طبعة دار الشروق، سنة 1988م.
- 24-هشام محمد فريد، الدعائم الفلسفية للمسؤولية الجنائية-دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية، طبعة سنة 1981م.
- 25-يحي هشام حسين فرغل، نشأة الآراء والمذاهب والفرق الكلامية، مجمع البحوث الإسلامية، طبعة سنة 1391هـ-1972م.
- 26-يوسف مراد، مبادئ علم النفس، بدون مكان نشر، طبعة سنة 1986م.

ب- الرسائل الجامعية

- 1-أبو المعاطي حافظ أبو الفتوح، النظام العقابي الإسلامي-دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه، القاهرة، سنة 1967.
- 2-جلال ثروت، الجريمة المتعدية القصد في القانون المصري والمقارن، رسالة دكتوراه، جامعة الاسكندرية، 1964.
- 3-حسين توفيق رضا، أهلية العقوبة في الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، رسالة دكتوراه، القاهرة، 1964.
- 4-شريف سيد كامل، النظرية العامة للخطأ في القانون الجنائي -دراسة تأصيلية مقارنة للركن المعنوي في الجرائم غير العمدية-، رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة القاهرة، سنة 1992.
- 5-عبد الرحمن حسين علي علام، أثر الجهل و الغلط في القانون على المسؤولية الجنائية. رسالة دكتوراه، غير منشورة، جامعة القاهرة، بدون سنة نشر.

- 6- عبد العزيز عامر، التعزير في الشريعة الإسلامية ، رسالة دكتوراه ، حقوق القاهرة، دار الفكر العربي، ط5 لسنة 1976.
- 7- عبد المعطي عبد الخالق سيد أحمد، النظرية العامة للغلط في القانون الجنائي -دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة عين شمس سنة 1980.
- 8- علي حسين عبد الله الشرفي، الباحث وأثره في المسؤولية الجنائية-دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية-، دكتوراه مقدمة سنة 1986 لجامعة القاهرة
- 9- محمد كمال الدين إمام ، المسؤولية الجنائية- أساسها وتطورها دراسة مقارنة في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية-، ط1، رسالة دكتوراه.
- 10- محمد هشام أبو الفتوح بدوي، النظرية العامة للظروف المشددة، رسالة دكتوراه مقدمة بجامعة القاهرة، سنة 1980.
- 11- منصور الحفناوي، الشبهات وأثرها في العقوبة الجنائية، دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة القاهرة سنة 1980م. -
- 12- دليلة براف، الخطأ في تصرفات المكلفين، رسالة ماجستير قدمت للمعهد الوطني العالي لأصول الدين، الجزائر، سنة 1996-1997
- 13- فرحات بركاني، الدفاع الشرعي دفع الصائل- دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والنظم القانونية الوضعية-، رسالة ماجستير مقدمة لجامعة الأمير عبد القادر سنة 1419هـ- 1998م.
- 14- فوزية محمد عبد الله القتامي، الجهل وأثره في الأحكام الشرعية ، ماجستير قدمت لجامعة أم القرى مكة المكرمة، سنة 1402هـ/1403هـ.

ج-البحوث والدوريات

- 1- أحمد صبحي العطار، "الإسناد والإذئاب والمسؤولية الجنائية في الفقه المصري والمقارن"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، مطبعة جامعة عين شمس، العدد 2، يوليو 1990.
- 2- أمال عبد الرحيم عثمان، "النموذج القانوني للجريمة"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، مطبعة جامعة عين شمس، عدد يناير لسنة 1972.
- 3- رمسيس بهنام، "الاتجاهات الحديثة في الفعل والفاعل والمسؤولية"، مجلة الحقوق، عدد 1 و2 سنة 9.
- 4- السعيد عمر السعيد، "طبيعة الركن المعنوي للجريمة"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، مطبعة جامعة عين شمس، العدد 2 يوليو 1973.
- 5- عمر السعيد رمضان، "بين النظريتين النفسية والمعيارية للإثم، بحث في طبيعة الركن المعنوي للجريمة"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، العدد 3، سبتمبر 1964.
- 6- فوزية عبد الستار، "عدم المشروعية في القانون الجنائي"، مجلة القانون والاقتصاد، عدد 3 و4 لسنة 1972.
- 7- محمود نجيب حسني، "القصد الجنائي-تحديد عناصره وبيان الأحكام التي تخضع لها-"، مجلة القانون والاقتصاد، مجلد سنة 1958.

- 8-وله: " القصد الجنائي"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، العددان 1 و 2 ، السنة 28.
- 9-يسر أنور علي، "الدفاع الشرعي-دراسة لمبدأ المشروعية-"، المجلة الجنائية القومية، مجلد 13، 1970.

د- كتب النصوص القانونية

- 1-قانون العقوبات الجزائري
- 2-القانون المدني الجزائري.
- 3-قانون العقوبات المصري حسب آخر التعديلات لسنة 1994، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية.

هـ-الأحكام القضائية والمجموعات

- نقض 1932/10/31 مجموعة القواعد القانونية، ج2، رقم 381.
- نقض 11. 3. 1935، مجموعة القواعد القانونية، ج3، رقم 357.
- نقض 1934/03/12، مجموعة القواعد القانونية، رقم 221.
- نقض 1940/10/08، مجموعة القواعد القانونية، ج1، رقم 134.
- نقض 1940/12/09 مجموعة القواعد القانونية، ج5، رقم 162.
- نقض 1943/01/18، مجموعة القواعد القانونية، ج3، رقم 182.
- نقض 1944/04/10، مجموعة القواعد القانونية، ج6، رقم 232.
- نقض 1945/01/08 مجموعة القواعد القانونية، ج6، رقم 448.
- نقض 1946/11/11، مجموعة القواعد القانونية، ج7، رقم 220.
- نقض 1946/12/18، مجموعة القواعد القانونية، ج7، رقم 85.
- نقض 1951/01/22، مجموعة أحكام محكمة النقض، السنة 02، رقم 200.
- نقض 1955/06/20، مجموعة أحكام محكمة النقض، سنة 06، رقم 333.
- نقض 1955/11/19، مجموعة أحكام محكمة النقض، سنة 06، رقم 396.
- نقض 1956/10/23، مجموعة أحكام محكمة النقض، سنة 07، رقم 292.
- نقض 1956/01/31، مجموعة أحكام محكمة النقض، السنة 07، رقم 40.
- نقض 1956/10/23، مجموعة أحكام النقض ، سنة 07، رقم 292.
- نقض 1957/04/02، مجموعة أحكام النقض سنة 08، رقم 95.
- طعن 1957/10/07، مجموعة أحكام النقض، سنة 8، رقم 204.
- نقض 1959/02/16، مجموعة أحكام النقض سنة 10، رقم 44.
- طعن 1961/01/30، مجموعة أحكام النقض، سنة 12، رقم 25.
- نقض 1969/01/06، مجموعة أحكام النقض السنة 20، رقم 1.
- نقض 11 / 4 / 1970، مجموعة أحكام النقض سنة 13، رقم 130.
- نقض 1973/1/11، مجموعة أحكام النقض، السنة 04، رقم 193.
- مجموعة أحكام النقض سنة 22، رقم 86.
- مجموعة أحكام النقض سنة 21، رقم 49.

ثالثا-المراجع باللغة الفرنسية

Dictionnaires

1-ROBERT(P.) : Le petit Robert¹, nouvelle édition, 1982.

Ouvrages

- 1-Barthélemy(H.) : Traité élémentaire de droit administratif , Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Paris, 7Ed, 1913.
- 2-Bouzat(P.) : Traité théorique et pratique de droit pénal, Dalloz ,Paris,1951.
- 3-Bouzat(P.) et Pinatel(J.): Droit pénal général, édition 2, Dallloz, 1970.
- ⁴-Carara(F.): programme de cours de droit criminel, Morescq Ainé libraire- Editeur, Paris, 1876.
- 5-Darbellay (J.): Théorie générale de l'illicéité en droit civil et droit pénal ,Edition universitaires , Université Fribourg, Ed de 1955.
- 6-Daskalak (E.): réflexions sur la responsabilité pénale, p.f, 1975.
- 7-Delogu(T.): Les causes de justification de droit pénal et son application, 1956, n° 3
- 8-Delogu(T.): La complicité dans la théorie générale de l'infraction, Alexandrie, 1949.
- 9-Delogu(T.): la culpabilité dans la théorie générale de l'infraction, cours de doctorat, 1949-1950.
- 10-DeVareilles-Sommières (G.) Etude sur l'erreur en droit romain et en droit français, Cotillon et fils, Paris, 1871.
- 11-Donnedieu De vabres (H.), Traité de droit criminel et législations pénales comparées, 3 Ed, Sirey, Paris, 1947.
- 12-Franz Von(l.), Traité de droit pénal allemand, t.1, Paris, 1911.
- 13-Gamal eddine Zaki(M.): La bonne foi dans l'acquisition des droits en droit privé et comparé, 1952.

14-Garrand(R.), Traité théorique et pratique du droit pénal français, librairie du Recueil, Sirey, Paris, t.1,1913.

15-Garand (R.): Traités théoriques et pratiques de droit pénal français, T.10, Paris, 1898.

16-Garçon(E.): Code pénal annoté, nouvelle édition refondue et mise à jour par Marcel Rousselet,

17-Merle(R.) et VITU (A.), Traité de droit criminel, problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général, CUJAS, Paris, 1978.

18-Merle (R) et Vitu (A): Traité de droit criminel, problèmes généraux de la législation criminelle, Paris,1967.

19-Ortolan(J.): élément de droit pénal, , Paris, 1875.

20-Stéfani.(G.) et Levasseur(G.) ,Droit pénal général, 12 ème Ed.,Dalloz, Paris,1966.

21-Radulesco(J.)De l'influence de l'erreur sur la responsabilité pénale(thèse), Paris, 1923.

22-Roux(J.A.): cours de droit criminel français, T.1,Recueil Sirey, Paris,1926.

23-Trousse(P.E.): Les nouvelles-droit pénal,T.1 ,V. 1, Bruxelles, 1956.

24- Vidal (G.) et Magnol (J.): cours de droit criminel et de sciences pénitentiaire, Paris, 1947.

25-Vidal (j): la conception juridique de la culpabilité, Toulouse, 1975.

Revues et rapports

1-Busch:" l'Erreur de droit", revue internationale de droit pénal, 1955..

2-De Asua.(L.J.): "*La Notion De Culpabilité En Droit Comparé*", , Revue internationale de droit comparé , Vol. 6 - Issue 1 - 1954 .

3-Labord(A.) : "*L'élément moral dans les infractions non intentionnelles*", Revue critique de législation et de jurisprudence, t14, 24 ème année, 1885.

4-Levasseur(G.): Etude de l'élément de l'infraction, Rapport au collège de Toulouse, 1969

5-Huguerney (L.): "l'erreur de droit", revue internationale de droit pénal, 1955.

الفهرس العام

مقدمة

7.....	الفصل التمهيدي: تحديد مفهوم الإباحة
9.....	المبحث الأول: حقيقة الإباحة في الشريعة الإسلامية
9.....	المطلب الأول: الإباحة عند الأصوليين
10.....	الفرع الأول: بعض التعاريف القديمة للإباحة
12.....	الفرع الثاني: النقد الموجه للتعاريف السابقة
16.....	المطلب الثاني: الإباحة عند الفقهاء
16.....	الفرع الأول: تعريف الإباحة والمباح
17.....	الفرع الثاني: تحليل هذه التعاريف
18.....	الفرع الثالث: إباحة الشارع وإذن العباد والتعريف المقترح
18.....	أولاً: إباحة الشارع سبحانه وتعالى
19.....	ثانياً: إذن العباد لبعضهم البعض
20.....	ثالثاً: التعريف الذي أقترحه
20.....	المطلب الثالث: تمييز الإباحة عن المفاهيم المشابهة لها
20.....	الفرع الأول: تمييز الإباحة عن التخيير
21.....	أولاً: رأي جمهور الفقهاء والأصوليين
21.....	ثانياً: رأي الإمام القرافي في التخيير
22.....	الفرع الثاني: تمييز الإباحة عن الحل
22.....	أولاً: دليل الحل في القرآن والسنة
23.....	ثانياً: ورود الحل عند جمهور الأصوليين والفقهاء
24.....	ثالثاً: الحل عند الشربيني والبيجرمي ورأيي في المسألة

24.....	الفرع الثالث: تمييز الإباحة عن الجواز
25.....	الفرع الرابع: تمييز الإباحة عن الصحة
27.....	المطلب الرابع: الإباحة وعدم تطبيق النص
30.....	المبحث الثاني: حقيقة الإباحة في النظم القانونية الوضعية
30.....	المطلب الأول: مفهوم الإباحة
31.....	الفرع الأول: التعريف اللغوي للإباحة
31.....	أولاً: تعريف اللغويين العرب للإباحة
31.....	ثانياً: تحليل كلمة إباحة Justification
32.....	الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للإباحة
37.....	المطلب الثاني: مفهوم عدم المشروعية
38.....	الفرع الأول: موضوع عدم المشروعية
38.....	أولاً: موقف المقتنين من عدم المشروعية
39.....	ثانياً: موقف الفقهاء من عدم المشروعية
41.....	الفرع الثاني: نوعا المشروعية
41.....	أولاً: المشروعية العادية
41.....	ثانياً: المشروعية الاستثنائية
43.....	الفرع الثالث: خصائص عدم المشروعية
43.....	أولاً: نسبية عدم المشروعية
43.....	ثانياً: ذاتية عدم المشروعية
44.....	الفرع الرابع: معيار عدم المشروعية
44.....	أولاً: المعيار الذاتي
45.....	ثانياً: المعيار الشكلي

46.....	ثالثا: المعيار المختلط.....
48.....	المطلب الثالث: مركز الإباحة من قواعد القانون.....
49.....	الفرع الأول: مدى استقلال قواعد الإباحة.....
49.....	الفرع الثاني: أصالة قواعد الإباحة.....
51.....	المطلب الرابع: تمييز قواعد الإباحة عن النظم المشابهة لها.....
51.....	الفرع الأول: الإباحة وانعدام النص الجنائي.....
52.....	الفرع الثاني: الإباحة وحالة عدم تطبيق القانون.....
53.....	الفرع الثالث: الإباحة وتخلف ركن من أركان الجريمة.....
54.....	الفرع الرابع: الإباحة وموانع المسؤولية.....
54.....	الفرع الخامس: الإباحة وموانع العقاب.....
56.....	ملخص المقارنة بين الشريعة والقانون.....
57.....	الباب الأول: مفهوم الجهل والغلط في الإباحة.....
59.....	الفصل الأول: الجهل والغلط في الإباحة في الشريعة الإسلامية.....
59.....	المبحث الأول: تحديد مدلول الجهل والغلط.....
60.....	المطلب الأول: تعريف العلم.....
60.....	الفرع الأول: التعريف اللغوي للعلم.....
61.....	أولا: كلمة العلم في مختار الصحاح.....
61.....	ثانيا: كلمة العلم في المعجم الوسيط.....
62.....	ثالثا: كلمة العلم في معجم لغة الفقهاء.....
62.....	الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للعلم.....
63.....	الفرع الثالث: دليل العلم.....
64.....	الفرع الرابع: أقسام العلم.....

64.....	القسم الأول: علم العامة
64.....	القسم الثاني: علم الخاصة
64.....	المطلب الثاني: تعريف الجهل والغلط وتمييزهما عما يشبههما
65.....	الفرع الأول: تعريف الجهل والغلط
65.....	أولاً: تعاريف الأصوليين والفقهاء للجهل
66.....	ثانياً: التعريف الذي اختاره للجهل
67.....	ثالثاً: تعاريف الغلط
68.....	الفرع الثاني : تمييز الجهل والغلط عما يشبههما
68.....	أولاً: التمييز بين الجهل وما يشبهه
69.....	ثانياً: التمييز بين الغلط وما يشبهه
71.....	المطلب الثالث: دليل الجهل والغلط في القرآن والسنة وأقوال الفقهاء في ذلك
72.....	الفرع الأول: دليل الجهل والغلط من القرآن العظيم وكيف فهم
73.....	الفرع الثاني: دليل الجهل والغلط من السنة
74.....	المطلب الرابع: تعلق الجهل والغلط بأمر ونهي الشارع وإباحته
74.....	الفرع الأول: تعلق الجهل والغلط بالقاعدة الإيجابية (الحظر)
74.....	أولاً: النية الآثمة
77.....	ثانياً: صورتنا اتجاه الإرادة
77.....	الفرع الثاني: تعلق الجهل والغلط بإباحة ما هو مؤثم أصلاً
77.....	أولاً: الجهل بالمشروعية
78.....	ثانياً: الغلط في المشروعية
78.....	المبحث الثاني: تقسيم الجهل والغلط
79.....	المطلب الأول: أقسام الجهل

79.....	الفرع الأول: تقسيم الحنفية للجهل
80.....	الفرع الثاني: تقسيم الشيخ محمد أبو زهرة للجهل
82.....	المطلب الثاني: أقسام الغلط
82.....	الفرع الأول: تقسيم الغلط من حيث المؤاخذه عليه وعدم المؤاخذه
84.....	الفرع الثاني: تقسيم الغلط من حيث مقصد الغلط
84.....	المبحث الثالث: أثر الجهل بالحكم الشرعي والغلط فيه على مسؤولية المكلفين
85.....	المطلب الأول: أثر الجهل بالحكم الشرعي على مسؤولية المكلف
85.....	الفرع الأول: الجهل الذي لا يعتد به
85.....	أولاً: جهل المسلم
86.....	ثانياً: جهل الكافر
87.....	ثالثاً: مسألة الخطأ في تفسير النصوص
88.....	الفرع الثاني: الجهل الذي يعتد به ويؤثر على مسؤولية المكلف
89.....	أولاً: مذهب المعتزلة
89.....	ثانياً: مذهب أهل السنة والجماعة والأشاعرة
92.....	المطلب الثاني: أثر الغلط في الحكم الشرعي على مسؤولية المكلف
92.....	الفرع الأول: الغلط المسقط للمسؤولية
93.....	الفرع الثاني: الغلط الذي لا يسقط المسؤولية
94.....	الفرع الثالث: الجريمة المتعدية القصد
95.....	الفصل الثاني: الجهل والغلط في الإباحة في النظم القانونية الوضعية
96.....	المبحث الأول: تحديد مدلول الجهل والغلط والعلاقة بينهما وبين ما يشبههما
96.....	المطلب الأول: تعريف الجهل والغلط
97.....	الفرع الأول: التعريف اللغوي

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للجهل والغلط في الإباحة.....	98
أولاً: التعريف الاصطلاحي للجهل بالإباحة.....	98
ثانياً: التعريف الاصطلاحي للغلط في الإباحة.....	99
ثالثاً: العلاقة بين مفهومي الجهل والعلم وتعلقهما بالقاعدة الإيجابية والسلبية.....	100
رابعاً: العلاقة بين مفهومي الجهل والغلط.....	103
المطلب الثاني: الجهل والغلط بكل من القاعدتين الإيجابية والسلبية.....	110
الفرع الأول: تعلق الجهل والغلط بالقاعدة الإيجابية.....	110
أولاً: صورتنا الإرادة.....	110
ثانياً: القصد الجنائي وعناصره.....	112
الفرع الثاني: تعلق الجهل والغلط بالقاعدة السلبية.....	114
أولاً: الجهل بالمشروعية.....	114
ثانياً: الغلط في المشروعية.....	115
المبحث الثاني: تقسيم الجهل والغلط.....	117
المطلب الأول: الجهل والغلط المنصب على العناصر الجوهرية للجريمة.....	118
الفرع الأول: الجهل والغلط الحتميين وغير الحتميين.....	119
الفرع الثاني: علاقة الجهل والغلط الحتميين وغير الحتميين بالجرائم السلبية والجرائم التي لا تقوم إلا عمداً.....	120
أولاً: علاقة الجهل والغلط بالجرائم السلبية البحتة.....	120
ثانياً: علاقة الجهل والغلط بالجرائم التي لا تقوم إلا عمداً.....	121
المطلب الثاني: الجهل والغلط المنصب على توابع الجريمة.....	121
الفرع الأول: الجهل والغلط المنصب على توابع الجريمة في الفقه.....	122
الفرع الثاني: الجهل والغلط المنصب على توابع الجريمة في فرنسا.....	123

- الفرع الثالث: الجهل والغلط المنصب على توابع الجريمة في مصر.....123
- الفرع الرابع: الجهل والغلط المنصب على توابع الجريمة في إيطاليا.....124
- الفرع الخامس: الجهل والغلط المنصب على توابع الجريمة في ألمانيا.....125
- المطلب الثالث: الجهل والغلط المنصب على ظروف الجريمة.....125
- الفرع الأول: جهل أو غلط الفاعل في الظروف المشددة.....126
- أولاً: جهل الفاعل أو غلطه في الظروف التي تغير من وصف الجريمة.....126
- ثانياً: جهل الجاني أو غلطه في الظروف التي تغير في العقوبة.....127
- الفرع الثاني: الجهل والغلط في حالة المساهمة الجنائية.....128
- أولاً: الجهل والغلط المنصب على الظروف المادية.....127
- ثانياً: الجهل والغلط على الظروف الشخصية.....130
- المطلب الرابع: الجهل والغلط المنصب على العناصر غير الجوهرية.....132
- الفرع الأول: الجهل والغلط في شروط العقاب.....133
- الفرع الثاني: الجهل أو الغلط في عناصر الأهلية الجنائية.....133
- الفرع الثالث: الجهل والغلط في الظروف التي تغير العقوبة.....134
- المبحث الثالث: أثر الجهل والغلط على كل من المسؤولين الجنائي والمدنية.....135
- المطلب الأول: الجهل والغلط الذي يمنع كل مسؤولية.....136
- الفرع الأول: رأي الفقه المقارن في الجهل أو الغلط الذي يمنع كل مسؤولية.....136
- الفرع الثاني: وجهة النظر المعارضة للرأي الأول.....137
- الفرع الثالث: وجهة نظر الدكتور عبد الرحمن حسين علي علام.....137
- الفرع الرابع: رأي في المسألة.....137
- المطلب الثاني: الجهل أو الغلط الذي يمنع المسؤولية العمدية ويبقي الخطئية.....138
- الفرع الأول: انتفاء القصد الجنائي والمسؤولية الجنائية بالجهل أو الغلط الجوهري.....138

أولاً: افتراض العلم بصفة المجني عليه وآثر الجهل والغلط على انتفاء القصد الجنائي وبالتالي المسؤولية الجنائية.....	139
ثانياً: افتراض العلم بصفة الموظف حتى تقوم جريمة إرشاء الموظف.....	139
الفرع الثاني: انتفاء القصد والمسؤولية العمدية وبقاء المسؤولية الخطئية كأثر للجهل.....	140
المطلب الثالث: الجهل أو الغلط في نطاق الجريمة المستحيلة.....	140
الفرع الأول: الاستحالة المادية، والاستحالة النسبية صورة من صور الشروع.....	141
الفرع الثاني: الاستحالة المطلقة أو القانونية ، وآثر الجهل أو الغلط على المسؤولية.....	141
المطلب الرابع: الغلط أو الجهل الذي لا تأثير له.....	142
الفرع الأول: الغلط وحالة الحيدة عن الهدف.....	142
الفرع الثاني: الغلط والنتيجة الإجرامية.....	143
أولاً: الغلط الجوهرى والنتيجة الإجرامية.....	143
ثانياً: الغلط غير الجوهرى والنتيجة الإجرامية.....	142
ثالثاً: الظروف المشددة والغلط في موضوع النتيجة.....	143
الفرع الثالث: الغلط في زمان ومكان حدوث النتيجة.....	144
الفرع الرابع: الغلط وكيفية حدوث التسلسل السببى.....	144
المطلب الخامس: الجهل والغلط في توابع الجريمة.....	146
الفرع الأول: أساس المساءلة عن النتائج المتجاوزة القصد في فرنسا.....	146
أولاً: أساس المساءلة عن النتائج المتجاوزة القصد في القضاء الفرنسى.....	146
ثانياً: أساس المساءلة عن النتائج المتجاوزة القصد في الفقه الفرنسى.....	147
الفرع الثاني: أساس المساءلة عن النتائج المتجاوزة القصد في مصر.....	147
أولاً: أساس المساءلة عن النتائج المتجاوزة القصد في القضاء والقانون المصرى.....	147

ثانيا: أساس المساءلة عن النتائج المتجاوزة القصد في الفقه المصري.....	148
الفرع الثالث: أساس المساءلة عن النتائج المتجاوزة القصد في ألمانيا.....	148
الفرع الرابع: أساس المساءلة عن النتائج المتجاوزة القصد في إيطاليا.....	149
الفرع الخامس: الأساس الصحيح في نظري لمساءلة الجاني عن النتائج المتجاوزة القصد.....	149
الباب الثاني: أساس انتفاء المسؤولية عند الجهل بالإباحة أو الغلط فيها.....	151
الفصل الأول : المسؤولية في حالة الجهل بالإباحة أو الغلط فيها.....	153
المبحث الأول: المسؤولية في حالة الجهل بالإباحة أو الغلط فيها في الشريعة الإسلامية.....	153
المطلب الأول: الحقوق التي تترتب المسؤولية على المساس بها.....	154
الفرع الأول: الحقوق.....	154
أولا: حق الله سبحانه وتعالى.....	155
ثانيا: حقوق العباد.....	155
ثالثا: ما يجتمع فيه الحقان.....	155
الفرع الثاني: أجزية الاعتداء على هذه الحقوق.....	155
أولا: أجزية التعدي على حقوق الله سبحانه وتعالى.....	156
ثانيا: أجزية التعدي على حقوق العبد.....	156
ثالثا: الضمان.....	157
المطلب الثاني: مصير مسؤوليات المكلفين عند الجهل بالإباحة أو الغلط فيها.....	158
الفرع الأول: مصير تكليف المكلف عند الجهل بالإباحة.....	159
أولا: ما عده أبو حنيفة عذرا مخففا للمسؤولية.....	159
ثانيا: ما عد جهلا مانعا لكل مسؤولية ومسقطا لها.....	159
الفرع الثاني: مصير تكليف المكلف عند الغلط في الإباحة.....	160

أولاً: الغلط المسقط للعقوبة.....	160
ثانياً: الغلط الذي لا يسقط العقوبة.....	160
المبحث الثاني: المسؤولية في حالة الجهل بالإباحة أو الغلط فيها في النظم القانونية الوضعية.....	161
المطلب الأول: المسؤولية المعنية.....	161
الفرع الأول: أنواع المسؤولية.....	161
الفرع الثاني: تعريف المسؤوليتين الجزائية والمدنية.....	162
الفرع الثالث: الفرق بين المسؤوليتين الجزائية والمدنية.....	163
الفرع الرابع: الآثار التي تترتب على اجتماع المسؤوليتين.....	164
أولاً: الفرق بين الدعويين من حيث الاختصاص.....	164
ثانياً: الفرق بين الدعويين من حيث التقادم.....	165
ثالثاً: الفرق بين الدعويين من حيث حجية الشيء المقضي به.....	165
رابعاً: الفرق بين الدعويين من حيث وقف الدعوى.....	165
الفرع الخامس: التمييز بين المسؤوليتين المدنية والجزائية وغيرهما من المسؤوليات.....	165
المطلب الثاني : مصير المسؤوليتين الجزائية والمدنية عند الجهل بالإباحة أو الغلط فيها.....	165
الفرع الأول: مصير المسؤولية الجزائية والمدنية عند الجهل بالإباحة.....	166
أولاً: مصير المسؤوليتين في نظر الفقه في مصر.....	166
ثانياً: مصير المسؤوليتين في نظر القضاء عند الجهل بالإباحة.....	167
ثالثاً: رأي في المسؤولية عند الجهل بالإباحة.....	167
الفرع الثاني: مصير المسؤولية الجزائية والمدنية عند الغلط في الإباحة.....	168
أولاً: الوضع في القوانين.....	168

ثانيا: الوضع في القضاء.....	169
ثالثا: الوضع في الفقه.....	170
رابعا: رأيي في المسألة.....	170
المبحث الثالث: أساس المسؤولية عند الجهل بالإباحة أو الغلط فيها في الشريعة الإسلامية.....	171
المطلب الأول: أساس المسؤولية عند الجبرية.....	172
الفرع الأول: كيف تأسس الفكر الجبري ومضمونه.....	172
الفرع الثاني: أدلة الجبريين من القرآن العظيم.....	174
الفرع الثالث: أدلة الجبريين من السنة.....	174
الفرع الرابع : أدلة الجبريين العقلية.....	175
المطلب الثاني: أساس المسؤولية عند القدرية (المعتزلة).....	177
الفرع الأول: كيف تأسس الفكر الاعتزالي ومضمونه.....	177
الفرع الثاني: أدلة المعتزلة النقلية.....	178
الفرع الثالث: أدلة المعتزلة العقلية.....	179
أولا: التكليف.....	179
ثانيا: الوعد والوعيد.....	180
ثالثا: تبرير إرسال الرسل.....	180
رابعا: نفي الظلم عن الله سبحانه وتعالى.....	180
الفرع الرابع: ردي على أدلتهم ونقدي لفكرهم.....	181
المطلب الثالث: أساس المسؤولية عند الأشاعرة.....	182
الفرع الأول: تأسيس الفكر الأشعري.....	182
الفرع الثاني: مضمون الفكر الأشعري (نظرية الكسب).....	183

المطلب الرابع: تحليل فقهي ورأيي في موضوع أساس المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية.....	185
الفرع الأول: مسلك الجبرية للوصول إلى أن الأهلية أساس المسؤولية الجنائية وأهميتها في ذلك.....	185
الفرع الثاني: مسلك المعتزلة في جعل الأهلية الجنائية أساس المسؤولية.....	186
الفرع الثالث: مسلك الأشعرية في جعل الأهلية الجنائية أساس المسؤولية.....	187
الفرع الرابع: رأيي في أساس المسؤولية الجنائية على ضوء المذاهب الفكرية في الفقه الإسلامي.....	188
المبحث الرابع: أساس المسؤولية عند الجهل بالإباحة أو الغلط فيها في النظم القانونية الوضعية.....	189
المطلب الأول: أساس المسؤولية الجنائية.....	190
الفرع الأول: الأساس التقليدي للمسؤولية الجنائية.....	191
أولاً: مفهوم حرية الاختيار.....	191
ثانياً: حجج أنصار هذا المذهب.....	192
الفرع الثاني: الأساس الوضعي للمسؤولية الجنائية.....	193
أولاً: مفهوم الحتمية في مجال السلوك الإجرامي.....	194
ثانياً: حجج أنصار مذهب الحتمية.....	195
ثالثاً: أساس المسؤولية الجنائية عند أنصار المذهب التوفيقي.....	195
المطلب الثاني: موقف الفقه الوضعي من أساس المسؤولية عند الجهل بالإباحة أو الغلط فيها.....	198
الفرع الأول: الاتجاه القائل بكون الغلط في الإباحة ينفي القصد الجنائي.....	198
أولاً: الانتقادات الموجهة لهذا الرأي.....	199
ثانياً: رأي الفقه الألماني.....	200
ثالثاً: موقف الفقه في مصر.....	201

الفرع الثاني: الاتجاه القائل بكون الإباحة الظنية كالفعلية من حيث وحدة أساسها.....	201
أولاً: مفهوم النظرية ومحتواها.....	201
ثانياً: موقف جانب من الفقه في مصر.....	202
الفرع الثالث: الاتجاه القائل بأن أساس انتفاء المسؤولية في الإباحة الظنية يختلف من حالة إلى أخرى.....	202
الفصل الثاني: أساس انتفاء المسؤولية عند الجهل بالإباحة أو الغلط فيها في الشريعة الإسلامية.....	203
المبحث الأول: أساس انتفاء العقاب والضمان.....	203
المطلب الأول: انتفاء المسؤولية بانتفاء الإثم.....	204
الفرع الأول: تعريف الإثم لغة.....	204
الفرع الثاني: تعريف الإثم اصطلاحاً.....	204
المطلب الثاني: الاستصحاب أساساً لانتفاء المسؤولية.....	205
الفرع الأول: تعريف الاستصحاب لغة.....	205
الفرع الثاني: تعريف الاستصحاب اصطلاحاً.....	205
الفرع الثالث: مسلكي.....	205
المبحث الثاني: النطاق الذي يشمل انتفاء العقاب شبه المتفق عليه.....	206
المطلب الأول: شمول الإباحة للقصاص.....	205
المطلب الثاني: شمول الإباحة للدية.....	207
الفرع الأول: تعريف الدية لغة واصطلاحاً.....	207
الفرع الثاني: الأرش.....	207
الفرع الثالث: الدية بين العقوبة والضمان (التعويض).....	208
المطلب الثالث: شمول الإباحة للتعزيز.....	208

208.....	الفرع الأول: تعريف التعزير لغة
209.....	الفرع الثاني: تعريف التعزير اصطلاحاً
209.....	الفرع الثالث: التعريف الجامع المانع
210.....	الفرع الرابع: موقف من هذا التعريف
210.....	المبحث الثالث: ما هو خارج عن نطاق انتفاء المسؤولية الجزائية
210.....	المطلب الأول: تعريف الكفارة
210.....	الفرع الأول: تعريف الكفارة لغة
211.....	الفرع الثاني: تعريفها اصطلاحاً
211.....	الفرع الثالث: ماهية الكفارة
210.....	المطلب الثاني: الأساس التشريعي للكفارة وخلاف الفقهاء بشأنها
211.....	الفرع الأول: الأساس التشريعي
211.....	الفرع الثاني: خلاف الفقهاء بشأن الكفارة
212.....	المبحث الرابع: حالات انتفاء الضمان
211.....	المطلب الأول: تعريف الضمان
213.....	الفرع الأول: تعريف الضمان لغة
213.....	الفرع الثاني: تعريفه اصطلاحاً
215.....	المطلب الثاني: مصدر الضمان وأساسه
215.....	الفرع الأول: أدلة مشروعية الضمان
215.....	أولاً: من القرآن العظيم
215.....	ثانياً: من السنة النبوية المطهرة
216.....	الفرع الثاني: أساس الضمان
216.....	المطلب الثالث: ضمان الجنائية

الفرع الأول: تضمين الشارع لحكم الديات والأروش وما أتلف.....	216
الفرع الثاني: تضمين المباشر والمتسبب.....	217
الفرع الثالث: تضمين ما أتلفت البهائم.....	217
المطلب الرابع: سقوط الضمان.....	218
الفرع الأول: تعريف سقوط الضمان.....	218
أولاً: تعريف السقوط.....	218
ثانياً: تعريف الضمان.....	219
الفرع الثاني: موقف فقهاء المذاهب من سقوط الضمان.....	219
الفرع الثالث: ما جاء بشأن إسقاط الضمان في مجلة الأحكام العامة.....	220
الفصل الثالث: أساس انتفاء المسؤولية عند الجهل بالإباحة أو الغلط فيها في القوانين الوضعية.....	222
المبحث الأول: أساس انتفاء المسؤولية الجنائية والمدنية.....	222
المطلب الأول: انتفاء الإثم أساساً لانتفاء المسؤولية.....	223
الفرع الأول: النظرية النفسية للإثم الجنائي.....	223
أولاً: مضمون النظرية.....	223
ثانياً: تقدير هذه النظرية.....	224
الفرع الثاني: النظرية المعيارية (القاعدية) للإثم.....	225
أولاً: مضمون النظرية.....	225
ثانياً: تقدير هذه النظرية.....	225
الفرع الثالث: إمكان الجمع بين النظريتين.....	226
المطلب الثاني: انتفاء القصد الجنائي أساساً لانتفاء المسؤولية.....	226
الفرع الأول: ماهية القصد الجنائي وعناصره.....	227
الفرع الثاني: نظرية العلم.....	227

الفرع الثالث: نظرية الإرادة.....	228
المطلب الثالث: موقف القضاء الوضعي وبعض الآراء الخاصة من أساس انتفاء المسؤولية رغم الجهل بالإباحة أو الغلط فيها.....	229
الفرع الأول: موقف القضاء من أساس انتفاء المسؤولية رغم الجهل بالإباحة أو الغلط فيها.....	229
أولاً: القضاء في فرنسا.....	229
ثانياً: القضاء في إيطاليا.....	229
ثالثاً: القضاء الأنجلوسكسوني.....	230
رابعاً: القضاء المصري.....	230
الفرع الثاني: آراء خاصة في أساس انتفاء المسؤولية رغم الجهل بالإباحة أو الغلط فيها.....	231
أولاً: رأي الدكتور علام.....	232
ثانياً: رأي الدكتورة آل معجون.....	233
ثالثاً: رأي في المسألة.....	233
المبحث الثاني: نطاق انتفاء العقاب.....	234
المطلب الأول: الدفاع الشرعي.....	235
المطلب الثاني: ممارسة الحق والحقوق التي تسمح القوانين بممارستها.....	236
الفرع الأول: مفهوم ممارسة الحق.....	236
الفرع الثاني: الحقوق التي يحميها القانون ويسمح بممارستها.....	236
أولاً: حق التأديب.....	236
ثانياً: حق ممارسة الألعاب الرياضية.....	237
ثالثاً: حق ممارسة التطبيب.....	237
المطلب الثالث: أداء الواجب.....	238

الفرع الأول: أداء الموظف العمل تنفيذا للقانون أو ممارسة للسلطة.....	238
الفرع الثاني: أداء الموظف للعمل طاعة لرئيسه.....	239
الفرع الثالث: القيام بحق وواجب الدفاع الشرعي.....	239
المطلب الرابع: رضا المجني عليه.....	239
المبحث الثالث: نطاق انتفاء التعويض.....	240
المطلب الأول: التعويض.....	240
الفرع الأول: التعويض النقدي.....	241
الفرع الثاني: التعويض العيني وإرجاع الحال لما كان عليه.....	241
الفرع الثالث: التعويض بمقابل.....	242
المطلب الثاني: أساس سقوطه.....	243
الفرع الأول: الخطأ العمدي وغير العمدي.....	243
الفرع الثاني: حالات انتفاء الخطأ (وانتفاء الحق في التعويض).....	244
المطلب الثالث: نطاق سقوط التعويض.....	244
الفرع الأول: السقوط الكلي للتعويض.....	244
الفرع الثاني: السقوط الجزئي للتعويض.....	245
الخاتمة.....	247
فهرس الآيات.....	253
فهرس الأحاديث.....	257
قائمة المصادر والمراجع.....	259
الفهرس العام.....	278
ملخص البحث.....	295

ورد أن سيدنا عمر رضي الله عنه قال: ((رحم الله من أهدى إلي عيوبي))

فعلى من قرأها أن يفيدني بملاحظاته. وشكرا

الهاتف: 0773 44 80 66

