



Al-Haq journal
ISSN | 3005-3919

مجلة الحق

العدد الرابع ديسمبر 2015



الناشر
كلية القانون - جامعة بني وليد - ليبيا



النوثق

الدار الوطنية للكتاب بنغازي 2014/ 236

المراسلات : محلة الحق

كلية القانون بني وليد

البريد الإلكتروني : alhakk68@gmail.com

العدد الرابع ديسمبر 2015

ضوابط النشر

1. أن يكون منضبطا بالمنهجية العلمية الصحيحة.
2. أن يتسم بالجدية والتأصيل العلمي.
3. ألا يكون جزءا من رسالة علمية أو أطروحة دكتوراه، أو أنه قد نشر من قبل بوجه من الوجوه.
4. تقبل الأعمال العلمية بإحدى اللغات الحية في إطار أهداف المجلة، مع ملخص لها باللغة العربية لا يزيد عن صفحتين.
5. أن يكون ضمن مجال العلوم القانونية أو الشرعية.
6. ألا يقل البحث العلمي عن 15 صفحة، ولا يزيد عن 30 صفحة، مرفقاً بالسير الذاتية للباحث.
7. أن تكون الهوامش في كل صفحة بترقيم يخصها.
8. أن يكون حجم الهوامش 14 والمتن 16، بخط Traditional Arabic، بما في ذلك الآيات القرآنية.
9. أن يقدم الباحث عمله من ثلاث نسخ ورقية، ونسخة الكترونية (على قرص) بصيغة الورد (word).
10. أن يملأ الباحث الاستمارات الخاصة بالنشر (تعهد بعدم النشر والالتزام بالضوابط المتبعة - بيانات السيرة الذاتية - نموذج تعديل الملاحظات (إذا تطلب الأمر)).
11. أن تكون معلومات النشر في آخر البحث، مرتبة معجمياً على أسماء المؤلفين.
12. أن تكون الإحالة على المصادر في الهامش باسم المؤلف.
13. أن يكون تحريج الأحاديث من المصادر الأصلية مع ذكر الكتاب والباب، ورقم الحديث والجزء والصفحة، والحكم على الحديث إذا كان في غير الصحيحين .
14. أن يقدم الباحث ملخصاً عن بحثه لا يتجاوز صفحة واحدة.

مجلة علمية تصدر عن كلية القانون / جامعة بني وليد

هيئة التحرير

المشرف العام	د. عيسى فتح الله أحمد
رئيس التحرير	د. علي محمد شقلوف
مدير التحرير	د. مفتاح أغنييه محمد
المدير التنفيذي	د. عبدالله امبارك الدعكي

اللجنة الاستشارية

د. مفتاح محمود اجبارة	د. علي رمضان المخزوم
د. موسى مفتاح بشابش	د. منصور الفيتوري حامد
د. ناصر فرج الغيطة	د. عطية عبد الحفيظ الحداد
د. محمد إبراهيم الداه	د. ميلاد سالم مختار

البحوث المنشورة بالمجلة لا تعبر بالضرورة عن رأي المجلة أو الجامعة

قائمة المحتويات

1	افتتاحية العدد	6
2	التحكيم ووجوب تنفيذ حكم المحكم في الفقه الإسلامي	7
• د/ عيسى فتح الله أحمد		
3	مدى مشروعية استخدام جهاز كشف الكذب في التحقيق الجنائي	25
• أ/ محمد عبدالله دبتون		
4	حقوق المجني عليه في الدعوى الجنائية في التشريع الليبي	51
• د. علي محمد عبدالسلام		
5	آليات و طرق إثبات جرائم الحدود بالقانون الليبي	71
• د/ مفتاح محمود إجبار		
6	الحماية القانونية والقضائية لحقوق الإنسان في ليبيا	88
• د/ ناصر فرج الغيطه		
7	العام وأثره في استنباط الأحكام	105
• د/ سميح عبدالوهاب الجندي		

135	8	العلاوة السنوية للموظف العام
دراسة في أحكام القانون رقم 12 لسنة 2010 بشأن علاقات العمل		
• د/ محفوظ علي النواتي		
155	9	التخصيص بالغاية وآثاره الفقهية
• د/ محمد علي جبران		
186	10	حماية حق الحياة دراسة حقوقية في الفكر المقاصدي
د/ مفناح أغنيہ محمد		
221	11	الخطبة والآثار الشرعية المترتبة عليها
• د/ موسى مفناح بشابش		

افتتاحية العدد

الحمد لله، والصلاة والسلام على أشرف خلق الله، محمد بن عبد الله ﷺ:
 أما بعد: فإن من دواعي سرورنا أن نقدم العدد العاشر من مجلة الحق التي تصدر عن كلية القانون بني وليد آمليين أن تكون هذه المجلة دافعاً لتقديم الإضافة في مجال البحث العلمي.
 وإن هيئة التحرير بالمجلة يسعدها تلقي الملاحظات والمقترحات التي من شأنها الدفع بهذه المجلة إلى الأمام لتكون أفضل مما هي عليه، شكلاً ومضموناً.
 وبهذه المناسبة أيضاً فإن هيئة التحرير بالمجلة تهيب بالباحثين الشرعيين والقانونيين من أساتذة الجامعات ورجال القضاء والمحامين المساهمة في إثراء مادتها العلمية ببحوثهم وتعليقاتهم في ميدان تخصصهم، وسنكون شاكرين لهم حسن تواصلهم مع المجلة ومتابعة ما يكتب فيها، فذلك كفيل بضمان استمرارها وتجديدها.
 فمزيداً من العمل الجاد والمثمر حتى يتواصل مثل هذا العطاء العلمي الذي هو المرأة التي تعكس الدور الحقيقي لجامعة بني وليد بشكل عام وكلية القانون بشكل خاص للنهوض برسالة المجلة على الوجه المنشود.

هيئة التحرير بالمجلة

التحكيم ووجوب تنفيذ حكم المحكم في الفقه الإسلامي
عيسى فتح الله أحمد
محاضر بكلية القانون/جامعة الزيتونة

مُتَكَلِّمَاتُ

الحمد لله رب العالمين الرحمن الرحيم وأحكم الحاكمين ، والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين صلى الله عليه وعلى آله وصحبه أجمعين ، وبعد:

فإن التحكيم من الوسائل القضائية المهمة قديما وحديثا في فصل الخصومات وقطع المنازعات التي هي نتيجة طبيعية لاجتماع الناس وتعاملهم فيما بينهم ، وهو في حقيقته أمر بالمعروف ونهي عن المنكر ونصر للمظلوم ورد للظالم عن ظلمه ، وأداء للحق لمستحقه .

ولقد عرف الإنسان التحكيم قبل أن يعرف القضاء، ولم يفقد أهميته مع وجود القضاء، فهو يشاطره في إقامة العدل والفصل في الخصومات قديما وحديثا ، بل ويمتاز عليه في سرعة الفصل فيالدعوى، وتوفير النفقات والأوقات.

عرفه العرب قبل الإسلام، واعتُبر الشكل الرئيسي للعدالة والقضاء بين الأفراد في مجتمع كان الحق فيه متوقفا على القوة في غالب الأحيان، وجاء الإسلام فأعطاه المشروعية الكاملة وجعله من مرتكزات نظام القضاء في إقامة العدل، وتسوية المنازعات بين الأخصام.

ولأهمية موضوع التحكيم، فقد تناوله الفقهاء وكذا شراح القانون من عدة جوانب، الشرعي منها و القانوني، والمحلي والدولي، ولقد رأيتأنأتناوله من جانب وجوب تنفيذ الحكم التحكيمي، ولزومه، بعد التعريف به، وذكر أركانه وشروطه.

ولقد قسمته إلى مبحثين وخاتمة، تناولت في المبحث الأول : تعريف التحكيم وذكر أركانه وشروطه، وفي المبحث الثاني: إمضاء حُكم المحكّم وتنفيذه، وإلزام المحتكمين بمقتضاه، مع تطبيقات من واقع المجتمع، ثم خاتمة أعرض فيها نتائج البحث.

وسأتعرض لآراء الفقهاء بكيفية تؤدّي الغرض، وتفي بالمضمون، دون التوسع الممل، وبالمقابل دون الإيجاز المخل، كما سآتي بأحكام تطبيقية من واقع الحياة العملية، والله أسأل السداد والرشاد، إنه سميع مجيب.

المبحث الأول : ماهية التحكيم ومشروعيته وأركانه وشروطه
ويتألف من مطلبين:-

المطلب الأول: تعريف التحكيم وثبوت مشروعيته.

التحكيم في اللغة:-

التحكيم: مصدر للفعل (حَكَمَ) بمعنى قضى، فيقال حَكَّمَهُ في ماله أو في الأمر تحكيماً ؛ إذا جعل إليه الحكم فيه، أي : احتكم إليه ، واحتكموا إلى الحاكم وتحاكموا: بمعنى ، والحكم: القضاء ⁽¹⁾ ومنه قوله تعالى: ﴿ فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم... ﴾ الآية ⁽²⁾، تقول: حَكَّمْتُ الرجل: أي فوضت الحكم إليه، فالْحَكَمَ من يُختار للفصل بين المتنازعين ، قال تعالى: ﴿ وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدوا إصلاحاً يوفق الله بينهما... ﴾ الآية ⁽³⁾.

التحكيم في اصطلاح الفقهاء:-

لا يضع كثير من الفقهاء تعريفاً للتحكيم اكتفاء بما وقر في الأذهان من معناه اللغوي، وإنما يبينون حكمه بعبارات يستخلص منها تعريف التحكيم، ومن ذلك ماجاء في حاشية الشيخ محمد عرفة الدسوقي قوله : " وجاز لمتداعيين تحكيم رجل غير خصم من غير تولية قاضٍ له ، يحكمانه في النازلة بينهما... " ⁽⁴⁾.

وكذلك ماجاء في كتاب بلغة السالك لأقرب المسالك للشيخ أحمد بن محمد الصاوي في تعريفه للقضاء، قوله: " القضاء لغة : يطلق على معان، مرجعها : انقضاء الشيء وتماهه ، وفي الشرع : حُكْم حاكم ، أو محكِّمٍ أمر ثبت عنده " ⁽⁵⁾.

وقال في موضع آخر مفرقا بين القاضي والمحكِّم : " الحاكم: ما كان مُقاماً من طرف السلطان ، والمحكِّم : ما كان مُقاماً من طرف الأخصام " ⁽⁶⁾، وكذلك ماجاء في مواهب الجليل للشيخ أبي عبدالله محمد بن

⁽¹⁾ ينظر مختار الصحاح للشيخ محمد بن أبي بكر الرازي ، المكتبة الأموية ، دمشق ، 1972م 1391هـ، ص148 ، والمعجم الوجيز ، نشر : مجمع اللغة العربية، طبع وزارة التربية والتعليم 1410هـ 1990م ، ص165، والقاموس المحيط ، للفيروز آبادي ، تحقيق : مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة ، نشر : مؤسسة الرسالة ، بيروت، ط6، 1419هـ 1998م ، ومختار القاموس ، الشيخ: الطاهر الزاوي ، الدار العربية للكتاب ، طرابلس ، ليبيا ، 1981م ، ص149.

⁽²⁾ سورة النساء، الآية 64.

⁽³⁾ سورة النساء، الآية 35.

⁽⁴⁾ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، المكتبة التجارية الكبرى ، دار الفكر ، بيروت ، (د.ت) ، ج4/120.

⁽⁵⁾ بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك ، للشيخ أحمد الصاوي في حاشيته على الشرح الصغير للشيخ أحمد الدردير ، طبع ونشر: مصطفى الحلبي عام 1372هـ - 1952م ، ج2/324.

⁽¹⁾ نفس المرجع ونفس الصفحة .

محمد الطرابلسي ، المعروف بـ(الخطاب)، قوله : " لو أن رجلين حَكَّما بينهما رجلا فحكم بينهما أمضاه القاضي ، ولا يرده إلا أن يكون جوراً بينا"⁽¹⁾.

وجاء في كتاب أدب القضاء، للقاضي شهاب الدين الحموي، قوله: " إذا اختصم رجلان في حق من الحقوق المالية، فحكمًا رجلا هل ينفذ حكمه؟"⁽²⁾.

وقول الإمام السرخسي: " الحَكَم فيما بين الخصمين بمنزلة الحاكم الموليَّ"⁽³⁾ ، وهذا لا ينفي وجود بعض التعريفات الموجزة للتحكيم مثل تعريفالحصكفي في الدر المختار بأنه: " تولية الخصمين حاكما يحكم بينهما"⁽⁴⁾، وبذات التعريف، عزّفته الموسوعة الإسلامية العامة، بأنه: " تولية الخصمين حاكما يحكم بينهما"⁽⁵⁾، وعزّفته مجلة الأحكام العدلية في المادة (1790) بأنه: " اتخاذ الخصمين آخر حاكما برضاها لفصل خصومتها ودعواها"⁽⁶⁾.

وعرفه مجمع الفقه الإسلامي بأنه: " اتفاق طرفي خصومة معيّنة على تولية من يفصل في منازعة بينهما، بحكم مُلزم يطبق الشريعة الإسلامية"⁽⁷⁾.

ولا يخرج تعريف التحكيم عند شرح القانون عنه لدى فقهاء الشريعة فهو عندهم بوجه إجمالي: " اتفاق ذوي الشأن على عرض نزاع معين قائم أو محتمل الوقوع على فرد أو أفراد أو هيئة للفصل فيه دون المحكمة المختصة"⁽⁸⁾.

وللموازنة بين تعريف التحكيم في الشريعة وفي القانون نجد أنه لا فرق يذكر بينها؛ لاشتمال كل منهما على العناصر التالية:

- 1- اتفاق الخصوم على حسم النزاع بينهم بطريق التحكيم لا بطريق القضاء.
- 2- طرفا التحكيم: الطرف الأول: الخصمان ولو تعددوا، والطرف الثاني: الحَكَم أو هيئة التحكيم، يعين باتفاق الخصمين ويحسم النزاع بينهما.
- 3- محل التحكيم: وهو فض النزاع القائم بين الخصمين.

(2) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل وبهامشه كتاب : التاج والإكليل لمختصر خليل لأبي عبد الله محمد بن يوسف العبدري، الشهير بـ(المواق)، مكتبة النجاح ، طرابلس ، ليبيا، (د.ت)، ج 6/112.

(2) شهاب الدين ، المعروف بـ(ابن أبي الدم الحموي) ، نشر: دار الفكر ، دمشق، ط2، 1982م، ص176 .

(4) كتاب المبسوط ، دار الفكر ، بيروت ، مج8، ج 97/16.

(5) مطبوع مع حاشية ابن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار، نشر: دار الفكر – بيروت، طبعة جديدة 1421هـ - 2000م ، ج5/573.

(6) الموسوعة: يصدرها المجلس الأعلى للشئون الإسلامية ، بمصر، 1422هـ - 2001م ص350 .

(6) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، علي حيدر، تعريب: فهمي الحسيني، دار الجيل، بيروت، ط1، 1411هـ-1991م ، ج4/578.

(8) ينظر قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي بجدة، القرار رقم 91 في المؤتمر التاسع بتاريخ ذو القعدة 1415هـ - 16 أبريل 1995م ، والمادة (1790) من مجلة الأحكام العدلية، (م.س).

(9) ينظر في مثل هذا : عقد التحكيم وإجراءاته، د. أحمد أبو الوفاء، نشر: منشأة المعارف ، الإسكندرية، 1974م، ص15.

ويطلق على التحكيم- في نزاع معين بعد نشوئه - عند شرح القانون : (مشارطة التحكيم).
وسموا الاتفاق مقدما - وقبل قيام النزاع- على عرض المنازعات- التي قد تنشأ في المستقبل خاصة بتنفيذ عقد معين- على محكمين: (شرط التحكيم)⁽¹⁾.

وقد دلّ على مشروعية التحكيم الكتاب والسنة والإجماع ، فمن الكتاب قول الله تعالى : ﴿إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل...﴾⁽²⁾، فقد أمر الله عز وجل من يحكم بين الناس أن يحكم بالعدل ، والحكم بين الناس له طرق : منها الولاية العامة ومنها القضاء، ومنها تحكيم المتخاصمين أو أكثر لشخص أو أكثر في قضية خاصة.

وقوله تعالى : ﴿وإن خفتن شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدوا إصلاحا يوفق الله بينهما...﴾⁽³⁾، فالآية نص في التحكيم ودليل على إثباته ومشروعيته ، وذلك أنه لما جاز التحكيم في حق الزوجين دلّ ذلك على جوازه في سائر الخصومات والدعاوى⁽⁴⁾.

وقوله تعالى : ﴿يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود...﴾⁽⁵⁾، فقد أوجبت الآية على جميع المؤمنين الإلتزام بكل عقد يتفق والشرع ، والتحكيم عقد من العقود ، فيجب الوفاء به.

ومن السنة، ما جاء في الصحيح أن النبي صلى الله عليه وسلم، قيل تحكيم سعد بن معاذ في أهل قريضة، وأنفذ حكمه فيهم، وقال له: " حكمت فيهم بحكم الله "⁽⁶⁾، وكذا ما جاء في سنن النسائي من أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال لأبي شريح- وقد كان يُكْتَى بأبي الحكم- : " إن الله هو الحكم وإليه الحكم فلم تُكْتَى أبا الحكم؟" قال: إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم فرضي كلا الفريقين ، قال : " ما أحسن هذا" وقال له : " أنت أبو شريح" وكناه بأكبر أولاده⁽⁷⁾.

وقد عمل بالتحكيم جمع من الصحابة رضي الله عنهم ، ولم ينكره أحد، فقد حاكم سيدنا عمر - رضي الله عنه- رجلا عراقيا إلى شريح ، قبل أن يوليه القضاء ، وتحاكم عثمان وطلحة إلى جبير بن مطعم ، ولم يكونوا قضاة⁽⁸⁾، قال النووي : " وقد أجمع العلماء عليه ولم يخالف فيه إلا الخوارج "⁽⁹⁾.

(1) ينظر إلى المواد 739، 741، 744 من قانون المرافعات الليبي.

(2) سورة النساء ، الآية 57

(3) سورة النساء، الآية 35.

(4) ينظر: الجامع لأحكام القرآن، لأبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، دار الكتاب العربي، القاهرة، 1387هـ -

1967م، ج 179/5.

(5) سورة المائدة، الآية 1

(6) صحيح مسلم بشرح النووي، كتاب: الجهاد والسير، باب: جواز قتال من نقض العهد، المكتبة المصرية ومكتبتها، (د،ت)، ج 2/94.

(1) سنن النسائي، للحافظ عبد الرحمن أحمد بن شعيب الخراساني، بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي، ضبطه وصححه ، ورقم أحاديثه. الشيخ عبد الوارث محمد علي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1416هـ 1995م، ج 8/166، حديث رقم 5387.

(2) ينظر : المغني مع الشرح الكبير لابن قدامة، تحقيق : د. محمد خطاب ، ود. السيد محمد ، نشر: دار الحديث ، القاهرة، ط 1،

1416هـ - 1996م، ج 630/13.

(3) النووي شرح صحيح مسلم، ج 92/12، المرجع السابق.

والتحكيم والقضاء يشتركان في إظهار حكم الشرع في أمر من الأمور ويفصلان في الدعاوى وفض المنازعات⁽¹⁾، إلا أنهما يختلفان في بعض الأوجه، ومنها: أن اللجوء إلى القضاء حق مقرر لجميع الأطراف يتساوى أمامه الكافة، ويحق للمدعي أن يجبر خصمه على المثول أمام القاضي، وذلك لا يتوقف على مشاركة أو عقد سابق، ويستمد قواعده الآمرة من النظام العام، بينما لا تقوم ولاية المحكم إلا برضا الأطراف، وفيما حُدّد عرضه عليه، فولاية المحكم ولاية خاصة مستمدة من عقد التحكيم، ورضا أطرافه بخلاف القضاء الذي يحق لكل من المتنازعين أن يرفع دعواه بإرادته المنفردة إلى القضاء دون حاجة إلى رضا خصمه.

وهو غير الصلح الذي هو: قطع المنازعة عن رضا، ويعرفها الفقهاء بأنه: "انتقال عن حق أو دعوى بعوض لرفع نزاع أو خوف وقوعه"⁽²⁾، وعرفته المادة (548) من القانون المدني الليبي بأنه: "عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان نزاعاً محتملاً وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التنازل عن جزء من ادعائه".

والتحكيم غير الإفتاء، لأن هذا الأخير: الإخبار عن حكم شرعي لكن لا على سبيل الإلزام.

المطلب الثاني

أركان التحكيم وشروطه

التحكيم يقوم على اتفاق أطراف النزاع القائم فيما بينهم، على أن يتراضيا على شخص أو أكثر يفصل في هذا النزاع دون القضاء، ويقبلا بحكمه، بل ويلتزمنا بتنفيذه، فهو كأي عقد رضائي ملزم لأطرافه، ويتعين أن تتوافر فيه الأركان المطلوبة في سائر العقود من توافر أهلية لدى المتعاقدين، وانتفاء شوائب الرضا، ومن توافر موضوع العقد وصفته لدى المتعاقدين.

أركان عقد التحكيم :-

أولاً: الصيغة:-

وكما هو الشأن في العقود، لا بد من صيغة تُعبّر عن الإرادة بما يدل على مقصود العاقلين دلالة واضحة من قول أو فعل أو غيرهما⁽³⁾، تتمثل في إيجاب يصدر ممن له أهلية التعاقد، يلاقي قبولاً من الطرف الآخر الموجه إليه هذا الإيجاب، وممن له أهلية التعاقد، كذلك وعن رضا واختيار ورغبة في إنشاء العقد، وبالألفاظ التي تدل على التحكيم⁽⁴⁾، والأهلية المرادة هي أهلية الأداء الكاملة.

(1) عند تعريفه للقضاء، قال الشيخ أحمد الصاوي: هو حكم حاكم أو محكم بأمر ثبت عنده. ينظر: بلغة السالك، حاشية على الشرح الصغير للدردير، مصطفى الحلبي، مصر، 1372 هـ - 1952 م، ج 2/329.

(2) شرح حدود ابن عرفة، لأبي عبدالله محمد الرصاع، تحقيق: محمد أبو الأجنان، والطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، عام 1993 م، ج 2/421.

(3) التحكيم بين الشريعة والقانون، عامر علي رحيم، الدار الجماهيرية للنشر، مصراته، ط1، 1987 م، ص 71.

(4) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر، تعريب: فهمي الحسيني، ج 4/578.

والتحكيم قد يتم استناداً إلى مشاركة تحكيم خاصة، أو شرطاً وارداً بالعقد⁽¹⁾، والغالب أن يتم تراضي أطراف التحكيم بمناسبة قيام النزاع، وقد يدرجون في العقد شرطاً يتم بموجبه اللجوء إلى التحكيم في حالة وقوع نزاع حول تنفيذ هذا العقد، وهو ما يطلق عليه "شرط التحكيم"، ولأطراف التحكيم تقييد الصيغة بشرط مشروع، يتعلق بالزمان أو المكان، أو اتباع مذهب معين أو غير ذلك مما رغبوا في تدوينه، ومربنا مشروعية التحكيم، وأن الفقهاء اتفقوا على جوازه في حال قيام خصومة حول حق من الحقوق. ولم يشترط الفقهاء الإشهاد أو الكتابة على اتفاق التحكيم، ومع ذلك فهم يستحبون الإشهاد خشية جحود الخصوم، ويشترطون أن يشهد على الخصوم في مجلس الحكم بقبولهما لحكمه ورضاهما به⁽²⁾. وقد يكون الخصمان اثنين أو أكثر، وقد يكون المحتكم إليه واحداً أو أكثر وذلك بحسب ظروف كل واقعة وقضية، ولا يخفى أن شرط كمال الأهلية يستوجب في أطراف النزاع أنهم أهل لرفع الدعاوى وإبرام العقود، مما يستلزم معه توافر شروط التكليف فيهم (من البلوغ والعقل وحرية التصرف)، وكونهم غير محجور على أحدهم⁽³⁾، وتطرق بعض الفقهاء إلى أن عامل القراض، وكذا المأذون له في التجارة لا يكفي تحكيمها بل لابد من رضا المالك، وكذا المحجور عليه لسفه أو فلس لا أثر لتحكيمه كذلك⁽⁴⁾.

ثانياً: محل العقد (محل التحكيم): -

المقصود بمحل العقد: (المعقود عليه) وهو ما يثبت فيه أثر العقد، وهو إما أعيان مالية أو منافع أو عمل، فيقوم المحكم بحسم النزاع الدائر بين الخصوم، ومن ثم فمحل العقد القيام بعمل معين، أو منفعة. ويشترط في المعقود عليه (محل التحكيم) شروطاً هي: -

- 1- أن يكون قابلاً لحكم العقد، فإذا كان غير قابل له، فلا يصح أن يرد عليه العقد ويكون باطلاً، كأن يكون الشارع قد نهي عنه لحكمة معينة.
- 2- وكون المحل معلوماً لطرفي العقد علماً ينفي الجهالة المفضية إلى النزاع بين الأطراف.
- 3- كون المحل مقدور على تسليمه وقت التعاقد ولو حكماً فيما يخص المعاوضات المالية.
- 4- وجود المعقود عليه عند إنشاء العقد في عقود المعاوضات⁽⁵⁾، وهذا من أحكام العقود عامة، أما من حيث ما يجري فيه التحكيم خاصة، فإنه - ومع اتفاق الفقهاء في أن التحكيم يشاطر القضاء - لكنه أخص منه من حيث الولاية، ذلك أن القضاء له النظر والولاية في جميع وجوه

(1) (م/739) من قانون المرافعات المدنية الليبي.

(2) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الشيخ محمد الخطيب الشربيني، دار الفكر، بيروت، ط2 (د.ت)، ج4/379.

(3) البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لزين الدين ابن نجيم الحنفي، دار المعرفة، بيروت، (د.ت)، ج7/24.

(4) مغني المحتاج، للشربيني، م.س، نفس الصفحة.

(5) ينظر: التحكيم بين الشريعة والقانون، عامر علي رحيم، ص86، م.س.

القضايا والأحكام دون تحديد⁽¹⁾. بينما التحكيم غير ذلك فهو مسحوب الاختصاص في بعض القضايا ، وعلى خلاف بين الفقهاء ، كما سيأتي.

فلا يصح عند فقهاء الحنفية في الحدود، ولا في العقود ولا في الدية على العاقلة⁽²⁾، وكذا حدّ القذف على القول المختار - عندهم-؛ لأن فيها حق لله تعالى⁽³⁾؛ ولأنه لا ولاية للحكمين على دمه (أي المختكمين)، ولهذا فلا يملكان الإباحة ، فلا يستباح برضاها⁽⁴⁾، " ولا ينبغي للحكم أن يقضي في إقامة حد أو تلاعن بين الزوجين؛ لأن اصطلاح الخصمين على ذلك غير معتبر وما يحكم به بمنزلة اصطلاح الخصمين عليه؛ وهذا لأن إقامة الحدود واللعان في حق الشرع ، فلا يقضي فيه إلا من يعين نائباً وعليه استيفاء حقوق الله تعالى، وهم القضاة والأئمة.."؛ لأنه ماتعين نائباً في استيفاء حقوق الله تعالى⁽⁵⁾.

وعند فقهاء المالكية أيضاً يجوز للمحكم أن يفصل في دعاوى المال والجراح " لا في حد ولا قتل ولا لعان ولا في ولاء لشخص على آخر، ولا نسب ، ولا في طلاق، وفسخ لنكاح ولا عتق ولا رشد وسفه، ولا في أمر غائب مما يتعلق بماله وزوجته، ولا في حبس ولا عقد مما يتعلق بصحته وفساده؛ لأن هذه الأمور إنما يحكم فيها القضاة ، فلا يجوز التحكيم فيها لتعلق الحق فيها بغير الخصمين ، إما لله تعالى كالحدود والطلاق، وإما لآدمي كاللعان والنسب..."⁽⁶⁾.

وفي الفقه الشافعي ، يلخص الإمام النووي الآراء في المذهب بقوله: " ولو حكم خصمان رجلاً في غير حد لله تعالى جاز مطلقاً، وفي قول: لا يجوز، وقيل بشرط عدم قاض بالبلد، وقيل: يختص بمال دون قصاص ونحوهما "⁽⁷⁾، أقوال أقربها لرأي الجمهور : آخرها.

وفي الفقه الحنبلي، فقد جاء في كتاب المغني لابن قدامة قوله : " قال القاضي: وينفذ حكم من حكمهما في جميع الأحكام إلا أربعة أشياء، النكاح، واللعان، والقذف، والقصاص؛ لأن لهذا الأحكامية على غيرها، فاختص الإمام بالنظر فيها، ونائبه يقوم مقامه "⁽¹⁾.

(1) ينظر: تبصرة الحكام، لابن فرحون، ج 62/1.

(2) حاشية ابن عابدين ج5/574، وبدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، للإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، تحقيق وتعليق: الشيخ علي محمد معوض ، والشيخ عادل أحمد عبد الموجود ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ-1998م، ج9/193.

(3) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر، ج4/695، (م1841) وشرحها.

(4) البداية شرح بداية المبتدئ، للإمام أبي الحسن علي بن أبي بكر المرغيناني، مع نصب الراية ، تخريج أحاديث الهداية، لجمال الدين الزليعي، نشر: دار الكتب العلمية ، بيروت، ط1، 1416هـ-1996م، ج4/151.

(5) كتاب المبسوط ، للإمام شمس الدين أبو بكر السرخسي، دار الفكر، بيروت ، مج8، ج16/97.

(6) الشرح الصغير ، لأبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، تنسيق: د. مصطفى كمال وصفي، دار المعارف ، مصر، (د.ت) ، ج4/198، وانظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الشيخ محمد عرفة الدسوقي ، دار الفكر، بيروت، (د.ت)، ج4/121، ومواهب الجليل، لأبي عبد الله محمد بن محمد المعروف بـ(الحطاب) ، مكتبة النجاح، طرابلس، (د.ت)، ج6/112.

(7) كتاب أدب القضاء، للقاضي شهاب الدين المعروف: بـ ابن أبي الدم الحموي الشافعي، تحقيق: د. محمد الزحيلي، دار الفكر، دمشق، ط2، 1402هـ-1982م، هامش ص176.

ثالثا: المحكم، أو (المحتكم إليه):-

يقوم التحكيم على اتفاقين متكاملين: الأول بين الخصمين، وبمقتضاه تراضيان على شخص يفصل في النزاع القائم بينهما، والثاني: فيما بينهما وبين هذا الشخص الذي ارتضياه، وبمقتضاه:- يقبل أن يفصل في هذا النزاع، وقد يكون المتنازعين اثنان فأكثر، وكذلك الحكم، أو المحتكم إليه أكثر من واحد⁽²⁾، فطري النزاع -كما مر بنا بأنه: يشترط فيهما أو فيهما-، إذا كانوا أكثر من اثنين - كونهم يتمتعون بالأهلية الكاملة التي تمكنهم من أن يكونوا أهلا لرفع الدعاوى وإبرام العقود.

وهذا المحتكم إليه قال عنه الفقهاء أنه: "بمنزلة الحاكم المولي"⁽³⁾، وعن منزلة حكم الحكّمين قالوا: "والحكم من الحكمين بمنزلة حكم القاضي..⁽⁴⁾"، وأنه "كان ممن يصلح للقضاء"⁽⁵⁾، فشرطه إجمالا أنه أهل لتولّي القضاء، يقول أحمد الدردير: "وجاز للخصمين تحكيم رجل عدل بأن يكون مسلما حرا، بالغا عاقلا غير فاسق وغير خصم وغير جاهل، بأن يكون عالما بما يحكم به، إذ شرط الحاكم أو المحكم العلم بما يحكم به، وإلا لم يصح، ولم ينفذ حكمه إلا إذا شاور العلماء"⁽⁶⁾، ويقول القاضي شهاب الدين الحموي: "يشترط في المحكم أن يكون حرا بالغا عاقلا عدلا مقبول الفتوى، عالما بالشرعية... أي يجوز أن يولّي القضاء مطلقا..⁽⁷⁾".

أي يشترط فيه -على وجه التفصيل- التكليف- بأن يكون بالغا عاقلا- ذكرا- وأجاز الأحناف تولية المرأة القضاء فيما تصح فيه شهادتها- مسلما، ظاهر العدالة، ومعينا اسما وصفة، وكامل الخلقة، سليم الحواس، من أهل الإجتهد فإن تعذر فالأمثلا لأمثل، والأقرب لانطباق هذه الأوصاف عليه.

(1) المغني والشرح الكبير، للإمام ابن قدامة، تحقيق: د. محمد شرف الدين خطاب، ود. السيد محمد السيد، دار الحديث، القاهرة، ط1، 1416هـ-1996م، ج-631/13.

(2) التحكيم ومستجداته في ضوء الفقه الإسلامي، د. محمد الألفي، بحث نشر مجله أبحاث اليرموك، جامعة اليرموك، مج13، ع4، 1418هـ-1997م، ص41.

(3) كتاب المبسوط للسرخسي، ج-97/16.

(4) البدائع للكاساني، 93/9.

(5) المغني والشرح الكبير لابن قدامة، ج-629/13.

(6) الشرح الصغير، للدردير، ج-198/4.

(7) كتاب أدب القضاء، للقاضي شهاب الدين الحموي، ص178.

المبحث الثاني

مدى لزوم التحكيم وتنفيذ الحكم

المطلب الأول

مدى لزوم التحكيم

والمراد: مدى حرية أحد أطراف التحكيم في أن ينقض التحكيم بمعنى: أيمكن لأحدهم نقضه ؟ أم أنه يجب على أي منهم الاستمرار في الاتفاق على التحكيم إلى حين انتهاء المحتكم إليه من مهمته، بإصداره الحكم؟ .

التحكيم يقوم على إرادة أطراف الخصومة واتفاقهم على شخص أو أشخاص يرتضونه حكما بينهم، وبمقتضاه يقبل المحتكم إليه أن يفصل في النزاع.

والسؤال بصيغة أخرى : هل تفضل إرادة أطراف التحكيم هي الأساس في استمرار التحكيم حتى نهايته، أي إلى أن يصدر المحتكم إليه حكمه ، أم أنها تنتهي بتنصيب الحكم، ثم لم يعد لأي من الأطراف رأي في قبول أو رفض الحكم، أو التحكيم أساسا، ويصيرون ملزمين بالتحكيم وما ينتج عنه من قرارات.

في التوقيت الذي ينقطع فيه خيار المتخاصمين في الرجوع عن التحكيم، للفقهاء فيه أكثر من رأي :

فمنهم من يرى أن المتخاصمين يصيرون ملزمين بالتحكيم وبما يصدر عنه، منذ الساعة التي ارتضوا فيها بالحكم واتفاقهم عليه، وليس لأحدهم أن يرجع مطلقا في اتفاق التحكيم : "سواء كان ذلك قبل أن يقاعد (أحدهم) صاحبه أو بعد ماناشبه الخصومة"⁽¹⁾، وإلا عُدَّ ذلك منه إخلالا بالوفاء بالعقود وتهربا من الحكم إذا ظهر له أنه لا يوافقه، والله تعالى أمر بالوفاء بالعقود بقوله: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ..﴾⁽²⁾، والتحكيم عقد من العقود يجب الوفاء به، ولا يجوز فسخه.

وذهب فقهاء آخرون إلى أنه: متى ما بدأ الحكم في مباشرة القضية مع الخصوم ، وشرع باستيفاء البيانات، انقطع خيار أطراف النزاع في التراجع عن التحكيم، ولم يعد بإمكانهم التنصل منه ولا مما يحكم به المحتكم إليه بعد ذلك، وإنما يلزمهم التماضي وعدم التراجع.

فعلى هذا الرأي يكون جواز الرجوع مشروط بعدم البدء في الخصومة، وإقامة البينة أمام المحتكم إليه ، وأما قبل البدء فلهم ذلك ، فكأنهم قاسوا التحكيم على الوكالة ، فكما أنه ليس للخصوم أن يوكلوا

(1) كان هذا رأي العلامة: عبد الملك بن عبد العزيز الجمي، فقيه مالكي اشتهر بـ ابن الماجشون، وينظر: تنصرة الحكام، للقاضي برهان الدين إبراهيم بن علي، ابن فرحون المالكي المدني، نشر: مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ط1، 1406هـ-1986م، ج1/63
(2) سورة المائدة، الآية رقم 1.

توكيلا لأحد، أو يعزلوه بعدما يُشرع في الخصومة عند القاضي - ولهم ذلك قبل الشروع فيها- فكذاك هنا (1).

ذلك أن المحكم كالحاكم المولى من قبل الإمام، فإنه إذا شرع في الحكم فليس للخصوم الرجوع، ولأنه إذا شرع المحكم في الخصومة، ورأى كل واحد من الخصوم أن اتجاه الخصومة أو مسارها في غير صالحه، ثم أجاز له الرجوع عنها، لأدى هذا إلى بطلان المقصود من التحكيم في فض المنازعات (2)، وهذا الرأي، أو الاتجاه هو ما ذهب إليه عامة فقهاء المالكية (3)، وهو المشهور عند فقهاء الحنابلة (4)، وهو أيضا ما ذهب إليه مجمع الفقه الإسلامي بجدة: "إلى أنه متى شرع المحكم في القضية.. فليس لأحدهم الرجوع عن التحكيم، وما يحكم به المحكم بعد ذلك يكون لازما وناظرا شرعا في حق المحتكمين، وأنه ليس للقضاء نقضه ما لم يكن جورا بينا أو مخالفا للشرع" (5).

وهناك اتجاه ثالث ذهب إليه فقهاء الحنفية، وهو أن التحكيم لا يصير ملزما للمتخاصمين إلا بصدر الحكم، بمعنى: أن لهم الرجوع عن الحكم ولو شرع في مباشرة القضية إلا إذا أصدر حكمه فيها، فعند ذلك لزم حكمه جميع الأطراف وتُقد على من حكمه رضي أم أبى.

ولزوم الحكم بعد صدوره، هو ما أجمع عليه الفقهاء إلا من شذ (6)، غير أن الأحناف أجازوا للقاضي - مع اعترافهم وقبولهم بحكم المحكم - النظر فيه فإذا وجد مخالفا لمقتضى مذهب قاضي البلد الحنفي، فإن للقاضي الخيار في اعتماده أو نقضه (7).

المطلب الثاني

إلزامية الحكم وتنفيذه

يكاد يتفق الفقهاء على أن حكم المحكم لازم كحكم القاضي المولى من قبل الإمام سواء بسواء، ولا يجوز لقاضي البلد أو غيره نقضه بحال، وهو ملزم للخصوم بدون رضا جديد، مثله في ذلك مثل حكم

(1) تبصرة الحكام، برهان الدين ابن فرحون، قال: "ولا يشترط دوام الرضا إلى حين نفوذ الحكم بل لو أقاما البنية عنده ثم بدا لأحدهما قبل أن يحكم، فليقض بينهما ويجوز حكمه"، ج 1/62، م.س، والمغني والشرح الكبير لابن قدامة، ج 12/62، م.س.

(2) المنتقى شرح الموطأ، لأبي الوليد سليمان بن خلف الباجي، طبعة السعادة، بمصر، ط 11، 1321 هـ، ج 5/277.

(3) تبصرة الحكام، ج 1/62، مرجع سابق.

(4) المغني والشرح الكبير لابن قدامة 12/620، مرجع سابق.

(5) قرار مجمع الفقه الإسلامي بجدة، رقم 91، في مؤتمره التاسع، بتاريخ 6 ذي القعدة 1415 هـ - إبريل 1990م، مجلة

المجمع، ع 9، ج 4، ص 5.

(6) ينظر: مطلب أولي النهى، لمصطفى الرحيباني، المكتب الإسلامي، بيروت، ط 1، 1961م، ج 6/472.

(7) حاشية رد المحتار، لابن عابدين، ج 4/576.

القاضي⁽¹⁾، وإلزامية الحكم لا تتعدى الخصمين إلى غيرهما ، وإنما تقتصر عليهما، لأن مصدر الحكم اتفاقهما على التحكيم ، وهو اتفاق لا يمتد أثره إلى الغير⁽²⁾ .

ونفاذ الحكم هو نتيجة للولاية التي نشأت من اتفاق التحكيم فإذا رضي الخصمان بالحكم، فإنهما يقومان بتنفيذه ، لأنهما قد احتكما إلى المحكم بحض إرادتهما ، وارتضياه للفصل بينهما، وهذا يعني أنهما قد ارتضيا مقدما ما يحكم به المحكم ، والتزما بذلك ، فهما ملزمان بتنفيذ الحكم وليس لهما رده ما لم يكن فيه مطعنا فيرفعان ذلك إلى القضاء، وعلى القاضي إذا ما رُفع إليه الحكم أن ينفذه على المتخاصمين ، ما لم يجد مطعنا يجعل الحكم باطلا فينقضه⁽³⁾.

إن المحكم حاكم نافذ الأحكام كالحاكم المولى من قبل الإمام ، فالمحكم له ولاية شرعية وسلطة كاملة على المتخاصمين بما ارتضياه وولياه على أنفسهم، وإذا رُفع حكم المحتكم إليه إلى القاضي فلا يجوز له أن ينظر فيه لإعادة النظر ، وإنما يُمضي حكمه ويأمر بتنفيذه، ولا ينقضه إلا إذا كان جَوْرًا بينا ، وسواء في ذلك أكان هذا الحكم يوافق مذهبه أم كان مخالفا له؛ "لأن حكم المحكم يرفع الخلاف"⁽⁴⁾.

ويرى فقهاء الأحناف أنه إذا رفع حكم المحتكم إليه إلى القاضي فإنه ينظر فيه، فإن وجدته يوافق مذهبه أمضاه وأخذ به ، وإن وجدته يخالفه كان له الخيار إن شاء أمضاه وأمر بتنفيذه وإن شاء أبطله - كما مر آنفاً - ، لكن هذا يخالف ما عليه الجمهور، الذين يرون عدم جواز نقض حكم المحكم إلا إذا كان جَوْرًا بينا⁽⁵⁾ ؛ لأن المحكم كالقاضي المولى من الإمام في كونه صاحب ولاية فيما وُلّي فيه، ولأنه لولا لزوم حكم المحكم ووجوب تنفيذه على الخصوم لما كان للتحكيم معنى، لأن عدم تنفيذه من شأنه أن يؤدي إلى ضياع الحقوق وضياع الفائدة من التحكيم.

وما ذكرناه آنفاً من أهمية رضا الخصوم بالتحكيم والمحكمين للفصل في خصوماتهم شرط للزوم الحكم، إنما ذلك إذا لم يكن المحكم معيّنا من قبل الإمام أو القاضي ، أم إذا كان المحكم معيّنا من قبل جهات رسمية كالإمام أو القاضي، فلا يشترط رضا الخصوم بالتحكيم والمحكمين؛ لأنهم نواب عنها ، ويكتسب حكمهم الحجية بذلك التعيين أو التولية، ويعتبر الفقهاء الرضا بالمحكم تولية له، وهي في حق الخصوم بمنزلة تقليد الإمام له⁽⁶⁾.

(1) التبصرة لابن فرحون ، ج-1/63، وابن قدامة ، ج-13/631،

(2) المغني، لابن قدامة، ج-13/630.

(3) المنتقى شرح الموطأ، ج-5/226.

(4) مواهب الجليل للحطاب ج-6/112 .

(5) الشرح الصغير، لأحمد الدردير، ج-4/198، وينظر: كتاب أدب القضاء ، للقاضي: شهاب الدين الحموي ، ص176، والمغني ،

لابن قدامة، ج-13/631.

(6) بحث بعنوان: حجية حكم التحكيم في الفقه الإسلامي، للدكتور محمد عثمان شبير، نشر: مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية

الصادرة عن مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت ، ع61- س20، الربيع الآخر 1426 هـ - يونيو 2005م، ص108.

فالحكم التحكيمي بمثابة الحكم القضائي سواء بسواء، وتكون له حجية الحكم القضائي المتعارف عليه في القوانين المعاصرة، بنيله صفة حجية الأمر المقضي، بحيث يجوز الاحترام أمام الخصوم وأمام المحاكم والدوائر الرسمية، إذ من المعروف (أن حجية الأمر المقضي)، قرينة قاطعة لا يجوز إثبات عكسها، إذ لو أجزى إثبات العكس في دعاوى جديدة، لترتب على ذلك تأييد المنازعات، ويجب أن يتمسك صاحب المصلحة، فيدفع بعدم جواز سماع الدعوى لسبق الفصل فيها، في حال رفع أحد الخصوم دعوى بموضوع التحكيم⁽¹⁾.

فإذا صدر حكم المحكم إليه صحيحاً موافقاً لقواعد الشريعة، يصير ملزماً للخصوم فلا يشترط رضاهم في الحكم، بل يجب عليهم أن يبادروا إلى تنفيذه من عند أنفسهم وبما أوجب الله عليهم من الرضا والتسليم بأحكام الشرع، قال تعالى: ﴿إِنَّمَا كَانَ قَوْلَ الْمُؤْمِنِينَ إِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ أَنْ يَقُولُوا سَمِعْنَا وَأَطَعْنَا وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ...﴾⁽²⁾، وقال عز وجل: ﴿فَلَا وَرَيْكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يَحْكُمَوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ...﴾⁽³⁾، فإذا امتنعوا، فإن القضاء يجبرهم على التنفيذ، وهذا لا يمنع من أن يطعن المحكوم عليه في حكم المحكم لدى القضاء، إذا ما وُجد مبرر شرعي.

وجاء في قرار لجمع الفقهي الإسلامي أنه: "الأصل أن يتم تنفيذ المحكم طواعيةً، فإن أبي أحد المحتكمين، عرض الأمر على القضاء لتنفيذه، وليس للقضاء نقضه، ما لم يكن جوراً بيناً، أو مخالفاً لحكم الشرع".

ونخلص إذًا: إلى أنه يجب على المحكوم عليه أن يبادر إلى تنفيذ الحكم، وإلا فعلى القضاء إمضاء حكم المحكم وتنفيذه، وإلزام المحتكمين بمقتضاه.

المطلب الثالث

التطبيقات التحكيمية من داخل المنطقة الوليدية⁽⁴⁾

المثال الأول:-

حصل نزاع وخصومة على تحديد عقار بالمنطقة، ورغبة في إنهاء النزاع والخصومة بين الأطراف المتنازعة، اتفق أطراف النزاع على اختيار لجنة علمية لتقوم بفض النزاع وتحكم بينهم بشرع الله تعالى، وكانت لجنة التحكيم تتألف من المشايخ: الشيخ عبدالله طليبة، والشيخ سالم الشيخالحازمي، والشيخ محمد قاجة الحلمي - رحمهم الله تعالى -، وحددت جلسة للمرافعة يوم الأربعاء الموافق 1959/10/31م، ولما طلبت منهم لجنة التحكيم تقديم الوثائق والبيانات، استظهر الفريق الأول بوثيقة تبين الحد الفاصل بين

(1) شرح لقانون المرافعات الليبي، د. عبد العزيز عامر، نشر: جامعة بنغازي، 1976م، ص 410 وما بعدها.

(2) سورة النور، الآية 49.

(3) سورة النساء، الآية 64.

(4) أخذت هذه النماذج والتطبيقات من واقع منازعات الناس وتحكيمهم لبعض الفضلاء بغية تطبيق الشرع.

عقار الفريقين المتنازع عليه، وطلب الفريق الثاني الحلف على صحة الوثيقة وتركيتها بيمين من الفريق الأول، وعلى أن الحد الفاصل بينهم هو كما تضمنته الوثيقة المذكورة، فقبل الفريق الأول حلف اليمين، وتم الحلف، فأسقط الفريق الثاني دعواه على أيدي لجنة التحكيم من المشايخ المذكورين، والحضور، وانتهى النزاع، بحمد الله.

المثال الثاني:-

بناء على الشكوى المقدمة إلى اللجنة الشعبية لمؤتمر... إثر حدوث نزاع على الأراضي الكائنة ب... أثناء موسم الحرث، وبعد التداول في الموضوع مع طرفي النزاع، تم الاتفاق على مشاركة تحكيم بين الطرفين، وفقا لأحكام الباب الرابع من قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي بشأن مشاركة التحكيم، وأحكام المادة (8) من قانون اللجان الشعبية رقم (1) لسنة 1369م.ر (2001ف) فقرة (18) منه، والتي تنص على التوثيق والتحكيم بين المواطنين في نطاق المحلة فيما بينهم من منازعات وفقا للقانون رقم (74) لسنة 1975ف، بشأن ممارسة اللجان الشعبية للمحلات، والطرفين هم... طرف أول... و.... وطرف ثان، وطلب من الفريقين تقديم المستندات التي تؤيد دعوى ملكيته للأرض، فتقدم الطرفان بوثائقهم العرفية، واطلعت لجنة التحكيم عليها وعلى أرض النزاع، وحددت معالمها على أرض الواقع، بعد أن اعتمدت الوثيقة الأصح، وأصدرت حكمها وفقها، باعتمادها الحد الفاصل بين الفريقين، وبالتالي إنهاء النزاع بينهم، وعدم الاعتداد بأي وثيقة يستظهر بها أي من الطرفين مستقبلا في أرض النزاع، وتم توقيع الأطراف بالموافقة على الحكم عن رغبة ورضا بإنهاء النزاع، بتاريخ 30 ربيع الأول 1424م الموافق 2003/5/26ف، ثم تمت المصادقة على التحكيم من المحكمة المختصة بإعطائه قوة السند الواجب النفاذ، وعلى أن يقوم قلم كتاب المحكمة بإعلان الخصوم.

المثال الثالث:-

بغية حل النزاع القائم بين الأطرافو.....و... صدر قرار المنسق العام للقيادات الشعبية للجماهيرية (سابقا) رقم (13) لسنة 1369و.ر- (2001ف) بشأن تشكيل لجنة علمية. وبناءً عليه شكرت هذه اللجنة من علماء أفاضل على رأسهم كل من الشيخ محمد المدني الشويرف، والدكتور محمد مصطفى صوفية وآخرون، وذلك للفصل في النزاع القائم بين الأطراف المتنازعة بصفة نهائية، فاجتمعت اللجنة تحت مظلة التفويض ومشاركة التحكيم المؤرخة في 1369/4/8و.ر الصادرة عن أطراف النزاع والمكونة من عديد الشخصيات، وباطلاع اللجنة على الملفات المسلمة إليها من لجنة التحكيم والمحتوية على المستندات الخاصة بأطراف النزاع، وبعد الدراسة لهذه الملفات، أصدرت قرارها بالإجماع وخُصص إلى النص الآتي: ((... فل هذه الأسباب قررت اللجنة وبعد اطلاعها على جميع الوثائق والمستندات المقدمة إليها، قررت اعتبار أن العقار موضوع النزاع يقسم أثلاثا بعد خروج العشر لذويه)) ، صدر بتاريخ 1369/7/9و.ر-2001ف..... ثم أسماء وتوقيعات اللجنة العلمية المكلفة.

الخاتمة

في ختام هذا البحث نستطيع أن نوجز أهم ما انتهت إليه في النقاط التالية:

- 1- إن فض النزاعات بين الخصوم عن طريق التحكيم يعتبر من أقدم الوسائل التي اتخذت في حل الخلافات ، وقد ازداد الاهتمام به في عصرنا الحاضر في عديد المجالات.
 - 2- إن التحكيم يشاطر القضاء وإن كان أقل منه درجة، إلا أن من مميزاته الاقتصاد في الوقت والمصاريف .
 - 3- إن حكم المحكم مجمع على أنه ملزم للخصوم ويجب تنفيذه لفصل الخصومات، ولا مجال للطعن فيه إلا في الحالات التي يطعن فيها في حكم القاضي، فله حجية الأمر المقضي فيه (حجية الشيء المحكوم فيه) ، بحيث يكون لكل ذي مصلحة الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها، ولا يجوز للمحكم أن يرجع عن حكمه أو أن يعدّله بعد صدوره.
 - 4- أنه ليس للخصوم التراجع عن التحكيم أو فسخه بعد مباشرة المحكم لدعوى الخصوم وهو الذي رأينا أنه أرجح الأقوال.
 - 5- أن المحكوم عليه يجب أن يبادر بتنفيذ الحكم عن طوعية -تسليماً لأحكام الشرع- وإلا فإن للقاضي المختص إجبار الطرف الممتنع على التنفيذ.
 - 6- إذا كان المحكم معيّناً من قبل جهات رسمية ، لا يشترط رضا الخصوم لا بالتحكيم ولا بالحكم، لأنه نائب عنها، ويكتسب قوته من ذلك التعيين أو التولية.
 - 7- يقوم مقام القضاء في فض النزاعات و يخفف الضغوط على المحاكم، كما وجدنا أنه يرغب الخصوم لسرعة فصله في النزاعات، وقد رأينا ذلك من خلال التطبيقات التحكيمية ، آنفة الذكر.
- والله أسأل التوفيق والسداد
- وصل الله وسلم على سيدنا محمد نبيه الكريم وعلى آله وصحبه وسلم

المصادر والمراجع

1. مختار الصحاح للشيخ محمد بن أبي بكر الرازي ، المكتبة الأموية ، دمشق ، ط 1972هـ 1391م.
2. المعجم الوجيز ، نشر : مجمع اللغة العربية، طبع وزارة التربية والتعليم 1410هـ 1990م .
3. القاموس المحيط ، للفيروز آبادي ، تحقيق : مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة ، نشر : مؤسسة الرسالة ، بيروت، ط6. 1419هـ 1998م .
4. مختار القاموس ، الشيخ: الطاهر الزاوي ، الدار العربية للكتاب ، طرابلس ، ليبيا ، ط1981م .
5. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، المكتبة التجارية الكبرى ، دار الفكر ، بيروت ، (د.ت).
6. بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك ، للشيخ أحمد الصاوي في حاشيته على الشرح الصغير للشيخ أحمد الدردير ، طبع ونشر: مصطفى الحلبي عام 1372هـ - 1952م .
7. مواهب الجليل لشرح مختصر خليل وبهامشه كتاب : التاج والإكليل لمختصر خليل لأبي عبدالله محمد بن يوسف العبدري، الشهير بـ(المواق) ، مكتبة النجاح ، طرابلس ، ليبيا ،(د.ت).
8. كتاب أدب القضاء ، للقاضي شهاب الدين أبي اسحاق ابراهيم بن عبدالله ، المعروف بـ(ابن أبي الدم الحموي الشافعي)، تحقيق : د.محمد مصطفى الزحيلي ، نشر: دار الفكر، دمشق، ط2، 1982م.
9. كتاب المبسوط للإمام شمس الدين أبو بكر السرخسي ، دار الفكر ، بيروت ، ط1، 1421هـ - 2000م.
10. حاشية رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ، نشر: دار الفكر - بيروت، طبعة جديدة، 1421هـ - 2000م.
11. الموسوعة الإسلامية العامة، يصدرها المجلس الأعلى للشئون الإسلامية ، بمصر، 1422هـ - 2001م .
12. درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، علي حيدر، تعريب: فهمي الحسيني، دار الجليل، بيروت، ط1، 1411هـ - 1991م.
13. قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي بجددة، القرار رقم 91 في المؤتمر التاسع ، ذو القعدة 1415هـ - أبريل 1995م .
14. عقد التحكيم وإجراءاته، د.أحمد أبو الوفاء، نشر: منشأة المعارف ، الاسكندرية، 1974م.

15. الجامع لأحكام القرآن ، لأبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، دار الكتاب العربي ، القاهرة، 1387هـ - 1967م .
16. صحيح مسلم بشرح النووي، المطبعة المصرية ومكتبتها،(د.ت).
17. سنن النسائي، للحافظ عبد الرحمن أحمد بن شعيب الخراساني، بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي، ضبطه وصححه ، ورقم أحاديثه: الشيخ عبد الوارث محمد علي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1416هـ 1995م.
18. المغني مع الشرح الكبير لابن قدامة، تحقيق : د.محمد خطاب ، ود.السيد محمد ، نشر: دار الحديث ، القاهرة، ط1، 1416هـ -1996م.
19. شرح حدود ابن عرفة، لأبي عبد الله محمد الرصاع، تحقيق: محمد أبو الأجناف، والطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، عام 1993م.
20. التحكيم بين الشريعة والقانون، عامر علي رحيم، الدار الجماهيرية للنشر، مصراته، ط1، 1987م.
21. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الشيخ محمد الخطيب الشربيني، دار الفكر، بيروت ، ط2(د.ت).
22. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ل زين الدين ابن نجيم الحنفي، دار المعرفة، بيروت،(د.ت) .
23. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، للإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، تحقيق وتعليق : الشيخ علي محمد معوض ، والشيخ عادل أحمد عبد الموجود ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ-1998م.
24. البداية شرح بداية المبتدئ، للإمام أبي الحسن علي بن أبي بكر المرغيناني، مع نصب الراية ، تخرج أحاديث الهداية، لجمال الدين الزيلعي، نشر دار الكتب العلمية ، بيروت، ط1، 1416هـ-1996م.
25. الشرح الصغير ، لأبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، تنسيق: د.مصطفى كمال وصفي، دار المعارف ، مصر، (د.ت) .
26. التحكيم ومستجداته في ضوء الفقه الإسلامي، بحث ل د. محمد الألفي، منشور مجله أبحاث اليرموك، جامعة اليرموك، مج13، ع4، 1418هـ-1997م.
27. تبصرة الحكام، للقاضي برهان الدين إبراهيم بن علي، ابن فرحون المالكي المدني، نشر: مكتبة الكليات الأزهرية ، القاهرة ، ط1، 1406هـ-1986م.

28. المنتقى شرح الموطأ، لأبي الوليد سليمان بن خلف الباجي، طبعة السعادة، بمصر، ط11، 1321هـ .
29. قرار مجمع الفقه الإسلامي بجدّة، رقم91، في مؤتمر التاسع، بتاريخ 6 ذي القعدة 1415 هـ - ابريل 1990م، مجلة المجمع، ع9.
30. مطالب أولي النهى ، لمصطفى الرحيباني ، المكتب الإسلامي، بيروت، ط1، 1961م.
31. شرح لقانون المرافعات الليبي، د.عبد العزيز عامر، نشر: جامعة بنغازي، 1976م.

مدى مشروعية استخدام جهاز كشف الكذب في التحقيق الجنائي

محمد عبد الله دبنون

محاضر مساعد بكلية القانونية/جامعة الزيتونة

مُكَلِّمَةٌ

إن أهمية الدليل القولي المتمثل في الاعتراف وشهادة الشهود، جعل المحققين عبر مر العصور يلجئون إلى شتى الوسائل للحصول عليه، ولو كان ذلك عن طريق التعذيب كما كان سائداً في العصور الوسطى، حيث كان المتهم يكره على الإدلاء بالاعتراف، وكان الشاهد يجبر غصبا على أداء الشهادة . إلا أن هذه الوسائل التي تجبر الأشخاص على الإدلاء بأقوالهم قد أضحت اليوم وسائل غير مقبولة في الإثبات الجنائي، وإن الدليل الذي ينتج عنها يهدر ولا يعول عليه، كما أن العديد من القوانين الجنائية باتت تجرم اللجوء إلى مثل هذه الوسائل التي تحمل في مجملها نوع من الإكراه المادي أو المعنوي . وأمام أهمية الدليل القولي فقد تغفن العقل البشري في استحداث وسائل من شأنها أن تساعد المحققين على الوصول إلى هذا الدليل المتمثل في الاعتراف والشهادة، دون الحاجة إلى استخدام أساليب التعذيب أو الإكراه المتعارف عليها قديماً، ليس هذا فحسب؛ بل أن هذه الوسائل قد تساعد أيضاً سلطات التحقيق على معرفة مدى صدق هذه الأقوال، وهذه الوسائل مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بالثورة العلمية والتكنولوجيا الهائلة التي طالت كل مناحي الحياة المعاصرة، ولم تستثن من ذلك المجال الجنائي، الذي كان قد تأثر هو الآخر بهذا التطور الملحوظ.

وإذا كان الدليل الذي تستند عليه المحكمة في حكمها إما دليل مادي أو دليل قولي، فإنه من الملاحظ أن العلم الحديث قد خدم الأدلة المادية خدمة كبرى، مستعينا في ذلك بعلم الكيمياء، والعلوم الطبية، والطب، والتشريح وغيرها من العلوم التي ساعدت سلطات التحقيق في استجلاء الدليل المادي، في حين نجد أن نجاح العلم الحديث في ميدان الدليل القولي كان أقل ظهوراً، ويرجع ذلك إلى طبيعة هذا الدليل، واستعصائه على وسائل التدقيق العلمي، ولعل أهم محاولة في هذا المجال كانت من نصيب علم النفس الذي اخذ يطبق المبادئ النفسية على شهادة الشهود وأقوال المتهمين واعترافاتهم ليعين على تبين الحقيقة من الزيف.

ولكن محاولة العلم في خدمة الدليل القولي لم تقف عند هذا الحد، فقد تعددت الوسائل والأساليب العلمية التي بات يلجئ إليها لانتزاع أقوال الشهود والمتهمين، فمنذ زمن بعيد يحاول المحققون معالجة الإخطار المصاحبة للدليل القولي، وأهمها (الكذب)، ولذلك فقد ظهرت منذ القدم وسائل بدائية كان الغرض منها التغلب على كذب الأشخاص _ شهوداً كانوا أم متهمين _، وقد تطورت هذه الوسائل حتى صار للعلم الحديث دوراً فيها، فاستحدث الإنسان جهازاً علمياً أطلق عليه أسم (جهاز كشف الكذب أو البوليجراف)، وقد أثار ظهور هذا الجهاز جدلاً واسعاً في الفقه والقضاء الجنائيين حول مدى إمكانية استخدامه في المجال الجنائي؟ ويرجع هذا الخلاف إلى طبيعة عمل الجهاز والقيمة العلمية

التي يقدمها، كما أن أغلب التشريعات لم تنص على استخدام جهاز كشف الكذب أو عدم استخدامه .

وبناءً عليه، ستم دراسة هذا الموضوع في هذا البحث وفق مبحثين على النحو التالي :-

المبحث الأول

ماهية جهاز كشف الكذب وقيمه العلمية .

وفي هذا البحث سوف نتعرض في مطلب أول إلى مفهوم الجهاز من خلال بيان تعريفه وتطوره والية استخدامه، يلي ذلك بيان القيمة العلمية للجهاز في مطلب ثاني.

المطلب الأول

ماهية جهاز كشف الكذب .

أولاً : مفهوم الجهاز وتطوره .

يعتبر جهاز كشف الكذب إحدى نتائج التقدم العلمي الذي تحقق في علم وظائف أعضاء الجسم⁽¹⁾ وجهاز كشف الكذب أو ما يطلق عليه اسم (البوليغراف) يمكن تعريفه بأنه " جهاز يسمح بتسجيل بعض التغيرات الفسيولوجية (وهي عادة تتعلق بالضغط الدموي _ حركة التنفس _ رد الفعل النفسي _ إفراز العرق) التي تعترى الفرد خلال مرحلة التحقيق معه، وعن طريق تحديد هذه التغيرات وتحليل الرسوم البيانية التي يوردها الجهاز يمكن الحصول على حكم تقديري بأن الشخص موضع التجربة يكذب أو يقول الحقيقة"⁽²⁾ .

وتقوم فكرة عمل الجهاز على حقيقة فسيولوجية مفادها أن أجزاء الجسم المختلفة تخضع من حيث حركتها إما للجهاز العصبي الإرادي، أو للجهاز العصبي الذاتي، فما كان خاضعاً للجهاز العصبي الإرادي يستطيع تحكيم الإرادة في حركته؛ كالأطراف والأعين والحنفون والشفة وغيرها مما تنتج حركته رغبة الشخص وإرادته، وما كان خاضعاً للجهاز العصبي الذاتي يكون حركته مستقلاً عن الإرادة، كعضلات القلب، والغدد وغير ذلك من العضلات والأحشاء الداخلية .

فإذا كان في استطاعة الشخص أن يتحكم في أعضائه المتمتعة بالحركة الإرادية أثناء الانفعال، فإنه ليس باستطاعته أن يمنع الأعضاء الخاضعة للحركة الذاتية من التأثير بهذا الانفعال .

ينى على ذلك، أنه إذا أمكن قياس هذه التغيرات الإرادية أثناء الكذب، دل ذلك على وجود انفعال لدى الشخص يصعب عليه إخفاءه مهما كان حريصاً على ذلك، فإذا سأل الشخص _شاهداً كان أم

(1) محمد على التايب، أساسيات استجواب المتهم بمعرفة سلطة التحقيق وفقاً لأحكام القانونين المصري والليبي، مجلس الثقافة العام، سرت ، ليبيا، 2008، ص145.

(2) محمد إبراهيم زيد، استخدام الأساليب الحديثة في التحقيق الجنائي، بحث منشور في المجلة الجنائية القومية، العدد الأول، مارس 1967 المجلد العاشر ، القاهرة ، مصر ، ص 500-501.

متهماً — عن أمر له صلة بالجريمة، فقد ينفي علمه به رغم علمه بذلك، ولكن نقف — بواسطة القياس الذي يسجله جهاز كشف الكذب — على ذلك الانفعال الذي أثاره السؤال مهما أفلح في إخفاء الآثار الظاهرة للإنفعال، كالارتجاف والشحوب⁽¹⁾، ويلاحظ أن المقصود بهذا الجهاز ليس الوصول إلى داخل النفس البشرية، أي التغلغل داخل الضمير، بل هدفه فقط التحقق مما إذا كان التعبير الصادر عن الشخص هو حق نتيجة لما هو موجود بالذاكرة، فالمقصود إذن هو رقابة الإرادة التي يصدر عنها هذا التفسير، وما إذا كانت الإرادة قد حاول صاحبها أن يشوهها بالكذب عما أختزن بالذهن، فالمجهود الذي يبذله الشخص الخاضع للجهاز لإخفاء الحقيقة، هو الذي يترك أثاره التي يسجلها الجهاز⁽²⁾.

ولم تكن فكرة اكتشاف الكذب وليدة التطور العلمي فقط، ولكن هذه الفكرة كانت مسيطرة على العقول منذ قديم الزمان، فقد كان الفيلسوف اليوناني (أرسطو) يجس نبض الشخص لمعرفة هل جاءت إجابته صادقة أم كاذبة، فإن أسرع نبضه دل ذلك على اضطرابه وكذبه، وإن كان نبضه عادياً كان ذلك دليل صدقة⁽³⁾، وقد كان الصينيون يكتشفون الكذب عن طريق تقديم كمية من الأرز إلى الشخص لكي يعضها ثم يخرجها من فمه بعد ذلك، فإذا خرجت جافة كان دليل إدانته، أما إذا كان الأرز رطباً عد بريئاً، وأساس هذه الفكرة الاعتماد على تأثير الحالة النفسية للشخص من خلال نشاط الغدد اللعابية الذي يتوقف تماماً في حالات التوتر⁽⁴⁾.

(1) أحمد محمد خليفة، مصل الحقيقة وجهاز كشف الكذب، بحث منشور في المجلة الجنائية القومية، المجلد الحادي والخمسون، العدد الأول 2008، القاهرة، مصر، ص 23-24.

(2) إبراهيم الغماز، الشهادة كدليل إثبات في المواد الجنائية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1980، ص 263.

(3) سامي صادق الملا إعراف المتهم، الطبعة الثانية، 1975، المطبعة العالمية — القاهرة ص 8، سيف النصر سليمان، الأصل في الإنسان البراءة، الطبعة الأولى، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، 2012 ص 98، الشامل في إعراف المتهم، المكتب الفني للموسوعات القانونية الإسكندرية، مصر دت، ص 136

- موسى مسعود رحومة، قبول الدليل العلمي أمام القضاء الجنائي، الطبعة الأولى، منشورات جامعة بنغازي، ليبيا، 1991، ص

147

- محمد حماد مهرج الهيتي، الأدلة الجنائية المادية، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2008، ص 387.

(4) محمود هشام محمد، إعراف المتهم في القانون الوضعي، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، مصر، 1991، ص 113.

- أحمد محمد خليفة، مصل الحقيقة وجهاز كشف الكذب، بحث منشور في المجلة الجنائية القومية، يصدرها المركز القومي للبحوث الاجتماعية، القاهرة، مصر، العدد الأول، المجلد الحادي والخمسون، مارس 2008، ص 24

- محمد إبراهيم زيد، مرجع سابق، ص 501.

- شوقي عبد الله عبد السلام، القيمة القانونية للأدلة الجنائية المتحصلة بطرق غير مشروعة، رسالة ماجستير، جامعة طرابلس، ليبيا، 2008، ص 182.

- زكية نجمي عبد الجواد، الأدلة العلمية ودورها في تكوين قناعة القاضي الجنائي، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة طرابلس، ليبيا، 2004، ص 81.

ولازالت بعض القبائل العربية خاصة في مصر تلجأ إلى وسيلة مشابحة لكشف الكذب، وتقوم علي ذات الأساس الذي يعتمدونه الصينيون، حيث يطلب من الشخص أن يلحق بلسانه وعاء من المعدن المحمي، فإن أحترق لسانه بسبب عدم إفراز الغدد اللعابية، كان ذلك دليل عدم صدقه⁽¹⁾.

ورغم ما في هذه الطرق من بدائية في كشف الكذب إلا أن البعض⁽²⁾ يرى بأنها قائمة على أساس علمي صحيح وهو إشارة العصب المسئول عن إفراز اللعاب، حيث أن الحالة النفسية المصاحبة للخوف أو الإضطراب تمنع إفراز اللعاب بطريقة ملحوظة، وإن كانت تلك المجتمعات لم تنتبه لذلك الأساس العلمي، مؤسسة اعتمادها بالقول بأن الله يحمي البرى من احتراق لسانه، ولكن الحقيقة العلمية هي أن عدم احتراق اللسان مرجعه وجود اللعاب الذي يحميه من الاحتراق⁽³⁾.

وقد بدأت المحاولات العلمية لكشف الكذب في الظهور سنة (1875)، حيث بدأ العالم الايطالي (موسو) يستخدم طريقة التداعي اللفظي لكشف الكذب، مستخدماً في ذلك ساعة رصد، مع إعداد نحو مائة كلمة، منها عدد من الكلمات يتعلق بموضوع الاختبار، ويتم وضع هذه الكلمات في أسئلة توجه إلى الشخص محل الاختبار، ويتم رصد زمن كل إجابة، ويستنتج الكذب من التأخر في الرد على الأسئلة المشتملة على الكلمات المتعلقة بموضوع الاختبار⁽⁴⁾.

وفي عام (1895) بدأ (المبروزو) تجاربه على جهاز لكشف الكذب وكان هذا الجهاز عبارة عن إناء زجاجي مملوء بالماء، وعلى السطح الأعلى كان يثبت غشاء رقيق من المطاط يتصل بأنبوبة مملوءة بالهواء ومتصلة بسطح متحرك، وكان يطلب من الشخص المختبر أن يضع يده في هذا الإناء، حيث كانت التغيرات التي تطرأ على النبض وضغط الدم تؤثر على سطح الماء وتجعله يهتز، وبالتالي ينقل هذا التأثير إلى الغشاء المطاطي، عن طريق الأنبوبة، وذلك على شكل خطوط تساعد على معرفة ما إذا كان ضغط الدم و النبض في حالة طبيعية أم لا، وبالتالي توصل لمبروزو إلى وجود علاقة بين ضغط الدم وتغير نبض القلب عندما يعتمد الشخص محل الاختبار للكذب⁽¹⁾.

أدت النتائج التي أسفرت عنها التجارب السابقة إلى سعي العلماء نحو تطوير أجهزة ترأقب أو ترصد حركة الانفعالات النفسية لدى الأشخاص لأجل التأكد من صدق أو عدم صدق أقوالهم، وقد تواترت

-
- (1) محمد حماد مهرج الهيتي، الأدلة الجنائية المادية، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2008، ص 387.
 - حرية محمودي، مدى مشروعية الأدلة المستمدة من الأساليب العلمية الحديثة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2004، ص 110.
 - سامي صادق الملا، مرجع سابق، ص 136.
 - (2) حسن على حسن السمني، شريعة الأدلة المستمدة من الوسائل العلمية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، 1983 ص 273.
 - محمود هشام محمد - مرجع سابق - ص 113.
 - (3) أحمد محمد خليفة، مرجع سابق، ص 24.
 - (4) سامي صادق الملا، مرجع سابق، ص 137.
 - (1) حسن السمني، مرجع سابق - ص 275.

محاولات العلماء في هذا المجال، فجاء العالم الايطالي بينوسي (1914) بتجربة أكد فيها وجود علاقة بين مدة الشهيقة ومدة الزفير تسمح بالتدليل على الكذب، وذلك بقياس العلاقة الزمنية بين الشهيقة والزفير في الدورة التنفسية قبل وبعد الإجابة مباشرة⁽²⁾.

وبعد سنة من هذه التجارب (1915)، قام الأمريكي (وليام مارستون) بإجراء بحوث حول إمكانية استغلال التغير في ضغط الدم كدليل على الكذب، مستخدماً في ذلك جهازاً يشبه جهاز قياس ضغط الدم الذي يستخدمه الأطباء، وقد وصل إلى نتيجة مقتضاها أن تسجيلات الضغط الدموي يمكن أن تكون وسيلة مفيدة للكشف عن الكذب⁽³⁾.

وفي عام (1921) قام (جون لارسون) من جامعة هارفارد باستكمال الدراسات والأبحاث التي بدأها ويليام مايتون، التي لم تستكمل بسبب نشوب الحرب العالمية الأولى، حيث أبتكر جهازاً يمكن أن يسجل في وقت واحد ثلاث ظواهر فسيولوجية يمكن أن تدل على الكذب، هي ضغط الدم، ودرجات التنفس، ونبض القلب، ليدخل بذلك جهاز كشف الكذب مرحلته الفنية مع هذا التطور.

وقد أستمّر لارسون في تجاربه وانضم إليه في هذه التجارب (ليونارد كيل) (1929) ليطور هذا الأخير من جهاز لارسون، حيث أدخل عليه بعض التحسينات جمع من خلالها الأجهزة السابقة في جهاز واحد لقياس التنفس والضغط الدموي وقياس مقاومة الجلد للتيار الكهربائي، وهو من أطلق على جهاز كشف الكذب أسم (البوليغراف) أي متعدد الكتابات، وهو الاسم العلمي الذي يطلق عليه حالياً.

وفي عام (1938) تم إنتاج أول نموذج لهذا الجهاز تحت إشراف شركة الأبحاث المتحدة بأمريكا، وعندما اندلعت الحرب العالمية الثانية، كانت الظروف مهيأة لاستخدام الجهاز المذكور في الجيش الأمريكي، لهذا فأن استخدام هذا الجهاز قد شاع في الولايات المتحدة أكثر من غيرها⁽¹⁾.

ويتكون جهاز كشف الكذب بوجه عام من ثلاثة أقسام رئيسية⁽²⁾.

1. قسم التنفس :

وهو جزء خاص بقياس الحركات التنفسية في الحالات الطبيعية وغير الطبيعية، فيرصد هذا الجهاز حالات الشهيقة والزفير والتغيرات التي قد تحدث في هذه الحركة نتيجة الانفعالات التنفسية التي قد تطرأ على

(2) محمد إبراهيم زيد، مرجع سابق، ص 503.

(3) موسى مسعود رحومة، قبول الدليل العلمي ...، مرجع سابق، ص 150.

(1) ... راجع كلاً من، حرية محمودي، مرجع سابق، ص 110 - 111.

- موسى مسعود رحومة، قبول الدليل العلمي ...، مرجع سابق ص 150-151.

- محمد إبراهيم زيد، مرجع سابق، ص 504-505.

- حسن السمني، مرجع سابق، ص 275 - 276.

- شوقي عبد الله عبد السلام، مرجع سابق، ص 183 - 184.

(2) ثابت دنيا زاد، مشروعية إجراءات التحقيق الجنائي، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكوان، د.ت.، ص 178. وأنظر، محمد علي التايب، مرجع سابق، ص 201.

الشخص المختبر، وترصد هذه التغيرات بوسطه أنبوب من المطاط يثبت على الصدر، وعند حدوث أي حركة تتمدد هذه الأنبوبة أو تنكمش، وهي متصلة في الوقت ذاته بمؤشر يسجل هذه التغيرات وردود الفعل.

2 - قسم ضغط الدم :

وهم قسم خاص بتسجيل تغيرات الضغط الدموي ودقات القلب، ويرصد التغيرات التي تحدث في ضغط الدم بسبب الانفعالات والاضطرابات المختلفة التي تعثره، وسيجلها بواسطة جهاز يشبه إلى حد ما ذلك المستخدم لقياس ضغط الدم.

3 - قسم درجة مقاومة الجسم :

ويعمل هذا القسم على رصد التفسيرات التي تحدث في مقاومة الجلد للتيار الكهربائي الخفيف بسبب الانفعالات التي يمر بها الشخص المستجوب، ويستخدم لذلك صفيحة رقيقة من معدن متصلة بالجهاز وتثبت على راحة اليدين الكهربائي أو الأصابع، ويسجل مؤشر خاص مدى مقاومة الجلد للتيار الكهربائي أثناء الانفعالات والاضطرابات التي تنتاب الشخص محل الاختبار.

وقد حاول بعض الباحثين إضافة عوامل أخرى إلى العوامل الثلاث السابقة، مثل ضربات القلب التي تزيد بناء على منبه عاطفي، وسرعة موجة الدم في الأوعية الدموية، قياس درجة حرارة الجسم وحرارة الهواء الناتج عن التنفس.

وعلى اعتبار أن جهاز كشف الكذب جهاز علمي، فإنه بلا شك في تطور مستمر يواكب في ذلك التطور التكنولوجي للحياة المعاصرة، ولا يزال العلماء إلى يومنا هذا يحاولون تطوير هذا الجهاز بصورة أفضل مما هو عليه الآن⁽¹⁾.

ثانياً - آلية استخدام الجهاز .

في حالة استخدام جهاز كشف الكذب من قبل سلطة التحقيق، للتأكد من صدق أو كذب من يتم اختباره، شاهداً كان أم متهماً، فإن الاختبار يتم من خلال قيام السلطة التي تتولى الاختبار الطلب من الشخص الجلوس على كرسي، ليتم ربط أجزاء الجهاز التي سبق الحديث عنها على جسم الشخص كالأصابع، ليتم بعدها البدء في الاختبار عن طريق توجيه الأسئلة إلى الشخص محل الاختبار⁽¹⁾.

(1) زكية نجمي عبد الجواد، الأدلة العلمية ودورها في تكوين قناعة القاضي الجنائي، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة طرابلس، ليبيا، 2004، ص 85.

(1) محمد حماد الهيئتي، مرجع سابق، ص 391.

وتجدر الإشارة إلى أن استخدام الجهاز يتطلب دقة متناهية وعلى الأخص فيها يتعلق بطرح الأسئلة، وكذا ما يتعلق بالاختبار ذاته والظروف التي يجري فيها⁽²⁾، ولذلك فانه للحصول على أفضل النتائج من استخدام الجهاز، يستحسن مراعاة الاعتبارات التالية⁽³⁾.

1 - إعداد المكان الذي تتم فيه المناقشة .

ويتكون هذا المكان من حجرتين يفصل بينهما حائط زجاجي يسمح بالرؤية من جانب واحد فقط، بحيث يجلس المحقق والشخص محل الاختبار في غرفة، في حين يكون في الغرفة المقابلة مساعدو المحقق والفنيين يعمل الجهاز، كما يستحسن أن لا يرى الشخص الجهاز تلافياً لاحتمال اضطرابه أو متابعة تشغيله .

ويفضل أن تكون الحجرة التي يجري فيها الاختبار هادئة وخالية من كل ما يمكن أن يلفت نظر المستجوب أو يشد انتباهه، كالصور أو الزخارف أو رنين الهاتف ... وغيرها.

2 - الإعداد النفسي للشخص محل الاختبار .

يتعين أن يكون الشخص الخاضع للاختبار قد أخذ قسطاً من الراحة النفسية والجسمية، وذلك تفادياً لحدوث أي انفعال غير متوقع يكون من شأنه اختلاف قياسات الجهاز، بحيث يكون الشخص المختبر في حالة استرخاء تام غير خاضع لتأثير أي نوع من المسكرات أو المخدرات، وأن لا يكون مصاباً بأمراض الجهاز التنفسي، والقلب، أو ضغط الدم، وأن يحاط علماً بطبيعة الجهاز وطريقة عمله، وإيضاح أنه ليس للجهاز أي ضرر جسدي أو نفسي⁽¹⁾ .

3 - الإعداد الجيد للأسئلة الموجهة للمتهم :

تتخذ الأسئلة الموجهة للشخص محل الاختبار عدة صور، لكل منها دور متميز في الكشف عن الحقيقة، وهذه الأسئلة يمكن تقسيمها إلى ما يلي⁽²⁾:

- الأسئلة المحايدة .

وهي مجموعة من الأسئلة التي تدور حول وقائع عامة عادية لا علاقة لها بالجريمة موضوع المناقشة، كسؤال الشخص عن بياناته الشخصية، كإسمه، ومكان إقامته، وحالته الاجتماعية وعمله، والهدف من هذه الأسئلة بث الطمأنينة لدى الشخص المختبر، وكشف الانفعالات الحقيقية لأحداث ومعلومات متيقن من حقيقتها، لتكون أساس معياري في تحديد اتجاهات الصدق والكذب لدى الشخص .

(2) كوثر أحمد خالد ، الإثبات الجنائي بالوسائل العلمية، الطبعة الأولى، مكتب التفسير للنشر والإعلان ، أربيل ، العراق ، 2007 ، ص 144.

(3) مصطفى محمد الدغدي، التحريات والإثبات الجنائي، ناس للطباعة، القاهرة، مصر 2004، ص 250-251، شوقي عبد الله عبد السلام، مرجع سابق، ص 187-188 .

(1) زكية عبد الجواد ، مرجع سابق، ص 85

(2) مصطفى محمد الدغدي ، مرجع سابق، ص 251.

- أسئلة رصد رد الفعل الانفعالي .

وهي مجموعة من الأسئلة ترجع فائدتها إلى إستبعاد أو تأكيد الشبهة، من خلال سؤال الشخص الخاضع للاختبار عن مواقف محرجة له، أو بسؤاله عن جريمة كان قد ارتكبها ولم يعترف بها، فإنه من المنطقي أن يجيب عليها بالكذب، وبواسطة هذه الأسئلة يمكن التعرف على رد فعل الشخص في حالة كذبه . وتقوم هذه الطريقة على أساس خلق نوع من التوتر عند الشخص، وسؤاله بأسئلة محرجة يكون الهدف منها الوصول بمشاعر الخاضع للاختبار إلى قمة التوتر و الانفعال⁽³⁾ .

- أسئلة خاصة بعقدة الذنب .

وهذه الأسئلة تتركز حول جريمة وهمية تكون من نفس نوع الجريمة موضوع التحقيق، فإذا ما جاءت ردود أفعال الشخص محل الاختبار عن هذه الجريمة الوهمية بنفس درجات انفعالاته عن الجريمة الحقيقية، فإن ذلك يعد مؤشراً إلى كونه صادقاً، أما إذا اختلفت ردود أفعاله عن هذه الجريمة الوهمية عن الجريمة الحقيقية، دل ذلك على أنه كاذب .

- الأسئلة الحرجة

من خلال هذه الأسئلة تطرح على الشخص أسئلة موضوعية ذات علاقة بظروف الواقعة التي يجري بشأنها الاختبار، ويشترط فيها أن تكون واضحة، وخالية من أي تعقيد، وفي صميم موضوع الاتهام⁽¹⁾، ومن المناسب هنا ألا توضع في المرة الواحدة أكثر من ثلاثة أسئلة حرجة، بحيث توزع بدقة بين الأسئلة المحايدة، وذلك حتى تجعل الشخص موضوع الاختبار يعود إلى حالته الطبيعية بعد كل سؤال حرج، ويفضل أن تكون إجابة الأسئلة بصورة مختصرة بحيث تكون بأحد الصبغ الآتية : (نعم) (لا) (لا أعرف)⁽²⁾ .

- طرق وأساليب المناقشة .

يمكن أن تتخذ طرق مناقشة الشخص الخاضع للاختبار إحدى طريقتين على النحو التالي⁽³⁾ :

. الطريقة الأولى :

ويتم في هذه الطريقة توجيه الأسئلة المحايدة إلى الشخص، و التي لا تحمل أي حساسية له، ثم يوضع بين هذه الأسئلة عدد من الأسئلة الحرجة المتعلقة بالجريمة، لينتهي المحقق أخيراً بأسئلة الإراحة لغرض إزالة التوتر الذي نجم عن الأسئلة الحرجة، وتعد هذه طريقة الأكثر شيوعاً من الناحية العملية .

. الطريقة الثانية :

(3) محمد حماد مهرج الهيتي، الأدلة الجنائية المادية، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2008 ، ص 398.

(1) موسى مسعود رحومة، قبول الدليل العلمي ، مرجع سابق، ص 158

(2) محمد إبراهيم زيد ، مرجع سابق، ص 514.

(3) مصطفى محمد الدغدي، مرجع سابق - 252

وهذه الطريقة تعرف بأسلوب (قمة التوتر)، وتستخدم في الجرائم التي لا يكون لدى المحقق معلومات كافية عنها، حيث يسعى المحقق إلى معرفة بعض الوقائع من الشخص الخاضع للاختبار، وذلك لأجل رصد ردود الفعل العاطفية والانفعالات التي تصدر عن الشخص نتيجة مناقشته في أمور معينة، كاسم الجاني عليه أو المكان الذي وقعت فيه الجريمة، حيث أن البرئ لن تكون له أية دلالة انفعالية نتيجة مناقشته في مثل هذه الأمور، بعكس الجاني الذي سينفعل عند سؤاله عن ذلك .

المطلب الثاني

القيمة العلمية لجهاز كشف الكذب .

ما تزال النتائج التي يسجلها جهاز كشف الكذب محل دراسات علمية مستفيضة، ولقد دلت الإحصائيات التي تمت بخصوص نتائجه على أنها صحيحة بسبة (75% - 80%)، أما النسبة الباقية فهي خاطئة⁽¹⁾، ونسبة الخطأ هذه، بحسب كثير من المتحمسين للجهاز المذكور، لا تكمن في الجهاز في حد ذاته بقدر ما تتصل أساساً بالظروف المحيطة بعملية التشغيل، وفي مقدمة ذلك ما يتعلق بالخبر المشغل الذي يتولى إجراء الاختبار بواسطة الجهاز المذكور، فبالإضافة إلى توافر التكوين العلمي للمحقق وحسن الخلق، يجب أن يتوافر فيه جملة من الشروط أهمها الدراية الكافية بفنون التحقيق الجنائي، وأن يكون ملماً بعلم النفس الجنائي والطب النفسي، و بطبيعة الحال أن يكون لديه الإلمام الكافي بطبيعة الجهاز وطريقة تشغيله، وتحليل نتائجه والاستفادة منها⁽²⁾ .

وبالإضافة إلى دور الخبر، إلا أن الدور الأكبر من نسبة الفشل يعود بالدرجة الأولى إلى الشخص موضوع الاختبار، فما قد يعاينه الشخص من أمراض (عضوية أو نفسية) قد تؤثر على قيمة النتائج التي يمكن التوصل إليها؛ وبناءً على ذلك يعطى الجهاز قراءاته متأثراً بردود الأفعال نتيجة هذه الأمراض، وليس نتيجة ردود فعل طبيعية، فالجهاز المذكور لا يمكنه التمييز بين الانفعالات التي تعترى الشخص البريء الذي وضع موضع الاتهام، وما يساوره من قلق واضطراب جراء ذلك، وبين تلك الانفعالات التي تنتاب المجرم الحقيقي بسبب الكذب⁽¹⁾، ومن هذه الانفعالات ما قد يعاينه الشخص الخاضع للاختبار من اضطرابات نفسية التي تصاحب الشخص البريء، لأنه يكون عادة متأثراً بالخوف من مجرد أنه مشتبه فيه وقيام ادعاء موجه إليه ضده⁽²⁾ .

(1) حسن على السمني ، مرجع سابق، ص 282 ، زكية نجمي عبد الجواد، مرجع سابق ص 88.

(2) موسى مسعود رحومة، قبول الدليل العلمي ...، مرجع سابق، ص 161 . وأنظر ، مصطفى محمد الدغدي ، مرجع سابق مرجع سابق - ص 251 .

(1) موسى مسعود رحومة ، قبول الدليل العلمي ... ، مرجع سابق، ص 161 .

(2) محمد سامي النبراوي، استجواب المتهم، رسالة دكتوراة، جامعة القاهرة، مصر، 1988، ص 492 .

كما أن هناك أمراض أخرى عضوية من شأنها أن تؤثر على نتائج الجهاز، وبوجه خاص تلك الأمراض التي لها علاقة بالنتائج التي يسجلها الجهاز، كالإصابة بارتفاع ضغط الدم، أو أمراض القلب، أو أزمات التنفس، فإصابة الشخص مثلاً بمرض ضغط الدم من شأنه أن يضلل المحقق القائم بالاختبار بشأن النتائج التي يسجلها الجهاز فيما يتعلق بالقسم الخاص المسئول عن تسجيل ضغط الدم، وكذلك الحال بالنسبة لبقية الأمراض الأخرى ذات الصلة بالنتائج التي يتولى الجهاز قياسها⁽³⁾.

وإلى جانب ذلك فإن الشخص المصاب بعاهة عقلية يصعب فحصه، ومصدر هذه الصعوبة هو في أن إجابات هؤلاء تأتي غير مترابطة وغير ذات دلالة، مما يكون لها التأثير على النتائج التي يسجلها الجهاز⁽⁴⁾.

وتجدر الإشارة إلى أنه بالنسبة للأشخاص قليلوا الخوف، ذوي القدرة على التحكم في أعصابهم، وأيضاً أولئك المصابون بمرض الكذب، فإن جهاز كشف الكذب يقف عاجزاً أمامهم، حيث تشكل هذه الشخصيات أحد أسباب النتائج الخاطئة للجهاز⁽¹⁾.

ومن جانب آخر فإن الاعتياد على أخذ بعض العقاقير المخدرة، قد يكون السبب في عدم إستجابة الشخص الخاضع للاختبار للمؤثرات التي تنتج عن توجيه الاسئلة، وذلك لخضوعه تحت تأثير هذه العقاقير والتي بطبيعتها تؤثر في الوضع النفسي للشخص⁽²⁾.

ونتيجة لذلك فإنه يمكن القول بأن النتائج التي يتم الحصول عليها عن طريق جهاز كشف الكذب لم ترقى بعد إلى درجه الجزم واليقين، وأن نتائجه تبقى دائماً مثار شك في صحتها، وهذه النتائج غير الحاسمة هي التي أثارت الخلاف في الفقه والقضاء الجنائيين حول مدى مشروعية استخدام هذا الجهاز في الإثبات الجنائي؛ وهل يشكل استخدامه تعدياً على شخص المستجوب؟ وهو ما سنعرض له بالدراسة في الفرع الثاني من هذا المطلب.

المبحث الثاني

مدى مشروعية استخدام جهاز كشف الكذب في الإثبات الجنائي

نظراً لأن أغلب التشريعات لم تنص على استخدام جهاز كشف الكذب أو عدم استخدامه، كما أن المواقف القضائية قليلة في هذا الشأن؛ لأن الجهاز المذكور لم يلقى الانتشار الواسع، فإنه يلاحظ بان النصيب الأكبر من الجدل حول هذا الجهاز كان من جانب الفقه، فقد وُجد تباين ملحوظ بين الفقهاء في جواز الأخذ أو عدم الأخذ باستخدام الجهاز في المجال الجنائي.

(3) محمد حماد الهييتي، مرجع سابق، ص 402.

(4) مصطفى محمد الدغدي، مرجع سابق، ص 254.

(1) محمد سامي النبراوي، استجواب المتهم، مرجع سابق، ص 492، محمد إبراهيم زيد - مرجع سابق - ص 516

(2) محمد حماد الهييتي، نف المرجع، ص 405.

ويناءً عليه سنتعرض لدراسة هذه النقاط من خلال ما يلي :

المطلب الأول

موقف الفقه

أنقسم الفقهاء فيما بينهم بشأن قبول هذه الوسيلة في الإثبات الجنائي، وتباينت الآراء الفقهية بهذا الخصوص بين مؤيد ومعارض لاستخدام الجهاز، ولكل فريق حججه ومبرراته، بحيث كانت الآراء الفقهية على النحو التالي :

أولاً - الرأي المؤيد لاستخدام الجهاز .

يري أصحاب هذا الرأي بأن استخدام جهاز كشف الكذب في التحقيق الجنائي يكون مقبولاً، لأنه لا يتضمن أي اعتداء على المتهم وحرية، فهو يقوم على قياس التغيرات والآثار التي تحدث للخاضع للاختبار، ولا تؤثر على وعيه وإرادته⁽¹⁾.

وعلى عكس الاستجواب الذي يتم تحت تأثير العقاقير المخدرة أو التنويم المغناطيسي، فإن الجهاز محل البحث - بعكس الاجرائين المذكورين - لا يلغي الإدراك، ويظل الشخص -شاهداً كان أم متهماً- أثناء الاختبار محتفظاً بوعيه كاملاً، فيستطيع أن يوجه إرادته حيث يشاء، وله أن يباشر جميع ضماناته وامتيازاته⁽²⁾، ولا يغير من ذلك القول بأن الشخص كان أثناء الاختبار تحت تأثير الإكراه المعنوي، إذ أنه يكون تحت تأثير نفسي معين في جميع مراحل التحقيق، فتعثره الرهبة و الخوف إزاء كل إجراء قضائي يتخذ في مواجهته، ورغم ذلك فإن الإجراءات المتخذة لا تكون باطلة متى اتخذت على الوجه القانوني ودون تعسف، إذ أن المتهم قد يقع تحت تأثير نفسي معين أثناء استجوابه في الفروض العادية نتيجة المواجهة أو توجيه الأسئلة المباشرة والمحرجة⁽³⁾، كما أن التأثير النفسي قد بصاحب الشاهد، ابتداءً من دعوته لأداء الشهادة إلى الوقوف أمام المحقق أو المحكمة، وخاصة أن القانون يلزمه بل وينذر بالعقوبة في حالة الامتناع عن الحضور أو تأديته الشهادة⁽⁴⁾.

ويؤكد جانباً من أنصار هذا الرأي بأنه في حالة الحصول على موافقة صريحة من المتهم أو الشاهد باستخدام الجهاز، فإنه ليس هناك وجه للاعتراض على النتائج التي يسفر عنها استعمال الجهاز من الناحية القانونية، وعلى العكس إذا ما تم استخدام الجهاز جبراً عن المتهم أو الشاهد، فلا يمكن التعويل على ما سيسفر عنه من نتائج⁽¹⁾، ويضيف أصحاب هذا الرأي أن استخدام جهاز كشف الكذب في

(1) سامي صادق الملا، مرجع سابق، ص 139.

(2) محمد سامي النبراوي، استجواب المتهم، مرجع سابق، ص 493 .

(3) حرية محمودي، مرجع سابق، ص 126 .

(4) إبراهيم الغماز، مرجع سابق، ص 265 .

(1) محمود هشام محمد، مرجع سابق، ص 115 .

مرحلة جميع الاستدلالات أمر هام للغاية، حيث يسفر عنه الكشف عن الحقيقة من خلال معرفة صدق المتهم من كذبه، فإذا ثبت استخدام الجهاز بأن المتهم كاذب في إنكاره، أتجه البحث والتحري عن أدلة أخرى كافية لإدانته وكشف كذبه⁽²⁾.

هذا بالإضافة إلى أن النتائج العملية تشير إلى أن المحققين الذين يستخدمون هذا الأسلوب الفني الحديث في التحقيق، يحققون تفوقاً أكبر من المحققين الذين يعتمدون على الأسلوب التقليدي في المناقشة والاستجواب، ويرجع ذلك إلى الظروف التي يتم فيها استخدام الجهاز، حيث يشترط التأكد من حالة الشخص النفسية والعضوية قبل البدء في الاختبار⁽³⁾.

ويعمل البعض تأييده لإستخدام الجهاز بالقول : بأنه لا جدال في أن من سلطة القاضي الجنائي أن يعول على المظاهر الخارجية بوصفها من العناصر التي تساعد على تكوين قناعته، فمثلاً إذا ما أحمر الوجه أو اضطرب المتهم أو الشاهد أو تلعثم في أقواله أو بدت عليه ملامح الحيرة ... أو غير ذلك من العلامات التي تبدو على ملامح الشخص وتشير إلى قلقه، فإنه إذا أجزنا للقاضي استخلاص هذه الدلائل بناء على تجاربه وخبراته، فلا يوجد ما يحول دون استخدام الأجهزة العلمية للوصول إلى دلائل من هذا القبيل⁽⁴⁾، بدلاً من أن يعتمد في تكوين عقيدته على مراقبة انفعالات الشخص وردود أفعاله على حواسه الطبيعية المجردة⁽²⁾.

وتأسيساً على ذلك فقد نادي جانب من الفقه بضرورة استخدام الجهاز على أساس أن التقاليد القضائية التي تكونت قواعده على مر السنين ليس من المناسب أن تقف حجر عثرة في طريق التطور على وجه يمنع المحقق من الاستفادة بكل جديد يمكن أن يساعده على تأدية واجباته بشكل أفضل. خاصة إذا كانت هذه الطرق تؤدي إلى التأكد من صحة الأقوال التي يدلي بها الأشخاص ولا تؤثر في إرادتهم⁽³⁾.

ويضيف أنصار هذا الرأي بأن الالتجاء للجهاز المذكور يمثل الالتجاء لوسيلة علمية هي أفضل وأجدي نفعاً من الارتكان إلى حاسة الشم لدى الكلب البوليسي⁽⁴⁾، ويعرض للذهن وجه شبه كبير بين استعمال جهاز كشف الكذب، واستخدام الكلب البوليسي، فإذا لم يصدر من المتهم اعترافاً، قد نجد

(2) فيصل مساعد العنزي، أثر الإثبات بوسائل التقنية الحديثة على حقوق الإنسان، رسالة ماجستير، جامعة نايف للعلوم الأمنية، قسم التشريع الجنائي الإسلامي، السعودية، 2008، ص 192، لبنى عبد العزيز الموسى، اعتراف المتهم كدليل في الإثبات الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2010، ص 65.

(3) مصطفى محمد الدغدي، مرجع سابق، ص 256، لبنى عبد العزيز الموسى، نفس المرجع، ص 65.

(4) حسن على حسن السمني، مرجع سابق، ص 293.

(2) شوقي عبد الله عبد السلام، مرجع سابق، ص 199.

(3) محمد سامي النبراوي، استجواب المتهم، مرجع سابق، ص 492.

(4) محمد على التايب، مرجع سابق، ص 202.

أنفسنا أمام قرينة جائزة قانوناً وهي أن الكلب البوليسي تعرف على رائحة المتهم، ولا يختلف ذلك كثيراً ، إن لم يكن أكثر ثقة، تسجيل جهاز كشف الكذب علامات تدل على كذب المتهم⁽⁵⁾ .

أما ما قيل بشأن عدم إلمام القائمين بالتحقيق بالنواحي الفنية المتعلقة باستخدام الجهاز، واعتماد القاضي على تقارير الفنيين في هذا العمل الهام، مما يجعل تقرير مدى صدق أقوال المتهم أو الشاهد يخرج عن سلطان القاضي ولا يختص به إلا الخبير، ما يعني أن أمر البت في المسألة المعروضة قد صار في يد الخبير؛ فإن المؤيدين لاستخدام الجهاز يفندون هذه الحجة قائلين بأن الكثير من المسائل الجنائية التي يتوقف عليها السير في التحقيق أو الفصل في الدعوى تتصل بنواح فنية لا يستطيع أن يبت فيها إلا الخبير المختص، كما هو الشأن بالنسبة لبحث البصمات وتحليل الدم والمخدرات وغير ذلك من الأمور الأخرى، ومع ذلك لم يحتج أحد عليها رغم تعلقها بمسائل فنية دقيقة قد لا يدرك القاضي من حقيقة أمرها شيء .

أضف إلى ذلك بأن جميع أعمال الخبرة تخضع في نهاية الأمر لتقدير القاضي، وله وحده الكلمة الحاسمة في هذا الشأن وفقاً لاعتناقه الشخصي⁽¹⁾، وتأسيساً على القاعدة المقررة التي تقضي بأن القاضي خبير الخبراء⁽²⁾ .

وليس صحيحاً - بحسب أنصار هذا الرأي - القول أن من شأن التعويل على هذه الوسيلة أن يؤخذ مما يصدر عن الشخص من ردود فعل سلاحاً يشهر في مواجهته أمر يتنافى مع العدالة؛ لأنه من الجائز إدانة المتهم بناء على اعترافاته الذاتية أو الأدلة الناشئة عن سلوكه⁽³⁾، أو ما كان قد قدمه من أوراق مفيدة في الدعوى، ففي مثل هذه الحالات يؤخذ بما يصدر عن الشخص من أقوال أو بيانات كأدلة توجه ضده، ومع هذا لم يحتج أحد على عدم صحة مثل هذه الأساليب⁽⁴⁾ .

ويقبل جانب من الفقه استخدام الجهاز المذكور بعد إحاطته بالضمانات والضوابط الكافية، كأن يكون الخبير على دراية عالية من الكفاءة، سواء على المستوى العلمي أو مستوى التحقيق، إلى جانب التحلي ببعض الصفات الشخصية كالصبر والمرونة والهدوء والاتزان .

وعلاوة على ذلك ، يجب أن يقتصر استخدام الجهاز على الجرائم الجسيمة دون غيرها ، وأن يتم ذلك بإذن قاضي التحقيق ، كما يتطلب الأمر موافقة الشخص على الخضوع للاختبار تجنباً لتحقيق أية صورة للإكراه المعنوي⁽⁵⁾ .

(5) أحمد محمد خليفة، مرجع سابق، ص 27.

(1) كوثر أحمد خالد، مرجع سابق، ص 157. وانظر محمد سامي النبراوي ، استجواب المتهم ، مرجع سابق - ص 496 .

(2) راجع ص (149) من نفس البحث.

(3) حسن على حسن السمني ، مرجع سابق - ص 293 ،

(4) كوثر أحمد خالد، نفس المرجع، ص 158.

(5) حربة محمودي ، مرجع سابق - ص 129 .

ثانياً - الرأي المعارض لاستخدام الجهاز

في المقابل للرأي السابق اتجه الرأي الغالب في الفقه إلى معارضة استخدام جهاز كشف الكذب في المجال الجنائي ، ورفض النتائج التي يسفر عنها ، سواءً تم ذلك بموافقة المتهم أو الشاهد الخضوع لهذا الاختبار أو بدونه ، وتستند حجج المعارضين لاستخدام الجهاز إلى عدة اعتبارات منها:

إن استخدام جهاز كشف الكذب يمثل إكراهاً للمتهم ينطوي على إيذاء بدني⁽¹⁾، وأن النتائج المتحصل عليها بواسطة هذا الجهاز تشبه تلك التي يتم الحصول عليها بواسطة التعذيب، لأن النتائج التي يتم أخذ الدليل بناء عليها تعتبر صادرة عن فعل مستقل عن إرادة الشخص الخاضع للاختبار لإستنادها على الانعكاسات النفسية⁽²⁾.

كما أن استخدام الجهاز - بحسب بعض الفقه - فيه اعتداء على حق المتهم في الصمت الذي بمقتضاه يحق للمتهم الامتناع عن التعبير عن مكونات نفسه، وفيه كذلك اعتداء على حقه في حرية الدفاع، صادقاً كان هذا الدفاع أو كاذباً حسبما تقتضيه مصلحة المتهم، وبذلك فإن الاعترافات الصادرة نتيجة استعمال الجهاز تعتبر باطلة، ولا يغير من ذلك إن يكون استعمال هذا الجهاز برضا المتهم، إذ يعتبر الرضا معدوماً؛ لأن هذا القبول من المتهم باستخدام الجهاز لا يكون في الواقع صادر عن إرادة حرة، فالشخص المتهم أو المشتبه فيه يخشى عادة أن يرفض الخضوع للجهاز خوفاً من أن يفسر ذلك الرفض على أنه قرينة على أدنته⁽³⁾.

ومن جانب آخر يرى البعض بأن استخدام الجهاز المذكور يمثل نوعاً من الإكراه المعنوي يؤثر على نفسية الشخص الخاضع للتجربة⁽⁴⁾، إذ أن مجرد رؤية المتهم لتلك الآلة والزمع بأنها تمكن قراءة أفكاره، وكشف الأسرار التي يحرص على كتمانها، فيه احتمال كبير لإدخال الخوف إلى قلبه ووجدانه، مما يؤدي إلى صدور انعكاسات غير مميزة قد تكون غير حقيقة أو خادعة⁽¹⁾.

أما البعض الآخر فقد أسس رفضه للجهاز على أساس أن استخدامه لا يقدم ضمانات علمية أكيدة، فردود الانفعالات التي تعترى الشخص المستجوب بواسطته، قد تكون مختلفة تماماً عن الشعور بالإثم الناتج عن الجريمة موضوع التحقيق⁽²⁾، فقد تكون ناتجة عن شيء آخر غير الكذب، كالخوف والغضب والارتباك⁽³⁾.

(1) عدلي خليل، إقرار المتهم فقهاء وقضاء، دار الكتب القانونية، القاهرة، 1996، مرجع سابق، ص 97

(2) حسن علي حسن السمني مرجع سابق، ص 285.

(3) سامي صادق الملا، مرجع سابق - ص ٢٢٢ .

(4) محمود هشام محمد، مرجع سابق، ص 117.

(1) محمد سامي النبراوي، استجواب المتهم، مرجع سابق، ص 494 .

(2) عز الدين ناصوري، عبد الحميد الشواربي، المسؤولية الجنائية في قانون العقوبات والإجراءات الجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية ، مصر، ص 874 .

(3) محمد على التاييب، مرجع سابق، ص 204 .

وبذلك فإن هناك عوامل كبيرة تؤثر في حالة الشخص المراد اختباره قد تكون سبباً في فشل نتائج الجهاز، كالحساسية الشديدة لدى بعض الأشخاص الذين رغم قولهم الصدق، قد يكون لديهم قلق أو اضطراب من مجرد الاتهام⁽⁴⁾، ولما كان جهاز كشف الكذب عاجزاً عن التفرقة بين هذه المؤثرات وتلك، فإن النتائج قد تأتي غير معبرة عن حقيقة الواقع، أو بمعنى آخر فإن الجهاز غير قادر على التمييز بين انفعال المجرم نتيجة الكذب، وبين انفعاله لأسباب أخرى بالنسبة للمتهم البرئ⁽⁵⁾.

وفضلاً عن ذلك فإن ما سوف يؤدي إليه استخدام الجهاز المذكور مع الشاهد هو تسجيل الانفعالات اللاإرادية في حالة كذب الشاهد، فإذا ما كان الشاهد يعتقد بصحة إجاباته رغم مخالفتها لحقيقة الواقع، فإن الجهاز سوف يسجل أنه صادق، وبالتالي فإن الجهاز في هذا الفرض يكون عاجزاً عن كشف الحقيقة؛ لأن المطلوب في مجال تقدير الشهادة هي الأقوال التي تمثل الحقيقة والواقع وليست الأقوال التي يعتقد الشاهد بصحتها⁽¹⁾.

أضف إلى ذلك أن الأفراد مختلفون في تفاوت درجات انفعالهم مما يؤدي إلى أن بعضهم كالمرضى المصابين بأمراض عصبية أو قلبية، ومتعلقة بالجهاز التنفسي، يكونون على درجة كبيرة من الحساسية تجعلهم عرضة للاضطراب والقلق، على العكس من هؤلاء نجد الأشخاص قليلو الخوف أو المتمرسين في الكذب بحيث يمكنهم الكذب من دون انفعال، مما يمكنهم من الإفلات من رقابة جهاز كشف الكذب⁽²⁾.

ويضيف البعض بأنه وإن كان استعمال الجهاز المذكور لا يترتب فقدان الوعي والإدراك، إلا أن استخدامه لا يتفق والكرامة الإنسانية، والمبادئ التي تراعي حقوق الإنسان، كاحترام حقه في الخصوصية، ومن ثم فإن استعمال هذا الجهاز يمثل اعتداءً على المجال الداخلي للفكر والإرادة⁽³⁾، وينطوي على شبه سرقة لسرية المتهم⁽⁴⁾، وهو ما يكفي لوصف هذه الوسيلة بعدم المشروعية، وعدم احترام حقوق الإنسان⁽⁵⁾.

(4) مصطفى محمد الدغدي، مرجع سابق - ص 258.

(5) احمد إبراهيم عثمان، مدى شرعية استخدام جهاز كشف الكذب في التحقيق الجنائي ودوره في إثبات التهم، بحث قدم لندوة الاستخدام الشرعي والقانوني للوسائل الحديثة في التحقيق الجنائي، نظمتها جامعة نايف للعلوم الأمنية بالتعاون مع مديرية الأمن العام الأردني في الفترة مابين 23 - 25 / 4 / 2007. الناشر، جامعة نايف للعلوم الأمنية، كتاب بعنوان : الاستخدام الشرعي والقانوني للوسائل الحديثة في التحقيق الجنائي، الطبعة الأولى، الرياض، السعودية، 2008، ص 245.

(1) عماد محمد ربيع حجية الشهادة في الإثبات الجنائي، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع عان، الأردن، ص 257.

(2) إبراهيم الغماز، مرجع سابق، ص 263.

(3) رمزي رياض عوض، مرجع سابق، ص 149.

(4) بير بورا، مشروعية التفتيش عن الأدلة في المواد الجنائية، بحث منشورات في مجلة المحامي، طرابلس، ليبيا، العددان 21، 22، السنة السادسة 1988، مرجع سابق، ص 39.

(5) رمزي رياض عوض، نفس المرجع، نفس الصفحة.

وعلى ضوء ما تقدم، فإن أغلب الفقه و لإعتبارات مختلفة يرفض الإلتجاء إلى جهاز كشف الكذب في مجال الإثبات الجنائي، وأن الأقوال الصادرة تحت تأثيره تقع باطلة ولا يجوز الاستناد عليها في الحكم، باعتبارها وليدة إجراء غير مشروع، سواءً تمثلت هذه الأقوال في صورة اعترافات أو شهادة شهود، ولكن مع ذلك يذهب البعض من معارضي استخدام جهاز كشف الكذب إلى جواز الإلتجاء إلى الوسيلة المذكورة في المراحل السابقة على مرحلة المحاكمة، ودون أن تقدم نتائجه للقضاء، ولكنهم مع ذلك اختلفوا في أي مرحلة يجوز فيها استخدام الجهاز، فيرى البعض⁽¹⁾ أن استخدام جهاز كشف الكذب يجب ألا يتعدى مرحلة جمع الاستدلالات، بحيث تكون نتائجه عامل مساعد تسترشد به سلطة الاستدلال في تفصيلها للحقيقة وبحثها عن المتهم الحقيقي وجمع الأدلة الكافية ضده، بذلك يكون دور الجهاز قاصراً على رسم الطريق لسلطة جمع الاستدلالات في تتبع الأدلة والبحث عن الحقيقة، يقف دوره عند هذا الحد .

في حين يرى البعض الآخر⁽²⁾ بجواز استخدام الجهاز المذكور في مرحلة التحقيق الابتدائي بمعناه الواسع، خاصة أن استخدامه لا يعدم أو بسلب الشخص إرادته، بحيث يسترشد به المحقق في تحريه لصدق أو عدم صدق الأشخاص، دون أن تقدم نتائجه للقضاء على أنها أدلة، ولكن مجرد دلائل ينبغي تفسيرها في الإطار العام للتحقيق، على أن يكون ذلك بإشراف خبير مختص على درجة عالية من المهارة والتدريب .

وينتقد البعض استخدام جهاز كشف الكذب على إطلاقه، خصوصاً إذا تعلق الأمر بسلطة جمع الاستدلال، حيث يرى أن إعطاء هذا الحق إلى سلطة جميع الاستدلالات يعني تحويل عدم مشروعية استخدام الجهاز إلى وسيلة مشروعة بيدها، وهي سلطة أشد رهبة، بالتالي هدر جميع الضمانات المكفولة للحرية الفردية وحق الصمت، يكون بمثابة إلزام للمتهم بالتكلم رغماً عن حقه في الصمت⁽³⁾ .

(1) سامي صادق الملا، مرجع سابق، ص 144 . مصطفى محمد الدغدي مرجع سابق، ص 261 .

(2) إبراهيم الغماز، مرجع سابق، ص 264 ، عماد محمد ربيع ، مرجع سابق ، ص 257، موسى مسعود رحومة، حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته ، مرجع سابق، ص 106

(3) مراد أحمد العبادي، اعتراف المتهم وأثره في الإثبات، الطبعة الثالثة، دار الثقافة، للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011، ص، 90

المطلب الثاني

موقف القضاء المقارن والمؤتمرات الدولية

أولاً : موقف القضاء المقارن .

بادي ذي بدء تجدر الإشارة إلى أنه لا يوجد في نصوص قانون الإجراءات الجنائية الليبي ولا في غيره من القوانين الليبية نص صريح يبيح أو يحظر استخدام جهاز كشف الكذب أثناء التحقيق⁽¹⁾، وكذلك هو الأمر بالنسبة للقانون الفرنسي، أما في مصر فقد نصت المادة (220) من تعليمات النيابة العامة على أنه "لا يجوز استخدام جهاز كشف الكذب للحصول على اعتراف المتهمين؛ لأن هذه الوسيلة يحوط نتائجها الشك، ولذلك لن تصبح لها قيمة علمية توحى بقدر كاف من الثقة في دقة ما تسفر عنه نتائج هذا الجهاز من دلالة "

وأمام صمت أغلب التشريعات المقارنة على معالجة هذه المسألة، فقد تعرضت بعض المحاكم رغم قلتها، إلى موضوع قبول الدليل المستمد من جهاز كشف الكذب أمام القضاء، وقد تباينت أحكام القضاء بين الرفض المطلق لاستخدام الجهاز، وبين قبول نتائجه في حدود معينة، ووفق شروط و ضمانات خاصة . وعليه، سنحاول أن نقف على اتجاه القضاء في الولايات المتحدة الأمريكية باعتبارها أكثر بلدان العالم استخداماً لهذه الأجهزة، ثم يلي ذلك التعرف على اتجاه القضاء في بعض الدول الأوروبية.

أ - اتجاه القضاء في الولايات المتحدة الأمريكية .

تضاربت أحكام القضاء في الولايات المتحدة الأمريكية التي هي معقل استخدام وتطوير جهاز كشف الكذب، بشأن النتائج المتحصلة من استعماله في القضايا الجنائية، فبينما رفضت أغلب المحاكم هناك

(1) ويلاحظ في هذا الصدد أن المشرع الليبي قد نص على جواز الإثبات بالوسائل العلمية الحديثة في المجال الجنائي، وذلك في جرائم الحدود بموجب المواد، المادة (6) مكرر من القانون رقم (70) لسنة 1973 في شأن إقامة حد الزنا وتعديل بعض أحكام قانون العقوبات، حيث جاء في هذه المادة بأن (تثبت جريمة الزنا المنصوص عليها في المادة الأولى من هذا القانون ... أو بأية وسيلة ثبات عملية) والمادة (9) من القانون رقم (13) لسنة 1425 م المعدلة بالقانون رقم (10) لسنة 1369 ور بتعديل بشأن إقامة حدي السرقة والحرابة حيث جاء فيها بأن تثبت جريمة السرقة والحرابة المنصوص عليهما في المادتين الأولى والرابعة من هذا القانون أو بأية وسيلة إثبات عملية)، ويلاحظ أن عبارة (الوسائل العلمية) التي أشار إليها المشرع الليبي في نص المادتين السابقتين جاء فضفاضاً وغير منضبط بحيث يفهم منه للوهلة الأولى بأن المراد من نص المشرع هو أن استخدام أي وسيلة علمية لإثبات جريمة الزنا أو السرقة والحرابة جائز، وإن كانت هذه الوسيلة هي (جهاز كشف الكذب) ، كما أن المحكمة العليا لم يسبق لها أن تعرضت لهذه المسألة في أحكامها.

وبالرجوع إلى موقف الفقه، نجد أن الرأي الغالب بين الفقهاء - والراجح في نظري - يرفض استخدام جهاز كشف الكذب في الإثبات الجنائي، ولا يجوز الاستناد إلى الأقوال التي تصدر من الأشخاص تحت تأثير الجهاز في الإثبات وقرروا ذلك بالنسبة للجرائم العادية غير الحدية، ولا اعتبارات مختلفة، لعل أهمها أن الجهاز لا يقدم نتيجة علمية ثابتة، وأن نتائجه تبقى دائماً مثار شك. عليه، فإن الباحث يرى أنه إذا كان الأمر كذلك بالنسبة للجرائم العادية غير الحدية فيبدو أنه من باب أولى استبعاد استخدام الجهاز المذكور في جرائم أكثر خطورة، وعقوباتها تعتبر بلا شك الأقسى بعد عقوبة الإعدام، ألا وهي (جرائم الحدود)، وأن الخطأ في إدانة شخص بري في هذه الجرائم لا يمكن تداركه في حالة تنفيذ الحد، ويبدو أن قصد المشرع الليبي من عبارة (أية وسيلة إثبات علمية) هي تلك الوسائل قطعية الدلالة، والتي قيمتها العلمية مؤكدة، كالإثبات بالبصمة الوراثية لإثبات النسب بالنسبة لجريمة الزنا، لذا فإنه يخرج من نطاق البحث التعرض لهذه المسألة على اعتبار أنه كنا قد إنتهينا سابقاً إلى أن النتائج التي يقدمها جهاز كشف الكذب لم ترقى بعد إلى درجة الجزم واليقين، وتبقى دائماً مثار شك ، ولا يمكن التسليم بها لإثبات جرائم الحدود .

وفي هذا الصدد فإننا نهيب بالمشرع الليبي التدخل لحل هذه الإشكالية ، ويوضح ما هو المقصود بالوسائل العلمية التي نص عليها لإثبات جريمة الزنا، وجريمتي السرقة والحرابة ، ويبدو أنه من الأنسب الإبقاء على نصوص الإثبات في جرائم الحدود قبل تعديلها بحيث تبقى مسألة الإثبات بالنسبة لهذه الجرائم بالطرق التقليدية المتفق عليها فقهاً وقضاً (الاعتراف والشهادة) ، ويُستبعد بشكل كلي الإثبات بالوسائل العلمية بالنسبة لهذه الجرائم؛ لأن هذه الوسائل لا تخلو من نسبة خطأ مهما قلت تبقى شبهة تدرء الحد .

قبول الأدلة المستمدة من استخدام الجهاز المذكور، اتجهت بعض المحاكم الأخرى إلى قبول نتائج الجهاز متى توافرت شروط وضمانات معينة⁽¹⁾.

وقد أثرت مسألة قبول الدليل المتحصل من جهاز كشف الكذب لأول مرة أمام المحاكم الأمريكية سنة (1923) في قضية (فري frye) والتي رفضت فيها المحكمة الاستئنافية بمقاطعة كولومبيا قبول الدليل المتحصل من الجهاز محل البحث، تأسيساً على أن الدليل يتعين أن يكون مستقي من مصادر علمية متفق على دقة نتائجها في الوسط العلمي، وهو ما لم يكن متوفراً في جهاز كشف الكذب⁽²⁾.

كذلك رفضت المحكمة العليا في ولاية ميتشجان في قضية (بيكر beker) سنة (1924) قبول نتائج جهاز كشف الكذب، مقدرة أن هذه النتائج غير مؤكدة وليست ذات قيمة بآلة، وقد أسست المحكمة رفضها التعويل على النتائج المستمدة من الجهاز المذكور، على عدم وجود اعتراف علمي يمثل هذه التجربة، ومن ثم من الخطأ قبول نتائجها كدليل حتى يتحدد التأكيد المعقول لتلك التجارب⁽³⁾.

وعلى ذات النهج سارت المحكمة العليا بولاية (نيومكسيكو)، فقضت برفض النتيجة المتحصلة من استخدام جهاز كشف الكذب، على اعتبار أن النتائج التي تسفر عن استخدامه غير محققة ولا يمكن الوثوق بها⁽¹⁾.

وهو تقريباً ما أكدته قضاء المحكمة العليا بولاية (سكوتسن) والمحكمة العليا بولاية (ميسوري)، وذلك في قضية (كول) الذي أُتهم بقتل طفل في سن السابعة، وطلب محاميه من المحكمة السماح بإجراء كشف الكذب على شهود القضية، إلا أن المحكمة رفضت طلب المحامي مؤسسة رفضها على أنه لم يكن الوقت الذي يتم فيه إخضاع جميع الشهود في القضية إلى مثل هذه الاختبارات للكشف عن الكذب دون رضاهم، وأن مثل هذه الأمور الدرامية التي تجري أمام المحلفين قد تؤثر فيهم وعلى سير القضية ... فما من شك أن جهاز كشف الكذب مفيد في التحقيق، إلا أن محله ليس قاعة المحكمة⁽²⁾.

وقضت محكمة استئناف أكلاهوما في قضية (هيندرسون Henderson) سنة 1951 بعدم قبول نتائج جهاز كشف الكذب، باعتبار أنه لم يحقق بعد الحد الأدنى من القبول العلمي.

وهو ما قرره المحكمة العليا بولاية (ماساشيوسيتس Massachusetts) حيث قضت في سنة 1962 م، برفض النتائج التي يقدمها جهاز كشف الكذب، مقرر عدم صحتها مما لا يمكن معه التعويل عليها من

(1) موسى مسعود رحومة، قبول الدليل العلمي ...، مرجع سابق، ص 181.

(2) أحمد عوض بلال، قاعدة استبعاد الأدلة المتحصلة بطرق غير مشروعة في الإجراءات الجنائية المقارنة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003، ص 336. وانظر، احمد إبراهيم عثمان، مرجع سابق، ص 251.

(3) شوقي عبد الله عبد السلام، مرجع سابق، ص 193.

(1) محمد حماد مهرج الهيتي، مرجع سابق، ص 409.

(2) موسى مسعود رحومة، قبول الدليل العلمي ...، مرجع سابق - ص 183.

وجهة نظر العلماء ، إضافة إلى كونها تمثل انتهاكا للحق الدستوري في عدم أجبار الشخص على أن يكون شاهداً ضد نفسه .

وفي عام 1963 م، أصدرت ذات المحكمة حكماً آخر قررت فيه عدم الاعتراف بجهاز كشف الكذب، على اعتبار أن قيمته لم تتأكد بعد، وذلك فيما يعرف بقضية (كومونويلث commonwealth)، وكانت المحكمة قد أسست رفضها لاستخدام الجهاز على ما كان ينشر بشأنه في المجلات العلمية والقانونية، حيث كانت تثير بشأنه شكوك من الناحية العلمية والفنية أو فيما يتصل بأسلوب إدارة الجهاز وتشغيله⁽¹⁾ .

كما قررت أن قبولها لأي دليل مستمد من وسيلة علمية يكون مرتبطاً بالقبول العام لدى جميع العلماء ورجال القانون، وإلى أن يتم تبديد ما يحيط استخدام جهاز كشف الكذب من شكوك جوهرية حول النتائج التي يقدمها، فإن استخدامه يعد إجراء غير مشروع، لا يمكن قبول نتائجه في الإثبات⁽²⁾ .

وأمام الرأي الراض لقبول جهاز كشف الكذب في القضاء الأمريكي، فقد اتجهت بعض المحاكم الأمريكية الأخرى إلى قبول النتائج التي يقدمها الجهاز المذكور إذا توافرت شروط وضمانات معينة، وفي مقدمتها توافر رضا الخاضع للاختبار، على افتراض أن خضوع الشخص باختباره للتجربة يزيل كل عيب يمكن أن يؤثر على إرادته، ولا يصح للدفاع الادعاء بأن الشخص قد ادلى بأقواله رغماً عن إرادته .

وقد قضت محكمة ولاية (نيويورك) في حكم لها في سنة 1938 م بأنه " إذا كان للمحكمة أن تقبل آراء الخبراء في مقارنة الخطوط وفي الأمراض النفسية وغير ذلك من أعمال الخبرة فلماذا لا تسمح بالدليل المستمد من جهاز كشف الكذب ؟ ثم أضافت أنه ليس ثمة ما يمنع قانوناً من قبول هذه الوسيلة إذا كانت الاختبارات قد أجريت على أساس سليم "

كما قضت محكمة (مايني Maine) برفض شهادة أحد الشهود لأنه رفض اختباره عن طريق جهاز كشف الكذب، وذهبت محكمة ولاية (كنساس Kansas) إلى الاعتراف بنتائج الاختبارات إذا كان المتهم قد وافق على إجراء الاختبار كتابة⁽¹⁾ .

وفي سنة 1948 م قضت المحكمة العليا بولاية (الميسيسبيسي) برفض دفع كان قد تقدم به المتهم ببطان اعترافه، بدعوى أن اعترافه كان نتيجة وضعه تحت جهاز كشف الكذب، وأن المحقق أخبره بأن من شأن هذا الجهاز قراءة أفكاره، إلا أن المحكمة رفضت هذا الدفع مقررّة قبول اعترافه كدليل إثبات، مؤسسة رفضها دفع المتهم على أساس أن خوفه ليس مرده الخوف من جهاز كشف الكذب، بل من الاعتقاد

(1) موسى مسعود رحومة ، مرجع سابق . ص 184 - 185 ، حرية محمودي ، مرجع سابق - ص 120 .

(2) شوقي عبد الله عبد السلام، مرجع سابق، ص 195 .

(1) كوثر أحمد خالد، مرجع سابق، ص 169 .

بأنه في إمكانه قراءة أفكاره، وهذا ليس له تأثير على صحة الدليل؛ لأن درجة الإكراه المعنوي الموجود في تلك الحالة ليست من النوع الذي يجعل الشخص شاهداً ضد نفسه⁽²⁾.

وإجمالاً يمكن القول بأن القضاء الأمريكي لم يستقر على رأي موحد في شأن قبول النتائج المستمدة من جهاز كشف الكذب، وتباينت أحكامه بين القبول والرفض لاستخدام الجهاز، ففي الفرض الأخير فإن المحاكم التي رفضت التعويل على النتائج التي يقدمها الجهاز المذكور تستند في ذلك على عده حجج لعل أهمها أن جهاز كشف الكذب لا يقدم قيمة علمية مؤكدة، مما يجعل نتائجه غير محققة، بالتالي لا يمكن الوثوق بها.

أما بالنسبة للمحاكم التي أجازت استخدام الجهاز المذكور فإنها قررت ذلك وفق شروط وضمانات معينة لا بد من توافرها، لعل من أهمها الحصول على موافقة الخاضع للاختبار، وهذه المحاكم رغم قبولها استخدام الجهاز إلا أنها لم تجز بناء الأحكام إستناداً على ما يقدمه جهاز كشف الكذب من نتائج دون أن تكون مدعومة بأدلة أخرى، واعتبرت هذه النتائج مجرد دلائل لا ترقى إلى مرتبة الأدلة الكاملة التي يحق للمحكمة الاستناد عليها في إحكامها وإن كانت لوحدها.

ب - اتجاه القضاء في بعض الدول الأوروبية .

على الرغم من أن الرأي الغالب في القضاء الأوروبي يرفض اللجوء إلى استخدام جهاز كشف الكذب في الإثبات الجنائي، إلا أنه نجد أن هناك بعض المحاكم الأوروبية تقبل النتائج المستمدة من الجهاز المذكور بشروط معينة، فقد قضت إحدى المحاكم في سويسرا في ديسمبر 1954، بأنه يمكن قبول نتائج الاختبار بجهاز كشف الكذب كوسيلة للإثبات، بشرط أن يتم ذلك بموافقة المستجوب، وله في هذه الحالة إيقاف الاختبار في أي لحظة يشاء.

وترى المحكمة أنه في هذه الحالة الأخيرة لا يجوز الاعتماد على النتائج التي يقدمها الجهاز لوحدها، بل لا بد من تأييدها بأدلة أخرى لتأكيد الاتهام⁽¹⁾.

وفي ذات الإطار قررت محكمة استئناف روما قبول النتائج التي أسفر عنها جهاز كشف الكذب على اعتبار أنها دلائل من عناصر الإثبات، وإن كانت لا ترقى إلى مرتبة الدليل الكامل⁽²⁾. إلا أن هذا الحكم لا يعبر عن موقف القضاء عموماً في إيطاليا، فأغلب المحاكم هناك ترفض استعمال الوسيلة المذكورة عند إستجواب المتهم أو الشاهد في القضايا الجنائية، تأسيساً على أن المعلومات المتحصل عليها بواسطة هذا الأسلوب يعترضها الشك ونتائجها غير مؤكدة⁽³⁾.

(2) محمد سامي النبراوي، استجواب المتهم، مرجع سابق، ص 498

(1) سامي صادق الملا، مرجع سابق، ص 140.

(2) محكمة إستئناف روما، 27 أبريل 1956، مشار إليه لدى، محمد سامي النبراوي، استجواب المتهم، مرجع سابق، ص 497.

(3) حرية محمودي، مرجع سابق، ص 116.

أما في ألمانيا ، فإن موقف القضاء يتمثل في عدم جواز المساس بما قرره المشرع من حقوق للمتهم فيما يتعلق بحق الصمت، ولذلك فإن الاعترافات الصادرة من المتهم خلال استعمال هذا الجهاز، أو المترتبة على مواجهة المتهم بنتائجه هي اعترافات باطلة، فقد أصدرت المحكمة العليا أحكاماً عديدة بهذا الشأن، وقضت فيها بأن الحصول على اعتراف من المتهم نتيجة استعمال جهاز كشف الكذب تصرف محظور يقع تحت مضمون المادة (1/136) من قانون الإجراءات الجنائية الألماني، والتي تنص على ضرورة تنبيه المتهم عند الاستجواب الأول، إلى أنه حر في الإدلاء أو عدم الإدلاء بأي أقوال⁽¹⁾ .

ثانياً : موقف المؤتمرات الدولية والحلقات الدراسية⁽²⁾ .

لقي استخدام جهاز كشف الكذب في المجال الجنائي، استهجاناً ورفضاً من قبل المؤتمرات الدولية والحلقات الدراسية، وذلك في معرض تناولها حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية ووسائل مكافحة الجريمة .

وفي هذا الإطار فقد أوحى القسم العلمي للدائرة الأوربية في بروكسل سنة (1951) بضرورة الحد من استخدام الوسائل العلمية بهدف الحصول على الاعترافات، بما فيها جهاز كشف الكذب، تجنباً للتعسف وحماية لحقوق الإنسان، وقد أوصى مؤتمر البوليس الدولي الذي عقد في لشبونة سنة (1952) بالحذر التام من استخدام هذا الجهاز .

وقد تعرض استخدام الوسائل العلمية لهجوم عنيف من قبل المشاركين في الحلقة الدراسية حول حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية التي عقدت في فيينا سنة (1960)، وأعتبر استخدامها من قبيل التجسس على حياة الآخرين وانتهاك حرمتها .

كما أوصى المؤتمر الدولي لقانون الإجراءات الجنائية، المنعقد في شيكاغو عام (1960)، أنه لا يجوز استخدام جهاز كشف الكذب، وأن الاعترافات التي تصدر تحت تأثيره تعتبر باطلة، ولا يجب للمحاكم أن تأخذ بنتائجه⁽³⁾ .

وفي عام (1963) ناقش المشاركون في الحلقة الدراسية التي عقدت في (كانبيرا) بأستراليا، دور الشرطة في حماية حقوق الإنسان عند استخدامها الأساليب الفنية ومن ضمنها جهاز كشف الكذب، وقد عبر المساهمون عن شكهم في فائدة هذه الأساليب ودقتها .

(1) كوثر أحمد خالد، مرجع سابق، ص 171 .

(2) موسى مسعود رحومة ، قبول الدليل العلمي ...، مرجع سابق، ص 188 وما بعدها .

- حرية محمودي، مرجع سابق، ص 131 وما بعدها .

- كوثر أحمد خالد، مرجع سابق، ص 171 وما بعدها .

- شوفي عبد الله عبد السلام، مرجع سابق، ص 201 .

(3) سامي صادق الملا، مرجع سابق، ص 142 .

وهو ما قرره مؤتمر حقوق الإنسان المنعقد في (مونتريال) بكندا في سنة (1968)، إذ كان من بين توصياته حث الهيئات غير الحكومية التي تمارس اختصاصات قضائية كتنقابة المحامين وما شابهها أن تعمل على بيان وتوضيح المخاطر الناجمة عن قبول أدلة الإثبات المتحصل عليها بوسائل علمية كأجهزة كشف الكذب وغيرها.

وقد خلص مؤتمر القانونيين لدول الشمال⁽¹⁾ المنعقد في إستكهولم، في سنة (1967) إلى ضرورة وضع نطاقا قانونيا لما يشملته الحق في حماية الحياة الخاصة، فقرر أن هذا الحق يشمل حق الفرد في أن يعيش كما يرغب ويشاء، وذلك بحمايته من أمور عدة، من بينها الاعتداء على سلامته الجسدية والنفسية وحرية المعنوية والذهنية .

كما أوصلت لجنة حقوق الإنسان بهيئة الأمم المتحدة في 5 يناير 1962 بحظر إخضاع أي شخص مقبوض عليه لإكراه مادي أو معنوي أو إعطائه محاليل مخدرة أو أي شيء من المواد الأخرى التي من شأنها التأثير في ذاكرته أو تصرفه .

الخاتمة

من خلال ما سبق نجد أن جهاز كشف الكذب مند بداية ظهوره و حتى وقتنا الحالي، لم يلقي القبول الكامل لاستخدامه من قبل الفقه والقضاء الجنائيين، فعلى الرغم من أن هناك بعض الآراء تؤيد استخدام الجهاز في المجال الجنائي، وذلك وفق شروط وضمانات معينة، نجد أن الرأي الغالب في الفقه والقضاء يرفض اللجوء إلى الوسيلة المذكورة في الإثبات الجنائي .

ويرى الباحث أن حجج المعارضين لاستخدام الجهاز - على تعددها - إلا أنها تركز على مسألة جوهرية واحدة ألا وهي أن الجهاز المذكور لا يقدم قيمة علمية ثابتة، وإن نتائجه غير محققة، وبالتالي لا يمكن الوثوق بها .

أما ما قيل من حجج أخرى التي ساقها المعارضون لاستخدام جهاز كشف الكذب من أنه يمثل نوعاً من الإكراه المادي أو المعنوي، فإن كل هذه الحجج يمكن أن تتهاوى إذا كان الجهاز المذكور يقدم لنا نتائج علمية محققة لا جدال في صحتها، وإن ما قيل من أن جهاز كشف الكذب يمثل اعتداء على الحق في الخصوصية، وينطوي على شبه سرقة لسرية المتهم، فإنه يرد على ذلك بالقول أنه وإن صح ذلك فإن هذا الاعتداء الذي يشكله الجهاز المذكور أقل بكثير من الاعتداء الذي يمثله إجراء التصنت على المكالمات الهاتفية، وهو إجراء يتم خفية، ودون علم من الشخص بأن أقواله مراقبة، ومع ذلك يعد هذا الإجراء من قبيل الإجراءات المشروعة قانوناً، بعكس جهاز كشف الكذب الذي يتم بشكل علني في مواجهة المتهم، مع علم هذا الأخير بأن كل أقواله التي يدلي بها مراقبة ومسجلة .

(1) - دول الشمال هو اسم يطلق على منطقة جغرافية تمتد عبر شال أوروبا وشمال المحيط الأطلسي ، وتظم دول (إيسلندا - الدنمارك - السويد - فلندا - النرويج)

ومن جانب آخر فإن الرأي القائل بأن جهاز كشف الكذب يمثل اعتداء علي حق المتهم في الصمت، فإن هذا الرأي منتقد؛ فالجهاز المذكور لا ينتزع الأقوال، فهو لا يدفع الأشخاص للإدلاء بأقوالهم رغما عنهم، وكل ما في الأمر أنه يسجل الاضطرابات وردود الأفعال التي تصاحب الأشخاص أثناء الإدلاء بأقوالهم، وهم يقومون بذلك بكامل حريتهم ويظل المتهم محتفظا بحقه في الصمت ورفض الكلام أو الإجابة عن الأسئلة الموجهة إليه، وطالما كان حق الصمت من حقوق الدفاع، فلا يجوز للمحكمة أن تستخلص من هذا الصمت قرينة ضده، وإلا كان ذلك إطاحة بأصل البراءة المفترضة في الإنسان.

وبالنسبة للشاهد فإنه لا يجب أن يتهم بالشهادة الزور بناءً على النتائج التي يقدمها الجهاز في شأن شهادته، على اعتبار أن هذه النتائج غير مؤكدة، وتبقى دائما مثار شك، فقد يعطي الجهاز نتائج بأن الشهادة كاذبة رغم صدقها، وذلك بناءً على اضطرابات وانفعالات مختلفة صاحبت الشاهد أثناء تأدية الشهادة، وهذه الانفعالات قد تكون بسبب أمراض نفسية أو عضوية سبق الإشارة إليها، بذلك يكون من الأنسب أن يستخدم جهاز كشف الكذب في مجال الشهادة لمجرد الاستئناس في تحري صدق الشهود.

وإذا كان جهاز كشف الكذب لا يقدم لنا في الوقت الحالي نتائج علمية محققة، فإن كل ما علينا أن ننتظر حتى يقدم لنا العلم إصداراً من الجهاز المذكور تكون نتائجه مؤكدة، فلا شك أنه إذا ما تم ذلك، فإن جميع حجج المعارضين لاستخدام الجهاز ستهوى أمام النتيجة التي سيقدمها جهاز كشف الكذب، وإلى ذلك الوقت يبدو أنه من الأنسب عدم المبالغة في إهدار كل قيمة لجهاز كشف الكذب، وأنه يمكن الاستفادة من استخدامه في مرحلة التحقيق الابتدائي، بحيث تساعد سلطات التحقيق على تحري الصدق في أقوال الأشخاص - متهمين كانوا أم شهوداً - وقد يساهم في إسرار عملية التحقيق.

ونذهب مع ما ذهب إليه جانب من الفقه بأن النتائج التي يقدمها جهاز كشف الكذب يجب أن تقف عند حد التحقيق الابتدائي ولا تتعداه، ولا يجب أن تقدم نتائجه إلى القضاء، ولا يجوز بناء الأحكام استناداً عليها، سواء كانت لوحدها أو مع غيرها من الأدلة.

كما أنه لا يجب أن يسمح باستخدام الجهاز في المرحلة السابقة على مرحلة التحقيق الابتدائي وهي مرحلة جمع الاستدلالات وذلك منعاً للتعسف، حيث أن هذه المرحلة قد تخلو من بعض الضمانات التي توفرها مرحلة التحقيق الابتدائي أثناء الاستجواب.

قائمة المراجع

أولاً / الكتب والرسائل العلمية

- 1 - إبراهيم الغماز، الشهادة كدليل إثبات في المواد الجنائية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1980.
- 2 - أحمد عوض بلال، قاعدة استبعاد الأدلة المتحصلة بطرق غير مشروعة في الإجراءات الجنائية المقارنة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر
- 3 - ثابت دنيا زاد ، مشروعية إجراءات التحقيق الجنائي ، رسالة ماجستير ، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق بن عكوان ، د.ت
- 4 - حرية محمودي، مدى مشروعية الأدلة المستمدة من الأساليب العلمية الحديثة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2004
- 5 - حسن على حسن السمني ، شريعة الأدلة المستمدة من الوسائل العلمية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة ، مصر، 1983
- 6 - حمد حماد مهرج الهيتي، الأدلة الجنائية المادية، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2008، ص 387.
- 7 - زكية نجمي عبد الجواد، الأدلة العلمية ودورها في تكوين قناعة القاضي الجنائي، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة طرابلس، ليبيا، 2004
- 8 - سامي صادق الملا إعراف المتهم، الطبعة الثانية، 1975، المطبعة العالمية - القاهرة، مصر
- 9 - سيف النصر سليمان، الأصل في الإنسان البراءة، الطبعة الأولى، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، 2012
- 10 - شوقي عبد الله عبد السلام، القيمة القانونية للأدلة الجنائية المتحصلة بطرق غير مشروعة، رسالة ماجستير، جامعة طرابلس، ليبيا، 2008
- 11 - عدلي خليل، إعراف المتهم فقهاء وقضاء، دار الكتب القانونية، القاهرة، 1996
- 12 - عز الدين ناصوري، عبد الحميد الشواربي، المسؤولية الجنائية في قانون العقوبات والإجراءات الجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية ، مصر
- 13 - عماد محمد ربيع ،حجية الشهادة في الإثبات الجنائي، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع عان، الأردن
- 14 - كوثر أحمد خالد ، الإثبات الجنائي بالوسائل العلمية، الطبعة الأولى، مكتب التفسير للنشر والإعلان ، أربيل ، العراق ، 2007

- 15 - محمد إبراهيم زيد، استخدام الأساليب الحديثة في التحقيق الجنائي، بحث منشور في المجلة الجنائية القومية، العدد الأول، مارس 1967 المجلد العاشر ، القاهرة ، مصر
- 16 - محمد حماد مهرج الهيقي، الأدلة الجنائية المادية، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2008
- 17 - محمد سامي النبراوي، استجواب المتهم، رسالة دكتوراة، جامعة القاهرة، مصر، 1988
- 18 - محمد على التايب، أساسيات استجواب المتهم بمعرفة سلطة التحقيق وفقاً لأحكام القانونين المصري والليبي، مجلس الثقافة العام، سرت ، ليبيا
- 19 - محمود هشام محمد، اعتراف المتهم في القانون الوضعي، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، مصر، 1991،
- 20 - مراد أحمد العبادي، اعتراف المتهم وأثره في الإثبات، الطبعة الثالثة، دار الثقافة، للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011
- 21 - مصطفى محمد الدغدي، التحريات والإثبات الجنائي، ناس للطباعة، القاهرة، مصر 2004
- 22 - موسى مسعود رحومة، قبول الدليل العلمي أمام القضاء الجنائي، الطبعة الأولى، منشورات جامعة بنغازي، ليبيا، 1991

ثانياً / الدوريات

- 1 - احمد إبراهيم عثمان، مدى شرعية استخدام جهاز كشف الكذب في التحقيق الجنائي ودوره في إثبات التهم، بحث قدم لندوة الاستخدام الشرعي والقانوني للوسائل الحديثة في التحقيق الجنائي، نظمتها جامعة نايف للعلوم الأمنية بالتعاون مع مديرية الأمن العام الأردني في الفترة مابين 23 - 25 / 4 / 2007. الناشر، جامعة نايف للعلوم الامنية، كتاب بعنوان : الاستخدام الشرعي والقانوني للوسائل الحديثة في التحقيق الجنائي، الطبعة الأولى، الرياض، السعودية، 2008
- 2 - أحمد محمد خليفة، مصل الحقيقة وجهاز كشف الكذب، بحث منشور في المجلة الجنائية القومية، المجلد الحادي والخمسون ، العدد الأول 2008 ، القاهرة ، مصر
- 3 - أحمد محمد خليفة، مصل الحقيقة وجهاز كشف الكذب، بحث منشور في المجلة الجنائية القومية، يصدرها المركز القومي للبحوث الاجتماعية، القاهرة، مصر، العدد الأول، المجلد الحادي والخمسون، مارس 2008
- 4 - بير بورا، مشروعية التنقيب عن الأدلة في المواد الجنائية ، بحث منشورات في مجلة المحامي، طرابلس، ليبيا، العددان 22، 21 السنة السادسة 1988
- 5 - فيصل مساعد العنزي، أثر الإثبات بوسائل التقنية الحديثة على حقوق الإنسان، رسالة ماجستير، جامعة نايف للعلوم الأمنية، قسم التشريع الجنائي الإسلامي، السعودية، 2008، ص 192، لبنى عبد العزيز الموسى، اعتراف المتهم كدليل في الإثبات الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2010.

حقوق المجني عليه في الدعوى الجنائية
في التشريع الليبي
على محمد شقلوف
محاضر بكلية القانون/ جامعة الزيتونة

مُكَلِّمَاتُ

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله أما بعد ...

فإن حق التقاضي من الحقوق الطبيعية التي كشفت عنها التشريعات ووضعت لها الضمانات التي تمثل سياجاً لحمايتها ورادعاً لمن يعتدي عليها وحصناً لمن يحتمي بها .

فالتقاضي وسيلة حضارية لاقتضاء الحقوق ، والقضاء حصن المظلومين ، فحرمان الإنسان من حق التقاضي مهما كانت صفته أو جنسيته أو مذهبه يدعه إلى اقتضاء الحق بالذات تحكماً وهي وسيلة جاهلية تؤثر سلباً على بنیان المجتمع وتفكك نسجه وتجعل للأقوياء البُغاة صولة لها وتجعل حقوق الضعفاء نهباً لهم ، وهذا داء عضال يفكك عضد الدولة ، ويهد أركانها وينشر الفوضى وعدم الاستقرار ، ولذلك أخذت الدولة على عاتقها حماية الحقوق والحريات لكل من يتواجد على إقليمها، وصار القضاء وظيفة من وظائف الدولة بل أصبح سلطة من سلطاتها تحتكره دون غيرها ولا يجوز ان تُمارس خارج هذه المؤسسة إلا وفقاً لأحكام القانون ووسيلتها في ذلك الدعوى الجنائية إذا كان الحق المعتدي عليه محمياً بنصوص قانون العقوبات ، فكل جريمة تقع بسبب مخالفة هذا القانون تنشأ عنها دعوى عامة غايتها اقتضاء الحق المعتدي عليه وإنزال العقوبة الرادعة بمن ارتكبها في نطاق مبدأ المشروعية.

وتأكيداً لحماية الحقوق الناشئة عن الجريمة أخذت الدولة الحديثة على عاتقها مسؤولية اقتضاء هذا الحق ، فاختصت بتحريك الدعوى العمومية ورفعها ومباشرتها وأناطت هذه الوظيفة بجهاز النيابة العامة يتولاها وفقاً لأحكام قانون الإجراءات الجنائية .

ووفقاً لقانون الإجراءات الجنائية فإن الدعوى الجنائية تمر بمراحل متعددة بدءاً بمرحلة الاستدلال ثم مرحلة التحقيق الابتدائي ثم مرحلة المحاكمة ، وأصبح الوصول إلى الحق الناشئ عن الجريمة لا يمكن إلا عن طريق هذه الدعوى ، فلا عقوبة إلا بحكم قضائي ، وإن وجد استثناءً على هذا الأصل فسند القانون . والأصل أن طرفي الدعوى العامة هما المجني عليه بوصفه مدعياً والمتهم بوصفه مدعي عليه ، إلا ان تدخل الدولة واختصاصها بالدعوى الجنائية وظهور جهاز النيابة العامة أضاف إلى الدعوى العمومية خصماً آخر هو النيابة العامة وأصبحت هي الممثل العام للدعاء بالنيابة عن المجتمع بمن فيهم المتهم ، وأصبح دور المجني عليه يتضاءل شيئاً فشيئاً حتى أصبح أثراً بعد عين في بعض التشريعات الحديثة واقتصر حقه على سماع شهادته ، وخاصة في مرحلة المحاكمة ، رغم أنها تتم وفقاً للنظام الاتهامي بل يغلب عليها ذلك .

لذلك نتساءل هل المجني عليه مازال يتمتع بذات الحقوق التي كان يباشرها بنفسه قبل ظهور جهاز النيابة العامة ؟ وهل مازال خصماً رئيسياً من الدعوى الجنائية ؟ أم أنه خصم منضم إلى النيابة العامة ؟ وما

هي الحقوق والضمانات التي منحها المشرع الليبي للمجني عليه في مرحلة التحقيق الابتدائي والمحكمة والطعن في القرارات والأحكام ؟

سنحاول بعون الله تعالى الإجابة عن هذه التساؤلات من خلال استقراءنا لنصوص القانون الإجرائي الليبي ، لتبين من خلالها الحقوق التي منحها المشرع للمجني عليه في مرحلتي التحقيق الابتدائي والمحكمة وما يتخللها من طعون وتظلمات ليستعين بها على اقتضاء حقه .

إن دراستنا هذه ستقتصر على بيان ما سلف ذكره وفقاً لأحكام التشريع الليبي ولن نلجأ للمقارنة إلا عند الضرورة . وسنقسم بحثنا هذا إلى مبحثين :

المبحث الأول : حقوق المجني عليه في مرحلة التحقيق الابتدائي .

المبحث الثاني : حقوق المجني عليه في مرحلة المحاكمة ثم تنزيهه بخاتمة تتضمن أهم النتائج والتوصيات

المبحث الأول

حقوق المجني عليه في مرحلة التحقيق الابتدائي

مرحلة التحقيق الابتدائي مرحلة سابقة على مرحلة التحقيق النهائي تتولاها سلطة قضائية افترض فيها الشرع النزاهة والحياد ناط بها البحث عن أدلة الدعوى وتمحيصها قبل إحالتها إلى سلطة الحكم ، وفي هذه المرحلة يتم اتخاذ الكثير من المعاملات التي تكون فاصلة في الدعوى العمومية ، الأمر الذي يستوجب تمكين المجني عليه من متابعتها واشتراكه فيها بوصفه خصماً في الدعوى العمومية حتى يتمكن من تقديم الأدلة على ثبوت وقوع الجريمة ونسبتها إلى المتهم لاستصدار حكم بإدانة الجاني ومعاقبته لذلك سوف نقسم هذا البحث إلى مطلبين نخصص أولهما لتحديد مرحلة التحقيق الابتدائي وسلطاتها ونخصص ثانيهما لبيان حقوق المجني عليه في هذه المرحلة .

المطلب الأول

تحديد مرحلة التحقيق الابتدائي وسلطاتها

التحقيق الابتدائي مرحلة تسبق مرحلة التحقيق النهائي " والمحاكمة " وتمهد لها تتمثل في مجموعة من الإجراءات تباشرها سلطة محددة قانوناً وظيفتها تمحيص الأدلة التي تم الحصول عليها في مرحلة الاستدلال أو ما يتم الحصول عليه في مرحلة التحقيق الابتدائي بقصد الوصول إلى الحقيقة فإذا رجحت أدلة الإثبات أحالت الدعوى إلى المحكمة المختصة وإذا ترجحت أدلة النفي أمرت بالأل وجه لإقامة الدعوى العمومية ، وتمثل إجراءات التحقيق الابتدائي في الكشف والمعاينة والاستجواب والمواجهة وسماع شهادة الشهود والاستعانة بالخبراء وتفتيش الأشخاص والأماكن .

وتوصف إجراءات التحقيق الابتدائي بأنها ذات طبيعة قضائية تباشرها سلطة قضائية تتحرك بها الدعوى وتقطع التقادم ويمكن مباشرتها قهراً وإجباراً بالقدر اللازم للحصول على الدليل والمحافظة عليه وفي الحدود التي رسمها القانون .

والتحقيق الابتدائي وجوبي في الجنايات جوازي في المخالفات والجنح.⁽¹⁾ وتتميز إجراءات التحقيق الابتدائي عن الإجراءات الأخرى التي تمارسها سلطة التحقيق الابتدائي بأنها تغيا البحث عن الدليل وتمحيصه تفادياً للنتائج السيئة التي تنتج عند رفع الدعوى العمومية دون التأكد من كفاية أدلة الإثبات ، ولذلك لا يعد من إجراءات التحقيق الابتدائي أوامر الإفراج عن المتهم والأمر برد المضبوطات لحائزها والأمر بالأمر بوجه لإقامة الدعوى العمومية.⁽²⁾

ثانياً : سلطات التحقيق الابتدائي :

التحقيق الابتدائي عمل قضائي تختص بإجرائه سلطة قضائية اناط بها المشرع هذا الاختصاص أصلاً ، واستثناء أشرك معها غيرها في هذا الاختصاص ضماناً للحيدة وزيادة في تمحيص الدليل .

1. النيابة العامة :

في التشريع الليبي أختص المشرع النيابة العامة بمباشرة التحقيق الابتدائي بوصفها سلطة التحقيق لاعتبارات رأى أنها كافية لتحقيق الحياد والكفاءة ، خلافاً لبعض التشريعات اللاتينية التي أناطت هذا الاختصاص بقاضي التحقيق ؛ لأنها رأت فيه كفاية الحياد والكفاءة .

تنص المادة 172 إجراءات جنائية على أنه : ((فيما عدا الجرائم التي يختص قاضي التحقيق بتحقيقها وفقاً لأحكام المادة 51 تباشر النيابة العامة التحقيق في مواد الجنح والجنايات طبقاً للأحكام المقررة لقاضي التحقيق مع مراعاة ما هو منصوص عليه في المواد التالية)) .

والنيابة العامة في التشريع الليبي تعتبر هيئة من الهيئات القضائية وفقاً لأحكام المادة الأولى من القانون رقم 6 لسنة 2006 م بشأن نظام القضاء يرأسها النائب العام ويعاونه عدد من أعضاء النيابة العامة بمختلف درجاتهم ويمتد إختصاصه ليشمل كافة أقاليم الدولة ، وفي كل محكمة استئناف توجد نيابة تسمى نيابة الاستئناف يرأسها محام عام يتمتع بجميع الاختصاصات التي يتمتع بها النائب العام عدا ما اختص به النائب العام من اختصاصات ذاتية بحكم القانون ، وتختص هذه النيابة بمباشرة اختصاصها في نطاق اختصاص محكمة الاستئناف .

وفي كل محكمة ابتدائية توجد نيابة كلية يرأسها رئيس نيابة يعاونه عدد الأعضاء بمختلف درجاتهم ، وتتمارس اختصاصاتها في نطاق اختصاص المحكمة الابتدائية .

وفي كل محكمة جزئية تنشأ نيابة جزئية يديرها أقدم الأعضاء وتتمارس اختصاصاتها في نطاق اختصاص المحكمة الجزئية .

2. قضاي التحقيق :

¹- د. مأمون محمد سلامة ، الإجراءات الجنائية من التشريع ، منشورات المكتبة الجامعية ، الزاوية - ليبيا - ط2 ، 2000 ، ص 571 .
²- د. مأمون محمد سلامة ، المرجع السابق ، ص 574 .

أجاز المشرع للنيابة العامة في مواد الجناح والجنايات أن تطلب إلى رئيس المحكمة الابتدائية ندب قاضي للتحقيق قبل بدء التحقيق أو بعد بدئه ، ولرئيس النيابة العامة المختص أن يطلب إلى محكمة الاستئناف ندب مستشار للتحقيق ويكون الندب بقرار من الجمعية العمومية كما يجوز للمتهم في مواد الجنايات أن يطلب إلى رئيس المحكمة الابتدائية ندب قاض للتحقيق ، ويصدر القرار من رئيس المحكمة بعد سماع أقوال النيابة العامة ، وقرار الندب نهائي غير قابل للطعن .

ويباشر قاضي التحقيق ومستشار التحقيق، التحقيق وفقاً لأحكام الفصول من الأول حتى الحادي عشر من الباب الثالث من قانون الإجراءات الجنائية ، وهو ملزم بمبدأ عينية الدعوى وفقاً لأحكام المادة 52 إجراءات جنائية دون شخصيتها .

3. غرفة الاتهام :

هي دائرة من دوائر المحكمة الابتدائية تشكل من رئيس المحكمة الابتدائية أو من يندبه لذلك من قضاتها ، وتعد سرّاً وتختص بإحالة الدعاوي في مواد الجنايات والحالة إليها من النيابة العامة أو قاضي التحقيق إلى محكمة الجنايات إذا رأت بعد تحقيقها أن وصفها كذلك أو كان وصفها بين الجنائية والجنحة .

وتباشر اختصاصها في نطاق اختصاص المحكمة الابتدائية وفقاً لأحكام الفصلين الثاني عشر والثالث عشر من الباب الثالث من قانون الإجراءات الجنائية تلك هي أهم اختصاصاتها فيما يتعلق بالتحقيق الابتدائي .

ثالثاً : خصائص التحقيق الابتدائي :

التحقيق الابتدائي أهم مرحلة قضائية تسبق التحقيق النهائي حيث يتم البحث عن الأدلة وتحقيقها وفحصها بواسطة سلطة قضائية افترض فيها المشرع الحياد والكفاءة فالتحقيق الابتدائي مصدر أساسي للدليل الذي كثيراً ما تؤسس المحكمة حكمها عليه ، ولكي يكون الدليل الناشئ عن هذا التحقيق محل ثقة من الخصوم والمحكمة يتعين ان تكون هناك ضمانات وضعها المشرع لسلامة هذا الدليل ، وأهم هذه الضمانات الحياد والسرية والتدوين .

1- الحياد :

حياد سلطة التحقيق الابتدائي ضمانة أساسية للحصول على دليل خالٍ من العيوب التشريعية بجانب للبطلان مُرضٍ لأطراف الخصومة ، بمعنى أن من يباشر إجراءات التحقيق يجب ألا يكون خصماً في الدعوى بل حكماً بين أطرافها ، وتحقيقاً لهذه الضمانة أخذت التشريعات الحديثة بالفصل بين سلطي التحقيق والاتهام حيث أناطت الأولى بقاض التحقيق والثانية بالنيابة العامة بصفتها نائبة عن المجتمع في المطالبة بالقصاص من الجاني أمام القضاء ، ولا يغني عن الحياد نزاهة التحقيق ؛ لأن عدم الحياد يجلب مظنة عدم النزاهة في الغالب الاعم إذ لا يصلح ان يكون الخصم حكماً ، ولذلك فإن الجمع بين

سلطتي التحقيق والاتهام بهيئة واحدة كان محل انتقاد فقهي ولا خلاف في أن الفصل بين هاتين السلطتين أمر محمود ومرغوب فيه من قبل جمهور الفقه العربي . (1)

والمشرع الليبي شايع المشرع المصري في الأخذ بنظام الجمع بين سلطتي التحقيق والاتهام بيد النيابة العامة أصلاً واستثناء أجاز للنسبة العامة طلب ندب قاض أو مستشار للتحقيق في مواد الجنايات كما أعطى هذا الحق للمتهم في مواد الجنايات حيث يجوز له طلب ندب قاض للتحقيق وفقاً لأحكام المادة رقم 51 إجراءات جنائية .

فالنيابة العامة هي السلطة المختصة أصلاً بالتحقيق الابتدائي ولا يجوز لقاضي التحقيق ان يباشر التحقيق في دعوى إلا بناءً على إحالتها إليه وفقاً لأحكام القانون .

ويترتب على الأخذ بهذا الاتجاه أن النيابة العامة ليست خصماً في مرحلة التحقيق عندما تباشره النيابة العامة ولذلك ينحصر خصوم الدعوى الجنائية في المتهم والجني عليه ، وتبقى النيابة حكماً محايداً بينهما وظيفتها البحث عن أدلة النفي والإثبات على حد سواء ، ولا يجوز لها بأي حال من الأحوال استعمال سلطتها بوصفها سلطة اتهام ، وإلتخلف الحياد وصار التحقيق الابتدائي قابلاً للأبطال لذلك نرى انه يجوز ردها عن الدعوى لعدم الصلاحية كقاضي للتحقيق تماماً . (2)

وتأكيداً لحياد النيابة العامة عندما تباشر التحقيق بذاتها أخضع المشرع إجراءات التحقيق التي تتولاها لرقابة القاضي الجزئي حيث لا يجوز لها تفتيش غير المتهمين وتفتيش منازل غير المتهمين ، وضبط كافة الخطابات والرسائل والجرائد والمطبوعات لدى مكاتب البريد ، وضبط ومراقبة المحادثات الهاتفية ، إلا بعد استصدار إذن من القاضي الجزئي وإلا كان الإجراء باطلاً نسبياً (م 180) .

كما لا يجوز للنسبة العامة تمديد حبس المتهم بعد انقضاء مدة الحبس المقررة لها إلا بعد الحصول على إذن بذلك من القاضي الجزئي أو الهيئة الاستئنافية بالمحكمة الابتدائية حسب الحال . (م 176 ، 177) وذلك من أهم ضمانات التحقيق الابتدائي الذي تباشره النيابة العامة ، ولذلك ترفع هذه القيود عند مباشرة هذه الإجراءات من قبل قاضي التحقيق أو مستشار التحقيق أو غرفة الاتهام لتأكيد حياد النيابة العامة .

أما عندما يباشر التحقيق بمعرفة قاضي التحقيق فإن الأمر يختلف تماماً حيث تكون النيابة العامة خصماً للمتهم يسعى للبحث عن أدلة الإثبات كالجني عليه تماماً وإن كانت لا تتساوي معه في الأسلحة .

ويمكن تحقيق قدر كبير من الحياد إذا خصصنا عدداً من أعضاء النيابة العامة لمباشرة التحقيق والباقي يتولى وظيفة الاتهام ، كما يتحقق الحياد بنظام الجمع بين سلطتي التحقيق والاتهام إذا نأى متبوعوا النيابة

1 - د. عبد الرؤوف مهدي ، شرح القواعد العامة لإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2003 م ، ص 333 .

- د. مأمون محمد سلامة ، الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي ، المرجع السابق ص 578 .

- د. محمود نجيب حسني ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، المرجع السابق ص 578 .

- د. فوزية عبد الستار ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية سنة 1986 ، ص 323 ..

2 - أحمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية ، الطبعة 7 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1996 م ، ص 470 .

العامة عن التدخل في أعمال التحقيق لأن عضو النيابة العامة عندما يباشر أعمال التحقيق يباشرها بوصفه أصيلاً لا نائباً عن النائب العام كما هو الحال عندما يباشر أعمال الاتهام .

2- سرية التحقيق الابتدائي :

الأنظمة الإجرائية التي تأخذ بالنظام الإجرائي المختلط الذي يجمع بين النظام الاتهامي ونظام البحث والتحري يغلب أعمال نظام البحث والتحري في مرحلة التحقيق الابتدائي بعد تطويره وتنقيته من شوائب الاعتداء على حقوق الدفاع والسرية من خصائص هذا النظام حيث تتم إجراءات التحقيق الابتدائي في سرية تامة حيث لا يجوز لغير الخصوم حضوره - قدر الإمكان - مراعاة لمصلحة بعض الخصوم وحماية لما ينتج عن التحقيق من أدلة ، وقد وضع المشرع جزاءً لمن ينشر أسرار هذا التحقيق وفقاً لأحكام المادة 59 أ إجراءات جنائية .

ويرى الفقه ان مخالفة مبدأ سرية التحقيق الابتدائي لا يترتب عليه البطلان وان كان لمحكمة الموضوع سلطة تقدير الدليل الناتج عن إجراء تم بالمخالفة لمبدأ السرية .⁽¹⁾

أما الخصوم فإن إجراء التحقيق في حضورهم يعد ضماناً من ضمانات حقوق الدفاع حتى يكون الخصم على علم بما تم الحصول عليه من أدلة في مرحلة التحقيق الابتدائي ، ومدى صحة الإجراءات التي تمخضت عنها هذه الأدلة وتمكنه من ان يتقدم بما يعرّف له من طلبات تتعلق بتمحيص بعض الأدلة ، ودفع تتعلق بها لإظهار الحقيقة في نطاق مبدأ الشرعية الإجرائية .

والخصوم في مرحلة التحقيق - إذا كان التحقيق يتم بمعرفة قاضي التحقيق أو مستشار التحقيق أو غرفة الاتهام - هم النيابة العامة والمتهم والمجني عليه أما إذا كان التحقيق يتم بمعرفة النيابة العامة فإن الخصوم المعنيون هم من سبق ذكرهم عدداً النيابة العامة ، حيث لا يجوز إجراء معاملات التحقيق في غيابهم إلا في حالي الضرورة والاستعجال ، وهما من المسائل الموضوعية التي تختص سلطة التحقيق بتقديرها تحت رقابة محكمة الموضوع ، وإذا كان الحضور هو الأصل فإن مخالفة الأصل في حالي الاستثناء سأل في الذكر يترتب عليه بطلان الدليل الناتج عن الإجراء الذي تم في غيبة الخصم الذي لم يمكن من الحضور⁽²⁾.

ولا يجوز الفصل بين الخصم الحاضر وحاميه أعمالاً لنص المادة 4/61 إجراءات جنائية التي تنص على انه : "للخصوم الحق دائماً في استصحاب وكلائهم في التحقيق " .

وأعمالاً لمبدأ الحضور أوجب المشرع على سلطة التحقيق إخطار الخصوم بوقت التحقيق ومكانه (م 62 إجراءات جنائية) .

¹ - د. مأمون محمد سلامة ، الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي ، المرجع السابق ص 589 ، وكذلك د. أحمد فتحي سرور ، المرجع السابق ص 472 .

² - د. أحمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص 475 .

وتحقيقاً لغاية مبدأ حضور الخصوم أجاز المشرع لهم الاطلاع على التحقيق والحصول على صورة منه على نفقة الخصم ولا يجوز لسلطة التحقيق حرمانهم من هذا الحق إلا إذا كان التحقيق يجري في حالة الضرورة بناءً على قرار من سلطة التحقيق 68 إجراءات جنائية .

المطلب الثاني

حقوق المجني عليه في مرحلة التحقيق الابتدائي

أعطى المشرع الليبي للمجني عليه حقوقاً في مرحلة التحقيق الابتدائي بوصفه خصماً في الدعوى الجنائية مستقلاً عن بقية الخصوم منها :

أولاً : الحق من الحضور:

تنص المادة (161) إجراءات جنائية على انه : "لليابة العامة والمتهم والمجني عليه ، والمدعي بالحقوق المدنية والمسئول عنها ولوكلائهم ان يحضروا جميع إجراءات التحقيق" وبناء على ذلك فإنه يجب على سلطة التحقيق ان تعلن المجني عليه بموعد التحقيق زماناً ومكاناً وفقاً لأحكام القانون سواء كان التحقيق يجري بمعرفة النيابة العامة أو قاضي التحقيق أو مستشار التحقيق وذلك أعمالاً لنص المادة 162 إجراءات جنائية التي تنص على انه : يخطر الخصوم باليوم الذي يباشر فيه القاضي إجراءات التحقيق بمكانها وتأكيداً لهذا الحق أوجب المشرع على المجني عليه ان لم يكن مقيماً بمركز المحكمة التي يجري فيها التحقيق ان يعين له محلاً به و إلا كان إعلامه في قلم الكتاب إعلاناً صحيحاً ، م 63 إجراءات جنائية ولذلك لا يجوز لسلطة التحقيق ان تحرمه حق الحضور فإن فعلت ذلك كانت إجراءات التحقيق مجانبية للصواب محلاً للطعن ، إلا في حالي الضرورة والاستعجال ، أعمالاً لنص المادة 61 إجراءات جنائية التي قضت بأنه : " لقاضي التحقيق ان يجري التحقيق في غيابهم متى رأى ضرورة ذلك لإظهار الحقيقة وبمجرد انتهاء تلك الضرورة يبيح لهم الاطلاع على التحقيق " .

ومع ذلك فلقاضي التحقيق ان يباشر في حالة الاستعجال بعض إجراءات التحقيق في غيبة الخصوم .
فالأصل أنه لا يجوز لسلطة التحقيق ان تجرّه في غيبة الخصوم إلا عند الضرورة بقصد إظهار الحقيقة .
(1)

فإذا انتهت حالة الضرورة وجب على سلطة التحقيق إخطارهم بانتهائها وتمكينهم من الاطلاع على ماتم من إجراءات في غيابهم وكذلك في حالة الاستعجال فالضرورة والاستعجال تمثلان العلة من إجراء التحقيق في غيبة الخصوم وبالتالي تدور معه وجوداً وعدماً وتتمتع سلطة التحقيق بسلطة تقديرية في ذلك تحت رقابة محكمة الموضوع ، ولذلك يجب عليها ان تسبب قرارها حتى تتمكن المحكمة من بسط رقابتها عليها .

1 - د . عوض محمد عوض ، المبادئ العامة من قانون الإجراءات الجنائية ، دار المطبوعات الجامعية - الاسكندرية - 1999 م ، ص 352 .

وإذا كانت حالة الضرورة يترتب عليها منع حضور الخصوم أعمال التحقيق بعمل إيجابي يصدر من المحقق يتمثل في قرار مسبب فإن حالة الاستعجال ترفع الالتزام عن المحقق بإعلان الخصم بموعد التحقيق دون الحق في منعه إذا حضر، وفي غير هاتين الحالتين لا يجوز لسلطة التحقيق ان تجري التحقيق في غيبتهم ، ويرى جانب من الفقه العربي ان قاعدة علانية التحقيق بمناسبة الخصوم من النظام العام .⁽¹⁾، ويرى جانب آخر أنها تتعلق بمصلحة الخصوم .⁽²⁾

ثانيا : الحق في تقديم الطلبات والدفع :

الحق في الحضور ليس غاية في حد ذاته إنما الغاية من سنّ تمكين المجني عليه من تقديم الطلبات والدفع ، واقتراح الإجراءات التي تمكن من الوصول إلى الحقيقة .

فقد نصت المادة 65 إجراءات جنائية على انه : "لليابة العامة وباقي الخصوم ان يقدموا إلى قاضي التحقيق الدفع والطلبات التي يرون تقديمها اثناء التحقيق ويجوز للمجني عليه ولو لم يكن مدعياً بالحقوق المدنية أن يقدم مذكرات يشير فيها إلى أدلة الإثبات أو يقترح إجراءات معينة للوصول إلى الحقيقة ."

فدوره إيجابي كغيره من الخصوم يجب على سلطة التحقيق ان تستمع إليه وان ترد على طلباته ودفعه في ظرف أربع وعشرين ساعة ويبين الأسباب التي يستند عليها .

فقد نصت المادة 66 إجراءات جنائية على أنه : "يفصل قاضي التحقيق في ظرف أربع وعشرين ساعة في الدفع والطلبات المقدمة إليه ويبين الأسباب التي يستند إليها ."

كما يجب على سلطة التحقيق ان تبلغ المجني عليه بكل قرار تصدره في غيابه في مدة لا تتجاوز أربعاً وعشرين ساعة من ساعة صدوره ، فقد نصت المادة 167 إجراءات جنائية على انه : "إذا لم تكن أوامر قاضي التحقيق فقد صدرت في مواجهة الخصوم تبلغ إلى النيابة العامة وعليها ان تعلنها لهم في ظرف أربع وعشرين ساعة من تاريخ صدورها ."

والغاية من ذلك تمكين المجني عليه من متابعة مجريات التحقيق والطعن في الأوامر التي يجوز الطعن فيها في الميعاد إذ بالإعلان يبدأ ميعاد الطعن .

1- د. فوزية عبد الستار ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، 1986 ، القاهرة ص 328 ، وكذلك د. محمود نجيب حسني ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ط 1988 ، دار النهضة العربية القاهرة ص 634 ، وكذلك د. أحمد فتحي سرور الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية ط 7 ، دار النهضة العربية القاهرة ، ص 475 .

2- د. مأمون محمد سلامة ، الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي ، ط 1 المكتبة الجامعية الأم ، ص 592 ، وكذلك د. عوض محمد عوض المرجع السابق ص 356 ، وكذلك د. عبد الرؤوف مهدي ، شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية ودار النهضة العربية القاهرة ص 347 ، وكذلك د. محمد زكي أبو عامر الإجراءات الجنائية ط 1994 ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ص 594 ، وكذلك د. حسن ربيع الإجراءات الجنائية في التشريع المصري ط 1 ، القاهرة 2000 / 2001 ص 471 ، وكذلك د. حسن صادق المرصفي ، أصول الإجراءات الجنائية منشأة المعارف الاسكندرية 1998 ، ص 352 .

- ثالثاً : الحق في الحصول على صورة من محتويات ملف الدعوى :

سواء تم التحقيق في مواجهة الخصوم ام في غيابهم فإن المشرع أعطاهم الحق في الحصول على صورة من محتويات ملف الدعوى كمحضر الاستدلال ومحضر التحقيق وكل مستند يقدمه الخصوم الآخرون يتضمن طلباً أو دفْعاً أو يمثل دليلاً في الدعوى ، بشرط ان يكون ذلك على نفقة الخصم وبعد دفع الرسوم المقررة ، ولا يجوز لسلطة التحقيق ان تحرمه من هذا الحق إلا إذا كان المطلوب إجراءً من إجراءات التحقيق وتقرر إجراؤه في غيابه مراعاة لمصلحة التحقيق .⁽¹⁾

فقد نصت المادة(68) إجراءات جنائية على أنه : "للمتهم والمجني عليه والمدعي بالحقوق المدنية و المسئول عنها ان يطلبوا على نفقتهم أثناء التحقيق صوراً من الأوراق أيأ كان نوعها إلا اذا كان التحقيق حاصلاً بغير حضورهم بناء على قرار بذلك " .

فإذا حرمت سلطة التحقيق من هذا الحق كان ذلك إخلالاً بحق الدفاع .

- رابعاً : الحق في رد الخبير :

يجوز للمجني عليه بوصفه خصماً في الدعوى الجنائية رد الخبير سواء كان معيناً من سلطة التحقيق أو من المتهم إذا وجدت أسباب قوية تدعو إلى ذلك .

ويقدم طلب الرد إلى سلطة التحقيق التي يجب عليها الفصل فيه في مدة لا تتجاوز ثلاثة أيام ، ويترتب على تقديم طلب الرد وقف الخبير عن الاستمرار في أداء المأمورية حتى يتم الفصل في الطلب قبولاً أو رداً ، إلا في حالة الاستعجال بأمر من سلطة التحقيق ، فقد نصت على ذلك المادة 73 إجراءات جنائية بقولها: "للخصوم رد الخبير إذا وجدت أسباب قوية تدعو لذلك ، ويقدم طلب الرد إلى المحقق للفصل فيه ، ويجب ان يتبين منه أسباب الرد وعلى المحقق الفصل فيه في مدة ثلاثة أيام من تاريخ تقديمه ويترتب على هذا الطلب عدم استمرار الخبير في عمله إلا في حالة الاستعجال بأمر من القاضي" .

- خامساً : الحق في رد سلطة التحقيق :

يجوز للمجني عليه رد قاضي التحقيق أو مستشار التحقيق إذا توافرت حالة من حالات الرد المنصوص عليها في قانون المرافقات أو قانون الإجراءات الجنائية أو قانون نظام القضاء .

وسندنا في ذلك ان من ضمانات التحقيق الابتدائي حياد المحقق ، وقد افترض المشرع ذلك في النيابة العامة عندما تباشر التحقيق إذ خلع عليها ثوب القضاء وألزمها بأن تباشر التحقيق في مواد الجرح والجنايات طبقاً للأحكام المقررة لقاضي التحقيق م 172 إجراءات جنائية⁽²⁾.

وبالتالي فهي ملزمة بالحياد كقاضي التحقيق تماماً لان قاضي التحقيق إذا توافرت في جانبه حالة من حالات عدم الصلاحية تخلفت صفة الجيدة عنه وأصبح غير صالح لتحقيق الدعوى ، الأمر الذي

1- د. مأمون محمد سلامة ، الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي ، المرجع السابق ص 595 .

2 - أنظر د. عبد الرؤوف عبيد ، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري ، ط 14 ، دار الجيل للطباعة 1981 ص 418 .

يستوجب إعطاء المجني عليه حق رده حتى يتحقق التوازن بين النيابة العامة بوصفها سلطة تحقيق وبين المجني عليه بوصفه خصماً ، أي حتى لا تتهم سلطة التحقيق بالانحياز إلى أحد طرفي الخصومة ضد الطرف الآخر ، وهو مايجب على السلطة القضائية الترفع عنه ، ولكي يكون القضاء محل اعتبار في نظر المتقاضين وحارساً حقيقياً للحريات .

ونحن نرى ان نص الفقرة الثانية من المادة (221) إجراءات جنائية يقتصر فقط على حالة مباشرة النيابة العامة لوظيفية الاتهام حيث تعتبر خصماً رئيساً في الدعوى الجنائية ، والخصم لا يجوز رده بدلالة أن النص ورد في الفصل الرابع من الباب الثاني من الكتاب الثاني المتعلق بالمحاكمة .

وأما عندما تباشر النيابة العامة التحقيق فإن الأمر مختلف فهي تتولى التحقيق بوصفها سلطة تحقيق تباشره وفقاً للضوابط المقررة لقاضي التحقيق عندما يندب لذلك ، فإذا كان قاضي التحقيق يجوز رده فإن النيابة العامة في هذه الحالة يجوز ردها أيضاً لذات العلة.⁽¹⁾

وإذا كان أغلب الفقه العربي يسلم بظاهر نص المادة 2/221 إجراءات جنائية إلا ان جانباً من الفقه العربي ينتقد هذا النص معللاً ذلك بأن هذا النص يقوم على أساس غير سليم ، لان اطمئنان الخصم إلى نزاهة سلطة التحقيق وحيادها يعتبر ضماناً من ضمانات التحقيق الابتدائي يجب على المشرع ان يكفلها له.⁽²⁾

كما يؤيد هذا الاتجاه ما قضت به محكمة النقض المصرية : "أعضاء النيابة العامة ليسوا في حضورهم جلسات المحاكمة خاضعين لما يسري على القضاة من أحكام الرد والتنحي لأنهم وهم يمثلون سلطة الاتهام يعتبرون بمثابة خصم في الدعوى ولا شأن لهم في الحكم ولا يجب عليهم التنحي ولا يجوز في حقهم الرد".⁽³⁾

فإعمالاً لمفهوم المخالفة إذا كانت النيابة العامة تمارس اختصاصها في التحقيق يجوز ردها كقاضي التحقيق .

- سادساً : الحق في الطعن في أوامر التحقيق :

بعد انتهاء التحقيق تصدر سلطة التحقيق أوامر تتعلق بسير التحقيق أو التصرف فيه ، وهذه الأوامر ليست جميعاً محلاً للطعن من الخصوم ، كما أن بعضها ليست محلاً للطعن من قبل جميع الخصوم بل يقتصر على بعضهم دون الآخرين.

وأهم الأوامر التي يجوز للمجني عليه الطعن فيها بالاستئناف :

1- د. أحمد فتحي سرور ، الوسيط ، الإجراءات الجنائية ، ط 7-1943 ، دار النهضة العربية القاهرة .
2- د. عبد الرؤوف عبيد ، مبادئ الإجراءات الجنائية في التشريع المصري ط 14 ، دار للطباعة ، مصر 1982 ، ص 58 ، وأنظر د. فوزية عبد الستار ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، ط 1981 م ، ص 70 .
3- نقض جنائي 1939.12.04 ، مجموعة القواعد العامة ، ص 5 ورقم 23 ، ص 29 ، نقلاً عن المرجع السابق .

الامر بالالوجه لإقامة الدعوى العمومية سواء كان صادراً من قاضي التحقيق أو غرفة الاتهام أو النيابة العامة ، فقد نصت المادة 2/139 إجراءات جنائية على أنه " للنيابة العامة وللمجني عليه والمدعي بالحقوق المدنية استئناف الأوامر الصادرة من قاضي التحقيق بالأوجه لإقامة الدعوى " ، كما نصت المادة 167 اجراءات جنائية على أنه : " للنيابة العامة وللمجني عليه والمدعي بالحقوق المدنية الطعن بالاستئناف في الأوامر الصادرة من غرفة الاتهام بعدم وجود وجه لإقامة الدعوى " ، كما نصت المادة 183 إجراء جنائية على أنه " للمجني عليه والمدعي بالحقوق المدنية الطعن في الامر المذكور في المادة السابقة"

ووفقاً لأحكام المادة 140 إجراءات جنائية يجوز للمجني عليه بوصفه خصماً في الدعوى الجنائية أن يستأنف الأوامر المتعلقة بالاختصاص الصادرة من سلطة التحقيق.

فقد نصت المادة سالفه الذكر على أنه : " لجميع الخصوم أن يستأنفوا الاوامر المتعلقة بمسائل الاختصاص ولا يوقف الاستئناف سير التحقيق ولا يترتب على انقضاء بعدم الاختصاص بطلان إجراءات التحقيق . ويحصل الاستئناف في الميعاد المحدد بالمادة 141 إجراءات جنائية وبالإجراءات المبينة فيها . ويفصل في الاستئناف وفقاً للإجراءات والاحكام الواردة بالمادة 170 اجراءات جنائية.

تلك هي أهم الحقوق التي يتمتع بها المجني عليه في مرحلة التحقيق الابتدائي وضماناتها أكدنا عليها بنصوص قانونية قطعية الدلالة.

وبعد أن بينا حقوق المجني عليه في مرحلة التحقيق الابتدائي نشرع في بيان حقوقه في مرحلة المحاكمة في المبحث التالي.

المبحث الثاني

حقوق المجني عليه في مرحلة المحاكمة

إن الحقوق التي منحها المشرع للمجني عليه في مرحلة التحقيق الابتدائي ، لن تكون كافية لتحقيق الفائدة التي ينشدها المجني عليه ما لم تكن مدعومة بحقوق وضمانات في مرحلة المحاكمة تمكنه من رفع الدعوى العمومية إذا تقاعست سلطة التحقيق عن ذلك ، ومباشرتها أسوة بغيره من الخصوم ، حتى يتمكن من استصدار حكم بإدانة الجاني أو يقتنع بقوة أدلة النفي ، ورضى بما حكم به القضاء بعد اعطائه الحق في الطعن في الأحكام، إن دراسة هذا المبحث تقتضي تقسيمه إلى مطلبين :

المطلب الأول : الحق في رفع الدعوى العمومية ومباشرتها .

المطلب الثاني : الحق في الطعن في الأحكام .

المطلب الأول

حق المجني عليه في رفع الدعوى العمومية ومباشرتها

- أولاً : الحق في رفع الدعوى العمومية : تنص المادة 50 إجراءات جنائية على انه : " إذا أصدرت النيابة العامة أمراً بالحفظ وجب عليها ان تعلنه بكتاب مسجل إلى المجني عليه ، وإلى المدعي بالحقوق المدنية وإلى الشاكي ولو لم يدَّع بحقوق مالية ، فإذا توفى أحدهم كان الإعلان لورثته جملة في محل إقامته" .

إن أمر الحفظ يضع حداً لسير الدعوى الجنائية قبل بلوغها غايتها النهائية وهي: صدور حكم قضائي فاصل في موضوعها لسبب رأت النيابة العامة عند توفره إيقاف السير في الدعوى من طرفها عند هذا الحد.

والمشرع رغم إعطائه النيابة العامة هذا الحق إلا أنه لم يعتبر هذا الإجراء مانعاً من رفع الدعوى أمام القضاء ومباشرتها من قبل بعض الخصوم الآخرين ؛ ولذلك أوجب على النيابة العامة إعلانهم بأمر الحفظ حتى يتمكنوا من رفع الدعوى العمومية مباشرة أمام قضاء الحكم ، إذا توافرت شروط ذلك .

وحيث إن المجني عليه من بين من خصهم المشرع بهذا الإعلان فإن من حقه أن يرفع الدعوى مباشرة أمام القضاء سواء في مواد الجناح والمخالفات أسوة ببقية الخصوم الآخرين الذين منحهم هذا الحق كالمدعي بالحق المدني ، وإلا فإن إعلان أمر الحفظ إلى المجني عليه بكون عبثاً والمشرع ينبغي ألا يكون عابثاً .

ونرى ان إعلان المجني عليه بأمر الحفظ ، غايته تمكينه من التظلم فيه إلى الجهة الرئيسة لمصدر القرار فإن لم تستجب لطلبه كان له الحق في تكليف المتهم بالحضور مباشرة أمام المحكمة المختصة لاقتضاء حقه ، وهو حق طبيعي يمارسه المجني عليه دون توقف ذلك على إجازة النيابة العامة ، فالحق في التقاضي حق مكفول لكل إنسان موجود على إقليم الدولة ، كشفت عنه الدساتير وأحكام القضاء ، ولا يوجد نص في القانون يقيد هذا الحق ، وتأكيداً لذلك فقد قضت محكمة النقض المصرية بأن : "الأمر بالحفظ لا يقبل تظلاً أو استئنافاً من جانب المجني عليه أو المدعي بالحقوق المدنية ، وكل ما لهما هو الالتجاء إلى الادعاء المباشر في مواد الجناح والمخالفات".⁽¹⁾

وعلة ذلك ان المجني عليه من الناحية الواقعية هو الخصم الأصيل في الدعوى الجنائية في مواجهة المتهم ، لأنه وقعت عليه الجريمة وانتهكت حقاً من حقوقه التي كفّل القانون حمايتها ، وأن المجتمع يستمد حقه في الدعوى الجنائية من حيث تحريكها ورفعها ومباشرتها من حق المجني عليه ، فالجني عليه هو الأصيل والنيابة العامة هي الوكيل ، وليس من العدل ان يحرم الأصيل حقاً ويستأثر به للوكيل دونه .

¹ - طعن جنائي رقم 148 جلسة 20 - 06 - 1967 ص 27 ، مجموعة احكام النقض ص 661 .

إن حرمان المجني عليه من هذا الحق قد يلجؤه إلى الانتقام الفردي من المتهم وهو ما يسعى القانون إلى اجتنابه وأمر بتجريمه .⁽¹⁾

لذلك ترى ان المجني عليه يعتبر خصماً أصيلاً في الدعوى الجنائية ويجوز له الادعاء المباشر بصفته هذه حتى ولو لم يدع بحقوق مدنية ، وحيث إن المشرع قد أعطى هذا الحق للمدعي بالحقوق المدنية حتى ولو لم يكن مجنياً عليه ، فإن المجني عليه أحق بهذا من المدعي المدني الذي حتى وإن حرك الدعوى العمومية بالطريق المباشر فإنه لن يكون خصماً في الدعوى العمومية ، كما أن هذا الأخير يجوز له الالتجاء أصلاً إلى القضاء المدني أما المجني عليه فلا ملجأ له إلا القضاء الجنائي ولا يكفي ضمانه لهذا الحق القول بأن المجني عليه إذا أراد أن يكون خصماً في الدعوى الجنائية عليه ان يدعي مدنياً لأن ذلك يترتب عليه التزامات مادية تتمثل في نفقات رفع الدعوى ونفقات الدفاع ، إضافة إلى الأضرار المادية والمعنوية التي لحقت به بسبب الجريمة ، فالجني عليه غالباً ما يكون أكثر ضرراً من المدعي بالحقوق المدنية بسبب الجريمة وبالتالي لا يمكن التسوية بينهما في المراكز القانونية ؛ لان درجة الضرر التي لحقت المجني عليه أكبر من الضرر الذي يلحق بالمدعي بالحق المدني .

وبالتالي فهو احق برفع الدعوى بالطريق المباشر من المتضرر من الجريمة ، ونتيجة لتغليب حق المتضرر من الجريمة على حق المجني عليه في الادعاء المباشر يلجئ المجني عليه إلى التدخل بالحق المدني حتى يتمكن من مباشرة الدعوى اسوة بغيره من الخصوم مطالباً بتعويض رمزي لا يتجاوز دراهم معدودة الامر الذي يترتب عليه إلزام المحكمة بالفصل في هذه الطلبات بحكم مسبب يزيد من أعبائها.

إن نصوص القانون الإجرائي الليبي لم يرد بها نص صريح يحرم المجني عليه من حق رفع الدعوى العمومية بالطريق المباشر ، بل إن نصوص هذا القانون في مجملها تنحو نحو إعطاء المجني عليه هذا الحق ، والدليل على ذلك - وإضافة إلى ما سبق - ان المشرع الليبي أعطى للمجني عليه حق الطعن في أوامر سلطة التحقيق بالأوجه لإقامة الدعوى والأمر بعدم الاختصاص بقصد تمكينه من الحصول على حكم قضائي يلغي أمر سلطة التحقيق هذا وبالتالي إحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة خلافاً لما ذهبت إليه سلطة التحقيق من حجب الدعوى العمومية عن محكمة الموضوع ، وهذا الإجراء يمثل صورة من صور حق المجني عليه في رفع الدعوى العمومية إلى محكمة الموضوع دون توقف ذلك على ارادة سلطة التحقيق .

إن أخذ المشرع الليبي بالنظام الاتهامي في مرحلة المحاكمة يؤكد هذا الاتجاه .⁽²⁾

- ثانياً : الحق من الإعلان :تنص المادة 135 إجراءات جنائية على أنه : "إذا رأى قاضي التحقيق ان الواقعة جنحة أو مخالفة يحيل المتهم إلى المحكمة الجزئية وعلى النيابة العامة ان ترسل جميع الأوراق

1 - انظر المادة 287 عقوبات التي تنص على انه : يعاقب بغرامة لا تجاوز مائة جنيه فأنة كل من كان بإمكانه الرجوع إلى السلطة القضائية للحصول على حق مرسوم وانتزع ذلك للحد بيده باستعمال العنت ضد الاستثناء ويعاقب بالسجن مدة لا تزيد عن سنة إذا كان الفعل مصحوباً بتهديد الأشخاص أو باستعمال العنف ضدهم وإذا اقترن العنف والتهديد على الأشخاص بالعنف ضد الاشياء فتتطبق العقوبات المذكورين في الفقرتين السابقتين ولا تقام الدعوى بناءً على الطرف المتضرر .

2 - أنظر د. محمود نجيب حسني ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ط 2 ، دار النهضة العربية القاهرة 1988 ، ص 819 .

والأشياء المضبوطة إلى قلم كتاب المحكمة في ظرف يومين وإعلان الخصوم بالحضور أمام المحكمة في أقرب جلسة وفي المواعيد المقررة" ، وهذا ما يسمى بالحق في الإعلان ⁽¹⁾ .
فهذا النص صريح بإلزام النيابة العامة بإعلان الخصوم للحضور أمام المحكمة المختصة ، والخصوم المعنيون بالنص هم الخصوم الذين باشروا الدعوى في مرحلة التحقيق الابتدائي ، أو مرحلة الاستدلال ، ولا شك ان المجني عليه واحد منهم حيث ذكر بوصفه هذا في النصوص التي تنظم الخصومة في مرحلة التحقيق الابتدائي .

إن قصر وصف الخصوم في هذه النصوص على النيابة العامة والمتهم والمدعي بالحق المدني والمسئول عنه دون المجني عليه قول يجانبه الصواب ويعوزه الدليل ، ولذلك فإن عدم إعلانه يمثل إفتئاتاً على حقه في الحضور وممارسة حقه في مباشرة الدعوى أمام القضاء والحكم أسوة بغيره من الخصوم ، بل إن حقه في الحضور ومباشرة الدعوى العمومية مقدم على حق المدعي المدني والمسئول عن الحقوق المدنية اللذين يعتبران خصمين في الدعوى المدنية التبعية دون الدعوى الجنائية ، بل ان عدم إعلانه يعتبر إخلالاً بحق الدفاع .

- **ثالثاً :** الحق في رد القضية : تنص المادة 121 إجراءات جنائية على أنه : " للخصوم رد القضية عن الحكم في الحالات الواردة في المادة السابقة وفي سائر حالات الرد المبينة في قانون المرافقات في المواد المدنية والتجارية ، ولا يجوز رد أعضاء النيابة العامة ولا مأموري الضبط القضائي ، ويعتبر المجني عليه فيما يتعلق بطلب الرد بمثابة خصم في الدعوى " فهذا النص صريح في تأكيد حق المجني عليه في رد القضية لذات الأسباب التي يجوز لبقية الخصوم عند توافرها رد القضية أسوة بغيره من الخصوم . ويتبع في طلب الرد الإجراءات والأحكام المقررة في قانون المرافقات المدنية والتجارية م 223 إجراءات جنائية .

- **رابعاً :** الحق في مباشرة الدعوى : إذا حضر المجني عليه أمام المحكمة بناء على إعلانه ، أو من تلقاء نفسه ، كان خصماً في الدعوى من حقه ان يباشر جميع الإجراءات بوصفه هذا اسوة بالخصوم الآخرين ، فمن حقه تقديم الطلبات والدفع وفق خطة دفاعه التي رسمها ، ومن حقه طلب سماع الشهود الذين يطلب من المحكمة سماعهم ، ومن حقه ان يناقش شهود الإثبات وشهود النفي ، وإن يطلب إعادة سماع من يريد إعادة سماعه وفقاً للإجراءات التي يحددها القانون وعن طريق رئيس الجلسة .
فقد نصت المادة 244 إجراءات جنائية على أنه : " أولاً تسمع شهادة شهود الإثبات ويكون توجيه الأسئلة للشهود من النيابة العامة أولاً ثم من المجني عليه ثم من المدعي بالحقوق المدنية ثم من المتهم ثم من المسئول عن الحقوق المدنية ، وللنيابة العامة وللمجني عليه وللمدعي بالحقوق المدنية ان يستجوبوا الشهود المذكورين مرة ثانية لإيضاح الوقائع التي ادوا الشهادة عنها في أجوبتهم " .

1 - مجدي أنور حبيبش ، التصورات الحديثة من قانون الإجراءات الجنائية الف ، لات ، لاط ، ص 18 .

كما نصت المادة 245 إجراءات جنائية على أنه : "بعد سماع شهادة الإثبات يسمع شهود النفي ويسألون بمعرفة المتهم أولاً ثم بمعرفة المسئول عن الحقوق المدنية ثم بمعرفة النيابة العامة ثم بمعرفة المجني عليه ثم بمعرفة المدعي بالحقوق المدنية ، ولكل من الخصوم ان يطلب إعادة سماع الشهود المذكورين لإيضاح أو تحقيق الوقائع التي أدلوا بشهادتهم عنها أو أن يطلب سماع شهود غيرهم لهذا الغرض" ، فهذه النصوص قاطعة الدلالة على أن المجني عليه خصم أصيل في الدعوى الجنائية ومن حقه الحضور والمشاركة الإيجابية في مرحلة التحقيق النهائي كغيره من الخصوم ، فمن حقه مناقشة الشهود ، ومن حقه طلب سماع من يرى سماع شهادته ومن حقه طلب إعادة سماع شهادتهم مرة أخرى ، وهذه الإجراءات لا يتولاها إلا من كان خصماً في الدعوى الجنائية .

كما نصت المادة 248 إجراءات جنائية على أنه : "بعد سماع شهادة شهود الإثبات وشهود النفي يجوز للنيابة العامة وللمتهم ولكل من باقي الخصوم في الدعوى ان يتكلم" ، وبعد الفراغ من سماع شهادة الشهود يجوز لأي من الخصوم ان يتقدم بمرافعته بمن فيهم المجني عليه بوصفه خصماً في الدعوى . ويلاحظ ان ترتيب المرافعة إجراء تنظيمي لا يترتب على مخالفته البطلان إلا إذا ترتب عليه إخلال بحق الدفاع كأن يمنع المتهم من ان يكون آخر المترافعين .⁽¹⁾

المطلب الثاني

حق المجني عليه في الطعن في الأحكام

أثبتنا من خلال دراستنا في المطلب الأول من هذا المبحث صفة الخصم في الدعوى الجنائية للمجني عليه في مرحلة التحقيق النهائي فهل ثبوت هذه الصفة تمنحه الحق في مواصلة دوره حتى وصول الدعوى إلى نهايتها وصدور حكم نهائي فيها ؟ أم ان المشرع الليبي حصر هذه الصفة على المجني عليه في مرحلتي التحقيق الابتدائي والمحاكمة دون مرحلة الطعن في الحكم .

إن عرضاً لنصوص القانون الإجرائي الليبي يبين لنا موقف المشرع الليبي من حق المجني عليه سلوك طرق الطعن أسوة بغيره من الخصوم .

- أولاً : الطعن بالمعارضة :

تنص المادة 361 إجراءات جنائية على أنه : "تقبل المعارضة في الأحكام الغيابية الصادرة في المخالفات والجنح من كل من المتهم والمسئول عن الحقوق المدنية" .

فالخصوم في الدعوى الجنائية هم : النيابة العامة وهي خصم لا يمكن صدور الحكم في غيابها ، ولذلك لا يحق لها الطعن بهذا الطريق ، والمتهم وهو خصم رئيس في الدعوى الجنائية ويحتمل صدور الحكم في غيابه ، ولذلك جاز له الطعن بهذا الطريق والمسئول عن الحقوق المدنية وهو في الأصل خصم في الدعوى

1 - د . محمد زكي أبو عامر ، الإجراءات الجنائية ط 1994 ، منشأة المعارف بالإسكندرية ص 801 .

المدنية التبعية إلا أنه قد يكون خصماً في الدعوى الجنائية عندما تدخله النيابة العامة للحكم عليه بالمصاريف وفي هذه الحالة يجوز له الطعن بالمعارضة إذا صدر الحكم في غيبته .

ولا يمكن القول بأن من لم يذكر في سياق المادة 361 إجراءات جنائية لا يقبل منه الطعن بالمعارضة وإذا كان الأمر كذلك لما كان المشرع بحاجة لنص المادة 362 إجراءات جنائية التي تنص على أنه : " لا تقبل المعارضة من المدعي بالحقوق المدنية " إذ لو كان يقصد من نص المادة 361 إجراءات جنائية حصر الحق فيمن ذكر بهذه المادة ما كان بحاجة لنص المادة 362 إجراءات جنائية لأن إيجاد مفهوم المخالفة لم تتوافر شروط أعماله ، وحيث إن المشرع نص في المادة 362 إجراءات على عدم ثبوت المعارضة من المدعي بالحق المدني دل بذلك على أنه لم يقصد من نص المادة 361 إجراءات جنائية حصر قبول الطعن فيمن ذكر بها دون غيرهم ، وبالتالي فإن عدم ذكر المجني عليه في نص المادة 361 إجراءات جنائية لا يصلح دليلاً على حرمان المجني عليه من سلوك هذا الطريق إذا توافرت في حقه بقية الشروط الأخرى.

وحيث إنه لا يوجد نص صريح بمنع المجني عليه من الطعن بالمعارضة فلا مناص من الإعراف له بهذا الحق إذا صدر الحكم في غيابه وتوافرت له شروط سلوك هذا الطريق .

ثانياً : الطعن بالاستئناف :- تنص المادة 365 إجراءات جنائية على أنه : " يجوز استئناف الأحكام الصادرة في الدعوى الجنائية من المحكمة الجزئية من المخالفات والجنح " تنص المادة 365 إجراءات جنائية على أنه : " يجوز استئناف الأحكام الصادرة في الدعوى الجنائية من المحكمة الجزئية في المخالفات والجنح " .

1 - من المتهم .

2 - من النيابة العامة .

فالمشرع أعطى الحق في الطعن بالاستئناف في الحكم الصادر في الدعوى الجنائية من المحكمة الجزئية في مواد المخالفات والجنح بالشروط والأوضاع في نص المادة سالف الذكر لكل من المتهم والنيابة العامة بوصفهما الخصمين الرئيسيين في الدعوى الجنائية وسكت عن حق المجني عليه في سلوك هذا الطريق ، وسكوت المشرع عن ذلك لا يمكن اعتباره دليلاً على عدم أحقية المجني عليه في الطعن بالاستئناف إذ لو قصد المشرع ذلك لوضع نصاً يقضي بحصر الاستئناف فيمن ذكروا دون غيرهم أو بعدم قبول الاستئناف من غير من ذكروا أو نص صراحة على عدم قبول استئناف المجني عليه وحيث إنه لم يفعل فإن المجني عليه إذا كان خصماً في الدعوى في مرحلة الدرجة الأولى أصبح ذا صفة وإذا لم يحكم له بطلانته بصفته هذه كانت له مصلحة في الاستئناف فالصفة والمصلحة هما مناط الاستئناف .

- ثالثاً : الطعن بالنقض :

تنص المادة 381 إجراءات جنائية على أنه: "لكل من النيابة العامة والمحكوم عليه وكذلك المسئول عن الحقوق المدنية والمدعي بها فيما يختص بحقوقهم فقط الطعن أمام محكمة النقض في الأحكام النهائية الصادرة من آخر درجة وذلك في الأحوال التالية ...".

فالنص وإن لم يأت على ذكر المجني عليه إلا أنه لا يفهم منه حرمان المجني عليه من الطعن بالنقض أسوة بخصوم الدعوى الجنائية، إلا إذا وجد نص صريح يحرمه من سلوك هذا الطريق، وحيث أنه لا يوجد نص صريح يمنعه هذا الحق فإن حقه في الطعن بهذا الطريق ثابت وفقاً للقواعد العامة في الطعن.

فالطعن غايته تصحيح ما قد يقع من محكمة الدرجة السابقة على محكمة الطعن وهذا الخطأ قد يلحق ضرراً بمصلحة المجني عليه أو غيره من الخصوم والعدالة تأبى أن تحرم أحد الخصوم تصحيح الخطأ دون غيره من الخصوم ودون مبرر قانوني، فكل خصم في الدعوى الجنائية له مصلحة في الطعن في الحكم لا يجوز حرمانه من الحق بالطعن فيما اعترضه من عيب يستوجب التصحيح إلا إذا نص المشرع على ذلك صراحة.

فإذا توافر شرط الصفة بالمجني عليه بأن كان خصماً في الدعوى الجنائية وشرط المصلحة في الطعن بأن كان يسعى إلى إلغاء الحكم المطعون فيه أو تعديله وتوافرت الشروط الشكلية بالطعن جاز له ذلك أسوة بغيره من الخصوم والقول بغير ذلك يعوزه الدليل.⁽¹⁾

إضافة إلى ذلك فإن الطعن ما هو إلا مرحلة من مراحل الدعوى ومن ثم لا بد أن تكون بين أطراف هذه الدعوى.⁽²⁾

الخاتمة

تناولنا في هذا البحث المختصر الحقوق التي منحها المشرع الليبي للمجني عليه والتي تمكنه من تبؤ مركز الخصم في الدعوى العمومية في مواجهة المتهم، ففي مرحلة التحقيق الابتدائي أعطاه الحق في حضور معاملات التحقيق الابتدائي سواء باشرته النيابة العامة أو قاضي التحقيق أو غرفة الاتهام وأوجب على سلطة التحقيق إعلانه بمكان وزمان التحقيق أسوة بغيره من الخصوم، كما أعطاه الحق في الاستعانة بمحام يجوز له الحضور بمعيتة وأعطاه الحق في تقديم ما يعن له من طلبات ودفع وفقاً لخطة الدفاع التي يراها محققة لمصلحته، كما أعطاه الحق في الاطلاع على جميع محتويات ملف الدعوى والحق في الحصول على صورة من محتوياته على نفقته الخاصة، وذلك وفقاً للضوابط التي حددها القانون.

كما أعطاه الحق في الطعن في أوامر التحقيق التي تؤثر في مركزه القانوني فأعطاه الحق في الطعن في الأمر بالأوجه لإقامة الدعوى العمومية سواء كان صادراً من النيابة العامة أو من قاضي التحقيق أو من غرفة الاتهام حسب الأحوال مستقلاً بذلك من النيابة العامة.

1 - انظر د. ادوار غالي الذهبي الإجراءات الجنائية المرجع السابق، ص 838، وكذلك د. عبد الرؤوف المهدي، شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية، مرجع السابق ص 1450.

2 - د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق ص 1005.

كما أعطاه الحق في الطعن بالاستئناف في مسائل الاختصاص ، والغاية من ذلك تمكينه من مواصلة السير في الدعوى حتى بلوغ نهايتها .

وفي مرحلة التحقيق النهائي أعطاه الحق في مباشرة الدعوى ، فأعطاه الحق في الإعلان بموعد الجلسة وحضورها وأعطاه الحق في مناقشة الشهود وتقديم الطلبات والدفع أسوة بغيره من الخصوم ، والحق في طلب سماع الشهود الذين يطلب إلى المحاكمة سماعهم كما له الحق في طلب وإعادة سماع الشهود الذين يطلب إعادة سماع شهادتهم .

كما تبين لنا من استقراء نصوص القانون الإجرائي الليبي ، إن هذه النصوص تخلو من نص صريح قطعي الدلالة على حرمان المجني عليه من الطعن في الأحكام بطرق الطعن العادية وغير العادية ، وبالتالي فإن حقه في الطعن ثابت من عموم هذه النصوص من المبادئ العامة التي أقرها المشرع كمبدأ التقاضي على درجتين ، ومبدأ المساواة بين الخصوم في الأسلحة .

إعمالاً لهذه المبادئ فإننا نرى أنه لا يجوز حرمان المجني عليه من الحق في الطعن إذا توافرت شروطه بغير نص قانوني قطعي الدلالة على ذلك ، وكذلك الأمر في ثبوت حقه في رفع الدعوى المباشرة في مواد المخالفات والجنح أسوة بالمدعي بالحقوق المدنية .

وحيث أن الحق في الطعن في الأحكام والحق في الادعاء المباشر في مواد المخالفات والجنح محل خلاف فقهي فإننا نهيئ بالمشرع الليبي إثبات هذه الحقوق بنصوص قطعية الدلالة لرفع هذا الخلاف .

تلك هي أهم الحقوق التي يتمتع بها المجني عليه في مرحلتي التحقيق الابتدائي والمحاكمة وفقاً لأحكام القانوني الإجرائي الليبي ، أما من الناحية العملية الواقعية فإن المجني عليه لا يمارس هذه الحقوق تنازلاً عنها أو اعتماداً على دور النيابة العامة التي تمثل المجتمع تمثيلاً قانونياً في تحريك الدعوى الجنائية ورفعها ومباشرتها وفقاً لأحكام القانون ويقتصر دوره على سماع أقواله كشاهد .

ونرى إن المشرع الليبي كان موفقاً فيما أعطاه من حقوق للمجني عليه في الدعوى العمومية ، متجاوزاً بذلك الكثير من التشريعات التي مازالت تحرم المجني عليه من هذه الحقوق معتمده على دور النيابة العامة في هذا الخصوص متناسيه ان النيابة العامة قد لا تمارس حقها في الطعن فيصبح حكم البراءة باتاً فيسقط بذلك حق المجني عليه رغم وجود مطاعن عرضت على محكمة الطعن لتغيير الراي بشأنها ، ولذلك فإن العدالة تأبي أن تحرم المجني عليه من حق الطعن أسوة بغيره من الخصوم وإرضاء لشعوره بان العدالة يجب ان تأخذ مجراها حتى نهايتها التي حددها المشرع .

قائمة المصادر والمراجع

1. د. أحمد فتحي سرور ،الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية ،دار النهضة العربية القاهرة 1995، .
2. الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، القاهرة 1996م.
3. د. رؤوف عبید مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، دار الجيل للطباعة ، ط / 141 – 1982 م .
4. د. محمود نجيب حسني ، شرحقانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط 2 ، 1988 م.
5. د. فتوح الشاذلي ، المساواة في الإجراءات الجنائية ، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ، 1995 م
6. د. فوزية عبد الستار ، مشرع قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية 1986 .
7. د .ادوار عالي الذهبي – الإجراءات الجنائية ، مكتبةغريب ، القاهرة ، ط 2 ، 1990 .
8. د. مأمون محمد سلامة ، الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي ط2 ، المكتبة الجامعية ، الزاوية ، 2000 م .
9. د. عبد الرؤوف عبید ، المشكلات العملية الهامة في الإجراءات الجنائية ، دار الفكر العربي ،القاهرة ، ج2 ، ط 1980 م.
10. د. عبد الرؤوف مهدي ، شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية القاهرة 2003 م .
11. د.عوض محمد عوض ، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية ، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية 1999م .
12. د. نجائي سيد أحمد سند ، مبادئ الإجراءات الجنائية في التشريع المصري 2000 م .
13. د. مجدي أنور حبيشي ، التطورات الحديثة في قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي .بدون دار وتاريخ الطباعة.
14. د. حسن صادق المرصفاوي ، المرصفاوي في أصول الإجراءات الجنائية ، منشأة المعارف بالإسكندرية 1998 م .

آليات و طرق إثبات جرائم الحدود بالقانون الليبي

مفتاح محمود اجبارة
أستاذ مساعد / جامعة الزيتونة

مُتَكَلِّمًا

خلق الله الانسان وكرمه بأن جعله خليفته في الارض ، ولأجل أن يقوم الإنسان بالمهمة التي خلق لأجلها ، والمتمثلة في عبادة الله جل شأنه ، واستمرار الحياة ، نظم الشارع الحكيم حماية لضرورات الانسان وهي ضرورة الدين ، والنفس ، والعرض ، والعقل ، والمال ، بأن جعل من الاعتداء علي أي من هذه الضرورات جريمة ، وشدد في عقوبتها بان جعلها جرائم حدية، ونتيجة لتشديد العقوبة المقررة للاعتداء علي أي من حاجيات الأنسان،

فإن الله سبحانه وتعالى نص علي طرق معينة لإثبات هذه الجرائم، بحيث لا تطبق العقوبة المقررة لهذه الجرائم، الا اذا تم إثباتها بالطرق والالية المنصوص عليها في الشريعة الاسلامية¹، غير انه في حالة تعذر تطبيق العقوبات الحدية علي الجاني ، بسبب عدم ثبوتها بالوسائل التي نصت عليها الشريعة الإسلامية ، فان الجاني يخضع لعقوبات تعزيرية .

هذه المنهجية التي وضعت احكامها الشريعة الإسلامية ، والمتمثلة في تشديد العقوبات المقررة للمعتدي علي ضروريات الانسان ، والتشدد في طرق وآلية إثبات هذه الجرائم تحمل في طيها موازنة دقيقة بين حقين حق الله سبحانه وتعالى في معاقبة الجناة ، وحق المتهم في ان لا تطبق عليه العقوبة المقررة لأي من الجرائم الحدية ، الا اذا ثبتت بشكل قطعي وبالوسائل المحددة شرعاً.

وحرصا من المشرع الليبي علي تبني احكام الشريعة الإسلامية في قانون العقوبات ، علي اعتبار ان الشريعة الإسلامية المصدر الرئيس للتشريع ، فلقد بادر منذ وقت مبكر (أوائل السبعينات) بتقنين احكام الجرائم الحدية ، بعد جهود ذؤبه قامت بها اللجان المختصة التي انيطت بها مهمة مراجعة التشريعات القائمة وتعديلها بما يتفق ومبادئ الشريعة الاسلامية ، تحلي في صدور أربعة تشريعات²،

¹ - راجع المستشار / علي علي منصور ، نظام التجريم والعقاب في الإسلام ، مقارنا بالقوانين الوضعية ، الطبعة الأولى ، مؤسسة الزهراء للإيمان والحسن بالمدينة المنورة ، 1976 م ، ص 70 الي 75 .

² - لقد أصدر المشرع الليبي العديد من القوانين المستمدة أحكامها من الشريعة الإسلامية بشأن الحدود منها :
- القانون رقم 13 لسنة 1425 ميلادية في شأن إقامة حدي السرقة والحرابة ، صدر بمدينة سرت بتاريخ 24 رمضان 1405 و . ر ، الموافق 12 / 2 / 1425 م .

- القانون رقم 70 لسنة 1973 م بشأن إقامة حد الزنا ، صدر بمدينة سرت بتاريخ 29 شعبان 1393 هـ الموافق 16 / 9 / 1974 م صدر بالجريدة الرسمية العدد رقم 43 لسنة 11973 م .

- القانون رقم 52 لسنة 1974 م في شأن إقامة حد القذف ، صدر بمدينة سرت بتاريخ 29 شعبان 1394 هـ الموافق 16 / 9 / 1423 م ، صدر بالجريدة الرسمية رقم 52 لسنة 1423 م

- القانون رقم 4 لسنة 1423 م في شأن تحريم شرب الخمر ، صدر بمدينة سرت بتاريخ 17 شعبان 1403 و . ر - الموافق 29 / يناير 1423 م ، صدر بالجريدة الرسمية رقم 5 لسنة 1423 م

وفعلا حمل المشرع الليبي في خطوة جريئة تحسب له المبادي التي جاءت بها الشريعة الإسلامية بشأن جرائم الحدود سواء من حيث العقوبات ، او من حيث آلية وطرق الإثبات ، الا انه وبكل اسف سرعان ما تراجع عن ذلك ، في خطوة غير مدروسة وبدون مبرر حيث أجرى تعديلات علي هذه التشريعات ، أتضح منها ان المشرع الليبي متذبذب في سياسته الجنائية الخاصة بجرائم الحدود ، ولبيان القصور الذي نتج من سياسة المشرع الليبي في جرائم الحدود ، سأتناول هذا البحث في مطلبين ، المطلب الاول وسنخصصه لبيان تطور نظام الإثبات في الجرائم الحدية ، والذي سيقسم بدوره الي ثلاث فروع ، الفرع الاول سيخصص لبيان الإثبات في جرمي السرقة والحراة ، وسيخصص الفرع الثاني لبيان الإثبات في جريمة الزنا ، وسيخصص اخيرا الفرع الثالث لبيان الإثبات في جريمة شرب الخمر وستتناول في المطلب الثاني أوجه القصور في نظام إثبات جرائم الحدود في التشريع الليبي ، وهو ما سنتناوله في اربعة فروع ، الفرع الاول وسنخصصه / لانعدام التوافق والانسجام بين احكام الجرائم الحدية ، الفرع الثاني سنتناول فيه / عدم تناسب ادلة الإثبات مع جسامة الجرائم ، بينما سنخصص الفرع الثالث لدراسة / تجاهل المشرع الليبي لقاعدة درء الحدود بالشبهات ، واخيراً سنتناول في/ الفرع الرابع أثر تخلف الدليل الشرعي علي عقيدة المح

المطلب الاول

تطور نظام الاثبات في الجرائم الحدية

ان المتتبع لتشريعات الحدود الصادرة في ليبيا والتعديلات التي ادخلت عليها في مناسبات مختلفة ، يلاحظ بان احكام الأثبات كانت من اوائل الامور التي طالها التغيير والتعديل ، وهو ما يصدق تحديدا علي اثبات جرائم السرقة والحراة وجريمة الزنى ، دون جريمة القذف ، ذلك ان اثباتها بقي دون تغيير يذكر منذ صدور القانون المنظم لها رقم 52 لسنة 1974لافي شأن إقامة حد القذف .

غير ان المشرع الليبي قد اعتبر شرب الخمر جريمة تعزيرية ، بعد ان اخرجها من اعداد الجرائم الحدية بموجب القانون رقم 4 لسنة 1423 م بشأن تحريم شرب الخمر ، ولذا فأنا سنقصر بحثنا علي تتبع المراحل التي مر بها إثبات كل من جرمي السرقة والحراة في الفرع الاول ، وجريمة الزنى المعاقب عليها حداً في الفرع الثاني ، للوقوف علي التعديلات التي أجريت بالخصوص ، والحكمة المبتغاة من وراء ذلك ، تم تناول الإثبات في جريمة شرب الخمر في الفرع الثالث .

الفرع الاول

الاثبات في جريمتي السرقة والحراية

من تتبع مراحل تطور احكام الاثبات المتعلقة بجريمتي السرقة والحراية يلاحظ بانه وضعت وسائل اثبات لهذه الجرائم في ظل القانون رقم 148 لسنة 1972 بشأن إقامة حدي السرقة والحراية ، والتعديلات التي ادخلت عليه والتي ركزت علي تعديل شروط اقامة الحد ، ولعل من ابرز التعديلات الذي انصب علي نص المادة (9) التاسعة من القانون المكور ، والتي نصت علي انه (تثبت جريمتا السرقة والحراية المنصوص عليهما في المادتين الاولى والرابعة من هذا القانون لاعتراف الجاني بمرحلة التحقيق أو المحاكمة أو بالشهادة أو بأي وسيلة أثبات علمية).

وبمقارنة صياغة هذه المادة المعدلة بسابقتها يتضح التحول في مسلك المشرع الليبي ، مؤداه ان هناك توجهاً لدى المشرع الليبي الي تقييد وسائل إثبات جريمتي السرقة والحراية ، فنجد قد حصر طرق إثباتها في ثلاثة وسائل وهي : (اعتراف الجاني) ، والذي فيد بضرورة حصوله في مرحلة التحقيق أو المحاكمة ، ولو كانت المحكمة غير مختصة¹ وقد قضى بأن (وتعتبر النيابة العامة جزء من السلطة القضائية ، حيث منحها القانون جزء من هذه السلطة فضلاً عن أن لها اختصاصات قاضي التحقيق ، ولم يحدد المشرع مكان الإقرار هل هو في المحكمة أم امام النيابة العامة ولكنه قال امام السلطة القضائية)²، لكي يعول عليه في الاثبات ، فتثبت السرقة بالإقرار ولو بعد حين من السرقة ، لان التقادم عند القائلين به لا يؤثر علي الاقرار ، اذا الانسان غير متهم فيما يقر به علي نفسه³ ، فالعاقل لا يقر علي نفسه بغير الحقيقة⁴ ، وفي ذلك خروج عن القواعد العامة للإثبات ومنها (لا يؤاخذ المقر بإقراره)⁵ ، و(الشهادة) والتي وردت مطلقة ، فتقبل شهادة رجل وامرأتين ، وشهادة شاهد رؤية ، وشاهد سمع ، وشهادة شاهد وبمين المدعي ، بقصد ملكية المقصود ، فإذا لم يكن غير هذه الشهادات في جريمة السرقة منع الحكم بالقطع ، واقتصر القاضي علي الحكم بتعزير الجاني والزامه بضمان قيمة الشيء المسروق⁶ ،

¹ - لراجع / مراد العروبي ، أحكام جريمة السرقة ، المنشأة العامة للنشر والتوزيع والإعلام ، طرابلس ليبيا ، الطبعة الأولى ، 1985 م ، ص 216 .

² - طعن جنائي ليبي رقم 1/ 26 ق ، جلسة 30 مارس 1979 م ، مجلة المحكمة العليا الليبية ، يناير 1980 م .

³ - راجع الدكتور / عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الاسلامي مقارنا بالقانون الجنائي ، الجزء الاول ، دار الحديث القاهرة ، 2009 م ، ص 476 .

⁴ - راجع الدكتور / عبد السلام الشريف العالم ، التشريع الجنائي الاسلامي ، دار الجماهيرية للنشر والتوزيع والاعلان ، 1996 ، ص 79 وما بعدها .

⁵ - راجع الدكتور / احمد فتحي بهنسي ، السياسة الجنائية في الشريعة الاسلامية ، الطبعة الاولى ، دار الشروق القاهرة ، بدون تاريخ نشر ، ص 364 .

⁶ - راجع بدائع الصانع ، الجزء الاول ، ص 151 . وراجع / شرح الزرقاني ، الجزء 7 ، ص 81 . وراجع / المغني ، الجزء الاول ، ص 289 . وراجع / اسنى المطالب / الجزء الرابع ، ص 151 . وراجع الدكتور / عبدالقادر عودة ، المرجع السابق ، ص 473

والمقصود من قبول الشهادة عدم سماع الشهود قضاء والأخذ بما كدليل ، فلا يمنع حضور الشهود قبل المخاصمة من سماع اقوالهم وتذوينها كبلاغ وحبس المتهم بموجبها ، إنما الممنوع هو الحكم بها¹ ، اما الوسيلة الثالثة من وسائل الإثبات التي ذكرت بالمادة 9 من القانون رقم 10 محل البحث فهي : (اية وسيلة علمية) ، والمشرع الليبي اضاف هذه الوسيلة مواكبة للتطور التقني و العلمي ، ومحاولة منه للاستفادة من تطبيقاته في اثبات جرائم الحدود في اعتقادي ، غير ان استخدام الوسائل العلمية كوسيلة من وسائل الاثبات محل جدل بشأن مشروعيتها ، حيث ان ثمة وسائل علمية تستخدم في مواجهة الانسان ، وتفضي إلى انتهاك بعض حقوقه الاساسية ، وهي اما لأنها تؤثر على كيانه النفسي أو كيانه المادي أو كليهما² .

وعلى ذلك فإن نص المادة المذكورة عليه بعض الملاحظات ، لعل أهمها ان الإشارة الى الوسائل العلمية كوسيلة من وسائل الإثبات دون تحديد ، يقضي الى توسيع نطاق الإثبات ، والاستفادة من التطور العلمي في هذا المجال كما سبق القول ، وعلى الرغم من ان المشرع الليبي علي ما يبدو يهدف الى تقييده وعدم إطلاقه ، ذلك لن الوسائل العلمية التي يمكن استخدامها كوسائل اثبات عديدة ، الركون اليها بأطلاق في اثبات هذه الجرائم التي تتسم عقوبتها بالصرامة والشدة ، امر محفوف بالمخاطر علي اعتبار ان بعضها مطعون في مشروعيتها أصلا كما سبق القول ، كما ان نتائجها غير قطعية في دلالتها ولا يمكن الوثوق بها حتى فيما يتعلق بالجرائم التعزيرية³ ، فما بالك في جرائم الحدود الامر الذي يجعلها في عداد الشبهات ، ومن ثم لا يصح التعويل عليها بمفردها ودون ضوابط ، عملا بقاعدة (ادروا الحدود بالشبهات) .

اما بشأن الاعتراف ، فإن المشرع الليبي قد قيده بضرورة الادلاء به في مرحلة التحقيق أو المحاكمة حتى يمكن قبوله كدليل للأثبات في جريمة السرقة والحراية ، هذا الامر يجعل من هذا النص محلاً للنقد اذ ان حصول الاعتراف امام سلطة التحقيق ، في مرحلة التحقيق الابتدائي قد يؤدي الي ضياع اهم الضمانات للمتهمين ، وهي حياد سلطة التحقيق التي من المفترض حصول الاعتراف امامها ، حتى يمكن الاطمئنان الي صحة الاعتراف ، وعدم انتزاعه من المتهم بالإكراه لإمكانية الركون اليه كدليل للأثبات ، وهذا الحياد المطلوب لسلطة التحقيق لا يتصور توافره الا في حالة ما تم الاعتراف امام السلطة القضائية المختصة ، وهي قاضي التحقيق أو غرفة الاتهام أو النيابة العامة⁴ .

¹ - راجع / فتح القدير ، الجزء الرابع ، ص 352 . وراجع الدكتور / عبد الفتاح عودة ، المرجع السابق ، ص 474 .

² - راجع الدكتور / موسى مسعود أرحومة ، قبول الدليل العلمي أمام القضاء الجنائي ، (دراسة مقارنة) منشورات جامعة قاريونس ، بنغازي ، الطبعة الاولى ، 1999 م ، ص 47 م .

³ - راجع الدكتور / موسى مسعود أرحومة ، المرجع السابق ، ص 45 وما بعدها .

⁴ - راجع الدكتور / مفتاح محمود اجبار ، اجراء التفتيش وضماناته في القانون الليبي ، رسالة ماجستير ، القاهرة ، 2001 م ، ص 165 وما بعدها .

فالتحقيق الابتدائي قد يباشر من قبل اشخاص ليس من ضمن السلطة القضائية ، فقد يباشر التحقيق من أعضاء التحقيق بجهاز التفتيش والمتابعة ، الذين لا يعتبرون من ضمن اعضاء الهيئات القضائية ، علي الرغم من ان المشرع الليبي قد اعطى أعضاء التحقيق بجهاز التفتيش والمتابعة الشعبية ، حق الاضطلاع بمهام النيابة العامة في نطاق اختصاصهم ، بما في ذلك تحريك الدعوى الجنائية واقامتها ومباشرتها امام المحكمة هذا من جانب ، ومن جانب ثاني فان الاثبات بالشهادة علي النحو السابق بيانه ، لا يختلف كثيرا عنه في جرائم التعزير لعدم اشتراط أي شروط في الشهود حتى يمكن الوثوق بشهادتهم حتى يمكن التعويل عليها ، لاسيما فيما يتعلق بشرط العدد والعدالة وكذلك شرط عدم التهمة ، وما الى ذلك من شروط¹، وهنا يخالف اجماع الفقهاء المسلمين في اثبات مثل هذه الجرائم وبالذات مع غياب النص الي أي اتجاه فقهي يستند فيما لم يرد بشأنه نص² ، وهذا المسلك التشريعي الذي انتهجه المشرع الليبي سيفضي الي التوسع في تطبيق الحدود ، أي العودة الي الاتجاه الذي تنبأه المشرع عند صدور هذا القانون قبل تعديل نص المادة 9 (التاسعة) محل الدراسة .

الفرع الثاني

الأثبات في جريمة الزنا

علي خلاف النهج الذي سلكه المشرع الليبي بخصوص سائر الجرائم الحدية الاخرى ، فقد اغفل المشرع الليبي تنظيم احكام اثبات جريمة الزنا منذ صدور القانون رقم 70 لسنة 1973 م بشأن إقامة حد الزنا وتعديل بعض احكام قانون العقوبات³ ، اذ خلا هذا القانون من بيان وسائل اثبات هذه الجريمة ، وقد أكتفت المادة 10 في فقرتها الاولى بالنص علي انه (يطبق المشهور من ايسر المذاهب ، فيما لم يرد بشأنه نص خاص في هذا القانون ، بالنسبة الي جريمة الزنا المعاقب عليها حدا ، فإذا لم يوجد نص في المشهور طبقت احكام قانو العقوبات) ، بينما نصت الفقرة الثانية من المادة محل الدراسة علي انه (بالنسبة للإجراءات يطبق في شأنها احكام قانون الإجراءات الجنائية فيما لم يرد بشأنه نص في القانون)

¹ - راجع الدكتور / عوض محمد عوض ، قانون الإجراءات الجنائية الليبي ، الطبعة الاولى ، مكتبة قورينا للنشر والتوزيع والاعلان - بنغازي ، 1977 ، ص 227 . ويذهب البعض من الفقه الاسلامي فيما يتعلق بالشهادة الي انه (لا تقبل في الشهادة للحدود الا شهادة الرجل ، وان شهادة النساء غير مقبولة لحديث الزهري ، قال : (مضت السنه من لدن رسول الله والخلفين من بعده ان لا شهادة للنساء في حد الزنا ، وروى عن عطا وحما انه يقبل في الزنا شهادة ثلاثة رجال ومراعتين ، لكن الجمهور يرون بان هذا شذوذ لا يعول عليه ، لان لفظ الاربعة اسم لعدد المذكر ويقتضي ان يكتفي فيه بأربعة ، ولا خلاف في ان الاربعة اذا كان بعضهم نساء لا يكفي . راجع في ذلك الدكتور / احمد فتحي بهنسجي ، المرجع السابق ، ص 366 .

² - ويشترط في شهود السرقة ما سبق بيانه من شروط ، والتي يجب توافرها في شهود الزنا علي الخلاف والوفاق الذي ذكر بين الفقهاء ، وتثبت السرقة بشهادة شاهدين اثنين ، فان قل العدد عن اثنين ، او كان احدهما امراءه أو كان احدهما شاهد رؤية والاخر شاهد سماع فلا قطع بشهادتهما (راجع في ذلك الدكتور / عبد القادر عودة ، المرجع السابق ، ص 473 .)

³ - صدر القانون رقم 70 لسنة 1973 م في شأن إقامة حد الزنا ، في 6 رمضان المبارك 1393 هـ الموافق 2 اكتوبر 1973 م ، وهو منشور بالجريدة الرسمية العدد رقم 43 لسنة 1973 م .

، هذا الامر دفع البعض من الفقه¹ ليتساءل عما إذا كان المشرع ، قد ترك أمر اثبات جريمة الزنا للقواعد العامة في الاثبات الجنائي طبقا لنص المادة 275 اجراءات جنائية ليبي ، او ان عزوفه عن تحديد طرق الاثبات لا يعني بأي حال من الاحوال عدم تقييده ، وقد تم بحق استعادة الفرضية الأولى بمقولة ان الاحالة الي قانون الاجراءات الجنائية قاصره فقط على اجراءات الاثبات ، ذلك انه ليست كل القواعد المتعلقة بالإثبات ذات طبيعة اجرائية ، ومن تم يتم الرجوع بشأنها الي قانون الاجراءات الجنائية ، بل ان هناك طائفة من القواعد المتعلقة بالإثبات ذات طبيعة موضوعية ، كذلك التي تحدد ادلة الاثبات ، وقيمة الدليل ، وعبء الاثبات ، ومن تم وجب الرجوع بشأنها الي المشهور من ايسر المذاهب ، ومن المعروف ان ايسر المذاهب في الفقه الاسلامي هو الذي يكون اكثر تشددا في الاثبات ، فالقول بحرية الاثبات امر مستبعد ولا يمكن التسليم به ، ذلك انه مخالف بشكل صريح للنصوص القرآنية الكريمة التي حددت عدد الشهود الذين يلزم توافرهم لإثبات هذه الجريمة، حيث يقول تعالى (واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم)²، وقوله جل شأنه (لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء ، فإذا لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون)³ ، والسنة النبوية الشريفة جاءت بنصوص معارضة لهذا القول ، حيث ورد ان : (سعيد ابن عباد قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، أرأيت لو وجدت مع أمراتي رجلا أمهله حتى آتي بأربعة شهداء ؟ فقال النبي صلى الله عليه وسلم : (نعم)⁴ ، وروي عن الرسول صلى الله عليه وسلم انه قال : (لهلل بن أميه لما قذف أمراته بشريك بن سحيم "البينة والا حد في ظهرك " ⁵ ، بالإضافة الي ذلك فقهاء المسلمين قد اجمعوا بلا خلاف علي عدم جواز اثبات هذه الجريمة الا بأربعة شهود⁶.

ولعل ما يؤكد ذلك كل ما طرح أن المادة (13) من القانون رقم (52) لسنة 1974 م في شأن إقامة حد القذف قد نصت علي ان : يسقط حد القذف في كل الحالات الأتية /

- إثبات القاذف لصحة القذف شرعا .

وهو ما يعني بأنه يمكن أن يدرأ عن نفسه حد القذف إذا ما تمكن من إثبات زنا المَقْذُوف عن طريق الأدلة الشرعية عملا بقوله جل شأنه (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم

¹ - راجع الدكتور / عوض محمد ، دراسات في الفقه الإسلامي ، دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية ، 1977 ، ص 289 وما بعده

² - سورة النساء ، الآية (15) .

³ - سورة النور ، الآية (13) .

⁴ - رواه الجماعة الا مسلم والنسائي .

⁵ - رواه النسائي .

⁶ - من المتفق عليه ان الزنا لا يثبت الا بشهادة أربعة شهود ، وهذا إجماع لا خلاف فيه بين أهل العلم ، لقوله تعالى (واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم) وقوله جل شأنه (لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء ، فإذا لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون) راجع الدكتور / عبد القادر عودة ، المرجع السابق ، ص 307 .

ثانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة ابدًا وأولئك هم الفاسقون*¹ الا الذين تابوا من بعد ذلك واصلحوا فإن الله غفور رحيم¹.

أما إذا عجز القاذف عن إثبات زنا المقدوف فإنه سيكون عرضة لتطبيق القذف عليه² ، وعلى ذلك فإن أدلة إثبات الزنا هي ذاتها التي يسقط بها حد القذف ، وهو ما أكدته المحكمة العليا الليبية في حكم لها جاء فيه (والقول باستلزام الدليل الشرعي بشأن إثبات الزنا المعاقب عليه بالجلد يجد سنده فيما نصت عليه المادة العاشرة من قانون إقامة حد النأ في فقرتها الأولى من أن المشهود من أيسر المذاهب فيما لم يرد بشأنه نص خاص في هذا القانون بالنسبة إلى جريمة الزنا المعاقب عليها حداً. وغني عن البيان أن ثبوته بالدليل الشرعي هو شرط لاستحقاق الجاني للحد ، وهو لذلك أوثق ارتباطاً بالموضوع منه بالإجراءات ، كما أن قول المادة العاشرة السالفة الذكر في الفقرة الثانية منها (أما بالنسبة للإجراءات فيطبق في شأنها قانون الإجراءات الجنائية فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون المذكور ، وإنما الإحالة المعنية قاصرة على إجراءات التحقيق والمحاكمة وغيرها من الإجراءات التي تتعلق بالإثبات . وظل هذا الوضع سائداً إلى أن صدر القانون رقم 10 لسنة 1999م بإضافة مادة جديدة للقانون رقم 70 لسنة 1973م بشأن إقامة حد الزنا وتعديل بعض أحكام قانون العقوبات ، وهي المادة 6 مكرر التي تنص على أنه (تثبت جريمة الزنا المنصوص عليها بالمادة (1) من هذا القانون باعتراف الجاني أو بشهادة أربعة شهود ، أو بأية وسيلة أثبتت علمية)³ .

حين جاءت صياغتها على غرار النهج الذي سلكه المشرع في إثبات جرمي السرقة والحراية المعاقب عليهما حداً ، ومن ينسحب ما سبق أن أوردناه بخصوصها من ملاحظات على إثبات جريمة الزنا المعاقب عليها حداً تجنباً للتكرار ، وربما الفارق الوحيد باستثناء عدد الشهود ، هو أن المشرع لم يشترط حصول الاعتراف أمام أية جهة قضائية ، خلافاً للنص الخاص بإثبات جرمي السرقة والحراية ، وهي تفرقة غير مبررة تنطوي على شذوذ في صياغة أحكام تتعلق بمسائل ذات طبيعة واحدة يفترض فيها أن تكون متماثلة .

الفرع الثالث

الإثبات في جريمة شرب الخمر

لقد كانت المادة (12) من القانون رقم 89 لسنة 1974 م في شأن تحريم الخمر وإقامة حد الشرب تنص على أنه (تثبت الجريمة المنصوص عليها بالمادة الخامسة من هذا القانون بالإقرار أمام السلطة القضائية ولو مرة واحدة ، أو الشهادة ، أو بأية وسيلة من وسائل الإثبات الأخرى) ، وهي ما

¹ - سورة النور الآيات (4 - 5) .

² - راجع / محمد سليم العوا ، في أصول النظام الجنائي الاسلامي ، دار المعارف - القاهرة ، 1979 م ، ص 250 وما بعدها .

³ - مضافة بالقانون رقم 10 لسنة 1999 م ، وهذا القانون منشور بالجريدة الرسمية ، العدد رقم (2) لسنة 1429 ميلادية .

أثارت نوعاً من اللبس والغموض في حينه¹ ، قبل ان يلغي هذا القانون بالقانون رقم (4) لسنة 1423 في تحريم الخمر² ، وذلك بان نصت المادة الرابعة عشر على انه : (يلغى القانون رقم 89 لسنة 1974 م في شأن تحريم الخمر وإقامة حد الشرب ، كما يلغى كل حكم يخالف هذا القانون) .

اما بشأن وسائل الإثبات التي يجب اتباعها لإثبات هذه الجريمة ، فلم يأت المشرع الليبي علي ذكرها صراحة في هذا القانون ، وان كان قد جاء في المادة الثالثة عشر لينص علي انه : (تطبق احكام قانون الإجراءات الجنائية فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون) ، وهنا نقول بأن هذا النص قد احال بنص صريح فيما يتعلق بوسائل وقواعد الإثبات الي المادة (275) إجراءات جنائية وتحاشيا للتكرار ، نحيل القارئ للإثبات في جريمة الزنا للجدل الذي دار بأن تطبيق نص المادة (275) إجراءات جنائية ليبي .

المطلب الثاني

أوجه القصور في نظام إثبات الحدود في

التشريع الليبي

المتبع للمراحل المختلفة التي مر بها التشريع الليبي ، فيما يتعلق بإثبات الجرائم الحديه يلاحظ ان سياسة المشرع الليبي ، يوجد بها بعض المأخذ يمكن إجمالها في الملاحظات التي سنتناولها في اربعة فروع ، الفرع الاول وسنخصصه / لانعدام التوافق والانسجام بين احكام الجرائم الحدية ، الفرع الثاني سنتناول فيه / عدم تناسب ادلة الإثبات مع جسامة الجرائم ، بينما سنخصص الفرع الثالث لدراسة / تجاهل المشرع

¹ - فالمادة (12) من القانون رقم 89 لسنة 1974 م بشأن تحريم شرب الخمر وإقامة حد الخمر ، يلاحظ عليها بعد ان ذكرت الإقرار وشهادة رجلين كوسيلة إثبات جريمة شرب الخمر المعاقب عليها حدا ، جاءت وأردفت قائله (وبأية وسيلة اخري من وسائل الإثبات الأخرى) ، فالعبارة الاخيرة هي مصدر اللبس والغموض ، فلقد أثير التساؤل بشأنها فيما إذا كان الإثبات ممكن ان يأتي بأية دليل أو وسيلة ، أي الأحاد بحرية الإثبات ، أم أن المقصود بذلك هو أية وسيلة أو دليل مقرر في الشريعة الإسلامية ، ولو لم يكن محل إجماع من الفقه .

وبالرجوع الي احكام المحكمة العليا الليبية نجدها قد فسرت عبارة " وبأية وسيلة من وسائل الإثبات الأخرى " انها تلك الوسائل المقررة في الشريعة الإسلامية ، وليس المراد بذلك إطلاق حرية الإثبات كما قد يتبادر الي أذهان البعض ، وحكم المحكمة يعد حاسماً لأي جدل أو خلاف قد يثار في هذا الصدد ، ونظراً لدقة المسألة وجب ذكر نص حكم المحكمة العليا للاستشهاد به حيث جاء فيه : ان (ومن تم فان المراد بإدلة الإثبات الواردة بنص المادة 12 المشار اليها هي ادلة الإثبات المقررة في الشريعة الإسلامية ، وتكون عبارة وبأية وسيلة من وسائل الإثبات الأخرى في حدود هذا النطاق ايضا ، ولا يقصد الشارع من تلك العبارة ان تكون وسائل الإثبات بغير الإقرار والشهادة وهي من وسائل الإثبات العامة ، والا لأذى ذلك الي إثبات جريمة شرب الخمر المقررة بالشريعة الإسلامية بادل غير شرعية ، وادلة الإثبات في الشريعة الإسلامية تعتبر من المسائل الموضوعية ، كما انه وفقاً لما هو مقرر في الشريعة الإسلامية للزوم الاخذ بذللي الإقرار والبيئة (الشهادة) ضرورة توافر شروط معينة فيهما ، وهما الأدلة الأقوى في الشرع والقانون ، فعلى ذلك يكون من غير المنطق ان يطلق القانون للقاضي بعد ذلك حرية التماس عقيدته من أية قرينه ، لا تكون مقرره في الشريعة الإسلامية لإثبات جريمة حدج الشرب .

ومن ذلك نخلص الي ان المراد بعبارة " بأية وسيلة من وسائل الإثبات الأخرى " تلك الأدلة الشرعية غير الإقرار والشهادة ، والتي قال بها بعض الفقهاء دون البعض الآخر ، والمتمثلة في بعض القرائن ، كالرائحة ، والقي ، والسكر ، لمعرفة المزيد حول الخلاف الفقهي بشأن اعتبار الرائحة والقي والسكر ، دليلاً لإقامة حد شرب الخمر ، راجع الدكتور عبدالقادر عودة ، المرجع السابق ، ص 399 ، 400 .

² - صدر القانون رقم 4 لسنة 1423 م بشأن تحريم شرب الخمر بتاريخ 17 شعبان 1403 و.ر الموافق 29 / 1 / 1423 م ، وهو منشور بالجريدة الرسمية العدد رقم (5) لسنة 1423 م .

الليبي لقاعدة درء الحدود بالشبهات ، و أخيراً سنتناول في/ الفرع الرابع أثر تخلف الدليل الشرعي علي عقيدة المحكمة .

الفرع الاول

انعدام التوافق والانسجام بين احكام إثبات الجرائم الحدية

يمكن أن نتوصل الي انعدام التوافق والانسجام بين احكام اثبات الجرائم الحدية ، من خلال المقارنة بين الاحكام المنظمة لإثبات جريمة القذف من ناحية ، والجرائم الحدية المتبقية من ناحية أخرى ، ويتجلى هذا البيان في أن التعديلات التي طالت نظام الإثبات في الجرائم الحدية ، وخصوصاً (السرقة - الخرابه - الزنا) علي النحو السابق بيانه في موضوعه ، لم يمتد الي جريمة القذف ، فإثبات جريمة القذف ظل علي حاله منذ صدور القانون المنظم لهذه الجريمة الحدية ، وهو القانون رقم 52 لسنة 1974م بشأن إقامة حد القذف¹، ولم يجر المشرع الليبي عليه أي تعديل، فجريمة القذف وفقا لنص المادة (5) من القانون محل الدراسة تثبت ب(مع عدم الاخلال بحكم المادة (7) تثبت جريمة القذف بإقرار القاذف ولو مرة واحدة امام السلطة القضائية، أو بشهادة رجلين ، ويراعى في صحة الإقرار والشهادة وشروطهما اتباع المشهور في ايسر المذاهب)².

ف نجد ان الإثبات في جريمة القذف يتم بإقرار الجاني ولو لمرة واحدة امام السلطة القضائية ، فالاعتراف الذي يتم امام أي جهة أخرى لا يعول عليه في إثبات جريمة القذف ، كالذي يتم امام مأمور الضبط القضائي ولو كان منتدبا للتحقيق ، علي عكس الجرائم الحدية الاخرى ، والذي سبق ايضاح الجهة التي يتم الإقرار امامها فيه وهي (أية جهة كانت) ، كذلك الحال نجد ان جريمة القذف تثبت بشهادة رجلين ، وليس من الجائز أتبائها بشهادة النساء ، بالإضافة الي ان المشرع الليبي قضى بالإحالة الي المشهور من أيسر المذاهب فيما يتعلق بشروط صحة الإقرار والشهادة ، كما نجد ان عدم اكتمال الدليل الشرعي في جريمة القذف يفضي الي توقيع عقوبة تعزيرية³، وفقا لأحكام قانون العقوبات متى قضى

¹ - صدر القانون رقم 52 لسنة 1974 م بشأن إقامة حد القذف في 20 شعبان 1394 هـ الموافق 16 سبتمبر 1974 م ، وهذا القانون صدر بالجريدة الرسمية ، العدد رقم 52 لسنة 1974 م .

² - معدلة بالقانون رقم 8 لسنة 1975 م ، منشور بالجريدة الرسمية ، العدد رقم 9 لسنة 1975 م .

³ - وتوقع العقوبة الحدية علي القاذف أحقاقاً لقوله تعالى : (والذين يرمون المحصنات تم لم يأتوا بأربعة شهداء فأجدهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة ابداً واولئك هم الفاسقون) سورة النور الآية 4 . وقوله تعالى : (إن الذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات لعنوا في الدنيا والاخرة ولهم عذاب عظيم) سورة النور الآية 23 . أما السنة النبوية فقول الرسول صلي الله عليه وسلم " اجتنبوا السبع الموبقات " قالوا : وماهن يا رسول الله ، قال : (الشرك بالله ، والسحر ، وقتل النفس التي حرم الله ، وأكل مال اليتيم ، والتولي يوم الزحف ، وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات " .

وليس هذا فحسب ، بل انه اذا كان القاذف لا يعاقب علي القذف إذا ثبت صحته ، فليس معنى ذلك اهدار المقنوف طوال حياته بحيث يفدق ولا يعاقب قاذفه ، وانما المقنوف يستعيد عصمته بثوبته وصلاحه ، فإذا ثاب وصلح حاله عوقب قاذفه عقوبة تعزيرية إذا كان يعلم بتوبة المقنوف وإصلاح حاله ، وكان يقصد من القذف إيذائه " راجع شرح القدير ، جزء الرابع ، ص 3 ، 4 . بل ان قاذف أي شخص بمعصية يعزر علي القذف مادام المقنوف قد عوقب من قبل علي معصية ، لان القاذف كان لمجرد الإيذاء " راجع مواهب الجليل ، الجزء السادس ، ص 1 ، 2 ، 3 ،

قاضي الموضوع بعدم ثبوت التهمة بأي دليل آخر يطمئن إليه وجدانه ، في حين تم أغفال النص علي هذا الحكم ضمن الأحكام المنظمة لإثبات باقي الجرائم الحديثة ، مما يعني انه في حالة الإدانة وفقا للأدلة المحددة بالقانون ، يكون الحكم بإيقاع العقوبة الحديثة واجباً متى توافرت الشروط الأخرى لإقامة الحد ، وهذا يقود الي نتيجة مؤداها التوسع في توقيع العقوبة الحديثة ، وهذا التباين في صياغة أحكام إثبات الجرائم الحديثة علي هذا النحو ، ليس له ما يبرره اذ انه نتاج رؤية قاصرة ، وربما يكون مرد ذلك ان التعديلات التي ادخلت علي نظام الإثبات لم تحصل دفعة واحدة ، بحيث تأتي منسجمة مع بعضها البعض من ناحية ، ومع مصدرها الغير مباشر " الشريعة الإسلامية " من ناحية أخرى ، وانما استحدثت هذه التعديلات في اوقات مختلفة ، وجراء ذلك جاءت الصياغة معيبة علي هذا النحو ، فهو أمر لا يمكن القبول به بأي حال من الأحوال لمخالفاته المنطق ، ولا يتفق بتاتا مع المبادئ المستقرة الثابتة في الشريعة الإسلامية ، وما عليه الرأي الراجح في الفقه الإسلامي ، فهذا التنافر وعدم الانسجام مبرر ثابت في الجرائم الحديثة ، يفترض خضوعها لنظام موحد في أثباتها ، اما ان يفرض لكل منها نظامه الخاص به فهو أمر غير مستساغ ينطوي علي شذوذ واضح .

الفرع الثاني

عدم تناسب ادلة الإثبات مع جسامة العقوبات

لقد ذهب الشريعة الإسلامية الي التشدد في إثبات الجرائم الحديثة ، بحيث لا يتم إثباتها الا بأدلة معينة ، وبشروط عديدة ، وهذا التشدد في الإثبات مرده أن العقوبات الحديثة في العادة تتسم بالصرامة والتشدد لردع مقترفي هذه الجرائم من ناحية ، ومن ناحية ثانية فإن الحدود تدرأ بالشبهات فلا يجوز إقامة الحدود الا إذا تبث بشكل قطعي وعلى وجه اليقين ، ومن ناحية ثالثة فان معظم هذه الجرائم ترتكب في الخفاء ، وبعبدا عن أنظار الناس¹ ، ومن خلال السرد السابق لا حكام وطرق الإثبات المتبعة في القانون الليبي نجد انها لا تتناسب مع جسامة العقوبات الموضوعة لهذه الطائفة من الجرائم .

ولقد كانت سياسة المشرع الليبي عند صدور تشريعات الحدود ، متمشية الي حد ما مع منهجية التشدد في إثبات بعض الجرائم الحديثة ، وهو ما كان واضحا من التتبع لتطور نظام الإثبات لهذه الجرائم ، غير أنه وبكل أسف نجد المشرع الليبي قد انتهج منهجاً غريباً وبدون أي مبرر ، حيث إنه كان أكثر تشدداً في إثبات (جنحة القذف) ، منه في (جنايات السرقة والحراقة) ، وهو كما سبق القول منهج غريب وغير مبرر ، كما أنه وبدون أدنى شك يتعارض مع الفلسفة العامة القائمة عليها الجرائم الحديثة .

الفرع الثالث

¹ - راجع الدكتور / محمد ابو زهرة ، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1974 م ، ص ، 83 ،

تجاهل المشرع الليبي لقاعدة درء الحدود بالشبهات

نظراً لأن الحدود عقوبات شديدة فقد أحتاط المشرع الليبي لإثباتها علي المتهم ، وخرج بذلك علي القواعد العامة في الإثبات ووضع قاعدة عامة رئيسية هامة هي (درء الحدود بالشبهات)¹ وهذه القاعدة ثابتة بقول الرسول الكريم عليه الصلاة والسلام : (إد رءوا الحدود بالشبهات)² . وبمراجعة نصوص المواد المنظمة لطرق الإثبات في قوانين الجرائم الحدية (السرقة والحراية والزنا) نجد ان المشرع الليبي قد تجاهل هذه القاعدة ، رغم أن الشريعة الإسلامية وكما سبق البيان تؤكد علي الستر ، وعدم فضح ما هو مستور ، فذلك مغلب علي كشف الجناة والتشهير بهم³ ، فنجد ان المشرع الليبي قد تبنى هذا الاتجاه عند وضعه للقانون رقم 148 لسنة 1972 م بشأن السرقة والحراية قبل إلغاءه⁴ ، حيث نص علي اعتبار الرجوع في الإقرار مسقطاً لعقوبة الحد في هاتين الجريمتين ، لكنه جاء في التعديلات اللاحقة ، سواء فيما يخص جرمي السرقة والحراية ، أو جريمة الزنا ، ليغفل العمل بهذه القاعدة فلم يأت علي ذكر وجوب عمم تطبيق الحد لأية من الشبهات ، الأمر الذي يعد خروجاً علي أحكام الشريعة الإسلامية ، وهو ما يعني ببساطة أنه يمكن في ضوء ذلك إقامة الحد علاني الجاني في حالة اعترافه ، لو تراجع أو عدل عن اعترافه لاحقاً ، متى اقتنعت المحكمة بثبوت الواقعة ، ورأت أن المقر الصادق في اعترافه وكاذب في عدولة (تراجع عن عدولة) ، والمقر في هذه الحالة إما ان يكون صادقا في إقراره كاذبا في انكاره ، أو العكس وهو في الحالتين يحتمل الصدق والكذب ، ذلك أنه عند عدول الجاني عن إقراره فهو كاذب لا محالة في الإقرار ، وإما في العدول وهذا من شأنه أن يورث الشبهة ، والحدود لا يمكن استيفائها مع الشبهات .

واخيرا فان الركون الي الوسائل العلمية كوسيلة من وسائل الإثبات ، رغم تعددها والشكوك في مشروعيتها بعضها ، فالنص جاء عليها مطلقاً دون تحديد ، والنتائج التي تترتب علي استخدامها موضع شك ، علي اعتبار انها لا تعدوا ان تكون قرائن ، تفتقر للقوة بحيث يمكن تأسيس الادلة عليها ، ومن هنا لا يمكن الاطمئنان اليها (الوسائل العلمية) وحدها وبالذات في جرائم الحدود .

¹ - راجع الدكتور / احمد فتحي بهسنجي ، المرجع السابق ، ص 367 ، 368 .

² - اخرجه ابن عدي في جزء له من حديث ابن عباس ، واخرجه ابن ماجه من حديث أبي هريره (ادفعوا الحدود ما استطعتم) ، واخرجه الترمذي والحاكم والبيهقي وغيرهم من حديث عائشة رضي الله عنها ، (ادروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم ، فإن وجدتم للمسلم مخرجا فخلوا سبيله ، فإن الإمام أن يخطي في العفو خير من أن يخطي في العقوبة) واخرجه البيهقي عن عمراً ، وعقبة بن عامر ، ومعاد ابن جبل موقوفاً .

³ - راجع الدكتور / محمد ابو زهرة ، المرجع السابق ، ص 13 وما بعدها .

⁴ - لقد الغي القانون رقم 148 لسنة 1972 م بشأن السرقة والحراية بالقانون رقم 13 لسنة 1423 م في شأن إقامة حدي السرقة والحراية ، وهذا القانون صدر بمدينة سرت بتاريخ 24 رمضان 1405 و . ر ، الموافق 13 / 2 / 1425 م منشور بالجريدة الرسمية ، العدد رقم 6 لسنة 1425 م ، بنص المادة (25) والتي تقضي بان : (يلغي القانون رقم 148 لسنة 1972 في شأن السرقة والحراية وتعديلاته ، وكل حكم آخر يتعارض مع أحكام هذا القانون .

الفرع الرابع

اثر تخلف الدليل الشرعي على عقيدة المحكمة

لإقامة الحد على الجاني في أي من جرائم الحدود ، لابد من توافر الدليل الشرعي ، ويعود تقدير ذلك لمحكمة الموضوع ، فإذا لم يكتمل للدليل الشرعي شروطه المقررة يحظر علي المحكمة الحكم بالعقوبة الحدية ، الا انه لا يعني بالضرورة ان تقضي بالبراءة ، بل يمكنها أن تحكم علي الجاني بعقوبة تعزيرية وفقا لقانون العقوبات ، متى اقتنعت المحكمة بثبوت الجريمة من أي دليل أو قرينة أخرى طبقا لقواعد الإثبات المقررة في قانون الإجراءات الجنائية¹ .

وهو ما يتحقق في حالة عدول (تراجع) الجاني عن إقراره وهذا ما كانت تنص عليه الفقرة الثانية من المادة 10 من القانون رقم 148 لسنة 1972 م بشأن إقامة حدي السرقة والحراية قبل إلغائه بالقانون رقم 13 لسنة 1425 م بشأن إقامة حدي السرقة والحراية ، وهذا ما أكدته القضاء عندما قضت المحكمة العليا الليبية بأن : (ولما كان الحكم المعروض قد يأسس في قضائه بمعاينة المتهم حداً بقطع يده علي اعترافه ، وكان المتهم قد عدل امام هذه المحكمة عن اعترافه ، وكان وفقا لأحكام الفقرة الثانية من المادة 10 من قانون حدي السرقة والحراية رقم 148 لسنة 111972 م ومن ثم القضاء بإلغاء الحكم المعروض والقاضي بقطع يد المتهم ودرء الحد عنه)².

ويلاحظ بان القانون رقم 70 لسنة 1973 بشأن إقامة حد الزنا ، لم يتضمن نصا مشابهاً لنص الفقرة الأخيرة من المادة 10 من القانون رقم 148 لسنة 1972 بشأن إقامة حدي السرقة والحراية الملغي ، الا ان الفقرة الاخيرة من المادة العاشرة في القانون رقم 70 تنص علي ان : (ولا تُلْ أحكام هذا القانون بأحكام قانون العقوبات ، أو أي قانون آخر وذلك فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون) ، وهو ما يعني بانه اذا لم يتدخل المشرع بإلغاء القانون رقم 148 لسنة 1972 بشأن إقامة حدي السرقة والحراية ، فأن أحكام الفقرة الرابعة من المادة العاشرة السابق الإشارة إليها واجبة التطبيق ، في حالة

¹ - راجع الدكتور / عبدالرحمن محمد ابو توتة ، تطبيق حد السرقة للحد من الجريمة ، بحث مقدم الي المؤتمر الدولي المشترك حول ابحاث الوقاية من الجريمة ، المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب ، السعودية _ الرياض _ بحث غير منشور .

² - طعن جنائي ليبي ، رقم 24/24 ق ، جلسة 8 نوفمبر 1977 م ، مجلة المحكمة العليا الليبية العدد 2 لسنة 1978 م ، كما قضت المحكمة العليا الليبية في حكم اخر لها بان (ولما كان ذلك وكان اعتراف المتهم بقيامة بالسرقة وإن كان من شأنه أن يجعل النيابة العامة تقيد الواقعة جنائية بقانون حدي السرقة والحراية (72/148) لتوافر شروطهما وقتئذ وتحيل أوراقها إلي غرفة الاتهام الا انها أخطأت في القيد وأحالتها إلي المحكمة الجزئية بالوصف المبين بصدر هذا الحكم وأمام المحكمة الجزئية أنكر المتهم ، والإنكار يعد عدولا وفقاً لما استقر عليه قضاء هذه المحكمة ، والعدول يسقط الحد عملاً بأحكام المادة 2/10 من القانون السالف الذكر ، مما يرجع القضية إلي إعطائها الوصف القانوني المنطبق عليها وفقاً لا أحكام قانون العقوبات . وسين ان تكون المحكمة قد أخذت بالعدول أو أنها جارت النيابة العامة سهواً في وصفها للتهمة فإن حكمها باعتبار الواقعة جنحة يكون متفقاً وصحيح القانون بالإضافة إلي أن المتهم أنكر أيضاً أمام محكمة ثاني درجة وقال " إنه لم يبق بالسرقة وإنه لا يشعر بنفسه عندما أعترف بالسرقة أمام النيابة وأمام قاضي التمهيد وإنه برئ من التهمة المسندة إليه " وهذا يعد عدولاً أمامها من شأنه أن يسقط الحد طبقاً لأحكام المادة 2/10 السالفة الذكر ، ومن ثم كان عليها أن تقضي في موضوع الدعوي دون أن تحيلها إلي محكمة الجنايات ، لا باعتبار أن المستأنف لا يضار باستئنافه بل بسقوط الحد بالعدول وعدم وجود دليل آخر شرعي يستلزم إقامة الحد ، وذلك أن قاعدة لا يضار المستأنف باستئنافه يمنع تطبيقها بالنسبة لقضايا الحدود حالة توافر الشروط اللازمة لإقامة الحد)

عدول المقر بالسرقة عن إقراره ، غير المشرع وكما سبق القول ألغى القانون رقم 148 لسنة 1972 ليستبدله بالقانون رقم 13 لسنة 1425 م ، وهذا التدخل غير محمود علي اعتبار أنه ألغى أحكام المادة الرابعة السابق الحديث بشأنها ، وهي تمثل ضمانات هامة للمتهم بارتكاب جريمة حدية ، تمنع عنه إيقاع الحد في حالة عدولة عن إقراره بأي شكل كان ¹ .

وفي جميع الاحوال فإنه عند تعذر تطبيق القانون رقم 70 لسنة 1973م ، فان نص المادة 407 عقوبات تكون واجبة التطبيق ، وفي تلك الحالة ترجع للمحكمة حريتها في استخدام أي من وسائل الإثبات وفقا لما تقتنع به وترتاح إليه من الأدلة .

الخاتمة :-

تناولنا في هذا البحث نظام وطرق الإثبات الجنائي في جرائم الحدود الذي وضعها المشرع الليبي ، مع تتبع آخر التعديلات التي أجراها عليها ، ومن خلال هذه الدراسة واستقراءنا لهذا النظام تبين لنا بأن سياسة المشرع الليبي حيال هذا الموضوع تتسم بالتذبذب وعدم الثبات ، وان كان المشرع الليبي والحق يقال في بداية العمل بتلك التشريعات قد سلك منهاجاً منسجماً الي حد كبير مع مبادئ الشريعة الإسلامية في مجال الإثبات ، الا انه سرعان ما تراجع عن ذلك بان ادخل تعديلات علي هذه التشريعات ، أفرزت وضعاً غير متجانس بين أحكام إثبات جرائم الحدود ، بحيث أصبحت هذه الجرائم غير خاضعة لنظام موحد ، وهو ما يتضح بشكل جلي عند مقارنة جريمة القذف الحدية بغيرها من جرائم الحدود محل البحث ، وكذلك نجد أن المشرع الليبي قد تدخل في مسلك غريب وألغى القانون رقم 148 لسنة 1972 م بشأن إقامة حدي السرقة والحراة ، والذي كان يتضمن نصاً يتفق مع احكام الشريعة الإسلامية ، الا وهو اعتبار العدول (التراجع) عن الاعتراف دافعا للحد عن السارق او المحارب ، وكل ذلك أذي الي نتيجة شاذة وغريبة تشمل في مجافاة احكام الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر المباشر لهذا القانون .

كما نجده قد وقع في محذور آخر، عندما أتبع نظاماً أشد في إثبات جنحة القذف عنه في جنايات السرقة والحراة والزنا ، وهذا السلوك يعتبر من مظاهر عدم التناسب بين شدة العقوبة ووسائل الإثبات ، وهو ما أوصلنا الي سلوك لا يمكن القبول به ، لا نه وبكل بساطة لا يتفق مع فلسفة الحدوج ونظام الإثبات .

وعلي ذلك فإن الدعوة موجهة الي المشرع الليبي لإعادة النظر في سياسته المتعلقة برسم أحكام الإثبات بصورة شموليه ، وبما يحقق التكامل بين الشريعة الإسلامية وقانون العقوبات ، مع مراعاة الملاحظات التالية :-

¹ - لزيادة الإيضاح ولمعرفة آراء الفقهاء بشأن الرجوع عن الإقرار ، راجع الدكتور / عبدالقادر عودة ، المرجع السابق ، 339 ، 340 .

أولاً:- تناسب الأدلة مع جسامة العقوبات المقررة لجرائم الحدود
ثانياً:- عدم أهمال القاعدة الفقهية التي تنص علي ضرورة (درء الحدود بالشبهات) ، باعتبار ان العدول
عن الاعتراف شبهه داراه للحد عن العادل في اعترافه.
ثالثاً:- عدم الاعتداد بالوسائل العلمية ، كوسيلة من وسائل الإثبات بشكل مطلق ، والركون اليها
وحدها علي اعتبار ان نتائجها ليست قطعية ، فضلاً عن ان بعضها غير مشروع .

هذا والله أعلم ، والله ولي التوفيق

قائمة المراجع

القرآن الكريم .

اولا / كتب الشريعة الإسلامية:-

بدائع الصانع في ترتيب الشرائع : لعلاء الدين الكاسائي ، الجزء الاول ، بدون تاريخ نشر ، الطبعة الأولى ، مطبعة الجمالية .

المغني علي مختصر الخرقى : لمحمد عبدالله بن قدامة ، الطبعة الاولى ، الجزء الاول ، بدون تاريخ نشر ، مطبعة المنار .

اسنى المطالب شرح روض الطالب : لأبي يحيى زكريا الأنصاري، الطبعة الاولى ، الجزء الرابع ، بدون تاريخ نشر ، المطبعة الميمنيه .

شرح الزرقاني علي مختصر خليل ، : الجزء 7 ، بدون تاريخ نشر ، مطبعة محمد أفندي مصطفى .
شرح فتح القدير : لأبن همام مع " تكملة نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار علي الهداية ، الجزء الرابع. بدون تاريخ نشر ، المطبعة الأميرية .

مواهب الجليل شرح مختصر خليل : للخطاب ، الجزء السادس ، مطبعة السعادة ، بدون تاريخ نشر .

ثانيا / كتب قانون

احمد فتحي بهنسي ، السياسة الجنائية في الشريعة الاسلامية ، الطبعة الاولى ، دار الشروق القاهر ، بدون تاريخ نشر.

عبدالرحمن محمد ابو توتة ، تطبيق حد السرقة للحد من الجريمة ، بحث مقدم الي المؤتمر الدولي المشترك حول ابحاث الوقاية من الجريمة ، المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب ، السعودية _ الرياض _ بحث غير منشور .

عبد السلام الشريف العالم ، التشريع الجنائي الاسلامي ، 1996م ، دار الجماهيرية للنشر والتوزيع والاعلان .

عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الاسلامي مقارنا بالقانون الجنائي ، الجزء الاول ، 2009 ، م دار الحديث القاهرة .

علي علي منصور ، نظام التجريم والعقاب في الإسلام ، مقارنا بالقوانين الوضعية ، الطبعة الأولى ، 1976 ، م مؤسسة الزهراء للإيمان والحسن بالمدينة المنورة.

عوض محمد عوض ، قانون الإجراءات الجنائية الليبي ، الطبعة الاولى ، 1977م ، مكتبة قورينا للنشر والتوزيع والاعلان - بنغازي .

محمد ابو زهرة ، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي ، دار الفكر العربي ، 1974 م ، القاهرة .

محمد سليم العوا ، في اصول النظام الجنائي الاسلامي ، دار المعارف – 1979 م ، القاهرة .
 مراد الرعوي ، أحكام جريمة السرقة ، المنشأة العامة للنشر والتوزيع والإعلام ، طرابلس ليبيا ، الطبعة الأولى ، 1985 م .

مفتاح محمود اجبارة ، اجراء التفتيش وضماناته في القانون الليبي ، رسالة ماجستير ، 2001 م ، القاهرة.

موسى مسعود ارحومة ، قبول الدليل العلمي أمام القضاء الجنائي، (دراسة مقارنة) 1999 م ، منشورات جامعة قاريونس ، بنغازي ، الطبعة الاولى.

المراجع التشريعية والقضائية.

قانون العقوبات الليبي والقوانين المكمله له .

مجلة المحكمة العليا الليبية .

الحماية القانونية والقضائية لحقوق الإنسان في ليبيا

ناصر فرج الغيط

محاضر / جامعة الزيتونة

مُتَكَمِّمًا

لم تعد مسألة احترام الدول لحقوق مواطنيها والأفراد القاطنين على أراضيها مسألة داخلية تستأثر الدول بالاختصاص الجامع المانع حيالها. فوفقا لمبدأ السيادة 001لحديث، والقائم على السيادة المحدودة، يتعين على الدولة أن تحترم قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان والتي أصبحت راسخة ليس فقط بحكم انضمام أغلب الدول للمواثيق والمعاهدات الخاصة بحقوق الإنسان بل أيضا بحكم أن حقوق الإنسان أضحت عرفا دوليا ملزما لجميع أعضاء المجموعة الدولية جعل من انتهاك الحكومات لحقوق الإنسان محل متابعة من المجتمع الدولي ومؤسساته المختلفة و أساسا تقوم عليه المسؤولية الدولية إذا ما تبث انتهاك الدولة لحقوق الإنسان.

هذا التطور التشريعي وأكبه انشاء مؤسسات دولية تراقب سلوك الدول تجاه مواطنيها و مدى احترامها لالتزاماتها الدولية في مجال حقوق الإنسان. هذه المؤسسات تعددت بحيث تشكلت هيئات داخل نظام الأمم المتحدة كمجلس حقوق الإنسان التابع للأمم المتحدة و كذلك عديد الهيئات واللجان المنشئة وفقا للمعاهدات النوعية لحقوق الإنسان أو ما يعرف بآليات المعاهدات الدولية ومثالها لجنة حقوق الإنسان المنبثقة عن العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية وغيرها. هذا بالإضافة إلى المعاهدات الدولية على الصعيد الإقليمي والتي بدورها أنشئت آليات مراقبة خاصة بها تنوعت من إنشاء محاكم لحقوق الإنسان أو الاكتفاء بلجان لحقوق الإنسان.

هذا التطور على الصعيد الدولي والإقليمي يظل محدود الأثر والفعالية إذا لم يواكبه إرادة سياسية على المستوى الوطني وخطوات فعلية تجعل من احترام حقوق الإنسان التزاما قانونيا وطنيا للدول والحكومات تجاه الأفراد مواطنين وأجانب. بل أن الكثير من النقاد يعززون تطور حقوق الإنسان في الدول الغربية إلى وجود الالتزام القانوني و السياسي الداخلي قبل الدولي باحترام حقوق الإنسان وأن نجاح النظام الأوروبي ومحكمته الأوروبية يعود بالدرجة الأولى إلى الرغبة الوطنية أولا ووجود الأرضية القانونية والمؤسسية على الصعيد الوطني والتي سمحت باحترام أحكام المحكمة الأوروبية ووضعها موضع التنفيذ.

هذه الورقة تستهدف النظر في حالة حقوق الإنسان في ليبيا منذ الاستقلال وحتى وقتنا الحاضر وتبيان مدى تأثير حالة حقوق الإنسان سلبا وإيجابا بتغير النظام الساسي والدستوري في البلاد. كذلك فإن الورقة تهدف إلى التحقق من توافر الأساس القانوني و الدستوري اللازم لحماية حقوق الإنسان وكذلك تقييم دور القضاء الليبي ومدى قدرته على التصدي لقضايا انتهاكات حقوق الإنسان وقدرته على إنصاف ضحايا الانتهاكات. هذا التقييم يأمل أن ينتهي إلى عدد من التوصيات التي من شأنها الدفع في سبيل إنشاء نظام حماية أكثر فاعلية في مجال حقوق الأفراد وحرياتهم المدنية والسياسية، ولكن قبل هذا ستستعرض الورقة وبشكل مقتضب تطور الاهتمام الدولي بحقوق الإنسان على صعيد التقنين وكذلك

على سعيد المتابعة و التنفيذ.

المبحث الأول

حقوق الإنسان مابعد ميثاق الأمم المتحدة وتعدد آليات الحماية الدولية و الوطنية

المطلب الاول

الآليات الدولية والإقليمية لحماية حقوق الإنسان

أرسى ميثاق الأمم المتحدة القواعد الجديدة لحماية حقوق الإنسان فقد احتوى الميثاق ثلاث مواد تتعلق بحقوق الإنسان. هذه المواد تشير إلى أن أحد أهداف الأمم المتحدة هو تعزيز احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للجميع دون تمييز على أساس العرق أو الجنس أو اللغة أو الدين.¹ بعد إنشاء الأمم المتحدة ازداد الإهتمام الدولي بموضوع حقوق الإنسان وبدأ يأخذ طابعا منظماً. هذا الإهتمام ظهر جلياً باعتماد معاهدين دوليتين تعنيان بحقوق الإنسان وهما: العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الصادران في عام 1966.² معاهدة مناهضة جميع أشكال التمييز ضد المرأة التي دخلت مرحلة النفاذ عام 1980،³ إتفاقية مكافحة التعذيب 1987.⁴ إتفاقية حقوق الطفل 1989.⁵ هذه الاتفاقيات لم تكتف بالنص على مجموع الحقوق والحريات العامة بل تعدت إلى إنشاء آلية لضمان التحقق من التزام الدول الموقعة والمنظمة باحترام وتفعيل هذه الحقوق. هذه المعاهدات أنشأت لجانا متخصصة تعنى بفحص التقارير الدورية التي يتعين على الدول الأعضاء إرسالها وتبيان مواقع الخلل والقصور فيها. بعض هذه المعاهدات نص على آلية متقدمة تمكن المواطنين والأفراد المقيمين على أراضي الدول الأعضاء من تقديم شكاوى مباشرة إلى اللجان المنشأة وفقاً لأحكام هذه المعاهدات في نظام شبه قضائي يتمكن من خلاله الأفراد من مخاطبة سلطات بلادهم أمام جسم دولي محايد.

تتأثر حقوق الإنسان اكتسب زخماً آخر بابتداع النظم والآليات الإقليمية لحماية ومراقبة احترام الإنسان على المستوى القاري. المعاهدة الأوروبية لحقوق الإنسان مثال واضح على نجاح هذه الآليات بإنشائها

¹ ميثاق الأمم المتحدة تم التوقيع 1945/06/26 ودخل حيز التنفيذ 1945/10/24

² International Covenant on Civil and Political Rights, adopted 16 Dec. 1966, 999 U.N.T.S. 171 (entered into force 23 Mar. 1976), G.A. Res. 2200 (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16) at 52, U.N. Doc. A/6316 (1966); International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, adopted 16 Dec. 1966, 993 U.N.T.S. 3 (entered into force 3 Jan. 1976), G.A. Res. 2200 (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16) at 49, U.N. Doc. A/6316 (1966).

³ Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, New York, 18 December 1979 entry into force 3 September 1981 UN Treaty series vol. 1249, p. 13

⁴ Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or degrading treatments or punishments, New York, 10 December 1984. Entry into force 26 June 1987. United Nations treaty series, vol 1465. p. 85

⁵ Convention on the rights of the child, New York, 20 November 1989. Entry into force 2 September 1990. United Nations treaty series, vol 1577. p. 3

لمحكمة دولية لحقوق الإنسان هي المحكمة الأوروبية في ستراسبورغ والتي يمكن للأفراد اللجوء إليها ورفع شكاويهم إليها ضد حكوماتهم في حال انتهاك حقوقهم وعجز السلطات والمحاكم المحلية عن إنصافهم. ولعله من الجدير بالذكر القول أن فقه هذه المحكمة و المبادئ التي أنتجتها على مدى نصف قرن أسهمت وبشكل رئيس في تطور مفهوم حقوق الإنسان و اعتباره الفرع الأكثر نمواً وتطوراً من فروع القانون الدولي.¹ الأنظمة الإقليمية الأخرى كذلك تعد أحد الركائز الأساسية في مجال حماية حقوق الإنسان وهما النظام الأمريكي لحقوق الإنسان ومحكمته الإقليمية وكذلك النظام الإفريقي المنشأ بموجب الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب ومحكمته الوليدة لحقوق الإنسان والتي يتطلع الجميع إلى أن تؤدي دورها المأمول في تعزيز حقوق المواطن في قارة تعج بالانتهاكات الصارخة لحقوق الإنسان. مآشرنا إليه آنفاً من آليات دولية وإقليمية في مجال حماية حقوق الإنسان يظل محدود الأثر والفعالية إذا ما قارناه بالأنظمة الوطنية والمحلية في هذا المجال. لعل حقيقة أن ضحايا انتهاكات حقوق الإنسان يحتاجون إلى رد سريع وفعال لوقف الانتهاك و جبر الضرر يجعل من الأنظمة الوطنية - بكونها القريبة من مصدر الانتهاك - يجعلها الضامن الأساسي لاحترام حقوق الإنسان. لهذه الأسباب تحرص المعاهدات الدولية و الإقليمية الخاصة بحقوق الإنسان على النص على مسؤولية الدول الموقعة بجعل الحقوق المنصوص عليها في المعاهدة في متناول الأفراد و اعتبارها جزءاً من القانون الداخلي ليتسنى للأفراد التمتع بها و كذلك ليتمكن القاضي الوطني من تطبيقها وإنزالها على وقائع الانتهاكات وهذا هو موضوع المبحث الثاني لهذه الورقة.

المطاب الثاني:

الآليات الوطنية الضامن الأول لاحترام حقوق الإنسان

إن النظام الوطني المنشود والذي يضمن أقصى درجات الحماية للأفراد ضد الانتهاكات وتعسف السلطات الوطنية يجب أن يتوافر على عناصر عديدة حتى يتمكن من الوفاء بالتزاماته القانونية والأخلاقية تجاه مواطنيه وكذلك تجاه المجموعة الدولية باعتبار أن احترام حقوق الإنسان للمواطنين لم يعد شأنًا خاصاً بالدولة الوطنية بل شأنًا دوليًا يشكل الإخلال بالتزاماته أساساً لقيام المسؤولية الدولية. هذا النظام الوطني المنشود يجب أن يتوافر على أقوى النصوص القانونية الخاصة بتبيان حقوق الأفراد و حرياتهم الأساسية ويكون ذلك بالإعتراف الدستوري بحقوق الإنسان أو التأسيس الدستوري لحقوق الإنسان. إن النص على حقوق الإنسان في أعلى وثيقة قانونية وطنية كالدستور يعد بلا شك الضمانة الأولى والأساسية لإنشاء دولة القانون التي تحمي حقوق الأفراد وتضمن كرامتهم ولقد درجت الدول على

¹ Keller, Hellen & Sweet, Stone, *A Europe of Rights: the impact of the ECHR on National Legal Systems* (2008 1st ed) Oxford University Press

إفراد فصل خاص في دساتيرها يعني بتعداد الحقوق الأساسية والتزام الدولة باحترامها و ضمان تمتع الأفراد بها.

إن التأصيل الدستوري لحقوق الإنسان له ميزاته الواضحة والمتمثلة في كون الدستور يقف على هرم التراتبية القانونية بمايرتب معه من لجم السلطتين التشريعية والتنفيذية عن إصدار ما يخالف الدستور من قوانين وقرارات, ولما كانت الحقوق والحريات العامة جزءا من الدستور فإنه بذلك يشكل ضمانا ضد تدخل السلطتين المذكورتين و منعهما من إصدار ما يقيد أو يلغى حقوق الأفراد. إن النص الدستوري على حقوق الإنسان يملك القضاء أيضا من التصدي لأي انتهاك محتمل لهذه الحقوق خاصة في الدول التي تبني نظام المراجعة القانونية للتشريعات وتمكن من الطعن عليها بعدم الدستورية. ولقد أظهر هذا النظام فعاليته في كثير من الدول من خلال قدرته على تقييد السلطة التشريعية خاصة ودفع بعدد من القوانين التعسفية إلى حيز الإلغاء بعد الطعن عليها بعدم الدستورية لتعارضها مع الحقوق الأساسية المكفولة بموجب الدستور. هذا النص الدستوري أساسي ولكنه لا يكفي لضمان الاحترام الكامل للحقوق والحريات بل لابد له من حزمة تشريعية متكاملة من القوانين العادية التي تهدف إلى ضمان أكبر قدر من الاحترام لحقوق الأفراد. فعلى الصعيد العقابي ينبغي تجريم ومعاينة انتهاكات حقوق الإنسان ولاسيما إذا وقعت من قبل الموظّفين العموميين والمعنيين بحفظ الأمن وإنفاذ القوانين كالجهاز الضبطية والشرطية و والقضائية.

إلى جانب هذا الشق التشريعي النظري فإن جانباً آخر مهم يجب أن يكون متوافراً وإلا لأضحت كل النصوص الدستورية والقانونية الخاصة باحترام حقوق الإنسان حبرا على ورق. هذا الجانب الذي يضع هذه النصوص موضع التنفيذ ويعطيها بعدا واقعيا ملموسا وهو القضاء المستقل. إن القضاء العادل المستقل هو حامي الحريات و ملاذ الأفراد ضد تغول السلطة التنفيذية إليه يهرعون بعرائضهم و طلباتهم وهو الذي ينصفهم و يرفع عنهم الحيف و الانتهاك. ونظرا لأهمية هذه الضمانة حرصت الدول المتقدمة على إنشاء نظام قضائي فعّال و مستقل وبعيد عن تأثير وتحكّم السلطة التنفيذية.

إن قيام هذين الركنين الأساسيين وهما الركن التشريعي والذي ينص ويبيّن صراحة حقوق الأفراد وحرياتهم و ركن القضاء المستقل يعد الأساس المتين لقيام دولة القانون و حقوق الإنسان وفي المبحث اللاحق سنحاول إسقاط ماسبق ذكره على الحالة الليبية حيث يستعرض الباحث مسيرة حقوق الإنسان في ليبيا و الخطوات التي اتخذت في هذا السياق وبيان مواضع القوة والخلل التي تعترى الجهود الوطنية بالخصوص وصولا إلى تفحص مجهودات القضاء الليبي في حماية حقوق الإنسان و إنصاف ضحايا الانتهاكات, وسترکز الورقة على تتبع أحكام المحكمة العليا بوصفها المحكمة الدستورية في البلاد وباعتبار أن أحكامها والمبادئ التي ترسيها ملزمة لجميع السلطات والهيئات في ليبيا.

المبحث الثاني:

حماية حقوق الإنسان في ليبيا بين النظرية والتطبيق المطلب الأول:

التغيرات السياسية وأثرها على أوضاع حقوق الإنسان

1- حقوق الانسان في ظل النظام الملكي

يعد دستور المملكة الليبية الذي وضع عام 1951 الأساس لقيام دولة الإستقلال من أكثر الدساتير تقدمية في تلك الفترة من الزمن وتكفي الإشارة إلى أنه صدر بعد سنتين من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وسنة واحدة من المعاهدة الأوربية لحقوق الإنسان إلا أنه تميز عنهما بالنص على الحقوق الاقتصادية والاجتماعية إلى جانب الحقوق التقليدية المدنية والسياسية. إن دستور عام 1951 كان دستوراً أنشأ دولة من عدم فبفضله برزت ليبيا دولة موحدة مستقلة بعد قرون من الحكم والاحتلال الاجنبي. إن من ميزات ذلك الدستور انه نص على جل الحقوق المتعارف عليها بل و تعداها إلى الاعتراف بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية. فبالإضافة إلى ضمان الحق في الحياة والحرية و الحق في المحاكمة العادلة وحق التعبير أشار الدستور إلى مسؤولية الدولة بالعمل على توفير فرصة التعليم والصحة و العمل،¹ كذلك يلاحظ انه وعلى الرغم من اعتماد الملكية كنظام للحكم و إسناد سلطات واسعة للملك إلا أن الدستور أرسى دعائم الفصل بين السلطات بإعطاء صلاحية التشريع لمجلس النواب والشيوخ وأسند السلطة التنفيذية لحكومة مسؤولة أمام السلطة التشريعية والملك. الدستور أيضاً أنشأ نظاماً قضائياً على رأسه محكمة عليا جري تنظيمه بموجب قانون لاحق.

والمتتبع لواقع حقوق الانسان خلال فترة الملكية يلاحظ أن البلاد شهدت نوعاً من الحراك السياسي بظهور أحزاب مستقلة وصحافة تابعة لها لا تعكس بالضرورة رأي القصر والحكومة. كذلك يحسب لتلك الفترة خلوها من الانتهاكات الجسيمة والمنظمة لحقوق الإنسان. فلم تعرف البلاد قمعا شديدا للمعارضة أو نظام سجون يزج فيه بالمئات من أبناء الشعب في غياهب السجون. كذلك كان للقضاء دور أساسي في إرساء دعائم استقلاله و حياديته فالمحكمة العليا في أحكام عديدة لها ألغت عددا من القوانين التي تخالف حقوق الانسان ولعل أبرز هذه الأحكام وأشجعها تلك التي تصدت فيها المحكمة اعليا للنظر في شرعية مرسوم ملكي في امتحان حقيقي لاستقلال السلطة القضائية في مواجهة السلطة التنفيذية. والمحكمة في ذلك الحكم الجريء انتهت إلى إلغاء المرسوم الملكي بحل المجلس التشريعي لولاية طرابلس ما عدّ سابقة جريئة لقضاء عربي امام السلطة التنفيذية.

إلا أنه من الجدير بالذكر أن الحالة العامة لم تكن مشرقة دائماً وخالية مما يكدرها، فبعد إجراء انتخابات برلمانية على أساس حزبي تمّ حظر الاحزاب ولم يسمح لها ان تخوض اي انتخابات لاحقة بل ان بعض

المادة 28 من دستور 1951 ضمنت الحق في التعليم وجعلته الزامياً. المادة 31 نصت على الحق في العمل و الحد الأدنى للأجور. ¹

الكتاب وصف سطوة النظام الملكي وتدخله في الحياة العامة بان ليبيا كانت بلدا تدار شؤونه من داخل القصر وحسب.¹

2- حقوق الانسان في عهد القذافي

في سبتمبر من عام 1969 استيقت البلاء على حقيقة أن مجموعة من الضباط الصغار قد قاموا بانقلاب عسكري ناجح أقصى الملك عن عرشه وأعلن البلاد جمهورية. مهّد النظام الجديد لحكمه بإصدار إعلان دستوري مقتضب ركّز السلطات التشريعية والتنفيذية في يد مجلس قيادة الثورة ولكنه نص أيضا على عدد من الحقوق والحريات العامة للأفراد.

هذا الإعلان الدستوري لم يدم طويلا إذ شهدت البلاد إنشاء نظام جديد أطلق عليه نظام سلطة الشعب بموجب وثيقة صادرة عن مؤتمر الشعب العام تنازل فيها مجلس قيادة الثورة عن جميع سلطاته وصلاحياته لصالح نظام يقوم على المؤتمرات الشعبية الأساسية التي تشترع القوانين واللجان الشعبية التي تنفذها. وبعيدا عن التسميات والشعارات التي تبناها النظام السياسي إبان حكم القذافي فإنه يمكن تلخيص الحالة العامة لحقوق الإنسان فيما يلي:

نظرا لكون النظام السابق نظاما سياسيا شموليا يقوم على فكرة ان السبيل الوحيد لممارسة العمل السياسي يكون من خلال المؤتمرات الشعبية فقد تم حظر أي نشاط سياسي خارج هذا الإطار وبناء عليه تم تجريم تشكيل الأحزاب السياسية الأمر الذي يعد تقييدا صريحا للحقوق السياسية وللحق في التعبير.² كذلك أصبحت الصحف الرسمية هي الصحف المسموح لها بالتداول ومنع إصدار الصحف المستقلة.³ وعلى الصعيد الاقتصادي ونظرا لتبني النظام في سنوات حكمه الأولى للنظام الاشتراكي فقد صودرت الكثير من الملكيات الفردية ومنعت التجارة.⁴ هذا التقييد استدعى قبضة أمنية شديدة لضمان تنفيذ التحولات السياسية والاجتماعية المنشودة ومااستتبع ذلك من اعتقال عدد كبير من المعارضين وإجراء المحاكمات الصورية والسريعة.

ولعل من يتساءل عن أسباب حصول هذه الانتهاكات على نطاق واسع وعن قدرة النظام على تنفيذ الانتهاكات دون رقابة أو محاسبة والإجابة على هذا التساؤل تتلخص في أن البلاد ومنذ عام 1977 والبلاد تفتقر إلى وثيقة دستورية مرجعية تحدد السلطات وحدود كل سلطة أو تنص على الحقوق الأساسية والحريات العامة للأفراد. هذا الفراغ الدستوري مكّن النظام من إصدار عدد من التشريعات التي تعارض وتنتهك صراحة حقوق الأفراد. هذا بالإضافة إلى تقييد صلاحيات السلطة القضائية عن طريق

¹ Ronald Bruce, Libya from colony to independence, (2008 One World Publication) pp 132

المادة 3 من القانون رقم 17 لسنة 1972 الخاص بتجريم الحزبية والمنشور في الجريدة الرسمية رقم 29 لسنة 1972 بتاريخ يوليو

1972

للمزيد راجع تقرير منظمة مراسلون بلا حدود، حرية الصحافة في العالم لعام 2008 متوفر على الرابط التالي

www.rsrf.org

⁴ قانون رقم 04 لسنة 1978

حرمان المحكمة العليا من سلطتها في النظر في دستورية القوانين.¹ هذه العوامل علّها ساعدت النظام في إصدار قوانين تقيّد وتصادر حقوق الأفراد .

إلا أنه وبعد سنوات من العزلة الدولية و العقوبات الاممية التي أعقبت اتهام ليبيا بحادثة لوكربي شهدت البلاد نوعاً من الانفتاح على العالم و كان لزاماً أن يصاحب ذلك تحسن لأوضاع حقوق الانسان في الداخل تلافياً للانتقادات المتكررة لسجل البلاد في هذا المجال. وكان إصدار وثيقة وطنية لحقوق الإنسان شيئاً منطقياً وتلاه عدد من القوانين التي تنص على حريات الأفراد ومنها قانون تعزيز الحرية. هذا بالإضافة الى إلغاء محكمة الشعب الأداة القضائية الاستثنائية التي أنشأها النظام لمحاكمة خصومه السياسيين. هذا السلوك التشريعي صاحبه خطوات عملية تمثلت في الإفراج عن كثير من السجناء السياسيين و السماح للكثير منهم بالسفر خارج البلاد بعد منعهم سنوات عديدة. لم يقف الأمر عند هذا الحد فبعد بروز نجم نجل القذافي سيف الاسلام الذي أخذ على عاتقه تحسين صورة البلاد خارجياً فقد أنشأت مؤسسة القذافي للأعمال الخيرية والتي ضمت عدداً من الجمعيات التي تعني بالجانب الإنساني وكان منها جمعية حقوق الانسان التي تولّت النظر في كثير من الحالات الفردية التي تعرضت للانتهاك والظلم وأفلحت في تسوية كثير من الملفات و تأمين الافراج والتعويض لكثير من الأفراد والاسر.²

هذا السياق توج بإصدار عدد من المعاهدات الرئيسية لحقوق الانسان في الجريدة الرسمية لتكتمل اجراءات تفعيلها محلياً وتصبح قانوناً وطنياً يلزم القاضي بتطبيقه وإنزاله على الوقائع المعروضة أمامه.³ وقد تبنت المؤسسة إصدار دستور أو قانون أساسي يحدّد شكل البلاد ونظام الحكم فيها و ينص على الحقوق الأساسية للأفراد وكان ان انتهت من اعداد مسودة سمي بالميثاق الاجتماعي لليبيا إلا أن هذه المسودة لم يكتب لها أن تخرج للعلن أو أن ترى النور.

3- حقوق الإنسان في ليبيا ما بعد القذافي

لم تكن ليبيا بمنأى عن رياح التغيير التي شهدت دول عربية عديدة فيما يعرف بالربيع العربي، فبعد سقوط نظام زين العابدين في تونس وحسني مبارك في مصر التحق نظام القذافي بركبهما بعد أشهر من العنف الداخلي و التدخل الاجني. وقبل أشهر من سقوط النظام السابق أصدر المجلس الانتقالي الليبي إعلاناً دستورياً حدّد فيه خطة الطريق التي ستصل بليبيا إلى الوضع الدستوري الدائم وأكد فيه التزامه بمبادئ الديمقراطية وحقوق الإنسان وإنشاء دولة القانون. وكان الإعلان الدستوري أداته للإفصاح عن

¹ القانون رقم 1982/16 بشأن إعادة تنظيم المحكمة العليا و الذي حرمت فيه المحكمة العليا من النظر في دستورية القوانين.

² These developments were acknowledged by human rights organization and for example see "reforms welcomes, but concerns remain" human rights watch release, May 2005 available at www.hrw.org/en/news/2005/05/22/libya-reforms-welcome-concerns-remain

المعاهدات التي تم اصدارها في الجريدة الرسمية شملت العهدين الدوليين لحقوق السياسية والاقتصادية و معاهدة مكافحة التمييز ضد المرأة.³

كل هذه الأهداف والتوجهات استجابة لمطالب شعبية صادقة و تطمينا لكثير من الدول التي دعمت وناصرت التغيير السياسي. وقد نص الإعلان الدستوري على عدد من الحقوق الأساسية المدنية والسياسية كالحق في الحرية والحق في الحياة و حرية التعبير والمعتقد. هذا الالتزام الأدبي والقانوني تبعه عدد من الخطوات الإيجابية التي عكست رغبة النظام الجديد في إرساء دعائم نظام يحترم الحقوق والحريات, فتم إنشاء المجلس الوطني للحريات العامة وحقوق الإنسان الذي يعني بنشر ثقافة حقوق الإنسان و تقديم النصح لأجهزة الدولة فيما يتعلق بحماية حقوق الإنسان وإعداد التقارير التي تعكس حالة حقوق الإنسان في البلاد وكذلك صدرت بعض التعديلات على نظام القضاء من أجل إعطاء ضمانات أكثر للقضاء و تحقيقا لقدر أكبر من الإستقلالية والحيادية للقضاء.

إلا أن الأحداث اللاحقة لسقوط نظام القذافي لم تكن صورة وريدية كما حلم الكثير من الليبيين وتضافرت عوامل عديدة لعل أبرزها ضعف سلطة الدولة الرسمية وتغول المجموعات المسلحة ذات التوجهات الأيدلوجية والحزبية وسعيها لفرض أجندتها على السلطات التشريعية والتنفيذية بل والقضائية والتي جعلت الأخيرة عاجزة عن البث في دستورية قانون العزل السياسي خشية من انتقام المجموعات المسلحة.¹ هذا الوضع المتردي انعكس سلبا على حالة حقوق الإنسان في البلاد من الناحيتين التشريعية و الفعلية. فنظرا لسطوة هذه المجموعات التي تدعي أفضلية خاصة بوصفها المحرك للثورة ضد نظام القذافي والمسؤولة عن إنجاح التغيير فنصبّت نفسها وصيا على الشعب الليبي و مؤسساته التي انتخبها. هذا الأمر أدى إلى تمرير قوانين مجحفة تنافي قواعد العدالة وحقوق الإنسان ولعل أبرزها قانون العزل السياسي والذي أقصى عددا واسعا من الليبيين الذين لم يقرّفوا جرائم يعاقب عليها القانون وإنما مجرد كونهم تدرجوا في وظائفهم الادارية في ظل نظام حكم البلاد أربعة عقود ونيف و صدرت قوانين تعطي حصانة لمن أسهم في إسقاط النظام السابق وإعفائه من أية ملاحقة قضائية ولو كان متهما بارتكابه لجرائم وفضائع كبيرة.²

أما الجانب الواقعي فالصورة ليست بأحسن حالا و كنتيجة طبيعية لضعف سيطرة الدولة و غياب الرقابة القضائية ارتفع عدد المعتقلين في سجون ومعتقلات خارج سلطة الدولة ليصل إلى أكثر من سبعة آلاف معتقل دون محاكمة او إجراء قضائي.³ هذا بالإضافة إلى انتشار التعذيب و القتل خارج سلطة القانون والتهجير القسري لقرى ومدن بأسرها مثل تاورغاء والعوينية وغيرها. وطالت الانتهاكات الصحافيين

Libya.” *Middle East/North Africa Report* 140, 17 April 2013. Brussels.

² قانون رقم 13 لسنة 2013 في شأن العزل السياسي والإداري

³ Human Rights Watch available at www.hrw.org/news/2012/07/06/libya-ensure-due-process-detained-ex-prime-minister.

والاعلاميين في محاولة لاسكات صوتهم با وشهدت البلاد موجة من الاغتيالات السياسية لعدد من النشطاء والحقوقيين.

المطلب الثاني:

حقوق الإنسان أمام القضاء الليبي.

في هذا المطلب نحاول تقييم عمل السلطة القضائية ودورها في حماية حقوق الإنسان خلال العهود السياسية المختلفة التي شهدتها البلاد منذ استقلالها. هذا التقييم إنما يهدف إلى إبراز الصورة الحقيقية و الجهودات الفعلية التي تقوم بها المحاكم في ليبيا و درءاً للأحكام المسبقة التي تعطي صورة غير دقيقة عن أوضاع حقوق الانسان ودور القضاء في حمايتها. والباحث إنما يريد ان يظهر ومن خلال أحكام وسوابق قضائية أن ثمة جهودات حقيقية بذلت طوال العقود الماضية لتمكين الأفراد من الوصول إلى حقوقهم و ان القضاء كان قادراً ولو بشكل محدود على إنصاف البعض وإرساء سوابق قضائية تقول ان حقوق الانسان يمكن حمايتها و تفعيلها قضائياً. وسوف استعرض هذه المحاولات والسوابق القضائية تبعا لنوع الحق موضوع الحماية.

1- الحق في التقاضي والإنصاف

هذا الحق منصوص عليه في أغلب المواثيق الدولية و الاقليمية لحقوق الإنسان ولايكاد يخلو دستور أي دولة من النص عليه.¹ وهذا الحق الطبيعي إنما يضمن ان من انتهكت حقوقه ان يلجأ إلى القضاء لدراء الظلم عنه والمطالبة بالإنصاف وجبر الضرر. وقد أتيح للقضاء الليبي الفرصة في أكثر من مناسبة أن يفصل في وجود هذا الحق و كونه حقاً دستوريا غير قابل للتقييد والإنكار حتى في ظل غياب نص دستوري بالخصوص. ولعل هذا الحق كان من أوائل الطعون الدستورية التي تنظرها المحكمة العليا وكان متعلقاً بقرار تأديبي صادر من الجامعة الليبية ضد أحد الطلاب وحيث ان قانون الجامعة يحظر الطعن في قرارات المجالس التأديبية بأي شكل وأمام أي جهة فقد طعن المعني بعدم دستورية هذه المادة لكونها تتعارض والحق في التقاضي والحق في الإنصاف. المحكمة العليا أصدرت حكمها في الطعن رقم 19/1 ق بالغاء المادة 65 من القانون رقم 20 لسنة 1968 التي تنص على " لايجوز الطعن بالإلغاء أو قف التنفيذ أمام أي هيئة قضائية في القرارات أو الأوامر الصادرة من الهيئات الجامعية في شؤون طلابها" على اعتبار ان نص المادة يتعارض مع الحق الدستوري في التقاضي و المساواة أمام القانون.²

المحكمة العليا أكدت مرة أخرى على دستورية الحق في التقاضي وأنه حق غير قابل للمصادرة والتقييد، ففي الطعن الدستوري رقم 55/2 ق طعن أحد رجال الهيئات القضائية بعدم دستورية المادة السادسة من القانون رقم 2006/6 بشأن نظام القضاء والتي نصت على ان قرارات المجلس الاعلى للهيئات

المادة 31 من الاعلان الدستوري الصادر عن المجلس الانتقالي عام 2011 نصت على ان لكل مواطن الحق في اللجوء للقضاء وفقاً

للقانون.¹

طعن دستوري رقم 19/1 ق جلسة 1972/10/28²

القضائية فيما يتعلق بشؤون أعضاء الهيئات القضائية الوظيفية نهائية ولا يجوز الطعن فيها بأي طريق أمام أي جهة. وكان النعي على هذه المادة انها تخالف المبادئ الدستورية الواردة في الوثيقة الخضراء لحقوق الإنسان وقانون تعزيز الحرية والمحكمة تقول في هذا الصدد " وحيث ان ما ينعاه الطاعن بعدم دستورية المادة السادسة من القانون رقم 2006/6 بشأن نظام القضاء والتي نصت على ان قرارات المجلس الأعلى نهائية ولا يجوز الطعن فيها بأي طريق أمام أي جهة, فإن هذا النعي سديد, ذلك أن قضاء هذه المحكمة قد جرى على انه وإن كان الأصل في القرارات الإدارية المشروعية الصحة ويجب أن تستند رقابة القضاء عليها بالإلغاء إلى نص صريح في القانون فلا تلغى إلا بتصريح من المشرع, إلا ان هذه الرقابة لا يجوز تقييدها أو الحد منها إذا تعلّق الأمر بالحقوق الأساسية والحريات العامة المكفولة في الدستور, فإذا ما صدر قانون متضمنا نصا مانعا من اللجوء إلى القضاء صاحب الولاية العامة يصح أن يكون محل نظر القضاء الدستوري الذي له أن ييسر رقابته على كل قانون يتضمن هذا القيد لكي يقدّر ما إذا كانت هناك ضرورة معينة أو ظروف استثنائية أو مصالح عليا أو اعتبارات تتعلق بالأمن والنظام العام تسمح بإسباغ الحصانة على مثل هذه القرارات الإدارية القابلة بطبيعتها للإلغاء والتي تمس حقا أصيلا مقررا في الدستور ومهمة القضاء الدستوري في هذا المقام أن يزن كل قانون بظروفه واعتباراته فإذا تبين للقضاء وهو يمارس الرقابة الدستورية جدية الأسباب التي تبرر التقييد من الطعن أو حصانة القرارات الإدارية كان القانون الذي تستند إليه بمنجاة من أي طعن وإذا لم تكن هناك جدية تبرر هذا التقييد كان هذا القانون محلا للطعن بعدم الدستورية. وحيث ان وثيقة حقوق الإنسان الخضراء تنص في المادة 26 على ان لكل فرد اللجوء إلى القضاء لإنصافه من أي مساس بحقوقه وحرياته الواردة فيها وكما ردد القانون رقم 1991/20 بشأن تعزيز الحرية هذا المبدأ في مادته الثلاثين منه والتي جاء فيها أن لكل شخص الحق في الإلتجاء إلى القضاء وفقا للقانون وتؤمن له المحكمة كافة الضمانات اللازمة, وورد بالمادة الخامسة والثلاثين من ذات القانون أن أحكام هذا القانون أساسية ولا يجوز ان يصدر ما يخالفها ويعُدّل كل ما يتعارض معها من تشريعات, و مفاد ذلك ان القضاة وهم من ضمن فئات المجتمع يكون من حقهم كباقي الافراد اللجوء إلى المحاكم لدفع أي مساس بحقوقهم ولايسوغ القول بغير ذلك لما ينطوي عليه ذلك من إخلال بمبدأ المساواة والمساس بوظيفة القاضي الذي يجب أن يقضي بين الناس بالحق والعدل وهو يعلم انه محروم من هذا الحق إذا حدث مساس بحقوقه. وحيث انه لا يستشف من نص المادة السادسة المشار إليها على عدم جواز الطعن في قرارات المجلس الأعلى للهيئات القضائية باعتباره مجلسا للتأديب ان هناك ضرورة أو ظرفا استثنائيا أو مصلحة عليا أو اعتبارات للأمن والنظام العام يستند إليها هذا المنع, مما يكون معه قرار المجلس في هذا الشأن هو قرار إداري تسري بشأنه الأحكام العامة المنظمة للقرارات الإدارية من حيث إصدارها أو سحبها أو إلغاؤها أو الطعن فيها أمام المحكمة المختصة ويكون

ماينعى به الطاعن في هذا الشأن في محله و يتعين الحكم بعدم دستورية الفقرة الأخيرة من المادة السادسة من قانون نظام القضاء.¹

2- الحق في الملكية

لا تكاد تخلو وثيقة حقوقية دولية كانت أو وطنية إلا ونصت على حماية حق الأفراد في التملك وحماية الملكية الخاصة وفي ليبيا ينص الإعلان الدستوري لعام 2011 على كفالة الدولة لحق الملكية الفردية والخاصة.² الحق في الملكية الخاصة وحرية المواطن في استغلال أمواله وممتلكاته كيف يشاء كان موضع حماية في أحد الطعون المقدمة أمام المحكمة العليا. ففي الطعن القضائي رقم 53/2 قضائية رفع عدد من المواطنين دعوى ضد المادة الثامنة من القانون رقم 1 لسنة 1986 والتي تفرض على موظفي ومستخدمي الدولة دفع نسبة مئوية من معاشاتهم الشهرية كمساهمة في شركات القطاع العام. هذا الرسم لم يكن ضريبة بل كان استثمارا إجباريا في الشركات المملوكة في الدولة والتي كانت تعاني من صعوبات مالية. الدفع كان يقوم بعدم دستورية المادة الثامنة المشار إليها باعتبارها تخالف النصوص الدستورية التي تحمي الملكيات الخاصة باعتبار ان المادة الثامنة تصدر إرادة الأفراد في اختيار مصاريف أموالهم واين يوجهون استثماراتهم و تستقطع جزءا من أموالهم رغم إرادتهم و هو مايعد مصادرة صريحة لحقهم في الملكية. المحكمة لم تتردد في الاستجابة لطلبات المدعين وانتهت إلى عدم دستورية المادة الثامنة من القانون المشار إليه.³

3- حرية التعبير

حرية الرأي والتعبير أحد أهم الحقوق التفليدية التي دأبت المعاهدات والمواثيق المعنية بحقوق الإنسان على النص عليها ويعدده الكثير اللجنة الأساسية لقيام أي نظام ديمقراطي ناجح، فالحق بالمجاهرة بالرأي ضد الحكومة و تنوير الرأي العام بالحقائق والمعلومات يعزز من مبدأ الرقابة الشعبية على أداء الحكومات ويمنع قيام الإستبداد. هذا الحق يعني حرية الأفراد في اعتناق الأفكار والآراء وأيضا الحق في تلقي هذه المعلومات والأفكار وأيضا الحق في إبلاغها ونشرها دون تدخل السلطات.

هذا الحق حضى بالحماية في الإعلان الدستوري المؤقت حيث نص على أن تضمن الدولة حرية الرأي والتعبير الفردي والجماعي.⁴ المادة (22) من دستور المملكة الليبية الأسبق نص على : تكفل حرية الفكر. لكل إنسان الحق في التعبير عن رأيه ونشره بكل الوسائل والأساليب.

المحكمة العليا أتيح لها حديثا أن تفصل بخصوص هذا الحق وتؤكد على سموه وعلوه وعدم قابليته للمصادرة الجزافية. وتتلخص وقائع هذا الطعن في إصدار المجلس الوطني الإنتقالي لقانون مثير للجدل

¹ طعن دستوري رقم 55/2 ق جلسة 2009/11/11 غير مشور

المادة 8 من الاعلان الدستوري المؤقت الصادر عن المجلس الانتقالي بليبيا 2011/08/03²

طعن دستوري 53/2 ق جلسة 2008/11/12³

المادة 14 من الاعلان الدستوري في ليبيا⁴

وهو قانون تجريم تمجيد الطاغية في إشارة إلى معمر القذافي ونظامه السابق رقم 37 لسنة 2012. احتوى القانون على نصوص عامة ومعايير تحكّمية تجعل من الصعب تحديد العبارات والأقوال التي تعد تمجيدا للنظام السابق من عدمها، غياب المعايير الواضحة و عدم ضبط النصوص جعل منه أداة سهلة الإستخدام لكبح حرية التعبير و ملاحقة من يعارض النظام الجديد. قام عدد من الحقوقيين وكذلك المجلس الوطني لحقوق الإنسان بالطعن في هذا القانون بعدم دستوريته أمام الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا، والمحكمة وبعد النظر في الطعن المقدم إليها و تفحص مواد القانون المشار إليه خلصت إلى عدم دستوريته لمخالفته الواضحة للحق الدستوري في حرية الرأي والتعبير.¹

4- الحق في المحاكمة العادلة

مرة أخرى هذا الحق ورد ذكره في أغلب الوثائق الحقوقية الدولية و الإقليمية، وقد ورد هذا الحق مفصلا ومشملا على عدد من الضمانات الإجرائية التي تهدف في مجموعها إلى توفير محاكمة عادلة خاصة في القضايا الجنائية وان كان لا يوجد ما يمنع من انطباق هذه الضمانات على غيرها من المحاكمات المدنية والتأديبية، ويكفي الاطلاع على المادة الرابعة عشرة من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية للوقوف على تشعبات هذا الحق و مجموع الضمانات الإجرائية التي ينطوي عليها وصولا إلى تحقيق المحاكمة العادلة.²

وقد تضمن الإعلان الدستوري على هذا الحق حيث نصت المادة الواحدة والثلاثين منه على " لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص، والمتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة عادلة، تكفل له فيها الضمانات الضرورية للدفاع عن نفسه، ولكل مواطن الحق في اللجوء إلى القضاء وفقاً للقانون .

المحكمة العليا ومنذ تاريخ إنشائها أصدرت العديد من المبادئ التي تؤكد أهمية هذا الحق وضرورة احترامه وأن المتهم يجب أن يحظى بمحاكمة عادلة تتوافر فيها أسس الحيادة و النزاهة وأن يملك المتهم من الدفاع عن نفسه و دحض الأدلة المقدمة ضده بما في ذلك من تمكينه من استدعاء شهود النفي و مناقشة شهود الإثبات و القدرة على مناقشة الأدلة ضده وكونه آخر من يتكلم وكذلك حقه في الاستعانة بمحام للدفاع عنه. المحكمة دأبت على تسمية مجموع هذه الضمانات "بحق الدفاع" و كثيرا ما نقضت المحكمة العليا أحكام المحاكم الدنيا إذا ما أخلت بأحد هذه الضمانات معتبرة المحكمة ذلك إخلالا بحق الدفاع. ففي أحد القضايا المطروحة أمامها انتهت المحكمة إلى أن فشل محكمة الجنايات في إجابة المتهم إلى طلبه في سماع أقوال الجني عليها ووالدها ليلمّن من مناقشتها أمام المحكمة وأن اكتفاء المحكمة بقراءة شهادة الجني عليها ووالدها الواردة في محضر تحقيق النيابة يعد إخلالا لا بحق الدفاع، وحسنا فعلت المحكمة إذ قضت بنقض الحكم إذ أن مناقشة الشهود ودحض إفادتهم هو أحد الحقوق الأساسية الذي تسميه

حكم المحكمة العليا في جلسة 2012/06/14 غير منشور¹

المادة 14 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية²

المحكمة الاوربية بالحق في الواجهة و هو حق المتهم في طلب الاستماع إلى شهود الإثبات أمام قاضي الحكم و قدرته على تنفيذ شهادتهم.¹

المحكمة تؤكد تكرارا أن الأصل في المحاكمات الجنائية أن تبنى على التحقيقات الشفوية التي تجريها المحكمة في مواجهة المتهم-مبدأ الواجهة والمباشرة- وتسمع فيها الشهود مادام سماعهم ممكنا إلا إذا تنازل المتهم أو المدافع عن سماعهم صراحة أو ضمنا وحيث ان المحكمة المطعون في حكمها لم تسمع أقوال الشهود الذين اعتمدت على شهادتهم-رغم طلب الطاعن سماعهم- دون أن تبين السبب الذي حال دون سماعهم فان حكمها يكون مشوبا بالبطلان في الإجراءات مما يعيبه ويوجب نقضه.² المحكمة في دعوى أخرى نقضت حكما لمخالفته لمبدأ الواجهة عندما صدر الحكم من قاض لم يحضر المداولة و شهادة الشهود. المحكمة اعتبرت ذلك إخلالا بحق الدفاع على اعتبار أن القاضي يجب أن يبني عقيدته من السماع المباشر للشهود و التعرض المباشر للأدلة.³ المحكمة في حكم آخر لها تؤكد أنه من الضمانات التي أحاط بها المشرع المتهم في مرحلة المحاكمة طرح الدليل في الجلسة, وأن نص المادة 262 من قانون الإجراءات الجنائية تلزم أن يكون الدليل المعول عليه قد طرح بالفعل في الجلسة وأن يكون من ضمن أوراق الدعوى الموضوعة تحت التصرف والتي أتيح لأطراف الدعوى الإطلاع عليها ومناقشتها في الجلسة إذا شاؤا حتى ولو لم يناقشوها بالفعل.⁴

طعن جنائي رقم 18324 ق بتاريخ 1978/05/16 مجلة المحكمة العليا رقم 2/15 صفحة رقم 214¹

طعن جنائي رقم 25/60 ق بتاريخ 1979/02/13 سنو عدد المجلة 1/16 صفحة رقم 179²

حكم المحكمة العليا 1979/01/16 منشور في مجلة المحكمة العليا 16/1 ق صفحة 179³

طعن جنائي رقم 40/519 ق بتاريخ 2001/04/30 غير منشور⁴

خاتمة

من خلال الاستعراض السابق يمكننا ان نخلص إلى الآتي :

إن احترام حقوق الانسان يستدعى عددا من الإجراءات القانونية والعملية وهي في مجموعها ما يجب ان تتوافر عليه الدولة الحديثة لكي توصف بأنها دولة القانون والمؤسسات. هذه الإجراءات تتلخص في توفير الحماية القانونية بالنص الدستوري والتشريعي على حقوق الأفراد وأن تتوافر الدولة على قضاء مستقل وفعال يحمي الحقوق وينصف الأفراد. إن المتتبع للحالة الليبية يلمس حقيقة أن خطوات كثيرة قد جرى اتخاذها في سبيل الوصول إلى قدر أكبر من الحماية للحقوق والحريات. إن الاعلان الدستوري بديابجته و نصوصه على حقوق الأفراد يعطي إشارة إيجابية واضحة على الاهتمام المتزايد بحقوق الإنسان وكونها أحد دعائم الدولة الجديدة. هذا التأصيل الدستوري تبعه عديد الخطوات و الإجراءات التي عكست توجه الدولة مابعد القذافي لتوفير الضمانات القانونية والحماية لحقوق الإنسان. كذلك فإن تتبع دور القضاء وسجله في التعامل مع قضايا حقوق الإنسان يظهر أن القضاء الليبي وطوال الأنظمة السياسية المتعاقبة كان حاضرا وقادرا على حماية حقوق الأفراد رغم العقوبات التشريعية والعملية. إن توفير البيئة القانونية و المادية الداعمة لاستقلال القضاء سيسهم وبلا شك في تفعيل دور القضاء بشكل أكبر وأكثر إيجابية في حماية الحقوق و إنصاف المظلومين.

إن الوصول إلى توفير أكبر قدر من الحماية لحقوق الإنسان على الصعيد الوطني يتطلب اتخاذ الإجراءات التشريعية والخطوات العملية التي استعرضناها في سياق هذه الورقة إلا أن ذلك لا يضمن في حد ذاته تحقيق النتائج المرجوة والوصول إلى مجتمعات خالية من الانتهاكات و العنف. فالمتتبع لقضاء المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان يظهر أن أكثر الدول الغربية تقدما وتلك التي تحظى بنظام ديمقراطي عتيق وقضاء مستقل لا يخلو حال هذه الدول من الحكم عليها بوجود الانتهاك و إلزامها باتخاذ إجراءات إضافية لتعزيز حماية حقوق الإنسان. هذا الوضع يؤكد أن حماية حقوق الإنسان عملية متواصلة و مستمرة وأن الدول تحتاج دائما لمراجعة نظمها القانونية والقضائية و الإدارية لتواكب التطور الحاصل في حقوق الإنسان وأن تستجيب لهذا التطور. وهنا ينبغي الإشارة إلى أن اتخاذ الإجراءات الموصوفة آنفا لا يكفي وحده لتوفير القدر المطلوب من الحماية لحقوق الإنسان بل ينبغي دوما مراجعة هذه النظم التشريعية والإدارية للتأكد من عدم مخالفتها لحقوق الإنسان وأنها تستجيب للمعايير الدولية بالخصوص.

وختاما يجب الإشارة إلى مآزكرناه سابقا من الحماية القانونية و القضائية يحتاج إلى جهد مواز من الجهات غير الرسمية أي من المواطنين انفسهم من خلال مجموعات الضغط وجمعيات حقوق الإنسان و الصحافة المستقلة. إن توافر الوعي الشعبي المنظم يعد أحد أهم الضمانات اللازمة لتوفير حماية أفضل والوقوف في وجه أي محاولة للمصادرة أو تقييد الحقوق. إن وجود هذا المجهود الشعبي المنظم هو ما يجبر

السلطات الرسمية على مراجعة سياساتها و التفكير مليًا قبل اتخاذ خطوات تعسفية أو تقييدية تمس حقوق الأفراد.

العام وأثره في استنباط الأحكام
سميح عبدالوهاب الجندي
محاضر / الجامعة الأسمرية

مُتَكَلِّمًا

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على رسول الله الصادق الأمين، وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد..

من الواضح أن صيغ العموم وضعت للعموم، واستعمالها يفيد العموم، لأن الأصل في الاستعمال الحقيقة، وقد أجمع العلماء على أن الألفاظ تفيد العموم، بينما اختلفوا في المعاني. قيل أن العموم على أربعة أضرب: "لفظ الجمع، ولفظ الجنس، والألفاظ المبهمة، والاسم المفرد إذا دخل عليه الألف واللام"¹، فالأول مثل: المسلمين، والرجال، والجبال، والأبرار، والثاني مثل: الناس، والنساء، والإبل، والحيوان، وليس ذلك من ألفاظ الجمع، لأنه ليس له من جنسه واحد، والثالث مثل: "من" في العقلاء، و"ما" في غير العقلاء، ويكون في الاستفهام أو في الشرط والجزاء، و"أي" في الجمع، و"أين" في المكان، و"متى" للزمان، والرابع مثل: الإنسان، والسارق، والكافر، والبيع، والصيد، والدينار، وغيره. كما ذكر ابن قدامة أن "العموم من عوارض الألفاظ فإذا قيل: هذا لفظ عام، صدق على سبيل الحقيقة، والكلام الحقيقي هو المعنى القائم بالنفس، وهو الذي يعم ويخص، والصيغ والعبارات دالة عليه، ولا يسمى بالعموم والخصوص إلا تجوزاً"²، فمثلاً عطاء زيد متميز عن عطاء عمرو، وليس في الوجود فعل هو عطاء نسبته إلى زيد وعمرو واحد، وليس في الوجود معنى واحد مشترك بين اثنين، وكذلك علوم الناس وإن اشتركت في أنها علم، لكن لا توصف بأنها عموم، والرجل له وجود في الأعيان والأذهان واللسان، "فوجوده في الأعيان لا عموم له"³، وأما في اللسان، فلفظة الرجل قد وضعت للدلالة⁴، وأما الذي في الأذهان من معنى الرجل فيسمى كلياً⁵، وقد احتج القائلون بأنه حقيقة فيهما، باعتبار أن "العموم حقيقة في شمول أمر متعدد، فكما صح في الألفاظ باعتبار شمول لفظ لمعانٍ متعددة بحسب الوضع، صح في المعاني باعتبار شمول معنى لمعانٍ متعددة"⁷، لأنه لا يتصور شمول أمر معنوي لأمر

1 انظر، العدة في أصول الفقه- محمد بن الحسين بن محمد بن خلف ابن الفراء ج2/485-الطبعة الثانية/1990م.

2 انظر، روضة الناظر وجنة المناظر- عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ج1/220 -الطبعة الثانية الرياض/1399هـ-تحقيق د. عبد العزيز عبد الرحمن السعيد.

3 إذ ليس في الوجود رجل مطلق، بل إما زيد وإما بكر.

4 حيث أن نسبتهما في الدلالة عليهما واحدة، فلذلك سمي عاماً.

5 لأن العقل يأخذ من مشاهدة زيد حقيقة الإنسان وحقيقة الرجل، فإذا رأى بكرًا لم يأخذ منه صورة أخرى، وكان ما أخذه من قبل نسبته إلى بكر كنسبته إلى زيد، فإن سمي عامًا بهذا المعنى فلا بأس.

6 انظر، روضة الناظر وجنة المناظر لابن قدامة المقدسي ج1/220.

7 انظر، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول-محمد بن علي بن محمد الشوكاني ج1/287-دار الكتاب العربي-دمشق - الطبعة الأولى/1999م

متعددة، كعموم المطر والخصب والقحط للبلاد، إذ الموجود في مكان غير الموجود في المكان الآخر، وإنما هو أفراد من المطر والخصب، وكذلك ما يتصوره الإنسان من المعاني الكلية فإنها شاملة لجزئياتها المتعددة الداخلة تحتها.

ومنشأ الخلاف هذا "هو سبب الخلاف في معنى العموم، فمن قال معناه شمول أمر متعدد واعتبروا وحدة الأمر وحدة شخصية¹ منع من إطلاقه حقيقة على المعاني"²، فلا يقال هذا المعنى عام، لأن الواحد بالشخص لا شمول له، ولا يتصف بالشمول متعدد إلا الموجود الذهني، ووحدته ليست بشخصية، فيكون عند ذلك إطلاق العموم على المعاني مجازاً لا حقيقة.

ومن فهم من اللغة أن الأمر الواحد الذي أضيف إليه الشمول في معنى العموم، أعم من الشخصي ومن النوعي، أجاز إطلاق العام على المعاني حقيقة.

وحتى تكون الدراسة مستوفية لجوانب البحث فقد قسمت الموضوع إلى مباحث ثلاثة، تناولت في الأول تعريف العام وحكمه بعد التخصيص، وفي الثانية تقسيم العام، وألفاظه، أما الثالث فهو حقيقة صيغ العموم في العموم، وتطبيقات حول بعض الألفاظ، ثم ختمت بخاتمة صغيرة رجحت فيها بعض الأقوال، وأوصيت باهتمام الباحثين بهذا الموضوع لأهميته، خاصة عند أهل الفتوى والاجتهاد، أسأل الله تعالى أن يجعل ذلك في ميزان حسناتنا، وأن ينفعنا وينفع بنا، إنه هو السميع العليم.

لفظ العام، وأثره في استنباط الأحكام

"اتفق الأصوليون على أن الألفاظ توصف بالعموم، واختلفوا في وصف المعاني بالعموم"³ وذلك على أقوال ثلاثة:

الأول: أن المعاني توصف بالعموم حقيقة كالألفاظ، "فالعموم لغة: حقيقة في شمول أمر متعدد، فكما صح في الألفاظ باعتبار شموله لمعان متعددة بحسب الوضع، صح في المعاني باعتبار شمول معنى واحد لمعان متعددة بالحقيقة"⁴، لذلك قيل: عمّ المطر والخصب، وعمهم العدل والعطاء، والناس، ونحوه، ولما كان الأصل في الاستعمال الحقيقة، كان العموم حقيقة في كل منهما، أي أنه مشترك معنوي، وضع للقدر المشترك، وهو الشمول، وكل من اللفظ والمعنى فرد من أفراد.

¹ ما لا يتشخص واحد منه كالذهب، إذ لا يقال ذهب واحد، فهذا لاستغراق الجنس.

² انظر، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول-محمد بن علي بن محمد الشوكاني ج1/288.

³ انظر، الإبهاج في شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول للبيضاوي-علي بن عبد الكافي السبكي ج3/108- دار الكتب العلمية - بيروت-الطبعة الأولى/1404هـ- وانظر، أصول الفقه- د. محمد أبو النور زهير ج2/387- دار المدار الإسلامي- بيروت- لبنان-الطبعة الأولى/2001م- وانظر، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول- محمد بن علي بن محمد الشوكاني ج1/288- دار الكتاب العربي-الطبعة الأولى/1999م.

⁴ انظر، رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب- عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي ج3/67- عالم الكتب- لبنان-بيروت- الطبعة الأولى/1999م.

الثاني: أن وصف المعنى بالعموم هو مجاز لا حقيقة: يقول الأمدي في إحكامه: "تقييد العموم بالألفاظ لكونه من العوارض الحقيقية لها دون غيرها عند أصحابنا وجمهور الأئمة"¹، أي بالألفاظ دون المعاني، ووجهة ذلك "أولاً: أن الحقيقة شأنها الاطراد، والعموم في المعاني غير مطرد²، وثانياً: أن العموم لغةً هو شمول أمر واحد لمتعدد، والمتبادر من الوحدة الشخصية³ 4.

الثالث: المعنى لا يوصف بالعموم لا حقيقة ولا مجازاً، حيث أن "العموم لغةً هو شمول أمر واحد لمتعدد، وأن الوحدة يتبادر منها الوحدة الشخصية، وهي لا تتحقق إلا في الألفاظ، فالمعنى لا يوصف حقيقة بالعموم، ولا يوصف المعنى بالعموم مجازاً لعدم العلاقة بين اللفظ والمعنى"⁵.

بعد معرفة آراء العلماء في وصف المعاني بالعموم، يبقى السؤال، هل يتصور العموم في الأحكام؟ الحقيقة أن هذه المسألة تتوقف على "أن الحكم يرجع إلى قول، أو إلى وصف يرجع إلى الذات، فإن قلنا بالثاني لم يتصور العموم في الأفعال، لأن العموم من عوارض الألفاظ"⁶.

ذكر الإمام الغزالي أنه "لا يمكن دعوى العموم في الفعل لأن الفعل لا يقع إلا على وجه معين، فلا يجوز أن يحمل على كل وجه يمكن أن يقع عليه، لأن سائر الوجوه متساوية بالنسبة إلى محتملاته، والعموم ما يتساوى بالنسبة إلى دلالة اللفظ عليه، بل الفعل كاللفظ المحمل المتردد بين معان متساوية في صلاح اللفظ"⁷، ومثاله صلاة الرسول الله صلى الله عليه وسلم في الكعبة، فليس لقائل أن يستدل به على جواز الفرض في البيت، علماً أن الصلاة تعم النفل والفرض، لأنه إنما يعم لفظ الصلاة لا فعل الصلاة، أما الفعل فإما أن يكون فرضاً فلا يكون نفلاً، أو يكون نفلاً فلا يكون فرضاً.

1 الإحكام في أصول الأحكام- علي بن محمد الأمدي ج2/218-دار الكتاب العربي-بيروت-الطبعة الأولى/1404هـ-تحقيق د.سيد الجميلي- وانظر، البحر المحيط في أصول الفقه-بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي ج184/2- تحقيق د. محمد محمد تامر- دار الكتب العلمية- بيروت/2000م.

2 مثل معاني الأعلام الشخصية، فإنها لا توصف بالعموم لا حقيقة ولا مجازاً، فلا يكون وصف المعنى بالعموم حقيقة لعدم الاطراد، فكان مجازاً. انظر، المعتمد في أصول الفقه-البصري أبو الحسين ج1/228-دار الكتب العلمية – بيروت-الطبعة الأولى/1403هـ.

3 والمعاني ليست مشخصة، فلا توصف بالعموم، وإنما يوصف به ما فيه التشخص، وهو اللفظ، فإذا وصف المعنى بالعموم كان مجازاً.

4 انظر، أصول الفقه لمحمد أبو النور زهير ج2/388.

5 انظر، نهاية السؤل شرح منهاج الوصول- عبد الرحيم الأسنوي ج3/108-دار الكتب العلمية -بيروت-لبنان-الطبعة الأولى/1999م.

6 إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للشوكاني ج1/288.

7 المستقصى في علم الأصول للغزالي ج2/136- تحقيق محمد بن سليمان الأشقر-مؤسسة الرسالة- بيروت- لبنان الطبعة الأولى/1997م.

وإن قلنا يرجع إلى قول، فقوله سبحانه: ﴿وَالسَّارِقُ﴾ المائدة/38 يشمل كل سارق "فنفس القطع فعل، والأفعال لا عموم لها"¹، فالعموم ما اشتمل على أشياء متغايرة، والفعل لا يقع إلا على درجة واحدة، فلا عموم للأفعال.

– المبحث الأول: تعريف العام، وحكمه بعد التخصيص.

* – المطلب الأول: تعريف العام

أولاً: تعريف العام لغةً:

العام هو: "كون اللفظ موضوعاً بالوضع الواحد لكثير غير محصور مستغرق جميع ما يصلح له"². وقيل العموم في اللغة هو "شمول أمر متعدد، وذلك موجود بعينه في المعنى. ولهذا يقال: عم المطر، وعم الأمير بالعتاء، ومنه نظر عام"³.

ثانياً: تعريف العام اصطلاحاً:

اختلف الأصوليون في تعريف العام، فمنهم من عرفه بأنه "اللفظ الواحد الدال من جهة واحدة على شيئين فصاعداً"⁴، مثل الرجال، والمشركون، ومن دخل الدار فأعطه درهماً، ووغير ذلك، "والقول من جهة واحدة، هو احتراز عن قولهم: ضرب زيد عمراً، وعن قولهم: ضرب زيداً عمرو، فإنه يدل على شيئين، ولكن بلفظين لا بلفظ واحد، ومن جهتين لا من جهة واحدة"⁵، وقيل "العام هو اللفظ الواحد الدال على مسميين فصاعداً مطلقاً معاً"⁶، وقيل بأنه "اللفظ المستغرق لكل ما يصلح له دفعة واحدة"⁷، كما عرف الإمام البيضاوي العام بأنه: "لفظ يستغرق جميع ما يصلح له بوضع واحد"⁸.

¹ البحر المحيط في أصول الفقه للزركشي ج2/182.

² التعريفات- علي بن محمد بن علي الجرجاني ج1/188- تحقيق إبراهيم الأبياري- دار الكتاب العربي - بيروت- الطبعة الأولى/1405هـ.

³ نهاية السؤل شرح منهاج الوصول- الإمام جمال الدين عبد الرحيم الإسني ج1/371.

⁴ التقرير والتحريير في علم الأصول- ابن أمير الحاج، محمد بن محمد ج1/236 - دار الفكر- بيروت/1996م- انظر، العدة في أصول الفقه- محمد بن الحسين بن محمد بن خلف ابن الفراء ج1/140.

⁵ انظر، المستصفى في علم الأصول- محمد بن محمد الغزالي الطوسي ج2/106.

⁶ الإحكام في أصول الأحكام- علي بن محمد الأمدي ج2/217.

⁷ الواضح في أصول الفقه للمبتدئين- د. محمد سليمان عبد الله الأشقر/185- دار النفائس للنشر والتوزيع- عمان- الأردن- الطبعة السابعة/2008م. والمقصود بقوله (دفعة واحدة)، أي لا على سبيل البذل، فمن قال ادبح خروفاً، أو اضرب رجلاً، فليس المقصود ذبح كل الخراف، ولا قتل كل الرجال، فإن ذبح خروفاً، أو ضرب رجلاً، فقد امتثل الأمر، ومع هذا فهو ليس عاماً عند الأصوليين.

⁸ الإيهام في شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول للبيضاوي- علي بن عبد الكافي السبكي ج3/108- نهاية السؤل شرح منهاج الوصول- الإمام جمال الدين عبد الرحيم الإسني ج1/371.

فقصده بتعريفه **لفظاً**: أي "ما تركب من بعض الحروف المجائية، وهو جنس في التعريف، يشمل المفرد والمركب، والمهمل والمستعمل، والمستغرق لكل ما يصلح له وغير المستغرق، بوضع واحد أو بأوضاع متعددة"¹.

وقوله **يستغرق**: أي يتناول ما وضع له اللفظ دفعة واحدة، فيخرج به اللفظ المهمل، لأن المهمل غير موضوع، كما يخرج به المطلق²، والنكرة في سياق الإثبات³.

وقوله **جميع ما يصلح له**: فالذي يصلح له اللفظ هو ما وضع اللفظ له لغة⁴.

وقوله **بوضع واحد**: هذا القيد قصد به أمران:

الأول: إخراج المشترك اللفظي إذا استعمل في معانيه المتعددة⁵.

الثاني: إدخال المشترك اللفظي إذا استعمل في أحد معانيه، وقصد به جميع أفراد هذا المعنى⁶.

*-المطلب الثاني: حكم العام بعد التخصيص:

اختلف العلماء في أن العام الذي دخله التخصيص هل هو مجاز أم حقيقة، فقال قوم من الفقهاء إنه "لا يصير مجازاً كيف كان التخصيص، أي أنه حقيقة في الباقي"⁷ وقيل أن "العموم يكون مجازاً في

¹ رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب-عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي ج3/111.

² لأن المطلق لم يوضع للأفراد، إنما وضع للماهية، فلا يكون مستغرقاً لها. انظر، الإبهاج في شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول للبيضاوي-علي بن عبد الكافي السبكي ج2/120.

³ لأن النكرة لم تستغرق ما وضعت له، أي أنها لم تتناول دفعة واحدة، وإنما تناولته على سبيل البذل، ففي النكرة المفردة، إذا قيل اضرب رجلاً، فمعنى هذا تحقيق الضرب في أي رجل، زيد أو بكر أو خالد، ولا يقتضي تحقيق الضرب فيهم في وقت واحد، لأن اللفظ لم يدل على ذلك، وإذا قيل اضرب رجلين، أو رجلاً، فيتحقق الضرب في أي رجلين، أو رجلاً، ولا يقتضي تحقيق الضرب في كل رجلين، أو في كل الرجال دفعة واحدة، لأن اللفظ لم يوضع لذلك. انظر، المعتمد في أصول الفقه-محمد بن علي البصري، أبو الحسين ج230/1- دار الكتب العلمية - بيروت-الطبعة الأولى/1403هـ-وانظر، الإبهاج في شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول للبيضاوي-علي بن عبد الكافي السبكي ج2/120.

⁴ فمثلاً، (من) لفظ وضع للعاقل، و (ما) لغیر العاقل، فإذا استعمل لفظ (من) في العاقل، ولفظ (ما) في غير العاقل، كان كل منهما عام استغرق الصالح له، هذا القيد قصد به تحقيق معنى العموم، كما قصد به الاحتراز عن اللفظ الذي استعمل في بعض ما يصلح له، كقوله تعالى ﴿الَّذِينَ قَالَ لَهُمُ النَّاسُ آلُ عِمْرَانَ ۖ إِنَّ الْمُرَادَ مِنَ النَّاسِ فِي هَذِهِ الْآيَةِ هُوَ نَعِيمُ بْنُ مَسْعُودٍ الْأَشْجَعِيُّ فَقَطْ، انظر، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي 74/4، وكذلك قوله تعالى: ﴿ثُمَّ أَفِيضُوا مِنْ حَيْثُ أَفَاضَ النَّاسُ﴾ البقرة/199، فإن المقصود من الناس هو إبراهيم عليه السلام، انظر، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ج2/427.

فهذا ليس عاماً، لأنه لم يستغرق جميع ما يصلح له. انظر، رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب-عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي ج3/60-وانظر، المعتمد في أصول الفقه- أبو الحسين البصري ج1/226.

⁵ مثل استعمال (العين) في الباصرة والجارية والذهب والجاسوس، فإنه لا يكون عاماً، لأن استغراقه لهذه المعاني دفعة واحدة ليس بوضع واحد، إنما بأوضاع مختلفة. انظر، الإبهاج في شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول للبيضاوي-علي بن عبد الكافي السبكي ج2/120.

⁶ مثل استعمال لفظ (العين) في الذهب، فيكون عاماً، لاستغراقه جميع ما يصلح له بوضع واحد، وهو أفراد الذهب، وهذا واضح ومعلوم.

⁷ العدة في أصول الفقه-محمد بن الحسين بن محمد بن خلف ابن الفراء ج2/542- كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي

عبد العزيز بن أحمد بن محمد البخاري ج1/449- التبصرة في أصول الفقه للشيرازي ج1/103- الإحكام في أصول الأحكام للأمدى ج2/247.

المستبقى، واحداً كان أو جماعة، وسواء كان المخصص متصلاً أو منفصلاً، عقلياً أو لفظياً باستثناء أو شرط أو تقييد بصفة¹، وقيل أن "القرينة المخصصة"² إن استقلت بنفسها صارت مجازاً وإلا فلا³، ومنهم من فصل وذكر فيه وجوها:

فذهب قوم إلى أنه "لا يصير مجازاً بالتخصيص، متصلاً كان المخصص أو منفصلاً، لفظاً كان أو غير لفظ"⁴، وقال آخرون "أما العام الذي أريد به الخصوص فالظاهر أنه مجاز قطعاً، ولا يطرقه هذا الخلاف لأنه مستعمل في بعض مدلوله"⁵، وقال آخرون يصير مجازاً في حال دون حال، واختلفوا في تفصيل تلك الحال، فقال بعضهم "إن خص بدليل لفظي لم يصير مجازاً، متصلاً كان الدليل أو منفصلاً، وإن خص بدليل غير لفظي كان مجازاً"⁶، وقيل: "يكون مجازاً إلا أن يخص بلفظ متصل"⁷، وقيل: "يكون مجازاً إلا أن يكون مخصصه شرطاً أو استثناء"⁸، وقيل أيضاً: "يكون مجازاً إلا أن يكون مخصصه شرطاً أو تقييداً بصفة، وجعله مجازاً بالاستثناء"⁹.

كما اختلفوا في حجية العام بعد تخصيصه، "ومحل الخلاف فيما إذا خص بمبين"¹⁰، أما "إذا خص بمبهم، كما لو قيل: (اقتلوا المشركين إلا بعضهم)"¹¹، فلا يحتج به على شيء من الأفراد بلا خلاف، إذ ما من

¹الإحكام في أصول الأحكام-علي بن محمد الأمدي ج2/242

² القرينة المخصصة المستقلة ضربان عقلية ولفظية، أما العقلية فكالدلالة الدالة على أن غير القادر غير مراد بالخطاب بالعبادات،

وأما اللفظية فيجوز أن يقول المتكلم بالعام أردت به البعض، وفي هذين القسمين يكون العموم مجازاً، والدليل على ذلك أن اللفظ موضوع في اللغة للاستغراق، فإذا استعمل في البعض فقد صار اللفظ مستعملاً في جزء مسماه، وذلك هو المجاز.

³ انظر، المحصول في علم الأصول للرازي ج3/19.

⁴ المحصول في علم الأصول للرازي ج3/18- وانظر البحر المحيط في أصول الفقه للزركشي ج2/408- وانظر، الفصول في الأصول-أحمد بن علي الرازي الجصاص ج1/252-تحقيق د.عجيل جاسم النشمي-الناشر: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية دولة الكويت-الطبعة الأولى/1985م- وانظر، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي-عبد العزيز بن أحمد بن محمد البخاري ج1/445.

⁵ انظر البحر المحيط في أصول الفقه للزركشي ج2/412- العدة في أصول الفقه- محمد بن الحسين بن محمد بن خلف ابن الفراء ج2/644.

⁶ انظر، الإحكام في أصول الأحكام للأمدي ج2/247- وانظر، الإبهاج في شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول للبيضاوي- علي بن عبد الكافي السبكي ج3/173.

⁷ العدة في أصول الفقه-محمد بن الحسين بن محمد بن خلف ابن الفراء ج2/540- روضة الناظر وجنة المناظر عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ج1/239

⁸ التبصرة في أصول الفقه للشيرازي ج1/123 – انظر، التقرير والتحرير في علم الأصول-لابن أمير الحاج ج1/341.

⁹ انظر، التقرير والتحرير في علم الأصول-لابن أمير الحاج ج1/341- المعتمد في أصول الفقه- أبو الحسين البصري ج1/262.

¹⁰إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للشوكاني ج1/340.

¹¹ إشارة إلى الآية ﴿فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ﴾ التوبة/5، التي شملت عامة المشركين بدون استثناء أو تخصيص.

فرد إلا ويجوز أن يكون هو المخرج، وأيضاً إخراج المجهول من المعلوم يصيره مجهولاً¹، أما إذا كان التخصيص بمين، فقد اختلفوا في ذلك على أقوال: الأول: أنه حجة في الباقي²، والثاني: أنه ليس بحجة فيما بقي³، والثالث: أنه إن خص بمتصل، كالشرط والاستثناء والصفة فهو حجة فيما بقي، وإن خص بمنفصل فلا⁴، والرابع: إن التخصيص إن لم يمنع استفادة الحكم بالاسم وتعلقه بظاهرة جاز التعلق به⁵، والخامس: إن كان لا يتوقف على البيان قبل التخصيص، ولا يحتاج إليه فهو حجة⁶، والسادس: أنه يجوز التمسك به في أقل الجمع، لأنه المتعين⁷، والسابع: أنه يتمسك به في واحد فقط⁸، والثامن: الوقف، فلا يعمل به إلا بدليل⁹.

1 انظر، رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب- عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي ج3/113- وإرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للشوكاني ج340/1.

2 وهو الحق الذي لا شك فيه ولا شبهة، لأن اللفظ العام كان متناولاً للكل، فيكون حجة في كل واحد من أقسام ذلك الكل، ونحن نعلم بالضرورة، أن نسبة اللفظ إلى كل الأقسام على السوية، فإخراج البعض منها بمخصص لا يقتضي إهمال دلالة اللفظ على ما بقي، وأيضاً المقتضى للعمل به فيما بقي موجود، وهو دلالة اللفظ عليه، والمعارض مفقود، فوجد المقتضى وعدم المانع، فوجب ثبوت الحكم، وأيضاً قد ثبت عن سلف هذه الأمة ومن بعدهم الاستدلال بالعمومات المخصوصة، وشاع ذلك، وقد قيل: إنه ما من عموم إلا وقد خص، وأنه لا يوجد عام غير مخصص، فلو قلنا إنه غير حجة، فيما بقي، للزم إبطال كل عموم، ونحن نعلم أن غالب هذه الشريعة المطهرة إنما ثبتت بعمومات. انظر، الإحكام في أصول الأحكام- للآمدي ج1/272-إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للشوكاني ج341/1 - كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدي- عبد العزيز بن أحمد بن محمد البخاري ج445/1، و انظر، البحر المحيط في أصول الفقه للزركشي ج416/2.

3 دليل هذا القول أن الصيغة الموضوعية للعموم إذا خصت صارت مجملة، ولا يجوز الاستدلال بها في بقية المسميات إلا بدليل، كسائر المجازات، كما استدلوأ بأن معنى العموم حقيقة غير مراد مع تخصيص البعض، وسائر ما تحته من المراتب مجازات، وإذا كانت الحقيقة غير مرادة، وتعددت المجازات، كان اللفظ مجملاً فيها، فلا يحمل على شيء منها، والباقي هو أحد المجازات فلا يحمل على شيء منها.

انظر، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للشوكاني ج342/1.

4 إن كان مخصصه شرطاً، أو تقييداً بصفة، كقوله: من دخل داري عالماً أكرمته، فهو حقيقة، وإلا فهو مجاز حتى في الاستثناء، والعام إذا ثبت خصوصه سقط الاستدلال باللفظ، وصار حكمه موقوفاً على دلالة أخرى من غيره، فيكون بمنزلة اللفظ، وكان يفرق بين الاستثناء المتصل باللفظ، وبين الدلالة من غير اللفظ، فيقول: إن الاستثناء غير مانع بقاء اللفظ فيما عدا المستثنى. انظر، الإحكام في أصول الأحكام للآمدي ج247/2.

5 كما في قوله تعالى: ﴿فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ﴾ التوبة/5، لأن قيام الدلالة على المنع من قتل أهل الذمة، لا يمنع من تعلق الحكم، وهو القتل باسم المشركين، وإن كان يمنع من تعلق الحكم بالاسم العام، ويوجب تعلقه بشرط لا ينبئ عنه الظاهر، لم يجز التعلق به، كما في قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ المائدة/38، لأن قيام الدلالة على اعتبار النصاب والحرز، وكون المسروق لا شبهة للسارق فيه يمنع من تعلق الحكم، وهو القطع بعموم اسم السارق، ويوجب تعلقه بشرط لا ينبئ عنه ظاهر اللفظ. انظر، رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب- عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي ج3/110- وإرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للشوكاني ج343/1- وروضة الناظر وجنة المناظر لابن قدامة المقدسي أبو محمد ج239/1.

6 كقوله تعالى: ﴿فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ﴾ التوبة/5، لأن مراده بين قبل إخراج الذمي، وإن كان يتوقف على البيان، ويحتاج إليه قبل التخصيص فليس بحجة، كقوله تعالى: ﴿أَقِيمُوا الصَّلَاةَ﴾ البقرة/110، فإنه يحتاج إلى البيان قبل إخراج الحائض ونحوها. انظر، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للشوكاني ج342/1.

7 إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للشوكاني ج343/1.

8 البحر المحيط في أصول الفقه للزركشي ج418/2.

9 انظر، الإحكام في أصول الأحكام للآمدي ج247/2- و انظر، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للشوكاني ج340/1 وما بعدها.

- المبحث الثاني: تقسيم العام، وألفاظه

*-المطلب الأول:

تقسيم العام:

قسم الأصوليون العام إلى ثلاثة أقسام: "عام من جهة اللغة، وعام من جهة العرف، وعام من جهة العقل"¹.

الأول: العام من جهة اللغة: هو ما استفيد عمومه من جهة اللغة، أي أن اللفظ وضع في اللغة للعموم، وهو على ضربين: "إما أن يدل عليه بنفسه لكونه موضوعاً له²، أو بواسطة اقتران قرينة به، وهذه إما في الإثبات وإما في النفي"³.

الثاني: العام من جهة العرف:

"هو ما استفيد عمومه من العرف، مع كون لفظه اللغوي لا يفيد العموم"⁵، كقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾ النساء/23، فإنه يفيد في العرف تحريم وجوه الاستمتاع التي تفعل بالزوجة والأمة، كالوطء والقبلة، والنظر بشهوة، وليس ذلك مأخوذاً من مجرد اللغة، فاللفظ باعتبار وضعه اللغوي إنما يفيد حرمة شيء ما من الأمهات، وهو تحريم وطئهن فقط.

ومثل ذلك قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أَلْمِيتَةُ﴾ المائدة/3، فاللفظ باعتبار اللغة، إنما يفيد تحريم شيء من الميتة، وهو أكلها، لكن العرف جعل كل ما يتعلق بها من أكل أو انتفاع محرماً.

1 انظر، الإبهاج في شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول للبيضاوي- علي بن عبد الكافي السبكي ج3/124-البحر المحيط في أصول الفقه-محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي ج2/228-تحقيق د. محمد محمد تامر-دار الكتب العلمية-لبنان-بيروت/2000م- انظر، نهاية السؤل شرح منهاج الوصول-عبد الرحيم الإسوي ج1/382.

2 أما الضرب الأول، فألفاظه كثيرة، "كللفظ كل وجميع، وأي في حال الاستفهام والشرط، وإما ألا يكون شاملاً للكل، فإما أن يخص بأولي العلم، كلفظ (من) شرطاً أو استفهاماً، فإنها تختص بالعقلاء، وقد تستعمل في غيرهم، وإما أن يختص بغير العالمين، فإما أن يعمم أو يختص ببعضهم، والأول (ما) الاسمية، فإنها تفيد العموم إذا كانت معرفة، نحو هَاتِ ما رأيت، فتفيد العموم فيما عدا العالمين من الزمان والمكان والجماد والإنسان، وقيل إنها تتناول العالمين أيضاً، كما في قوله تعالى ﴿وَالسَّمَاءَ وَمَا بَنَاهَا﴾ الشمس/5، و﴿وَلَا أَنْتُمْ عَابِدُونَ مَا أَعْبَدُ﴾ الكافرون/3، والثاني أن يختص عموم بعضهم، فإما أن يختص بالأمكنة، نحو (أين يجلس أجلس)، ومنه حيث، أو بالأزمنة، نحو (متى تقم أقم). انظر، الواضح في أصول الفقه للمبتدئين للدكتور محمد سليمان الأشقر/186- وانظر، الأحكام في أصول الأحكام للأمدى ج2/219- الإبهاج في شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول للبيضاوي- للسبكي ج3/124.

3 القرينة إما أن تكون في جانب الإثبات، أو تكون في جانب النفي، ففي جانب الإثبات أمران، الأول: "أل" الداخلة على اسم الجنس، أو على الجمع، مثل: المسلم والرجل، والمسلمين والرجال. والثاني: إضافة الجمع أو اسم الجنس إلى الضمير، مثل: أولادنا، ومثل قوله تعالى: ﴿فليحذر الذين يخالفون عن أمره﴾ النور/63. أما في جانب النفي فهي أولاً: وقوع النكرة في سياق النفي ب (ما) أو (لا) أو (ليس) سواء كان النفي مباشراً للنكرة، أو فصل بينهما بفصل مثل: ما في المسجد أحد- لا رجل في البيت- ليس في المكتب أحد. ثانياً: وقوع النكرة في سياق الشرط، مثل: إن جاءك فقير فأكرمه، يستثنى من عموم النكرة في سياق النفي إذا دخل النفي عليها بعد عمومها، فإنها لا تفيد العموم، لأن المقصود في هذه الحالة إنما هو سلب العموم وليس عموم السلب، مثل: ما كل عدد زوجاً، فلو كان الكلام من عموم السلب فيعني أنه لا يوجد عدد هم زوج، وهذا باطل، لذا كان الكلام من سلب العموم. انظر الأحكام في أصول الأحكام للأمدى ج2/217- أصول الفقه للدكتور محمد أبو النور زهير ج2/396.

4 انظر، البحر المحيط في أصول الفقه-محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي ج2/228.

5 انظر، الإبهاج في شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول للبيضاوي- علي بن عبد الكافي السبكي ج3/142- وانظر، نهاية السؤل شرح منهاج الوصول-للإسوي ج1/382.

الثالث: العام من جهة العقل: وهو ما استفيد عمومه من جهة العقل دون اللغة أو العرف، وهو على ثلاثة أضرب:

"الأول: اللفظ المشتمل على ترتيب الحكم على الوصف، كقول النبي صلى الله عليه وسلم: "كل مسكر حرام"¹، فعلة التحريم هي الإسكار، فإن ترتيبه يشعر بكونه علة له²، والثاني: ما يذكر جواباً عن سؤال السائل عمن أظطر، فقال: عليه الكفارة فيعلم أنه يعم كل مظطر، والثالث: مفهوم المخالفة عند القائلين به³4.

لذلك نجد بأن علماء الأمة اختلفوا في الأحكام بسبب اختلافهم لمفهوم العام، ففي تحريم الميتة، نجد أن مالك وأبو حنيفة حرّموا أكل لحمها دون الانتفاع بها⁵، بينما الشافعي وأحمد بن حنبل، فقد حرّموا حتى الانتفاع بها⁶.

*-المطلب الثاني: ألفاظ العموم:

أولاً: "ألفاظ موضوعة لإفادة العموم، نحو كلّ، وجميع، وأيّ، وعامة، وسائر، وكافة، وقاطبة، وكلمة (كلّ) هي من أقوى صيغ العموم"⁷.

ثانياً: "الأسماء المبهمة مثل: (من) فيمن يعقل، و(ما) فيما لا يعقل، و(أيّ) في الجميع، و(أين) في المكان، و(متى) في الزمان، و(ما) في الاستفهام والجزاء وغيره، و(لا) في النكرات"⁸.

1 الجامع الصحيح للبخاري- ج5/204-رقم/4343- باب بعث أبي موسى ومعاذ إلى اليمن قبل حجة الوداع-دار الشعب - القاهرة

الطبعة الأولى/1987م.

2 وذلك يفيد بالعقل على معنى أنه كلما وجدت العلة وجد المعلول، وكلما انتفت انتفى، فهذا إنما دلّ بالعقل، ولم يدلّ باللغة ولا بالعرف، أما العرف فواضح، وأما اللغة فلا بدّ لها لكان إما المنطوق أو المفهوم، وانتفاء المفهوم ظاهر، ولا يدلّ بالمنطوق، لأن تعليق الشيء بالوصف لا يدلّ على التكرار لفظاً. انظر، الإبهام في شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول للبيضاوي- علي بن عبد الكافي السبكي ج3/142.

3 وذلك كقوله صلى الله عليه وسلم: "مطل الغني ظلم" الجامع الصحيح للبخاري-رقم/2287-باب في الحوالة، فانه بمفهومه يدلّ على أن مطل غير الغني لا يكون ظلماً.

4 انظر، الإبهام في شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول للبيضاوي- علي بن عبد الكافي السبكي ج3/142- البحر المحيط في أصول الفقه للزركشي ج2/228.

5 انظر، أحكام القرآن- أحمد بن علي بكر الرازي الجصاص الحنفي- ج1/150-دار احياء التراث العربي-بيروت/1405هـ- تحقيق محمد الصادق قمحاوي- وانظر، أحكام القرآن-القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الإشبيلي المالكي ج5/192.

6 تفسير آيات الأحكام-محمد علي السائيس ج1/344-المكتبة العصرية للطباعة والنشر/2002م- انظر، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني-عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ج1/84- دار الفكر - بيروت-الطبعة الأولى/1405هـ.

7 انظر، الواضح في أصول الفقه للمبتدئين- د. محمد سليمان الأشقر/186- أصول السرخسي للسرخسي ج1/151- دار الكتاب العلمية بيروت- لبنان-الطبعة الأولى/1993 م- وانظر، روضة الناظر وجنة المناظر لابن قدامة ج1/222.

8 شرح الورقات في علم أصول الفقه لمحمد بن محمد الشافعي المعروف "بابن إمام الكاملية" على ورقات إمام الحرمين الجويني/128-دار ابن عفان للنشر والتوزيع- القاهرة-الطبعة الأولى/2008م- انظر، مذكرة في أصول الفقه- محمد الأمين الشنقيطي/196- دار العلوم والحكم للنشر والتوزيع-دمشق- سوريا-الطبعة الرابعة/2004م- البحر المحيط في أصول الفقه-محمد بن

ثالثاً: "النكرة في سياقالنهي أو النفي، نحو قوله تعالى: ﴿فَلَا تَدْعُوا مَعَ اللَّهِ أَحَدًا﴾ الجن/18، ونحو: ماجاءني رجل"¹، فالنفي يشمل جميع الرجال، ويحتمل أن يراد ما جاءني رجل، بل رجلان، "فيكون هنا لنفي الوحدة، لذا يحسن تأكيد النكرة المنفية بـ(من)، فتكون النكرة حينئذٍ نصّاً في العموم، كقوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ مَعَهُ مِنْ إِلَهٍ﴾ المؤمنون/91"².

رابعاً: "وقوع النكرة في سياق الشرط، نحو قوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَحَدٌ مِنَ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّى يَسْمَعَ كَلَامَ اللَّهِ﴾ التوبة/6، ونحو: إن جاءك رجل فأكرمه"³.

خامساً: "الاسم المحلى بأل، مفرداً كان، نحو قوله تعالى: ﴿إِنَّ الْإِنْسَانَ لِفِي خُسْرٍ﴾ (2) إِلَّا الَّذِينَ آمَنُوا﴾ العصر/2-3، أو جمعاً، كالرجال والمسلمين والقوم"⁴.

سادساً: "المضاف إلى معين، سواء كان المضاف جمعاً أو مفرداً"⁵، كقولك: جاء إخوة علي، أي كل واحد منهم، ونحو قوله تعالى: ﴿وَإِنْ تَعَدُّوا نِعْمَتَ اللَّهِ لَا تُحْصُوهَا﴾ إبراهيم/34، والمقصود نعم الله تعالى. سابعاً: "الأسماء الموصولة، فهي محمولة على العموم"⁶، نحو: أكرم من يأتيك، أي كل من يأتيك، وقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزُمُونَ الْمُبْحَنَاتِ﴾ النور/4، ﴿وَاللَّائِي يَنْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ﴾ الطلاق/4.

ثامناً: ما دلّ على خاص فهو عام في أجزائه"⁷، نحو: قرأت كتاب النحو، أي قرأت كل ما فيه، فدلّل عمومه أنه بمعنى كل.

تاسعاً: الفعل في سياق النفي أو النهي، نحو: لم يتكلم زيد، ونحو لا تتكلم"⁸، فهو شامل لكل أنواع الكلام.

بهادر بن عبد الله الزركشي ج2/288 -انظر، روضة الناظر وجنة المناظر- عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ج21/221 المحصول في علم الأصول-محمد الرازي ج2/525- الرياض- الطبعة الأولى/1400-هـتحقيق طه جابر فياض العلواني.

1 البحر المحيط في أصول الفقه-محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي ج2/288-انظر، مذكرة في أصول الفقه للشنقيطي/197- وانظر، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي-عبد العزيز بن أحمد بن محمد البخاري ج2/35- انظر، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول-محمد علي الشوكاني ج1/308.

2 انظر، الواضح في أصول الفقه للمبتدئين- د. محمد سليمان الأشقر/186.

3 انظر، إرشاد الفحول للشوكاني ج1/308- وأصول الفقه-د. محمد أبو النور زهير/396- انظر، الإحكام في أصول الأحكام-علي بن محمد الأمدي ج2/233.

4 انظر، روضة الناظر وجنة المناظر- عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ج21/221- انظر، مذكرة في أصول الفقه للشنقيطي/197- علم أصول الفقه-عبد الوهاب خلاف ج1/182-الناشر مكتبة الدعوة - الطبعة الثامنة- دار القلم.

5 انظر، الواضح في أصول الفقه للمبتدئين- د. محمد سليمان الأشقر/187- انظر، الإحكام في أصول الأحكام-علي بن محمد الأمدي ج2/297.

6 علم أصول الفقه-عبد الوهاب خلاف ج1/182-مكتبة الدعوة - الطبعة الثامنة- لدار القلم.

7 انظر، الواضح في أصول الفقه للمبتدئين- د. محمد سليمان الأشقر/188.

8 انظر، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي-عبد العزيز بن أحمد بن محمد البخاري ج2/231.

المبحث الثالث: حقيقة صيغ العموم في العموم، وتطبيقات أصولية.

* المطلب الأول: حقيقة صيغ العموم في العموم.

اتفق الأصوليون على أن صيغ العموم تستعمل في العموم، لكنهم اختلفوا هل هذه الصيغ حقيقة في العموم، أو أنها مجاز، وذلك على أقوال:

القول الأول: "صيغ العموم حقيقة في العموم مجاز في الخصوص"¹:

استدلوا على ذلك بقولهم، أولاً: جواز استثناء أي قدر كان من مدلولها، قليلاً أو كثيراً²، ثانياً: استدلال الصحابة بعموم هذه الصيغة³، ثالثاً: الجمع المنكر لا يقتضي العموم⁴.

القول الثاني: "صيغ العموم حقيقة في الخصوص، مجاز في العموم"⁵:

وقد احتج أصحاب هذا القول، "بأنالخصوص متيقن، فجعله حقيقة أولى من العموم لكونه مشكوكاً"⁶، فالحقيقة دائماً متيقنة، بينما الغير متيقن -أي المشكوك- فهو مجاز، كما أن "استعمال صيغ العموم في الخصوص أكثر من استعمالها في العموم"⁷، فكثيراً ما نقول: رأيت الناس، ولبست ثيابي، وأنفقت مالي، وافترق الناس، وجمع السلطان التجار، ولم يكن المقصود أنني رأيت كل الناس، ولا لبست

¹ انظر، نهاية السؤل شرح منهاج الوصول - الإسنيو ج 1/384 - التقرير والتحرير في علم الأصول - ابن أمير الحاج، محمد بن محمد ج 1/300 - وانظر، الإحكام في أصول الأحكام - للأمدى ج 2/241 - وانظر، الإيهاج في شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول للبيضاوي - للسبكي ج 3/143.

² وذلك لأن هذه الصيغ يجوز أن يستثنى منها ما شئناه من الأفراد اتفاقاً، والاستثناء إخراج ما لولاه لوجب اندراجه في المستثنى منه، فلزم من ذلك أن تكون الأفراد كلها واجبة الدخول، ولا معنى للعموم إلا ذلك، لأن الدخول لو لم يكن واجباً، بل كان جائزاً، لكان يجوز الاستثناء من الجمع المنكر، فقول: جاء رجال إلا زيداً، وقد نص النحاة على منعه. انظر، نهاية السؤل للأسنوي ج 1/384 - وانظر، الإيهاج في شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول للبيضاوي - للسبكي ج 3/143.

³ فقد استدلوا بعموم اسم الجنس المحلى بال، كقوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي﴾ النور/2، وبعموم الجمع المضاف، فإن فاطمة احتجت على أبي بكر -رضي الله عنهما- في توريثها من النبي -صلى الله عليه وسلم- بقوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمُ﴾ النساء/11، واستدل أيضاً أبو بكر بعمومه، فإنه ردّ على فاطمة بقوله -صلى الله عليه وسلم-: "نحن معاشر الأنبياء لا نورث. ما تركناه صدقة" الجامع الصحيح للبخاري - رقم/3712 - باب مناقب قرابة رسول الله صلى الله عليه وسلم، وهو بلفظ "لا نورث، ما تركناه فهو صدقة" واستدل عمر -رضي الله عنه- بعموم الجمع المحلى، فإنه قال لأبي بكر حين عزم على قتال مانعي الزكاة: كيف تقاتلهم وقد قال النبي -صلى الله عليه وسلم-: "أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا: لا إله إلا الله" الجامع الصحيح للبخاري - رقم/392 - باب فضل استقبال القبلة، فقال أبو بكر -رضي الله عنه-: ألم يقل: "إلا بحقها"؟ ولما قال الأنصار للمهاجرين: منا أمير ومنكم أمير، ردّ عليهم أبو بكر -رضي الله عنه- بقول النبي -صلى الله عليه وسلم-: "الأئمة من قريش" سنن النسائي الكبرى رقم/5942 - باب الأئمة من قريش. انظر، رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب - عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي ج 3/78.

⁴ لأنه يحتمل كل أنواع العدد، فالجمع المنكر إذا لم يكن مضافاً لا يقتضي العموم، ف (رجال) مثلاً يحتمل كل نوع من أنواع العدد، بدليل صحة تقسيمه إليه، وتفسير الإقرار به، وإطلاقه عليه ووصفه به، كرجال ثلاثة وعشرة، ومورد التقسيم وهو الجمع أعم من أقسامه ضرورة، فيكون الجمع أعم، وكل فرد أخص. والأعم لا يدل على الأخص، ولا يستلزمه فلا يحمل عليه. انظر، نهاية السؤل للأسنوي ج 1/386.

⁵ انظر، الإحكام في أصول الأحكام للأمدى ج 2/222 - أصول الفقه - د. محمد أبو النور زهير ج 2/398 - انظر، رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب - عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي ج 3/79.

⁶ انظر، رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب - عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي ج 3/79 - التحبير شرح التحرير في أصول الفقه - علي بن سليمان المرداوي الحنبلي ج 5/2327.

⁷ التبصرة في أصول الفقه - إبراهيم بن علي الشيرازي ج 1/111 - دار الفكر - دمشق - الطبعة الأولى/1403 هـ - تحقيق د. محمد هيتو.

كل ثيائي، ولا أنفقت كل مالي، ولا افتقر كل الناس، ولا جمع السلطان كل التجار، إنما المقصود الحقيقي هو البعض، بهذا تكون الصيغ حقيقة في الخصوص، وبالتالي فهي مجاز في العموم.

القول الثالث: "صيغ العموم مشترك لفظي بين العموم والخصوص"¹. وقد استدل أصحاب هذا القول "بأن صيغة الاشتراك اللفظي بين العموم والخصوص أطلقت لهما، والأصل في الإطلاق الحقيقة"²، فقد استعملت في العموم في قوله تعالى: ﴿وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾ البقرة/282، كما استعملت في الخصوص في قوله تعالى: ﴿الَّذِينَ قَالَ لَهُمُ النَّاسُ آلُ عِمْرَانَ﴾ آل عمران/173، قال الإمام القرطبي: أنه يريد بالناس واحداً، هو نعيم بن مسعود الأشجعي³، والأصل في الاستعمال الحقيقة، وبالتالي لا يجوز أن تكون الصيغ مجازاً في أحدهما، لأن المجاز خلاف الأصل، فالصيغ موضوعة لكل من العموم والخصوص استقلالاً، وهذا هو الاشتراك اللفظي⁴.

كما أن هذه الصيغ يحسن الاستفسار عنها من المتكلم عما يريد، حيث يصح أن يقال له أردت العموم أو الخصوص، "وحسن الاستفسار يدل على أن الصيغ صالحة لكل من العموم والخصوص، فتكون حقيقة في كل منهما، ولو كانت حقيقة في واحد منهما لما حسن الاستفسار، لأن اللفظ عند إطلاقه يفهم منه معناه، ولا يفهم غيره إلا بقراءة تدل على ذلك"⁵.

إن العرب تستعمل لفظ العين في مسمياته، ولفظ الجون في السواد والبياض والحمرة استعمالاً واحداً متشابهاً، يقول الشيخ الخضري-رحمه الله تعالى-: "فقضينا بأنه مشترك، ومن ادعى أنه حقيقة في واحد، مجاز في الآخر، فهو مطالب بالدليل على أن هذا ليس من قبيل المشترك، كما أنه لم يقم أي دليل على أنه حقيقة في العموم ولا في الخصوص، فهو متحكم، فيلزم الاعتراف بالاشتراك"⁶.

القول الرابع: "صيغ العموم حقيقة في العموم في الأوامر والنواهي، ومجهولة في الأخبار"⁷.

1 انظر، رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب- عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي ج3/71-المستقصى في علم الأصول-أبو حامد محمد بن محمد الغزالي ج2/120.

2 انظر، رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب- عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي ج3/80- وانظر، الإحكام في أصول الأحكام- للأمدى ج2/241.

3 تفسير القرطبي-محمد بن أحمد القرطبي ج4/279- دار الكتب المصرية - القاهرة- الطبعة الثانية/1964م.

4 المشترك اللفظي هو لفظ وضع لمعنيين أو أكثر بأوضاع متعددة، أي وضع لكل معنى من معانيه على حدة، كأن يوضع لهذا المعنى، ثم يوضع مرة ثانية لمعنى آخر، مثل لفظ (العين)، فهي تعني الباصرة، وعين الماء، والجاسوس، والسلعة. انظر، الوجيز في أصول الفقه للدكتور عبد الكريم زيدان/321- دار التوزيع والنشر الإسلامية- القاهرة- الطبعة الأولى/1993م

5 انظر، أصول الفقه- د.محمد أبو النور زهير ج2/402- وانظر، الإحكام في أصول الأحكام- للأمدى ج2/222-المحصل في علم الأصول-محمد الرازي ج2/526- انظر، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول-محمد بن علي بن محمد الشوكاني ج1/295.

6 أصول الفقه- الشيخ محمد الخضري/152-دار الحديث-القاهرة-الطبعة الأولى/2001م.

7 انظر، رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب للسبكي ج3/71- وانظر، التحرير شرح التحرير في أصول الفقه-علي بن سليمان المرادوي الحنبلي ج5/2328- وانظر، روضة الناظر وجنة المناظر-عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ج1/228.

استدل القائلون بالعموم في الأوامر والنواهي دون الأخبار بأن التكاليف عامة على جميع المكلفين، والعموم إنما يستفاد من اللفظ، فلو لم تكن الصيغ الواقعة في الأوامر والنواهي مفيدة للعموم للزم أحد أمرين: "إما التكاليف غير عامة، فهذا باطل لأن التكاليف عامة، أو أنها عامة، ولا يعلم المكلف طريقة عمومها، وهذا أيضاً باطل لما فيه من التكليف بما لا يطاق، من هنا تبين أن الأوامر والنواهي تقتضي العموم، أما الأخبار فلا تكليف فيها، فلا نعلم هل تفيد العموم أو الخصوص"¹.

وقد فصل السبكي في الأخبار قائلًا: "إن الأخبار إذا وردت ومخرجها مخرج العموم عند القائلين به، وكانت وعداً أو وعيداً، فيعلم أن المراد بها العموم"². يفهم من هذا الكلام أن الوعد أو الوعيد على شيء، يجعل الشخص مكلفاً بمعرفة الخبر، ليتحقق المقصود من الوعد، وهو الانقياد إلى الطاعات وفعل الخيرات، والمقصود من الوعيد ترك المعاصي والمنكرات، وبذلك يكون مقتضى التعميم موجوداً.

كما أن هناك من الأخبار ما يجعل الشخص مكلفاً بها، وذلك مثل قوله تعالى: ﴿وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾ البقرة/282، وقوله أيضاً: ﴿اللَّهُ خَالِقُ كُلِّ شَيْءٍ﴾ الزمر/62.

القول الخامس: "التوقف، وعدم الجزم بشيء من الحقيقة ولا المجاز"³ وذلك لتعارض الأدلة، فبعضها يثبت العموم وبعضها الآخر يثبت الخصوص، ولا مرجح لأحدهما على الآخر، فالقول بالعموم أو الخصوص يعتبر قولاً بلا دليل، وهذا باطل، لذا كان الوقف أسلم، وقد أكد الأصوليون أن "الواجب التوقف إلا أن يترجح أحدهما على الآخر بمرجح"⁴، وهذا عام في حال تعارض الأدلة.

ذكر ابن قدامة "أن حاصل حجة الواقفية هي مطالبة بالدليل، ولا دليل"⁵.

ولعل السؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام، هل دلالة العام قطعية أو ظنية؟ انقسم الأصوليون حول دلالة العام، هل هو قطعي أو ظني؟ "ذهب جماعة إلى أنه قطعي، وأخرى أنه ظني، واشتهر قول الإمام الشافعي بأنها ظنية"⁶، كما ذكر الأسنوي أن "دلالة العموم قطعية عند الشافعي - رحمه الله - وظنية عند أكثر الفقهاء"⁷.

1 انظر، أصول الفقه - د. محمد أبو النور زهير ج4/2-403، انظر، رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب للسبكي ج3/80.

2 انظر، الإبهاج في شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول للبيضاوي - علي بن عبد الكافي السبكي ج3/144.

3 أصول الفقه - د. محمد أبو النور زهير ج4/2-403.

4 انظر، الإبهاج في شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول للبيضاوي - علي بن عبد الكافي السبكي ج3/239.

5 انظر، روضة الناظر وجنة المناظر - عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ج1/338.

6 الإبهاج في شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول للبيضاوي - علي بن عبد الكافي السبكي ج3/119.

7 نهاية السؤل شرح منهاج الوصول للأسنوي ج1/384 - انظر، البحر المحيط في أصول الفقه للزركشي ج2/197.

قال جمهور الشافعية: "أن دلالة العام على كل فرد بخصوصه ظنية لاحتماله للتخصيص، وإن لم يظهر مخصص، لكثرة التخصيص في العمومات"¹، أي أن العموم راجح، والخصوص مرجوح، وهذا هو المعروف عن الشافعي، ووجهتهم في ذلك أن هذه الصيغ كثر إطلاقها مع إرادة بعض مدلولها، حتى اشتهر بين العلماء قولهم: "ما من عام إلا وطرقه التخصيص"²، وهذا القول ليس على عمومته أيضاً، حيث خرج منه قول الله تعالى: ﴿وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾ البقرة/282، وقوله أيضاً: ﴿لَهُ مَا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ﴾ البقرة/255، "هذه الكثرة تجعل دلالة الصيغ على العموم ظنية، لأن احتمال إرادة البعض منها حاصل بدليل أن ما من عام إلا وطرقه التخصيص، فيكون إرادة الخصوص من هذه الصيغ مستندة لدليل، والاحتمال الناشئ عن دليل ينافي القطعية، أي أن دلالة الصيغ على العموم ظنية"³.

بينما ذهب أغلب الحنفية إلى أن دلالة الصيغ على العموم دلالة قطعية، أي لا تحتل التخصيص، ووجهتهم في ذلك "أن الصيغ وضعت للعموم دون الخصوص، فعند إطلاقها يفهم منها ما وضعت له، وهو العموم، واحتمال إرادة الخصوص منها احتمال مجرد عن الدليل، وهذا لا ينافي قطعية الدلالة، فتكون الدلالة على العموم قطعية لا ظنية، ويكون الوضع للعموم حقيقة ويحمل على الخصوص مجازاً، إذ هو يفيد أن العموم أصل والخصوص عارض"⁴، ففي قوله تعالى: ﴿وَمَا عَلَّمْتُمْ مِّنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ﴾ المائدة/4، "معلوم أنه شامل للطير والكلاب، ثم قوله مُكَلِّبِينَ محتمل أن يريد ذكره من الجوارح والكلاب منها، ويكون قوله مُكَلِّبِينَ بمعنى مؤدبين، ولا يخص ذلك بالكلاب دون غيرها، فوجب حمله على العموم وأن لا يخصص بالاحتمال"⁵.

نشأ عن هذا الخلاف، اختلاف الأحكام المستنبطة، بحسب مفهوم دلالة صيغ العام، "فأكثر الأحناف لا يجوزون تخصيص العام بالقياس ولا بخبر الواحد"⁶، لأن دالتهما ظنية، بينما دلالة العام قطعية، والظني لا يعارض القطعي، لأن القطعي مقدم عليه، أما "إن خصص العام بالقطعي كالمتواتر، فقد صار

1 انظر، شرح جمع الجوامع لابن السبكي- محمد بن أحمد المحلي ج1/223، وهو شرح المحلي على متن جمع الجوامع لعبد الوهاب ابن السبكي.

2 التقرير والتحرير في علم الأصول-ابن أمير الحاج، محمد بن محمد ج2516/6-روضة الناظر وجنة المناظر-عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ج1/238د.

3 انظر، أصول الفقه-د. محمد زهير أبو النور ج2/404.

4 انظر، التقرير والتحرير في علم الأصول-ابن أمير الحاج، محمد بن محمد ج244/1 - أصول الفقه- محمد زهير أبو النور ج2/404.

5 أحكام القرآن -أحمد بن علي، أبي بكر الرازي الجصاص الحنفي ج310/3-دار احياء التراث العربي- بيروت/1405 هـ-تحقيق محمد الصادق قمحاوي.

6 انظر، أصول السرخسي-محمد بن أحمد السرخسي ج1/142.

بعد التخصيص ظنياً، عندها لا مانع من تخصيصه بالظني، كخبر الواحد مثلاً، لأن الظني يعارض الظني المماثل له¹، بينما الشافعية "فيجيزون تخصيص العام بخبر الواحد أو بالقياس، لأن دالتهما ظنية، وكذلك العام فدلالته ظنية أيضاً، والظني يعارض الظني فيخصصه"².

أما حجية العام فيما بقي بعد التخصيص، فقد اختلف العلماء هل يكون حجة أم لا، "ومحل الخلاف فيما إذا خص بمبين، أما إذا خص بمبهم كما لو قيل: اقتلوا المشركين إلا بعضهم، فلا يحتج به على شيء من الأفراد بلا خلاف، إذ ما من فرد إلا ويجوز أن يكون هو المخرج، وأيضاً إخراج المجهول من المعلوم يصيره مجهولاً"³، وأما إذا كان التخصيص بمبين، فقد اختلفوا في ذلك على أقوال:

الأول: أنه حجة في الباقي⁴، **والثاني:** أنه ليس بحجة فيما بقي⁵، **الثالث:** أنه إن خص بمتصل كالشرط والاستثناء والصفة فهو حجة فيما بقي، وإن خص بمنفصل فلا⁶، **الرابع:** إن التخصيص إن لم يمنع استفادة الحكم بالاسم وتعلقه بظاهره جاز التعلق به⁷، **الخامس:** إن كان لا يتوقف على

1 - التقرير والتحرير في علم الأصول-ابن أمير الحاج، محمد بن محمد ج311/1-دار الفكر-بيروت/1996م.

2 انظر، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول-محمد بن علي بن محمد الشوكاني ج387/1-البحر المحيط في أصول الفقه للزركشي ج503/2.

3 انظر، شرح التلويح على التوضيح لمتن التفتيح في أصول الفقه-سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني الشافعي ج82/1-تحقيق زكريا عميرات-دار الكتب العلمية-بيروت - لبنان-الطبعة الأولى/1996م-إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للشوكاني ج340/1.

4 لأن اللفظ العام كان متناولاً للكل، فيكون حجة في كل واحد من أقسام ذلك الكل، ونحن نعلم بالضرورة أن نسبة اللفظ إلى كل الأقسام على السوية، فأخراج البعض منها بمخصص لا يقتضي إهمال دلالة اللفظ على ما بقي، كما أن استصحاب حال كونه عاماً حجة قبل التخصيص، يدل على أن العام قبل التخصيص حجة، والأصل بقاء ما كان على ما كان، حتى يقوم الدليل الناقض عن ذلك الحال.

انظر، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للشوكاني ج341/1-انظر، الإبهاج في شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول للبيضاوي-علي بن عبد الكافي السبكي ج155/5-انظر، روضة الناظر وجنة المناظر لابن قدامة ج238/1-انظر، شرح التلويح على التوضيح لمتن التفتيح في أصول الفقه-سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني الشافعي ج82/1-شرح مختصر الروضة-سليمان بن عبد القوي بن الكريم الطوفي الصرصري ج529/2-تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي-مؤسسة الرسالة-الطبعة الأولى/1987م.

5 استدلوا بأن معنى العموم حقيقة غير مراد مع تخصيص البعض، وسائر ما تحته من المراتب مجازات، وإذا كانت الحقيقة غير مرادة، وتعددت المجازات، كان اللفظ مجعلاً فيها، فلا يحمل على شيء منها، فالعام بعد التخصيص يصير مستعملاً في غير ما وضع له، فيكون مجازاً، فالمشركين كان موضوعاً للاستغراق، فإذا خص منه اليهود والنصارى صار مستعملاً في بعض ما وضع له، وهو غير ما وضع له. انظر، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للشوكاني ج342/1-انظر، شرح مختصر الروضة-سليمان بن عبد القوي الطوفي الصرصري ج530/2.

6 أي إذا خصص بدليل منفصل صار مجازاً، وإن خصص بلفظ متصل فليس بمجاز، بل يصير الكلام بالزيادة كلاماً آخر، موضوعاً لشيء آخر، فقولنا مسلم، يدل على واحد، ثم نزيده الواو والنون فيدل على أمر زائد ولا نجعله مجازاً، ثم نزيد الألف والنون في رجل، فيصير صيغة أخرى بالزيادة، ولا فرق بين زيادة كلمة أو زيادة حرف. انظر، روضة الناظر وجنة المناظر لابن قدامة ج238/1-انظر، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للشوكاني ج342/1-انظر، شرح مختصر الروضة-سليمان بن عبد القوي الطوفي ج534/2.

7 كما في قوله تعالى: ﴿فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ﴾ التوبة/5، لأن لقيام الدلالة على المنع من قتل أهل الذمة لا يمنع من تعلق الحكم، وهو القتل باسم المشركين، وإن كان يمنع من تعلق الحكم بالاسم العام، ويوجب تعلقه بشرط لا يبنى عنه الظاهر، لم يجز التعلق به، كما في قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ المائدة/38، لأن قيام الدلالة على اعتبار النصاب والحرز، وكون المسروق لا شبهة للسارق فيه يمنع من تعلق الحكم، وهو القطع بعموم اسم السارق، ويوجب تعلقه بشرط لا يبنى عنه ظاهر اللفظ. انظر، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للشوكاني ج343/1.

البيان قبل التخصيص، ولا يحتاج إليه كـ ﴿اَقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ﴾ التوبة/5، فهو حجة¹، السادس: أنه يجوز التمسك به في أقل الجمع، وذلك لأهملتين²، السابع: أنه يتمسك به في واحد فقط³، الثامن: الوقف، فلا يعمل به إلا بدليل⁴.

جواز تخصيص العموم إلى أن يبقى واحداً

اختلف الأصوليون في جواز تخصيص العموم إلى أن يبقى واحداً، فقد جوزوه ابن قدامة⁵، وقيل لا يجوز النقصان من أقل الجمع، لأنه يخرج به عن الحقيقة، إلا أن تستعمل في الواحد على سبيل التعظيم والإبانة، بأن ذلك الواحد يجري مجرى الكبير، فأما على غير ذلك فليس بمستعمل⁶.

أما الأدلة التي يخص بها العموم فهي تسعة:

الأول دليل الحس⁷، وبه خصص قوله تعالى: ﴿تَذَمَّرُ كُلُّ شَيْءٍ بِأَمْرِ رَبِّهَا﴾ الأحقاف/25، خرج منه السماء والأرض وأمور كثيرة بالحس.

الثاني دليل العقل⁸، وبه خصص قوله سبحانه: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ آل عمران/97، لدلالة العقل على استحالة تكليف من لا يفهم.

1 لأن مراده ببيان قبل إخراج النفي، وإن كان يتوقف على البيان، ويحتاج إليه قبل التخصيص فليس بحجة، كقوله تعالى: ﴿أَقِيمُوا الصَّلَاةَ﴾ البقرة/110، فإنه يحتاج إلى البيان قبل إخراج الحائض ونحوها. انظر، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للشوكاني ج/343.

2 استدل لهذا القول، بأن أقل الجمع هو المتقين، والباقي مشكوك فيه، ورد بمنع كون الباقي مشكوكاً فيه. انظر، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للشوكاني ج/343. وانظر، شرح مختصر الروضة-سليمان بن عبد القوي بن الكريم الطوفي ج/526.

3 أنه يتمسك به في واحد فقط، وهو أشد تحكماً مما قبله، وذلك لأن اللفظ العام وإن كان واحداً لكنه في تقدير ألفاظ

متعددة مطابقة لأفراد مدلوله في العدد، مثاله: إذا قال: أكرم الرجال، وفرضنا أن جنس الرجال عشرون، فلفظ الرجال في تقدير عشرين لفظاً يدل كل لفظ منها على رجل من العشرين، فكأنه قال: أكرم زيداً وبكراً وخالداً وجعفرأ وبشراً. انظر، شرح مختصر الروضة-سليمان بن عبد القوي بن الكريم الطوفي ج/531.

4 فالوقف إنما يحسن عند توازن الحجج وتعارض الأدلة، انظر، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للشوكاني ج/342 وما بعدها. وانظر، شرح مختصر الروضة-سليمان الطوفي ج/535.

5 انظر، روضة الناظر وجنة المناظر-عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ج/240-العدة في أصول الفقه-محمد بن الحسين بن محمد بن خلف ابن الفراء ج/544.

6 واحتجوا بقول الله تعالى ﴿إِنَّا نَحْنُ نَزَّلْنَا الذِّكْرَ وَإِنَّا لَهُ لَحَافِظُونَ﴾ الحجر/9، ومنزل الذكر هو الله الواحد عز وجل، وقد أنفذ عمر بن الخطاب-رضي الله عنه-إلى سعد بن أبي وقاص القعقاع مع ألف فارس، قائلاً إني أنفذت إليك ألفي رجل، فقد وصفه بأنه ألف، فإذا جاز ذلك في ألفاظ العدد فجوازه في ألفاظ العموم أولى، والجواب أن ذلك خرج على طريق التعظيم أو الإخبار بقيام الواحد مقام الجماعة وذلك سانغ. انظر، المحصول في علم الأصول-محمد بن عمر بن الحسين الرازي ج/163- وانظر، المعتمد في أصول الفقه-محمد البصري أبو الحسين ج/236.

7 انظر، الإبهاج في شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول للبيضاوي-علي بن عبد الكافي السبكي ج/237- وانظر، روضة الناظر وجنة المناظر-عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ج/243- وانظر، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول-محمد بن علي بن محمد الشوكاني ج/382-- الموافقات للشاطبي ج/184.

8 نريد بالتخصيص الدليل المعروف إرادة المتكلم، وأنه أراد باللفظ الموضوع للعموم معنى خاصاً، والعقل يدل على ذلك. انظر، المستصفى في علم الأصول-أبو حامد محمد بن محمد الغزالي ج/179- وانظر، روضة الناظر وجنة المناظر-عبد الله بن أحمد بن

الثالث الإجماع فإن الإجماع قاطع، والعام يتطرق إليه الاحتمال¹.

الرابع النص الخاص يخصص اللفظ العام²، فقول النبي- صلى الله عليه وسلم -: "لا تقطع يد السارق إلا في ربع دينار فصاعد"³، خصص عموم قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ المائدة/38، وقوله صلى الله عليه وسلم: "ليس فيما دون خمسة أوسق من التمر صدقة"⁴، خصص عموم قوله: "فيما سقت السماء العشر"⁵ ولا فرق بين أن يكون العام كتاباً أو سنة، أو متقدماً أو متأخراً. فالصحابا خصصوا قوله تعالى: ﴿وَأَحْلَلْ لَكُمْ مَّا وَّرَاءَ ذَٰلِكُمْ﴾ النساء/24، برواية أبي هريرة عن النبي- صلى الله عليه وسلم - "لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها"⁶، وخصصوا آية الميراث بقوله صلى الله عليه وسلم: "لا يرث المسلم الكافر، ولا الكافر المسلم"⁷، "ولا يرث القاتل"⁸، "وإننا معاشر الأنبياء لا نورث"⁹. مما يدل على أن "الصحابا والتابعين، كانوا يتسارعون إلى الحكم بالخاص على العام، من غير اشتغال بطلب تاريخ، ولا نظر في تقديم ولا تأخير"¹⁰.

قدامة المقدسي ج1/244- علم أصول الفقه- عبد الوهاب خلاف ج1/188- مكتبة الدعوة - الطبعة الثامنة- دار القلم- البحر المحيط في أصول الفقه للزركشي ج2/412.

1 وإجماعهم على الحكم في بعض صور العام، على خلاف موجب العموم، لا يكون إلا عن دليل قاطع بلغهم في نسخ اللفظ، إن كان أريد به العموم، أو عدم دخوله تحت الإرادة عند ذكر العموم. انظر، روضة الناظر وجنة المناظر- عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ج1/244.

2 انظر، المستصفى في علم الأصول- أبو حامد محمد بن محمد الغزالي ج2/179- انظر، روضة الناظر وجنة المناظر- عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ج1/244- 245- الإبهاج في شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول للبيضاوي- علي بن عبد الكافي السبكي ج3/239.

3 صحيح مسلم/4494- باب حد السرقة ونصابها.

4 صحيح البخاري/1459- باب لا تؤخذ كرائم أموال الناس في الصدقة.

5 صحيح ابن خزيمة/2307- باب ذكر مبلغ الواجب من الصدقة- إسناده صحيح- السنن الكبرى للبيهقي/7740- باب إيجاب الصدقة في الزبيب إذا بلغ .. وقال: إسناده صحيح.

6 عن الزهري، قال: حدثني قبيصة بن ذؤيب أنه سمع أبا هريرة يقول: "نهى النبي صلى الله عليه وسلم أن تنكح المرأة على عمتها والمرأة وخالتها" صحيح البخاري حسب ترفيم فتح الباري/ 5110- باب لا تنكح المرأة على عمتها. وعن أبي هريرة، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا تنكح المرأة على عمتها، ولا على خالتها" صحيح ابن حبان/4068- باب ذكر الزجر عن سؤال المرأة الرجل طلاق أختها لتكتفىء بما في صحتها.

7 صحيح البخاري/6764- باب لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم..- صحيح مسلم/4225- باب حدثنا يحيى بن يحيى.

8 وهو قول عمر بن الخطاب- رضي الله عنه- مسند الإمام أحمد/346- باب مسند عمر بن الخطاب- رضي الله عنه- قال شعيب الأرنؤوط حديث حسن.

9 مسند الإمام أحمد/9973- باب مسند أبي هريرة- رضي الله عنه-، وقال إسناده صحيح على شرط الشيخين.

10 انظر، روضة الناظر وجنة المناظر- عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ج1/246.

الخامس المفهوم بالفحوى ودليل الخطاب، فإن الفحوى قاطع كالنص ودليل الخطاب حجة كالنص¹، فيخص عموم قوله صلى الله عليه وسلم: في أربعين شاة شاة، بمفهوم قوله: "في سائمة الغنم الزكاة"².

السادس فعل رسول الله³ - صلى الله عليه وسلم - كتخصيص عموم قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرُبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهُرْنَ﴾ البقرة/222، بما روت عائشة رضي الله عنها قالت:

كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - "يأمرني فأتزر، فيباشرني وأنا حائض"⁴.

السابع تقرير رسول الله - صلى الله عليه وسلم - واحدا من أمته بخلاف موجب العموم وسكوته عليه⁵، فسكوت النبي - صلى الله عليه وسلم - عن الشيء يدل على جوازه، فإنه لا يحل له الإقرار على الخطأ وهو معصوم.

الثامن قول الصحابي، عند من يراه حجة مقدم على القياس، يخص به العموم، فإن القياس يخص به، فقول الصحابي المقدم عليه أولى⁶.

التاسع قياس نص خاص إذا عارض عموم نص آخر⁷، فيه وجهان:

أحدهما يخص به العموم، والوجه الآخر لا يخص به العموم، "لأن الظنون المستفادة من النصوص أقوى من الظنون المستفادة من المعاني المستنبطة، ولأن العموم أصل، والقياس فرع فلا يقدم على الأصل، ولأن القياس إنما يراد لطلب حكم ما ليس منطوقا به، فما هو منطوق به لا يثبت بالقياس"⁸.

ذكر الإمام السبكي المخصص، بأنه متصل ومنفصل، فالمتصل أربعة⁹، الاستثناء¹⁰، مثل: ﴿لَوْ كَانَ فِيهِمَا آلِهَةٌ إِلَّا اللَّهُ لَفَسَدَتَا﴾ الأنبياء/22، والشرط¹، وهو الذي يتوقف عليه تأثير المؤثر لا وجود المؤثر، مثل

1 أنوار البروق في أنواع الفروق-أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس المالكي الشهير بالقرافي ج2/251- وانظر، روضة الناظر وجنة المناظر-عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ج1/247.

2 سنن الدار قطني/1985-باب وجوب الزكاة في مال الصبي واليتيم، وقال: إسناده صحيح.

3 انظر، المستصفى في علم الأصول-أبو حامد محمد بن محمد الغزالي ج2/179- وانظر، روضة الناظر وجنة المناظر-عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ج1/247.

4 صحيح البخاري/300-باب قراءة الرجل في حجر امرأته وهي حائض.

5 انظر، روضة الناظر وجنة المناظر-عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ج1/248.

6 المصدر السابق ج1/248.

7 أنوار البروق في أنواع الفروق-أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس المالكي الشهير بالقرافي ج3/374.

8 البرهان في أصول الفقه-عبد الملك الجويني ج2/875-دار الوفاء-مصر-الطبعة الرابعة/1418هـ-انظر، روضة الناظر وجنة المناظر-عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ج1/249.

9 الفروق أو أنوار البروق في أنواع الفروق للقرافي ج1/329-تحقيق خليل المنصور-دار الكتب العلمية-بيروت/1998م-رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب-عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي ج4/32-نهاية السؤل شرح منهاج الوصول-الإمام عبد الرحيم الإسنوي ج1/411.

10 انظر، الإبهاج في شرح منهاج الوصول إلى علم الأصول للبيضاوي-علي بن عبد الكافي السبكي ج3/195.

الإحصان لوجوب الرجم، فإن تأثير المؤثر وجوب الرجم هو الزنا، متوقف عليه دون وجوده، لأنه قد يوجد الزنا ولا يوجد الإحصان، والصفة²، كتحرير رقبة مؤمنة، لأن رقبة عام، والتقيد بالمؤمنة يخرج الكافرة، والغاية³، مثل: ﴿ثُمَّ أَتَمُوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ﴾ البقرة/187.

أما إذا تعارض عمومان، "فأمكن الجمع بينهما⁴، وإن تعذر الجمع بينهما لتساويهما ولكونهما متناقضين، فلا بد أن يكون أحدهما ناسخاً للآخر، فإن أشكل التاريخ طلب الحكم من دليل غيرهما"⁵

وكذلك لو تعارض عمومان "كل واحد عام من وجه، خاص من وجه، مثل قوله صلى الله عليه وسلم: من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها إذا ذكرها⁶، فإنه يتناول الفائتة بخصوصها، ووقت النهي بعمومه، مع قوله: لا صلاة بعد العصر حتى تغرب الشمس⁷ يتناول الفائتة بعمومه والوقت بخصوصه"⁸.

وقوله: من بدل دينه فاقتلوه⁹ مع قوله: نهي عن قتل النساء¹⁰ فهما سواء لعدم ترجيح أحدهما على الآخر فيتعارضان ويعدل الى دليل غيرهما.

وقال قوم "لا يجوز تعارض عمومين خاليين عن دليل الترجيح، لأنه يؤدي إلى وقوع الشبهة، وهو منفر عن الطاعة"¹¹

1 انظر، البحر المحيط في أصول الفقه -الزركشي ج2/472-الإبهاج في شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول للبيضاوي-علي بن عبد الكافي السبكي ج2/217- نهاية السؤل شرح منهاج الوصول-الإمام عبد الرحيم الإسنوي ج1/426.

2 انظر، رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب- عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي ج3/297 - الإبهاج في شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول للبيضاوي-علي بن عبد الكافي السبكي ج3/327- نهاية السؤل شرح منهاج الوصول-الإمام عبد الرحيم الإسنوي ج1/429.

3 انظر، الإبهاج في شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول للبيضاوي-علي بن عبد الكافي السبكي ج3/224-وانظر، البحر المحيط في أصول الفقه -الزركشي ج2/478- التحرير شرح التحرير في أصول الفقه-علي بن سليمان المرادوي الحنبلي ج6/2632-تحقيق د. عبد الرحمن الجبرين، د. عوض القرني، د. أحمد السراح-مكتبة الرشد- السعودية- الرياض/2000م- شرح الوراقات-محمد بن أحمد المحلي الشافعي ج1/88-تحقيق الدكتور حسام الدين بن موسى عفانه- الطبعة الثانية/2000م.

4 بأن يكون أحدهما أخص من الآخر فيقدم الخاص، أو يكون أحدهما يمكن حمله على تأويل الصحيح، والآخر غير ممكن تأويله، فيجب التأويل في المؤول، ويكون الآخر دليلاً على المراد منه جمعاً بين الحديثين، إذ هو أولى من إلغائهما.

5 روضة الناظر وجنة المناظر-عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ج1/249.

6 أخرجه البخاري من حديث أنس رضي الله عنه بلفظ: "من نسي صلاة فليصل إذا ذكرها ولا كفارة لها إلا ذلك" ﴿وَأَقِمِ الصَّلَاةَ لِذِكْرِي﴾، كتاب مواقيت الصلاة، باب من نسي صلاة فليصلها إذا ذكرها 597. ومسلم، كتاب المساجد ومواضع الصلاة، باب قضاء الصلاة الفائتة واستحباب تعجيل قضائها 684.

7سنن ابن ماجه-باب النهي عن الصلاة بعد الفجر/1249- قال الألباني صحيح. مسند أحمد بن حنبل/21500- قال الأرناؤوط صحيح لغيره دون غيره.

8 انظر، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول-محمد بن علي بن محمد الشوكاني ج2/272- وانظر، روضة الناظر وجنة المناظر-عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ج1/251- وانظر، المعتمد في أصول الفقه-محمد البصري أبو الحسين ج2/428.

9 صحيح البخاري/3017- باب لا يعذب بعذاب الله.

10 صحيح البخاري/4646- باب تحريم قتل النساء والصبيان في الحرب.

11 انظر، روضة الناظر وجنة المناظر-عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ج1/252.

* - المطلب الثاني: تطبيقات أصولية حول العام

أولاً: في عموم نفي المساواة بين الشيئين:

اختلف الأصوليون في مسألة عموم نفي المساواة بين الشيئين، ففي قول الله تعالى: ﴿لَا يَسْتَوِي أَصْحَابُ النَّارِ وَأَصْحَابُ الْجَنَّةِ﴾ الحشر/20، وقوله سبحانه: ﴿قُلْ هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ﴾ الزمر/9، وقوله أيضاً: ﴿أَفَمَنْ كَانَ مُؤْمِنًا كَمَنْ كَانَ فَاسِقًا لَا يَسْتَوُونَ﴾ السجدة/18، حيث ذهب الإمام البيضاوي والإمام الرازي وغيرهما إلى "أن نفي المساواة بينهما لا يقتضي من كل الوجوه، بل من بعضها، فإن الآيات عندهم ليست عامة، فلا ينبغي الاستواء من كل وجه، لأن الأعم لا يستلزم نفي الأخص"¹.

بينما ذهب الشافعية إلى أن "نفي المساواة بين الشيئين يقتضي نفيها بينهما من كل الوجوه التي يمكن نفيها عنها باعتبار ظاهر اللفظ"²، وبناء على ذلك، فإن الذمي غير مساوٍ للمسلم، وهو أقل منه في العصمة، "فإذا قتل المسلم الذمي لا يقتل المسلم به لعدم المساواة"³ كما ذكر الآمدي أنه "يقتضي نفي الاستواء في جميع الأمور عند أصحابنا القائلين بالعموم، حجتهم أنه إذا قال القائل لا مساواة بين زيد وعمرو، فالنفي داخل على مسمى المساواة، فلو وجدت المساواة من وجه، لما كان مسمى المساواة منتفياً، وهو خلاف مقتضى اللفظ"⁴، كما أنه "ليست المساواة في الإثبات للعموم، وإنما هي للخصوص، وإلا لم تصدق مساواة بين شيئين أبداً، إذ ما من شيئين إلا وبينهما نفي مساواة، لعدم المساواة بين كل شيئين من جميع الوجوه، وإلا لكانا واحداً، فالمساواة لا دلالة لها على العموم، إنما استفيد العموم من النفي، والنفي قرينة أفادته"⁵.

1 الإبهاج في شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول للبيضاوي-علي بن عبد الكافي السبكي ج3/153- وانظر، التقرير والتحرير في علم الأصول-ابن أمير الحاج، محمد بن محمد ج284/1. ذكر الرازي أن ذلك لوجهين، الأول: أن نفي الاستواء أعم من نفي الاستواء من كل الوجوه، أو من بعضها، والدال على القدر المشترك بين القسمين لا إشعار فيه بهما، والثاني: أنه إما أن يكفي في إطلاق لفظ المساواة الاستواء من بعض الوجوه، أو لا بد فيه من الاستواء من كل الوجوه، والأول باطل، وإلا لوجب إطلاق لفظ المتساويين على جميع الأشياء، لأن كل شيئين فلا بد وأن يستويا في بعض الأمور، من كونهما معلومين ومذكورين وموجودين، وفي سلب ما عدهما عنهما، ومتى صدق عليه المساوي، وجب أن يكذب عليه غير المساوي، لأنهما في العرف كالمتناقضين، فإن من قال هذا يساوي ذلك، فمن أراد تكذيبه قال إنه لا يساويه، والمتناقضان لا يصدقان معاً، فوجب أن لا يصدق على شيئين البتة أنهما متساويان وغير متساويين، ولما كان ذلك باطلاً، علمنا أنه يعتبر في المساواة، المساواة من كل الوجوه، وحينئذ يكفي في نفي المساواة، نفي الاستواء من بعض الوجوه، فقولنا لا يستويان لا يفيد نفي الاستواء من جميع الوجوه، والله أعلم. انظر، المحصول في علم الأصول للرازي ج2/618.

2 إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول-محمد بن علي بن محمد الشوكاني ج305/1-البحر المحيط في أصول الفقه للزركشي ج280/2.

3 المجموع شرح المذهب-أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، وهو شرح النووي لكتاب المذهب للشيرازي ج356/18.

4 الإحكام في أصول الأحكام-علي بن محمد الآمدي ج266/2-دار الكتاب العربي - بيروت-الطبعة الأولى/1404هـ-تحقيق د. سيد الجميلي.

5 رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب-عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي ج150/3.

وفي قوله صلى الله عليه وسلم: "المسلمون تتكافأ دماؤهم"¹، قال السرخسي: "لا يدل هذا على أن دماء غيرهم لا تكافؤهم، وأن تخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي ما عداه، والمراد به هنا نفي المساواة بينهما في أحكام الآخرة دون أحكام الدنيا، فإننا نرى المساواة بيننا وبينهم في بعض أحكام الدنيا"². وقال الكاساني في قوله تعالى: ﴿لَا يَسْتَوِي أَصْحَابُ النَّارِ وَأَصْحَابُ الْجَنَّةِ﴾ الحشر/20، "أنه لما لم يمكن العمل بعمومه، لثبوت المساواة بين المسلم والكافر في أشياء كثيرة، حمل على الخصوص، وهو نفي المساواة بينهما في العمل في الدنيا، أو في الجزاء في الآخرة"³.

ثانياً: مسألة خطاب الله تعالى للرسول بخصوصه، هل يتناول الأمة؟

إذا ورد خطاب خاص بالنبي - صلى الله عليه وسلم - مثل قول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾ الطلاق/1، وقوله أيضاً: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ اتَّقِ اللَّهَ وَلَا تُطِعِ الْكَافِرِينَ وَالْمُنَافِقِينَ﴾ الأحزاب/1، وقوله سبحانه: ﴿يَا أَيُّهَا الْمُزَّمِّلُ (1) قُمِ اللَّيْلَ إِلَّا قَلِيلًا﴾ المزمل/1-2، فهل هذا الخطاب خاص بالنبي صلى الله عليه وسلم، أو أنه يتناول الأمة؟

قيل: "أن الخطاب خاص به صلى الله عليه وسلم، ولا يتناول الأمة، مستدلين بالقطع من اللغة، بأن ما للواحد لا يتناول غيره، وبأنه لو عمهم كان إخراجهم تخصيصاً ولا قائل به"⁴، ويظهر التخصيص في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾ الطلاق/1، وكذلك في قوله سبحانه: ﴿وَأَمْرًا مِّنْهُ إِنْ وَهَبْتَ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَّكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾ الأحزاب/50، وقوله أيضاً: ﴿وَمِنَ اللَّيْلِ فَتَهَجَّدْ بِهِ نَافِلَةً لَّكَ﴾ الإسراء/79، في الآية الأولى، أفرد النبي صلى الله عليه وسلم بالخطاب، "وأمر بصيغة الجمع والعموم، فدل أنه خطاب له وللأمة، ولو كان الخطاب خاصاً به لقال تعالى: (فطلقهن)، وفي الآيتين الأخيرتين لو كان الخطاب خاصاً بالرسول، لكان قوله: (خالصة لك) و(نافلة لك)، غير مفيد فائدة جديدة، وهو خلاف الظاهر"⁵.

وقال الزركشي: "لا يدخل تحته الأمة إلا بدليل منفصل من قياس وغيره، وحينئذ فيشملهم الحكم لا باللفظ، وقيل يدخل في اللفظ، فهو عام إلا بدليل يخرجهم"⁶.

¹ سنن أبي داود ج3/34 رقم/2753- باب في السرية ترد على أهل العسكر- السنن الكبرى للبيهقي ج8/29 رقم/16334- باب فيمن لا قصاص بينه باختلاف .

² انظر، المبسوط للسرخسي ج26/152، 243.

³ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع- أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني ج7/308.

⁴ انظر، التقرير والتحرير في علم الأصول- ابن أمير الحاج، محمد بن محمد ج1/285- دار الفكر- بيروت/1996م.

⁵ انظر، المصدر السابق ج1/285- وانظر، أصول الفقه-د. محمد زهير أبو النور ج2/413.

⁶ البحر المحیط في أصول الفقه- بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي ج2/341.

وقيل أن ما ورد من القرآن مبدوءً بقول الله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ﴾ الأنفال/64، هو "من حيث اللفظ موجه إلى النبي صلى الله عليه وسلم، ويقتضي اللفظ تخصيصه به، إلا أنه مع ذلك يحمل على العموم للأمة، وهذا العموم من حيث المعنى لا من حيث اللفظ، فالخطاب للقائد هو خطاب لأتباعه، والشمول جاء من أدلة خارجية"¹، وهذا ما أكدته الأحناف والحنابلة، حيث قالوا "يتناول الأمة بعمومه إياهم، وأن أمر مثله- أي النبي صلى الله عليه وسلم- ممن له منصب الاقتداء والمتبوعية، يفهم منه أهل اللغة شمول أتباعه عرفاً، لا مدلولاً وضعياً لذلك اللفظ"².

كما قيل أن "هذا الخطاب نوعان، نوع مختص لفظه بالنبي صلى الله عليه وسلم، ولكن يتناول غيره بطريق الأولى"³، ونوع يكون الخطاب لهول الأمة، وأفرده بالخطاب لكونه هو المواجه بالوحي، وهو الأصل فيه، والسفير بينهم وبين الله، وهذا معنى قول المفسرين الخطاب له، والمراد غيره"⁴.

"ولا تدخل الأمة تحت خطاب النبي- صلى الله عليه وسلم- في قوله ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ﴾ الأنفال/64، كما لا يدخل النبي تحت الخطاب الخاص بالأمة، أما الخطاب بقوله تعالى: ﴿يَا عِبَادِي﴾ العنكبوت/56، و ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا﴾ البقرة/153 و ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ﴾ البقرة/21، فيدخل النبي تحته، لعموم هذه الألفاظ"⁵، فالنبي- صلى الله عليه وسلم- هو أحد هؤلاء المذكورين، العباد، والذين آمنوا، والناس، ولا مانع من ذلك.

ثالثاً: هل جمع المذكر السالم عاماً يتناول الإناث؟

اتفق الأصوليون على "أن الصيغة التي تخص الرجال لا تشمل النساء، وأن الصيغة التي تخص النساء، فهي لا تشمل الرجال"⁶، كما اتفقوا على أن "الجمع الذي لا تظهر فيه علامات التذكير ولا التأنيث، فهو يعم النوعين معاً، وذلك مثل: من، والقوم، والناس، بينما وقع الخلاف في الجمع الذي تظهر عليه علامة التذكير، مثل: المؤمنين والمسلمين، أي ما يعرف بجمع المذكر السالم"⁷، فهل هذا يشمل الذكور والإناث، أو أنه خاص بالذكور فقط؟

1 الواضح في أصول الفقه للمبتدئين- د. محمد سليمان الأشقر/200.

2 انظر، التقرير والتحرير في علم الأصول- ابن أمير الحاج ج/284-285- وانظر، العدة في أصول الفقه -محمد بن الفراء ج/330-تحقيق د. أحمد بن علي بن سير المباركي- الطبعة الثانية/1990م.

3 وذلك كقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ تَبْتَغِي مَرْضَاتَ أَرْوَاحِكَ﴾ التحريم/1، ثم قال: ﴿قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ﴾ التحريم/2.

4 البحر المحيط في أصول الفقه- بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي ج/2/342.

5 المستصفي في علم الأصول للغزالي ج/2/145.

6 شرح مختصر الروضة- سليمان بن عبد القوي بن الكريم الطوفي الصرصري ج/2/515-تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي- مؤسسة الرسالة-بيروت- الطبعة الأولى/1987م.

7 البرهان في أصول الفقه- عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني ج/1/244-دار الوفاء - المنصورة - مصر

ذهب جمهور الشافعية والحنفية إلى " أنه خاص بالذكور دون الإناث"¹، وقد استدلووا بقول الله تعالى: ﴿إِنَّ الْمُسْلِمِينَ وَالْمُسْلِمَاتِ﴾ الأحزاب/35، "فلو كان مدلول المسلمات داخلاً في عموم المسلمين لما حسن هذا، لأنه يكون تكراراً بلا فائدة"²، وذكر الإمام الرازي "أن الجمع تضعيف الواحد، وقولنا قام لا يتناول المؤنث، فقولنا قاموا الذي هو تضعيف قولنا قام، وجب أن لا يتناول المؤنث"³، وذكر الطوفي "أن جمع المذكر السالم، وضمير الجمع المتصل بالفعل، نحو المسلمين، وكلوا واشربوا، ويأكلون ويشربون، ففيه خلاف، فإن أرادوا بدليل خارج أو قرينة، فهذا متفق عليه، لأن خلاف وضع اللفظ لا يتمتع أن يدل عليه دليل، أما من قال بأن الإناث يدخلن فيه بمقتضى اللفظ وضعاً، فليس بصحيح، والحق أنهن لا يدخلن في ذلك"⁴.

وذكر عدة أدلة على ذلك:

"الأول: القطع باختصاص الذكور بهذه الصيغ لغةً، واختصاص الإناث بغيرها"⁵، والثاني: قَوْلُ أُمِّ سَلَمَةَ: يا رسول الله، ما بال رجال ذُكروا ولم تذكر النساء؟⁶ فنزل: ﴿إِنَّ الْمُسْلِمِينَ وَالْمُسْلِمَاتِ﴾ الأحزاب/35، والثالث: أن لفظ المؤمنين والمسلمين لو تناول النساء، لكان قوله تعالى: ﴿إِنَّ الْمُسْلِمِينَ وَالْمُسْلِمَاتِ﴾ الأحزاب/35، تكراراً، والتكرار عبث، فثبت أن الإناث لا يدخلن في اللفظ المذكور"⁷.

الطبعة الرابعة/1418هـ تحقيق د. عبد العظيم محمود الديب- انظر، المحصول في علم الأصول-محمد الرازي ج2/622.

1 انظر، قواطع الأدلة في الأصول-منصور بن محمد بن عبد الجبار ابن أحمد المروزي السمعاني التميمي الحنفي ثم الشافعي ج1/115-تحقيق محمد حسن محمد حسن اسماعيل الشافعي-دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان-الطبعة الأولى/1999م-الهداية شرح بداية المبتدي- علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغياني ج4/251-الناشر: المكتبة الإسلامية-بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع-أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني ج16/186-تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق-فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي ج8/405.

2 أصول الفقه – الشيخ محمد الخضري/158-دار الحديث- القاهرة-الطبعة الأولى/2001م.

3 انظر، المحصول في علم الأصول-محمد الرازي ج2/623.

4 شرح مختصر الروضة-سليمان بن عبد القوي بن الكريم الطوفي الصرصري ج2/516.

5 فيقال: مسلمون ومسلمات، وكلوا واشربوا في المذكر، وكلن واشربن في المؤنث، وقالوا: جمع المذكر السالم، نحو: مؤمنون، وجمع المؤنث السالم نحو: مؤمنات، وإذا غُيِّرَ عن كل قبيل (مذكر أو مؤنث) بصيغة، لم يتناول صيغة الآخر، انظر، شرح مختصر الروضة-سليمان بن عبد القوي بن الكريم الطوفي الصرصري ج2/517.

6 سنن الترمذي/3022-باب سورة النساء، والحديث صححه الألباني، وقيل أن أم عمارة الأنصارية أتت النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقالت: ما أرى كل شيء إلا للرجال، وما أرى النساء يذكرن بشيء! فنزلت هذه الآية- سنن الترمذي/3211- صححه الألباني- وانظر، تفسير القرطبي ج14/185- دار الكتب المصرية – القاهرة-الطبعة الثانية/1964م، ووجه الدلالة من الحديث أن المرأة من أهل اللغة، وقد فهمت عدم دخولهن في لفظ المؤمنين، فدل على أنه لا يتناول النساء، إذ لو تناولهن لما سألت، وإلا يكون سؤالها خطأ، فلا تستحق عليه جواباً، لكنها أجيب بنبذ الآية. انظر، شرح مختصر الروضة-سليمان بن عبد القوي بن الكريم الطوفي الصرصري ج2/519- وانظر، أصول الفقه لمحمد أبو النور زهير/413.

7 انظر، شرح مختصر الروضة-سليمان بن عبد القوي بن الكريم الطوفي الصرصري ج2/520.

ولو نظرنا إلى صيغ خطاب الله تعالى التي تشمل الذكر والأنثى، لوجدنا أنه يغلب عليها التذكير، مثل قوله تعالى: ﴿هُدًى لِّلْمُتَّقِينَ﴾ البقرة/2، وقوله: ﴿وَبُشْرَى لِّلْمُؤْمِنِينَ﴾ البقرة/97، وقوله أيضاً: ﴿وَبَشِّرِ الصَّابِرِينَ﴾ البقرة/155، و﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا﴾ المائدة/1، وكذلك ﴿يَا عِبَادِيَ الَّذِينَ آمَنُوا﴾ العنكبوت/56، "فإن تناول هذه الصيغ ليست بأصل الوضع، بل بقرائن، لشرف الذكورية، فإذا ما اجتمع المذكر والمؤنث غلب المذكر في الخطاب، لشرف الذكورية¹ وخفة اللفظ"².

قال الإمام أبو حنيفة-رحمه الله تعالى-: "جمع الذكور يتناول الإناث، ثم رجع، وقال: يتناول الذكور خاصة لأن حقيقة الاسم للذكور، وانتظامه الإناث تجوّز، والكلام بحقيقته"³.

ولا يخفى على أحد أن قول القائل مسلمان، مبني على قول القائل في الواحد مسلم، وقول القائل مسلمات، مبني على قوله في الواحدة مسلمة، وقول القائل مسلمون، مبني على مسلم ومسلمين، وهذه التقاسيم أظهر من أن يحتاج في إثباتها إلى التكلف، ثم تكلم العرب في الإناث، فقالوا مسلمة ومسلمتان ومسلمات، "وما ذكر من تغليب علامة التذكير عند محاولة التعبير عن الجنسين فصحيح على الجملة"، أما أن يقال وضع اللسان على أن المسلمين مسترسل على الرجال والنساء استرساله على آحاد الرجال فلا، والذي ذكره صالح لو أريد، وليس في اللسان القضاء به إلا عند قرينة شاهدة عليه"⁴.

وذكر ابن العربي في قول الله تعالى: ﴿قُلْ لِّلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ﴾ النور/30، أنها "قول عام يتناول الذكر والأنثى من المؤمنين، حسب كل خطاب عام في القرآن، إلا أن الله تعالى قد يخص الإناث بالخطاب على طريق التأكيد، كما ورد في قوله تعالى: ﴿إِنَّ الْمُسْلِمِينَ وَالْمُسْلِمَاتِ﴾ الأحزاب/35"⁵.

وقال ابن قدامة: "متى اجتمع المذكر والمؤنث غلب التذكير، ولذلك لو قال لمن بحضرته من الرجال والنساء قوموا واقعدوا تناول جميعهم، ويبيّن قوله تعالى: ﴿وَقُلْنَا اهْبِطُوا بَعْضُكُمْ لِبَعْضٍ عَدُوٌّ﴾ البقرة/36، وكان ذلك خطاباً لآدم وزوجته والشيطان، وأكثر خطاب الله تعالى في القرآن بلفظ التذكير، وذكره لمن

¹ كما غلب القمر على الشمس في قولهم: القمران، لشرف الذكورية. انظر، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول ج1/319.

² خفة اللفظ، كما لو قال: ﴿يَا عِبَادِيَ وَإِمَانِي الَّذِينَ آمَنُوا﴾، و﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا وَاللَّاتِي آمَنَ﴾ و﴿قُومُوا وَفُؤْمَنَ﴾، كان عباً في عرف اللغة، فلقرينة لزوم العي من أفرادهن بالذكر، قلنا بدخولهن في الخطاب، لا بوضع اللغة انظر المصدر السابق للطوفي ج2/522.

³ فتح القدير-كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام ج372/24-تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي-عثمان بن علي الزيلعي الحنفي ج179/3-المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق - القاهرة-الطبعة الأولى/1313هـ.

⁴ انظر، البرهان في أصول الفقه-عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني ج1/245.

⁵ أحكام القرآن-القاضي محمد أبو بكر بن العربي المالكي ج6/60.

بلفظ مفرد تبييناً وإيضاحاً، لا يمنع دخولهن في اللفظ العام الصالح لهن، كقوله تعالى: ﴿مَنْ كَانَ عَدُوًّا لِلَّهِ وَمَلَائِكَتِهِ وَرُسُلِهِ وَجِبْرِيلَ وَمِيكَالَ﴾ البقرة/98¹.

رابعاً: خطاب المشافهة، هل يعم غير الحاضرين وقت الخطاب؟

الخطاب الوارد شفاهاً في عصر النبي صلى الله عليه وسلم نحو: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ﴾ البقرة/21، و ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا﴾ البقرة/153، ويسمى خطاب المواجهة، قال الزركشي: "والحق أنه مما عرف بالضرورة من دينه عليها السلام أن كل حكم تعلق بأهل زمانه فهو شامل لجميع الأمة إلى يوم القيامة"².

"ومعتمد القول، بأن خطاب المشافهة لا يتناول المعدوم، وأن العرب لم تضع مثل قوموا، ولا عليكم أنفسكم، خطاباً للمعدوم، بل ولا للموجود الغائب بل الحاضر القريب"³.

كما أكد الإمام الشوكاني بأن "الخطاب الشفاهي إنما يتوجه إلى الموجودين باعتبار اللفظ لا إلى المعدومين، ونقطع بأن غير الموجودين لم يتناولهم الخطاب، فلهم حكم الموجودين في التكليف بتلك الأحكام، حيث كان الخطاب مطلقاً، ولم يرد ما يدل على تخصيصهم بالموجودين"⁴.

وذكر الأسنوي أن "خطاب المشافهة كقوله: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ﴾ البقرة/21، لا يتناول من يحدث بعدهم إلا بدليل منفصل"⁵، وأن "خطاب المشافهة يعم بأدلة خارجية، وإلا لم يكونوا مأمورين"⁶.

قال ابن أمير الحاج: "إن مسألة الخطاب الشفاهي ليس خطاباً لمن بعدهم، أي للمعدومين الذين سيوجدون بعد الموجودين في زمان الخطاب، وإنما يثبت حكمه لهم، أي الخطاب الشفاهي لمن بعدهم، بدليل من نص أو إجماع أو قياس، دلّ على أن كل خطاب علق بالموجودين حكماً، فإنه يلزم من بعدهم"⁷.

ومن قال أن خطاب المشافهة خاص بالحاضرين في زمن الخطاب، وأنه لا يتناول غيرهم ممن لم يكن موجوداً في زمنه، وأن الحكم لمن بعدهم بدليل آخر، استدلووا بدليلين:

¹ روضة الناظر وجنة المناظر- عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ج 237/1، 236.

² البحر المحيط في أصول الفقه- بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي ج 2/338.

³ البحر المحيط في أصول الفقه- بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي ج 2/340-انظر، رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب- عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي ج 3/218.

⁴ إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول- محمد بن علي بن محمد الشوكاني ج 1/322.

⁵ نهاية السؤل شرح منهاج الوصول- الإمام جمال الدين عبد الرحيم الأسنوي ج 1/390.

⁶ المصدر السابق ج 3/105.

⁷ التقرير والتحرير في علم الأصول- ابن أمير الحاج ، محمد بن محمد ج 1/289.

"الأول: الخطاب يقتضي وجود مخاطب مستوف شروط التكليف، فمن لم يكن موجوداً زمن الخطاب ليس أهلاً للخطاب، فلا يكون موجهاً له. والثاني: إذا كان خطاب المجنون والصبي غير المميز غير مقبول، ويسفه من يخاطبهما، فخطاب المعدوم غير مقبول بطريق أولى"¹.

خامساً: هل يدخل الرسول في الخطاب العام للأمة؟

"الخطاب المتناول لما يندرج فيه النبي صلى الله عليه وسلم والأمة كقوله ﴿يا أيها الناس﴾ البقرة/21 و﴿يا أيها الذين آمنوا﴾ البقرة/153، عام في حقهما، لأن اللفظ عام، ولا مانع من دخول الرسول صلى الله عليه وسلم فيه وسلم فيه"²، فهذه الصيغ عامة لكل إنسان، وكل مؤمن، وكل عبد، والنبي صلى الله عليه وسلم من الناس والمؤمنين، والنبوة غير مخرجة له عن إطلاق هذه الأسماء عليه، فلا تكون مخرجة له عن هذه العمومات.

وقيل: "أن الخطاب العام للناس يدخل فيه الرسول صلى الله عليه وسلم إلا بدليل على عدم دخوله"³.

الخاتمة

الحمد لله رب العالمين، وأفضل الصلاة وأتم التسليم على سيدنا محمد سيد الأولين والآخرين وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد/

تبين لنا من خلال هذا البحث مدى اختلاف علماء الأصول في تعريف العموم بدايةً، وتمسك كل منهم برأيه، واتفاقهم على أن ألفاظ العموم تدل على العموم، بينما نراهم اختلفوا في المعاني على أقوال، واختلفوا في أن العام الذي دخله التخصيص هل هو مجاز أم حقيقة؟ كما اختلفوا في حجية العام بعد تخصيصه، ومع اتفاقهم على أن صيغ العموم تستعمل في العموم، نجد أنهم اختلفوا هل هذه الصيغ حقيقة في العموم، أو أنها مجاز؟

هذه الخلافات هي سبب لاختلاف الأحكام الفقهية لدى علماء الأمة، مع استدلال كل منهم بأدلته التي رجحت لديه، من هنا نستطيع أن نستنتج أهمية فهم اللفظ العام لمن هو في موقع الاجتهاد والاستنباط، فإذا ثبت العام عند أحد العلماء، فهذا يعني إمكانية التخصيص، بينما يتمتع التخصيص في حال عدم ثبوت اللفظ العام، وبالتالي تختلف الأحكام بينهما كما سبق ذلك من خلال البحث.

¹ أصول الفقه - د. محمد أبو النور زهير ج 415/2.

² انظر، المحصول في علم الأصول - محمد بن عمر بن الحسين الرازي ج 200/3 - وانظر، الإحكام في أصول الأحكام ج 292/2 - انظر، البحر المحيط في أصول الفقه للزركشي ج 343/2.

³ مذكرة أصول الفقه على روضة الناظر للعلامة ابن قدامة رحمه الله - الشيخ محمد الأمين بن المختار الشنقيطي ج 196/1.

كما أوصي بدراسة العام دراسة دقيقة، لأهميته في فهم النص واستنباط الحكم بشكل صحيح، مع مراعات الآراء المختلفة، والغوص في أعماق الكتب القديمة والحديثة، والبحث العلمي الخثيث، ليكون هذا الموضوع في متناول طالب العلم عند احتياجه والاستفادة منه عل أكمل وجه ممكن.

أسأل الله العظيم أن ينفعنا بما علمنا، ويعلمنا ما ينفعنا، ويزيدنا علماً، آمين يارب العالمين، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

المصادر والمراجع

- * القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم.
- * الإسنوي - عبد الرحيم - نهاية السؤل شرح منهاج الوصول - دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - الطبعة الأولى/1999م.
- * الأشقر - محمد سليمان عبد الله - الواضح في أصول الفقه للمبتدئين /185- دار النفائس للنشر والتوزيع - عمان - الأردن - الطبعة السابعة/2008م.
- * ابن إمام الكاملية - محمد بن محمد الشافعي - شرح الورقات في علم أصول الفقه على ورقات إمام الحرمين الجويني - دار ابن عفان للنشر والتوزيع - القاهرة - الطبعة الأولى/2008م.
- * ابن أمير الحاج - محمد بن محمد - التقرير والتحريز في علم الأصول - دار الفكر - بيروت/1996م.
- * الآمدي - علي بن محمد - الإحكام في أصول الأحكام - دار الكتاب العربي - بيروت - الطبعة الأولى/1404هـ - تحقيق د. سيد الجميلي.
- * البخاري - الجامع الصحيح دار الشعب - القاهرة - الطبعة الأولى/1987م.
- * البخاري - عبد العزيز بن أحمد بن محمد - كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي.
- * البيهقي - أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي - السنن الكبرى للبيهقي - مجلس دائرة المعارف النظامية - الهند - حيدر آباد - الطبعة الأولى/1344هـ.
- * الترمذي - محمد بن عيسى أبو عيسى السلمي - سنن الترمذي - دار إحياء التراث العربي - بيروت تحقيق أحمد محمد شاكر وآخرون.
- * التفتازاني - سعد الدين مسعود بن عمر الشافعي - شرح التلويح على التوضيح لمثن التنقيح في أصول الفقه - تحقيق زكريا عميرات - دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - الطبعة الأولى/1996م.
- * الجرجاني - علي بن محمد بن علي - التعريفات - تحقيق إبراهيم الأبياري - دار الكتاب العربي - بيروت - الطبعة الأولى/1405هـ.
- * الحصص - أحمد بن علي أبي بكر الرازي الحنفي - أحكام القرآن - دار إحياء التراث العربي - بيروت/1405هـ - تحقيق محمد الصادق قمحاوي.

- * الجصاص-أحمد بن علي الرازي -الفصول في الأصول -تحقيق د.عجيل جاسم النشمي-الناشر: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية دولة الكويت-الطبعة الأولى/1985م.
- *الجويني-عبد الملك بن عبد الله بن يوسف -البرهان في أصول الفقه -دارالوفاء - المنصورة - مصر - الطبعة الرابعة/1418هـ-تحقيق د. عبد العظيم محمود الديب.
- * أبو الحسين -محمد البصري -المعتمد في أصول الفقه -دار الكتب العلمية - بيروت-الطبعة الأولى/1403هـ-تحقيق خليل الميس.
- * ابن حنبل -أحمد بن محمد بن هلال بن أسد الشيباني - مسند الإمام أحمد-تحقيق السيد أبو المعاطي النوري-عالم الكتب - بيروت-الطبعة الأولى/ 1998م.
- * الخضري - الشيخ محمد -أصول الفقه -- دار الحديث - القاهرة-الطبعة الأولى/2001م.
- *خلاف-عبد الوهاب -علم أصول الفقه -مكتبة الدعوة -الطبعة الثامنة- دار القلم.
- * الدارقطني - علي بن عمر -سنن الدار قطني-تدقيق مكتب التحقيق بمركز التراث- طبعة مؤسسة الرسالة.
- *الزركشي-بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله- البحر المحيط في أصول الفقه -تحقيق د. محمد محمد تامر-دار الكتب العلمية- بيروت/2000م.
- *زهير - محمد أبو النور أصول الفقه -دار المدار الإسلامي - بيروت - لبنان-الطبعة الأولى/2001م.
- * زيدان - عبد الكريم -الوجيز في أصول الفقه - دار التوزيع والنشر الإسلامية- القاهرة- الطبعة الأولى/1993م.
- * الزيلعي- عثمان بن علي الحنفي -تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي - المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق - القاهرة-الطبعة الأولى/1313هـ.
- *السايس-محمد علي-تفسير آيات الأحكام -المكتبة العصرية للطباعة والنشر/2002م.
- * السبكي- علي بن عبد الكافي - الإبهاج في شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول للبيضاوي- دار الكتب العلمية - بيروت-الطبعة الأولى/1404هـ.
- * السبكي-عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي- رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب -عالم الكتب- لبنان-بيروت- الطبعة الأولى/1999م.
- *السجستاني - أبو داود سليمان بن الأشعث -سنن أبي داود - دار الكتاب العربي - بيروت.
- *السرخسي -أصول السرخسي - دار الكتاب العلمية بيروت- لبنان-الطبعة الأولى/1993م.
- *السرخسي- أبو بكر محمد بن أبي سهل- المبسوط للسرخسي-تحقيق خليل محي الدين الميس-دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت- لبنان-الطبعة الأولى/2000م.

- * الشاطبي-إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي- الموافقات- دار ابن عفان-تحقيق أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان الطبعة الأولى/ 1997م.
- * الشوكاني- محمد بن علي بن محمد -إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول-دار الكتاب العربي- دمشق - الطبعة الأولى/1999م.
- * الشنقيطي- محمد الأمين- مذكرة في أصول الفقه - دار العلوم والحكم للنشر والتوزيع-دمشق- سوريا-الطبعة الرابعة/2004م.
- * الشنقيطي-محمد الأمين بن المختار- مذكرة أصول الفقه على روضة الناظر للعلامة ابن قدامة.
- * الشيرازي-إبراهيم بن علي- التبصرة في أصول الفقه -دار الفكر-دمشق-الطبعة الأولى/1403هـ- تحقيق د. محمد هيتو.
- * صحيح البخاري- محمد بن اسماعيل-دار الشعب - القاهرة-الطبعة الأولى/1987م.
- * الطوفي -سليمان بن عبد القوي بن الكريم الصرصري -شرح مختصر الروضة -تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي-مؤسسة الرسالة-الطبعة الأولى/1987م.
- * ابن العربي-القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر المعافري الإشبيلي المالكي - أحكام القرآن.
- * الغزالي- المستصفي في علم الأصول - تحقيق محمد بن سليمان الأشقر-مؤسسة الرسالة- بيروت- لبنانالطبعة الأولى/1997م.
- * ابن الفراء - محمد بن الحسين بن محمد بن خلف -العدة في أصول الفقه-الطبعة الثانية/1990م.
- * القرافي- شهاب الدين أحمد بن إدريس المالكي-الفروق أو أنوار البروق في أنواء الفروق -تحقيق خليل المنصور-دار الكتب العلمية- بيروت/1998م.
- * القرطبي-محمد بن أحمد- تفسير القرطبي - دار الكتب المصرية - القاهرة-الطبعة الثانية/1964م.
- * القرطبي- محمد بن أحمد-الجامع لأحكام القرآنللقرطبي-دار عالم الكتب- الرياض- المملكة العربية السعودية/2003م.
- * المحلي- محمد بن أحمد- شرح جمع الجوامع لابن السبكي وهو شرح المحلي على متن جمع الجوامع لعبد الوهاب ابن السبكي.
- * المحلي -محمد بن أحمد الشافعي -شرح الورقات -تحقيق الدكتور حسام الدين بن موسى عفانه- الطبعة الثانية/2000م.
- * المرغنياني - علي بن أبي بكر بن عبد الجليل -الهداية شرح بداية المبتدي - المكتبة الإسلامية.
- * المروزي - منصور بن محمد بن عبد الجبار ابن أحمد السمعاني التميمي الحنفي ثم الشافعي -قواطع الأدلة في الأصول--تحقيق محمد حسن محمد حسن اسماعيل الشافعي-دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان-الطبعة الأولى/1999م.

- * المرداوي -علي بن سليمان الحنبلي-التحبير شرح التحرير في أصول الفقه -تحقيق د. عبد الرحمن الجبرين، د. عوض القرني، د. أحمد السراح-مكتبة الرشد-السعودية-الرياض/2000م.
- * المقدسي-عبد الله بن أحمد بن قدامة- روضة الناظر وجنة المناظر - الطبعة الثانية -الرياض/1399هـ تحقيق د. عبد العزيز عبد الرحمن السعيد.
- *النووي-أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف-المجموع شرح المذهب، وهو شرح النووي لكتاب المذهب للشيرازي.
- *النيسابوري-أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري-صحيح مسلم-دار الجيل بيروت - دار الأفاق الجديدة . بيروت.
- *النيسابوري -محمد بن إسحاق بن خزيمة أبو بكر السلمي - صحيح ابن خزيمة-المكتب الإسلامي - بيروت/1970م-تحقيق د. محمد مصطفى الأعظمي.

العلاوة السنوية للموظف العام
دراسة في أحكام القانون رقم 12 لسنة 2010 بشأن علاقات العمل
محفوظ علي التواتي
محاضر/الجامعة الأسمرية

مُتَكَلِّمًا

تعتبر العلاوة السنوية أحد أهم المزايا المالية للموظف العام الذي أمضى مدة في عمله في الإدارة العامة. وهذه العلاوة تعتبر ميزة مالية تلحق بالمرتب الذي يتقاضاه الموظف العام وتخضع لأحكام خاصة في حسابها وتقديرها.

ولما لهذه العلاوة من أهمية في حياة الموظف الشخصية والعملية ذلك أن في العلاوة السنوية زيادة في مرتبه، ويستحق عليها زيادة كذلك في معاشه التقاعدي نظرا لأنه يتم مراعاتها وحسابها عند ربط المعاش التقاعدي، وبالتالي فإن فهم النصوص القانونية في حساب العلاوة السنوية ضروري جدا بالنسبة للموظف إضافة إلى أن التدقيق في حساب العلاوة السنوية حماية أصيلة للأموال العامة من الهدر من جهة، باعتبارها تمثل زيادة سنوية في مرتب الموظف بمقدار معين وهو ما يزيد من قيمة إنفاق الدولة على بند المرتبات في الميزانية. ومن جهة أخرى فإن فهم الموظف لكيفية حساب العلاوة السنوية حماية لحقوقه المالية التي قد ينتج عن الخطأ في حساب العلاوة ضياعا لجزء منها حقوقه المالية.

وتتميز العلاوة السنوية عن غيرها من الحقوق المالية للموظف بالعديد من المميزات الذاتية من عدة وجوه، وهنا تبرز أهمية دراستها لتبصرة الموظفين العامين في الدولة الليبية بحقوقهم المتعلقة بها، خاصة مع قلة الكتابات القانونية ذات العلاقة بهذا الموضوع، حيث لا توجد دراسات سابقة لهذا الموضوع برغم أهميته سوى في بعض الكتابات التي تعرج عليه باعتباره جزءا من موضوع عام وهو المرتب.

ومن هنا فإن هذا البحث المبسط سيتطرق لموضوع العلاوة السنوية مبينا مفهومها والهدف منها والكيفية في حسابها؟ وذلك وفقا للخطة التالية:

المطلب الأول/ ماهية العلاوة السنوية

المطلب الثاني/ العلاوة السنوية وعلاقتها بالحقوق المالية للموظف العام

المطلب الأول/ ما هية العلاوة السنوية

العلاوة السنوية هي مزية مالية تضاف إلى المرتب الأساسي للموظف العام بقيمة ثابتة ودورية كل عام طلية مدة خدمته في الوظيفة العامة.

وتعتبر هذه العلاوة جزءاً من المرتب الكامل للموظف الذي يتقاضاه وللمرتب الذي يتم على أساسه إجراءات الخصم الضماني وعملية ربط المعاش التقاعدي، ذلك أن العلاوة السنوية تتصف بالثبات والاستمرار، وهو ما أكدته المحكمة العليا في حكمها في الطعن الإداري رقم 43/56 ق الصادر بتاريخ 2000/01/2 حيث أكدت على (أما بالنسبة للعلاوات التي تدخل في حساب المرتب أو الأجر الذي يسوى على أساسه المعاش الضماني فلا يشترط فيه سوى الثبات والاستقرار والانتظام)¹، ونظراً لما تتميز به العلاوة السنوية من استقرار باعتبارها تمنح للموظف المستحق لها سنوياً فإن بعض الفقه يطلق عليها العلاوة الدورية، ويضيف هذا الفقه بأن الموظف يستحق حقه في العلاوة السنوية من القانون مباشرة وهو ما يربط التزام الإدارة بصرفها للموظف عند موعد استحقاقها ولا يجوز لها حرمانه منها إلا إذا تحصل على تقرير سنوي بدرجة ضعيف أو كان محروماً منها بموجب قرار تأديبي². ونظراً لأهمية هذه العلاوة باعتبارها حق للموظف في مواجهة الإدارة تستحق سنوياً بقوة القانون، فإنه وجب التمييز بينها وبين غيرها من المتشابهات.

الفرع الأول/ العلاوة السنوية والعلاوة التشجيعية

لو أردنا فعلاً التمييز بين العلاوة السنوية والعلاوة التشجيعية يمكننا تمييز ذلك من جانبين أولاً / من حيث مفهومها/ العلاوة السنوية هي علاوة دورية تمنح للموظفين دورياً بعد مرور سنة من التحاقه بالوظيفة العامة أو حصوله على العلاوة السنوية السابقة، وبالتالي فإن العلاوة السنوية وكما سبق البيان هي علاوة تمنح لكل الموظفين واختصاص الإدارة فيما يتعلق بمنحها هو اختصاص مقيد ذلك أنها لا تستطيع حرمان الموظف منها لأي سبب إلا في حالتين اثنتين هما الحصول على درجة ضعيف وصدور قرار تأديبي بحرمان الموظف من العلاوة السنوية.

أما العلاوة التشجيعية فهي مزية مالية تمنح للموظف من أجل تشجيعه على بذل الجهود عند أداء العمل المنوط به، فهي إذا علاوة تمنح نظير جهد بذله الموظف تهدف إلى مكافأته على ما بذله وتزرع الحماسة لدى غيره من الموظفين، وبالتالي فإن الاختصاص بمنح هذه العلاوة يعتبر تقديرية، فالإدارة تستقل بتحديد ركن السبب في العلاوة التشجيعية المتمثل في العمل الذي قام به الموظف والذي يستحق عليه

¹الطعن الإداري رقم 43/56 ق الصادر بتاريخ 2000/01/2، الباحث في مبادئ المحكمة العليا الليبية، الموسوعة الإلكترونية، أصدرها وزارة العدل الليبية.

²د. محمد عبدالله الحراري، أصول القانون الإداري الليبي، منشورات المكتبة الجامعة، الزاوية، ليبيا، الطبعة السادسة، 2010، ص427.

علاوة تشجيعية وفي تحديد المحل فهي حرة في منحه علاوة تشجيعية أو منحه مكافأة مالية مقطوعة بدلا عنها.

وقد حدد القانون شروط منح العلاوة التشجيعية والتي تختلف جذريا عن العلاوة السنوية، فهي أي العلاوة التشجيعية لا تستحق تلقائيا بمجرد مرور مدة زمنية معينة محددة من قبل المشرع ولكن لا بد من شروط موضوعية تعتبر من وجهة نظرنا هي الفاصل في منحها من عدمه، وهذه الشروط هي:

1- أن تكون كفاية الموظف قد قدرت بدرجة ممتاز في السنتين الأخيرتين إذا كان من غير موظفي الإدارة العليا.

2- أن يكون بذل جهدا غير عادي (وهو من وجهة نظرنا شرط مترتب على الشرط الأول، خاصة أنه شرط فضفاض)

3- ألا يمنح هذه العلاوة أكثر من مرة كل سنتين، وهو شرط يجعل هذه العلاوة تختلف اختلافا جذريا عن العلاوة السنوية، إذ أن هذه الأخيرة تستحق للموظف بعد مرور سنة من تعيينه أو حصوله على العلاوة السنوية السابقة.

4- ألا يزيد عدد الموظفين في الوحدة الإدارية الواحد الممنوحين هذه العلاوة عن 5% في السنة المالية الواحدة، وهو أيضا شرط يجعل هذه العلاوة تختلف كلياً عن العلاوة السنوية إذ أن هذه الأخيرة تستحق لكل موظف بلغ سنة على شغله للوظيفة العامة أو حصوله على العلاوة السنوية الماضية.

الفرع الثاني/ العلاوة السنوية وعلاوة العائلة:

جاء النص على علاوة العائلة في القانون رقم 2010/12 في المادة 145 منه والتي جاء في فقرتها الأولى، (علاوة العائلة وتشمل الزوج والأطفال على النحو الذي تبينه اللوائح التنفيذية)، وبالنظر إلى اللائحة التنفيذية للقانون رقم 2010/12، الصادرة بموجب قرار اللجنة الشعبية العامة (سابقا) رقم 595 لسنة 2010، نجد أن النص عليها جاء مفصلاً في الفصل التاسع عشر (المواد 132-139)، وقد جاء تنظيمها مفصلاً بحيث حددت كل دقائقها وجزئياتها، وذلك للتوافق مع الأحكام التي جاء بها قضاء المحكمة العليا الليبية، والذي يلاحظ من خلال استقراء هذه النصوص يجد أن المشرع قد حرص على الحفاظ على الأموال العامة من خلال ضمان عدة ضوابط نبينها في النقاط التالية:

أولاً/ الفئات المستحقة للعلاوة: ورد في اللائحة التنفيذية لقانون العمل في البداية النص على الزوج والزوجة، وهنا وجب التنبيه أن الشرط اللازم هو استمرار رباط الزوجية بينهما، فإذا انقطعت هذه العلاقة لأي سبب من الأسباب الشرعية كالوفاة أو الطلاق، فإن العلاوة السنوية توقف استناداً على نص المادة (3-4/137)، ولنا أن نتساءل عن مدى إمكانية أن تبقى العلاوة السنوية للزوجة في الحالة التي يلزم فيها الزوج بالنفقة على الزوجة بعد الطلاق طيلة مدة العدة؟ والواضح أن النص جاء خلواً من هذه

الفرضية، وبالتالي فلا يمكن إسقاط الحكم على هذه الحالة، ولكننا نرى أن العلة التي من ورائها منح الزوج هذه العلاوة وهي القدرة على تغطية النفقات الأسرية، تبرر القول بوجود أن يستمر صرف العلاوة حتى بعد الطلاق وذلك في المدة التي يلزم فيها الزوج بالنفقة، إلا في الحالة التي تكون فيها الزوجة موظفة فتمنح هي علاوة العائلة إذا كانت هي المسؤولة عن الإنفاق على الأبناء، والا فتمنح للمسؤول عن النفقة عليها بعد الفرقة الزوجية.

إضافة لما سبق فإن اللائحة أقرت بوجود منح علاوة العائلة للزوجة الموظفة بشرط ألا يكون زوجها موظفا في جهة عامة يطبق فيها نظام علاوة العائلة، والعلة في ذلك وفقا لما جاء في حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن الإداري رقم 26/15 ق الصادر بتاريخ 1982/12/22 (منعنا من المشرع لازدواجية العلاوة في إطار الأسرة الواحدة)¹، وبالتأمل في النص القانوني وفي العلة المعلنة بالخصوص من قبل المحكمة العليا الليبية، أمكننا التأكيد على أن المشرع الليبي الذي نظم هذه المسألة كان دقيقا بالنص على (الزوجة الليبية المتزوجة)، فالنص واضح في اشتراط المشرع لاستحقاق الزوجة لعلاوة العائلة أمرين/ الأول أن تكون ليبية والثاني ألا يكون زوجها من الذين يسري عليهم نظام علاوة العائلة، وبالتالي ففي هذا النص استبعاد للموظفات غير الليبيات من اكتساب حق الحصول على علاوة العائلة، ولو كن متزوجات بليبيين، وهو تأكيد من المشرع على أن زواج الأجنبية بالليبي لا يمنحها حقوق الليبية.

وفي هذا الاطار فإننا نؤكد على أن هذا النص يخالف المبادئ الحقوقية وما يجب أن يكون، فالموظفة الأجنبية المتزوجة بليبي يبقى أبنائها ليبيون وبالتالي فحق الأبناء في العلاوة وارد خاصة في الحالة التي لا يكون فيها والدهم الليبي موظفا أو مشمولاً بالعلاوة، وتبرز هذه الإشكالية في حال وفاة الأب وبقاء الأم وتكفلها بمصاريف الأبناء، خاصة وإن السبب في منح علاوة الأسرة لا يرجع إلى حق الموظف فيها، فهي وإن كانت تمنح للموظف إلا أنه يتعلق بها حق الأفراد الذين يستحق الموظف بشأنهم علاوة العائلة، وهذا يبرز جليا من نص المادة 135 من اللائحة التنفيذية لقانون العمل والتي جاء فيها (يشترط لمنح العلاوة-علاوة العائلة- المذكورة ما يلي:

1- ألا يكون أي من الأبناء الذكور من ذوي الدخل الناتج من العمل أو ممن يتقاضون أجرا أو مرتبا أو معاشا أو نفقة أو ما شابه ذلك.

2- ألا يكون أي من الأولاد أو البنات تحت رعاية أي شخص أو جهة غير الموظف تنفق على إعاشتهم أو دراستهم)

وعلى هذا الأساس فإننا نرى أن المشرع الليبي لم يكن موفقا في إطلاق هذا النص، وكان المأمول منه أن يقيّد المطلق بأن ينص على (الموظفات الليبيات وغير الليبيات المتزوجات بليبيين)، ولكننا نرى أن ما تم

¹ حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن الإداري رقم 26/15 ق الصادر بتاريخ 1982/12/22، م.م.ع، س.ع، 19، ع.4، ص.15.

اتخاذ من إقرار علاوة الأبناء وصرفها لكل الأبناء الليبيين من خلال منظومة الرقم الوطني قد حلت هذه الإشكالية وجعلت حقوق الأبناء الليبيين تصلهم دون تقيد بالقيود الوارد في هذه اللائحة. ومن جانب آخر يلاحظ على النص أن المشرع الليبي أن قد حرص على عدم هدر الأموال العامة من خلال الحرص على عدم تكرار دفع العلاوة السنوية لذات المستحقين. ثانيا/ أسباب توافر الحق في علاوة العائلة:

إذا كان السبب في استحقاق العلاوة السنوية يرجع إلى قضاء الموظف فترة زمنية في العمل، فإن هذه العلاوة تستحق لأسباب خارجة عن الوظيفة العامة ومرتبطة بالحالة الاجتماعية للموظف أو الموظفة المستحق لهذه العلاوة، وبالتالي فإن المشرع اللاتحي ومن خلال اللائحة التنفيذية لقانون العمل نص على أسباب منح هذه العلاوة في نص المادة 134 وحدد الفئات التي يستحق عنها الموظف علاوة العائلة:

((1- الزوج أو الزوج

2- الأولاد الذكور الذين لم يتموا الثامنة عشرة من أعمارهم، والأولاد الذكور المقعدين لعاهة دائمة تمنعهم من الكسب مهما كانت أعمارهم، والأولاد الذكور المتابعين لدراساتهم في أي مؤسسة تعليمية معترف بها لحين إتمام دراستهم أو إكمالهم سن الرابعة والعشرين من العمر أيهما أسبق.

3- البنات اللاتي لم يتزوجن والبنات الأرامل والمطلقات اللاتي تجب نفقتهن على الموظف).

ولا يوقف هذا الحق إلا إذا فقد شرط من هذه الشروط المبينة في المادة السابقة، وفقا لما هو مبين في نص المادة 135 من اللائحة السالف الإشارة إليه.

والذي يمكن ملاحظته بالنسبة لهذه الشروط هو التالي :

1- أن البنات اللاتي لم يتزوجن وبقين في بيت الأب الموظف يبقى سبب استحقاق الموظف للعلاوة

عنهن حتى ولو كن ذوات دخل، وهو ما يفهم صراحة من النص (ألا يكون أي من الأبناء الذكور من ذوي الدخل.....) فلفظ الأبناء هنا قيده المشرع بالذكور فقط، ولعل هذا راجع إلى مراعاة الجوانب الشرعية والاجتماعية والعرفية، وذلك للحفاظ على البنات وحماية حقوقهن في مواجهة الأب ومراعاة القدرة على الكسب والعمل، ولهذا نجد أن القيود واردة على الذكور من الأبناء دون الإناث سواء في السن أو الدراسة، في حين لم يرد على الإناث من قيد سوى الزواج وبقاء الرابطة الزوجية، ولهذا نجد أن الفقرة 3 من المادة 134 قد نصت على (المطلقات اللاتي تجب نفقتهن على الموظف).

2- وجوب كون الموظف الذي تصرف له هذه العلاوة مسؤولا عن الإنفاق على الأبناء من حيث

الإعاشة والدراسة، وهو أمر أكدت عليه المحكمة العليا أيضا في حكمها الصادر في الطعن الإداري رقم 26/15 ق الصادر بتاريخ 1982/12/22 والذي جاء فيه (إن المشرع حينما

اشتراط لاستحقاق الموظف أو العامل للعلاوة العائلية ألا يكون أي من الأبناء تحت رعاية شخص أو جهة غير الموظف تنفق على إعاشته أو دراسته إنما قصد من ذلك حرمان الموظف أو العامل من العلاوة المقررة عن الابن إذا كان هذا الابن يعيش بعيدا عنه ويوجد تحت رعاية غيره بحيث يتولى هذا الغير الإنفاق عليه أما إذا كان الابن يعيش مع الموظف ويوجد تحت رعايته فإن العلاوة عنه تصبح مستحقة لان الأصل في هذه الحالة أنه هو الذي يتولى الإنفاق عليه وذلك بغض النظر عما إذا كان المستحق للعلاوة هو الأب أو الأم إذ أي منهما لا يعتبر من الغير بالنسبة للآخر....¹.

ثالثا/ حساب علاوة العائلة

يلاحظ على نص اللائحة التنفيذية رقم 595 لسنة 2010 في مادتها رقم 136 أنها قد نصت على أن منح العلاوة يتم بالنسبة لفئتين:

الأولى/ بالنسبة للموظفين المعيّنين ولهم أزواج وأبناء فلهم الاستحقاق من تاريخ اليوم الأول من الشهر التالي لتاريخ صدور قرار بتحديد قيمتها أو تاريخ مباشرتهم للعمل، ويلاحظ هنا أنه بالنسبة للحالة الأخيرة فإن تاريخ الاستحقاق مرتبط بتاريخ المباشرة عكس العلاوة السنوية المرتبط استحقاقها بتاريخ شغل الوظيفة العامة، وهذا راجع برأينا إلى أن هذه العلاوة مرتبطة بالقدرة على إعالة الأسرة فالمدة التي لا يباشر فيها الموظف لا يستحق عنها مرتبا وبالتبعية لا يستحق عليها علاوة عائلة، أما العلاوة السنوية فهي مرتبطة بخبرة عملية.

الثانية/ الموظفين الذين يتغير وضعهم الاجتماعي أثناء العمل فهم أيضا تصرف لهم العلاوة من أول الشهر التالي لتاريخ تغير الوضع الاجتماعي بالزواج أو الولادة.

الفرع الثالث/ العلاوة السنوية و علاوة التمييز

هي العلاوة التي تمنح للموظفين بالاستناد على أسس قطاعية² أو مهنية أو دواعي تتعلق ببيئة العمل أو المحيط الذي يؤدي فيه.

وبالتالي فيمكن القول بأن هذه العلاوة تستحق للموظفين الذين تكون طبيعة عملهم تستوجب ذلك، كالأطباء والمهندسين وعمال الحقول النفطية، وغيرهم من ذوي الوظائف التي يلزم تمييزهم عن غيرهم من الموظفين الآخرين، ولكن وجب التنبيه في هذا المجال أن العبرة في استحقاق هذه العلاوة هي طبيعة الوظيفة التي يؤديها الموظف ولست العبرة بالتخصص، وبالتالي فهي علاوة قد تمنح لمهندس أو طبيب دون آخر وذلك لأن الممنوح له علاوة التمييز يمارس عملا يقتضي هذه العلاوة في حين أن الموظف الآخر المعادل له في التخصص لا يمنح هذه العلاوة لان وظيفته لا تقتضي التمييز، وهذا يفهم من عجز

¹ حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن الإداري رقم 26/15 الصادر بتاريخ 1982/12/22، نفس المرجع السابق ذكره.
² نصت المادة 131 من اللائحة التنفيذية في إطار تحديدها للتمييز على الأسس القطاعية على (يقصد بالتمييز القطاعي في تطبيق أحكام هذه المادة التمييز لأية مجموعة من العاملين يكون لها جدول مرتبات مستمر خاص بها).

المادة 131 من اللائحة التنفيذية لقانون العمل والذي جاء بالنص على (كما يشترط للاستفادة من حكم الفقرة الأولى من هذه المادة أداء العمل أو الوظيفة بالفعل في المجال الذي تم تمييزه). من جانب آخر، فإنه وبخلاف العلاوة السنوية فإن علاوة التمييز لا تمنح تلقائياً بمرور المدة وإنما وجب أن يصدر قرار من مجلس الوزراء يحدد فيه الوظائف المستفيدة من العلاوة التمييزية ويحدد نسبة مئوية من المرتب الأساسي تضاف إلى مرتب الموظف المستحق للعلاوة، وبالتالي فإن قيمة علاوة التمييز غير ثابتة فهي تتبع قيمة المرتب الأساسي عكس العلاوة السنوية التي تكون قيمتها ثابتة ومحددة في جداول المرتبات. من جانب آخر فإن مجلس الوزراء وعند تحديده لعلاوة التمييز أن يستند على ضابطين هما :

1- حالة الاقتضاء والضرورة

2- أن يكون التمييز مبنياً على أسباب موضوعية، ويلاحظ هنا أن مسألة تحديد الوظائف التي تستحق العلاوة السنوية قد تركه المشرع للسلطة التنفيذية من خلال ضوابط موضوعية تراها سبباً في إقرار العلاوة السنوية لها، ومن وجهة نظرنا فإن هذا راجع إلى أن مجلس الوزراء وباعتباره أعلى جهة إدارية أقدر من غيره على إقرار العلاوة بالنسبة للوظائف المتعددة.

الفرع الرابع/ علاوة السكن والعلاوة السنوية:

هي علاوة تمنح للموظف الذي يتم تعيينه أو نقله للعمل بوظيفة في منطقة ليس له فيها سكن، ولكن بقرارة نص القانون رقم 12 لسنة 2010 ولائحته التنفيذية يجده نصاً عاماً لم يقيد الحصول على هذه العلاوة بعدم توفر سكن للموظف، وبالتالي فقد يفهم منها أن جميع الموظفين في الدولة مستحقون لهذه العلاوة دون تمييز بينهم، وهو أمر لا يمكن منطوقاً القول به، عليه كان الأجدر بالمشرع الليبي أن يكون أكثر تفصيلاً بالخصوص.

ولكن في المقابل فإنه وباستقراء أحكام المحكمة العليا الليبية - نجد فيها سداً للثغرة التي خلفها القانون، ففي حكم سابق في عام 1971 جاء الحكم مفصلاً من المحكمة العليا بخصوص شروط استحقاق هذه العلاوة، حيث جاء في الحكم ما يلي (إن تفسير النصوص على الوجه الصحيح يكون في نطاق المحكمة والغاية المبتغاة منه ومن الواضح أن غرض المشرع من تقرير علاوة السكن لموظفي الحكومة هو مد يد المساعدة لهم وتمكينهم من الاستقرار بأسرهم في مسكن لائق يشرف عملهم وكرامة الحكومة التي يعملون في خدمتها سواء بإعطاء مبالغ نقدية تمكنهم من استئجار سكن لائق أو إسكانهم في مساكن مملوكة للدولة أو تملكها لهم بأثمان مخفضة وعلى أقساط مناسبة بغير فوائد)¹، ولكن وجب القول هنا بأنه لزم عدم الفهم من هذا الحكم بأن هذه العلاوة هي مساعدة تمنح من الدولة للموظف، وإنما وبالرغم من أنها هذه العلاوة مرتبطة بظروف الموظف العام، فإن كل الموظفين الذين يتحدثون في المركز القانوني لهم الحق في الحصول على علاوة السكن والا اعتبرت الإدارة مخالفة لمبدأ المساواة بين موظفي المرافق العامة

¹ حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن الإداري رقم 17/14 ق والصادر بتاريخ 1971/03/21، م.م.ع، س7، ع4، ص18.

المتساوين في الأوضاع القانونية، وهو ما أكدت عليه المحكمة العليا في الطعن الإداري رقم 5/10 الصادر بتاريخ 1960/02/27 والذي جاء فيه التأكيد على أن (ما ورد بقرار مجلس الوزراء والمنشور الدوري رقم 44-55 من أن هذه العلاوة من قبيل المساعدة وليست حقا من حقوق الموظف تمنحها الحكومة لمن تشاء وتمنعها ممن تشاء- هذا الرأي لا يتماشى مع مبدأ المساواة الواجب تطبيقه بين جميع الموظفين دون أن يكون لطائفة منهم ميزة على الأخرى إلا في حدود ما يرسمه القانون، ومن ثم فإن مساعدة بعض الموظفين دون البعض الآخر الذي يساويه في الحالة ليست قانونية ويجب أن تتم المساعدة لجميع الموظفين الذين تتوافر فيهم الشروط التي تتطلبها تلك المساعدة والا فإنها لا تعدو أن تكون ضريا من الامتيازات الشخصية المجردة من الأساس القانوني)¹.

أما بالنسبة لاستحقاق علاوة السكن فإنها وكما اسلفنا لا تستحق بالنسبة لكل الموظفين - وإنما تصرف لكل من توافرت فيه الشروط القانونية لاستحقاقها والتي حددتها اللائحة التنفيذية للقانون رقم 2010/12 بالآتي:

1- أن يتم صرف العلاوة لأحد الزوجين، وهنا تراعى قيمة العلاوة بحيث تصرف العلاوة الأكبر قيمة، وهو شرط أكدت عليه أحكام المحكمة العليا، منها الحكم الصادر في 1971/03/21 (إن علاوة السكن حق مقرر لكل موظف ذكرا أم أنثى ولكن إذا تزوجت الموظفة دخلت في أسرة زوجها وانتقل حقها في العلاوة إلى تلك الأسرة فإذا كان الزوج موظفا اكتفي له بالحق بأكبر العلاوتين مساعدة للأسرة وتحقيقا للغرض النبيل الذي تسعى إليه الدولة)²، ذلك أن الغرض من علاوة السكن وكما حددته المحكمة العليا في الحكم السابق بيانه سالفا (مد يد المساعدة لهم - للموظفين- وتمكينهم من الاستقرار بأسرهم في سكن لائق يشرف عملهم وكرامة الحكومة التي يعملون في خدمتها)³.

2- إذا كان الموظف أعزبا خفضت العلاوة المستحقة إلى النصف طبقا للدرجة الوظيفية التي يشغلها، ولعل هذا من وجهة نظرنا راجع إلى قلة الالتزامات المالية بالنسبة لغير المتزوج وصغر السكن المطلوب بالنسبة له، هذا بالنسبة للموظفين الذكور، ولكن وللأسف فإننا نلاحظ أن المشرع لم يراعي الوضع الاجتماعي للدولة الليبية خاصة أن الموظفين غير المتزوجات اللائي يستلزم عملهن الإقامة خارج منطقة سكناهن لا يمكن أن يقمن لوحدهن بل لا بد من إقامة محرم معهن، وبالتالي وجب على المشرع أن يراعي ذلك من الناحيتين الشرعية والاجتماعية،

¹ حكم المحكمة العليا الليبية الوارد في الباحث في مبادئ المحكمة العليا الليبية، الإصدار الأول، وزارة العدل الليبية (اللجنة الشعبية للعدل سابقا).

² حكم المحكمة العليا الليبية الصادر في الطعن الإداري رقم 17/14 ق الصادر بتاريخ 1972/03/21، م.م.ع، س، 7، 4ع، ص 18.

³ الطعن الإداري رقم 17/14 ق، نفس المرجع السابق.

وهنا دعوة للمشرع لمراعاة الموضوع كما هو الحال بالنسبة لعلاوة العائلة (م1/135 من اللائحة)¹.

ومن كل مما سبق بيانه ولما كانت علاوة السكن تمثل حقا من الحقوق المكفولة قانونا للموظف العام باعتبارها قيمة مالية تضاف إلى مرتبه الذي يتقاضاه ولا يسقط الحق فيها إلا في ثلاث حالات حددتها اللائحة في مادتها 141 وهي :

- أ- إذا خصص له سكن وظيفي ولو لم يقيم فيه
 - ب- إذا تغيب في الخارج في مهمة رسمية أو بعثة أو إجازة دراسية لمدة تزيد على السنة وكان مصحوبا بعائلته، ولا تستحق العلاوة في هذه الحالة طول مدة الغياب.
 - ت- إذا كان يتقاضى علاوة سكن أو خصص له مسكن بمقتضى تشريع آخر.
- ومما سبق يمكن تلخيص الفرق بين علاوة السكن والعلاوة السنوية في الآتي :

- 1- من حيث سبب الاستحقاق: علة استحقاق العلاوة السنوية هي مضي مدة سنة من تاريخ شغل الموظف للتوظيفة العامة وبالتالي فهي زيادة سنوية مستمرة مدى استمرار الموظف في عمله، أما علاوة السكن فهي علاوة تستحق للموظف متى انتقل للعمل في وظيفته خارج سكنة وغرضها توفير سكن له أو مساعدته في الحصول على سكن.
- 2- من حيث مستحقها/ كما سبق القول العلاوة السنوية حق يستحقه كل الموظف دون استثناء، ولا يشترط في استحقاقها سوى مرور سنة من تاريخ شغل الوظيفة العامة، أما بالنسبة لعلاوة السكن فلا تستحق إلا لطوائف محددة وبشروط حددتها اللائحة أهمها عدم توفر سكن للموظف، وهو ما يعني أن هذه العلاوة تسقط عن مستحقها في الحالة التي توفر فيها الدولة سكنا لائقا لموظفيها.
- 3- من حيث إمكانية سقوط حق الموظف/ لا يسقط حق الموظف في العلاوة السنوية إلا بعقوبة مقررّة بقرار من مجلس التأديب بإجراءاته المحددة قانونا، أما علاوة السكن فتسقط في الحالات التي حددها اللائحة في المادة (141)

المطلب الثاني

العلاوة السنوية وعلاقتها بالحقوق المالية للموظف العام

تعتبر العلاوة السنوية مهمة جدا بالنسبة للموظف العام، ذلك أنها تمثل وسيلة غير مباشرة لزيادة سنوية لمرتبه الذي يتقاضاه، بحيث يزيد هذا المرتب متى ما قضى سنة من العمل بحيث تستمر إلى حين تقاعده، بل إن العلاوة السنوية وكما ذكرنا سلفا تدخل كذلك في عملية حساب المعاش التقاعدي الذي يتقاضاه.

¹ انظر فيما سبق.

الفرع الأول/ العلاوة السنوية والمرتب:

كما سبق أنفا فإن الموظف ومع بداية عمله يبدأ حقه يتقاضى مبلغ مالي نظير العمل الذي يقوم به، استنادا على قاعدة قانونية أرسنها المحكمة العليا في أحكامها باعتبار أن (المرتب مقابل العمل)¹، هذا المرتب هو المرتب الأساسي، ومع بدء الموظف في الغوص في الحياة الوظيفية تقرر للموظف عدة مزايا أخرى تضاف إلى المرتب الأساسي متمثلة في العلاوات والمكافآت التي يتقاضاها الموظف، وأهم هذه العلاوات هي العلاوة السنوية، وهنا وبإضافة هذه المزايا المالية للموظف يزداد مرتب الموظف، ويبدأ استحقاق الموظف للعلاوة السنوية في أول الشهر التالي لانقضاء سنة من تاريخ شغل الوظيفة العامة أو استحقاق العلاوة السنوية الماضية.

وعلى هذا الأساس ووفقا للنص القانوني الوارد في المادة (143) من قانون العمل، فيمكننا القول بأن عملية حساب العلاوة السنوية يتم كما يرد في المثال التالي:

فلو فرضنا أن محمدا قد التحق بالوظيفة العامة، فكان تاريخ شغله للوظيفة هو 3 يناير، فكيف يتم حساب العلاوة السنوية بالنسبة له؟

هنا وللإجابة على هذا التساؤل لا بد من تفسير النص الخاص بالعلاوة السنوية كما يلي:

تنص المادة 143 من قانون العمل رقم 2010/12 على (يمنح الموظف علاوة سنوية من علاوات الوظيفة التي يشغلها اعتبارا من أول الشهر التالي لانقضاء سنة من تاريخ شغل الوظيفة لأول مرة أو منح العلاوة السنوية السابقة)

أولا/ يلاحظ أن النص هو ذاته الصادر في قانون الخدمة المدنية رقم 55 لسنة 1976، مما ينفي أي احتمالية للقول بأن المشرع لم يقصد المعنى الواضح والذي سنبينه لاحقا- وخاصة أن المشرع اتبع ذات النص بالنسبة للعلاوات الأخرى.

ثانيا/ أن المشرع اعتمد في حساب استحقاق العلاوة السنوية تاريخ شغل الوظيفة العامة وليس تاريخ المباشرة، والعلة حسب وجهة نظرنا أن العلاوة السنوية مقررة ومرتبطة بسنوات الخبرة، ومما يدل على ذلك احتساب سنوات الخبرة السابقة كسبب لاستحقاق العلاوة السنوية للموظف، وهو ما نص عليه في المادة 136 من قانون العمل رقم 2010/12 والتي ورد فيها (..... وإذا كانت للموظف خدمة سابقة حسب له أقدمية اعتبارية في الوظيفة ويستحق الموظف مرتبه من تاريخ مباشرته للعمل، ويحدد بأول مربوط الوظيفة التي شغلها، على أنه إذا حسبت له أقدمية اعتبارية يزداد في مرتبه بما يعادل علاوة كل

¹د. محمد عبدالله الحراري، المرجع السابق، ص 430.

سنة)، وهو ما نص عليه أيضا في اللائحة التنفيذية للقانون رقم 2010/12، إذ ورد في المادة 84 (يمنح من تحسب له مدة خبرة أقدمية عند التعيين بواقع علاوة من علاوات درجة الوظيفة التي يتم تعيينه عليها عن كل سنة من مدة الخبرة أو التدريب المحسوبة وفقا لهذه اللائحة، بشرط ألا يسبق نظرائه في الدرجة ممن يتساوون معه في المؤهل والخبرة من العاملين في الوحدة الإدارية المعين بها)، والواقع أن هذا الحساب يختلف من حيث النص والمعنى مما كان العمل ساريا به في ظل قانون الخدمة المدنية الصادر سابقا والذي ألغي بالقانون رقم 1976/55 والذي جاء في مادته 33 (تحسب مدة استحقاق العلاوة السنوية ابتداء من اليوم الأول من الشهر التالي لتاريخ استحقاق المرتب أو منح العلاوة السنوية السابقة، على أنه إذا كان استحقاق المرتب أو العلاوة السابقة قد وقع في اليوم الأول من الشهر حسب الاستحقاق من اليوم المذكور). والذي يلاحظ على هذا النص أنه كان أكثر وضوحا من النصوص التي تلتها والتي سبقت الإشارة إليها، ثم إنه يختلف اختلافا جذريا عن القانون الحالي من جانبين:

الأول/ ربط استحقاق أول علاوة سنوية للموظف باستحقاق المرتب وليس شغل الوظيفة العامة. الثاني/ وهو اعتبار الموظف الذي استحق مرتبه ببداية الشهر مستحقا للعلاوة من بداية ذات الشهر بعد مرور سنة على خلاف النص الحالي الذي ساوى بين الموظفين في استحقاق العلاوة. ومن وجهة نظرنا فإن النص الأخير كان المشرع أكثر توفيقا فيه من النص السابق.

و بناءً على ما سبق فإن حساب العلاوات بالنسبة للمثال السابق يكون كالتالي: بالنسبة لمحمد والذي شغل الوظيفة العامة بتاريخ 3 يناير فإن أول الشهر التالي لانقضاء سنة من شغله للوظيفة العامة هو الأول من شهر فبراير، وبالتالي يبدأ صرفها له مع صرف مرتب شهر فبراير، ذلك أن السنة تنتهي بالتمام في 3/يناير، فلو فرض أحد أن قرار محمد شغل الوظيفة يوم 17 يناير فبالنظر إلى أن بداية الشهر التالي هو الأول من شهر فبراير، وبالنسبة للعلاوات المقبلة فإنها تستحق في أول الشهر التالي لانقضاء سنة من تاريخ استحقاق العلاوة السابقة؛ ففي ذات المثال السابق فالعلاوة السنوية الثانية لمحمد تستحق في الأول من شهر مارس بحيث يستمر بهذا النسق؛ بمعنى أن العلاوة المقبلة تستحق في الأول من أبريل ثم مايو وهكذا يستمر منح العلاوة كل سنة بصورة دورية طيلة مدة عمل الموظف.

الفرع الثاني/ العلاوة السنوية باعتبارها عاملا مساعدا في حماية الحقوق المالية للموظف العام

كما سبق القول في بداية كتابة هذه السطور من البحث بأن العلاوة السنوية تعتبر واحدة من أهم الوسائل القانونية التي تحفظ بها حقوق الموظف العام، ومن هلال اعتبارها زيادة سنوية دورية في مرتب الموظف العام، وبالتالي ونظرا لهذه الأهمية فقد استخدمت العلاوة السنوية من قبل المشرع ليس فقط في زيادة مرتب الموظف العام، وإنما أيضا من خلال احتساب مرتبات الموظفين عند الترقية وفي حالة احتساب مرتباتهم بعد الإحالة على التقاعد.

أولا/ العلاوة السنوية والترقية:

يمكن القول بأن الترقية تعتبر حقا ذو طبيعة مزدوجة بالنسبة للموظف العام، فهي تعتبر حقا معنويا باعتبارها تمثل زيادة في درجته الوظيفية وزيادة أيضا في مرتبه بالتبعية لذلك، وعليه فمن وجهة نظرنا أنه لا يمكن تصنيفها في جانب معين من الحقوق الخاصة بالموظف العام كما درجت العادة عند فقهاء القانون العام¹.

ونظرا لأهمية الترقية بالنسبة للموظف فقد أحاطها المشرع بعدة أحكام وضوابط قانونية حتى يصبح التمتع بهذا الحق وفق المأمول ويحقق الغاية التشريعية من إقراره، ومن أهم الضوابط بالنسبة للترقية هي كونها وإن كانت كأصل عام حقا للموظف، إلا أن للإدارة في مجال منحها حرية واسعة، بمعنى أن الموظف لا يستحق الترقية بمجرد مضي المدة القانونية، وبالتالي فلا تلزم الإدارة بترقيته إلا بتوافر كافة شروطها المحددة قانونا وذلك باعتبارها وسيلة من وسائل شغل الوظيفة العامة².

وتأسيسا على ما سبق، يمكن القول بأن هذا الحق يتشابه أيضا مع العلاوة في ارتباطه بمدة قانونية كحد أدنى لاستحقاق الترقية، وكذا العلاوة السنوية التي يقتضي التمتع بها مرور فترة زمنية، ويرتبطان من جانب آخر في أن مرتب الموظف المرقى يرتبط بالعلاوة السنوية في جزء منه، ذلك أن المادة 136 من القانون رقم 2010/12 نصت على أنه (وفي حالة الترقية يمنح الموظف عند ترقيته أول مربوط الوظيفة المرقى إليها أو آخر مرتب تقاضاه في وظيفته السابقة مضافا إليه علاوة من علاوات الوظيفة المرقى إليها أيهما أكبر)، ولكن وباستقراء نصوص قانون العمل بالخصوص نجد أن المشرع الليبي لم يكن موفقا لتحديد تاريخ استحقاق المرقى لمرتب الوظيفة التي رقي إليها؛ ذلك أن المشرع جاء في نص المادة 141 من ذات القانون ونص على أن (ويستحق الموظف من تاريخ استحقاق الترقية.....) وهو نص يتضارب تماما مع ما ورد في الفقرة الأخيرة من المادة 136، والتي نصت على (ويستحق المرتب الجديد من أول الشهر التالي لصدور قرار الترقية، فإذا وقعت الترقية في اليوم الأول من الشهر استحق المرتب من اليوم المذكور)، هذا التضارب الواضح بين النصين يجعلنا نطرح التساؤل بأي النصين ستلتزم الجهات الإدارية؟

للإجابة على هذا التساؤل وجب القول بأن القاعدة العامة هي أن المرتب مقابل العمل، وبالتالي، فنحن نرى أن النص الواجب إعماله هو الوارد في المادة 141 من القانون، على أن يقيد بقيد المباشرة، ذلك أن الترقية تعتبر وسيلة من وسائل شغل الوظائف العامة³، وبالتالي وجب التعامل مع حق الموظف في استحقاق مرتب الترقية بذات الوسيلة التي يستحق فيها المرتب فيما لو عين لأول مرة؛ بمعنى يتم الاعتراف بمباشرة للعمل في وظيفته الجديدة إن أمكن تحديده وإلا فيتم التعامل معه بتاريخ استحقاق الترقية،

¹ انظر الدكتور محمد عبدالله الحراري، المرجع السابق ذكره، ص 433.

² قضت المحكمة العليا الليبية في حكمها الصادر في الطعن الإداري رقم 42/86، والصادر بتاريخ 1999/01/10 بأن (من المقرر أن الترقية ليست حقا ولا فرضا لازما على جهة الإدارة أن تجريها لمجرد قضاء الحد الأدنى للترقية، وإنما هي سلطة تستعملها عندما ترى موجبا لذلك وليس للقضاء الإداري غير الرقابة على ما تصدره السلطة الإدارية من قرارات في هذا الخصوص عندما يطلب صاحب الشأن إلغاؤها للانحراف في استعمال السلطة أو مخالفة القانون)، الباحث في مبادئ المحكمة العليا الليبية، المرجع السابق ذكره.

³ تنص المادة 126 من القانون رقم 2010/12 بشأن علاقات العمل على (يكون شغل الوظائف الشاغرة بملاكات الوحدات الإدارية بطريق التعيين أو التعاقد أو الترقية أو الندب أو الإعارة أو النقل)

وعليه فإن تطبيق أي من النصين الحاليين سيؤدي إما لهضم حق الموظف، ذلك أنه وفي حالة ترقيته في منتصف الشهر سيضيع حقه في النصف الذي سيشتغل فيه بعد الترقية، أو إعطاء الموظف مالا حق له فيه ذلك أن الموظف قد يرقى ولا يباشر الوظيفة التي رقي إليها إلا بعد فترة من الزمن وهو ما سيؤدي لمنحه مرتبا لا حق له فيه باعتبار ما استقر عليه القضاء الليبي بأن المرتب مقابل العمل.

من كل ما سبق يتبين لنا أن العلاوة السنوية تلعب دورا بارزا في حماية حق الموظف العام عند ترقيته باعتبارها تمثل البوصلة في تحديد المرتب الذي يستحق الموظف تقاضيه بعد ترقيته، ولكن هذا الدور للعلاوة السنوية لا يتوقف على اعتبارها زيادة سنوية لمرتب الموظف ولا باعتبارها ضمانا لتحديد مرتبه، بل هي أيضا تؤثر في الموظف حتى بعد انفصاله عن الوظيفة العامة من خلال دورها الذي تلعبه في تحديد معاشه التقاعدي.

ثانيا/ العلاوة السنوية والمعاش التقاعدي

بعد مرور فترة من الزمن على شغل الموظف لوظيفته، فإنه في النهاية يترك هذه الوظيفة من خلال ما اصطلح على تسميته بالتقاعد، وهنا فإن الأصل في التقاعد هو بلوغ السن القانونية المقررة لانتهاؤ خدمة الموظف، ولكن واستثناء من هذا الأصل العام فإن هناك حالات أخرى يحال الموظف على المعاش استنادا عليها هذه الحالات يمكن إجمالها في:

1- عدم اللياقة الصحية

2- طلب التقاعد الاختياري المقدم من الموظف متى ما بلغت مدة خدمته 20 عاما

3- الوفاة ويستحق المرتب في هذه الحالة لورثة الموظف

استنادا على هذه الحالات فإنه يمكن بيان المعاشات التي يتقاضاها الموظف إذا انتهت علاقته الوظيفية لأي سبب من الأسباب السابق ذكرها، وفقا لما نص عليه في المادة 11 من القانون رقم 13 لسنة 1980 والتي جاء فيها:

(.... أ- المعاشات وهي:

1- معاش الشيخوخة

2- معاش العجز لإصابة العمل

3- معاش العجز الكلي لغير إصابة العمل

4- معاش المستحقين عن المضمون....)

وفي جميع الحالات التي على أساسها يجب المعاش التقاعدي فإن العلاوة السنوية تعتبر ذات اعتبار عند احتساب الاشتراكات الضمانية للموظف، وعاملا مساعدا في تقدير مرتبه بعد التقاعد، ذلك أن احتساب الاشتراكات الضمانية وحساب المعاش التقاعد يتم على أساس المرتب الكامل، فالموظف وأثناء قيامه بوظيفته يتم استقطاع نسبة مئوية من مرتبه لصالح الاشتراكات الضمانية، وقد بينت القوانين

واللوائح المنظمة للضمان الاجتماعي المرتب الذي يحسب على أساسه اشتراك المضمون، وهو ما أجملته المحكمة العليا الليبية في حكمها الصادر بخصوص الطعن الإداري رقم 46/78 ق والذي جاء فيه (المقصود بالمرتب الفعلي) بأنه المرتب الأساسي للموظف المشترك أي أول مربوط درجته وما استحققه من علاوات سنوية وتشجيعية وعلاوة ترقية مضافا إلى ذلك ما يستحق له من علاوات العائلة وسائر العلاوات والبدلات والمزايا المالية الأخرى ذات الصلة المستقرة الثابتة المنتظمة التي يحددها قرار اللجنة الشعبية لصندوق الضمان الاجتماعي¹.

وعليه فإن العلاوة السنوية تدخل في نسبة الاشتراك الضماني والتخصص من مرتب الموظف كل شهر مقابل اشتراكه بالضمان الاجتماعي، ذات الأمر بالنسبة لربط المعاش التقاعدي الذي يتم حسابه على أساس آخر مرتب تقاضاه الموظف خلال الثلاث سنوات الأخيرة له في العمل، وهو ما أكدته المحكمة العليا الليبية في الطعن الإداري رقم 49/88 ق والذي قضت فيه بأن (من المقرر أن ربط المعاش الضماني يجب أن يتم وفقا لأحكام المادتين 14، 18 من قانون الضمان الاجتماعي رقم 13 لسنة 1980 اللتين تنصان على أن المرتب الذي يحسب على أساسه المعاش هو متوسط مرتب المضمون أو أجره أو دخله الفعلي خلال الثلاث سنوات الأخيرة من مدة خدمته أو عمله وليس آخر مرتب أو أجر كان يتقاضاه أو دخل كان يحققه)². والواقع فإنه ومن خلال استقراء أحكام المحكمة العليا الليبية فإنه يمكن القول بأن العلاوة السنوية دائما ما تكون ضمن المرتب الذي على أساسه يتم ربط المعاش التقاعدي وذلك باعتبار هذه العلاوة تعتبر زيادة دورية لمرتب الموظف العام تتميز بالثبات والاستقرار، وبالتالي فإن أي زيادة في مرتب الموظف عن طريق هذه العلاوة تؤثر بالضرورة إيجابا على قيمة المعاش التقاعدي للموظف، علة العكس من غيرها من المزايا المالية الأخرى للموظف العام والتي لا تتصف بهذه الميزة من الثبات، فهذه المزايا غير الثابت الأصل فيها خروجها عن احتساب المعاش الضماني لخروجها أصلا عن المرتب الذي يتم على أساسه استقطاع الاشتراكات الضمانية، وهو ما يمكن استجلاؤه بوضوح من حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن الإداري رقم 48/42 ق والذي جاء فيه (عرفت المادة 52 من البند 6 من القانون رقم 13 لسنة 1980 بشأن الضمان الاجتماعي والمادة الأولى من لائحة معاشات الضمان الاجتماعي والمادة 35/ب من لائحة التسجيل والاشتراكات وقرار اللجنة الشعبية العامة للضمان الاجتماعي رقم 1981/20 بشأن تحدي المزايا المالية التي تدخل في حساب المرتب الفعلي - عرفت المرتب أو الأجر وأضاف إليه العلامات والبدلات والمزايا المالية الأخرى التي يستحقها المشترك بشرط أن تتسم بصفة الاستقرار والثبات والانتظام.

¹ حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن الإداري رقم 46/78 ق، والصادر بتاريخ 2002/03/31، م.م.ع، السنة 35، ص 81.
² حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن الإداري رقم 49/88 ق والصادر بتاريخ 2005/05/29، م.م.ع، السنة 40، ع 3-4، ص 44.

ولما كان مقطع النزاع في الدعوى محل الطعن هو مدى خضوع المكافأة التي تمنح للجان الجرد السنوي الوعاء الضماني وكانت هذه المكافأة مقررة لأعضاء هذه اللجان نظير قيامهم بأعمال الجرد السنوي وهي أعمال وقتية تجري في أوقات محددة كل سنة - وقد يتغير أعضاء اللجان بحيث يكون قد تم صرفها لغيرهم في السابق وقد تصرف لغيرهم في سنوات مقبلة تبعا لتشكيل اللجان منهم أو من غيرهم ولا تمنح لكافة العاملين بذات الجهة ولا تتحقق بها المنفعة المتوخاة من نظام - الضمان الاجتماعي باحتساب ذلك في تقدير المعاش الضماني نظير دفع الاشتراك الأمر الذي ينفي عن مثل هذه المكافأة كونها ثابتة ومستقرة ومنتظمة وهو المناط الذي اشترطت التشريعات المشار إليها توافره حتى يمكن احتساب الميزة المالية ضمن المرتب أو الأجر وبالتالي لا تدخل ضمن عناصر الوعاء الضماني¹.

وهي بذات المعنى ونظرا لاعتبار العلاوة السنوية تتميز عن غيرها بالثبات والاستقرار وبأنها زيادة سنوية مستقرة، وبالتالي فهي ترتبط دائما بالمعاش التقاعدي عكس العلاوات الأخرى التي ترتبط بطبيعة العمل وبالتالي فارتباطها بالمعاش التقاعدي رهين باستمرار الموظف بالعمل الذي يستحق عنه العلاوة حتى تقاعده، وهو ما يفهم من حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن الإداري رقم 48/89 ق والذي جاء في منطوقه (لما كان الثابت من الأوراق أن الطاعن كان ضابطا بالقوات المسلحة ثم انتهت خدمته وأحيل للعمل بأمانة اللجنة الشعبية العامة للصناعة ثم أحيل إلى التقاعد الاختياري بناء على طلبه وعند تسوية معاشه التقاعدي لم تحسب له علاوات التمييز والتشجيعية اللتان يتقاضاهما عند عمله بالقوات المسلحة وكان القانون رقم 43 لسنة 1974م بشأن تقاعد العسكريين قد نص في مادته الأولى من الباب الأول على وقف سريان القانون المذكور على العسكريين الذين ينقلون إلى خارج العمل بالقوات المسلحة فإن الحكم المطعون فيه قد استبعد علاوتي التمييز والتشجيعية عند التسوية التقاعدية لارتباطهما بالعمل بالقوات المسلحة فإنه لا يكون قد خالف القانون)².

¹ حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن الإداري 48/42 ق الصادر بتاريخ 2004/12/12، م.م.ع، الباحث في مبادئ المحكمة العليا الليبية، المرجع السابق ذكره.

² حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن الإداري رقم 48/89 ق الصادر بتاريخ 2005/02/72، م.م.ع، س، 40، ع2، ص65.

الخاتمة

في ختام هذا البحث الذي خصص لدراسة تفصيلية للعلاوة السنوية وتمييزها عن غيرها من العلاوات، يمكننا القول بأن هذه العلاوة تعتبر من أهم الحقوق المالية الدورية بالنسبة للموظف العام، فهي حق ثابت للموظف العام بحكم النصوص القانونية ولا تملك الإدارة إزائه أي سلطة تقديرية، وبالتالي فإذا قامت الإدارة بحرمان الموظف منها دونما أي سبب قانوني، فإنها تكون ملزمة بتسوية وضعه الوظيفي على أساس استحقاق هذا الحق، ولا يتحصن أي قرار تتخذه الإدارة بخصوص هذه العلاوة وبمخالفة للقانون بالمدة القانونية المنصوص عليها بالنسبة للقرارات الإدارية الأخرى باعتبار أي منازعة فيها تخضع لدعوى التسوية المنصوص عليها في المادة الثانية من القانون رقم 88 لسنة 1971 بشأن القضاء الإداري. وأخيراً، نأمل من المشرع الليبي إعادة النظر في قانون العمل وإرجاع الحال على ما كان عليه بفصل أحكام قانون الخدمة المدنية عن قانون علاقات العمل الفردية، إضافة إلى إزالة النصوص المتعارضة ومراعاة الأحكام الشرعية في إعطاء الموظفين العاميين حقوقهم.

والله ولي التوفيق

قائمة المراجع

يعتبر هذا الموضوع من المواضيع غير المدروسة سابقا بالتفصيل في أي من الكتابات الليبية وهو ما دعانا إلى الاستناد على النصوص القانونية والأحكام القضائية.

أولا/ الكتب:

1- د. محمد عبدالله الحراري، أصول القانون الإداري الليبي، منشورات المكتبة الجامعة، الزاوية، ليبيا، الطبعة السادسة، 2010، ص 427.

ثانيا/ الأحكام القضائية:

2- الطعن الإداري رقم 43/56 ق الصادر بتاريخ 2000/01/2، الباحث في مبادئ المحكمة العليا الليبية، الموسوعة الإلكترونية، أصدرها وزارة العدل الليبية، الإصدار الأول.

3- حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن الإداري رقم 26/15 ق الصادر بتاريخ 1982/12/22، م.م.ع، س 19، ع 4، ص 15.

4- حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن الإداري رقم 17/14 ق والصادر بتاريخ 1971/03/21، م.م.ع، س 7، ع 4، ص 18.

5- حكم المحكمة العليا الليبية الصادر في الطعن الإداري رقم 17/14 ق الصادر بتاريخ 1972/03/21، م.م.ع، س 7، ع 4، ص 18.

6- قضت المحكمة العليا الليبية في حكمها الصادر في الطعن الإداري رقم 42/86 ق، والصادر بتاريخ 1999/01/10، الباحث في مبادئ المحكمة العليا الليبية.

7- حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن الإداري رقم 46/78 ق، والصادر بتاريخ 2002/03/31، م.م.ع، السنة 35، ص 81.

8- حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن الإداري رقم 49/88 ق والصادر بتاريخ 2005/05/29، م.م.ع، السنة 40، ع 4-3، ص 44.

9- حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن الإداري رقم 48/42 ق الصادر بتاريخ 2004/12/12، م.م.ع، الباحث في مبادئ المحكمة العليا الليبية، المرجع السابق ذكره.

10- حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن الإداري رقم 48/89 ق الصادر بتاريخ 2005/02/72، م.م.ع، س 40، ع 2، ص 65.

ثالثا/ القوانين واللوائح:

1- القانون رقم 12 لسنة 2010 بشأن علاقات العمل، مدونة التشريعات، مؤتمر الشعب العام (سابقا)، السنة العاشرة، العدد 7، بتاريخ 2010/05/18.

2- اللائحة التنفيذية للقانون رقم 12 لسنة 2010، الصادرة بموجب قرار اللجنة الشعبية العامة رقم 595 لسنة 2010.

3- القانون رقم 13 لسنة 1980 بشأن الضمان الاجتماعي، القوانين واللوائح والقرارات ذات العلاقة بالوظيفة العامة والموظف، المؤتمر الشعبي المهني العام للموظفين، الجزء الرابع، ص 392.

التخصيص بالغاية وآثاره الفقهية
محمد علي جبران
محاضر بكلية التربية/جامعة حضر موت- اليمن

مُتَكَلِّمًا

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين محمد بن عبد الله وعلى آله وصحبه وسلم ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين وبعد .

فإن من نعم الله ومنته أن هدى هذه الأمة إلى هذا الدين القويم، الذي به تصلح نفوسهم، وتهذب أخلاقهم، وتنظم معاملاتهم، ويصح سلوكهم وتقوم حياتهم وفق تعاليم الشرع العظيم، ليقوم العباد بالحق الذي من أجله خلقوا؛ وهو عبادته على الوجه الذي ارتضى لهم، قال الله تعالى: ﴿وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ﴾ [سورة الذاريات: 56]، فطبيعة شريعة الله للخلق مراعية لمصالحهم وموافقة لطبائعهم، ولا بد أن تكون كذلك لأن الله هو خالقهم وهو يعلم ما يصلحهم، وإن من سمات هذه الشريعة مرونتها وقدرتها على استيعاب جوانب حياة الإنسان ومستجدات حوادثه، وهدايته واعطائه القدرة على فهم الشريعة وقواعدها وضوابطها، وإن استيعاب القواعد الأصولية والفقهية وفهمها والبناء عليها في استخراج الفروع الفقهية هو نتاج القدرة العقلية التي من الله بها على الإنسان لتسهيل فهم الدين واستيعابه وتطبيقه، وفي هذا الموضوع الذي بين أيدينا الموسوم بـ (التخصيص بالغاية عند الأصوليين وآثاره الفقهية) يسهم في تعميق فهم قواعد الشريعة وآثارها كونه متعلق بقاعدة من قواعدها الأصولية المبنية أوصالها المنتثرة آثارها بين جوانح مآثر جمة لجهاذة العلم ونصوص عديدة من الكتاب والسنة فكان الغرض جمع شتات هذه القاعدة ولملمة لبناتها وإيضاح آثارها من خلال الوقوف على ماهيتها وأدواتها وأنواعها وأحكامها وشروطها وآثارها، وعليه قد اقتضت طبيعة هذا البحث أن يكون من مقدمة وتمهيد وخمسة مباحث وخاتمة كما يأتي:

المقدمة: وهي التي سبق ذكرها .

تمهيد: عن المقصود بالتخصيص وحقيقته.

المبحث الأول: ما هية التخصيص بالغاية، وفيه ثلاثة مطالب.

المبحث الثاني: أدوات الغاية، وفيه مطلبان .

المبحث الثالث: أنواع الغاية، وشروط التخصيص بها، وفيه مطلبان.

المبحث الرابع: أحكام التخصيص بالغاية.

المبحث الخامس: آثار التخصيص بالغاية .

الخاتمة: وفيها أهم نتائج البحث .

التمهيد: المقصود بالتخصيص وحقيقته:

لا شك أن إرادة المتكلم هي المخصصة لدلالة العام، وأن الأدلة والقرائن كاشفة لتلك الإرادة، والكشف عن المخصص بواسطة الأدلة أو القرائن إنما يكون على سبيل المجاز لا الحقيقة، لأن الحقيقة كما أشرنا إنما تكون بإفصاح المتكلم عن إرادته، ولأن البحث هنا متعلق بإرادة الشارع، وإرادة الشارع غير ممكن الوصول إليها حقيقة نظراً لانقطاع الوحي بموته صلى الله عليه وسلم فلم يبق من سبيل في التعرف على إرادة الشارع إلا الطرق المجازية وهي الأدلة والقرائن، والغاية التي هي نهاية الشيء المقتضية لثبوت الحكم قبلها وانتفائه بعدها⁽¹⁾، من الطرق المجازية التي ذهب إلى التخصيص بها الجمهور⁽²⁾ والتخصيص بالغاية المراد به أن يأتي بعد اللفظ العام حرف من أحرف الغاية كاللام وإلى وحتى، كقوله تعالى ﴿سَقَنَاهُ لِبَلَدٍ مِيتٍ﴾ [سورة الأعراف الآية: 57]، وكقولك (أكرم بني تميم إلى أن يدخلوا الدار) فلو لم تقل (إلى أن يدخلوا الدار) لجاز أن يكرمهم سواء دخلوا الدار أم لم يدخلوه، فلما ذكرت الغاية تخصص الوجوب بما قبلهما، لأنه لو لزم الإكرام بعد الدخول، لخرج الدخول من كونه غاية ونهاية، ودخل في أن يكون وسطاً، وذلك ينقض فائدة قوله (إلى) لأن هذه اللفظة تفيد الغاية⁽³⁾ كما سنعرف في تعريف الغاية.

المبحث الأول: ما هية التخصيص بالغاية:

قبل الخوض في تعريف التخصيص أبدأ بتعريف العام، لأنه المقصود بالتخصيص والغاية هي المخصص له فلا تخصيص إلا لعموم، ثم أردفه بتعريف الغاية لأنها هي الخصصة للعموم ثم أعرف التخصيص، وكل واحد منها سأعرفه في اللغة ثم في الاصطلاح في ثلاثة مطالب على النحو الآتي:

المطلب الأول: تعريف العام في اللغة والاصطلاح:

أولاً: تعريف العام في اللغة هو: من عمَّ الشيء يعم بالضم عموماً إذا صار شاملاً⁽⁴⁾ وعم القوم إذا شملهم بالعطية .

ثانياً: تعريف العام في الاصطلاح هو: عبارة عن اللفظ الواحد الدال من جهة واحدة على شيئين فصاعداً⁽⁵⁾، مثل الرجال، والمشركين، ومن دخل الدار فأعطه درهماً، والمراد "من جهة واحدة" إحترازاً عن قولهم "ضرب زيد عمراً" وعن قولهم "ضرب زيداً عمرو" فإنه يدل على شيئين ولكن بلفظين لا بلفظ واحد، ومن جهتين لا من جهة واحدة⁽⁶⁾.

(1) إرشاد الفحول (261)، المدخل (257).

(2) المعتمد (239/1)، قواطع الأدلة (224/1)، المحصول الرازي (99/3)، الإحكام الأمدي (337/2)، رفع الحاجب (297/3)، البحر المحيط (480/2)، القواعد والفوائد الأصولية (262)، المختصر في أصول الفقه (121)، غاية الوصول (136)، إرشاد الفحول للشوكاني (261)، حاشية العطار (58/2)، التحرير شرح التبيين (2628/6) .

(3) المعتمد أبي الحسين البصري (239/1) الإحكام الأمدي (237/2) .

(4) انظر: الأفعال أبو القاسم علي بن جعفر السعدي (385/2).

(5) المستصفي (224).

(6) انظر: المرجع السابق .

وقيل هو: اللَّفْظُ الْمُسْتَعْرَقُ لِجَمِيعِ مَا يَصْلُحُ لَهُ مِنْ غَيْرِ حَصْرِ⁽¹⁾.
والمقصود به استغراق الحكم جميع مفرداته التي وضع لها من غير حصر، والتخصيص قصر الحكم على بعض مفرداته دون البعض.

المطلب الثاني: تعريف الغاية في اللغة وفي الاصطلاح:

أولاً: تعريف الغاية في اللغة: من: غيى، والغاية: مدى كل شيء، والغاية أقصى الشيء، وألفه ياء، وهو من تأليف غين ويائين وتصغيرها غيبة - وكذلك كل كلمة مما يظهر فيه الياء بعد الألف الأصلية فألفها ترجع في التصريف إلى الياء - ألا ترى أنك تقول غييت غاية، ويقال اجتمعوا وتغايوا عليه فقتلوه، ولو اشتق من الغاوي لقالوا تغايوا⁽²⁾، وفي الحديث عن ابن عمر " أن النبي ﷺ: سبق بَيْنَ الْخَيْلِ فَجَعَلَ غَايَةَ الْمَضْمَرَاتِ مِنَ الْحَفِيَا إِلَى ثَنِيَةِ الْوُدَاعِ.."⁽³⁾.

والغاية: (الراية) ومنه الحديث: "في ثمانين غاية تحت كل غاية اثنا عشر ألفاً"⁽⁴⁾.

وقال لبيد⁽⁵⁾: قَدْ بَتَّ سَامِرُهَا وَغَايَةَ تَاجِرٍ وَأَفَيْتُ إِذْ رُفِعَتْ وَعَزَّ مُدَامُهَا⁽⁶⁾.

ثانياً: تعريف الغاية في الاصطلاح: كما عرفها أكثر الأصوليين: هي أن: غاية الشيء نهايته⁽⁷⁾.

قال الرازي في المحصول: أن غاية الشيء نهايته وطره ومقطعه⁽⁸⁾.

وقال التفتازاني بأنها: النهاية وليس لها ابتداء وانتهاء⁽⁹⁾، لأن المراد بالغاية في قولهم من لا ابتداء الغاية وإلى لا انتهاء الغاية هو المسافة إطلاقاً لاسم الجزء على الكل⁽¹⁰⁾.

ويؤخذ على هذين التعريفين أنهما قيّدا الغاية بقيد واحد وهو كونها نهاية الشيء، وهذا غير كاف لحصر المحدود ومنع غيره من الدخول فيه - فليس بجامع ولا مانع - فقد يشترك في نهاية الشيء كل أمر وصل إلى تمامه ونهايته وإن لم يكن مسبوقاً بما يدل على النهاية كأدوات الغاية إذا فليست هي الغاية المقصودة التي تفهم من دلالة أدوات الغاية.

(1) المحصول (515/2)، البحر المحيط الزركشي (179/2)، التحبير شرح التحرير (2525/6)، .

(2) لسان العرب (143/15)، العين (457/8)، تاج العروس (204/39).

(3) سنن البيهقي الكبرى، كتاب السبق والرمي، باب ما جاء في الوالي يسبق بين الخيل من غاية إلى غاية رقم (19552) (19/10).

(4) صحيح ابن حبان، باب إخباره عما يكون في أمته ﷺ من الفتن والحوادث، ذكر الإخبار عن فتح المسلمين بيت المقدس بعده ﷺ حديث رقم (6675) (66/15).

(5) لبيد الشاعر الصحابي وهو: لبيد بن ربيعة بن مالك بن جعفر بن كلاب بن ربيعة العامري، وفد على رسول ﷺ فأسلم وحسن إسلامه وكان من فحول شعراء الجاهلية وهو الذي ثبت في الصحيح أن رسول الله ﷺ قال (أصدق كلمة قالها الشاعر ألا كل شيء ما خلا الله باطل) مات أول خلافة معاوية وله مائة وأربعون سنة قالوا ولم يقل شعراً بعد إسلامه وكان يقول أبدلني الله تعالى به القرآن وقيل قال بيتاً واحداً وهو (ما عاتب المرء الكريم كنفسه والمرء يصلحه القرين الصالح) تهذيب الاسماء (379/2).

(6) ديوان لبيد بن ربيعة (103).

(7) التلخيص في أصول الفقه (202/2)، المحصول (101/3)، البحر المحيط (130/3)، التحبير شرح التحرير (2935/6)، شرح

الكوكب المنير (705/3)، إرشاد الفحول (261)، المدخل ابن بدران (257).

(8) المحصول (101/3)، شرح التلويح على التوضيح (214/1).

(9) شرح التلويح على التوضيح (101/3).

(10) المرجع السابق.

وعرفها الماوردي والزركشي والشوكاني وابن بدران بأنها: نهاية الشيء المقتضية لثبوت الحكم قبلها وانتفائه بعدها⁽¹⁾.

وهذا التعريف بالإضافة إلى كونه يشترك مع سابقه في عدم ذكر أداة للغاية، فقد أدخل قيداً على التعريف وهو بيان حكم الغاية، ومعلوم أن حكم الشيء ليس هو حده وإنما هو موضوع آخر . وفي كليات أبي البقاء الغاية: هي ما يؤدي إليه الشيء ويترتب هو عليه [ثم أضاف قائلاً] وقد تسمى غرضاً من حيث إنه يطلب بالفعل، ومنفعة إن كان مما يتشوقه الكل طبعاً⁽²⁾.

وهذا التعريف أيضاً أكثر عمومية من سابقه، فلم يقيد بالنهاية وإنما بكونه يؤدي إلى الشيء وهذا يشمل نهاية الشيء وغير نهايته، وكذلك لم يقيد بالأداة الموصلة إلى النهاية، وهذا كله معيب في التعريف .

وعرفها المرداوي وابن النجار أنها أي الغاية "أن يأتي بعد العام حرف من أحرف الغاية ك(إلى) وحتى واللام"⁽³⁾.

وهذا التعريف عني بما سبقت فيه أداة الغاية بعموم لتخصيصه بالغاية، وليس شاملاً لإفادة دلالة الغاية ؛ لأن الغاية قد تأتي للتخصيص بها وذلك إذا سبقها عموم، وقد تأتي لغير التخصيص كالتأكيد مثلاً، كما ذكر ذلك ابن السبكي في رفع الحاجب عند بيانه أنواع الغاية⁽⁴⁾.

أيضاً يؤخذ على التعريف أنه ذكر لفظ في التعريف نفسه الغاية وهي المقصود بالتعريف، وذلك معيب ويلزم منه الدور.

وأخلص مما سبق بتعريف للغاية هي أنها: "نهاية الشيء المستفادة من (إلى) و(حتى) وما يؤدي معناهما في ذلك" .

والمقصود بـ "نهاية الشيء"، آخره وطرفه، والمقصود بـ "المستفادة من (إلى) و (حتى)" قيد يخرج نهاية الشيء الذي وصل إلى تمامه ونهايته ولم يكن مسبوقاً بأداة من أدوات الغاية التي تدل على النهاية، ويقصد أيضاً بـ "المستفادة من (إلى) و(حتى)" أن يكون الشيء مسبوقاً بـ (إلى) و(حتى) وإلا كيف تستفاد النهاية بهما.

والمقصود بـ "وما يؤدي معناهما" قيد لإدخال الحروف التي تؤدي معنى الغاية، وقصد بلفظ "في ذلك" لإخراج المعاني التي يدل عليها حرفا (إلى) و (حتى) غير الغاية .

(1) انظر: الحاوي الكبير (71/16) البحر المحيط (480/2)، إرشاد الفحول (261)، المدخل (257) .

(2) الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، أبو البقاء (669/1).

(3) التحرير شرح التحرير (2628/6)، شرح الكوكب المنير (349/3).

(4) انظر: رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب لتاج الدين السبكي (299/3) .

المطلب الثالث: تعريف التخصيص في اللغة وفي الاصطلاح:

أولاً: تعريف التخصيص في اللغة هو: الأفراد، يقال: خصه بالشيء يخصه خصاً وخصوصاً وخصوصية، وخصصه، واختصه: إذا أفرد به دون غيره، ويقال: اختص فلان بالأمر وتخصص له: إذا انفرد به، ويقال: فلان مخص بفلان أي خاص به⁽¹⁾.

ثانياً: تعريف التخصيص في الاصطلاح هو: بيان أن بعض مدلول اللفظ العام غير مراد بالحكم⁽²⁾ وقيل: بيان ما لم يرد باللفظ العام⁽³⁾.

وعرفه أبو الحسين البصري، والرازي بأنه: "إخراج بعض ما تناوله الخطاب عنه"⁽⁴⁾.

وعرفه ابن الحاجب بقوله: "قصر العام على بعض مسمياته"⁽⁵⁾.

وتعريف ابن الحاجب أوجز عبارة وأوضح دلالة على معنى التخصيص.

ومن تعريفي العام وتخصيصه يتبين أنه إذا ثبت عموم اللفظ، ثم قصره على بعض ما يصلح له سمي ذلك تخصيصاً، وعليه فكل خطاب يتصور فيه الشمول والعموم يتصور فيه أيضاً التخصيص؛ لأن التخصيص صرف اللفظ عن جهة العموم إلى جهة الخصوص، وما لا عموم له لا يتصور فيه هذا الصرف⁽⁶⁾. وقصر الخطاب على بعض معانية بالغاية أو على ما سميناه تخصيص العام بالغاية إنما يكون بأداة من أدوات الغاية، وهذا يتطلب منا الوقوف على هذه أدوات الغاية والتعرف عليها.

(1) انظر: لسان العرب، مادة "خصص" (24/7).

(2) شرح مختصر الروضة (550/2).

(3) كشف الاسرار علاء الدين البخاري (448/1).

(4) المعتمد (234/1)، المحصول (7/3)، الإحكام الأمدي (299/2)، رفع الحاجب (227/3)..

(5) رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب (227/3)، البحر المحيط (241/3)، كشف الأسرار علاء الدين البخاري (448/1).

(6) الإحكام، الأمدي (300/2).

المبحث الثاني: أدوات الغاية:

الغاية لها أداتان رئيستان هما "إلى" و "حتى"⁽¹⁾ ولها أدوات أخرى كـ "اللام"⁽²⁾ و "إلا"⁽³⁾ و "أو"⁽⁴⁾ و "في"⁽⁵⁾ و "الباء"⁽⁶⁾ وغيرها وهذه الأدوات لم توضع في أصلها لإفادة معنى الغاية ولكنها قد تأتي بما يفيد الغاية، وعليه فسأقتصر على الأدوات الموضوعة لإفادة معنى الغاية أصالة مخافة الإطالة، ولأن المقام لا يقتضيا الخوض في تفصيلها، وعليه فسيكون هذا المبحث في مطلبين.

المطلب الأول:

في أداة الغاية "إلى" وهي: حرف من حروف الخفض، موضوعة في الأصل للانتهاء والغاية⁽⁷⁾، كما في قوله تعالى: ﴿ثُمَّ أَمْتُوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ﴾ [البقرة: 187]، وقوله تعالى: ﴿أَذْهَبَ إِلَى فِرْعَوْنَ إِنَّهُ طَغَى﴾ [طه: 24]، وقوله تعالى: ﴿إِلَى عَادٍ﴾ [الأعراف: 65] وقوله تعالى: ﴿وَأِلَى ثَمُودَ﴾ [الأعراف: 73]، وقوله تعالى: ﴿وَأِلَى مَدْيَنَ﴾ [الأعراف: 85].

ونقل ابن الجوزي عن أبي زكريا يحيى بن علي التبريزي أنه قال: "وهي للغاية في المكان وغير ذلك، تقول: سرت من البصرة إلى الكوفة، وانتظرت إلى آخر النهار، فكأنها مقابلة لمن، ومراسلة لها، لأن تلك للابتداء، وإلى للانتهاء"⁽⁸⁾.

إذًا: أن "إلى" حرف جر، وهي في الأصل؛ لانتهاى الغاية الزمانية، والمكانية .

وذكر العلماء أن لـ "إلى" معان أخرى⁽⁹⁾ غير الغاية منها:

- أنها بمعنى: 'مع'⁽¹⁰⁾ ومنه قوله تعالى: ﴿مَنْ أَنْصَارِي إِلَى اللَّهِ﴾ [الصف: 14] وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَهُمْ إِلَى أَمْوَالِكُمْ﴾ [النساء: 2] وقوله تعالى: ﴿وَأَيَّدِيكُمْ إِلَى الصَّافِيَةِ وَأَمْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ وَأَرْجُلَكُمْ إِلَى الْكَعْبَيْنِ﴾ [المائدة: 6]، وأوضح الشيرازي في اللمع أنها لا تكون "إلى" بمعنى "مع" إلا بدليل قال: "وقد تستعمل بمعنى مع إلا أنه لا يحمل على ذلك إلا بدليل كقوله عز وجل

(1) انظر: المستصفى (276)، روضة الناظر (2729)، الإحكام الأمدي (103/3)، الإبهاج (161/2)، التحبير شرح التحرير (2934/6)، شرح الكوكب المنير (506/2)، إجابة السائل (249).

(2) انظر: نزهة الأعين النواظر (476/1)، التحبير شرح التحرير (653/2).

(3) انظر: أصول السرخسي (228/1)، الفروق القرافي (267/1) كشف الأسرار (197/3).

(4) انظر: أصول الشاشي (218، 221)، أصول البزدوي (104)، البرهان الجويني (141/1).

(5) انظر: غاية الوصول (97)، شرح الكوكب المنير (254/1).

(6) انظر: التحبير شرح التحرير (669/2)، حاشية العطار مع جمع الجوامع (442/1).

(7) انظر: البرهان في أصول الفقه (144/1)، أصول الشاشي (226)، أصول البزدوي (110)، المعتمد (145/1)، قواطع الأدلة (43/1)، تقويم النظر ابن الدهان (150/5)، المحصول للرازي (530/1)، نزهة الأعين النواظر ابن الجوزي (102/1).

(8) انظر: نزهة الأعين النواظر (102/1).

(9) وهذه المعاني فيها اختلاف بين العلماء يحتاج إلى بحث وتدقيق، والذي يعيننا في هذا البحث هو إفادتها الغاية، والقصد من إيراد هذه المعاني هو التنبيه ولفت النظر إلى معانيها الأخرى.

(10) انظر: الفصول في الأصول (93/1)، اللمع في أصول الفقه (65)، البرهان في أصول الفقه (144/1)، قواطع الأدلة (43)، شرح

الكوكب المنير (349/3)، التحبير شرح التحرير (2629/6).

وأيدىكم إلى المرافق والمراد به مع المرافق⁽¹⁾ ثم قال: وزعم قوم من أصحاب أبي حنيفة أنه يستعمل في معنى مع على سبيل الحقيقة، وهذا خطأ لأنه لا خلاف أنه لو قال لفلان علي من درهم إلى عشرة لم يلزمه الدرهم العاشر، وكذلك إذا قال لأمرأته أنت طالق من واحدة إلى ثلاث لم تقع الطلقة الثالثة، فدل على أنه للغاية⁽²⁾.

وخطأ أيضاً ابن العربي المالكي من قال أنها بمعنى (مع) أي على الحقيقة، فقال: "وقد ظن بعضهم أنها تكون بمعنى مع وهو غلط بين لا تقتضيه اللغة ولا تدل عليه الشريعة"⁽³⁾. وقال ابن سراج: "وهذا كله لا حجة فيه بل هي للانتهاء..."⁽⁴⁾.

- أنها بمعنى: الباء⁽⁵⁾، ومنه قوله تعالى في البقرة: ﴿وَإِذَا خَلَوْا إِلَى شَيَاطِينِهِمْ﴾ [البقرة: من الآية: 14]، وقوله تعالى: ﴿أَحَلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصَّيَامِ الرَّفَثُ إِلَى نِسَائِكُمْ﴾ [البقرة: 187].

- أنها بمعنى: اللام⁽⁶⁾، ومنه قوله تعالى في الأنعام: ﴿لِيَجْمَعَنَّكُمْ إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ﴾ [الأنعام: 12].

- أنها بمعنى 'في'⁽⁷⁾ ومن ذلك قول النابغة⁽⁸⁾:

فلا تَتَرَكِّي بِالْوَعِيدِ كَأَنِّي إِلَى النَّاسِ مَطْلِي بِهِ الْقَارُ أَجْرَبُ
أي: في الناس

- وهناك معان أخرى أوردها علماء اللغة⁽⁹⁾ وذكر لها ابن هشام الأنصاري ثمانية معاني: انتهاء الغاية الزمانية، والمكانية، والمعية، والتبيين، ومرادفة اللام، والموافقة، والابتداء، والتوكيد⁽¹⁰⁾.

المطلب الثاني:

في أداة الغاية "حتى" وهي: حرف من الحروف الجارة، وهي في أصل الوضع للغاية⁽¹¹⁾ أي أن الغاية هو المعنى الحقيقي لهذا الحرف لا يسقط معنى الغاية عنه إلا إذا استعملت مجازاً كما إذا استعملت للعطف المحض في الأفعال⁽¹²⁾ ومن أمثلة استعمال حتى في معناها الأصلي "الغاية" قول الله تعالى:

(1) اللمع في أصول الفقه (65) .

(2) المرجع السابق .

(3) المحصول لابن العربي (44) .

(4) أصول النحو لابن سراج (356/1) .

(5) انظر: نزهة الأعين النواظر (102/1)، تفسير السمعاني (50/1)، تفسير البغوي (51/1)، تفسير القرطبي (307/1) .

(6) انظر: نزهة الأعين النواظر (102/1)، تفسير الثعلبي (230/8) المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز (163/3) .

(7) انظر: نزهة الأعين النواظر (102/1)، تفسير غرائب القرآن (168/2)، الباب في علوم الكتاب (16/3) .

(8) انظر: حروف المعاني الزجاج (79) .

(9) انظر: حروف المعاني الزجاج (79)، أصول النحو ابن سراج (356/1) .

(10) انظر: مغني اللبيب (104-105) .

(11) انظر: أصول الشاشي (221)، التلخيص في أصول الفقه (229/1)، المحصول ابن العربي (45)، نزهة الأعين

النواظر (243/1)، كشف الأسرار البخاري (239/2)، البحر المحيط (57/2)، شرح الكوكب المنير (238/1) .

(12) انظر: كشف الأسرار البخاري (239/2) .

﴿سَلَامٌ هِيَ حَتَّى مَطْلَعِ الْفَجْرِ﴾ (القدر: 5) وقوله تعالى: ﴿حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ﴾ [التوبة: 29] وقوله تعالى: ﴿حَتَّى يَأْتِيَكَ الْيَقِينُ﴾ [الحجر: 99] وقوله تعالى: ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ [البقرة: 230] وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرُبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهُرْنَ﴾ [البقرة: 222].

وقال أبو حنيفة معناها الرفع والقطع⁽¹⁾ كقوله تعالى ﴿حَتَّى تَغْتَسِلُوا﴾ [النساء: 43] أي ترفعوا الجنابة وتقطعوا حكمها فمعناه في الآية حتى يرفع الزوج الثاني النكاح الأول ويقطع أحكامه. قال ابن اللحام: وما قاله أبو حنيفة من جهة اللغة لا أصل له⁽²⁾.

ويمكن القول أن معنى "حتى" في الأصل للغاية على ما ذهب إليه الأولون، لأن ما ذهب إليه أبو حنيفة، يمكن أن يكون معنى تبعياً لا يتعارض مع المعنى الأصل الغائي، لأن المنع مقيد بغاية وهي الاغتسال فإذا تم الاغتسال فقد انتهت الغاية، وفي نفس الوقت رفع الحدث (الجنابة) وقطع حكمها، فالغاية أولاً والرفع ثانياً.

وذكر العلماء أن لـ "حتى" معانٍ أخرى⁽³⁾ غير الغاية منها:

- أنها تكون عاطفة⁽⁴⁾ بمنزلة 'الواو' تعطف ما بعدها على ما قبلها، وتشركه في إعرابه كقولك قدم الحاج حتى المشاة، وكلمت القوم حتى زيدا.
- وتأني 'حتى' لأحد معنيين: إما التعظيم⁽⁵⁾، أو التحقير فالتعظيم: مات الناس حتى الأنبياء، والتحقير: اجترأ عليه الناس حتى الصبيان، ولا بد أن تكون ما بعدها من جنس ما قبلها وأقل منه في المقدار تقول: قام القوم حتى زيد.
- أنها تكون حرفاً يقطع بها الكلام عما قبلها ويستأنف⁽⁶⁾، وتقع بعدها الجملتان المبتدأ والخبر، والفعل والفاعل، فمثال وقوع المبتدأ والخبر قولك: خرج القوم حتى زيد غضبان .
- قال الفرزدق⁽⁷⁾: فواعجبا حتى كليب تسبني كأن أباهما نهشل أو مجاشع كأنه قال: يا عجباً تسبني الناس حتى كليب تسبني .
- وقال امرؤ القيس⁽⁸⁾: سریت بهم حتى تكل مطيهم وحتى الجياد ما يقدن بأرسان

(1) تخريج الفروع على الأصول الزنجاني (288)، القواعد والفوائد الأصولية (143).

(2) القواعد والفوائد الأصولية (143).

(3) وهذه المعاني فيها خلاف بين العلماء واسع ليس موضع بحثه هنا وقد قال ابن الدهان في أحد هذه المعاني: "وقد تجيء مجيء الواو العاطفة إلا أنها تدل على التعظيم أو التحقير) وهذا المعنى لو استقصيناه احتاج إلى كتاب مفرد وله دساتير وجملته فليطلب من مظانه" تقويم النظر (152/5).

(4) انظر: البرهان الجويني (145/1)، التلخيص في أصول الفقه (239/1)، المحصول ابن العربي (45)، نزهة الأعين النواظر (1/243)، كشف الأسرار علاء الدين البخاري (238/2).

(5) انظر: نزهة الأعين النواظر (1/102)، تقويم النظر في مسائل خلافية ذائعة، ابن الدهان (152/5).

(6) انظر: المحصول ابن العربي (45)، نزهة الأعين النواظر (1/243)، التقرير والتحرير (77/2)، شرح التلويح (208/1).

(7) اسم الفرزدق: همام بن غالب، انظر: نهاية الأرب في فنون الأدب النويري (70/3).

(8) انظر: كتاب سيبويه (27/3).

فهذه حروف استئناف .

- وتأتي (حتى) للتعليل⁽¹⁾ كقولك كلمته حتى يأمر لي بشيء، وعلامتها أن يصلح موضعها (كي) ومنه أسلم حتى تدخل الجنة.

- وقيل أنها تأتي بمعنى (إلا)⁽²⁾ فتكون للاستثناء المنقطع، كقولك: لأقتلن الكافر حتى يسلم. وكقول الشاعر⁽³⁾: ليس العطاء من الفضول سماحة حتى تجود وما لديك قليل أي أن تجود استثناء منقطع لأن الجود في حالة قلة المال ليس من جنس المستثنى منه وهو العطاء في حالة الكثرة.

المبحث الثالث:

أنواع الغاية، وشروط التخصيص بها، وفيه مطلبان.

المطلب الأول:

أنواع الغاية:

تنوع الغاية بحسب الاعتبار الذي يحقق الغرض المقصود منه كبيان حكم أو إيضاح معنى، أو غيره، وذكر أنواع الغاية لزم بيانه هنا في مبحث التخصيص بالغاية، لأن التخصيص بالغاية متعلق بأحد أنواع الغاية، وهي الغاية التي يسبقها عموم كما سيتبين ذلك في تفصيل القول في الأنواع، ونظراً لتنوع الغاية بحسب الاعتبار المراد إيضاحه كما سبق فسأذكر أنواع الغاية بأربعة اعتبارات وهي:

الاعتبار الأول: باعتبار الشمول وعدمه وهو الاعتبار المتعلق بالتخصيص، وبالنظر إلى ما سبق في التخصيص بالغاية وشروطها والمثال الوارد عليها، يتضح أن الغاية تقسم بهذا إلى ثلاثة أنواع وهي:

أحدها: غاية تقدمها عموم يشملها لو لم يؤت بها، وهي التي تخصص مثل قوله تعالى: ﴿حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ﴾ [التوبة: 29].

ثانيها: غاية لو سكت عنها لم يدل اللفظ عليها نحو قوله: ﴿حَتَّى مَطْلَعِ الْفَجْرِ﴾ [القدر: من الآية: 5] و(رفع القلم)، وهذه خارجة قطعاً .

ثالثها: ما يكون اللفظ الأول شاملاً لها، وتجري هي مجرى التأكيد مثل قولنا: قطعت أصابعه كلها [من الخنصر إلى الإبهام] ؛ فإنه لو اقتصر على قوله: قطعت أصابعه كلها ؛ لأفاد الاستغراق، وهي داخلية قطعاً، والمقصود فيها إنما هو تحقيق العموم لا تخصيصه، وكذا: بعتك الأشجار من هذه الشجرة إلى هذه

(1) انظر: شرح الكوكب المنير (238/1)، التوضيح صدر الشريعة (209/1)، شرح التلويح على التوضيح النفقازاني (209/1)، البحر المحيط الزركشي (59/2).

(2) انظر: الكوكب الدرّي الإسنيوي (230/1)، شرح الكوكب المنير (238/1)، وقال به جماعة من أهل اللغة منهم ابن هشام وابن مالك وسيبويه وغيرهم انظر: مغني اللبيب (169)، أوضح السالك (367/3).

(3) الشاعر: هو المقنع الكندي، انظر: شرح ديوان الحماسة (32/2)،

الشجرة، حيث سبق التصريح بالدخول بلفظ العموم وهو (الأشجار) فجاء ب(من هذه الشجرة إلى هذه الشجرة) للتأكيد لا لتخصيصه⁽¹⁾.

وعليه فينبغي التنبيه إلى أنه ليست العبرة في التخصيص بالغاية مجرد وجود أداة من أدوات الغاية الرئيسية "إلى" و "حتى" أو ما يؤدي عملها ك "اللام" وغيرها، وإنما لا بد من النظر إلى دلالاتها، وطبيعة ما قبلها، وعلاقة ما بعدها به، كما لاحظنا في النوع الثاني والثالث .

الاعتبار الثاني: باعتبار الابتداء والانتهاء وهو الاعتبار المتعلق بحدود الغاية وينقسم إلى قسمين:

الأول: غاية الابتداء، وقد سبق ذكر تعريف الماوردي والزركشي والشوكاني وابن بدران بأن الغاية: نهاية الشيء المقتضية لثبوت الحكم قبلها وانتفائها بعدها⁽²⁾، وكذلك سبق ذكر تعريف التفتازاني بأنها: النهاية وليس لها ابتداء وانتهاء⁽³⁾، لأن المراد بالغاية في قولهم من لا ابتداء الغاية وإلى لا انتهاء الغاية هو المسافة إطلاقاً لاسم الجزء على الكل⁽⁴⁾، والمقصود هنا هو القسم الثاني من أقسام الغاية وهي غاية الانتهاء وهذا ما سبق تفصيل القول في تعريفه وبيان أدواته، أما القسم الأول وهو المقصود هنا، وهو غاية الابتداء فالمقصود به ما تبتدأ به المسافة لتصل إلى غاية الانتهاء، وأشهر أداة غاية الابتداء.

1- حرف "من"⁽⁵⁾ كقولك خرجت من البصرة إلى الكوفة، ف "من" هنا تفيد ابتداء الخروج، و "إلى" لانتهائه، وهي هنا تفيد ابتداء الغاية المكانية، المتفق على استعمالها في ذلك كما صرح التفتازاني، والمردوي، وابن النجار بذلك وغيرهم⁽⁶⁾، وتفيد أيضاً ابتداء الغاية الزمانية المختلف على استعمالها فيه⁽⁷⁾، كقولك سهرت من المغرب إلى الفجر، ولها معان أخرى غير الغاية وليس يعيننا موضوع بحث معانيها هنا، وهناك حروف أخرى غير "من" تفيد ابتداء الغاية.

2- ومنها حرف، "مذ"⁽⁸⁾ مثل قولك "ما قطع صلته بي مذ عرفته إلى يومنا هذا".

3- ومنها حرف، "منذ"⁽⁹⁾ مثل قولك "ما رأيتك منذ عشر سنين".

4- ومنها حرف، "لدى"⁽¹⁰⁾ ﴿وَقَدْ آتَيْنَاكَ مِنْ لَدُنَّا ذِكْرًا﴾ [طه، من الآية: 99].

(1) انظر: رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب لتاج الدين السبكي (299/3) الإبهاج لابن السبكي (161/2)، التقرير

والتحبير (310/1)، التحبير شرح التحرير (2632/6)، شرح الكوكب المنير (352/3).

(2) انظر: الحاوي الكبير (71/16) البحر المحيط (480/2)، إرشاد الفحول (261)، المدخل (257).

(3) شرح التلويح على التوضيح (101/3).

(4) المرجع السابق.

(5) انظر: اللمع الشيرازي (64)، قواطع الأدلة السمعي (43/1)، أصول السرخسي (222/1)، المحصول لابن العربي (43)،

الفروق القرافي (277/1)، تقويم الدبوسي (239)، المحصول الرازي (529/1)، الإحكام في أصول الأحكام (94/1).

(6) انظر: شرح التلويح (214/1)، البحر المحيط (36/2)، القواعد والفوائد الأصولية (151)، التحبير شرح التحرير (636/2).

(7) انظر: الرجع السابقة.

(8) انظر: الإحكام في أصول الأحكام الأمدي (96/1).

(9) انظر: الرجوع السابق.

(10) انظر: حروف المعاني للزجاجي (26).

الثاني: غاية الانتهاء، وهي المقصودة بالغاية إذا أطلقت ولم تقيد، وقد سبق التفصيل فيه.

الاعتبار الثالث: أنواع الغاية باعتبار العلم والجهل وقد قسمت بهذا الاعتبار إلى قسمين:

الأول: غاية معلومة⁽¹⁾، وهي الغاية التي لها حدود معلومة مثل قوله تعالى ﴿وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ﴾ [البقرة: من الآية 187]، وقوله تعالى ﴿ثُمَّ أَتَمُوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ﴾ [البقرة: من الآية: 187].

الثاني: غاية مجهولة⁽²⁾، وهي الغاية التي ليس لها حدود معلومة، مثل قوله تعالى: ﴿وَاللَّائِي يَأْتِيَنَّ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ فَإِنْ شَهِدُوا فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّى يَتَوَفَّاهُنَّ الْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا﴾ [النساء: 15].

الاعتبار الرابع: أنواع الغاية باعتبار الزمان والمكان والعدد والفعل وهي بهذا الاعتبار أربعة أقسام⁽³⁾:

الأول: غاية زمان⁽⁴⁾ أي غاية مدة حركة الانفعال، والزمان مدة انفعال المفعول، فلا يمكن أن يكون الزمان بلا غاية، وغاية الزمان كقوله تعالى: ﴿ثُمَّ أَتَمُوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ﴾ وحروف غاية الزمان خاصة به فلا تستخدم للمكان "منذ" و"مد" ⁽⁵⁾ واختلفوا في استعمال "من" لابتداء الغاية الزمانية⁽⁶⁾ كما سبق فمنعه أكثر البصريين، وأجازوه الكوفيون، والأخفش وابن مالك وغيرهم، ورجح العكبري وغيره ما ذهب إليه الكوفيون ومن معهم⁽⁷⁾ في استعمالها لابتداء الغاية الزمانية، وأما "لدى" فهي مشتركة للزمان والمكان⁽⁸⁾.

الثاني: غاية المكان⁽⁹⁾ كقولك بعثك من هذا الحائط إلى هذا الحائط وقد اتفق الفقهاء على أن "من" تستعمل لابتداء غاية المكان⁽¹⁰⁾ وتستعمل "لدى" لابتداء غاية المكان والزمان كما سبق أعلاه.

الثالث: غاية العدد⁽¹¹⁾، تقول: له من درهم إلى عشرة، وتقول: أنت طالق من واحدة إلى ثلاث ⁽¹²⁾.

الرابع: غاية الفعل⁽¹³⁾ كقولك أكلت السمكة حتى رأسها لأن حتى في هذه الحالة بمعنى الواو عاطفة أي أكلت السمكة ورأسها أكلته أيضاً.

(1) انظر: الراجع السابقة.

(2) انظر: الإبهاج (63/2)، شرح الكوكب المنير (537/3).

(3) انظر: الجوهرة النيرة للزبيدي (7/1).

(4) انظر: الجوهرة النيرة للزبيدي (7/1).

(5) انظر: الإحكام في أصول الأحكام الأمدى (96/1).

(6) انظر: التبيين في أعراب القرآن (44/1)، إعراب ما يشل من ألفاظ الحديث للعكبري (40).

(7) انظر: إعراب ما يشل من ألفاظ الحديث للعكبري (40)، البحر المحيط للزركشي (35/2).

(8) انظر: شرح ابن عقيل (67/3)، اللباب في علوم الكتاب لابن عادل الدمشقي (45/5)، تفسير أبي السعود (9/2).

(9) انظر: الجوهرة النيرة للزبيدي (7/1).

(10) انظر: البحر المحيط للزركشي (35/2).

(11) انظر: الجوهرة النيرة للزبيدي (7/1).

(12) انظر: كشف الأسرار عن أصول الفخر البزدوي (269/2).

(13) انظر: الجوهرة النيرة للزبيدي (7/1).

المطلب الثاني:

في شروط التخصيص بالغاية:

لم يذكر متقدمي الأصوليين القائلين بالتخصيص بالغاية شروطاً للتخصيص بها بل أطلقوها، إلى أن جاء بعض المدققين من الأصوليين ونصوا على شروط منها⁽¹⁾:

1- أن تكون الغاية متصلة بالعام لفظاً، كما هو الحال في المخصصات المتصلة الأخرى⁽²⁾ ولذلك عند حديثهم عن المخصصات قسموها إلى قسمين متصلة وتشمل الغاية، الاستثناء، والشرط، والصفة، ومنفصلة كالنص الشرعي المستقل، والعقل، والعرف ... إلخ.

1- أن يثبت المغيا ويبقى مستمراً ومتكرراً قبل الغاية حتى يصل إليها⁽³⁾ كقولك سرت من البصرة إلى الكوفة فإن السير الذي هو مغيا ثابت قبل الكوفة ومتكرر في طريقها .

2- أن يتقدم الغاية عموم يشملها لو لم يؤت بها وهو ما نص عليه المدققين من متأخري الأصوليين منهم تقي الدين السبكي والزركشي⁽⁴⁾، قال الزركشي "واعلم أن الأصوليين أطلقوا كون الغاية من المخصصات، قال بعض المتأخرين: وهذا الكلام مقيد بغاية تقدمها لفظ يشملها، لو لم يؤت بها⁽⁵⁾."

3- أن لا تكون الغاية لاستغراق العموم أو تأكيده كقولك قطعت أصابعه من الخنصر إلى البنصر، فإن "إلى" في هذا لتحقيق العموم واستغراقه⁽⁶⁾ كما سيوضحه المثال الآتي.

مثال التخصيص بالغاية: كقوله تعالى ﴿حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ﴾ [التوبة: 29] فإن هذه الغاية لو لم يؤت بها لقاتلنا المشركين اعطوا الجزية أو لم يعطوها⁽⁷⁾.

أما مثال ما لا يدخل في التخصيص لتحقيق العموم واستغراقه فنحو قوله صلى الله عليه وسلم: "رفع القلم عن الصبي حتى يبلغ، وعن النائم عن يستيقظ، وعن المجنون حتى يفيق⁽⁸⁾"، فما بعد "حتى" في

(1) انظر: الإبهاج شرح المنهاج لتقي الدين السبكي (161/2)، رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب لتاج الدين السبكي (299/3)، البحر المحيط للزركشي (482/2)، التقرير والتحبير (315/1)، التحرير شرح التحبير (2633/6) غاية الوصول لذكريا الأنصاري (136)، شرح الكوكب المنير (352/3)، إجابة السائل (321)، إرشاد الفحول (262).

(2) انظر: الفقيه والمتفقه (308/1)، اللمع الشيرازي (41)، البحر المحيط للزركشي (484/2)، التحرير شرح التحرير (2528/6)، إجابة السائل (318)، رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب (297/3)، وغيرهم .

(3) انظر: رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب (300/3)، أصول السرخسي (218/1)، الفروق القرافي (148/1)، الإبهاج السبكي (163/2)، البحر المحيط للزركشي (484/2) .

(4) الإبهاج شرح المنهاج لتقي الدين السبكي (161/2)، رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب لتاج الدين السبكي (299/3)، البحر المحيط للزركشي (482/2)، التقرير والتحبير (315/1)، التحرير شرح التحبير (2633/6) .

(5) البحر المحيط للزركشي (482/2) التحرير والتحبير المرداوي (2633/6)، إرشاد الفحول (262) .

(6) البحر المحيط للزركشي (481/2) التحرير والتحبير المرداوي (2634/6)، شرح الكوكب المنير (353/3).

(7) البحر المحيط للزركشي (482/2).

(8) إرشاد الفحول (262) .

الحديث خارج عما قبلها فليس البلوغ من الصبا، ولا الاستيقاظ من النوم، ولا الإفاقة من الجنون، فلو سكت عن الغايات فيها لم يكن الحكم شاملاً لها، فذكر الغايات في هذه المواضع في الحديث لم يكن لتخصيصها وإخراجها من العموم السابق، وورودها هنا:

- إما تأكيداً لتقرير أن أزمناً الصبي وأزمناً الجنون وأزمناً النوم لا يستثنى منها شيء، ونحوه قوله تعالى: ﴿حَتَّى مَطْلَعِ الْفَجْرِ﴾ [القدر: 5] طلوعه، أو زمن طلوعه ليس من الليل حتى يشمل ﴿سَلَامٌ هِيَ﴾ [القدر: 5] بل حقق به ذلك.

- وإما للإشعار بأن ما بعد الغاية حكمه مخالف لما قبله، ولولا الغاية لكان مسكوتاً عن ذكر الحكم محتملاً، وهذا على رأي من يقول بالمفهوم⁽¹⁾، وهم جمهور الأصوليين، وهذا المعنى يكون ظاهراً أكثر في قوله تعالى "حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون".

أما قوله تعالى: ﴿ثُمَّ أَتَمُّوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ﴾ [البقرة: 187]. فإنه يحتمل أن يكون مثل ﴿حَتَّى يُعْطُوا الْجُزْيَةَ﴾ [التوبة: 29] نظراً لشمول الصيام الليل والنهار لغة، فنخص هذا العموم بقوله ﴿إِلَى اللَّيْلِ﴾.

ويحتمل أنه مثل ﴿حَتَّى مَطْلَعِ الْفَجْرِ﴾ [القدر: 5] نظراً إلى أن الصوم الشرعي لا اللغوي مختص بالنهار وهو الظاهر.

أضف إلى ذلك أن العموم في قوله تعالى ﴿ثُمَّ أَتَمُّوا الصِّيَامَ﴾ [البقرة: 187] إنما هو في أفراد الصيام أي أتموا كل صيام ولا تعرض فيه للوقت. فإن قرن بما يدل على الوقت كما في "أتموا الصوم في الزمان إلى الليل" كانت الغاية مخصصة⁽²⁾.

المبحث الرابع:

أحكام التخصيص بالغاية.

الحكم الأول: أن الغاية إذا ذكرت بعد جملة واحدة فلها صورتان:

الصورة الأولى: أن تكون الغاية واحدة كقولنا: "أكرم العلماء إلى أن يدخلوا الدار"، فإن دخول الدار يقتضي اختصاص الإكرام بما قبل الدخول، وإخراج ما بعد الدخول من عموم اللفظ، ولولا ذلك لعم الإكرام حالة ما بعد الدخول وما قبل الدخول، وهذا يقتضي أن الغاية في هذه الحالة تخصص ما قبل الغاية من عموم اللفظ، فيقتصر حكم الإكرام على ما قبل الغاية دون ما بعدها.

الصورة الثانية: أن تكون الغاية متعددة، وهذه لها حالتان:

(1) شرح مشكل الآثار، أبي جعفر الطحاوي رقم الحديث (3987) (151/10)، سنن البيهقي الكبرى، باب ما يجوز كتابته من المماليك، كتاب المدبر، رقم الحديث (21389) (317/10).

(2) انظر: الإبهاج للسبكي (161/2)، التحرير شرح التعبير (2633/6)، شرح الكوكب المنير (352/3).

الحالة الأولى: أن تكون الغاية متعددة، وكانت على الجمع بحرف " الواو " كقولك: " أكرم العلماء إلى أن يدخلوا الدار ويأكلوا الطعام "، فإن ذلك يقتضي استمرار الإكرام إلى تمام الغايتين معاً، وهما: دخول الدار، وأكل الطعام دون ما بعدهما.

الحالة الثانية: أن تكون الغاية متعددة، وكانت على التخيير بحرف " أو " كقولك: " أكرم العلماء إلى أن يدخلوا الدار أو السوق "، فإن ذلك يقتضي استمرار الإكرام إلى تمام إحدى الغايتين - أيهما كانت - دون ما بعدها⁽¹⁾.

الحكم الثاني: أن الغاية إذا ذكرت بعد جمل متعددة كقولك: " أكرم العلماء والتجار إلى أن يدخلوا الدار "، فإن الغاية ترجع إلى الجملتين معاً، فإكرام العلماء يستمر إلى غاية دخولهم الدار، وإكرام التجار يستمر إلى غاية دخولهم الدار، هذا على الصحيح من أقوال العلماء. وقيل⁽²⁾: إن الغاية - هنا - ترجع إلى أقرب مذكور، أي: إلى الجملة الأخيرة، فيكون التقدير على هذا: " أكرم جميع العلماء مطلقاً: دخلوا أو لم يدخلوا، وأكرم التجار إلى أن يدخلوا الدار.

وهذا الحكم يكون مطلقاً، أي: سواء كانت الغاية واحدة كما مثلنا أو متعددة على الجمع كقولنا: " أكرم العلماء والتجار إلى أن يدخلوا الدار أو السوق "، وسواء كانت الغاية معلومة الوقوع في وقتها كقولنا: " أكرم العلماء إلى أن تطلع الشمس "، أو غير معلومة الوقت كقولنا: " أكرم العلماء إلى أن يدخلوا الدار ".

أما أدوات ابتداء الغاية فقد سبق الحديث في أنواع الغاية في الاعتبار الثاني حدود الغاية.

الحكم الثالث: دخول الغاية في المغيا:

قبل الخوض في إيضاح أقوال العلماء في دخول الغاية في المغيا أحرر محل النزاع.

تحرير محل النزاع

- 1- النزاع لا يتعلق بما قبل غاية الابتداء ولا بما بعد غاية الانتهاء؛ لأن مسمى الغاية لا يتناول⁽³⁾، ففي قولك: "أمسك الراية حتى تنتهي المعركة" غير متناول لمسك الراية قبل بدء المعركة أو بعد انتهائها.
- 2- أن غاية الابتداء والانتهاء الواردتين لتحقيق العموم وتأكده وإعلام أنه لا خصوص فيه فلا نزاع في كون الغاية فيها من المغيا كما تقول "قطعت أصابعه كلها من الخنصر إلى الإبهام"⁽⁴⁾ وقد سبق بيان ذلك في شروط التخصيص بالغاية، فالخلاف في المسألة إذاً يقتصر على ما يختص بالغاية نفسها هل تدخل في المغيا أم لا ؟.

(1) انظر: الإحكام في أصول الأحكام الأمدي (337/2)،

(2) انظر: المُهَذَّبُ في عِلْمِ أُصُولِ الْفَقْهِ، النملة (1664/5).

(3) انظر: المعتمد (145/1)، أصول السرخسي 36/2، المحصول (102/3).

(4) انظر: البحر المحيط للزركشي (482/2)، الإبهاج للسبكي (161/2).

والحديث عن الخلاف الوارد حول دخول الغاية في المغيا يشمل غاية الابتداء، وغاية الانتهاء، وسوف أبدأ بغاية الابتداء .

أولاً: الاختلاف في دخول غاية الابتداء في المغيا.

اختلف العلماء في دخول غاية الابتداء في المغيا، فمن العلماء من حصر دائرة الخلاف في المسألة في مذهبين اثنين ونسبه الزركشي إلى القراني ونص عليه السبكي وغيرهما⁽¹⁾ وهما المذهبان المشهوران، ومنهم من وسع الخلاف وذكر أن الخلاف الوارد في الغايتين غاية الابتداء وغاية الانتهاء سواء ونسبه الزركشي للأصفهاني⁽²⁾ ونظراً لكون ما ذكره الأصفهاني أورده علماء الأصول تفصيلاً عن غاية الانتهاء دون غاية الابتداء وهو أشار إليه الشوكاني بقوله "وفيه نظر بل الظاهر ان الاقوال المتقدمة هي في غاية الانتهاء لا في غاية الابتداء والانتها⁽³⁾" ولذا أقتصر هنا على ذكر الرأيين المشهورين في غاية الابتداء، وتوسع في ذكر الخلاف في غاية الانتهاء .

المذهب الأول: أن غاية الابتداء لا تدخل في المغيا إلا إذا دلت قرينة أو دليل على ذلك، وهذا مذهب الجمهور⁽⁴⁾، وحجتهم: أن الغاية حد ونهاية لما قبلها، وأن الحد لا يدخل في المحدود، وإلا لما كان حداً ونهاية⁽⁵⁾.

المذهب الثاني: أن غاية الابتداء تدخل غاية في المغيا، وهذا القول صححه ابن النجار⁽⁶⁾ وهو مقتضى مذهب أبي حنيفة وصاحبه في قول من قال: "علي من درهم إلى عشرة" وكذلك في قول من قال: "أنت طالق من واحدة إلى ثلاث"⁽⁷⁾ وهو مقتضى قول جماعة من أهل اللغة منهم المبرد وابن السراج والأخفش الصغير، ونسب أيضاً إلى الزمخشري⁽⁸⁾، وحجتهم في ذلك في مثل المثالين المذكورين: أنه لا يتحقق الثاني إلا بوجود الأول، فيكون الأول داخلاً وهو مبتدأ الغاية⁽⁹⁾، وعلة الصاحبان أن الغايتان الابتداء والانتهاء لا تقوم فيهما الغاية بنفسها⁽¹⁰⁾ بينما علة مقتضى ما ذهب إليه أبو حنيفة في المسألة مع مخالفته لأصله بعدم الدخول أن علة ذلك الضرورة كما قال علاء الدين البخاري: "وإنما دخلت الأولى أي الغاية الأولى عند أبي حنيفة للضرورة وهي أنه إنما أوقع ما بين الأولى والثالثة بنصه فيكون ثانية

(1) انظر: البحر المحيط للزركشي (484/2)، الإبهاج للسبكي (163/2)، إرشاد الفحول (162).

(2) انظر: البحر المحيط للزركشي (484/2)، إرشاد الفحول (162).

(3) انظر: إرشاد الفحول للشوكاني (262).

(4) انظر: أصول السرخسي (220/1 - 221)، كشف الأسرار (336/2)، شرح الكوكب المنير (246/1).

(5) انظر: أصول السرخسي (220/1 - 221).

(6) انظر: شرح الكوكب المنير (246/1) .

(7) انظر: كشف الأسرار عن أصول الفخر البزدوي (269/2) .

(8) انظر: الجنى الداني في حروف المعاني لبدر الدين حسن بن أم قاسم المرادي المصري (53).

(9) انظر: كشف الأسرار عن أصول الفخر البزدوي (269/2) .

(10) انظر: أصول السرخسي (221/1) .

والثانية على حقيقتها لا يتصور إلا بالأولى فافتضى ذلك دخول الأولى لتصير هي ثانية ولم يقتض دخول الثالثة لأن الثابتة ثانية بلا ثالثة فعملنا بالغاية الأولى على مجازها عملاً بحقيقة الثانية لأنها هي الواقعة والحكم المطلوب بهذا الإيجاب فكان طلب حقيقته أولى من طلب حقيقة الغاية بخلاف ما إذا قال أنت طالق ثانية فإنها تقع واحدة، لأن الثانية تلغو ولم يكن إثباتها بالواحدة قبلها لأنه لم يجر لها ذكر يحتمل الثبوت والطلاق لا يثبت إلا بلفظ " (1).

وعليه فالراجح ما ذهب إليه الجمهور من أن غاية الابتداء لا تدخل في المغيا إلا بدليل يدل على دخولها فيه، كما في قوله تعالى ﴿سُبْحَانَ الَّذِي أَسْرَى بِعَبْدِهِ لَيْلًا مِّنَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ إِلَى الْمَسْجِدِ الْأَقْصَى﴾ [الإسراء: 1] فإن المسجد داخل في الإسراء، وباعتبار ما استدل به الجمهور أن الغاية ما جعلت غاية إلا لكونها حداً لما قبلها فتفتقر إلى دليل لدخولها في المحدود بها وهو المغيا، وباعتبار أن وجودها قبل القول فهي مستقلة عن المغيا فلا تدخل فيه إلا بدليل أيضاً.

ثانياً: الاختلاف في دخول غاية الانتهاء في المغيا.

اختلف علماء الأصول في دخول غاية الانتهاء في المغيا، فذكر ابن السبكي ستة أقوال وكذلك الزكشي وكذلك الشوكاني (2) وذكر المرداوي الحنبلي تسعة أقوال (3)، وذكر ابن النجار الحنبلي ثمانية أقوال (4)، وهناك أقوال وآراء ذكرها آخرون (5) وفي كثير منها نقل من بعضهم عن بعضهم وعلى كل فهي أقوال عديدة سأختصر الكلام فيها وأقتصر على أهم هذه الأقوال والآراء فيما يأتي:

الأول: إذا كانت أداة الغاية (حتى) فإنها تدخل في المغيا أما إذا كانت بـ(إلى) فقد اختلف في دخولها وهذا عند أهل اللغة وذكر ابن تيمية أنه لا يعلم خلافاً في ذلك بين أهل اللغة (6) وقال شمس الدين الزركشي المصري "وإن كان في (إلى) الأكثر عدم الدخول، ففي (حتى) الكثير الدخول (7)" لأن الغاية في حتى يجب أن تكون موضوعة بأن تكون شيئاً ينتهي به المذكور أو عنده، أي لا بد أن يكون آخر جزء

(1) انظر: كشف الأسرار عن أصول الفخر البزدوي (269/2).

(2) انظر: الإبهاج (161/2) البحر المحيط (484/2) ارشاد الفحول (262).

(3) انظر: التحرير شرح التحرير (2631/6).

(4) انظر: شرح الكوكب المنير (246/1).

(5) انظر: كشف الأسرار لعلاء الدين البخاري (239/2)، التقرير والتحرير (91/2)، تيسير التحرير (171/4)، المدخل لابن بدران

(257)، مفهوم الغاية وتطبيقاته من خلال آيات الأحكام (71)، دخول الغاية في المغيا فاطمة

البحيا <http://fiqh.islammesssage.com>

(6) انظر: الفتاوى الكبرى (339/3).

(7) انظر: شرح الزركشي على مختصر الخرق الحنبلي (44/3).

أو ملاقياً آخر جزء⁽¹⁾؛ ويعتبر أهل اللغة أن معناها أن يتصل ما بعدها بما قبلها لأن معناها عاملة ومعناها عاطفة واحد كما تقول أكلت السمكة حتى رسها فالرأس داخل في المأكول منها⁽²⁾.

الثاني: أن غاية الانتهاء لا تدخل في المغيا إلا إذا دل على ذلك دليل على دخولها كما في دخول المرفق في غسل اليدين، وهو قول جمهور الأصوليين⁽³⁾ وحجتهم في ذلك أن الحكم ينتهي إليها فلا تكون جزءاً من الغاية دل عليه الصوم إلى الليل والأكل إلى الفجر ولهذا لو آجر داره إلى رمضان أو باع بأجل إلى رمضان أو حلف لا يكلمه إلى رمضان لم يدخل رمضان تحت الجملة لأنه غاية ولا يلزم علينا⁽⁴⁾، أما أدخله العلماء في الغاية كالمرفق كما أشرت أعلاه فبدليل آخر وليس باعتبار أنها جزء من الغاية، والدليل في ذلك الضرورة المشار إليها بالقاعد الأصولية "ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب"، وبفعل النبي صلى الله عليه وسلم.

الثالث: إن الغاية حقيقة في الدخول في المغيا⁽⁵⁾ قال سعد الدين التفتازاني: وهو "مذهب ضعيف لا يعرف له قائل"⁽⁶⁾ وستدلوا بقوله تعالى على لسان نبيه عليه الصلاة والسلام: ﴿يُخْرِجُهُم مِّنَ الظُّلُمَاتِ إِلَى النُّورِ﴾ فلو لم يدخلون في النور لم يخرجهم من الظلمات إلى النور، ولو لم تدخل الغاية في المغيا، لما أدخلوهم في النور⁽⁷⁾.

وهو استدلال قوي يثبت حجة قائله، ولكون الخروج من الظلمات لا يتحقق إلا بالدخول في النور يمكن اعتبار هذا دليلاً على ادخال الغاية في المغيا لا أنها قاعدة مضطربة.

الرابع: أن الغاية إن كانت من جنس المغيا دخلت فيه إلا بقرينة تقتضي خروجها كما في قولك "قرأت القرآن إلى سورة كذا" من خروج السورة إذا دلت القرينة على خروجها وإلا فتدخل وإن لم تكن من جنسه لا تدخل إلا بقرينة تدل على الدخول⁽⁸⁾ وكقولك: "بعثك هذا التفاح من هذه الشجرة إلى تلك الشجرة". فإن كانت الشجرة المفعولة غاية للبيع شجرة تفاح؛ دخلت في المبيع، وإن لم تكن تفاحاً؛ لا تدخل في المبيع، قال الزركشي: "قَالَ الرُّوْيَانِيُّ فِي الْبَحْرِ فِي بَابِ الْوُضُوءِ وَحَكَاهُ أَبُو إِسْحَاقَ الْمَرْوَزِيُّ عَنِ الْمُبَرِّدِ"⁽⁹⁾.

(1) انظر: كشف الأسرار لعلاء الدين البخاري (238/2).

(2) انظر: المقتضب للمبرد (43/2).

(3) انظر: الإبهاج (161/2) البحر المحيط (484/2) ارشاد الفحول (262) التحرير شرح التحرير (2631/6).

(4) انظر: كشف الأسرار لعلاء الدين البخاري (267/2).

(5) انظر: شرح الكوكب المنير (246/1)، الإبهاج (161/2) البحر المحيط (484/2) ارشاد الفحول (262).

(6) شرح التلويح على التوضيح (216/1).

(7) انظر: اللباب في علوم الكتاب (334/4).

(8) انظر: حاشية الجمل على شرح المنهج لذكرى الانصاري (112/1).

(9) انظر: البحر المحيط (483/2).

الخامس: أن الغاية إن كانت متميّزة عن المغيا بمفصل حسي، كما في الليل والنهار وجب خروجها، وإن لم تكن متميّزة عنها بمفصل حسي، كما في اليد والمرفق وجب دخولها وهذا ما ذهب إليه الفخر الرازي (1).

وهذا القول، مدخول من جهة أنا لا نعلم خلافا فيما بعد الغاية وهذا يقتضي أنه محل خلاف والخلاف إنما هو في الغاية نفسها (2).

السادس: ماهو قائم بنفسه فيدخل وما ليس قائماً بنفسه فلا يدخل وهذا قول السرخسي في أصوله (3) وتفصيله أن ما يكون من الغايات قائماً بنفسه فإنه لا يدخل لأنه حد ولا يدخل في المحدود ولهذا لو قال لفلان: "من هذا الحائط إلى هذا" كان أصل الكلام متناولاً للغاية وكان ذكر الغاية لإخراج ما وراءها فيبقى موضع الغاية داخلاً دون المغيا، وما لا يكون قائماً بنفسه فإن الاسم عند الإطلاق يتناوله كاليد إلى الإبط فذكر الغاية (إلى المرفق) لإخراج ما وراءها وإن كان أصل الكلام لا يتناول موضع الغاية أو فيه شك فذكر الغاية لمد الحكم إلى موضعها فلا تدخل الغاية كما في قوله تعالى (إلى الليل) فإن الصوم عبارة عن الإمساك ومطلقه لا يتناول إلا ساعة فذكر الغاية لمد الحكم إلى موضع الغاية (4).

السابع: إن اقترن بـ"من" أي لفظ (إلى) لم تدخل الغاية في المغيا، نحو "بعتك من هذه الشجرة إلى هذه الشجرة" وإن لم تقترن جاز أن يكون تحديداً وأن يكون بمعنى "مع" أي احتمال الدخول وعدمه (5)، قال الزركشي: "قال إمام الحرمين في البرهان (6) إنه مذهب سيبويه وأنكر عليه ابن خروف وقال لم يذكر منه حرفاً ولا هو مذهبه (7)".

وهناك أقوال أخرى كما أشرت إليها في بداية الموضوع يمكن للمستزيد الرجوع إليها .

الراجح: والذي يترجح لدي بعد العرض السريع لهذه الأقوال أن ما ذهب إليه الجمهور هو الراجح لأن الغاية جعلت حداً والحد لا يدخل في المحدود إلا بدليل يدل على دخوله فيه ويمكن اعتبار الآراء التي تدخل الغاية في المغيا من باب العمل بالقرينة أو الدليل الدال على دخول الغاية في المغيا، والأخذ بالأصل اللغوي باعتبار الغاية حداً يتوافق مع معنى الغاية باعتبارها منقط الشيء ومنتهاها كما سبق في تعريف الغاية.

(1) انظر: المحصول (101/3 - 102).

(2) نقل هذا القول ابن السبكي عن العراقي، انظر: الإبهاج (161/2).

(3) انظر: أصول السرخسي (220/1 - 221).

(4) انظر: المرجع السابق.

(5) انظر: البحر المحيط (484/2) إرشاد الفحول (262).

(6) انظر: البرهان (144/1).

(7) انظر: البحر المحيط (484/2).

المبحث الخامس:

آثار التخصيص بالغاية .

التخصيص بالغاية معمول به في مواطن عديدة يطول سردها في هذه الوريقات، ولذا نعرض لنماذج من ذلك تدلل على أهمية الموضوع في تخريج الفروع على الأصول فمن ذلك:

1- إباحة الأكل والشرب في ليل رمضان مخصوص بعدم طلوع الفجر: لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ﴾ [سورة البقرة: من آية: 187] فيباح الأكل والشرب ما لم يطلع الفجر الصادق، لأن الآية خصصت عموم إباحة الأكل والشرب بغاية وهي طلوع الفجر الصادق بـ دلالة اللفظ (حتى) الوارد فيها، أي أن التخصيص يدل على عدم إباحة الأكل والشرب بعد الغاية المذكورة .

والحنفية وإن وافقوا الجمهور في هذا الحكم، إلا أنهم يخالفونهم في المأخذ، فالحنفية أخذوا حرمة الأكل بعد طلوع الفجر بنصوص أخرى غير هذه الآية⁽¹⁾، ولا يجعلون للغاية أثراً فيه، نظراً لما هو الأصل عندهم من عدم القول بالتخصيص بالغاية، الناشئ من عدم القول بمفهوم المخالفة⁽²⁾.

2- وجوب إتمام الصوم مخصوص بدخول الليل، في قوله تعالى ﴿ثُمَّ أَتَمُوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ﴾ [البقرة: 187] فلفظ (الصيام) مفرد صوم دخلت عليه الألف واللام (ال) التعريف حيث يقال لمن يقوم بهذه العبادة صام صوماً وصياماً، والقاعدة الأصولية هنا اللفظ المفرد المعرف بأل المفيدة للاستغراق تكسبه العموم⁽³⁾ فالصيام لفظ عام يستغرق ما ينطبق عليه معناه لغة، فقد ورد تعريف الصوم في اللغة أنه: "ترك الطعام والشراب والنكاح والكلام"⁽⁴⁾ "وكل شيء سكنت حركته فقد صام يصوم صوماً"⁽⁵⁾ فيفيد اللفظ عموم الإمساك عموم الوقت فجاءت الغاية (إلى) مخصصة لعموم الوقت، فاقترن الوجوب بعد التخصيص على الإمساك نهاراً، ولذا فقد عرفه بعض الفقهاء بأنه: "الإمساك عن الأكل والشرب والجماع من اطلاق الفجر إلى غروب الشمس"⁽⁶⁾.

3- حرمة مباشر الرجل زوجته في المحيض مخصوص بطهارتها وتطهرها، فالعموم في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرُبُوهِنَّ حَتَّى يَطْهُرْنَ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ﴾ [البقرة: 222]، مخصص بغاية وشرط. فالغاية هي الطهر والشرط هو التطهر. وهو أيضاً مخصص بفعل النبي صلى الله عليه وسلم في

(1) انظر: الهداية وفتح القدير (63/2)، التلمساني في مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول (68)، المذهب (182/1)، الفصول الوَلَوِيَّة (104) .

(2) انظر: مباحث التخصيص عند الأصوليين (228) .

(3) انظر: المعتمد لأبي الحسين البصري (187/1) الإيهاج للسبكي (103/2)، البحر المحيط (262/2).

(4) لسان العرب لابن منظور (350/12).

(5) جهمرة اللغة ابن دريد (899/2).

(6) التمهيد لابن عبد البر (38/2).

الصحيح عن عائشة قالت: "كنت أَعْتَسِلُ أنا والنبي صلى الله عليه وسلم من إناءٍ واحدٍ كِلَانَا جُنُبٌ وكان يَأْمُرُنِي فَأَتَرُ فَيُبَاشِرُنِي وأنا حَائِضٌ وكان يُخْرِجُ رَأْسَهُ إلي وهو مُعْتَكِفٌ فَأَغْسِلُهُ وأنا حَائِضٌ" فالعموم مأخوذ من النهي الوارد في الآية ﴿وَلَا تَقْرُبُوهُنَّ﴾ البقرة: ٢٢٢؛ لأن النهي يقتضي الدوام والاستمرار، فيكون المعنى: لا يكن منكم قربان لهن، فتكون صيغة العموم هي النكرة في سياق النهي. وقوله: ﴿حَتَّى يَطْهَرْنَ﴾ البقرة: ٢٢٢، تخصيص للعموم المستفاد من النهي، فيخرج من عمومها ما بعد الطهر.

وفي قوله: بِإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأَتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ البقرة: ٢٢٢، تخصيص بالشرط؛ فإن الآية تدل على أن الوطء لا يباح إلا بعد الغسل؛ إذ هو المراد بالتطهر. وهذا تخصيص للمخصص الأول وهو الغاية، فإن الغاية دلت على أنه بعد الطهر يجوز الوطء، والشرط دل على أن الوطء لا يجوز إلا بعد الطهر والتطهر الذي هو الاغتسال⁽¹⁾، وقد خالف في هذا الأخير الحنفية، فأجازوا الوطء بعد الطهر وإن لم تغتسل⁽²⁾.

4- وجوب قتال من وجب قتالهم في الآية مخصوص بأداء الجزية قال الله تعالى: ﴿قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾ [التوبة: 29]، لفظ (الَّذِينَ) اسم موصول والأسماء الموصولة تفيد العموم⁽³⁾ وقد أمر الله تعالى بقتال هذه الفئات المذكورة في الآية والعموم يفيد الدوام والاستمرار طالما اتصفوا بهذا الوصف ولكن لما اقترن به الغاية خصصته فأصبح قتالهم مأمور به ما لم يدفعوا الجزية فإن دفعوها فيكون الحكم هو عدم قتالهم أي أن قتالهم خصص بغاية وهي دفعهم الجزية.

5- تحريم دخول الإنسان بيت غيره مخصوص بالاستئذان والإذن بالدخول: لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّى تَسْتَأْذِنُوا وَتُسَلِّمُوا عَلَى أَهْلِهَا ذَلِكَ خَيْرٌ لَكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾ (27) فَإِنْ لَمْ تَجِدُوا فِيهَا أَحَدًا فَلَا تَدْخُلُوهَا حَتَّى يُؤْذَنَ لَكُمْ﴾ [النور: 28، 27] الآية. والنهي عن دخول بيوت الغير يفيد العموم لكون المنهي عنه نكرة، والنكرة الواردة في سياق النهي تفيد العموم⁽⁴⁾ ولا يكون امتثال النهي الا بترك الدخول كله، وهذا العموم في الايتين مخصص بغاية الاستئذان والسلام والإذن بالدخول، فإذا استأذن من أراد الدخول وأذن له به فيجوز له ذلك⁽⁵⁾.

(1) انظر: الحاوي الكبير للماوردي (313/9).

(2) انظر: أحكام القرآن للجصاص (2/ 35، 38)، الفصول في الأصول للجصاص (1/ 375).

(3) انظر: البحر المحيط للزركشي (247/2).

(4) انظر: الفروق للقرافي (1/ 336)، شرح الكوكب المنير لابن النجار (137/3).

(5) انظر: الحاوي الكبير للماوردي (13/ 463)، الاستذكار لابن عبد البر (8/ 478)، بدائع الصنائع للكاساني (5/ 124) المغني لابن

قدامة المقدسي (10/ 31).

6- وجوب غسل الأيدي في الوضوء مخصوص بالمرافق: وَقَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ﴾ [المائدة: 6] ولفظ ﴿أَيْدِيَكُمْ﴾ يفيد عموم اليد ؛ لأن الجمع المضاف يفيد العموم⁽¹⁾ ؛ لأن اليد تطلق على العضو إلى الكوع وإلى المرفق وإلى المنكب⁽²⁾، ومقتضى دلالة العموم تشمل العضو كله، وهي أيضاً حقيقة في اليد كلها مجاز في بعضها⁽³⁾، ومقتضى دلالة العموم تشمل المعنى الحقيقية والمعاني المجازية .

وقد خصصت اليد ب(إلى) الغائية بكونها إلى المرافق. فما بعد المرافق خارج بالتخصيص، وأما دخول المرافق هل تدخل أم لا فهي مسألة خلافية قاعدتها الأصولية دخول الغاية في المغيا⁽⁴⁾. قال ابن قدامة: (لا خلاف بين العلماء في وجوب غسل اليدين في الطهارة، وقد نص الله تعالى عليه بقوله سبحانه: ﴿وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ﴾ [المائدة: 6]، وأكثر العلماء على أنه يجب إدخال المرفقين في الغسل، والبعض لا يوجب إدخالهما في غسل اليدين⁽⁵⁾، والراجح ما ذهب إليه الأكثرون لأنهم مثبتون وغيرهم نافون، والمثبت مقدم على النافي⁽⁶⁾، إضافة إلى وجود دلائل وقواعد عديدة تؤيد ما ذهب إليه الجمهور، ليس موضوع بحثها هنا.

7- وجوب قتال الفئة الباغية، مخصوص بالرجوع إلى أمر الله وطاعته والإذعان والتسليم بحكمه: فإن رجعت وامثلت أمر الله والتزمت الطاعة يكف المسلمون عن قتالهم ويسعون بالصلح بينها وبين الطائفة الأخرى قال الله تعالى قال تعالى: ﴿وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلَحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ فَإِنْ فَاءَتْ فَأَصْلَحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾ [الحجرات: 9] وهذه المسألة محل اتفاق بين علماء الأمة ولم يخالف من لا يعتد برأيه قال الجصاص "ولم يدفع أحد من علماء الأمة وفقهائها سلفهم وخلفهم وجوب ذلك إلا قوم من الحشو وجهال أصحاب الحديث فإنهم أنكروا قتال الفئة الباغية والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر بالسلاح"⁽⁷⁾.

وهناك آثار عديدة للتخصيص بالغاية لا يتسع المقام لذكرها، وما ذكرته هنا الا لبيان أهمية التخصيص بالغاية في بناء الأحكام الفقهية .

خاتمة البحث:

- (1) انظر: شرح الكوكب المنير لابن النجار (130/3)، التحرير والتنوير ابن عاشور (9/ 271).
- (2) انظر: غاية الوصول لذكريا الأنصاري (148).
- (3) انظر: المبدع شرح المقنع لابن مفلح الحنبلي (126/1).
- (4) انظر: كشف الأسرار (239/2)، البحر المحيط (483/2)، التحرير (2631/6).
- (5) انظر: بداية المجتهد لابن رشد (8/1) المغني لابن قدامة المقدسي (1/ 172)، روح المعاني للألوسي (91/6).
- (6) انظر: البحر المحيط الزركشي (273/2).
- (7) انظر: أحكام القرآن للجصاص (320/2).

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات وتدوم الطيبات، وتنزل البركات، وتذهب السيئات وبرحمته تغفر الزلات وبمحض إحسانه وتيسيره تكمل الحسنات، والصلاة والسلام على أشرف المخلوقات المؤيد بأشهر المعجزات وعلى آله وصحبه أكمل الصلوات وأشرف التسليمات وبعد،،،،،،،،،،.

فهذه خاتمة البحث الموسوم بـ(التخصيص بالغاية وآثاره الفقهية)، وفيه عدة نتائج منها:

- الغاية عند الأصوليين: نهاية الشيء ومنقطعه المتقتضية ثبوت الحكم قبلها وانتفاؤه عما بعدها.
- الغاية من الطرق المجازية التي ذهب إلى التخصيص بها الجمهور.
- التخصيص هو: قصر العام على بعض مسمياته.
- التخصيص بالغاية يكون بأداة من أدواتها ولها أداتان رئيستان هما "إلى" و "حتى".
- تقسم الغاية بعدة اعتبارات: باعتبار الشمول وعدمه، وباعتبار الابتداء والانتهاء، وباعتبار العلم والجهل، وباعتبار الزمان والمكان والعدد والفعل.
- من شروط التخصيص بالغاية، أن تكون الغاية متصلة بالعام لفظاً، وأن يثبت المغيا ويبقى مستمراً ومتكرراً قبل الغاية حتى يصل إليها، وأن يتقدم الغاية عموم يشملها لو لم يؤت بها.
- إذا كانت الغاية واحدة فإنها تخصص ما قبل الغاية من عموم اللفظ، ويقتصر حكم التخصيص على ما قبل الغاية دون ما بعدها.
- إذا كانت الغاية متعددة بفعلين، وكانت على الجمع بحرف " الواو" فإن ذلك يقتضي استمرار الفعل إلى تمام الغائتين معاً.
- أما إذا كانت الغاية متعددة، وكانت على التخيير بحرف "أو" فإن ذلك يقتضي استمرار الفعل إلى تمام إحدى الغائتين .
- أن الغاية إذا ذكرت بعد جمل متعددة ؛ فالصحيح أن الغاية ترجع إلى الجملتين معاً .
- لا نزاع أن ما قبل غاية الابتداء وما بعد غاية الانتهاء لا يتناولهما مسمى الغاية، أما الغاية الواردة لتحقيق العموم وتأكيده فهي جزء من المغيا.
- الراجع في غايي الابتداء،والانتهاء أنهما لا يدخلان في المغيا إلا بدليل يدل على دخولهما فيه وهو ما ذهب إليه جمهور العلماء .
- من التخصيص بالغاية:إباحة الأكل والشرب في ليال رمضان مخصوص بعدم طلوع الفجر، وجوب إتمام الصوم مخصوص بدخول الليل، حرمة مباشر الرجل زوجته في المحيض مخصوص بطهارتها وتطهرها، وجوب قتال من وجب قتالهم في الآية مخصوص بأداء الجزية، تحريم دخول الإنسان بيت غيره مخصوص بالاستئذان والإذن بالدخول، وجوب غسل الأيدي في الوضوء مخصوص بالمرافق.

تم بحمدالله

فهرس أهم المراجع

- 1- الإبهاج في شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول للبيضاوي، علي بن عبد الكافي السبكي، تحقيق: جماعة من العلماء، دار النشر: دار الكتب العلمية - بيروت - 1404، ط1.
- 2- إجابة السائل شرح بغية الآمل، محمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني، تحقيق: القاضي حسين بن أحمد السياغي، ود. حسن محمد مقبولي الأهدل، دار النشر: مؤسسة الرسالة، بيروت، 1986، ط1.
- 3- أحكام القرآن، أحمد بن علي الرازي الجصاص أبو بكر، تحقيق: محمد الصادق قمحاوي، دار النشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت - 1405.
- 4- الإحكام في أصول الأحكام، علي بن محمد الآمدي أبو الحسن الوفاة: 631، تحقيق: د. سيد الجميلي، النشر: دار الكتاب العربي - بيروت - 1404، ط1.
- 5- إرشاد العقل السليم إلى مزايا القرآن الكريم، أبي السعود محمد بن محمد العمادي، دار النشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت.
- 6- إرشاد الفحول إلى تحقيق علم الأصول، محمد بن علي بن محمد الشوكاني الوفاة: 1250، تحقيق: محمد سعيد البدري أبو مصعب، دار النشر: دار الفكر - بيروت - 1412 - 1992، ط1.
- 7- الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر، تحقيق: سالم محمد عطا-محمد علي معوض، دار النشر: دار الكتب العلمية - بيروت - 2000م، ط1.
- 8- أصول البزدوي، علي بن محمد البزدوي الحنفي، دار النشر: مطبعة جاويد بريس - كراتشي.
- 9- أصول السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، دار النشر: دار المعرفة، بيروت.
- 10- أصول الشاشي، أحمد بن محمد بن إسحاق الشاشي، دار النشر: دار الكتاب العربي، بيروت، 1402 هـ.
- 11- أصول النحو، ابن السراج، دار النشر: بدون.
- 12- الأفعال، أبو القاسم علي بن جعفر السعدي، دار النشر: عالم الكتب، بيروت، 1403 هـ 1983م، ط1.
- 13- أوضح المسالك إلى ألفية ابن مالك، جمال الدين ابن هشام الأنصاري، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، دار النشر: دار الجيل - بيروت - 1399 هـ 1979م، ط5.

- 14- البحر المحيط في أصول الفقه، بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي، تحقيق: ضبط نصوصه وخرج أحاديثه وعلق عليه: د. محمد محمد تامر، دار النشر: دار الكتب العلمية - لبنان، بيروت - 1421هـ - 2000م، ط1.
- 15- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي أبو الوليد، دار النشر: دار الفكر - بيروت.
- 16- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي أبو الوليد، دار النشر: دار الفكر - بيروت.
- 17- البرهان في أصول الفقه، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني أبو المعالي، تحقيق: د. عبد العظيم محمود الديب، دار النشر: الوفاء - المنصورة - مصر - 1418، ط4.
- 18- تاج العروس من جواهر القاموس، محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تحقيق: مجموعة من المحققين، دار النشر: دار الهداية.
- 19- التبيان في إعراب القرآن، أبو البقاء عبد الله بن الحسين بن عبد الله العكبري، تحقيق: علي محمد البجاوي. دار النشر: عيسى البابي الحلبي وشركاه.
- 20- التحرير شرح التحرير في أصول الفقه، علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي الحنبلي الوفاة: 885هـ، تحقيق: د. عبد الرحمن الجبرين، د. عوض القرني، د. أحمد السراج، دار النشر: مكتبة الرشد - السعودية، الرياض - 1421هـ - 2000م، ط1.
- 21- التحرير (المطبوع مع تيسير التحرير)، الكمال بن الهمام، دار النشر: دار الفكر - بيروت.
- 22- التحرير والتنوير، ابن عاشور، دار النشر: دار سحنون للنشر والتوزيع - تونس - 1997م.
- 23- تخریج الفروع على الأصول، محمود بن أحمد الزنجاني أبو المناقب، تحقيق: د. محمد أديب صالح، دار النشر: مؤسسة الرسالة - بيروت - 1398، ط2.
- 24- تفسير القرآن، أبو المظفر منصور بن محمد بن عبد الجبار السمعاني، تحقيق: ياسر بن إبراهيم، وغنيم بن عباس، دار النشر: دار الوطن، الرياض، السعودية، 1418هـ - 1997م، ط1.
- 25- التفسير الكبير، فخر الدين محمد بن عمر التميمي الرازي الشافعي، دار النشر: دار الكتب العلمية - بيروت - 1421هـ - 2000م، ط1.
- 26- التقرير والتحرير في علم الأصول، ابن أمير الحاج. الوفاة: 879هـ، دار النشر: دار الفكر - بيروت - 1417هـ - 1996م.

- 27- تقويم الأدلة، أبي زيد عبيد الله بن عمر بن عيسى الدبوسي البخاري، تحقيق د. محمود توفيق رسالة دكتوراه بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة عام 1984م .
- 28- تقويم النظر في مسائل خلافية ذائعة، ونبذ مذهبية نافعة، أبو شجاع محمد بن علي بن شعيب بن الدهان الوفاة: 592هـ، تحقيق: د. صالح بن ناصر بن صالح الخزيم، دار النشر: مكتبة الرشد - السعودية، الرياض - 1422هـ - 2001م، ط1.
- 29- التلخيص في أصول الفقه، للجويني، تحقيق: عبد الله جولد النبالي، وبشير أحمد العمري، دار النشر: دار البشائر الإسلامية - بيروت - 1417هـ - 1996م.
- 30- التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، عبد الرحيم بن الحسن الأسنوي أبو محمد، تحقيق: د. محمد حسن هيتو، دار النشر: مؤسسة الرسالة - بيروت - 1400، ط1.
- 31- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي، محمد عبد الكبير البكري، دار النشر: وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية - المغرب - 1387هـ.
- 32- تنبيه في الفقه الشافعي، إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي الشيرازي أبو إسحاق، تحقيق: عماد الدين أحمد حيدر، دار النشر: عالم الكتب - بيروت - 1403، ط1.
- 33- تهذيب الأسماء واللغات، محي الدين بن شرف النووي، تحقيق: مكتب البحوث والدراسات، دار النشر: دار الفكر - بيروت - 1996، ط1.
- 34- تيسير التحرير، المؤلف: محمد أمين المعروف بأمير بادشاه، دار النشر: دار الفكر - بيروت.
- 35- الجامع لأحكام القرآن، محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، دار النشر: دار الشعب، القاهرة.
- 36- جمهرة اللغة، تحقيق: رمزي منير بعلبكي، ط1.
- 37- الجنى الداني في حروف المعاني، بدر الدين حسن بن أم قاسم المرادي المصري (المتوفى: 749هـ)، دار النشر: بدون .
- 38- الجوهرية النيرة، أبو بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي اليمني - الزبيدي (المتوفى: 800هـ)، دار النشر: بدون .
- 39- حاشية الشيخ سليمان الجمل على شرح المنهج (لتركيب الأنصاري)، سليمان الجمل، دار النشر: دار الفكر - بيروت - بلا، ط: بلا.

- 40- حاشية العطار على جمع الجوامع، حسن العطار، دار النشر: دار الكتب العلمية - لبنان، بيروت - 1420هـ - 1999م، ط1.
- 41- الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري الشافعي، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار النشر: دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - 1419هـ - 1999م، ط1.
- 42- حروف المعاني، أبو القاسم عبد الرحمن بن إسحاق الزجاجي، تحقيق: علي توفيق الحمد، دار النشر: مؤسسة الرسالة - بيروت - 1984م، ط1.
- 43- خزانة الأدب ولب لباب لسان العرب، عبد القادر بن عمر البغدادي، تحقيق: محمد نبيل طريفي/اميل بديع يعقوب، دار النشر: دار الكتب العلمية - بيروت - 1998م، ط1.
- 44- دخول الغاية في المغيا فاطمة اليحيى <http://fiqh.islammmessage.com>
- 45- ديوان ليبد بن ربيعة العامري، ليبد بن ربيعة العامري، دار النشر: بدون.
- 46- رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب، تاج الدين أبي النصر عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي، تحقيق: علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، دار النشر: عالم الكتب - لبنان، بيروت - 1999م - 1419هـ، ط1.
- 47- سنن البيهقي الكبرى، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار النشر: مكتبة دار الباز - مكة المكرمة - 1414 - 1994م.
- 48- سير البحر المحيط، محمد بن يوسف الشهير بأبي حيان الأندلسي، تحقيق: الشيخ عادل أحمد عبد الموجود وآخرون، دار النشر: دار الكتب العلمية - لبنان/ بيروت - 1422هـ - 2001م، ط1.
- 49- سير البغوي، البغوي، دار النشر: دار المعرفة - بيروت، تحقيق: خالد عبد الرحمن العك.
- 50- سير غرائب القرآن ورغائب الفرقان، نظام الدين الحسن بن محمد بن حسين القمي النيسابوري، تحقيق: الشيخ زكريا عميران، دار النشر: دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان - 1416هـ - 1996م، ط1.
- 51- شرح ابن عقيل، قاضي القضاة بهاء الدين عبد الله بن عقيل العقيلي المصري الهمداني، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، دار النشر: دار الفكر - سوريا - 1405هـ - 1985م.

- 52- شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه ، التفتازاني، تحقيق: زكريا عميرات، دار النشر: دار الكتب العلمية - بيروت - 1416هـ - 1996م.
- 53- شرح الزركشي على مختصر الخرقى، : شمس الدين أبي عبد الله محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي، تحقيق: قدم له ووضع حواشيه: عبد المنعم خليل إبراهيم، دار النشر: دار الكتب العلمية - لبنان/ بيروت - 1423هـ - 2002م، ط1.
- 54- شرح الكوكب المنير المسمى بمختصر التحرير أو المختبر المبتكر شرح المختصر في أصول الفقه، محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوح الحنبلي المعروف بابن النجار، تحقيق: د. محمد الزحيلي، د. نزيه حماد، دار النشر: جامعة أم القرى - معهد البحوث العلمية - 1413هـ، ط2.
- 55- شرح ديوان الحماسة، أبو علي أحمد بن محمد بن الحسن المرزوقي الأصفهاني (المتوفى: 421هـ)، دار النشر: بدون.
- 56- شرح مختصر الروضة، سليمان بن عبد القوي بن الكريم الطوفي الصرصري، أبو الربيع، نجم الدين (المتوفى: 716هـ)، المحقق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، الناشر: مؤسسة الرسالة، 1407هـ - 1987م، ط1.
- 57- شرح مشكل الآثار، أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي، تحقيق: شعيب الأرناؤوط، دار النشر: مؤسسة الرسالة - لبنان، بيروت - 1408هـ - 1987م، ط1.
- 58- صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، محمد بن حبان بن أحمد أبو حاتم التميمي البستي، تحقيق: شعيب الأرناؤوط ، دار النشر: مؤسسة الرسالة - بيروت - 1414 - 1993م، ط2.
- 59- غاية الوصول شرح لب الأصول، أبو يحيى زكريا بن محمد الأنصاري، دار النشر: بدون.
- 60- الفتاوى الكبرى لشيخ الإسلام ابن تيمية، شيخ الإسلام أبي العباس تقي الدين أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني، تحقيق: قدم له حسنين محمد مخلوف، دار النشر: دار المعرفة - بيروت.
- 61- فتح الباري شرح صحيح البخاري، أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، تحقيق: محب الدين الخطيب ، دار النشر: دار المعرفة - بيروت.
- 62- الفروق (مع الهوامش)، أبو العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي القراني الوفاة: 684هـ، تحقيق: خليل المنصور، دار النشر: دار الكتب العلمية - بيروت - 1418هـ - 1998م، ط1.

- 63- الفصول في الأصول، أحمد بن علي الرازي الحصاص، تحقيق: د. عجيل جاسم النشمي، دار النشر: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت - 1405هـ، ط1.
- 64- الفقيه والمتفقه، أبو بكر أحمد بن علي بن ثابت الخطيب البغدادي، تحقيق: أبو عبد الرحمن عادل بن يوسف الغرازي، دار النشر: دار ابن الجوزي - السعودية - 1421هـ، ط2.
- 65- قواطع الأدلة في الأصول، أبو المظفر السمعاني، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار النشر: دار الكتب العلمية - بيروت - 1418هـ - 1997م.
- 66- القواعد والفوائد الأصولية وما يتعلق بها من الأحكام، علي بن عباس البعلبي الحنبلي الوفاة: 803، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار النشر: مطبعة السنة المحمدية - القاهرة - 1375 - 1956م.
- 67- كتاب سيبويه، أبو البشر عمرو بن عثمان بن قنبر سيبويه، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار النشر: دار الجليل - بيروت، ط1.
- 68- كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري، تحقيق: عبد الله محمود محمد عمر، دار النشر: دار الكتب العلمية - بيروت - 1418هـ - 1997م.
- 69- الكشف والبيان (تفسير الثعلبي)، أبو إسحاق أحمد بن محمد بن إبراهيم الثعلبي النيسابوري، تحقيق: الإمام أبي محمد بن عاشور، مراجعة وتدقيق الأستاذ نظير الساعدي، دار النشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان - 1422هـ - 2002م، ط1.
- 70- الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، أبو البقاء الحسيني الكفومي، تحقيق: عدنان درويش، محمد المصري، دار النشر: مؤسسة الرسالة، بيروت - 1419هـ - 1998م.
- 71- الكوكب الدرّي فيما يتخرج على الأصول النحوية من الفروع الفقهية، عبد الرحيم بن الحسن الأسنوي أبو محمد، تحقيق: د. محمد حسن عواد، دار النشر: دار عمار - عمان - الأردن، 1405، ط1.
- 72- اللباب في علوم الكتاب، أبو حفص عمر بن علي ابن عادل الدمشقي الحنبلي، تحقيق: الشيخ عادل أحمد عبد الموجود والشيخ علي محمد معوض، دار النشر: دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان - 1419هـ - 1998م، ط1.
- 73- لسان العرب: محمد بن مكرم بن منظور، دار النشر: دار صادر - بيروت، ط1.
- 74- اللمع في أصول الفقه، أبو إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي، دار النشر: دار الكتب العلمية - بيروت - 1405هـ - 1985م، ط1.

- 75- مباحث التخصيص عند الأصوليين: المؤلف عمر عبد العزيز الشيلخاني، دار أسامة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2000م، ط1.
- 76- المبدع في شرح المقنع، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح الحنبلي أبو إسحاق، دار النشر: المكتب الإسلامي - بيروت - 1400هـ.
- 77- المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، أبو محمد عبد الحق بن غالب بن عطية الأندلسي، تحقيق: عبد السلام عبد الشافي محمد، دار النشر: دار الكتب العلمية، لبنان، 1413هـ، 1993م، ط1.
- 78- الحصول في أصول الفقه، القاضي أبي بكر بن العربي المعافري المالكي، تحقيق: حسين علي اليدري - سعيد فودة، دار النشر: دار البيارق - عمان - 1420هـ - 1999م، ط1.
- 79- الحصول في علم الأصول، محمد بن عمر بن الحسين الرازي الوفاة: 606، تحقيق: طه جابر فياض العلواني، دار النشر: جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية - الرياض - 1400م، ط1.
- 80- المختصر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، علي بن محمد بن علي البعلبي أبو الحسن، تحقيق: د. محمد مظهر بقا، دار النشر: جامعة الملك عبد العزيز - مكة المكرمة.
- 81- المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل، عبد القادر بن بدران الدمشقي، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار النشر: مؤسسة الرسالة - بيروت - 1401م، ط2.
- 82- المستصفى في علم الأصول، محمد بن محمد الغزالي أبو حامد، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار النشر: دار الكتب العلمية - بيروت - 1413م، ط1.
- 83- المسودة في أصول الفقه، آل تيمية، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، دار النشر: المدني، القاهرة.
- 84- المعتمد في أصول الفقه، محمد بن علي بن الطيب البصري أبو الحسين، تحقيق: خليل الميس، دار النشر: دار الكتب العلمية - بيروت - 1403م، ط1.
- 85- مغني اللبيب عن كتب الأعاريب، جمال الدين ابن هشام الأنصاري، تحقيق: د. مازن المبارك، محمد علي حمد الله، دار النشر: دار الفكر - دمشق - 1985م، ط6.
- 86- المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد، دار النشر: دار الفكر - بيروت - 1405م، ط1.
- 87- مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول، محمد بن أحمد بن علي الإدريسي الحسيني الشريف التلمساني ت 771هـ، طبع الكليات الأزهرية - القاهرة، بدون.

- 88- مفهوم الغاية وتطبيقاته من خلال آيات الأحكام في القرآن الكريم، حمد بن عبد الله الحماد، رسالة دكتوراه، جامعة أم القرى، كلية الشريعة، عام 1429هـ.
- 89- المقتضب، أبو العباس محمد بن يزيد المبرد، تحقيق: محمد عبد الخالق عزيمة، دار النشر: عالم الكتب - بيروت.
- 90- الْمُهَذَّبُ فِي عِلْمِ أَصُولِ الْفَقْهِ الْمُقَارِنِ (تَحْرِيرٌ لِمَسَائِلِهِ وَدِرَاسَتُهَا دِرَاسَةً نَظَرِيَّةً تَطْبِيقِيَّةً) : عبد الكريم بن علي بن محمد النملة، دار النشر: مكتبة الرشد - الرياض، 1420 هـ - 1999م، ط1.
- 91- المهذب في فقه الإمام الشافعي، إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي أبو إسحاق، دار النشر: دار الفكر - بيروت .
- 92- نزهة الأعين النواظر في علم الوجوه والنظائر، جمال الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن الجوزي الوفاة: 597 هـ، تحقيق: محمد عبد الكريم كاظم الراضي، دار النشر: مؤسسة الرسالة - لبنان، بيروت - 1404 هـ - 1984م، ط1.

حماية حق الحياة
دراسة حقوقية في الفكر المقاصدي
مفتاح أغنييه محمد
أستاذ مساعد/ بكلية القانون جامعة الزيتونة

مُتَكَلِّمًا

خلق الله عز وجل الإنسان وكرمه ، ووضع له أسس وقواعد تنظم حياته ، وجاءت الشريعة الإسلامية الغراء للحفاظ على كيان الإنسان وحمايته باعتباره خليفة الله في الأرض وهو الذي يعمّرها ، ويبني حضارتها ، وهو ما يستلزم توفير كافة وسائل الحياة وضمان إستمرارها وأولها (حفظ النفس) حيث أعتبر من يزهق روح إنسان بغير حق كأنما قتل الناس جميعا ، وهو ما يستوجب علينا أن نعتقد إعتقاداً جازماً أن الله تعالى ما أمر عباده بأمر إلا وفيه مصلحتهم ، وما نهاهم عن فعل شيء إلا وكانت فيه مفسدة أو ضرر، وهذا من أعظم مقاصد الشريعة ، فلا جدال إذن في أن حقوق الإنسان ليست نتاج الحضارة الغربية بل أن جلّ المبادئ والقيم الإنسانية التي تبناها الغرب الآن تجد جذورها في الشريعة الإسلامية حيث سوى الإسلام بين جميع الناس رغم إختلاف أجناسهم وطوائفهم ، وكفل لهم الحماية الفعّالة من خلال تحريم القتل مطلقاً وشدّد العقوبة عليه إلاّ بالحق إذ تعني جريمة القتل الواحدة في الشريعة الإسلامية قتل أفراد المجتمع بأسره فالشريعة قد أضفت على حق الحياة هالة من القداسة ، لأن الإنسان لم يُخلق عبثاً ، فحياة الإنسان واحدة مما يحتم كفالتها والحفاظ عليها ، وتحقيق وظيفة الإستخلاف في الأرض .

إن كل الدساتير بما فيها الدستور الليبي 1951 ، والإعلان الدستوري المؤقت 1969 والإعلان الدستوري المؤقت 2011 نصت على حماية الحقوق والحريات حيث تضمن الدولة عدم إنتهاك حرية الإنسان أو المساس بكرامته ولما كانت الحماية الجنائية للحقوق والحريات وفي مقدمتها (حق الحياة) تتم من خلال التجريم والعقاب وعن طريق اعتماد الدولة للإجراءات الجنائية التي تمكّن من الإقتصاص من المعتدي فإن هذا قد يؤدي إلى التضحية بحقوق الأفراد الذين جرّم القانون أفعالهم ومنعاً للظلم والتعسف قرر الدستور حماية حقوق المتهم أيضاً قبل المحاكمة وأثناءها وبعدها كي لا يكون ضحية تعسف في إستعمال السلطة للحق المخوّل لها ، فكان من اللازم في هذا البحث التعرض للعلاقة بين الدستور، وقانون العقوبات وبينه وبين قانون الإجراءات الجنائية ، وبيان الكيفية التي يحمي بها قانون العقوبات حق الحياة .

وسنحاول من خلال هذا البحث بيان سبل حماية هذا الحق في الشريعة الإسلامية كدراسة مقاصدية قانونية وبيان حماية هذا الحق في القانون الوضعي ، وتحديد مدى توافقهما حول هذا الحق، ومدى إختلافهما حوله مع إبراز الدور المقاصدي للشريعة الإسلامية في تجريم كل ما يلحق ضرراً بالنفس البشرية التي أودعها الله في جسد الإنسان وليست ملكاً له ، إن غياب الوازع الديني هو ما ساهم في إنتشار القتل في مجتمعنا الليبي في السنوات الأخيرة ، وخاصة أعمال الإغتيال، والتصفية والإعدام خارج القانون وغيرها من الجرائم الأخرى ، ولأن الحق في الحياة حق مقدّس فلا يجوز المساس به مطلقاً مما

يستدعي حمايته بشئ السبل وتجريم كل إعتداء عليه ، ولأن هذا الحق ليس على إطلاقه بل هو مقيد فلا بد من التعرض للإستثناءات والقيود الواردة عليه سواء في الشريعة الإسلامية أو القانون الوضعي .

وستتناول في هذا البحث حماية الحق في الحياة في الشريعة الإسلامية (المبحث الأول) ثم حماية الحق في الحياة في القانون الوضعي (المبحث الثاني) ثم الاستثناءات والقيود الواردة على الحق في الحياة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي (المبحث الثالث) وذلك على النحو التالي :

المبحث الأول:

حماية الحق في الحياة أو حفظ النفس في الشريعة الإسلامية

أرسى الإسلام الحنيف قواعد حمائية للإنسان منذ كان جنيناً إلى حين وفاته بل حتّى على إكرام الميت وجعل حماية حقوق الإنسان عقيدة راسخة وشريعة تعبدية يُثاب من يدعمها ويقوّي أسسها و يأثم من يتركها أو يعتدي عليها .

ولأن حقوق الإنسان في الإسلام وفي مقدمتها (الحق في الحياة) تنبع من التكرّم الإلهي فهي بذلك هبة إلهية قرّرها الله للإنسان ، وهي ملك لله عز وجل ، وحق من حقوقه فلا يمكن إسقاط هذا الحق أو التنازل عنه ، فليس للإنسان الخيرة فيه ، وهذه الحقوق هي منح ربانية للإنسان التمتع بها وصونها ، وهي حق غير قابل للإلغاء لكنها ليست مطلقة بل مقيدة بمقاصد الشريعة الإسلامية كما سنرى ، وهو ما سنتناوله من خلال المطالب التالية (المطلب الأول) طبيعة حفظ النفس أو الحق في الحياة في الشريعة الإسلامية . (المطلب الثاني) حماية النفس أو الحق في الحياة في الشريعة الإسلامية . (المطلب الثالث) حماية النفس أو الحق في الحياة في الفكر المقاصدي .

المطلب الأول /طبيعة حفظ النفس في الشريعة الإسلامية .

أشرنا إلى أن حقوق الإنسان ترتبط بشكل عام بتحقيق غاية تتمثل في عبودية الخلق لله عز وجل وحفظ مقاصد الشريعة في الوجود الإنساني في (الضروريات) وهي (حفظ الدّين والنفس والعقل والمال والعرض) إضافة إلى حفظ (الحاجيات) وحفظ (التحسينات)، فالشريعة مبناه وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد وكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور وعن المصلحة إلى المفسدة ليست من الشريعة¹ .

مزايا حقوق الإنسان في الشريعة الإسلامية :

إن نظرة الإسلام لحقوق الإنسان تتسم بالشمولية والعموم وتتميز عن الدعوات المعاصرة بعدة مزايا هي :

1- يتميز الإسلام بأسبقية وعراقة فكرته قبل أن تظهر الأنظمة الحديثة وتعرف أو تعترف بهذه المفاهيم المعاصرة .

- ابن قيم الجوزية - اعلام الموقعين عن رب العالمين تحقيق احمد عبدالسلام الزعبي - دار الارقم - بيروت ط. 1. 12/1997 . ص

2- يتميز الإسلام كذلك بأسبقية في نوع هذه الحقوق ، وعددها وكيفية ممارستها وتطبيقها على أساس عام ومجرد مبني على العدل والمساواة وتكريم الإنسان .

3- أن حقوق الإنسان في الإسلام شأن تعدي يترتب عليه جزاء يُثاب على فعله ويؤثم تاركه أي أنها فرض ، وأمر لازم مما يعطيها الاستمرار والديمومة .

4- إن أساس وجوه هذه الحقوق (الإنسان) بشكل عام بغض النظر عن جنسه أو لونه أو مكانته الاجتماعية .

إذن فالمنظور الشرعي لحقوق الإنسان يصوغ لنا نظاماً قانونياً وحقوقياً شاملاً مبني على الاستخلاف في الأرض ، وتكريس الكرامة الإنسانية على نحو جامع وبشكل بديع مترابط ومتناسق مع أبعاد الإنسان كافة ، ولذلك وإنطلاقاً من الموقع المتميز للإنسان في القرآن الكريم والسنة النبوية أسست الشريعة الإسلامية جملة من الحقوق للإنسان وإعطته مكانة عليا في ممارسة حقوقه وحياته¹ .

لقد قرر الإسلام مبدأً خالداً يجعله حياة الفرد تساوي حياة الجماعة ، وهو بذلك يضعه ضمن الحقوق المقدسة التي يجب صونها وحمايتها محافظةً على الذات الآدمية ، وصوناً للنفس البشرية .

إن الحق أياً كان نوعه حقاً (لله) أم حقاً (للعبد) فإن الغاية من وجوده هي تحقيق مصلحة الإنسان بجلب المصالح ودرأ المفاسد وذلك من خلال الأسس والمبادئ الآتي :

أولاً: الحياة منحة ربانية لا يملكها الإنسان .

أناط الله سبحانه وتعالى بالإنسان إعمار الأرض ليكون خليفة له فإن ضييع الأمانة وسعى في الأرض فساداً ، وسفك الدماء أقتضت حكمته سبحانه وتعالى إن يكون هناك (قصاصاً) حتى تستمر الحياة ، ولأن حفظ النفس أو حق الحياة هو مكفول للإنسان منذ خُلق فهو قد إكتسبه بمجرد كونه إنسان ناضج فأصبح حفظ النفس مقصداً ضرورياً من مقاصد الشريعة يجب المحافظة عليه ، فالحياة هبة من الله فليس للإنسان التصرف في حياته كما يشاء وأن الحياة البشرية واحدة فإن أي إعتداء على نفس بشرية هو إعتداء على البشرية جمعاء .

قال تعالى ﴿مَّا خَلَقْكُمْ وَلَا بِعَثْكُمْ إِلَّا كَنَفْسٍ وَاحِدَةٍ﴾ (لقمان/ 28) وقال تعالى

﴿مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا﴾ (المائدة / 32) .

يعد التميز بين (حقوق الإنسان) و (الحرريات العامة) : من الأمور الصعبة حيث أعتبرها البعض مرادفة وأعتبرها آخرون غير ذلك¹ ولكن الأرجح أن حقوق الإنسان تعد الكل بينما الحريات العامة الجزء فهي تدرج ضمن الحقوق السياسية فالحريات العامة تعبر عن حقيقة قانونية بينما حقوق الإنسان تعني المخيال القانوني وبالتالي كل الحريات العامة تعد حقوقاً للإنسان ولكن يتعذر إعتبار كل حقوق يراجع د.محمد يوسف علوان ومحمد خليل الموسي- القانون الدولي لحقوق الإنسان دار الثقافة للنشر 2005 /الإنسان حريات عامة - أحمد البخاري وأمينة جبران /الحريات العامة وحقوق الإنسان - المنشورات الجامعية المغربية - /ص. 10 . وللمزيد يراجع ط.1. 1996 مراكش المغرب - ص 17 .

نستنتج من الآيتين الكريميتين أن حق الحياة حق مقدس و لا يجوز الإعتداء عليه وهو منحة إلهية وليس للإنسان دور في إيجادها أو الكشف عنه .

ثانياً: أن الحق في الحياة من حقوق الله تعالى .

ان كون الحق في الحياة من حقوق الله سبحانه وتعالى يترتب عليه نتيجة مفادها إن هذا الحق لا يجوز إسقاطه من أي أحد ، كما لا يجوز التنازل عنه ولذا لا يجوز التصرف فيه بإحياء النفس والعقل هو من حقوق الله قال تعالى {ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيماً} النساء \ 29 .

وحفظ النفس / يعني حفظها من الإندثار والتلف ، كالحفاظة على الصحة وحماية الأطراف ، والقصاص ، كما أن الإنسان مطالب بحماية نفسه من كل ما يؤدي إلى التهلكة وهنا لابد أن نبين أن (حفظ الدين) مقدّم على حفظ النفس حيث يبيح تعرض النفس للقتل والإتلاف في مجاهدة الكفار والخارجين عنه¹ . وحفظ النفس أو حق الحياة أعتبر من حقوق الله تعالى فلا يمكن للإنسان إسقاط حق في الحياة أو التنازل عنه ، أو التصرف فيه بحال من الأحوال .

الكرامة الإنسانية كحق مقرر للإنسان:

قصدت الشريعة الإسلامية من منظورها حفظ نظام الأمة ، والحفاظة على حياة الإنسان وإستمرارها لكن لابد أن تكون هذه الحياة حياة كريمة وفقاً لما أَرادها الله سبحانه وتعالى الذي شَرَف الإنسان وكرّمه وفي أحسن صورة وميَّزه على غيره من المخلوقات بالعقل قال تعالى {ولقد كرّمنا بني آدم وحملناهم في البرّ والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلاً} الإسراء ، لقد حظرت الشريعة كل إعتداء على كرامة الإنسان ونهت عن كل ما يشكّل مساساً

بهيئته أو سمعته أو عرضه أو شرفه لأن حق الكرامة الإنسانية حق ملازم للحياة البشرية

ثالثاً: الحقوق المكّملة لحفظ النفس في الشريعة الإسلامية .

حرصت الشريعة الإسلامية على تحقيق مقاصدها لحماية حق الإنسان في الحياة ثم أردفت هذا الحق بجملة أخرى من الضروريات أي أن يحفظ على الناس (دينهم ونفسهم ، وعقلهم ، ونسلهم، ومالهم) بمعنى حفظ ذوات الناس أن يعتدي عليهم بالقتل أو الإيذاء حيث ترجع كل المحرمات في الشريعة الإسلامية إلى الإخلال بحفظ النفس والحقوق الأخرى كحفظ الدين والعرض والعقل والنسب ، وهكذا تُشرّع الأحكام العملية لتقوية إيمان الفرد المسلم وإصلاح نفسه ، لأن المقصد من التشريع هو حفظ نظام الأمة ودوام صلاحه بصلاح الإنسان ، أي بصلاح عقله وصلاح عمله ودرء الفساد عنه وصلاح ما بين يديه من موجودات العالم الذي يعيش فيه² .

الطاهر بن عاشور - مقاصد الشريعة - تحقيق محمد الطاهر العيسوي 2001 ط.2 دار الفناش - عمان ص 1273.

الإمام الشاطبي - الموافقات في أصول الشريعة - ت - عبدالله دراز - ومحمد عبدالله دراز - دار الكتب العلمية- بيروت (2/30).

وعود على بدء فإن حقوق الإنسان في الإسلام ترمي إلى تحقيق التوازن في المجتمع من خلال الاقتراح الحقوق بالواجبات وعدم طغيان حقوق الأفراد على حقوق الجماعة ويتمثل في :

1_ حفظ الدين :

أشرنا إلى أن حفظ الدين مقدم على حفظ النفس ويكون حفظ الدين بالآتي :

أ _ الإيمان بالله : حيث يُعد الإيمان بالله وكتبه ورسله واليوم الآخر من أركان الدين ولذلك فإن من يشرك بالله فقد أفتري إثماً عظيماً قال تعالى { ومن يشرك بالله فقد افترى إثماً عظيماً } النساء 47/. فالذنوب الأخرى تعد صغيرة مقارنة بالكفر بالشرك أكبر وأخطر الذنوب .

ب _ الإعتصام بالله ومحاربة الشرك والبدع : أي لا بد من التمسك بالكتاب والسنة والإبتعاد عن البدع وكل ما أحدثه الناس في الدين .

2 _ حفظ العقل : حيث أمرنا القرآن الكريم بالتفكير والتدبر وتأمل الآيات وللعقل وظيفة الإهتمام والفهم قال تعالى { قل انظروا ماذا في السموات والأرض } يونس 101 . وقد حرم الإسلام مفسدات العقل الحسية كالخمر والمعنوية كآلات اللهو وغيرها .

3 _ حفظ النسل : حتى يتم حفظ الدين والنفس والعقل بشكل كامل جاء حفظ النسل متمماً لهذه الضرورات ومنه تشريع النكاح بالحث على الزواج وتربية المرأة والإهتمام بالنشئ ومنع الرهينة ، والنهي عن الطلاق إلا للضرورة إذ حرص الإسلام على الرابطة الزوجية لكونها أمتن الروابط وأحكمها لقيامها على المودة والرحمة .

4 _ حفظ المال : إذ حث الإسلام على العمل الشريف ، والكسب الحلال، إذ أباح التجارة وحث على الصدقات وأمر بالزكاة وحرم المعاملات غير المشروعة .

فالمقصد العام للشرعية هو جلب الصلاح ودرء الفساد في تصريف أعمال الناس فالشرعية وضعت للمحافظة على حفظ الضروريات الخمس وعلمها عند الأمة كالضروري¹ .

المطلب الثاني : حماية حق الحياة في الشريعة الإسلامية .

حرم الله سبحانه وتعالى الإعتداء على النفس بقتلها بدون حق ، فالإعتداء عليها شر يورث الحقد والكراهية والبغضاء لأن الحياة هي المطلب والقصاص وسيلة قال تعالى { ولكم في القصاص حياة يأولي الألباب } البقرة / 179 . وهكذا يوضح لنا القرآن الكريم أن من قتل نفساً يُقتل بها ، وهذا فيه ردع للجاني ، وسنعرض فيما يلي لأهم وسائل حماية هذا الحق في الشريعة الإسلامية .

أولاً : إن القتل جريمة من الكبائر .

أنظر الشيخ الطاهر بن عاشور - مقاصد الشريعة - مرجع سابق ص.274. وكذلك الإمام الشاطبي الموافقات - مرجع سابق (1/26).

حيث تمثل جريمة القتل إعتداء على حق الله سبحانه وتعالى فهو المحيي والمميت قال تعالى { من قتل نفساً بغير نفس أو فساد في الأرض فكأنما قتل الناس جميعاً } المائدة / 32 . والقتل ومايمثله من إزهاق للروح وحرمان للإنسان من الحياة قد يكون (عمداً) أو (خطأً) ولكل عقوبته ، فالعمدي هو أشنع عقوبة ، أما في حالة الخطأ فإنها أقل وهي الدية .

ونظراً لبشاعة الجرم فقد

توعد الله سبحانه وتعالى القاتل وعيداً شديداً تصل إلى عدم قبول توبته لأن قتل المؤمن كبيرة مقترنة باللعن والغضب، وبعد كبيرة الشرك بالله يأتي قتل النفس .

قال تعالى { ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذاباً أليماً } النساء / 92 .

أما في السنة النبوية : فقد وردت أحاديث شريفة عدة تُرهب وتُحذر من ارتكاب هذا الفعل الشنيع فقد روي عن ابن عمر أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال

{ لا يزال المؤمن في فسحة من دينه ما لم يصب دماً حراماً } وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم في حديث آخر { أول ما يُقضى بين الناس في الدماء } وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم { إن من ورطات الأمور التي لا مخرج لمن أوقع نفسه فيها سفك الدم الحرام بغير حله }¹.

حتى أن حبر الأمة (إبن عباس) قال بأن لا توبة لقاتل² .

وهكذا نجد أن الإسلام حث على أهمية وقدسية الحفاظ على النفس البشرية وحققها في الحياة والأمان ، لأنها هبة من الله وليس لأحد الحق في مصادرتها ، ولذلك فإن الجاني في الدنيا توقع عليه أقسى العقوبات ، فالغاية هي بقاء المهج وصونها لأنه إذا تيقن من يقتل بأنه سيقتل كف عن صنيعه فكان في ذلك حماية وحفظاً للنفس .

ثانياً : تحريم الانتحار .

قلنا إن الحياة ملك لله عز وجل فلا يحق لأحد التصرف فيها بالإتلاف و الضرر سواء من الإنسان نفسه أو من غيره ، حيث حظر الإسلام على الإنسان أن يعتدي على نفسه أو يؤذيها ولهذا فإن عقوبة المنتحر تساوي عند الله عقوبة قاتل النفس فالخالق أرحم بالعبد من نفسه فلا يجوز له إنهاء حياته لأن في ذلك خروجاً من الحياة الدنيا ينذر بسوء العاقبة في الآخرة .

وقد رتب الفقهاء عدة نتائج وخيمة على الإنتحار هي :

أ - الخلود في النار : نظراً لخطورة الإنتحار فإن من يقوم عليه يُخلد في النار والخلود لا يكون إلا للكافر الجاحد فالمنتحر ليس بمؤمن .

صحيح البخاري - كتاب الديات باب قوله تعالى {ومن يقتل مؤمناً متعمداً} الآية- الأرقام (6469-6470-6471) .1

2643/. ورد في شرح النووي على صحيح مسلم ، تحقيق مصطفى ديب - دار العلوم الانسانية دمشق - ط. 1. 1997. رقم (25)

ب -المنتحر لاتبجوز الصلاة عليه : لما ورد في حديث جابر بن سمرة (آتى النبي صلى الله عليه وسلم برجل قتل نفسه بمشاقص فلم يصل عليه).¹

ج -المنتحر سيء العاقبة : لأنه يكون بفعله الآثم قد كفر حتى وإن كان في سابقه يعمل عمل أهل الجنة ، لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال (إن الرجل ليعمل عمل أهل الجنة فيما يبدو للناس وهو من أهل النار ، وأن الرجل ليعمل عمل أهل النار فيما يبدو للناس وهو من أهل الجنة).²

ثالثاً: القتل الرحيم .

ويعني لجوء المريض الميؤوس من شفائه إلى طبيب يريجه ويضع حداً لألمه بإنهاء حياته³ . وقد عارضت الشريعة الإسلامية هذا القتل ووقفت إلى جانب الحق في الحياة فلا يجوز قتل النفس التي حرم الله إلا بالحق ، فإذا كان الإنسان لا يجوز له قتل نفسه بنفسه فكذلك لا يمكنه أن يأذن لغيره بقتله .

رابعاً : تحريم الرياضات القتالية .

ويقصد بها كل رياضة تعتمد على الإيذاء وضرب المتسابقين لبعضهم البعض وهي قد تؤدي للقتل أو الإيذاء أو الإصابة بعاهة مستديمة وتكون لأجل المال والشهرة واللهو كالمبارزة والملاكمة وهي لا تتفق مع النظام الاجتماعي الذي يقوم على الحق والعدالة لا على القوة والغلبة. قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (إذا ألتقى المسلمان بسيفيهما فالقاتل والمقتول في النار)⁴.

ويجب في أي رياضة ولعبة ألا تلحق ضرراً ولا تُشغل عن فرض وفي هذا الشأن يقول ابن قدامة : (وسائل اللعب إن لم تتضمن ضرراً ولا شغلاً عن فرض فالأصل بإباحته)⁵.

خامساً : إباحة المحرمات حفاظاً على الحياة .

حفظاً للحياة فإن المحرم والممنوع شرعاً يباح عند الضرورة والتي تقدر بقدرها ومن أمثلة ذلك (إباحة الأفطار في رمضان مخافة الهلاك، وأكل مال الغير لخوف هلاك النفس، وكذلك إباحة الصيد في الحرم وأكل الميتة، والإكراه على التلفظ بالشرك والإكراه على شرب الخمر، حيث نجد من ضمن القواعد

رواه مسلم - كتاب الجنائز - باب ترك الصلاة على قاتل نفسه رقم (978) مرجع سابق.1

رواه البخاري - كتاب الجهاد والسير رقم (2898) كما رواه مسلم كتاب الإيمان رقم (111) مرجع سابق. 2.

(والذي يرى أن الأطباء إذا لم يجدوا أملاً في شفاء مرضاهم عليهم أن يهينوا لهم موتاً هادئاً - فهل يمكن تبرير جريمة Bacon القتل الرحيم أو القتل بدافع الشفقة ينسب إلى الفيلسوف الانجليزي (بيكون- 3 القتل بدافع الشفقة والرحمة ؟ الإجابة لا قال تعالى (ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق) ولهذا إمتنعت أغلب الدول عن تشريع هذا القتل وإن تسامحت بعض الدول الأوروبية وأميركا في الكثير من حالات قتل الرحمة وبرأت الجناة وأتينا بلا شك عندما ننهي حياة إنسان فإننا نعتدي على خالق الروح فالحياة ليست ملك أي شخص أو ملك للمجتمع ينصرف بها كما أن التقدم العلمي يأتي بالجديد دائماً في شتى المجالات الطبية ويظل الإيمان بالحق في الحياة وعزيمة البقاء أقوى من الهم والخوف . للمزيد يرجع / عبد الوهاب حومد- القتل بدافع الشفقة - مجلة عالم الفكر - العدد (3) المجلد (4) 1973 - ص (17-20) .

رواه البخاري- كتاب الإيمان رقم(31) وكتاب النيات رقم(6875) ومسلم الفتن شرائط الساعة رقم(2888) مرجع سابق. 4.

المعني لأين قدامة - تحقيق عبدالله عبدالمحسن التركي وعبدالقحاح محمد الحلو - دار هجر للقااهرة- ط. 1989. ص. رقم (14/175). 5.

الكلية في الفقه الإسلامي (أن المشقة تجلب التيسير، وأن الضرورات تبيح المحظورات وأن الضرورة تُقدَّر بقدرها).¹

وبالتالي يجوز إباحة المحظور لقيام العذر مع رجوع الحكم إلى ما كان عليه عند إنتفاء العذر.²

وحتى تحفظ الشريعة الإسلامية الحق في الحياة وفرت وسائل حماية أخرى له وهي:

1- العمل والكسب حيث أمر الشرع الحكيم الإنسان بأن يسعى لطلب الرزق الحلال قال تعالى {وقل اعملوا فسيرى الله عملكم ورسوله والمؤمنون} "الأنفال/115".

2- حفظ النفس بالعلاج حيث أوجب التداوي، والعلاج من الأمراض لأن هذا الأمر من الهدي النبوي ويأتي من قبيل الأخذ بالأسباب الذي لا ينافي قدر الله، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (ما أنزل الله داء ، إلا أنزل له شفاء).³

3- رعاية الجنين والأم وحفظ حق الأولاد في الاسم، والنسب، والنفقة، والحضانة والتربية والتعليم .

المطلب الثالث / حفظ النفس أو حق الحياة في الفكر المقاصدي .

يُمثِّل حق الحياة أو (حفظ النفس) أهمية بالغة في الفكر المقاصدي حيث يأتي في مرتبة أولية بعد حفظ الدين بحكم أنه حفظ لذوات الناس أن يعتدي عليهم بالقتل أو الإيذاء.⁴

حيث ترجع المحرمات في الإسلام إلى الإخلال بحفظ الأصول الكلية الواجب حفظها بالإجماع وهي (الدين والنفس والعقل والمال والنسب) ويكون حفظ النفس من جانب جلب المصلحة، ودفع المفسدة ويمكن تناوله على النحو التالي :

أولاً: الفكر المقاصدي أهميته وتطوره .

أ_ مفهوم الفكر المقاصدي (مقاصد الشريعة) .

تعرف (المقاصد) في اللغة بعدة معانٍ فهي تعني الطريق المستقيم والقرب والعدل والاستواء ، وتعني الإعتزام والتوجه والاعتماد⁵ .

* وفي إصطلاح العلماء القدامى :

- عند الإمام (الغزالي) المصلحة عنده في الأصل "جلب منفعة أو دفع مضرة وتعني المصلحة/ المحافظة على مقصود الشرع ، ومقصود الشرع من الخلق خمسة وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالههم"⁶

أنظر للطاهر بن عاشور - مقاصد الشريعة - مرجع سابق - ص. 1380.

أنظر - جلال الدين السيوطي - الأشباه والنظائر بتحقيق عبد الكريم الفضيلي (المكتبة العصرية - صيدا - لبنان - 2003 - ط 1 - ص 121).

صحيح البخاري - كتاب الطب - رقم (5678) مرجع سابق.

- محمد رشيد رضا مجلة المنار مجلد 15 - ج 9 - دار المنار - القاهرة - ط 2 - ص 4581.

353 // أنظر مختار الصحاح للرازي- المكتبة العصرية بيروت- 1996- ص 254- أيضا لسان العرب - ابن منظور - دار صادر ص (53)

(174) . / - المستصفي في علم الأصول للأمام ابو حامد الغزالي تحقيق عبدالسلام عبدالشافى دارالكتب العلمية بيروت ط. 1. 1993. 61)

- وعند الإمام (الشاطبي) " أن الشرع قصد بالتشريع إقامة المصالح الأخروية والدِّينية والمقاصد عنده ثلاثة (ضرورية) و(حاجية) و(تحسينية)¹ "

*أما في إصطلاح العلماء المعاصرون :

- فهي عند الشيخ (الطاهر بن عاشور) تعني/"المعاني والحكم الملحوظة للشرع في جل أعمال التشريع ، وهي الأعمال والتصرفات المقصودة لذاتها ، فيدخل في هذا أوصاف الشريعة ، وغايتها العامة والمعاني التي لا يخلو التشريع عن ملاحظتها"²

- أما (علال الفاسي) فيقول أن المراد بمقاصد الشريعة الغاية منها في الاسرار التي وضعها الشرع عن كل حكم من أحكامها³ .

- أما عند (عبدالرحمن الكيلاني) فإن المقاصد تعني "المعاني الغائية التي إجتهدت إرادة الشرع إلى تحقيقها عن طريق أحكامها"⁴ .

وهكذا يتضح بجلاء أن علم المقاصد علم فوائده كسائر العلوم الشرعية الأخرى **فإن الله سبحانه وتعالى** له في أوامره ونواهيه (مقاصد وغايات)، والبشر بحاجة للمقاصد في حياتهم ، فلا بد من النظر في مقاصد الشريعة وحكمها وجعلها مدار معرفة الأحكام و بالتالي لا يكون الهدف من المقاصد والغايات إلا أن تكون كلمة الله هي العليا ، فالمقاصد هي معانٍ وحكم راعاها الشرع الحكيم لأجل تحقيق مصالح العباد **ب_أهمية الفكر المقاصدي:**

إن مقاصد الشريعة ليست مجرد معرفة ، أو تعمق فلسفي في الشريعة الإسلامية قصد بيان معانيها ومراميها بل هي علم كسائر العلوم الإسلامية ينتج عملاً وأثراً علم له عوائده وفوائده⁵.

ويمكن إيجاز أهمية المقاصد في الآتي :

أ_ **خلود الشريعة الإسلامية وشموليتها:**

حيث يُمثّل العلم بالمقاصد الشرعية والإحاطة بها سر خلود الشريعة الإسلامية السمحاء ونظرتها الشاملة للحياة .

ب_ **تقوية الإيمان في النفوس:**

حيث يزداد المسلم إيماناً وتسليماً وقناعةً بأن هذه الشريعة جاءت لأجل البشر وخدمة مصالحهم مما يستوجب الإمثال لأحكامها .

ج_ **حصر الاختلاف والتقليل منه:**

1/(837) وكذلك نفس المرجع 2/ - الإمام الشاطبي- المواقفات في أصول الشريعة -تحقيق عبدالله دراز - دار الكتب العلمية بيروت - (12)

2 - الشيخ الطاهر بن عاشور - مقاصد الشريعة الإسلامية مرجع سابق - ص 145

علال الفاسي - مقاصد الشريعة ومكارمها - مكتبة الوحدة العربية - الدار البيضاء ص 34.

د.عبد الرحمن ابراهيم الكيلاني - قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي عرضاً ودراسة وتحليلاً - المعهد العالي للفكر الإسلامي - دار الفكر - دمشق - ط - 1 - 2000 - ص - 45، 47.

أنظر د. أحمد الريسوني- الفكر المقاصدي- قواعده وفوائده دار الهادي بيروت - ط.1 - 2003 - ص - 75 وما بعدها.

حيث يؤدي العمل بمقاصد الشريعة إلى تقليل الاختلاف بين المسلمين وتقريب وجهات النظر بينهم ، وإزالة أي خلاف يحدث عن طريق الفهم الصحيح للدين بلا إفراط أو تفريط¹.
د- الفهم العميق للنصوص.

وهذا يتم عن طريق فهم النصوص الشرعية ، وتحديد مدلولاتها ومعانيها عن طريق معرفة مقاصد الشريعة والوقوف على أسرارها ، فأحكام الشريعة الغراء وخاصة المعاملات دائرة على مصالح الناس في معاشهم ، ومعادهم أي جلب المصالح ودرء المفاسد².
ثانياً: حفظ النفس بجلب المصلحة .

حوت آيات الأحكام في القرآن الكريم جملة من مقاصد الشريعة الإسلامية قال تعالى {ولكم في القصص حياة} البقرة/ 178 .

حيث ورد في هذه الآية تعليل وتبرير القصص ، لإستمرار الحياة والمحافظة عليها وهي (حفظ النفس) وهذا عين المصلحة كما يقول الإمام (الشاطبي) في الموافقات (أن الضروريات الخمس كما تأصلت في الكتاب تفصلت في السنة .)³.

وقد ورد عن الرسول صلى الله عليه وسلم (إن الله يحب الرفق في الأمر كله).⁴.

كما ورد عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال (يسرروا ولا تعسروا ، وبشروا ولا تنفروا).⁵.

أي اليسر ورفع الحرج وقد ورد في الأثر عن الخليفة عمر بن الخطاب جملة من المقاصد منها (إمضاء الطلاق بلفظ واحد، أي منع طلاق البدعة ، وقطعه للشجرة التي تمت تحتها بيعة الرضوان ، أي حفظاً للدين ، وإيقافه حد السرقة في عام الرمادة) (المجاعة الشديدة) وإنشاء الديوان ، وعدم إعطاء المؤلف قلوبهم).⁶ وهذا لأجل مصالح رآها الفاروق

كما أن التابعين ذهبوا إلى أن الشريعة الإسلامية بُنيت على حكم ومقاصد كإجازة التسعير للمصلحة وغيرها من المسائل الأخرى .

ما المقصود بجلب المصلحة ودرء المفسدة ؟

يُعد جلب المصالح ودرء المفاسد أساس التشريع وسنحاول بيان المقصود بكلّ منها :

أولاً - جلب المصلحة :

المصلحة/ هي عين المنفعة وهي الصلاح والنفع⁷ .

علاء القاسي - المرجع السابق- ص 16.

361/10-ص360/ أنظر رشيد رضا - مجلة المنار مرجع سابق - مجلد 7-2 _

(27) /. الإمام الشاطبي - الموافقات - مرجع سابق - (34)

(2242) مرجع سابق./ رواه البخاري - باب الرفق في الأمر كله - (45)

(38) . مرجع سابق./ رواه البخاري - كتاب العلم - (51)

(2) 252 - ص - 391/ 43 . ص . 830 . و (مج/1) - ج / رشيد رضا - مجلة المنار - (مج6)

المعجم الوسيط (520) . مرجع سابق.7.

وتعد المصلحة من أصول الأحكام وقد أقرتها الشريعة الإسلامية كغاية حيث وضعت الشرائع لصالح العباد في العاجل والآجل¹.

قال عضد الدين الإيجي في مختصره : (..والمصلحة اللذة ووسيلتها ، والمفسدة الألم ووسيلته وكلاهما نفسي، وبدني ، ودنيوي ، وآخروي، لأن العاقل إذا خيّر أختار المصلحة ودفع المفسدة ، وما هو كذلك يصلح مقصوداً قطعاً..)².

وعليه فالمصلحة الحقيقية / هي التي تؤدي إلى إقامة الحياة لا إلى هدمها³.

وبالتالي فكل ما أمر به الدين فهو نافع لا محالة ، وكل ما نهي عنه فهو ضار، فالله سبحانه وتعالى غني عن العالمين رحيم بهم ، فما حرم عليهم شيئاً إلا كان ضاراً بهم ولم يوجب عليهم شيئاً إلا كان نافعاً لهم⁴.

والمصلحة /ترتبط بالطاعة ، والمفسدة ترتبط بالمعصية، فالطاعة والمعصية تُعظم بحسب المصلحة أو المفسدة الناشئة عنها⁵.

ثانياً - درء المفسدة :

المفسدة /نقيض المصلحة ، والفساد مجاوزة الحكمة والصواب والمفسدة الضرر⁶.

ويكون هذا الضرر دائماً أو غالباً، فالعمل بالقصاص يؤدي إلى تحقيق المصلحة وتركه يؤدي إلى مفسدة ، وهي سفك الدماء ونشر الرعب والخوف بين الناس .

وفي نظر الشيخ الطاهر بن عاشور :

أنّ المصلحة قسمان :

1- مصلحة عامة : وهي مافيه صلاح عموم الأمة أو الجمهور كحفظ المتمولات من الإحراق والإغراق .

2- مصلحة خاصة: وهي مافيه نفع الآحاد كحفظ المال بالحجر على السفه⁷.

وإذا كان حفظ النفس من جانب جلب (المصلحة) يتمثل في إقامة النفس بالطعام والشراب واللباس وحتى تناول المحرمات عند الضرورة ، فإن حفظ النفس من حيث درء (المفسدة) يتمثل في وجوب (القصاص) من القاتل لأن في القصاص حياة ، فالمصلحة مندرجة في مقاصد الشرع ومقاصد الشرع مراتب ضرورية وحاجية وتحسينية⁸.

(. مرجع سابق. 37/2 الإمام الشاطبي - الموافقات - 1)

نقلا عن الشيخ / محمد الطاهر بن عاشور - المصلحة في الشريعة الإسلامية - دار النفائس للنشر والتوزيع - عمان الاردن - ط.3-2011 - ص.278.

(333). / المرجع السابق نفسه (32)

(159) ج- 8 - ص- 581 / رشيد رضا - مجلة المنار - (مج4)

(298) / الموافقات- للشاطبي- المرجع السابق- (52)

(335). مرجع سابق./ لسان العرب - (63)

الشيخ الطاهر بن عاشور - مقاصد الشريعة الإسلامية - المرجع السابق - ص- 7.279

المرجع السابق نفسه.ص.8.280.

ضوابط المصلحة:

حدد الشيخ / محمد سعيد البوطي عدة ضوابط للمصلحة هي :

- 1- أن تكون المصلحة مندرجة في مقاصد الشرع .
 - 2- عدم معارضتها للكتاب والسنة والقياس أي مصلحة معتبرة ومرسلة .
 - 3- عدم تفويتها أي مصلحة أهم منها أو مساوية لها¹.
- وهكذا يتضح لنا أن علم المقاصد مرتبط ارتباط وثيق بالأحكام الشرعية وأدلتها وهو علم يساعد على فهم الحكم والعمل به ولكن دون أن يعني ذلك تقديم المصلحة على النفس .

المبحث الثاني : حماية حق الحياة في القانون الوضعي.

تفيد كلمة قانون القاعدة المطردة أو النظام المستمر .

فهي تعني بالتعريف الواسع / مجموعة القواعد القانونية الوضعية الملزمة التي تحكم معاملات الأفراد في مجتمع ما بصورة عامة ، ومجردة وتوقع الدولة جزاء على من يخالفها ، فالقانون ظاهرة إجتماعية يستمد مضمونه من الظروف الواقعية للحياة وبالتالي فإن دور القانون مختلف من مجتمع إلى آخر².

خصائص القانون الوضعي:

يتميز القانون الوضعي بعدة خصائص هي :

- 1- أن قواعد هذا القانون تُطبَّق وتُنفَّذ في دولة معينة أي لكل دولة قانونها الوضعي الخاص بها .
 - 2- أن هذا القانون يعني مجموعة من القواعد القانونية تُطبَّق داخل دولة ما في زمن معين .
 - 3- أن الدولة تُلزم الأفراد على إتباع القواعد القانونية السارية .
 - 4- أن القواعد القانونية داخل الدولة ملزمة أيًا كان شكلها أو مصدرها تشريعي عرفي أو قضائي -ألخ .
- * وهنا تجدر التفرقة بين القاعدة القانونية والمادة القانونية والنظام القانوني :

- فالقاعدة القانونية : هي الوحدة القانونية التي تضع حلاً لعلاقة قانونية معينة .
- أما المادة القانونية : فتعني النص القانوني المكتوب والوارد في تشريع مبين والمحدد برقم متسلسل للمواد .
- أما النظام القانوني : فهو مجموعة القواعد القانونية التي تضم روابط قانونية متشابهة من نوع واحد ، و التي تساهم في تنظيم جانب من حياة المجتمع كنظام الأسرة مثلاً³ .

فالأنظمة القانونية / تُعد نتاج فكري يعكس أوضاع الأزمان التي نشأت فيها

1 د. محمد سعيد البوطي- ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية - مكتبة رحاب - الجزائر - ص 106.

(وفي اللغة الإنجليزية Jus) في اللغة اللاتينية وتعني العصا المستقيمة أو المسطرة ، وتعني في اللغة المقياس لكل شيء أو القاعدة المطردة أو المبدأ وتعني في اللغة اللاتينية (Kanun) تطلق كلمة قانون(للمزيد أنظر د. مفتاح أغنية- محاضرات في نظريتي القانون والحق والإحراف) فالقانون لغة مقياس كل شيء - أو الخط المميز بين الإستقامة(Diritto) واللغة الإيطالية (Droit) وفي اللغة الفرنسية (Law) أُلقيت على طلبة القانون

بني وليد/ العام الجامعي 2011/2012. غير منشورة، ص 5.

المرجع السابق نفسه ص 39.

فالقانون ينبغي أن ينظر إليه ويدرس من خلال الظروف الإجتماعية التي يظهر فيها وطبيعة دوره هناك .
حيث سنحاول بيان حماية (حق الحياة) في القانون الوضعي الداخلي الذي يشمل الدستور و التشريع
(المطلب الأول) ثم بيان حماية حق الحياة في القانون الدولي الذي يتضمن الإتفاقيات والمعاهدات الدولية
(المطلب الثاني).

المطلب الأول/

الحماية الدستورية والقانونية لحق الحياة: يُعد الدستور المصدر الرئيس للقانون الدستوري ، وليس بخاف
أن الدستور يُمثل وسيلة لإلغاء أي صراع سياسي يمكن أن يعصف بكيان الدولة ، ولذلك يضطلع بدور
هام في تنفيذ أحكام القانون الدولي لحقوق الإنسان .

والدستور هو الذي يُحدد حقوق الأفراد في مواجهة السلطة العامة، وهو ليس مجرد تسجيل أو إقرار
بالمبادئ التي تحكم السلطات العامة بل يُمثل كفالة حقيقية وفاعلة لإحترام الدستور ذاته ثم إحترام مبادئه
وقواعده .

إن الدساتير لا تُعد (منشئة) للحقوق والحريات بل (كاشفة) ومقررة لها وغني عن البيان أن وجود الدستور
وحده لا يكفي لإكتساب الدولة المشروعية ما لم تعزز وثيقة الدستور بالإحترام في إطار الشرعية الدستورية
داخل الدولة .

وسيادة الدستور لا تنحصر بسمو قواعده بل تمتد إلى هيمنة قواعده على التنظيم القانوني في الدولة ، ولا
غرو أن (الشرعية الدستورية) تعلق على (الشرعية القانونية) بشكل ظاهر شكلاً ومضموناً ، وبالتالي فإن
الحقوق والحريات المعترف بها (دستورياً) لا يمكن لأي سلطة أن تعتدي عليها أو تنتقص منها، وهذا
الإعتراف يكون متلازماً مع الضمانات سواء كانت حقوقاً فردية أم جماعية ، ويأتي الحق في الحياة أو
حفظ النفس في أولها بإعتباره حقاً ملازماً للإنسان يحميّه القانون فلا يجوز حرمان أحد من حياته تعسفاً¹
وذلك على النحو الآتي :

الفرع الأول / الحماية الدستورية لحق الحياة :

بادئ ذي بدء يجدر التنويه إلى أن (القانون الدستوري) يمثل قواعد وضعية تنظم ممارسة السلطة من قبل
الحكام القابضين عليها، بحكم أنهم من يمارس هذه السلطة وفق نُظم و قواعد معينة ، تعمل على ما هو
كائن وليس على صعيد ما يجب أن يكون ، وبالتالي فإن ممارسة السلطة لاتتم بطريقة عفوية بل لابد أن
تكون وفق قواعد تنظمها وهي قواعد توازن سياسي أي أنها بمثابة قواعد سياسية تُنظم العلاقة بين
القابضين على السلطة ومن هم محلاً لممارستها .

د.مفتاح أغنية - محاضرات في نظريتي القانون والحق - المرجع السابق ص. 18 .

يقول جورج سل (إن قواعد القانون الدستوري هي بالأحرى قواعد توازن سياسي أكثر من كونها أساساً للمشروعية)¹ .

وتعد الحرية الشخصية حق طبيعي وهي مصونة لا تمس ،وهي بذلك مكفولة لجميع الأشخاص متساوون في الحماية أمام القانون،¹ ولكن هذا لا يعني أن الحرية الشخصية حق مطلق لا ترد عليه قيود .

ولأن الإنسان كائن إجتماعي طبقاً لضرورات الحياة فقد أقتضى ذلك أن يكون ملتزماً في تصرفاته ،وأفعاله بما تَسْتُهُ الجماعة من أصول ،وقواعد تسير عليها بحيث يتولى القانون وضع حدود وضوابط لهذه الحرية ، وبحكم أن الدستور تهيمن قواعد على التنظيم القانوني في الدولة فقد أفرغ المشرع الدستوري قواعد الدستور في الوثيقة الدستورية أي دسترة الحقوق والحريات العامة .

وهنا يمثل (الحق في الحياة) بالمعنى الدستوري طابعاً موضوعياً مستمداً من الدستور ذاته ، وينال هذا الحق قيمة دستورية عليا سواء ثم النص عليه(صراحة) في الدستور، أو أستخلص (ضمناً) من مبادئه الدستورية حيث يضطلع القضاء الدستوري بدور في تحديد الحقوق والحريات من خلال البحث في نية واضعي الدستور ، حيث تكفل الرقابة على دستورية القوانين في تطوير مفاهيم الحقوق التي يجب أن تحظى بالقيمة الدستورية وأولها (الحق في الحياة) ، وذلك في إطار المبادئ التي تحكم التوازن بين الحقوق والحريات وهي :

- أن الحقوق والحريات ليست مطلقة فلا ينبغي حمايتها من خلال التوضيحية بغيرها من الحقوق والحريات الأخرى .

- لاجود لمبدأ التدرج بين الحقوق والحريات سواء المحمية منها نصاً أو ضمناً

- أن الحقوق والحريات تقع ضمن نظام قانوني واحد فلا مجال للتنازع بينها في نصوص الدستور .

إن (الحق في الحياة) هو أسمى الحقوق الإنسانية على الإطلاق وهو بذلك الحق الطبيعي الأول للإنسان ، وبالتالي لا يمكن ممارسة أي حق آخر والتمتع به إلا بعد ضمان هذا الحق لأن حمايته تعني حماية الجنس البشري واستمرار الحياة الذيحمته الشريعة الإسلامية كما أسلفنا ، وكذلك فإن الدستور والقوانين الوضعية هي الأخرى إحاطته بسياج من الحماية والضمانات .

وفي هذا الشأن يقول الأستاذ السنهوري :

(إن القانون ينظر للشخص من حيث أنه صالح لأن تكون له حقوق وعليه واجبات فكل إنسان هو شخص قانوني تتوفر فيه أهلية الوجوب ...) ²

1 مشار إليه لدى /أحمد فتحي سرور- الحماية الدستورية مرجع سابق ص214113.P.1993.R.D.P. ScellePouvoirEtatique et Droit Des Gens

عبدالرازق السنهوري - الوسيط- ج- 1- ص-388- مشار إليه لدى د.سامي بدیع - الوسيط في القانون الدولي الخاص- دار العلوم العربية- بيروت- ط-1- 1994 ص- 2.348

1- أنظر المادة (12) من دستور المملكة الليبية المتحدة الصادر في 10.7.1951. وكذلك الدستور المصري لسنة 1971.

فالشخصية القانونية للإنسان: تمتد تحت حماية الدستور والقانون متى أستمريت شخصيته القانونية منذ بدء الحمل، وحتى خروج الروح، مروراً بمراحل حياته في الطفولة والشيخوخة، وهذا الحق المكفول (شرعاً ودستوراً) هو صمّام أمان يحمي الفرد من أي إعتداء من الآخرين أو من جانب سلطات الدولة.

إن الحق في الحياة ذو دلالة عامة وشاملة، وهو من أهم حقوق الإنسان وأقدسها ولذلك كان (النص الدستوري) على حمايته بإعتباره حق (ملازم) للإنسان فلا يجوز حرمان أحد من حياته تعسفاً، وعلى القانون أن يحمي هذا الحق ولذلك قررت الدساتير الليبية المتعاقبة حماية حق الإنسان في الحياة¹.

إن النص الدستوري: على حماية حق الحياة أو حفظ النفس من قبل أعلى تشريع جعل من هذا الحق حقاً مقدساً يجب المحافظة عليه فلا يجوز إنتهاكه إلا في حالات إستثنائية، فالحياة حق طبيعي، وهنا يبرز بجلاء دور الدستور كحامٍ لهذا الحق من خلال إحاطته بسياج من الضمانات لصون هذا الحق، وهو مانتج عنه تغير نوعي في مفهوم الدستور ذاته بحيث أضحي ميثاقاً إجتهداً للحقوق والحريات وهو بذلك ناظم لقيم المجتمع المشتركة وموحداً لها في ذات الوقت

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا الشأن أن الحقوق والحريات التي ينص عليها الدستور مطلقة لذلك فإن ممارستها تتم دون حاجة إلى صدور قانون من المشرع بشأنها فلا يجوز تقييدها ولو بتشريع من البرلمان، وإن تدخّل المشرع وحددها كان التشريع باطلاً لمخالفته الدستور².

وتأسيساً على ذلك فإن حق الإنسان في حماية جسده وكرامته يُعد من الحقوق التي لا تقبل التنظيم التشريعي مطلقاً، أي أن الدستور نظّمها بشكل نهائي بات وبنصوص قطعية بأي مساس من المشرّع يُعد مخالفةً دستورية تستوجب البطلان³.

وإن كانت حماية هذا الحق دستورياً مكفول في كل دساتير العالم وإن تطبيقه وفاعليته يختلف من دولة إلى أخرى كما سنرى لاحقاً.

مما يستمد الحق في الحياة شرعيته ؟

إن حماية الحق في الحياة مستمد من (الدستور)، وأي مساس بهذا الحق لابد أن يتم بشروط وضوابط يضعها المشرّع طبقاً للدستور، وما دام قانون العقوبات الليبي أجاز توقيع عقوبة الإعدام التي تعد مساساً بجوهر الحق في الحياة فإن هذا المساس بحق الحياة يستمد أصوله من الدستور ذاته الحامي لهذا الحق وإن كان المشرّع الليبي حاول التضييق من نطاق تطبيق عقوبة الإعدام حيث نص في القانون رقم 6 لسنة

راجع الدستور الليبي 1951 . الإعلان الدستوري الليبي المؤقت 1969 . والإعلان الدستوري المؤقت 2011.

راجع د.عبد الحميد متولي- الوسيط في القانون الدستوري- دار الطالب للنشر- الإسكندرية- 1956 - ص 667.

أنظر د. عبدالرزاق السنهوري - مخالفة التشريع للدستور والإنحراف في إستعمال السلطة التشريعية- مجلة مجلس الدولة مصر السنة (3) 1952- ص 53.

1995 بشأن القصاص والدية: على أن (يعاقب بالإعدام قصاصاً كل من قتل نفساً عمداً إذا طلبه أولياء الدم ، ويسقط القصاص بالعمو ممن له الحق فيه وتكون العقوبة الدية .)¹ .

كما نص هذا القانون في المادة (7) منه (تطبق أحكام الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون فيما لم يرد بشأنه نص .)² .

وتأسيساً على ذلك فإن جريمة القتل العمد في هذا القانون لا تسقط بمضي المدة وكذلك العقوبة، وهو ما جعل هذا النص يصطدم مع قانون العقوبات الليبي النافذ الذي ينص على سقوط الجرائم والعقوبات بمضي المدة .

المطلب الثاني الحماية القانونية لحق الحياة:

حتى تؤدي الحماية الدستورية أكلها لا بد أن تتبعها حماية قانونية ، تتضمن مبادئ وأحكام تصون وتحمي حق الإنسان في الحياة ، وكافة حقوقه الأخرى وتحديدًا (مبدأ الشرعية) وهو ماستتناوله على النحو التالي :

الفرع الأول: الضمانات الدستورية التي كفلها المشرع الليبي لحماية حقوق الإنسان

كفل المشرع الليبي عدة مبادئ دستورية وضمانات قانونية لحماية حقوق الإنسان بشكل عام وهي :

- 1- مبدأ العلم بالقانون: فلا يعاقب إنسان إلا بموجب قانون نافذ صادر مسبقاً يبين العقوبة والجريمة وألا يسري هذا القانون بأثر رجعي ، وأن يكون ذلك تحت سمو الدستور، أي أن تصدر القوانين مطابقة له، ويُنَاط بالسلطة القضائية مراقبة دستوريته (فلا جريمة ولا عقوبة إلا بنص)³ .
- 2- أن المتهم بريء حتى تثبت إدانته بحكم قضائي نهائي :ومع ذلك يجوز اتخاذ الإجراءات القانونية ضده مادام متهمًا .
- 3- حق الاستعانة بمحامٍ: وهذا حق طبيعي وهو من أهم الضمانات التي تكفل تحقيق عدالة نزيهة⁴ .
- 4- ضمانات التحقيق : والتي تتمثل في التحقيق الأولي، أو جمع الاستدلالات عن طريق الشرطة (المادة 11). إجراءات جنائية كما قرر قانون الإجراءات الجنائية ضمانات للمتهم وحدد الحالات التي تُبيح الإستيفاف والتفتيش والحبس الاحتياطي⁵ .
- 5- تعدد درجات التقاضي : وهي من أهم الضمانات حيث يجب ألا يُحاكم الإنسان أمام محكمة من درجة واحدة وإن تعدد قضاتها ، وقد حدّد المشرع الليبي في قانون نظام القضاء رقم (51 لسنة 1976)

1995/3/1995 بشأن القصاص والدية والمنشور في الجريدة الرسمية العدد (5) السنة (32) بتاريخ 23/ أنظر القانون رقم (16)

المرجع السابق نفسه . المادة (7).2

أنظر القانون رقم (20) لسنة 1991 بشأن تعزيز الحرية منشور بالجريدة الرسمية العدد (22) السنة (29) بتاريخ 11.9.1991.3

15 ق مجلة 1970.3.5 / أنظر حكم المحكمة العليا الليبية - طعن إداري- رقم 49

راجع قانون الإجراءات الجنائية الليبي والصادر 1956 ومع آخر تعديلاته- منشورات أمانة العدل - طرابلس (1987). 5.

درجات التقاضي وهي (المحاكم الجزئية - المحاكم الابتدائية - محاكم الاستئناف - المحكمة العليا)¹ هذا من حيث المبادئ والأسس، أما من حيث التشريعات والقوانين فإن القانون الجنائي بشقيّه:

- قانون العقوبات: الذي يُحدد الأفعال المجرّمة ويُعاقب على ارتكابها وكذلك الأفعال التي يأمر المشرّع بالقيام بها، ومعاقبة الممتنع عن ذلك، فتتم حماية حق الحياة في قانون العقوبات، من خلال تجريم المساس بحياة الفرد، و تقرير العقوبة الرادعة، أي حماية الحق محل الانتهاك، وحتى وإن اختلفت القوانين من دولة إلى أخرى حسب أنظمتها السياسية والاقتصادية والاجتماعية فإنها تشترك في أن المشرّع عند إصدار الدستور، وتشريع القوانين يراعي حقوق الإنسان دائماً.

- وقانون الإجراءات الجنائية: والذي يُحدد الإجراءات المتبعة من السلطات العامة عند وقوع جريمة لكشفها وأثبات ارتكابها، والتحقق من ثبوت المسؤولية الجنائية عنها تمهيداً لمعاقبة مرتكبها.

ولأن هذه الإجراءات تصل إلى حد إزهاق الروح كما في عقوبة (الإعدام) فلا بد من التوفيق إذاً بين مصلحة (الفرد) في حقوقه، وإنسانيته، ومصلحة وأهداف وقيم (مجتمعه) فلا تمس حقوق الأفراد إلا في حدود وقيم ومصالح المجتمع ولا تضار الجماعة في قيمها ومصالحها باسم حماية الفرد ورعاية حقوقه وحرياته ولذلك كان لا بد للقانون الجنائي أن تكون نصوصه مُصاغة في نطاق المبادئ الدستورية مبادئ حقوق الأفراد وحرّياتهم الأساسية.

ولكن ماهي ضمانات حق الحياة في القانون الجنائي الليبي؟

تضمن القانون الجنائي الليبي عدة ضمانات لحق الحياة حماية للنفس البشرية منها كما أشرنا مبدأ الشرعية، فلا جريمة ولا عقوبة إلا بنص والقانون الأصلح للمتهم في إطار قانون العقوبات²، وعدم جواز الجهل بالقانون الجنائي تبريراً للفعل وقد حددت المادة (17) أنواع العقوبات وهي:

- عقوبات أصلية (الإعدام - السجن المؤبد - السجن - الحبس - الغرامة).

- عقوبات تبعية (الحرمان من الحقوق المدنية - الحرمان من مزاولة المهن والأعمال الفنية، وفقدان الأهلية القانونية - نشر الحكم بالإدانة).

أما الجرائم المرتكبة ضد حياة الفرد أو سلامته فهي:

1- (القتل العمد) مع سبق الإصرار حيث رتب المشرّع عقوبة (الإعدام)* على كل من قتل نفساً عمداً مع سبق الإصرار على ذلك، وهذه الجريمة لا تقوم إلا بتوفر القصد الجنائي بنوعيه القصد (العام) والقصد (الخاص) وهكذا حمى قانون العقوبات الليبي النفس البشرية من إزهاقها³.

2- (القتل العمد) دون سبق إصرار وترصد وتكون العقوبة بالسجن المؤبد أو السجن

1 أنظر القانون رقم 51 لسنة 1976 بشأن نظام القضاء - الجريدة الرسمية . ص . 14 . عدد . 45 . ص . 2339 . 1976 .

(9) ق مجلة.ع. 13.6.1964 . ع. 2. س. 1. / طعن جنائي رقم (245)

تمثل عقوبة الإعدام (إدعاءً) و (استثناءاً) حيث سنتناولها هنا كرادع يحمي الحق في الحياة ثم نتناولها لاحقاً كاستثناء وارد على هذا الحق طبقاً لما تقضيه منهجية البحث .*

(16) ق . 12.4.1971 . س - م - ع - عدد . 4 . س . 6. 1970 . ص - 230 / طعن جنائي رقم (392)

3- (الضرب أو الجرح المفضي للموت) وتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد عن عشر سنوات ويكفي لتوافر هذه الجريمة القصد العام¹.

4- التحريض، أو المساعدة على الإنتحار ، وتكون العقوبات من ثلاث إلى عشر سنوات، وفي حالة الشروع تكون العقوبة الحبس من (ثلاثة) أشهر إلى (سنتين)².
إن نطاق تطبيق قانون العقوبات يمتد ليشمل حماية الحق كأساس لمبدأ عدم رجعية قانون العقوبات ورجعية القانون الأصلح للمتهم ، وفي إطار التوازن بين التجريم والعقاب وحماية حقوق الإنسان وضماناتها في مواجهة التجريم ، وفي إطار شخصية العقوبة، وأصل البراءة كمبدأ و كقاعدة من قواعد الحكم .

5- (القتل الخطأ) ويكون بإزهاق روح إنسان ، أو التسبب في القتل بدون قصد والعقوبة هنا الحبس والغرامة بما لا يزيد مائتي دينار، أو إحدى هاتين العقوبتين وتشدد العقوبة إن ترتب على الفعل موت أكثر من شخص ، أو كان الجاني متعاطياً مواد مسكرة أو مخدرة كانت العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة وغرامة لا تتجاوز أربعمائة دينار أو إحدى العقوبتين³.

إن حماية (حق الحياة) مكفول حتى وإن كان الشخص ذو عاهة جسدية، أو نفسية، أو مريضاً مرضاً لا يُرجى شفاؤه فلا يمكن تعجيل موته حتى بدافع الشفقة والرحمة كما نوهنا.
إذا حق الحياة ملازم للكائن البشري ، والقانون يجب أن يحمي هذا الحق فلا يجوز حرمان أحد من حياته تعسفاً ، فإعدام المجرم حياة للأبرياء الذين يَسلمون بموته من أذاه وشروره ، وإعدامه بعد محاكمته يكون أقرب للعدل⁴.

ولذلك فإن عقوبة (الإعدام) من العقوبات الإستثنائية والخطيرة، وينحصر إيقاعها في حالات محددة ومحصورة ، وبالتالي فإن النص على هذه العقوبة وتطبيقها من شأنه التقليل من الجريمة وحماية حق الحياة وتكون رادعاً لمجرمين آخرين⁵.

وتأسيساً على ذلك فإن القانون الجنائي يُحدث توازناً بين حق الحياة كأحد الحقوق الأساسية للإنسان والمصلحة العامة، إستكمالاً لدور الشرعية الدستورية ويبرز دور قانون العقوبات في حماية حقوق الإنسان بتقريره حماية لهذه الحقوق من خلال (تجريم) المساس بها من خلال فرض عقوبات معينة ضد المعتدي وأولها حماية الحق في الحياة¹.

(18) ق. 16.11.1971، (م.م.ع) عدد 4-س- 1970.6 ص 230 / طعن جنائي (1186)

377) / 1956 المواد (376) أنظر قانون العقوبات الليبي 2

بالإضافة إلى نصوص قانون العقوبات الليبي المشار -إراجع قانون القصاص والدية رقم (6) لسنة 1995 المشار إليه . والمنشور بالجريدة الرسمية العدد (5) السنة (32) بتاريخ 3.1995/3/23

عسان رباح - عقوبة الإعدام حل أم مشكلة - مؤسسة نوفل - بيروت - ط - 1 . 1987 . ص . 25 وما بعدها 4.

ثار نقاش طويل حول ضرورة عقوبة الإعدام بين مؤيد لها ومعارض المؤيدون يرون أن للإعدام أثر في الردع فهو وسيلة لحماية المصالح الجوهرية كما أن عقوبة الإعدام مقبولة لدى الرأي العام، وهي حق 5 للمجتمع وأنها تمثل تناسب مع الجريمة المرتكبة وهي تكفل الردع العام كما أنها قليلة التكلفة فيتم التخلص من المجرم وتجنب تكاليف سجنه . أما المعارضون فيرون أن عقوبة الإعدام ليست حقاً للمجتمع أو الدولة كما أنها تنفقد مبدأ الشخصية فالأثر يمتد لأسرة المحكوم عليه وأنها غير ذات فاعلية كما أنها عقوبة غير عادلة والخطأ القضائي فيها محتمل كما أنها عقوبة غير مبررة وتتعارض مع السياسة العقابية الحديثة . للمزيد إراجع د. عسان رباح - عقوبة الإعدام حل أم مشكلة - مرجع سابق - ص - 28 .

وتجدر الإشارة هنا إلى جملة من المبادئ التي تحكم قانون الإجراءات الجنائية والذي يرتبط بقانون العقوبات إرتباطاً لازماً ووثيقاً وهي :

- 1- أن الدستور يُكسب الإجراءات الجنائية شرعيتها فلا يجوز إتخاذ أي إجراء جنائي إلا بقانون، فالمتهم بريء حتى تثبت إدانته ، والشك يُفسّر لمصلحة المتهم .
- 2- أن القانون الدستوري هو الذي يُحدد مبدأ الأصل في البراءة، وضمانات المحاكمة العادلة في جميع مراحلها فلا جريمة ولا عقوبة إلا بنص .
- 3- أن القانون الدستوري هو الذي يُبيّن آلية عمل السلطة القضائية ، والمبادئ التي تحكمها وضماناتها كالحيدة والإستقلال ودور النيابة العامة في إتخاذ إجراءات مباشرة الدعوة الجنائية ، فتبرئة متهم خير من إدانة بريء .

4- أن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات يستند على دعامتين هما : حماية الحرية الشخصية وحماية المصلحة العامة.

وهكذا فإن حماية المصلحة العامة تتحقق من خلال إسناد وظيفة التجريم والعقاب والإجراءات الجنائية إلى المشرع وحده في إطار الشرعية الدستورية والمقومات الأساسية للمجتمع في تحديد محل الحماية الجنائية ، والإجراءات هي الوسيلة الضرورية لنقل قانون العقوبات من حالة الجمود والسكون إلى حالة الحركة والفاعلية، فهي الوجه العملي لإتحاد شقي (التجريم) و(العقاب) و الإنتقال من قاعدة التجريد إلى دائرة التطبيق العملي .

الفرع الثاني: حفظ النفس أو حماية الحق في الحياة في القانون الدولي .

يعنى¹ بحماية الحق في الحياة في القانون الدولي/ بيان الآليات التي تحمي حقوق الإنسان من الإنتهاك، وذلك عن طريق منظمة الأمم المتحدة وهيئاتها المتخصصة والمشكلة وفقاً لإتفاقيات دولية خاصة بحماية حقوق الإنسان².

إن حماية الحق في الحياة يأتي في مقدمة حقوق الإنسان الذي ركّزت عليه معظم الإعلانات العالمية والمواثيق وأولته إهتماماً خاصاً حيث لكل إنسان حق طبيعي في الحياة ويحمي القانون هذا الحق ، ولايجوز حرمان أي إنسان من حياته بشكل تعسفي³

وتظهر جلياً هذه الحماية في إصرار المجتمع الدولي على محاربة جريمة إبادة الجنس البشري أيّاً كانت أسبابها دينية أو عرقية أو عنصرية وفي هذا الشأن أقرت

(2) أما الدستور الإيطالي فقد حظر هذه العقوبة فيما عدا الجرائم العسكرية / حظرت بعض الدساتير توقيع عقوبة الإعدام كالـدستور الإسباني مادة(15) والدستور السوداني مادة (4) والدستور البرتغالي 124

(4) /المرتبة أثناء الحرب مادة(27)

أنشئت الأمم المتحدة بموجب ميثاق الأمم المتحدة في 1945.6.20 ويعد النظام السياسي لمحكمة العدل الدولية جزءاً متكاملاً للميثاق ، ومن أهم مقاصد الأمم المتحدة (ضمان حقوق الإنسان وحفظ السلم والأمن الدوليين وتحقيق التعاون الدولي).

راجع المادة (6) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية 1966.3.

الجمعية العامة للأمم المتحدة (1948) منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها .
كما أقر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان (1948):

على أنه (لكل فرد الحق في الحياة والحرية وسلامة شخصه ، ويتبع هذا الحق في حياة كريمة وجديرة بالإحترام..) .

وتأسيساً على ذلك تحاول كل التشريعات الحديثة الأخذ بما يصون حقوق وحريات الإنسان وتخلصه من الرق والعبودية لأن حق الوجود لأي إنسان لا يقتصر على حق البقاء بل لابد أن يشمل توفر حياة كريمة حتى يشعر بإحترامه وكرامته .

ولكن ما حدود القوة الإلزامية لقواعد القانون الدولي المتعلقة بحق الحياة ؟

- إن القوة الملزمة بالإتفاقيات الدولية المتعلقة بحماية حقوق الإنسان وتحديد (حق الحياة) مستمدة من القانون الداخلي، وبذلك تتصف هذه القواعد بقيمة (دستورية) بعد إتخاذ الإجراءات الدستورية اللازمة التي تعطيها هذه الصفة ، وبالتالي فإستخلاص حماية الحق في الحياة بطريق غير مباشر من الدستور تأسيساً على مبدأ سيادة القانون فيكون مصدره الدستور وليس الإتفاقيات الدولية¹ .

وقد أصبح أمام القاضي الوطني عدد من الإتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان مما يثير بعض المشكلات القانونية عند تضارب نصوصها مما تطلب معالجتها بشكل مختلف عن مفاهيم القانون الدولي التقليدي ، وهذا مرجعه أن إتفاقيات حقوق الإنسان ترتبط بعلاقة الفرد بدولته الأمر الذي يتطلب تمتعه بمعاملة أفضل في مواجهة الدولة وهكذا تصبح الإتفاقية الدولية نافذة في القانون الداخلي بإرادة الدولة لابقوة المعاهدة أو الإتفاقية² .

إن الحق في الحياة حق مكفول في التشريعات الدولية من خلال نصوص الإعلانات والإتفاقيات الدولية إذ لكل فرد حق في الحياة، والحرية، وفي الأمان على شخصه وهذا الحق أصلاً ثابتاً لكل إنسان فلا يجوز اللجوء إلى غير ذلك إلا في الحالات الإستثنائية التي حددها القانون حيث يجوز إيقاع الحكم بالموت بالنسبة لأكثر الجرائم خطورةً طبقاً للقانون المعمول به وقت الجريمة ، ولا يجوز تنفيذ هذه العقوبة إلا بعد صدور حكم نهائي من محكمة مختصة ، ولا يعفى من المسؤولية إذا كان الحرمان من الحياة يشكل جريمة إبادة الجنس ، ولكل محكوم عليه بالموت طلب العفو أو تخفيض الحكم ، ولا يجوز حكم الإعدام على الأشخاص الذين تقل أعمارهم عن ثمانية عشر عاماً أو على المرأة الحامل³ .

- أما إتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها :

1 مفتاح اغنية - محاضرات في مادة - حقوق الإنسان ألفت على طلبة كلية القانون في بني وليد - العام الجامعي 2014-2015 - ص. 3- غير منشورة .

2 تصبح الإتفاقية أو المعاهدة الدولية نافذة وفقاً للدستور بإحدى طريقتين :

الأولى : أن يقوم المشرع بتحويل المعاهدة أو الإتفاقية إلى تشريع وطني داخلي حتى يقوم القاضي الوطني بتطبيقها وهو المتبع في (بريطانيا و ألمانيا) وغيرها .

الثانية : أن الإتفاقية الدولية تعد جزء من التشريع الداخلي بمجرد التصديق عليها وفقاً للإجراءات المحددة في الدستور وهو الأسلوب المتبع في فرنسا ومصر وليبيا وبعض الدول الأخرى.

3 راجع العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية 1966 - المادة (16) مرجع سابق .

فقد كفلت الحق في الحياة والسلامة الشخصية ، فلا يجوز قتل أعضاء في أي جماعة أو إحقاق أذى جسدي بهم ، أو فرض تدابير تؤدي إلى تدميرهم أو إبادة¹.

كما كفلت الإتفاقية الدولية لمنع جريمة الفصل العنصري : عدم حرمان أي عضو أو أعضاء في فئة أو فئات عنصرية من الحق في الحياة ، و الحرية الشخصية بقتل أعضاء في فئة أو فئات عنصرية².

كما أوردت المواثيق الدولية ضمانات لحقوق وتحديد الحق في الحياة : حيث حظرت الاعتداء أو تقييد جملة من الحقوق حتى ولو كانت الأمة في حالة طوارئ معلنة رسمياً ومن تلك الحقوق حق الحياة ، وأياً كانت التدابير فلا يجوز الاعتداء على حق الحياة أو التعذيب أو الإسترقاق³.

وصفوة القول أن الحق في الحياة من الحقوق الأساسية ، والجوهرية للإنسان فلا يجوز الاعتداء عليه أو المساس به ، وأي فعل يعد من ذلك يعتبر جريمة دولية⁴.

تجعل مرتكبها عرضة للقضاء الوطني أو أمام المحاكم الدولية حيث يعد الاعتداء على حق الحياة من جرائم الحرب ، ومن جرائم الإبادة الجماعية ، وكذلك من الجرائم ضد الإنسانية التي هي من إختصاص المحكمة الجنائية الدولية¹، من خلال تطبيق قواعد القانون الدولي الجنائي².

وتأسيساً على ذلك فإن قتل أفراد الجماعة ، أو مجموعة من السكان ، أو إبادة أو القيام بالعمليات الأهرابية تُشكّل جرائم دولية يقع مرتكبوها تحت طائلة الجزاء .

أما المواثيق الإقليمية : فقد تضمّنت هي الأخرى حماية حق الحياة حيث نصت عليه بشكل مطلق ، وإن كانت فاعليتها متفاوتة في ذلك إذ بينما نجد فاعلية أكبر في الإتفاقيات الأوروبية، والأمريكية نجد مستوى حماية متدنٍ في الميثاق الإفريقي والميثاق العربي لحقوق الإنسان⁵.

1 أنظر إتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها . 1948. المادة (2) .

2 الإتفاقية الدولية لمنع جريمة الفصل العنصري . 1973. المادة (2) .

العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية - المرجع السابق - المادة (4).3.

4 الجريمة الدولية : هي كل سلوك يرتكب إخلالاً بالقانون الدولي وتشكّل إضراراً بالمصالح التي يحميها أو أنها سلوك يمثل عدواناً على مصلحة أساسية للمجتمع الدولي تتمتع بحماية النظام القانوني الدولي ، من خلال قواعد القانون الجنائي الدولي للمزيد راجع د. عبد العزيز العشراوي- أبحاث في القانون الجنائي الدولي- دار حومة - الجزائر - ط.1. 2006. ص. 259 . وجرائم الحرب وجرائم العدوان) والقانون الذي تُطبقه حسب المادة (21) من النظام الأساسي (النظام الأساسي -الإتفاقيات الدولية ومبادئ القانون الدولي والمبادئ الخاصة بالنزاعات المسلحة، والمبادئ العامة للقانون وتتراوح العقوبات المطبقة من طرف المحكمة طبقاً للمادة (77) من النظام الأساسي (الحبس لمدة (30) سنة) وعقوبة السجن المؤبد في حالة الخطورة القصوى للجريمة .) وأستبعد هذا النظام عقوبة الإعدام . للمزيد يراجع - محمد عزيز شكري - القانون الدولي الإنساني والمحكمة الجنائية الدولية بحث منشور ضمن منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت- ط- 1- 2005. ص.114.

- المحكمة الجنائية الدولية : أقر نظامها الأساسي في (روما) وذلك بناء على قرار المؤتمر الدبلوماسي للأمم المتحدة (1998.7.17) وأصبح نافذاً في (2002.4.10) وتخضع لإختصاص المحكمة (جرائم الإبادة والجرائم ضد الإنسانية

- القانون الدولي الجنائي : هو مجموعة من القواعد القانونية المعترف بها في نطاق العلاقات الدولية التي تهدف لحماية النظام القانوني أو الاجتماعي الدولي عن طريق إيقاع جزاءات على أي سلوك يشكّل عدواناً على هذا النظام أو يعرض مصالح المجتمع الدولي أو القيم الإنسانية للضرر أو الخطر. وتمثل خروجاً عن النظام العام الدولي وتسبب بالضرر لمثل المجتمع الدولي أو القيم الإنسانية العليا . للمزيد يراجع / د. عبدالعزيز العشراوي المرجع السابق . ص 127- 128 .

(1) من الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وكذلك المادة (4) من الإتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان والمادة (4) من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب والمادة(5) من الميثاق / للمزيد راجع المادة (52) العربي لحقوق الإنسان .

المبحث الثالث: الإستثناءات والقيود الواردة على حق الحياة - حفظ النفس.

ذكرنا أن حق الحياة حق مقدس ، لا يجوز الإعتداء عليه ، بأي شكل من الأشكال حيث حرصت (الشريعة الإسلامية) على حمايته بشئى السبل ، وأبعدت عنه كل ما يلحق به ضرراً أو يهدّد وجوده ، ولكن أوردت عليه بعض الإستثناءات والقيود حتى لا يبقى على إطلاقه، كما أن (القانون الوضعي) المطبّق بشكل عام في المجتمع والذي يسعى لحماية المصلحة العامة قد جرّم كل ما يلحق ضرراً بالحياة الإنسانية ، من خلال إحداث توازن بين مصلحة المجتمع ، ومصلحة الفرد، بحيث لا يمكن تقديس هذا الحق أو الإعتراف به لمن تُشكّل حياته خطراً على مجتمعه ، أو يمثل تهديداً للمصالح العليا في المجتمع حيث سنتناول القيود التي ترد على حق الحياة أو حفظ النفس في الشريعة الإسلامية (المطلب الأول) ثم نتحدث عن القيود أو الإستثناءات التي ترد على حق الحياة أو حفظ النفس في القانون الوضعي (المطلب الثاني) وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول : القيود أو (الإستثناءات) التي ترد على حق الحياة (حفظ النفس) في الشريعة الإسلامية .
رغم أن الشريعة الإسلامية تُقدّس حق الحياة كما أشرنا ، وتعمل جاهدة للحفاظ عليه وصونه لكنها وفي الإطار نفسه أوردت إستثناءات على هذا الحق يُصدّر بموجبها حق الحياة وهي حالات (القصاص والدفاع الشرعي وإقامة الحدود) وهو ما سنتناوله كالتالي :

أولاً : القصاص: ويعني معاقبة الجاني بمثل جنايته فيقتل جزاء له على فعل القتل أي أن تكون هناك مساواة ومعادلة بين الجريمة والعقاب¹.

ولكن ما الحكمة التي توخّاها الشارع من القصاص ؟

إن عقوبة القصاص تعد وسيلة لحماية الحياة البشرية بحكم أن حياة الإنسان أمر مقدس لأن الإعتداء عليها فعل شنيع ، ولذلك يُعد التهيب أداة زجر، وبحكم أن الإيمان والخوف من عقاب الله سبحانه وتعالى ، ليس درجة واحدة كانت العقوبة (الدنيوية) العاجلة قبل العقوبة (الآخروية) الآجلة حيث وردت هذه العقوبة في آية جامعة، مانعة، بليغة، دقيقة في الإعجاز والإيجاز في قوله تعالى {ولكم في

القصاص حياة يا أولي الألباب لعلكم تتقون} البقرة - الآية (178)

ويمكن إيجاز حكمة تشريع القصاص في الآتي :

- 1- إن تشريع القصاص يهدف للمحافظة على حياة الإنسان .
- 2- إن تشريع القصاص يردع أهل العدوان والظلمة ويزجرهم .
- 3- إن من حكمة القصاص طمأنة أولياء الدم فلا ينتقموا بأنفسهم وهو بذلك يقضي على عادة الأخذ بالثأر، ويحفظ الأمن المجتمعي .

للمزيد أنظر - محمد سعيد عبداللطيف - القصاص في الشريعة الإسلامية - مكتبة دار التراث- القاهرة، ص. 172.

- 4- إن تطبيق القصاص ينطوي على إقرار العدالة، وإرضاء الرغبة في التشفي من القاتل¹.
- 5- إن القصاص عند التأمل فيه هو بمثابة حياة لازمية وهذه الحكمة لا يدركها إلا ذوي البصيرة والنظر الصحيح².

أدلة مشروعية القصاص :

أ- من الكتاب العزيز :

- قال تعالى {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقَصَاصُ فِي الْقَتْلِ ...} البقرة - الآية (177).
- وقال تعالى {وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يَسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا} الإسراء - الآية (33).

- وقال تعالى {وَمَنْ أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ} البقرة - الآية (193).
- ب- ومن السنة النبوية :

حديث ابن عمر رضي الله عنهما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم {لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله إلا بإحدى ثلاث : النفس بالنفس والشيب الزاني والمارق من الدين التارك للجماعة}.³

وكذلك حديث النبي صلى الله عليه وسلم الذي رواه أبوهريرة {ومن قتل قتيل فهو بخير النظرين: أما يودى وإما يُقَاد}.⁴

وقد أجمعت الأمة على مشروعية القصاص فالحر المسلم يقاد به قاتله ، بعد النظر في شروط القاتل وفعل المقتول ، فإرساء العدل يقتضي التحقق من هذه الشروط⁵.

ثانياً : دفع الصائل (الدفاع الشرعي) :

وهو حق شرعي يُمكن الإنسان أو يوجب عليه رد عدوان غير مشروع حمايةً لنفسه أو ماله أو عرضه⁶.

وقد اختلف الفقهاء في حكمه :

حيث ذهب الجمهور إلى القول (بالجواب) ودليلهم :-

- من الكتاب : قوله تعالى {وَلَا تَلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ} البقرة - الآية 194 .

- من السنة : قوله صلى الله عليه وسلم {من قُتِلَ دون ماله فهو شهيد}.⁷

المرجع السابق ص. 174.

144 // أنظر تفسير التحرير والتنوير للشيخ الطاهر بن عاشور - مرجع سابق (22)

صحيح البخاري - كتاب الديات رقم (6878) باب قوله تعالى {إِنِ الْنَفْسُ بِالْنَفْسِ} . مرجع سابق 3

صحيح البخاري - كتاب الديات - باب من قتل له قَتِيل - المرجع السابق نفسه رقم (6880) . 4

(580) والقوانين الفقهية لأبن جزي وحاشية السوقي على الشرح الكبير (322) والمعني لابن قدامة (286/11) وكذلك مواهب الجليل للحطاب (8) للمزيد تراجع كتاب الفقه: كبدائع الصنائع للكاساني(56)

(408) وغيرهم (399) و (4/4)

أنظر د. عبد القادر عودة - التشريع الجنائي المقارن - ج. 1. ص. 473.

أخرجه الترمذي - كتاب الديات - رقم (1418). مرجع سابق 7.

أما من قال (بالجواز) فقد إستدل بالحديث الذي رواه أبو موسى الأشعري (إن بين يدي الساعة فتناً كقطع الليل المظلم)¹.

- وشروطه :

- 1- أن يكون إعتداءً وليس إستعمال حق كتأديب الأب لابنه ، أو زوجته سواء كان الإعتداء على النفس ، أو المال ، أو العرض ، وليس من الضروري أن يكون الإعتداء يُشكّل جريمة معاقب عليها.
- 2- أن يكون الإعتداء حالاً في الفعل أو الظن ، وليس مؤجلاً ، أو مجرد تهديد .
- 3- ألا تكون هناك وسيلة أخرى يمكن بها دفع الإعتداء من الصائل كالصراخ ، أو الإستغاثة أو غيرها من وسائل النجدة والغوث .
- 4- أن يكون رد الصائل ، ودفع إعتدائه بالقوة اللازمة لردّه².

- مقاصد الشريعة من دفع الصائل :

أباحث الشريعة دفع الصائل المعتدي لعدة مقاصد منها :

- أ- أن دفع الصائل يؤدي إلى عدم خسارة نفس بشرية أخرى ، أي خسارة نفسين عند إقامة القصاص على القاتل .
 - ب- أن دفع الصائل يؤدي إلى الأمن الإجتماعي، فلا يمكن للقتلة والجرمين أن يتعرضوا للآخرين ، وهذا فيه تحقيق مصلحة إجتماعية عليا أولى بالحماية .
 - ج- أن دفع الصائل يؤدي كذلك إلى حماية أرواح الناس ، وممتلكاتهم ، وأعراضهم من إعتداء الآخرين لأنهم سيكونون عُرضةً للقتل³.
- ثالثاً : إقامة الحدود .

جعلت الشريعة الإسلامية حياة الإنسان، وحفظ نفسه من المقاصد الكلية التي تعمل على حفظها، ورد العدوان عنها، وليس مجرد حق، لأنها هبة ومنحة من عند الله سبحانه وتعالى ، حيث حرّمت كل ما يلحق ضرراً بالحياة الإنسانية، ولذلك شرّعت الحدود للحفاظ على هذه الحياة وصونها .

وهذه الحدود هي :

- أ- حد الردّة : ويقصد به كفر المسلم بصريح ، أو بلفظ يقتضيه أو فعل يتضمّنه وهي الرجوع عن دين الإسلام إلى الكفر ، والعياذ بالله⁴.
- ومنها التلفظ بقول صريح أو الإشراف بالله ، أو جحد ربوبيته أو إنكار الأنبياء أو سب الله ورسوله أو القيام بأفعال تتضمن الكفر وغيرها .

أخرجه الترمذي - كتاب الفتن - رقم (2204)، مرجع سابق.¹

(531) مرجع سابق / أنظر المغني لابن قدامة - (212)

(484) / د. عبد القادر عودة - مرجع سابق - ص (3479)

(264) / (465) وكذلك المغني لابن قدامة - مرجع سابق (12) أنظر حاشية الدسوقي - مرجع سابق (44)

عقوبة المرتد :

أجمع الفقهاء على قتل المرتد من قبل الإمام أو نائبه بعد الإستتابة ، وكان مستوفياً لشروط الردة¹.
ودليلهم :

قول الرسول صلى الله عليه وسلم (من بدل دينه فأقتلوه..). والاستتابة هنا (واجبة)² على الحاكم فلا بد من إستتابة المرتد ، وإنذاره بالعقوبة إن لم يتب من فعله .
حكمة قتل المرتد :

- قد يرى البعض إن قتل المرتد يناقض حرية المعتقد في الإسلام كما ورد في قوله تعالى {لا إكراه في الدين} البقرة - الآية 254 وقوله تعالى {وقل الحق من ربكم فمن شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر}. الكهف - الآية 29 مما يدل على حرية الإنسان في إعتناقي معتقد³.
ولكن يرد على أصحاب هذا الرأي بالآتي :

- إن تشريع الحدود يُقصد به حماية مصالح العباد قبل الإعتداء عليها لتكون رادع للجريمة ، فالدخول للإسلام ينبغي أن يكون على إقتناع لا يمكن الرجوع عنه .
- كما أن أساس الدولة الإسلامية (الدين) فمن خرج عنه فقد إرتكب (خيانة عظمى) تستوجب العقاب الرادع⁴.

- إن الدين لا يمكن أن يؤخذ هزواً أو أن يكون وسيلة تضليل أو ضرباً من العبث .
- كما أن الخروج عن الدين مفسدة كبرى لذلك كان قتل المرتد أخف مفسدة من مفسدة الدين ولذلك فالضرر الأكبر يُدراً بالضرر الأخف⁵.

ب- حد الحراية :

يُقصد بالحراية / قيام نفر من الناس بمحاربة شرع الله والمجتمع الإسلامي والإعتداء عليه بالقتل ، أو أخذ المال ، أو إدخال الرعب في نفوس المسلمين دون سبب عدواناً وظلماً ، بإستعمال القوة بقطع الطريق عليهم ، وفي مكان لا يمكن نجاتهم أو إغايتهم فيه⁶.
شروط الحراية :

أ- أن يكون الفعل خارج المصر بحيث لا يمكن الغوث.

ب- أن يكون إرتكاب الفعل مع إستعمال السلاح .

ج- وأن يكون إرتكاب الفعل مجاهرة ويرى المالكية إن قتل الغيلة حراية وإقتحام الدار حراية أيضاً¹.

المرجع السابق نفسه 1.

صحيح البخاري - كتاب الجهاد والسير - (3017). مرجع سابق. 2.

محمد منير أدلي - قتل المرتد - الجريمة التي حرمها الإسلام - دار الأوتل - دمشق - ط. 2000 / للمزيد أنظر 3

(155). - أنظر الشيخ محمد البوزهره - العقوبة - دار الفكر العربي - القاهرة ص. (485)

(125) /. للمزيد يراجع القواعد الكبرى لسلطان العلماء العز بن عبدالسلام - ج - 1 / 19 - وأيضاً (51)

(92) /. أنظر الشيخ الطاهر بن عاشور تفسير التحرير والتنوير - مرجع سابق - (65)

عقوبة المحارب :

وردت عقوبة الحاربة في الآية الكريمة {إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تُقَطَّع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزي في الدنيا وفي الآخرة عذاب عظيم.} {المائدة - الآية (35)}. إذن جزاء المحارب حسب ماورد في الآية الكريمة كالتالي :

- (القتل أو الصلب أو القطع أو النفي من الأرض) .

وقد اختلف الفقهاء في عقوبة المحارب :

حيث رأى البعض: أن الإمام مخير في تقدير الجزاء المناسب على المحارب بغض النظر عن الجريمة فيجوز قتل من لم يقتل حداً ، إن أخاف السبيل ، وبث الرعب بين الناس وأشتهر ، أي حسب المصلحة التي يراها الحاكم و (أو) في الآية الكريمة تقتضي التخيير وهناك من رأى : أن الحاكم ليس مخيراً في توقيع الجزاء وأن (أو) هنا للترتيب وليس للتخيير ودليلهم أن العقوبة بدأت بالأشد فالأشد². والأرجح :

أن عقوبة الحاربة سببها الحاربة ذاتها ، أي الفساد في الأرض وهي تؤدي إلى إخافة الناس، وإرهابهم مما يجعلهم يعيشون في قلق، وأضطراب فينعدم الأمن في المجتمع وتتعطل مصالح الناس، وتشيع الفوضى كما هو حال بلادنا اليوم ،لذلك فعلى سلطة الدولة أن تتخير العقوبة الملائمة حسب المصلحة ، ومتى احتوت الحاربة على قتل فلا بد أن يقتل المحارب ، ويصادر حقه في الحياة فالله سبحانه وتعالى لا يشرع لنا إلا ما فيه (مصلحة) ولا ينهي إلا عما فيه (مفسدة) .

إن الأمن نعمة ، والناس محتاجون للتنقل طلباً للرزق ، وصلة الرحم، فإن لم يوجد أمن لهم ضاعت حقوقهم ، وهنا يتضح بجلاء خطورة هذه الجريمة وضررها ولذلك جعل الله سبحانه وتعالى عقوبة لها تتوافق مع خطورتها ، فالجاني لا بد أن يكون عبرة لغيره من ذوي النفوس المريضة التي تستبيح القتل وتعبث بحياة الناس³ .

ج- حد الزاني المحصن :

الزنا هو وطء مكلف فرج آدمي لا ملك له فيه بإتفاق تعمد⁴ .

حكمه : أنه فعل مُحَرَّم بالكتاب والسنة تحريماً قاطعاً قال تعالى {ولا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة ، و ساء سيلاً} الإسراء - الآية .32.

(474) مرجع سابق / . المغني لابن قدامة (112)

(477) مرجع سابق / (475) وأيضاً (12) المغني لابن قدامة (212)

د.مفتاح أغنية- محاضرات في حقوق الإنسان غير منشورة مرجع سابق ص. 43. 3.

أنظر شرح الزرقاني - ج.8 ص.74-75 مشار إليه لدى عبد الخالق النواوي- التشريع الجنائي في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي - دار الثقافة بيروت - ط.2- 1974 - ص.24. 4.

ومن السنة : مارواه أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (ثلاثة لا يكلمهم الله يوم القيامة ولا يزكهم . قال أبو معاوية- ولا ينظر إليهم ولهم عذاب أليم شيخ زانٍ وملك كذاب و عائل مستكبر).¹

*ولكن ما هو الإحصان :

يقصد بالإحصان إجتماع صفات الإسلام ، والعقل ، والبلوغ والحرية ، والوطء في عقد صحيح ، وحال جائز منها الوطء إذن إجتماع الصفات عن الشرع موجب للرجم متى توافرت الشروط والتي أهمها أن يكون الزاني متزوجاً².

العقوبة : يرى عامة الفقهاء إن عقوبة الزاني المحصن الرجم حتى الموت، وأستند الجمهور إلى ثبوت الرجم عن الرسول صلى الله عليه وسلم قولاً وفعلاً حيث أمر النبي برجم ماعز الاسلمي وكذلك المرأة الغامدية³.

*أدلة ثبوت جريمة الزنا :

نظراً لخطورة هذه الجريمة وشدة العقوبة المترتبة عليها فإنها تثبت بالآتي :

1- الإقرار : ويعني الإقرار بإرتكاب الجريمة وذكر الفعل بشكل صريح لايقبل التأويل ، وهذا الإقرار لا بد أن يصدر من المقر البالغ العاقل الذي يتصور منه الزنا ، وأن يكون علماً بتحريمه وأن يتكرر الإقرار منه أربع مرات لتأكيد الفعل وألا يرجع عن إقراره فإن رجع قبل رجوعه⁴.

2- شهادة الشهود : ويشترط فيها أن تكون متوافقة، وأن تكون بالتصريح ، لا بالكناية وأن يكون هؤلاء الشهود مسلمين عدولاً أحراراً ، بالغين ذكوراً، ويشترط حضورهم جميعاً في مجلس واحد ، وأشترط الفقهاء في المشهود عليه أن يكون ممن يتصور منه الزنا ، وأن يكون قادراً على دفع العقوبة⁵.

العقوبة :

عقوبة هذه الجريمة الرجم حتى الموت ، ويوكل تطبيق الحدود للإمام أو نائبه أما غيره فلا يجوز له ذلك درء للفتنة والفوضى⁶.

الحكمة من قتل الزاني المحصن :

قصد الشارع الحكيم من عقوبة الزنا ردع النفوس الجاحمة التي تنتهك حرمت الآخرين ، وتعتدي على أعراضهم، وتسبب في إفساد النسل، وإختلاط الأنساب خاصة وإن المحصن قد إستغنى عن الزنا بالزواج لأنه صار محصناً عن الوقوع في الآثام فزال عذره من جميع الوجوه في تخطي ذلك لمواقعة الحرام¹.

صحيح مسلم - كتاب الإيمان - رقم (107) . مرجع سابق.1

الكاساني-بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع- ت- محمد عدنان درويش- دار إحياء التراث العربي- بيروت-1997-ط1- (493/5)2

صحيح البخاري - كتاب الحدود - رقم (6824) . مرجع سابق. 3.

361./ / المعني لابن قدامة مرجع سابق (412)

5 المعني لابن قدامة مرجع سابق (365/12).

362./ / المعني لابن قدامة مرجع سابق(612)

ولخطورة لهذه الجريمة تطلّب الشرع ثبوتها بإقرار حر ، فلا تكون بمجرد الشك والريبة ما يجعل الإثبات عن طريق الشهود أمر بالغ الصعوبة فكانت العقوبة ردعاً لكل نفس جامحة تفلّتت من الوازع الديني ، والأخلاقي وسقطت في الحضيض .

فإذا كان الإعتداء في جريمة القتل يطال نفس واحدة ، فإن الإعتداء في جريمة الزنا يكون على أنفـس كثيرة ، كانت تتمنى أن تعيش حياة كريمة وسليمة لم تنلها بسبب هذه الجريمة البشعة وهذا ما يستوجب ردع النفوس الجامحة التي تفلّتت من كبح الوازع الديني لها².

المطلب الثاني : القيود والإستثناءات التي ترد على حق الحياة في القانون الوضعي .

جرّم القانون كما أشرنا سلفاً الأفعال التي تُلحق ضرراً بحياة الإنسان ، وقرر عقوبة طبقاً لجسامة الجريمة وطبيعة تهديدها لأمن المجتمع الإنساني ، وفي إطار التوازن بين مصلحة (المجتمع) ومصلحة (الفرد) حيث أوقع القانون عقوبة (الإعدام) على من تُشكّل حياته خطراً على المجتمع كما أنه نفى المسؤولية الجنائية والمدنية عن الجاني في حالة (الدفاع الشرعي) وهومانينيه على النحو التالي .

الفرع الأول : عقوبة الإعدام كقيد على حق الحياة :

ذكرنا أن عقوبة الإعدام تُؤدي إلى إزهاق روح المحكوم عليه بشكل قانوني ، وذلك إستثناءً من القانون نفسه الذي قرر حق الإنسان في الحياة ، ورأينا إختلاف الرأي بين (مؤيد) لعقوبة الإعدام و(معارض) لها وكان لكل طرف حججه من حيث طبيعة الحق في الحياة ، وكيفية الموازنة بين مصلحة الفرد ومصلحة المجتمع وكذلك العدالة في تطبيق هذه العقوبة وذلك على النحو الذي رأيناه سلفاً³.

وبحكم أن عقوبة الإعدام تمثل إزهاق روح المحكوم عليه فهي إذن عقوبة إستثنائية يصبح معها هذا الشخص خارج نطاق الحياة بلا رجعة ، وهي بذلك تمثل (قيد) على حق الحياة الذي قرّره الشرع والقانون ولكن لأن مصلحة (المجتمع) مقدمة على مصلحة (الفرد) كان لابد من معاقبة الجناة وتحقيق الردع العام وهذه العقوبة هي أيضاً بمثابة وسيلة يسعى القانون من خلالها إلى زرع الأمن والإستقرار داخل المجتمع وليس الهدف إعدام شخص ما أو إبعاده عن مجتمعه.

والقول بغير ذلك من خلال الإهتمام بالوسائل وإغفال المقاصد مردود ولايجد له أساساً في الواقع⁴ .

* دور الإتفاقيات الدولية في إلغاء عقوبة الإعدام :

إستجابة لنداء منظمة العفو الدولية بشأن إلغاء عقوبة الإعدام صدرت عدة إتفاقيات دولية ترمي لإلغاء عقوبة (الإعدام) وهي العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية والبرتوكول الاختياري الملحق به ، والإتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان والبرتوكول الخاص بإلغاء عقوبة الإعدام والبرتوكول الخاص رقم (6) الخاص

(372) /. أنظر أين القيم- إعلام الموقعين عن رب العالمين مرجع سابق. (12)

محمد أبوزهرة- مؤلفه - العقوبة - مرجع سابق - ص.78. راجع: الشيخ2

(52) من قانون العقوبات الليبي وكذلك المطلب السابق من هذا البحث /. أنظر المواد (317)

(www.amnesty.org) بتاريخ 2004/12/10، موقع المنظمة AFR أنظر الوثيقة الصادرة عن منظمة العفو الدولية تحت رقم(4.49/001/2004).

بالغاء عقوبة الإعدام الصادر عن دول مجلس أوروبا والبرتوكول رقم(13) الملحق بالاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان بالإضافة إلى إتفاقية حقوق الطفل ، والتي حظرت في المادة(37/أ) تطبيق عقوبة الإعدام على الأطفال الذين لم يتجاوز عمرهم الثامنة عشر¹ .

ولكن مامدى ضرورة الإبقاء على عقوبة الإعدام :

نرى من الضروري الإبقاء على عقوبة الإعدام للأسباب التالية :

1- إن القول بأن عقوبة الإعدام إنتهاك لحق الحياة صحيح كقاعدة عامة وكمبدأ إنساني وحقوقى ، ولكن ألا يجب أن يُعامل بالمثل من أنتهك هذا الحق حتى يرتدع وأن يزال من يُشكّل ضرراً على المجتمع من الوجود كما أزهق هو روح إنسان له الحق في الحياة؟

2- إن حق الحياة منحة إلهية ، مصدره الخالق عزّ وجل ، وهو الذي يُعطي ويأخذ متى شاء وكيف شاء ، فتحديد الجرائم التي يُعاقب عليها بالإعدام مستمدة من التشريع الإلهي كما رأينا .

3- إن إيقاع عقوبة الإعدام وسيلة حماية للمجتمع من كافة الجرائم وهذا المقصد النبيل هو مايجب أن تصل إليه العدالة والقانون².

الفرع الثاني : الدفاع الشرعي كإستثناء على حق الحياة .

تتكون الجريمة من (ركن مادي) ويتمثل في السلوك الإجرامي ، ونتيجة ضارة ورابطة سببية بين السلوك والنتيجة ، ومن (ركن معنوي) ويعني إنصراف إرادة الجاني إلى إرتكاب الجريمة مع علمه بتوافر أركانها ، وعند حدوث الجريمة غير العمدية كالخطأ والإهمال فتقوم الجريمة ولكن تعثرها أسباب إباحة يقرّها القانون في حالات محددة³.

ولكن ماذا يقصد بحق الدفاع الشرعي ؟

يعني الدفاع الشرعي حق المرء في الإلتجاء للقوة لدفع جريمة وشيكة الوقوع أو في مجرى تنفيذها .

والدفاع الشرعي/ هو من الأسباب التي(تُبيح) الفعل وترفع عنه صفة (التجريم)

وتجدر الإشارة إلى أن الهدف من تقرير الدفاع الشرعي ليس منح المجني عليه سلطة إيقاع العقوبة بنفسه أو الإنتقام لذاته ،ولكن الهدف هو حماية حق الإنسان في نفسه أو ماله أو عرضه من الخطر الذي يتهدد به بما يحول دون إرتكاب الجريمة أو التماذي فيها ، فهو أداء الواجب متى عجزت السلطة العامة في الدولة عن حمايته في الوقت نفسه .

شروط الدفاع الشرعي :

يشترط لتوفر حالة الدفاع الشرعي في القانون الليبي والمقارن شرطان :

نقول إحصائية صادرة عن منظمة العفو الدولية : إن هناك(84) دولة ألغت عقوبة الإعدام كلية وأن هناك (12) دولة أبقت عليها في بعض الجرائم كجرائم الحرب وهناك (24) دولة ألغت عقوبة الإعدام 1

www/amnesty.org عملياً فهي موجودة في القانون لكنها لا تنفذ وهناك (76) دولة لازالت تنفذ هذه العقوبة . للمزيد أنظر موقع منظمة العفو الدولية شبكة المعلومات الدولية

زياد علي- عقوبة الإعدام بين الإبقاء والإلغاء - جمعية الدعوة الإسلامية-ط.1 - طرابلس- ليبيا- 1989- ص.12. / للمزيد حول عقوبة الإعدام بين الإبقاء والإلغاء أنظر 2

(40) 1/. منشورات الدار الجماهير للنشر والتوزيع والإعلان - طرابلس- ط.2- 2003- ص (23/ أنظر. محمد رمضان بارة - قانون العقوبات الليبي - القسم الخاص ج3

1- أن يوجد إعتداء أو خطر إعتداء بفعل يعد جريمة على النفس أو المال سواء كان هذا الخطر حقيقياً أو وهمياً .

2- أن يكون الإعتداء حالاً فلا توجد فرصة لإبلاغ السلطات العامة بأي حال وبالتالي فحالة الخطر الداهم الحال هي التي تُبيح الدفاع الشرعي .

إذن بتوافرهذين الشرطين / ينشأ الحق للإنسان في دفع الجريمة بالقوة ويكون فعله هنا مباحاً فلا (جريمة) ولعل أهم ما يتطلبه القانون إضافة إلى مبدأ حسن النية ضرورة التناسب بين مقدار القوة التي تستعمل للدفاع ومقدار الإعتداء بسبب إستعمالها¹.

الجرائم التي يكون فيها الدفاع الشرعي :

هذه الجرائم إما أن تكون إعتداء على (النفس) كجرائم القتل المتعمد وجرائم الضرب ، والجرح ، وجرائم الإعتداء على (المال) وهي التي ترتكب ضد الأموال كالسرقة ، والإتلاف ، وإشعال الحرائق ولاعبرة هنا بجسامة العدوان فيستوي العدوان الجسيم والبسيط متى تحقق العدوان وتوافرت شروطه .

إن قيام المجني عليه بالدفاع ضد الخطر الذي يتهدهده يستوجب توفر شرطان

أولهما: أن يكون الدفاع (لزاماً) أي ليست أمام المعتدي عليه وسيلة أخرى لدفع الإعتداء إلا بإستعمال القوة فلا يمكن التخلص من الخطر بغير هذا الفعل وأن يتجه فعل الدفاع إلى مصدر الخطر للتخلص منه . ثانيهما : أن يكون الدفاع (متناسباً) مع جسامة الضرر وهذا الأمر نسبي يتم فيه الرجوع لكل واقعة على حدة ، لتقدير مدى التناسب بين فعل المدافع ، وفعل المعتدي وهنا لا يمكن القول بالتماثل التام بين الإعتداء والدفاع بل يكفي أن يكون هناك تناسب بينهما².

أثر الدفاع الشرعي :

ينتج الدفاع الشرعي أثراً هاماً حيث يجعل الفعل المرتكب مباحاً ويصبح مشروعاً فلا تقوم من أجله أية مسؤولية سواء (جنائية) أو (مدنية) وإن تجاوز الفعل شرط التناسب مع جسامة الخطر، بأن حدث تجاوز في القوة المستعملة من المعتدي عليه فإنه يُسأل عن التجاوز ، ويخرج من دائرة (الإباحة) إلى (التجريم) مع إستفادته من الأعذار المخففة للعقوبة³ .

وبالتالي "إن الدفاع الشرعي وفقاً للمادة (70) من قانون العقوبات الليبي يُبيح رد كل إعتداء يُعد جريمة يقع أضراراً بالمدافع أو بغيره ويكون حالاً ، أو وشيك الوقوع ولا يكون في الإمكان توقيه بالإحتماء برجال السلطة العامة في الوقت المناسب"⁴.

د. عبد الخالق النواوي - التشريع الجنائي - مرجع سابق - ص 297.

(73) من قانون العقوبات الليبي . مرجع سابق / أنظر المواد (270)

(18) ق.م.ع- عدد 1. س. 8-1971- ص. 227/ (16) ق.م.ع- عدد 1. س. 7-1970- ص. 197- وأيضاً طعن جنائي رقم (17) طعن جنائي رقم (317)

(22) ق.م.ع- عدد (2) س. 13-1977- ص. 216 / طعن جنائي رقم (4165)

فإن كان في وسعه درء الإعتداء بأفعال أقل جسامة ، فالقصد الجنائي لا ينتفي للغلط في الإباحة ويكون مسئولاً عن الجريمة العمدية التي ارتكبها وبالتالي لا يستفيد من حالة العذر المنصوص عليها في المادة(73) عقوبات ليبي¹ .

الخاتمة

نخلص مما سبق إن حق الحياة أو حفظ النفس هو حق مقرر في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، لا يمكن المساس به لأنه هبة ربانية، ومنحة إلهية، فالشريعة الإسلامية أحاطته بسياس من الضمانات التي تحرم المساس بالحياة الإنسانية، وهو من أعظم المقاصد التي ينبغي المحافظة عليها فلا تجوز مصادره ، إلا في حالات محدّدة ومحصورة .

ويتميز حق الحياة أو حفظ النفس في الشريعة الإسلامية بأنه يأتي ضمن المقاصد الكلية لها أي من الضرورات الخمس (الدين- النفس- العقل- المال) فالمقصد العام للشريعة حفظ نظام الأمة وأستدامة صلاحه بصلاح الأمة وهي وإن كانت من مقصد الشريعة (حق) ظاهري للإنسان فإن هذا الحق يقابله (واجب) متمثل في إحترام هذا الحق وعدم المساس به .

حيث سعت الشريعة الإسلامية إلى الحفاظ على حق الحياة بشئى السبل لأنها مقصدها العام هو عمارة الأرض ، وحفظ نظام التعايش فيها، وإستمرار صلاحها على العدل والإستقامة، حيث ركزت الشريعة الغرّاء على الوازع الديني الذي يستوجب الإمتناع عن كل ما يسبب ضرراً للنفس وشُرعت لذلك أحكام عامة وقواعد أصولية وفقهية أما القيود التي ترد على هذا الحق في الشريعة الإسلامية فهي ذات مصدر إلهي، وليست من صنع البشر، وهي شُرعت لحفظ الحياة حتى ربطت القصاص بالحياة والحفظ لا يكون بالقصاص فقط ولكن يكون قبل فوات النفس بالإبتعاد عن كل ما يسببها لأكأ، أو عاهة، أو يهدر كرامة الإنسان وأن القصاص والدية بمثابة جبر لفوات مصلحة النفس والجسد لكن حق الله سبحانه وتعالى قد فات.

أما القانون الوضعي :فهو يعترف كذلك بأن مصدر حق الحياة إلهي وجرم بذلك أي إعتداء عليه وإن كانت القوانين تعتبره في الأغلب كسائر الحقوق الأخرى وترجع مصدره للقانون الطبيعي فنصّت الدساتير على حمايته و تولّت التشريعات وضع قواعد التجريم والعقاب وصدرت بذلك الإتفاقيات والمعاهدات الدولية التي تؤكد عدم المساس بهذا الحق .

(35) ق.م.ع-عدد-(3:4) س(26)-1990- ص. 241 / (28) ق.م.ع-عدد-(4) س-21-1985-ص-116-117، وكذلك طعن جنائي رقم (609) / طعن جنائي رقم (1108)

إن كلا من الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي متفقان على أن الحياة ليست من صنع الإنسان ويسعى كلاهما إلى حمايته وتجريم المساس بكرامته وأن هذا الحق لا يصادر إلا في أحوال مخصوصة وذلك لا يعد جريمة .

وتتميز الشريعة الإسلامية بالوازع الديني كرادع بينما يركز الرادع في القانون الوضعي على أجهزة الدولة ، وإذ تلاحظ إن الشريعة تتضمن أحكاماً عامة وقواعد فقهية فإن القانون الوضعي لا بد وأن ينص على تجريم كل واقعة تعد جريمة ويحدد لها عقوبة مناسبة.

إننا بحاجة أكثر من أي وقت مضى إلى سبر أغوار قواعد شريعتنا الإسلامية والبحث في مقاصدها ، وتفعيل أحكامها حتى يعيش الإنسان في كرامة وحرية فمن المؤسف حقاً أن نرى أكثر حالات الانتهاك الجسيم والإعتداء على حق الحياة في البلاد الإسلامية التي تشرفت بأعظم شريعة خاتمة للأديان ، مما يتطلب أن تكون هذه الشريعة هي الأساس لأي تشريع وأن ما يعارضها لاغياً أياً كان مصدره ، وهكذا يتضح لنا أن حق الحياة أو حفظ النفس وديعة الخالق في الإنسان وليست ملكاً له فليس للإنسان نفسه أن يعتدي حتى على حياته بالإتلاف والضرر.

والله من وراء القصد

قائمة المراجع

أولاً: القرآن الكريم .

ثانياً : المراجع والمؤلفات العامة:

- 1- ابن قيم الجوزية- إعلام الموقعين عن رب العالمين- ت - أحمد عبد السلام الزعي - دار الارقم - بيروت- ط . 1 . 1997.
- 2- ابن قدامة - المغني - ت- عبد الله التركي - دار هجر القاهرة - 1989 .
- 3- صحيح البخاري - طبعة جديدة - دار الكتب العلمية - بيروت - 1992.
- 4- صحيح مسلم - ت- مصطفى البغا- دار العلوم الإنسانية - دمشق - 1997 .
- 5- الشاطبي- الموافقات في أصول الشريعة- ت - عبدالله دراز- دار الكتب العلمية - بيروت.
- 6-الكاساني- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - ت- محمد درويش- دار احياء التراث العربي- بيروت-1997-ط.1.
- 7-حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - محمد عرفه الدسوقي- دار أحياء الكتب العربية.
- 8- - أحمد الريسوني- الفكر المقاصدي قواعده وفوائده - دار الهادي- بيروت- 2003.
- 9-الطاهر بن عاشور - مقاصد الشريعة الإسلامية - ت- محمد الطاهر العيساوي - دار النفائس - عمان - 1 . 2001.
- 10-الطاهر بن عاشور - تفسير التحرير والتنوير- مؤسسة التاريخ - بيروت . ط.1. 2000.
- 11-- زياد علي - عقوبة الإعدام بين الإبقاء والإلغاء - جمعية الدعوة - طرابلس - 1989.
- 12-عبد العزيز العشراوي- أبحاث في القانون الجنائي الدولي - دارحومة- الجزائر- 2006.
- 13-عبدالرحمن الكيلاني - قواعد المقاصد الشاطبي - دار الفكر - دمشق - 2000.
- 14-عبد الحميد متولي - الوسيط في القانون الدستوري- دار الطالب - الإسكندرية - 1956
- 15-عبد الخالق النوي - التشريع الجنائي في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي - دار الثقافة- 1974. ط.2.
- 16-عبد الوهاب حومد- القتل بدافع الشفقة مجلة عالم الفكر- عدد.4. 1973.
- 17-علال الفاسي - مقاصد الشريعة ومكارمها - مكتبة الوحدة - الدار البيضاء .
- 18-- غسان رباح - عقوبة الإعدام حل أم مشكلة - مؤسسة نوفل . 1987.
- 19-فتحي سرور- الحماية الدستورية للحقوق والحريات- دارالشرق- القاهرة. ط.1. 1999.
- 20-محمد يوسف علوان - محمد خليل موسى - القانون الدولي لحقوق الإنسان - دار الثقافة للنشر- ط. 1 - 2005 . 21- محمد سعيد البوطي - ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية- مكتبة رحاب- الجزائر.

- 22- محمد سعيد عبداللطيف - القصاص في الشريعة الإسلامية - دار التراث - القاهرة .
 23- محمد رمضان بارة - قانون العقوبات الليبي ج/1- الدار الجامهير - ط.2-2005.

ثالثاً - الدساتير والإعلانات الدولية:

- الدستور الليبي 1951.
- الإعلان الدستور الليبي المؤقت 1969.
- الإعلان الدستوري الليبي المؤقت 2011.
- قانون العقوبات الليبي 1956 .
- قانون الإجراءات الجنائية الليبي 1965.
- ميثاق الأمم المتحدة 1945.
- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948.
- العهد الدولي للحقوق المدنية و السياسية 1966.
- العهد الدولي للحقوق الإقتصادية والإجتماعية والثقافية 1966.
- نظام روما الأساسي لمحكمة الجنايات الدولية 1998.

الخطبة والآثار الشرعية المترتبة عليها

موسى مفتاح بشابش

محاضر / جامعة الزيتونة

مُتَكَلِّمًا

إن الحمد لله نحمده ، ونستعينه ونستغفره ، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا ، من يهده الله فلا مضل له ، ومن يضلل فلا هادي له ، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له ، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله ، بلغ الرسالة ، وأدى الأمانة ، ونصح الأمة ، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه ، ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين .

وبعد

فإن الله عز وجل شرع النكاح لحفظ النوع الإنساني ، قال تعالى : ﴿ يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منهما رجالاً كثيراً ونساءً واتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام إن الله كان عليكم رقيباً ﴾ (1).

فالزواج هو المنشئ للأسرة ، والأسرة هي الوحدة الأولى لبناء المجتمع ، ولهذا اهتم به الشرع الإسلامي وأحاطه بسياسات من المواثيق والعهود في جميع مراحلها .

قال تعالى : ﴿ فانكحوهن بإذن أهلن وأتوهن أجورهن بالمعروف محصنات غير مسافحات ولا متخذات أخدان ﴾ (2) وقال تعالى : ﴿ وأخذن منكم ميثاقاً غليظاً ﴾ (3) ، وقال تعالى : ﴿ وعاشروهن بالمعروف ﴾ (4) ، وقال تعالى : ﴿ ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو أكننتم في أنفسكم علم الله أنكم ستذكرونهن ولكن لا تواعدوهن سرا إلا تقولوا قولاً معروفاً ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله . واعلموا أن الله يعلم ما في أنفسكم فاحذروه واعلموا أن الله غفور حلیم ﴾ (5).

كما أنه من العقود المستمرة غير المقيدة بزمان ، وليس المقصود منه مجرد الاستمتاع ، بل تكوين الأسرة ، والتوالد والتناسل ودوام العشرة بين الزوجين ، واشتراكهما وتعاونهما في الحياة وتربية الأولاد .

وقد تميز عقد الزواج عن بقية العقود بأن له مقدمات خاصة به لعظم شأنه ، ومنزلته السامية ، ومكانته المرموقة ، فهو عقد الحياة الإنسانية ما بقى الزوجان على قيد الحياة .

وتتمثل هذه المقدمات في الخطبة ، ليتبين لكل من المتعاقدين مدى رغبته ، وتحقيق مطالبه في العقد ، فإذا تلاقت الرغبات أقدم كل واحد منهما على العقد بكامل إرادته ، فالخطبة هي طلب الزواج بالمرأة ، وإظهار الرغبة في ذلك ، بحيث لا يحتمل الطلب غير الخطبة .

(1) النساء آية 1 .

(2) النساء آية 25 .

(3) النساء آية 21 .

(4) النساء آية 19 .

(5) البقرة آية 235 .

فالمخاطب إذا أقدم على خطبة امرأة وجب عليه أن يراعي شروطاً. منها أن تكون المرأة محللة له ، فلا تحرم عليه حرمة مؤبدة أو مؤقتة ، كذلك ألا تكون المرأة مخطوبة ، أي تكون خالية ، فإذا توافرت هذه الشروط في المرأة جاز للمخاطب أن يتقدم لخطبتها. وعليه أن يراعي عند خطبة المرأة أن تكون من بيت صالح متدين ، فلا يخطبها لجمالها أو مالها أو جاهها ، ويهمل ناحية الخلق والدين ، لئلا تكون الزوجة مبعث ريته وشقائه ، ولكن ليس معنى ذلك أن تكون الزوجة دميمة أو قبيحة المنظر ، ولكن خير الأمور الوسط فالأفضل أن تكون مع جمالها متحلية بالخلق الكريم .

ومن الأشياء المستحسنة التي على المخاطب أن يراعيها عند اختيار المرأة أيضاً أن تكون بكرّاً ولوداً ، لأن الأبكار تتوثق بمن الصلات وتدوم معهن العشرة ، فقد روى عن أنس بن مالك أن النبي ﷺ قال ((تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة)) (1). وأيضاً ما روى عن جابر بن عبد الله أن النبي ﷺ قال له جابر : تزوجت بكرّاً أم ثيباً ؟ قال ثيباً ، فقال الرسول ﷺ : هلا تزوجت بكرّاً تلاعبها وتلاعبك)) (2).

كذلك من الأفضل ألا تكون المرأة قريبة للمخاطب ، لأن ذلك يؤدي إلي ضعف النسل ، والفتور بين الزوجين ، ولأن التزوج بالبعيدة يكون فيه نجابة الأولاد ، وقوة أبدانهم ، فقد روى أن عمر بن الخطاب رضی الله عنه قال لبني سائب : قد ضويتهم فانكحوا الغرائب .

فإذا أخذ المخاطب بكل هذه الشروط سواء أكانت واجبة أو مستحسنة من الأفضل أن يفعل الاستخارة ، سواء أكان في الخطبة أو في أي أمر من الأمور ، لأنها من الأمور المستحبة ، وقد بين لنا الرسول ﷺ كيفية الاستخارة ، والسبب فيها هو أن الإقدام على الخطبة ليس بالأمر السهل ، فكون المخاطب يختار شريكة حياته وأم أولاده ، وصاحبة طيلة حياته ، فعليه أن يفكر أكثر من مرة في اختيارها ، وهذا الأمر ليس خاص بالرجل فقط ، فالمرأة عند عرض هذا الأمر عليها من الأفضل تستخير الله عز وجل في هذا الأمر ، كما يحق لها أن تختار الرجل الصالح ذا الدين الذي يحافظ عليها ، وبه تكون المودة والألفة والسكن ، قال تعالى ﴿ ومن آياته أن خلق من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة ، إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون ﴾ (1).

فمع استقرار رأي المخاطب إلي امرأة معينة ، وأراد الارتباط بها يجوز له شرعاً أن ينظر إليها لكي يقدم على العقد إن أعجبه أو يحجم إن لم توافقه ، لأن النظر من أسباب دوام الألفة والوفاق ، وقد أشار

(1) نبيال الأوطار ج 6 ص 119 سنن ابن ماجه ج 1 ص 597 .

(2) نبيال الأوطار ج 6 ص 118 سنن النسائي ج 6 ص 68 .

(1) سورة الروم آية 21 .

إلى ذلك الرسول ﷺ فيما روى أن المغيرة بن شعبه خطب امرأة فسأله رسول الله ﷺ هل نظرت إليها ؟ قال : لا ، فقال له عليه الصلاة والسلام : أنظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما)) (2).

وللنظر أهمية حيث به يعرف جمال الخلقة وجمال الجسم ، ولون المرأة ، وطولها وقصرها ، أما معرفة حسن السيرة والتدين فهذا يكون بالتحري والبحث ، وهذا هو المراد من الاستشارة عند الخطبة ، فالمستشير رجلاً كان أو امرأة يجب أن يكون أميناً في نقل الصورة كاملة للجانبين دون تزييف أو نفاق ، بل يعمل بما فيه من مصلحة الخاطب والمخطوبة .

فمع إقرار الشرع الإسلامي لوساطة المستشار في الخطبة ، إلا أنه قد وجد من زمن قريب ، وفي يومنا هذا في بعض المناطق ما يسمى بـ ((الخاطبة)) في صورتها التي تقبح الحسن ، وتحسن القبيح ، حيث تقوم بدور الوسيط بين الزوجين ، فتقدم كل منهما صفات الآخر بما يوافق مزاجها أن صدقاً وأن كذباً رغبة في الحصول على ماتنشده من ربح ، فهذه الصورة لا يقرها الإسلام ، لأن الزواج الذي يتم بهذه الصورة لا يدوم لأن فيه غش وتدليس .

وكان الزواج الذي يتم عن طريق الإنترنت والصور ، والنشر في الصحف المحلية في باب اريد عريساً وغيره مما هو موجود في يومنا هذا كثيراً ما يفشل ، لفقده المقدمات التي يكون بها الوفاق والوئام والاستقرار ، فمعرفة كل من الخاطبين للآخر بنظر والبحث والتحري في دوام العشرة بينهما .

ولذا يباح للمرأة أيضاً النظر إلى من يريد خطبته ، لأنها صاحبة الحق في قبول الخطبة ورفضها ، كما أنها يعجبها من الرجل ما يعجب الرجل منه ، ولهذا قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه ((لا تزوجوا بناتكم من الرجل الدميم فإنه يعجبهن منهم ما يعجبهم منهن)) (1).

ومع إباحة النظر لكل من الخاطب والمخطوبة إلا أنهما لا يحق لهما الخلوة دون وجود محرم ، لأن كل منهما أجنبي بالنسبة للآخر ، وذلك لما روى عن جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال : ((من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يخلون بامرأة ليس معها ذو محرم منها ، فإن ثالثهما الشيطان)) (2).

كما أن الخطبة ليست إلا مجرد وعد بالزواج ، لأنها إذا تمت واستوفت شرائطها اللازمة ، ووافقت المخطوبة أو من له حق الموافقة فلا تعتبر زواجاً ، ولا يترتب عليها أحكام الزواج لأنها مجرد وعد بالزواج ومقدمة من مقدماته .

ومن هنا كان اختياري لموضوع البحث وعنوانه (الخطبة والآثار الشرعية المترتبة عليها) .

فمع بيان الجوانب الشرعية للخطبة وما يباح وما لا يباح أردت إبراز هذا خاصة في يومنا هذا ، الذي أبيض فيه ما لا يحل من تهاون بعض الأسر ، فبمجرد قراءة الفاتحة والاتفاق على المهر يتكون بناقن ليل

(2) نبيل الأوطار ج 6 ص 124 وسبل السلام ج 3 ص 241 ، وأعلام الموقعين ج 4 ص 339

(1) المجموع ج 17 ص 289 .

(2) نبيل الأوطار ج 6 ص 126 .

نمار مع هذا الشخص الأجنبي عنها بحجة أنه خطيبها ، وقد نتج عن ذلك أن تعرضت المرأة لضياع شرفها ، وفساد عفتها ، وإهدار كرامتها .

وعلى النقيض من ذلك أسر أخرى جامدة لا تسمح للخطاب أن يرى من يريد خطبتها إلا بعد العقد عليها وهنا تكون الصدمة لكل منهما ، فيترتب عليه الشقاق والخلاف ، وانتهاء الحياة الزوجية بينهما .
والواجب علينا ألا نكون مع هذا ولا ذاك ، بل علينا أن نلتزم بشرعنا الحنيف ، الذي فيه حفاظ على كرامة المرأة وعفافها ، وتكون في منزلة عالية عند زوجها إذا تمسكت بشرع ربها .

وقسمت هذا البحث وعنوانه (الخطبة والآثار الشرعية المترتبة عليها) إلى مقدمة وأربعة مباحث.

المبحث الأول : في التعريف بالخطبة وحكمها ومشروعيتها .

المبحث الثاني : في شروط المخطوبة .

المبحث الثالث : ما يباح عند الخطبة .

المبحث الرابع : في ما يباح النظر إليه عند الخطبة .

وكل مبحث من هذه المباحث اشتمل على مطالب ، والمطالب إلى فروع ، حسب مقتضيات كل مسألة.

وفي جمعي لهذا البحث حاولت تتبع المصادر الفقهية فجمعت منها ما يتعلق بالخطبة وآثارها الشرعية في كتب الفقهية ، وكذا كتب السنة المشهورة فيما يخص تخريج الأحاديث وما احتوته فيما يخص جزئيات هذا البحث .

ثم ذيلت هذا البحث بخاتمة تضمنت ملخصاً لكل ما تضمنه .

المبحث الأول

تعريف الخطبة وحكمها وأدلة مشروعيتها

المطلب الأول : تعريف الخطبة

في هذا المطلب بيان لتعريف الخطبة في اللغة والاصطلاح :

أولاً : تعريف الخطبة في اللغة :

الخطبة بالكسر مأخوذة من خطب المرأة يخطبها وخطبة أي طلب المرأة للزواج⁽¹⁾.

قال الجوهري : والخطيب الخاطب والمرأة المخطوبة⁽²⁾.

(1) انظر المعجم الوسيط ج 1 ص 243 - مادة خطبة .

(2) انظر الجوهري ج 1 ص 121 - مادة خطبة .

والخطبُ : الذي يخطب المرأة ، وهي خطبةُ التي يخطبُها ، والجمع أخطابُ ، والعرب تقول : فلان خطبُ فلانة رذا كان يخطبُها ، ويقول الخاطبُ : خطبُ ، فيقول المخطوبُ إليهم: نكحُ ، وهي كلمة كانت العرب تتزوج بها (3).

ثانياً : تعريف الخطبة في الاصطلاح :

عرف الفقهاء الخطبة بتعريفات منها :

1. أنها التماس الخاطب النكاح من جهة المخطوبة (4).

2. أنها عبارة عن استدعاء النكاح وما يجري من المجاورة (5).

3. أنها خطبة الرجل المرأة لينكحها (6).

بالنظر إلى هذه التعاريف نجد أنها تؤدي معنى واحداً وهو طلب المرأة للزواج ، فالخطبة ليست عقداً بين الخاطب والمخطوبة أو وليها ، وإنما هي مجرد طلب الزواج ، وبناء عليه يتعرف كل من الخاطب والمخطوبة على خلق و كل واحد من الأسرتين ودينه وأصله ، فهي مقدمة ليتعرف كل واحد منهما على أحوال الآخر ، قال النبي ﷺ : ((إذا خطب إليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه ، إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد عريض)) (1).

وأيضاً أن رسول الله ﷺ قال : ((الدنيا متاع وخير متاعها المرأة الصالحة)) (2).

فالغرض من الخطبة هي التعرف على كل من الخاطب والمخطوبة ، ويترتب عليه عقد الزواج الذي به المودة والسكينة والألفة والمحبة بين الزوجين .

المطلب الثاني

حكم الخطبة ودليلها

1. حكم الخطبة :

الخطبة من مقدمات الزواج ، وقد شرعها الله عز وجل قبل الارتباط بعقد الزوجية ، كي يتعرف كل من الزوجين على صاحبه ، ويكون الإقدام على الزواج على هدى وبصيرة .

فالخطبة مباحة ، وقال الشافعي والغزالي إنها مستحبة ، وقيل هي كالنكاح ، إذ الوسائل كالقاصد (1).

(3) لسان العرب لابن منظور ج 1 ص 855 - مادة خطبة

(4) مغنى المحتاج ج 3 ص 135 وبلغه السالك ج 1 ص 349 .

(5) مواهب الجليل ج 5 ص 25 .

(6) المغنى والشرح الكبير ج 7 ص 520 .

(1) سنن البيهقي ج 7 ص 147 .

(2) سنن البيهقي ج 7 ص 148 .

فالقول باستحبابها يتفق مع مشروعيتها من القرآن الكريم والسنة المطهرة ، فقد وردت الآيات التي تدل على مشروعية الخطبة والتي يتبين من خلالها جواز التعريض بالخطبة للمعتدة لا التصريح وكذا ما سنه المصطفى ﷺ ، إذ الميل النفسي له اعتبار في إرشادات المشرع الحكيم.

2. الدليل على مشروعيتها

أولاً : القرآن الكريم

قال تعالى : ﴿ ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو أكننتم في أنفسكم علم الله أنكم ستذكروهن ، ولكن لا تواعدوهن سراً إلا أن تقولوا قولاً معروفاً ﴾ (2).

في هذه الآية الكريمة حرم الله عز وجل النكاح في العدة ، وأوجب التريص على الزوجة ، وقد علم سبحانه أن الخلق لا يستطيعون الصبر عن ذكر النكاح والتكلم فيه ، فأذن في التصريح بذلك مع جميع الخلق ، وأذن في ذكر ذلك بالتعريض مع العاقد له ، وهو المرأة أو الولي ، والمراد بالتعريض هو القول المفهوم لمقصود الشيء ، وليس بنص فيه (3).

قال مجاهد وطاوس وعكرمة وسعيد بن جبيرة وإبراهيم النخعي والشعبي والحسن وقتادة والزهري ويزيد بن قسيط ومقاتل بن حيان والقاسم بن محمد وغير واحد من السلف والأئمة أنه يجوز التعريض للمتوفى عنها زوجها من غير تصريح لها بالخطبة وكذا المطلقة المبتوتة ، ويؤكد هذا ما قاله ﷺ لفاطمة بنت قيس حين طلقها زوجها أبو عمرو ابن حفص آخر ثلاث تطليقات فأمرها أن تعتد في بيت ابن أم مكتوم وقال لها فإذا حللت فأذيتني فلما حلت خطب عليها أسامة بن زيد مولاه فزوجها إياه .

ثانياً : من السنة :

1- ماروي عن أنس ((أن النبي ﷺ كان يأمر بالبائة وينهى عن التبتل نهيّاً شديداً ويقول : تزوجوا الودود والولود ، فإني مكاثر بكم الأنبياء يوم القيامة)) (1).

2- وعن جابر أن النبي ﷺ قال ((إن المرأة تنكح على دينها ومالها وجمالها ، فعليك بذات الدين تربت يداك)) (2).

3- عن المغيرة بن شعبه ((أنه خطب امرأة ، فقال النبي ﷺ انظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما)) (3).

(1) مغنى المحتاج جـ 3 ص 135 وإحياء علوم الدين جـ 3 ص 153 .

(2) سورة البقرة آية 235 .

(3) أحكام القرآن لابن العربي جـ 1 ص 285 .

(1) تفسير ابن كثير جـ 1 ص 286 .

(2) نيل الأوطار جـ 6 ص 119 .

(3) نيل الأوطار جـ 6 ص 124 وسبل السلام جـ 3 ص 241 .

4- وعن جابر قال : سمعت النبي ﷺ يقول : ((وإذا خطب أحدكم امرأة فقد أن يرى منها بعض ما يدعوها إلى نكاحها فليفعل)) (4).

5- وعن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال : ((لا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك)) (5).

6- وعن جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال : ((من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يخلون بامرأة ليس معها ذو محرم منها ، فإن ثالثهما الشيطان)) (6).

فجملة هذه الأحاديث تؤكد مشروعية الخطبة ، وأنها من مقدمات الزواج ، فاختيار صاحبة الدين والظفر بها يؤكد اعتصام الزوجين بأهداب الفضيلة ، واستمساكها بعروة الدين وكل هذا سيوحد ميولهما العامة وأهدافهما ورغباتهما .

كما أن رؤية كل منهما للآخر يجعل المودة بينهما أدوم ، لأن كلا منهما يقدم على بصيرة وبينة ، كما أن كلا من الزوجين إذا لم ير صاحبه ينصرف خياله إلى شتى الاتجاهات ، ما حسن منها أو ساء ، فإذا عرف شريكه استقر خياله وارتبط بهذا الشخص المحدد ، مما يجعل عواطفه نحوه في نمو متزايد .

المطلب الثالث

الحكمة من مشروعية الخطبة

إن في تشريع الخطبة لحكم عظيمة ، حيث فيها إعطاء فرصة كافية للمرأة وأهلها وأوليائها للسؤال عن الخاطب ، والتعرف على ما يهم المرأة وأهلها وأوليائهم معرفته من خصال الخاطب مثل : تدينه ، وأخلاقه ، وسيرته ، ونحو ذلك .

كما أن فيها فرصة للخاطب ليعرف عن المرأة ما لم يعرفه عنها قبل الخطبة ، ذلك أن الرجل وإن قام عادة وغالباً بالسؤال عن المرأة وأهلها ، فإنه قد يفوته شيء عن المرأة وأخلاقها وطباعها ، وأخلاق وطباع أهلها ، فإذا قام بخطبتها عن طريق إرسال بعض أهله ، ويكونون عادة من النساء ، فقد يعرفون من المرأة وأهلها ما لم يعرفه الخاطب منها ومنهم ، وقد يؤدي ذلك كله من قبله ، أو من قبل المرأة وأهلها إلى عدم المضي بإجراء عقد النكاح فيرجع الخاطب عن خطبته ، أو ترفض المرأة ، أو أهلها وأوليائها قبول خطبة الخاطب .

ففي التمهيد لعقد النكاح بالخطبة إظهاراً وإعلاناً لأهمية هذا العقد ، وإشراك أهل المرأة فيه بالتحري عن الخاطب .

(4) نيل الأوطار جـ 6 ص 125 وسبل السلام جـ 3 ص 241 وسنن البيهقي جـ 7 ص 147 .

(5) نيل الأوطار جـ 6 ص 121 وصحيح مسلم جـ 9 ص 198 .

(6) نيل الأوطار جـ 6 ص 126 .

والذي يجب التأكيد عليه أن المرأة في أثناء فترة الخطبة أجنبية عن الرجل ولهذا يحرم أن يختلي بها أو يسافر وحده معها ، وإنما يجوز له أن يقابلها في حضور أهل المرأة ومحارمها ، وهذا هو المسلك السليم للإسلام ، حيث وقف موقفاً وسطاً فلم يقف مع المغالين الذين جحدوا فمنعوا أن يرى الخاطب مخطوبته مطلقاً ، وجعلوه يعتمد في ذلك على الوصف فقد يبالغن بالذم فيها وقد يرضاهما إذا رآها ، ويبالغن في المدح أحياناً فيتخيل من صورتها ما يوحي به الخيال ثم إذا رآها بعد ذلك كانت دون على غير ما تخيلها ، وقد يسبب ذلك نفرة قد تلازم الحياة الزوجية ، وربما لو رآها ابتداء لارتضاها .

ولم يقف الإسلام مع الذين أسرفوا على أنفسهم ففتحو الباب على مصراعيه للشباب والشابات وما يسمونه بالصدقة بين الجنسين ، وإباحة ماهو محرم بينهما قبل الزواج بدعوى اختيار كل منهما لصاحبه ، وهذا أمر مدمر لهما وللمجتمع ، وليس هناك أقوى من شهادة الواقع والإحصاءات ، وما آلت إليه هذه العلاقة من تدمير للأسرة والمجتمع ، فالإسلام لا يمنع من النظر ولكن لا يترك الحبل على الغارب للشباب والشابات في مرحلة تتصف بقلة الخبرة ، وعدم إدراك النتائج .

فشرعت الخطبة على أصول ومبادئ تكفل بناء أسرة سعيدة ، وإدواء غريزة فطرية على نحو من السمو والاعتدال والفضيلة ، حتى تتابع الإنسانية جيلاً بعد جيل ، ويستطيع الإنسان أن ينهض برسالته ومسؤوليته ، ويحقق معنى خلافة الله في الأرض على نحو سليم ولغاية مقدسة .

فالهدف من الخطبة هو : تيسير سبل التعارف بين الخاطب والمخطوبة وبه يتم الزواج بعد بحث وروية واطمئنان ، وكذلك تنمية المودة بين الخاطب والمخطوبة ، حيث يتصرف كل من الخاطب والمخطوبة بحذر في فترة الخطبة ، ففي هذه الفترة يزيد الود بينهما فيكون له الأثر الطيب في الزواج ، كما أن الهدف منها الاستقرار النفسي ، فالخطبة تربط بين الخاطب والمخطوبة برباط تمهيدي يمكن كل منهما من الاطمئنان على زواجه مستقبلاً من الطرف الآخر (1).

المطلب الرابع

ما يستحب عند الخطبة

الخطبة باعتبار أنها مقدمة من مقدمات النكاح ، فهناك مستحبات من الأفضل أن يأتي بها كل من الخاطب والمخطوبة ، ومنها المشورة في الخطبة والاستخارة ، وتقديم خطبة ، أي يستحب للخاطب أو نائبه تقديم خطبة قبل الخطبة ، ويمكن بيان هذه المستحبات في ثلاث فروع .

الفرع الأول : المشورة في الخطبة

إن الغرض من الخطبة هو البحث والتحري عن حال الخاطب والمخطوبة وكذا الأهل والأولياء.

(1) أضواء على نظام الأسرة في الإسلام د / سعاد إبراهيم صالح ص 50 .

وهذا البحث والتحري يحتاج إلى مشورة الأهل عادة فيرسل إلى بيت المرأة النساء من أهل بيته ليروها ويبينوا رغبتهم في خطبتها إلى ولدهم ، وقد لا يصرحون بهذه الرغبة وإنما يلمحون بها ، فإذا رجعوا وأخبروا ولدهم الذي أرسلهم بما لاحظوه في المرأة التي يريد خطبتها وكذا أهلها ، فقد يحمله هذا كله على أن يقوم هو بالمزيد من التحري والسؤال قبل إعلان الخطبة بإرسال المستشارين ، ويتم هذا من قبل أهل المرأة .

والمستشار هذا عليه واجب ديني فيكون بمثابة الناصح الأمين ويتلخص هذا بوجوب بيان ما يعرفه عن المسؤول عنه ، الخاطب وأهله ، أو المرأة وأهلها ، وإن كان في جواب المستشار ذكر مساوئ وعيوب المسؤول عنه ، ولا يعتبر ذلك من الغيبة المحرمة ، وإنما تعتبر من النصيحة الواجبة ، ويؤيد هذا ما روى عن عطاء بن يزيد عن تميم الداري قال : قال رسول الله ﷺ ((إن الدين النصيحة ، إن الدين النصيحة ، إن الدين النصيحة ، إن الدين النصيحة ؟ قال : ((لله وكتابه ورسوله وأئمة المؤمنين وعامتهم ، وأئمة المسلمين وعامتهم)) (1).

كما أن فاطمة بنت قيس قد استشارت النبي ﷺ بشأن معاوية بن أبي سفيان ، وأبي جهم ، وكانا قد خطباها ، فقال ﷺ : ((أما أبو جهم فلا يضع عصاه ، وأما معاوية فصعلوك لا مال له ، انكحي أسامة بن زيد)) (2).

قال الخطيب ((ومن استشير في خاطب أو مخطوبة أو غيرها ممن أراد الاجتماع عليه لنحو معاملة أو مجاورة كالرواية عنه أو القراءة عليه ذكر المستشار جوازاً كما صرح به في الروضة ، ووجوباً كما صرح به في شرح مسلم والأذكار .

قال النووي ((يجوز للخاطب أن يبعث امرأة تتأملها وتصفها له وذلك لأن النبي ﷺ بعث أم سليم إلى امرأة وقال : ((انظري عرقوبها وشمي عوارضها)) (3) لإرسال المرأة ووصفها لما تراه يعتبر بالناصر الأمين ، شرط أن تكون هذه المرأة ثقة ناصحة أمينة .

قال الدردير ((وجاز ذكر المساوئ ، أي العيوب في أحد الزوجين أي الخاطب والمخطوبة ، ليحذر عمن هي فيه ، أي أنه يجوز لمن استشاره الزوج أي الخاطب في التزوج بفلانة أن يذكر لها ما يعلمه فيها من العيوب ليحذر منها ، ويجوز لمن استشارته المرأة في التزوج بفلان أن يذكر لها ما يعلمه فيه من العيوب لتحذر منه)) (1).

(1) سنن أبي داود ج 4 ص 286 .

(2) نيل الأوطار للشوكاني ج 6 ص 123 .

(3) المجموع شرح المذهب ج 17 ص 292 .

(1) التشرح الصغير على بلغة السالك ج 1 ص 349 .

ومحل ذكر المساوئ عند الاحتياج إليه ، فإن اندفع بدونه بأن لم يحتج إلي ذكرها كقوله لا تصلح لك مصاهرته ونحوه وجب الاقتصار عليه ، ولم يجز ذكر عيوبه ((⁽²⁾). فالمستشار سواء أكان من قبل الخاطب أو المخطوبة يشترط أن يكون ناصحاً أميناً بما يخدم مصلحة كل منهما .

فمعرفة الزوج على من ارتضاها لتكون زوجة له عن طريق أهله وأسرته واطمأنت نفسه إلي حسن أخلاقها ، كما اطمأنت هي وأهلها إلي حسن أخلاقه كان الزواج مثمراً ، وذلك لما روى عن أبي حاتم قال : قال رسول الله ﷺ ((وإذا آتاكم من ترضون دينه وخلقه فأنكحوه إلا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير))⁽³⁾.

الفرع الثاني: الاستخارة عند الخطبة

الاستخارة أمر مستحب في كل الأمور ، فالإنسان إذا أقدم على أمر من الأمور في حياته ، وتحير في هذا الأمر هل يجلب له الخير أم لا ، فيستحب له أن يلجأ إلي الاستخارة وذلك لما روى عن جابر بن عبد الله قال : ((كان رسول الله ﷺ يعلمنا الاستخارة في الأمور كلها كما يعلمنا السورة من القرآن ، يقول : ((إذا هم أحدكم بالأمر فليركع ركعتين من غير الفريضة ثم ليقل : اللهم إني أستخيرك بعلمك ، وأستقدرك بقدرتك ، وأسألك من فضلك العظيم ، فإنك تقدر ولا أقدر ، وتعلم ولا أعلم ، وأنت علام الغيوب ، اللهم إن كنت تعلم أن هذا الأمر - يسميه ويذكره - خير لي في ديني ومعاشي وعاقبة أمري ، أو قال : عاجل أمر وآجله - فاقدره لي ويسره لي ، ثم بارك لي فيه ، وإن كنت تعلم أن هذا الأمر شر لي في ديني ومعاشي وعاقبة أمري - أو قال : في عاجل أمري وآجله - فاصرفه عني واصرفني عنه ، واقدر لي الخير حيث كان ثم أرضني به قال : ويسمى حاجته))⁽¹⁾.

فالإقدام على الخطبة ليس بالأمر السهل ، فكون الخاطب يختار شريكة حياته وأم أولاده ، وصاحبة طيلة حياته ، فعليه أن يفكر أكثر من مرة في اختيارها ، وكذا المرأة عند عرض هذا الأمر عليها وهل هو الذي تريده شريك حياتها ، هل تتوفر فيه كل ما تحلم به من أن يكون ذا خلق ودين وصالح يحافظ عليها ، ويصونها ، فكل هذا يدور في خاطر كل منهما ، فكانت سنة المصطفى ﷺ هي المخرج من هذا كله فبين لنا - ﷺ - أن الإنسان إذا ألم به أمر من الأمور يستحب له أن يلجأ إلي الاستخارة .

فالشريعة الإسلامية شاملة صالحة لكل زمان ومكان لكل ما يخص المسلم حتى في الأمور التي تشغل تفكيره ، وهل تعود عليه بالخير أم لا ، فبينت السبيل لهذا ، وذلك بذكر الله عز وجل (ألا بذكر الله تطمئن القلوب) فلجوء المسلم المنشغل بأي أمر خاصة فيما يتعلق بحياته واستقرارها إلي صلاة

(2) معنى المحتاج جـ 3 ص 137 .

(3) نيل الأوطار جـ 6 ص 145 .

(1) سنن النسائي جـ 6 ص 80 .

ركعتين ويدعو الله بأن يبين له الخير في هذا الأمر ، فيه عود إلى الله عز وجل في كل الأمور ، ودعاءنا أن يوفقنا الله إلى ما فيه الصلاح والفلاح في الدنيا والآخرة.

الفرع الثالث : الخطبة قبل الخطبة .

من الأشياء المستحبة في الخطبة تقديم خطبة بضم الخاء من الخاطب أو نائبه ، وهي الكلام المفتوح بحمد الله والصلاة على رسول الله ﷺ المختتم بالوصية والدعاء ، وذلك لما روى عن أبي هريرة رضي الله عنه ، عن النبي ﷺ قال ((كل خطبة ليس فيها تشهد فهي كاليد الجذماء)) (2).

فيحمد الله الخاطب أو نائبه ويصلي على النبي ﷺ ويوصي بتقوى الله قبل الخطبة (3).

روى البيهقي في سننه ، قال سمعت أبا عبيدة بن عبد الله يحدث عن أبيه قال : علمنا رسول الله ﷺ خطبة الحاجة ، الحمد لله أو أن الحمد لله ، نستعينه ونستغفره ونعوذ بالله من شرور أنفسنا من يهده الله فلا مضل له ، ومن يضل فلا هادي له أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمداً عبده ورسوله ثم تقرأ الثلاث آيات ((يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها)) (1) ((يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله حق تقاته)) (2) ((يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وقولوا قولاً سديداً يصلح لكم أعمالكم....)) (3) .

ثم تتكلم بحاجتك ، قال شعبة قلت لأبي اسحاق هذه في خطبة النكاح أو في غيرها قال في كل حاجة (4).

يستحب للخطاب أو نائبه أن يقول بعد الخطبة : جئت خاطباً كرمتمكم ، فلأنه يخطب الولي كذلك ، ثم يقول لست بمغروب عنك أو نحو ذلك (5).

قال الشيخ أحمد الصاوي ((وخطبة عند عقد لكن البادي عند الخطبة هو الزوج ويقول بعد الشاء والشهادتين أما بعد فإننا قد قصدنا الانضمام إليكم وصهارتكم والدخول في حومتكم وما في معنى ذلك فيقول الولي بعد الشاء أما بعد فقد قبلناك ورضينا أن تكون منا وفيما وما في معناه والبادي عند العقد الولي بأن يقول بعد ما ذكر أما بعد فقد أنكحتك بنتي أو مجبرتي فلانه أو موكلتي فلانه على صداق قدره

(2) سنن أبي داود ج 4 ص 261 .

(3) مغنى المحتاج ج 3 ص 138 وبلغه السالك ج 1 ص 349 .

(1) سورة النساء آية 1 .

(2) سورة آل عمران آية 102 .

(3) سورة الأحزاب الأيتان 70 - 71 .

(4) سنن البيهقي ج 7 ص 146 .

(5) مغنى المحتاج ج 3 ص 138 وبلغه السالك ج 1 ص 349 .

كذا فيقول الزوج بعد الخطبة قبلت نكاحها لنفسي ويقول وكيله قد قبلت نكاحها لموكلي ، ويندب تقليلها إذ الكثرة توجب السامة⁽⁶⁾.

المبحث الثاني

شروط المخطوبة

الخطبة هي طلب الرجل المرأة للتزوج بها ، فالمرأة المخطوبة لا تصح خطبتها إلا إذا توافرت فيها شروط ، هذه الشروط منها ما هو مستحب ، ومنها ما هو واجب .
فيستحب أن تكون ذات دين ، بكرًا ، ولودًا طيبة الأصل .
كما يجب أن تكون المرأة المخطوبة غير محرمة على الخاطب لا حرمة مؤبدة ولا مؤقتة ، ويضاف إلى هذا أن لا تكون مخطوبة من قبل الغير .

وسوف أبين هذه الشروط بإذن الله تعالى وذلك في مطلبين :

المطلب الأول

الشروط المستحبة في المخطوبة

عند خطبة المرأة يستحب أن تتوافر فيها عدة شروط ، وعلى الخاطب مراعاة هذه الشروط عند الإقدام على الخطبة ، حيث إن مراعاتها تعود عليه بالأمن والاستقرار وكل ما ينشده في حياته الزوجية من هذه الشروط المستحبة ما يلي :

1. أن تكون ذات دين

فيستحب للخطاب أن لا يتزوج إلا ذات دين ، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال : ((تنكح المرأة لأربع : لمالها ، وحسبها ، وجمالها ، ودينها ، فاظفر بذات الدين تربت يداك))⁽¹⁾.
فالمراد بالدين هنا الطاعات والأعمال الصالحة ، والعفة عن المحرمات ، فتكون المرأة صالحة من بنات الصالحين⁽²⁾.

فعلى الخاطب أن يختار ذوات الدين ، لا المال والجمال ، وتربت يداك : أي التصقت بالتراب ، أي سلبت منها البركة إن لم تظفر بذات الدين .

وهذا ليس في حق الرجل وحده ، بل في حق المرأة ، فعليها أن تختار ذا الدين والخلق ، وذلك لما رآه أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال : ((إذا خطب إليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه ، إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد عريض))⁽³⁾.

(6) بلغة السالك جـ 1 ص 349 .

(1) نيل الاوطار جـ 6 ص 119 وسنن النسائي جـ 6 ص 68 وسنن ابن ماجه جـ 1 ص 597 .

(2) مغنى المحتاج جـ 3 ص 127 وبدائع الصنائع جـ 2 ص 628 والمغنى جـ 7 ص 468 .

(3) سنن البيهقي جـ 7 ص 82 .

وعن الحسن : أتاه رجل فقال : إن لي بنتاً أحبها وقد خطبها غير واحد فمن تشير على أن أزوجه ؟ قال : ((زوجها رجلاً يتقي الله)) (4).

وروى عن عبدالله بن عمرو - رضي الله عنهما - عن النبي ﷺ قال : ((لا تنكحوا المرأة لحسنها ، فعسى حسننها أن يردبها ، ولا تنكحوا المرأة لما لها فعسى ما لها أن يطغيها ، وانكحوها لدينها ، فالأمة سوداء خرماء ذات دين أفضل من امرأة حسناء لا دين لها)) (1).
فاختيار المرأة المتدينة الصالحة ، وكذا الرجل أدوم للحياة الزوجية بينهما .

2. يستحب أن تكون بكرًا

أي يستحب للخاطب أن يختار البكر ، وذلك لما روى عن جابر رضي الله عنه ((أن النبي ﷺ قال له : يا جابر تزوجت بكرًا أم ثيبًا ؟ قال : ثيبًا ، فقال : هلا تزوجت بكرًا تلاعبها وتلاعبك ؟)) (2).
وعن عطاء عن النبي ﷺ أنه قال ((عليكم بالإبكار فإنهن أعذب أفواه وأنقى أرحاماً)) رواه الإمام وأحمد في رواية ((وأنقأ أرحاماً وأرضى باليسير)) (3).

أي ألين كلمة ، وأكثر أولاداً ، كما أنها تكون ساذجة لم يسبق لها عهد بالرجال ، فيكون التزويج بها أدعى إلى تقوية عقدة النكاح ويكون حبها لزوجها الصق بقلبها .

روى ابونعيم عن شجاع بن الوليد قال : ((كان فيمن كان قبلكم رجل حلف ولا يتزوج حتى يستشير مائة نفس ، وأنه استشار تسعة وتسعين رجلاً واختلفوا عليه ، فقال بقى واحد ، وهو أول من يطلع من هذا الفج فأخذ بقوله ولا أعدوه ، فبينما هو كذلك إذ طلع عليه رجل راكب قسبة فأخبره بقصته ، فقال له النساء ثلاثة : واحدة لك ، وواحدة عليك ، وواحدة لا لك ولا عليك ، فالبكر لك ، وذات الولد من غيرك عليك ، والثيب لا لك ولا عليك)) (4).

واستحباب البكر ليس في حق المرأة فقط ، بل يسن للولى أن لا يزوج ابنته إلا من بكرًا لم يتزوج قط ، لأن النفوس جبلت على الإيناس بأول مألوف ، ولهذا قال ﷺ في خديجة - رضي الله عنها - ((إنها أول نسائي)) (5).

3. أن تكون من نساء يعرفن بكثرة الأولاد .

(4) المجموع جـ 17 ص 288 .

(1) سنن ابن ماجه جـ 1 ص 597 .

(2) نيل الأوطار جـ 6 ص 119 وسنن البيهقي جـ 7 ص 80 .

(3) سنن ابن ماجه جـ 1 ص 597 والمغنى جـ 7 ص 468 .

(4) مغنى المحتاج جـ 3 ص 127 .

(5) مغنى المحتاج جـ 3 ص 127 .

فعلى الخاطب أن يختار مخطوبته من نساء يعرفن بكثرة الأولاد ، لما روى عن أنس رضي الله عنه قال كان رسول الله ﷺ يأمر بالبائة وينهي عن التبتل نهيًا شديداً ويقول ((تزوجوا الولود فإنني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة)) (1).

وعن علي بن الحسين رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال ((يا بني هاشم عليكم بنساء الأعاجم فالتمسوا أولادهن فإن في أرحامهن البركة)) (2).

ونص الشافعي على أنه يستحب له أن لا يتزوج من عشيرته ، بل يلتبس البعيدة لأن النبي ﷺ قال ((لا تنكحوا القرابة القريبة ، فإن الولد يخلق ضاويًا)) أي نحيفا ، وذلك لضعف الشهوة غير أنه يجيء كريمًا على طبع قومه وعلله الزنجاني : بأن من مقاصد النكاح اتصال القبائل لأجل التعاضد والمعاونة واجتماع الكلمة (3).

قال ابن قدامه رحمته الله ((ويختار الأجنبية فإن ولدها أنجب ، ولهذا يقال : اغتربوا لا ترضوا ، يعني : انكحوا الغرائب كيلا تضعف أولادكم ، ولأنه لا تؤمن العداوة في النكاح وإفضاؤه إلى الطلاق ، فإذا كان في قرابة أفضى إلى قطيعة الرحم المأمور بصلتها)) (4).

4. يستحب أن تكون جميلة

لأنها أسكن لنفسه ، وأغض لبصره ، وأكلم لمودته ، ولذلك شرع النظر قبل النكاح قال رسول الله ﷺ ((إنما النساء لعب فإذا اتخذ أحدكم لعبة فليستحسنها)) (5).

قال الماوردي : لكنهم كرهوا ذات الجمال البارع فإنها تزهو بجمالها ، وأن الإمام أحمد قال لبعض أصحابه : ولا تغال في المليحة ، فإنها قل أن تسلم لك (6).

فالمراد بالجميلة هنا ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه قال : قيل يا رسول الله أي الناس خير ؟ قال ((التي تسره إذا نظر وتطيعه إذا أمر ولا تخالفه في نفسها ولا في ماله بما يكره)) (7)، وعن يحيى بن جعدة أن رسول الله ﷺ قال ((خير قائدة أقادها المرء المسلم بعد إسلامه امرأة جميلة تسره إذا نظر إليها وتطيعه إذا أمرها وتحفظه في غيبته في ماله ونفسه)) (1).

(1) نيل الأوطار جـ 6 ص 118 وسنن البيهقي جـ 7 ص 81 .

(2) المغنى لابن قدامه جـ 7 ص 468 .

(3) مغنى المحتاج جـ 3 ص 127 .

(4) المغنى لابن قدامه جـ 7 ص 469 .

(5) المجموع جـ 17 ص 287 والمغنى جـ 7 ص 469 .

(6) مغنى المحتاج جـ 7 ص 127 .

(7) سنن النسائي جـ 68 وسنن البيهقي جـ 7 ص 82 .

(1) المغنى جـ 7 ص 469 .

فالمرأة الجميلة هي التي تحافظ على زوجها وبيتها في حضوره وغيبته هذا هو الجمال الذي ينشده الزوج ، والإسلام يدعو إلى الوسطية ، لا إفراط ولا تفريط ، ليست ذات الجمال البارع الذي يصرفها عن زوجها وبيتها ، ولا القبيحة التي لا يرغبها وتجعله ينظر إلى غيرها .

5. من المستحبات عند الخطبة :

أن تكون المرأة حسيبة فالحسب له اعتبار في اختيار المرأة أى الشرف بالآباء وما يعده الناس من مفاخرهم ، فتكون طيبة الأصل فينشأ أولادها نجباء أشبه بأهلها ، وقد ذكر النسب في حديث الرسول ﷺ ((تنكح المرأة لأربع)) وعد الحسب منها .

ولكن إذا كانت غير متدينة فيقدم عليها المتدينة غير النسبية ، لأن التقدم والأفضلية لذات الدين دائماً قال البغوي : الحسب هو الفعال الحسن للرجل وآبائه مأخوذ من الحساب (2).

فالأفضل أن يكون الحسب ذا دين وصلاح ، لأن كونها من أهل بيت بهذا الوصف مظنة حسن تربيتها وأدبها ودينها ، وستؤثر هذه المعاني والصفات في أولادها ، لأن ستريهم على معاني الدين والفضيلة والأدب الحسن والأخلاق الجيدة التي نشأت هي عليها في بيتها ، كما أنها ستعين زوجها على تربية أولاده التربية الصالحة .

أما إذا كانت ذا حسب وليس فيه دين وصلاح ، فإنها غالباً لا تكون ذات دين وصلاح ، وبالتالي فإنها لا تربي أولادها على معاني الدين والصلاح وجميل الصفات ، لأن فاقده الشيء لا يعطيه ، ولهذا حذر الرسول ﷺ من التزوج من المرأة ذات الحسب والنسب من غير الصالحين فيقول : ((إياكم وخضراء الدمن ، قيل : يا رسول الله وما خضراء الدمن ؟ قال : ((المرأة الحسناء في المنبت السوء)) (3).

فكثير من الجميلات من بيوت الحسب والنسب إلا أنهن بعيدات عن دينهن ، غير صالحات ، ويتربن على هذا عدم التنشئة الدينية ، فكيف إذا تزوجت تحافظ على زوجها وبيتها وأولادها ، وكيف تربي أولادها ، فكونها فاقدة للشيء فبالتالي تنتهي الحياة الزوجية ولا تدوم .

6. من المستحب عند اختيار الخاطب مخطوبته

أن تكون المرأة خفيفة المهر ، لما روى عن عائشة رضى الله عنها ((أن النبي ﷺ قال : أعظم الناس بركة أيسرهن صداقاً)) . وقال عروة : أول شؤم المرأة أن يكسر صداقها (1).

روى عبد العزيز بن صهيب قال سمعت أنسا يقول قال عبد الرحمن بن عوف ﷺ ((لآتى رسول ﷺ وعلى بشاشة العرس فقلت تزوجت امرأة من الأنصار قال كم أصدقته قال زنة نواة من ذهب)) (2).

(2) المجموع جـ 17 ص 287 .

(3) فقه السنة جـ 2 ص 14 .

(1) مغنى المحتاج جـ 3 ص 127 .

قيل النواة من الذهب هي ثلاثة دراهم ، فأراد به أن المهر كان ثلاثة دراهم ، أو هو قدر من ذهب قيمته ثلاثة دراهم (3).

فدل هذا على أن المهر اليسير له أثر في الحياة الزوجية ودوامها .

هذه الشروط المستحبة أو الصفات من الأفضل مراعاتها عند اختيار الخاطب المخطوبته ، وكذا المرأة ، وهذه الصفات قل أن يجدها الشخص في نساء أو رجال الدنيا ، ولكن بقدر الإمكان يمكن مراعاة هذه الشروط عند اختيار كلا من الزوجة والزوج حتى نجعل من بيوتنا جنة ينعم فيها الصغير ، ويسعد بها الزوجين ، ونعد للحياة أبناء صالحين تحيا بهم أممهم حياة طيبة كريمة ، ونسأل الله عز وجل أن لا يحرمننا منهم ولا يحرهم منا إنه سميع مجيب الدعاء .

المطلب الثاني

الشروط الواجبة في المخطوبة

مع مشروعية الخطبة وأنها تمهد لحياة زوجية يرجى أن يتحقق فيها التواؤم والانسجام بين الخاطبين ، إلا أن هناك من تصح خطبتها ومن لا تصح خطبتها .

فالنساء في حكم الخطبة على ثلاثة أقسام :

الأول : التي تجوز خطبتها (تعريضاً وتصريحاً) ، وهي الخالية التي ليست في عصمة أحد من الأزواج .

الثاني : التي لا تجوز خطبتها (لا تصريحاً ولا تعريضاً) ، وهي التي في عصمة الزوجية ، وكذا المطلقة طلاقاً رجعيّاً ، والمحرمه حرمة مؤبدة أو مؤقتة .

الثالث : التي تجوز خطبتها (تعريضاً لا تصريحاً) وهي المعتدة من وفاة أو طلاق بائن ، فهذه يجوز خطبتها تعريضاً لا تصريحاً .

فبناء على هذا ، إذا أراد الخاطب خطبة امرأة فلا يجوز له خطبتها إلا إذا توافرت فيها عدة شروط ، منها : أن تحل للخاطب وقت خطبتها ، فلا تكون محرمة عليه ، لا حرمة مؤبدة ولا مؤقتة ، ويضاف إلي هذا أن لا تكون مخطوبة من قبل الغير .

أما المعتدة من وفاة أو طلاق بائن ، فيجوز التعريض بخطبتها لا تصريحاً ، ويمكن بيان هذه الشروط بشئ من التفصيل .

أولاً : أن تكون محللة للخاطب :

وهي أن لا تكون محرمة عليه حرمة مؤبدة ، فإن كانت محرمة على التأييد فلا يجوز نكاحها ، لأن النكاح إحلال ، وإحلال المحرم على التأييد محال .

(2) سنن النسائي جـ 6 ص 120 .

(3) سنن النسائي جـ 6 ص 120 .

والموانع الشرعية التي تحرم النكاح منها ما هو على وجه التأييد ، ومنها ما هو على وجه التأقيت ، ويندرج تحت هذا الشرط ثلاثة فروع :

الفرع الأول

الموانع التي تمنع الخطبة على وجه التأييد

الموانع الشرعية التي تمنع الخطبة على وجه التأييد ، وهي النسب والرضاع والمصاهرة ، فالمحرمات نكاحهن بالأنساب هن : الأمهات ، البنات ، الأخوات ، العمات والخالات ، وبنات الأخ ، وبنات الأخت .

أما من المحرمات بالأسباب فهن : الأمهات المرضعات ، والأخوات من الرضاعة ، والمصاهرة . والأصل في ذلك قول الله تعالى ﴿ حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت وأمهاتكم الآتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة وأمهات نسائكم وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن ... ﴾ (1) . وكذلك ما روى عن عائشة رضي الله عنها قالت : قال رسول الله ﷺ ((إن الرضاعة تحرم ما يحرم من الولادة)) (2) .

قال ابن العربي : قد بين الله لكم وبلغكم في العلم أملككم ، أن التحريم ليس بصفات للأعيان ، وأن الأعيان ليست موردًا للتحليل والتحريم ولا مصدرًا ، وإنما يتعلق التكليف بالأمر والنهي من حركة وسكون)) (3) .

قال الكاساني : أخبر الله تعالى عن تحريم هذه المذكورات فيما أن يعمل بحقيقة هذا الكلام حقيقة ويقال بجرمة الأعيان كما هو مذهب أهل السنة والجماعة ، وهي منع الله تعالى الأعيان عن تصرفنا فيها بإخراجها من أن تكون محلاً لذلك شرعاً وهو التصرف الذي يعتاد إيقاعه في جنسها وهو الاستمتاع والنكاح ، وأما أن يضم فيه الفعل وهو الاستمتاع والنكاح في تحريم كل منهما تحريم الآخر ، لأنه إذا حرم الاستمتاع وهو المقصود بالنكاح ، لم يكن النكاح مفيداً ، لخلوه عن العاقبة الحميدة فكان تحريم الاستمتاع تحريماً للنكاح ، وإذا حرم النكاح وأنه شرع وسيلة إلى الاستمتاع والاستمتاع هو المقصود ، فكان تحريم الوسيلة تحريماً للمقصود بالطريق الأولى)) (1) .

أيضاً ما روى عن حبان بن عمير قال : قال ابن عباس - رضي الله عنهما - سبع صهر وسبع نسبه ويجرم من الرضاع ما يحرم من النسب (2) .

(1) النساء آية 23 .

(2) صحيح مسلم ج 10 ص 19 - 20 كتاب الرضاع .

(3) أحكام القرآن لابن العربي ج 1 ص 478 .

(1) البدائع ج 2 ص 529 - 530 .

(2) سنن البيهقي ج 7 ص 158 .

كما أجمعت الأمة على تحريم ما نص الله تعالى على تحريمه (3).

والمحرمات بالنسب منهن :

1. الأمهات :

وهن كل من انتسبت إليها بولادة ، سواء وقع عليها اسم الأم حقيقة وهي التي ولدتك ، أو مجازاً وهي التي ولدت من ولدك ذكراً كان أو أنثى وإن علت كأم الأم وأم الأب وإن علون ، وارثات كن أو غير وارثات ، كلهن أمهات محرمات .

2. البنات :

هن كل أنثى انتسبت إليك بولادتك كابنة الصلب ، وبنات البنين والبنات وإن نزلت درجتهم ، وارثات أو غير وارثات ، فكلهن محرمات سواء أكانوا من الأبوين ، أو الأب ، أو الأم .

3. الأخوات :

وهن الأخوات من الجهات الثلاث ، سواء أكانوا من قبل الأبوين أو الأب أو الأم فهن محرمات ، وارثاً أو غير وارث .

4. العمات :

وهن أخوات الأب من الجهات الثلاث ، وأخوات الأجداد من قبل الأب ومن قبل الأم ، قريباً كان الجد أو بعيداً ، وارثاً أو غير وارث .

5. الخالات :

وهن أخوات الأم من الجهات الثلاث وأخوات الجدات وإن علون ، فكل أخت لجدة خالة فيحرم حرمة مؤبدة (1) ، ويؤكد هذا ما روى عن أبي الزبير عن جابر رضي الله عنه قال نهى رسول الله ﷺ أن تنكح المرأة على عمتها أو على خالتها (((2).

6. بنات الأخ وبنات الأخت :

وهن بنات الأخوة والأخوات من جميع الجهات وبنات أولادهن وإن سفلن ، فيحرم حرمة مؤبدة . أما المحرمات بالسبب فعلى قسمين :

الأول : الرضاع .

الثاني : المصاهرة .

(3) المغنى جـ 7 ص 470 .

(1) البدائع جـ 2 ص 529 والمجموع جـ 17 ص 377 ومغنى المحتاج جـ 3 ص 174 والمغنى جـ 7 ص 471 ، والمحلي جـ 9 ص 520 وأحكام القرآن لابن العربي جـ 1 ص 478 - 479 .

(2) سنن النسائي جـ 6 ص 98 / وورد في صحيح مسلم جـ 9 ص 190 عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ نهى عن أربع نسوة أن يجمع بينهن المرأة وعمتها والمرأة وخالتها.

القسم الأول :

المحرمات بالرضاع نصت عليهم الآية في قوله تعالى : ﴿ وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة ﴾ .

فيحرم بسبب الرضاع اثنين هما :

1. الأمهات :

وهن المرضعات اللاتي أرضعنك وأمهاتهن وجداتهن وإن علت درجاتهن .

2. الأخوات من الرضاعة :

وهي كل امرأة أرضعتك أمها أو أرضعتها أمك أو أرضعتك وإياها امرأة واحدة ، أو ارتضعت أنت وهي من لبن رجل واحد ، كرجل له امرأتان لهما منه لبن أرضعتك إحداهما وأرضعتها الأخرى فهي أختك محرمة عليك ⁽³⁾، ويدل على ذلك ما روى عن عمرة قالت سمعت عائشة رضي الله عنها تقول : قال رسول الله ﷺ ((يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة)) ⁽⁴⁾.

القسم الثاني : المحرمات بالمصاهرة

المحرمات بالمصاهرة هن اللاتي يكون سبب حرمتهم النكاح ، حيث تحرم بعض من لهن علاقة بالمرأة على الرجل : أو بمن له علاقة بالرجل ⁽¹⁾.

والمحرمات بالمصاهرة ⁽²⁾ على أربعة أنواع :

النوع الأول : أمهات نسائكم .

النوع الثاني : الربائب .

النوع الثالث : حلائل الأبناء .

النوع الرابع : زوجة الأب .

أولاً : أمهات نسائكم

المراد بأمهات نسائكم أى أمهات الزوجات وهن أصول الزوجة من الإناث .

ثانياً : الربائب ⁽³⁾

(3) البدائع جـ 2 ص 530 ومغنى المحتاج جـ 3 ص 176 والمغنى جـ 7 ص 472 ، والمحلّى جـ 9 ص 521.

(4) سنن النسائي جـ 6 ص 99 .

(1) المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم جـ 6 ص 204 .

(2) المصاهرة : مأخوذة من الصهر : وهو القرابة ، والأصهار أهل بيت المرأة ، ولا يقال لأهل بيت الرجل إلا (الأختان) ويقال : صاهرت القوم إذا تزوجت فيهم ، واصهرت بهم إذا اتصلت وتحرمت بجوار

أو نسب أو تزوج ، وقال الأعرابي : الصهر هو زوج بنت الرجل وزوج المصاهرة/ لسان العرب لابن منظور جـ 2 ص 486 .

(3) الربائب مفردتها ربيبة مأخوذة من رياه تربية أى أحسن القيام عليه ، ووليه حتى يفارق الطفولية كان ابنه أو لم يكن / لسان العرب جـ 1 ص 1099 .

هن بنات الزوجات وبنات بناتها وبنيتها وإن سفلن وهؤلاء يحرمون على زوج الأم إذا دخل بها حرمة مؤبدة وتثبت هذه الحرمة بالكتاب والسنة.

ثالثاً : حلائل الأبناء (4)

المراد بحليلة الأبن هي زوجته ويقال إنما سميت حليلة لأنها تحل معه في فراش وقيل لأنه يحل له منهما الجماع بعقد النكاح .

رابعاً : زوجة الأب

المراد بزوجة الأب التي يشملها التحريم زوجة الأب التي عقد عليهما عقد النكاح الصحيح سواء دخل بها أو لم يدخل لأن اسم النكاح يقع على العقد والوطء فتحرم بكل واحد منهما .

(4) حليلة الرجل : امرأته وهو حليلة لأن كل واحد منهما يحال صاحبه وهو أمثل من قول من قال إنما هو من الحلال أي أنه يحل لها وتحل له والحليل والحليلة الزوجان / لسان العرب جـ 1 ص 703 .

الخاتمة

أحمد الله تعالى على أن انتهيت من كتابة هذا البحث قدر استطاعتي وأردت أن أزيله بخاتمة تتضمن ملخص لنقاط البحث وقد اشتمل هذا البحث على مقدمة وأربعة مباحث :

1. اشتملت المقدمة على أهمية عقد الزواج وأنه سنة من سنن الكون ، وهذا العقد لا بد له من مقدمة وهذه المقدمة هي الخطبة ، حيث إنها وعد بالزواج ، يترتب عليه جواز رؤية الخاطب لمخطوبته بشرط عدم الخلوة بها ، ثم ذكرت حال الأسرة في يومنا هذا ، منها ما هو ملتزم بالضوابط الشرعية ، ومنها ما هو غير ملتزم بهذه الضوابط فيترك بناتهن مع الشباب بحجة الخطبة والخلوة بهن فيترتب على هذا عواقب لا يعلم مداها إلا الله عز وجل .

2. في المبحث الأول : ذكرت تعريف الخطبة ، وبينت أنها مجرد وعد بالزواج وليست عقد يباح فيه ما يباح بعد العقد ، ثم ذكرت حكم الخطبة وأدلة مشروعيتها والحكمة من مشروعيتها وهو التعارف بين الأسر ، وهذا من سنن الكون ثم ذكرت ما يستحب عند الخطبة ومنها الاستخارة ، وأن يسبقها خطبة ، وكذا المشورة عند الخطبة ، وكل هذا سبب في دوام الحياة الزوجية .

3. أما المبحث الثاني : فقد بينت فيه الشروط الواجب توافرها في المخطوبة ، وهذه الشروط منها ما هو مستحب ، ومنها ما هو واجب وبهذا فالمرأة المحرمة على الرجل لا يجوز خطبتها بأي حال من الأحوال فيجب أن تكون محللة له ، ثم ذكرت المحرمات على وجه التأييد وكذا المحرمات على وجه التأييد .

4. أما المبحث الثالث : فقد ذكرت فيه ما يباح النظر إليه بالنسبة للخاطب والمخطوبة ، لأن المرأة يعجبها في الرجل ما يعجبه منها ، ثم ذكرت المواضع التي يباح النظر إليها وهي الوجه والكفين لأن الوجه هو مجمع محاسن المرأة ، أما الكفين فيدلان على امتلاء الجسم ونحافته ، ثم ذكرت أن النظر يباح فقط لمن وقع في نفسه الزواج ، أما دون ذلك فيجب غض البصر إلا في حالة الضرورة .

5. أما المبحث الرابع والآخر : فقد بينت فيه العدول عن الخطبة ، وأن العدول أمر جائز شرعي ، لأن الخطبة وعد بالزواج فيحق لكل منهما الرجوع ، ثم ذكرت أن العدول إذا ترتب عليه ضرر شرعي وجب التعويض ، أما إذا كان ضرر مادي أو معنوي فلا ضمان ، لأن الخطبة ليست أمر ملزم لكلا الطرفين ، ثم ذيلته بخاتمة اشتملت ملخص لهذا البحث

ولله الحمد والمنة على ما يسره لي وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا ونبينا محمد ﷺ في الأولين والآخرين .

المصادر والمراجع

أولاً : القرآن الكريم .

ثانياً : كتب التفسير :

1. أحكام القرآن / الإمام الحافظ القاضي أبوبكر محمد بن عبدالله الأندلسي م 543 هـ دار الكتب العلمية .

2. أحكام القرآن للخصاص / الإمام حجة الإسلام أبوبكر أحمد بن علي الرازي الخصاص الحنفي م 370 هـ دار الكتاب العربي .

3. تفسير القرآن العظيم / الإمام الجليل الحافظ أبو الفدا إسماعيل بن كثير م 774 هـ دار الفكر .
ثالثاً : كتب الحديث :

1. سبل السلام شرح بلوغ المرام / محمد بن إسماعيل الأمير اليمني الصنعاني م 1182 - دار الجيل .

2. سنن ابن ماجه / لأبي عبدالله محمد بن يزيد بن ماجه القزويني - دار الكتب العلمية - بيروت .

3. سنن أبي داود / لإمام المحدثين سليمان بن الأشعث السجستاني - الطبعة الأولى 1389 بيروت .

4. السنن الكبرى للبيهقي - لإمام المحدثين الحافظ الجليل أبي بكر أحمد بن الحسين البيهقي دار الفكر .

5. سنن النسائي / لأحمد بن شعيب النسائي م 279 هـ الطبعة الثانية - بيروت .

6. فتح الباري بشرح صحيح البخاري / الحافظ شهاب الدين أبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني - دار إحياء التراث - بيروت .

7. نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار / للإمام المجتهد محمد بن علي بن محمد الشوكاني م 1255 هـ - دار الفكر - بيروت .

رابعاً : كتب أصول الفقه :

1. أعلام الموقعين / لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية - دار الفكر .

خامساً : كتب الفقه :

المذهب الحنفي :

1. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع / لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي م 587 هـ - دار إحياء التراث .

2. حاشية ابن عابدين المسماه رد المختار على الدر المختار / لمحمد أمين بن عمر عابدين الطبعة الثانية مصطفى الحلبي .

المذهب المالكي :

1. بلغة السالك لأقرب المسالك / الشيخ أحمد بن محمد الصاوي المالكي - دار الفكر .
2. حاشية الدسوقي / للعلامة شمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي - دار إحياء التراث .
3. مواهب الجليل / لأبي الضياء سيدي خليل أبي عبدالله محمد عبدالرحمن المغربي - دار الكتب العلمية بيروت .

المذهب الشافعي :

1. المجموع شرح المذهب / للإمام أبي زكريا محي الدين بن شرف النووي م 676 هـ تحقيق د / محمود مطرحي المكتبة التجارية مكة المكرمة .
2. مغنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج / للشيخ محمد الخطيب الشربيني - دار الفكر .

المذهب الحنبلي :

1. الإقناع لطلب الإنتفاع / لشرف الدين موسى بن أحمد بن موسى ابن سالم أبو النجا الجحاوي المقدسي 895 - 968 هـ وزارة الشؤون الإسلامية - السعودية .
2. المغنى والشرح الكبير / للإمامين موفق الدين ابن قدامة وشمس الدين ابن قدامة المقدسي - دار الكتب العربي .

المذهب الظاهري :

1. المحلى / تصنيف الإمام الجليل أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم م 456 هـ - دار الجيل بيروت تحقيق لجنة إحياء التراث .

سادساً : كتب عامة :

1. أضواء على نظام الأسرة في الإسلام أ . د / سعاد إبراهيم صالح .
2. الأحكام الشخصية في الأحوال الشخصية / للأبياني .
3. فقه السنة / الشيخ السيد سابق - الفتح الإعلامي العربي .
4. المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية / د: عبدالكريم زيدان - مؤسسة الرسالة الطبعة السادسة 1417 هـ - 1997 م - بيروت .

سابعاً : كتب اللغة :

1. لسان العرب / للعلامة أبي الفضل جمال الدين بن محمد بن مكرم ابن منظور - دار العلوم والحكم

