

مجلة العلوم الشرعية والقانونية

مجلة علمية محكمة تصدرها

كلية القانون بالخميس

جامعة المرقب

العدد الأول لسنة 2017

مجلة العلوم الشرعية والقانونية مجلة محكمة تصدر عن

كلية القانون بجامعة المرقب

رقم الإيداع المحلي 2015/379 م.

دار الكتب الوطنية بينغازي - ليبيا

هاتف:

9097074 – 9096379 – 9090509

بريد مصور:

9097073

البريد الإلكتروني:

Nat-Liba@hotmail.com

ملاحظة /

الآراء الواردة في هذه البحوث لا تعبر إلا عن وجهة نظر أصحابها، وهم وحدهم المسؤولون عن صحة المعلومات وأصالتها، وإدارة المجلة لا تتحمل أية مسؤولية في ذلك.

للاتصال برئيس التحرير: 091-1431325 / 092-7233083

البريد الإلكتروني : iaelfared@elmergib.edu.ly

شروط النشر بالمجلة:

الأخوة الأفاضل حرصاً على حسن إخراج المجلة نرجو التكرم بالالتزام بالآتي:

1. أن لا يكون قد تمّ نشر البحث من قبل في أي مجلة أو كتاب أو رسالة علمية أو وسيلة نشر أخرى.
2. أن لا تزيد صفحات البحث عن (35) صفحة تقريباً بما فيها قائمة المراجع.
3. هوامش الصفحة من اليمين ، على ورق A 4. وحجم الخط (14) ونوعه (Traditional Arabic). وللهاوش (12) وبين السطور (1).
4. العناوين الوسطية تكتب مسودة وبحجم خط (16) Bold.
- العناوين الجانبية: تكتب من أول السطر مسودة وبحجم (14) Bold ، وتوضع بعدها نقطتان رأسيّتان.
5. تبدأ الفقرات بعد خمس فراغات.
6. يجب الاهتمام بوضع علامات الترقيم في أماكنها المعروفة الصحيحة، وبرموز أسمائها بالخط العربي .
7. ضرورة استخدام رمز القوسان المزهران للآيات القرآنية (﴿ ﴾) ، والرمز (« ») للنصوص النبوية، والرمز: (" ") علامة التنصيص.
8. تكتب في الهوامش أسماء الشهرة للمؤلفين كالبخاري، الترمذي، أبو داود، ابن أبي شيبة، ولا يكتب الاسم الكامل للمؤلفين في الهوامش.
9. الإحالات للمصادر والمراجع تكون في هوامش صفحات البحث وليس في آخره.

10. لا تكتب بيانات النشر للمصادر والمراجع في الهامش، وإنما يكتب ذلك في قائمة المصادر والمراجع في آخر البحث.

مثل : ابن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج 2، ص 332

11. عند الإحالة إلى كتب الحديث المرتبة على الأبواب الفقهية والموضوعات العلمية تكتب أسماء الكتب والأبواب، مع كتابة الجزء، والصفحة، ورقم الحديث إن وجد. هكذا: أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب. الإيمان، باب الإيمان وقول النبي « بني الإسلام على خمس » : ج 1، ص 12 ، رقم 1.

12. تخرِّج الآيات القرآنية في المتن بعد الآية مباشرة بحجم 12.

مثل: قال الله تعالى: ﴿ سَيَقُولُ السُّفَهَاءُ مِنَ النَّاسِ مَا وَلَّيْتَهُمْ عَنِ قِبَلَتِهِمْ الَّتِي كَانُوا عَلَيْهَا قُلْ لِلَّهِ الْمَشْرِقُ وَالْمَغْرِبُ يَهْدِي مَنْ يَشَاءُ إِلَى صِرَاطٍ مُسْتَقِيمٍ ﴾ [البقرة: 142].

13. في الهوامش، يترك بعد أرقام الهوامش فراغ واحد ثم تبدأ كتابة المعلومات التي يراد كتابتها، وهوامش كل صفحة تبدأ بالرقم واحد.

14. قائمة المصادر ترتب على أسماء الشهرة للمؤلفين، كالاتي:

ابن حجر، أحمد بن علي بن محمد العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، تحقيق: علي محمد البجاوي، بيروت: دار الجيل، ط 1، سنة 1112 هـ / 1992م.

15. يرفق الباحث ملخصًا لسيرته الذاتية في حدود صفحة واحدة، ويفرق صورة شخصية له.

16. ترسل البحوث، والسير الذاتية المختصرة مطبوعة على ورق وقرص مدمج لرئيس التحرير مباشرة أو عبر البريد الإلكتروني الآتي.

17. للمجلة الحق في رفض نشر أي بحث بدون إبداء الأسباب والبحوث التي لا تقبل للنشر لا ترد إلى أصحابها.

18. لصاحب البحث المنشور الحق في الحصول على عدد (5) نسخ من عدد المجلة المعني مجاناً.

19. ترتيب ورود الأبحاث في المجلة لا يدل على أهمية البحث أو الباحث، إنما للكل التقدير والاحترام .

20. لإدارة المجلة حرية تغيير الخطوط والتنسيق بما يناسب إخراج المجلة بالصورة التي تراها.

نأمل من السادة الباحث والقراء المعذرة عن إي خطأ قد يحدث مقدماً ، فله الكمال وحده سبحانه وتعالى.

مجلة العلوم الشرعية والقانونية

مجلة علمية محكمة تصدرها

كلية القانون بالخمسة - جامعة المرقب

رئيس التحرير

د. إبراهيم عبدالسلام الفرس

هيئة التحرير:

د. مصطفى إبراهيم العربي

د. عبدالمنعم احمد الصارعي

د. أحمد عثمان احمد

اللجنة الاستشارية:

أ. د. عبدالسلام أبو ناجي .

أ. د. محمد رمضان باره .

د. عمر رمضان العبيد .

د. علي أحمد اشكور فوف .

أ. د. محمد عبدالسلام ابشيش .

أ. د. سالم محمد مرشان .

د. احمد علي أبو سطاتش .

د. عبد الحفيظ ديكنه .

فهرس الموضوعات

- 8..... كلمة مرئس التحرر
عقوبة الحرابة في الإسلام (دراسة فقهية مقارنة)
- 9..... د. محمد إبراهيم الكش
البعء المقاصدي من خلال كفارة اليمين
- 60..... د. المبروك عون سالم
أحكام الردّة في الشريعة الإسلامية وإشكاليات حول التقنين
- 86..... د. مصطفى إبراهيم العربي
التحكيم بين الزوجين في الشريعة الإسلامية
- 138..... د. إبراهيم عبد السلام الفرد
العصبية الحقوقية في مجال حقوق الإنسان (الموازنة بين الحقوق والقيود)
- 157..... د. عادل عبد الحفيظ كندس
فكرة الطعن في الأحكام التمهيدية بين القبول والرفض دراسة مقارنة
- 175..... د. أبو جعفر عمس المنصوري
خيامر العودة لدرستوم 1951م المعدل (آفاق وإشكاليات)
- 210..... د. محمد نجيب أحمد الكيتي
جرمة التنصت الهاتفى في القانونين الليبي والمصري "دراسة مقارنة"
- 225..... د. علي محمد إبراهيم خليفة

التزامات المترجم أمام المحاكم الإماراتية

250 مريم أحمد خلفان الصندل

عقد المشاركة بالوقت "دراسة تحليلية مقارنة"

282 يوسف مختار المستيري

كلمة رئيس التحرير بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله الذي علم الإنسان ما لم يعلم، وجعله خليفة له في الأرض، وكرمه وفضله على كل الخلائق، حمدا يليق بجلال عظمته وعظيم سلطانه سبحانه وتعالى، والصلاة والسلام على نبينا محمد . صلى الله عليه وسلم . وعلى آله وأصحابه الكرام الأخيار، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد:

إن الشعوب ترتقي بشبابها، فهم عماد الوطن، وعليهم المعول في النهوض بمجتمعاتهم، وإن أهم ما يحتاجه شعبنا في هذه الظروف، قوة الايمان بالله . تعالى . التي هي مصدر كل خير للناس وللأوطان، ومنها يبرز حب الوطن، ووجوب العمل لإصلاح ما فسد خلال هذه الايام في كل أنماط الحياة، واخراج الوطن من الازمات، والعودة به إلى طريق التقدم والبناء في أسرع وقت.

ولا تقدم ورقي إلا بالشباب، فالاهتمام بهم من أوجب الواجبات، فالتربية والتعليم، والرعاية الصحية والاجتماعية، فهي الادوات التي نبني بها أجيال المستقبل، والعودة بالشباب إلى أخلاق أهل الاسلام كما أمر الله سبحانه وتعالى في كتابه العزيز وسنة حبيبه المصطفى - صلى الله عليه وسلم - من خشية له عز وجل ، ورعاية له في السر والعلن، والصدق، وحسن الخلق، ومحبة الناس، وفعل الخيرات، والبعد عن الظلم، وتجنب الموبقات، والتوسط في كل الامور، وذلك باتباع أوامره واجتناب نواهيه سبحانه وتعالى.

كل هذا يرتقي ببلادنا إلى مصاف الدول المتقدمة فلا نجاح إلا بهذه المقدمات فمتى يُعنى بذلك ونعمل عليه شعوباً وحكومات.

والله ولي التوفيق وهو المستعان.

عقوبة الحرابة في الإسلام

(دراسة فقهية مقارنة)

إعداد الدكتور: محمد إبراهيم الكشر

أستاذ الفقه الإسلامي بالجامعة الأسمرية الإسلامية - زلنن

المقدمة

الحمد لله رب العالمين القائل في كتابه الكريم: ﴿ وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَعَصَبَ اللَّهِ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا ﴾⁽¹⁾، وأصلي وأسلم على إمام المتقين المبعوث رحمة للعالمين القائل: «كُلُّ الْمُسْلِمِ عَلَيَّ الْمُسْلِمِ حَرَامٌ مَالُهُ وَعَرَضُهُ وَدَمُهُ حَسْبُ امْرِئٍ مِنَ الشَّرِّ أَنْ يَحْقَرَ أَخَاهُ الْمُسْلِمَ»⁽²⁾، والقائل - ﷺ -: «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا عَنِ طَيِّبَةِ نَفْسٍ»⁽³⁾.

وبعد...

فهذه مقدمة نبين فيها أسباب اختيار الموضوع وأهميته، والمنهج المتبع في الدراسة، وخطة البحث.

(1) سورة النساء، الآية: (93).

(2) أخرجه مسلم، في صحيحه، كتاب البر والصلة والأدب، باب: تحريم ظلم المسلم وخذله واحتقاره ودمه وعرضه وماله، (2564)، 1986/4، وأحمد في مسنده، (7727) 159/13.

(3) أخرجه أحمد، في مسنده، (20695) 299/34، والبيهقي، في معرفة الآثار والسنن، كتاب: قتال أهل البغي، باب: الرجل يتأول، فيقتل أو يتلف مالا، أو جماعة غير ممنعة، (16484)، 2016/12.

- أسباب اختيار الموضوع وأهميته:

الأمر الذي دعاني إلى اختيار هذا الموضوع والكتابة فيه هو ما نسمعه كل يوم وما يجري في بلادنا الحبيبة من حالات قتل وإرهاب وقطع للطريق وسطو مسلح على أصحاب المحلات والمارة بالطريق العام وترويع الأمنين في بيوتهم وسلب أموالهم وممتلكاتهم من قبل بعض العصابات الإجرامية التي ظهرت مؤخرًا مستغلة ضعف الدولة وانقسامها، وهو ما شجع ضعاف النفوس والجرمين على القيام بمثل هذه الأعمال الإجرامية التي حرمها الشرع الحكيم، وحدّها عقوبات زاجرة وراعدة؛ لأنها تتنافى مع القيم الحميدة، وتنبذها الأخلاق النبيلة، وكان من الواجب علينا في مثل هذه الظروف الحرجة التي تمرّ بها بلادنا أن نبين للمسؤولين وولاة الأمر في الدولة الوليدة وكل من يعينهم الأمر حكم الشرع الحكيم فيمن يقترف مثل هذه الأعمال الإجرامية التي لا يقرّها شرع ولا عرف ولا خلق نبيل، وأن نبين لهم واجبه الشرعي في محاربة هؤلاء المارقين، ودورهم في المحافظة على الوطن ورعاية أمن المواطن، من خلال تطبيق العقوبة التي حددها الله ﷻ . في كتابه الكريم على هؤلاء المحاربين؛ للحدّ من شوكتهم والقضاء على هذا الورم الخبيث الذي بدأ ينتشر بسرعة في معظم أنحاء البلاد شرقها وغربها شمالها وجنوبها، وأنّ أي تكاسل أو تقصير سيؤدي إلى انفلات الأمر - لا قدر الله - وانتشار القتل والسلب والنهب جهارًا نهارًا من قبل هؤلاء الجرمين المحادّين لله ولرسوله المنتهكين لحرمة شرعه والمعتدين على حدوده ومحارمه.

- المنهج المتبع في الدراسة:

المنهج المتبع في هذه الدراسة هو (المنهج الاستقرائي المقارن) وذلك من خلال تتبع أقوال علماء المذاهب الفقهية المعتمدة مع بيان أدلتهم ومناقشتها والإجابة عليها وصولاً إلى القول الراجح منها.

- خطة البحث:

1. المقدمة: وفيها يتم بيان سبب اختيار الموضوع وأهميته، والمنهج المتبع في الدراسة، وتمهيد يتم فيه تعريف الحُرَابَةِ لغة واصطلاحًا.
2. مباحث الدراسة: تحتوي الدراسة على مبحثين:
المبحث الأول: اختلافات العلماء في تقدير عقوبات المحاربين.
المبحث الثاني: أدلة الفقهاء ومناقشتها والإجابة عليها.
3. الخاتمة: وفيها يتم بيان القول الراجح في المسائل التي تناولتها الدراسة، وأيّها أقرب إلى تحقيق مقاصد الشريعة، ودرء المفاسد وجلب المصالح.

تمهيد

تعددت أسماء جريمة (الحُرَابَةِ) عند الفقهاء إلى عدة أسماء، فمنهم من سماها (السرقة الكبرى)، ومنهم من سماها (قطع الطريق)، ومنهم من سماها (الحُرَابَةِ)، وهو أنسبها، وذلك لأمرين:

الأول: أنه اللفظ المطابق لما ورد في القرآن الكريم.

والثاني: أنه أدلّ على المراد من غيره؛ لأنه يشمل كلّ صور هذه الجريمة، في حين اقتصر كلّ من الاسمين الآخرين على بعض صورها.

الحُرَابَةُ لغة واصطلاحاً:

الحُرَابَةُ لغة:

مصدر للفعل: (حَرَبَ)، تقول حَرَبَهُ يَحْرِبُهُ حَرَبًا مثل طلبه يطلبه طلبًا إذا

سلب ماله وتركه بلا شيء.

ورجلٌ حَرَبٌ ومَحْرَبٌ، أي شديد الحرب شجاع ، وقومٌ مَحْرَبَةٌ ، ورجلٌ مَحْرَابٌ أي: محارب لعدوه، والحارِبُ: هو الغاصب الناهب الذي يُعْري الناس ثيابهم⁽¹⁾.
والحَرْبُ بالتحريك: نهب مال الإنسان، والحَرْبُ بالتسكين: نقيض السلم، وهي القتال⁽²⁾، وكلّ هذه المعاني تدخل في الحِرَابَةِ؛ لأنّها استعمالاً للقوة وسلباً للأموال واعتداءً على الآخرين.

وفي اصطلاح الفقهاء:

اختلفوا في تعريفهم لجرمة الحِرَابَةِ، واشترط بعضهم شروطاً لم يرها الآخرون، ومن ثمّ فقد اختلف كلّ مذهب بتعريف مميّز، ضمنه العناصر التي يرى تحققها في الحرابة، لتكون جريمة موجبة للعقوبة المنصوص عليها في سورة المائدة في قوله - ﷻ -:
﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِّنْ خَلْفٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴾⁽³⁾.

فذهب الحنفية إلى القول بأنّ المراد بـ(قطع الطريق): هو الخروج على المارة لأخذ أموالهم على سبيل المغالبة على وجه يمنع المارة من المرور، ويقطع الطريق عليهم سواء أكان القطع من جماعة أم من واحد بعد أن يكون له قوة القطع، وسواء أكان بسلاح أم بغيره من العصا، والحجر، والخشب، ونحوها⁽⁴⁾.

(1) ينظر: لسان العرب، لابن منظور، مادة: (حرب): 49/2.

(2) ينظر: المصدر السابق، مادة: (حرب): 49/2.

(3) سورة المائدة، من الآية: (33).

(4) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني: 319/9.

وقال المالكية: المحارب هو الذي يقطع السبيل، وينقّر الناس في كلّ مكان، ويظهر الفساد في الأرض، وإن لم يقتل أحداً إذا ظهر عليه يُقتل، قال مالك - رحمه الله تعالى -: والمستتر في ذلك والمعلن سواء⁽¹⁾.

ولا فرق عندهم في الحرابية بين الاعتداء على النفس، أو المال، أو العرض، وفي هذا السياق يقول ابن العربي: بعد أن ذكر قصةً رُفِعَتْ إليه في أثناء توليه للقضاء، وفيها أنّ بعض المفتين قالوا: إنّ الحرابية تكون في الأموال لا في الفروج، فردّ عليهم بقوله: "ألم تعلموا أنّ الحرابية في الفروج أفحش منها في الأموال، وأنّ الناس كلّهم ليرضون أنّ تذهب أموالهم، وتخرّب⁽²⁾ من بين أيديهم، ولا يُخرّب المرء من زوجه وبنته، ولو كان فوق ما قال الله عقوبة لكان لمن يسلب الفروج"⁽³⁾.

وذهب الشافعية إلى أنّ (قاطع الطريق): هو من شهر السلاح في مصر - أي بلد عظيم - أو برية مقفرة - أي: غير أهلة بالسكان - وأخذ المال مكابرة اعتماداً على الشوكة، والبعد عن الغوث والنجدة⁽⁴⁾.

وعند الحنابلة: المحاربون هم قطاع الطريق، أي: المكلفون الملتزمون ولو أنثى، الذين يعرضون للناس بالسلاح ولو بعضاً وحجارة في صحراء، أو بنيان، أو بحر، فيغضبونهم مالاّ محترماً قهراً مجاهرة⁽⁵⁾.

وعلى هذا: فقاطع الطريق على المسلم أو الدّمي محارب، ومشهر السلاح كذلك محارب وإن كان منفرداً في مدينة، وخادع الصبي حتى يدخله موضعاً ليأخذ

(1) ينظر: أحكام القرآن، لابن العربي: 93/2، والمسالك في شرح موطأ مالك، لابن العربي: 155/7.

(2) تخرّب: أي تسلب. ينظر: لسان العرب، لابن منظور، مادة: (حرب): 49/2.

(3) أحكام القرآن: 94/2.

(4) ينظر: المهذب، للشيرازي: 366/3، والعباب المحيط بمعظم نصوص الشافعي، لابن المذحجي: 1874/5، والمجموع، للنووي، تكملة المطيعي: 16/22.

(5) ينظر: كشف القناع عن متن الإقناع، للبهوتي: 157/6.

ما معه محارب، ويجوز قتالهم باتفاق، وفي دعائه إلى التقوى قبله إن أمكن: قولان⁽¹⁾.

ويتبين مما سبق: أن الحرابة باتفاق جميع العلماء، هي إشهار السلاح، وقطع السبيل خارج المصر، وفي داخله خلاف⁽²⁾.

المبحث الأول: اختلافات العلماء في

تقدير عقوبات المحاربين

يوضح قوله . ﷺ . في الآية الكريمة: «إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خَلْفٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ جِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ»⁽³⁾ الأحكام المتعلقة بالمحاربين من قطع الطرق ومخيفي السبيل الذين نصبوا أنفسهم لمحاربة الأمن داخل الدولة وإثارة الفوضى ونشر الرعب بين صفوف الأمنين والخروج على النظام الحاكم من غير تأويل يعتمدون عليه، ولا غاية دينية يحققونها، بل خرجوا قاصدين الإجرام لأجل الإجرام، ومحاربة الأمنين وإزعاجهم، فقد حكم الله . ﷺ . فيهم بأربعة أحكام ذكرها في الآية، فقال . ﷺ .: «أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خَلْفٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ»، ثم اختلف العلماء في التخيير الذي دلت عليه (أو) في الآية الكريمة، أيقصد به التنوع بتنوع العقوبة على حسب الجرائم، فإذا قُتِلُوا قُتِلُوا، وإذا سرقوا قطعت أيديهم وأرجلهم من خلاف،

- (1) ينظر: المعونة، للقاضي عبد الوهاب البغدادي: 1366/3، وجامع الأمهات، لابن الحاجب: 523.
 (2) ينظر: المبسوط، للسرخسي: 165/9، 166، والإشراف على مذاهب العلماء، لأبي بكر بن المنذر: 238/7، 244، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد، لابن رشد (الحفيد) 2279/4، ومختصر المزني: 353، والمهذب، للشيرازي: 366/3، والإقناع في مسائل الإجماع، لأبي الحسن ابن القطان 268/2، ومراتب الإجماع، لابن حزم: 211، والمحرر في الفقه، لأبي البركات: 160/2، وشرح كتاب السياسة الشرعية لابن تيمية، شرح محمد بن العثيمين: 131.
 (3) سورة المائدة، الآية: (33).

وإذا سرقوا وقتلوا وقتلوا وصلبوا، وإن تجمعوا واتفقوا على ارتكاب الجرائم من غير أن يرتكبوها بالفعل كان النفي من الأرض، أم تقصد حقيقة التخيير بأن الإمام مخيراً غير مقيد بنوع من العقوبة في حال، وبنوع آخر في حال أخرى عندما يرتكبون فيها جريمة معيّنة، بل ترك الأمر لتقديره وتدبيره، وهو ينظر إلى مقدار الترويع بما يتناسب مع قوة الجناة من غير نظر إلى نوع ما ارتكبوا من جرائم ولا إلى مقدارها، إنما ينظر إلى مقدار الزجر والردع.

اختلف أهل العلم في ذلك على ثلاثة أقوال:

الأول: أنّها تجب على طريق التنويع، وبه قال بعض الصحابة والتابعين، وهو مذهب جمهور الفقهاء⁽¹⁾.

والثاني: أنّ العقوبات التي أوجبها الله - ﷻ - على المحاربين في قوله - ﷻ -: ﴿أَن يَقْتُلُوا أَوْ يُصَلِّبُوا أَوْ تَقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِّنْ خَلْفٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ﴾ على التخيير والأمر راجع فيها إلى اجتهاد الإمام ونظره ومشورة الفقهاء بما يراه أتم للمصلحة وأدفع للمفسدة، وليس ذلك على هوى الإمام، وهو مذهب الإمام مالك ومن تبعه من أصحابه⁽²⁾.

(1) الحنفية والشافعية والحنابلة، ينظر: الباب في شرح الكتاب، للميداني: 81/3، 82، والاختيار لتعليق المختار، لمجد الدين الموصلي: 492/2، وزهرة التفاسير، لأبي زهرة: 2151/4، 2152، والإقناع لابن المنذر: 334/1، والحاوي الكبير، للماوردي: 352/13، ومعني المحتاج، للشربيني: 498/5، واحتلاف الأئمة العلماء، لابن هبيرة: 285/2، والمغني، لموفق الدين بن قدامة 353/12، 354، والحرر في الفقه، لأبي البركات: 161/2، وكتاب السياسة الشرعية، لابن تيمية: 132، 133.

(2) ينظر المعونة، للقاضي عبد الوهاب البغدادي: 1366/3، والاستذكار، لأبي عمر بن عبد البر: 552/7، والمنتقى، لأبي وليد الباجي: 207/9، 208، والقوانين الفقهية: لابن جزي: 368، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير لمختصر خليل، 349/4، وما بعدها، ومناهج التحصيل في شرح المدونة، لأبي الحسن الرجرجاني: 75/10، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد، لابن رشد (الحفيد): 2282/4.

والثالث: أنّ الإمام مخير فيهم بين القتل والصلب ، والقطع والنفي ، وهو قول بعض التابعين، ومذهب الظاهرية⁽¹⁾.

اختلافهم في ترتيب هذه العقوبات على النحو الآتي:

الأول: مذهب الحنفية:

قالوا: إنّ أخذوا المال تقطّع أيديهم وأرجلهم من خلاف، وإنّ قتلوا فقط قُتلوا، وإنّ قتلوا وأخذوا المال كان الإمام بالخيار: إنّ شاء قطع أيدهم وأرجلهم من خلاف ثمّ قتلهم أو صلبهم، وإنّ شاء لم يقطع، وإنّما يقتل أو يصلب. وإنّ أخافوا الطريق فقط دون قتل، ولا أخذ للمال، ينفوا من الأرض، أي: يجبسوا أو يعزّروا، والذي دُكر في الصورة الثالثة وهو: (القتل وأخذ المال) هو رأي الإمام أبي حنيفة وزفر.

وقال الصحابان أبو يوسف ومحمد بن الحسن: يقتل الإمام قاطع الطريق أو يصلبه، ولكن لا يقطعه؛ لأنّ الجناية وهي قطع الطريق واحدة فلا توجب حدّين؛ ولأنّ ما دون النفس في الحدود يدخل في النفس كالسارق إذا زنى وهو محصن، وكمن زنى وهو غير محصن ثمّ أحصن وزنى؛ فإنّه يرجم لا غير، فكذلك ههنا. وردّ أبو حنيفة وزفر على ذلك بأنّ هذه الجناية وإن كانت واحدة؛ فإنّ القطع والقتل أيضًا عقوبة واحدة، ولكنها مغلّظة لتغلّظ سببها، حيث إنّ قطع الطريق يخلّ بالأمن على النفس والمال معًا⁽²⁾.

الثاني: مذهب المالكية:

ذهب إلى الإمام مالك إلى أنّ ترتيب العقوبات يكون على النحو الآتي:

(1) ينظر: المحلى، لابن حزم: 319/11.

(2) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني: 326/9-329، والهداية، للمرغيناني: 805/2، والاختيار لتعليل المختار، مجد الدين الموصلي: 492/2، واختلاف الأئمة العلماء، لابن هبيرة: 286/2.

أ. إن أخاف القاطع السبيل فقط كان الإمام مخيراً بين قتله أو صلبه أو قطعه من خلاف أو نفيه وضربه على التفصيل الآتي:

- إن كان المحارب ممن له الرأي والتدبير، فوجه الاجتهاد قتله، أو صلبه؛ لأنّ القطع لا يرفع ضرره.

- وإن كان لا رأي له ولكنّه ذو قوة وبطش وبأس شديد فعقوبته القطع من خلاف.

- وإن كان ليس فيه شيء من هاتين الصفتين أخذ بأيسر عقاب فيه، وهو الضرب والنفي.

ب. وأمّا إذا قتل فلا بدّ من قتله وليس للإمام تخير في قطعه، ولا في نفيه، وإنّما التخير في قتله أو صلبه.

ج. وأمّا إن أخذ المال ولم يقتل فالإمام مخير بين قتله أو صلبه أو قطعه أو نفيه، يفعل ممّا ذكر ما يراه نظراً ومصصلحة ولا يحكم فيه بالهوى⁽¹⁾.

وسبب الخلاف: مرجعه إلى المراد ب(أو) في الآية هل هو للتخير أو للتفصيل على حسب جنائيتهم؟ فحمل مالك . رحمه الله تعالى - بعض المحاربين على التفصيل، وبعضهم الآخر على التخير⁽²⁾.

الثالث: مذهب الشافعية والحنابلة:

(1) ينظر: المعونة، للقاضي عبد الوهاب البغدادي: 1366/3، والاستذكار، لأبي عمر بن عبد البر: 552/7، والمنتقى، لأبي وليد الباجي: 207/9، 208، والقوانين الفقهية، لابن جزي: 368، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير لمختصر خليل: 349/4، وما بعدها.

(2) ينظر: مناهج التحصيل في شرح المدونة، لأبي الحسن الرجراجي: 75/10، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد، لابن رشد (الحفيد): 2282/4.

قالوا: إن أخذوا المال فقط قطعت أيديهم وأرجلهم من خلاف، وإن قتلوا ولم يأخذوا المال، قتلوا ولم يصلبوا، وإن قتلوا وأخذوا المال، قتلوا وصلبوا ولم يقطعوا، وإن أخافوا السبيل ينفوا من الأرض⁽¹⁾.

فهم يخالفون الحنفية في الصورة الثالثة فقط، وهي إذا جمع المحارب بين القتل وأخذ المال، فقال أبو حنيفة: نقتله بالقتل، ويكون الإمام في أخذ المال مخيّرًا بين ثلاثة أشياء: أن يقطع يده ورجله ولا يصلب، أو أن يصلب ولا يقطع يده ورجله، أو أن يجمع بينهما فيقطع يده ورجله ويصلبه، وعند الشافعية والحنابلة: لا يجوز أن يجمع بين القتل والقطع.

ومذهب جمهور العلماء أن (أو) للتنويع، وعلى هذا تكون العقوبة بحسب نوع الجناية كما تبين.

اختلافهم في المراد وصفة هذه العقوبات على مذاهب:

أولاً: فيما يتعلق بعقوبة الصلب:

اختلفوا فيها على النحو الآتي:

1. في وقت الصلب وصفته.

اختلفوا على ثلاثة مذاهب:

أ- مذهب الحنفية والمالكية:

قال أبو يوسف، والكرخي: - وهو الأصح عند الحنفية، والرّاجح عند المالكية - وهو قول ابن القاسم، وابن الماجشون، واختيار ابن بَكير: يصلب قاطع الطريق حيًّا على خشبة تغرز في الأرض، يربط جميعه بها بعد وضع قدميه على خشبة عريضة من الأسفل، وربط يديه على خشبة عريضة من الأعلى، ثمّ يقتل مصلوبًا

(1) ينظر: مختصر المزني: 353، والمهذب، للشيرازي: 366/3، ودليل الطالب لنيل المطالب، للكرمي الحنبلي:

364، 365، وعمدة الفقه، لابن قدامة: 117.

قبل نزوله من على الخشبة بأن يطعن بالحربة؛ لأنّ الصلب عقوبة مشروعة تغليظاً، وهي عقوبة للحي؛ لأنّ الميت ليس من أهل العقوبة، وهذه العقوبة ليست من قبيل المثلة المنهي عنها⁽¹⁾؛ ولأنّ معنى الصلب أن يُقتل مصلوباً فيسيل دمه وهو مربوط في الخشبة من قولهم: تَمَّ مُصَلَّبٌ إِذَا كَانَ ذَا صَفَرٍ سَائِلٌ؛ ولأنّ الله - ﷻ - . خير في صفة قتله، ولو كان خير في صلبه بعد قتله لقال: (أَنْ يُقْتَلُوا ثُمَّ يُصَلَّبُوا)⁽²⁾.

ب. مذهب الشافعية، والحنابلة، والطحاوي من الحنفية:

أنّ الصلب يكون بعد القتل؛ لأنّ الله - ﷻ - . قدّم القتل على الصلب لفظاً، وفي صلبه حياً تعذيب له وتمثيل به⁽³⁾.

وقد نهي النبي - ﷺ - . عن المثلة وعن تعذيب الحيوان، فقال: «إِنَّ اللَّهَ كَتَبَ الْإِحْسَانَ فِي كُلِّ شَيْءٍ، فَإِذَا قَتَلْتُمْ فَأَحْسِنُوا الْقِتْلَةَ، وَإِذَا ذَبَحْتُمْ فَأَحْسِنُوا الذَّبْحَةَ، وَلِيُحَدِّدَ أَحَدُكُمْ شَفْرَتَهُ، وَلِيُرِخَ ذَبِيحَتَهُ»⁽⁴⁾، والغرض من صلبه بعد قتله هو التنكيل

(1) ينظر: الجامع الصغير، لأبي عبد الله محمد بن الحسن الشيباني، وشرحه النافع الكبير، لأبي الحسنات اللكنوي: 300/1، وبدائع الصنائع، للكاساني: 330/9، والهداية، للمرغيناني: 806/2، وتحفة الفقهاء، للسمرقندي: 156/3، والاختيار لتعليق المختار، لمجد الدين الموصلي: 493/2، واختلاف الأئمة العلماء، لابن هبيرة: 286/2، والجوهرة النيرة شرح مختصر القدوري، لأبي بكر الزبيدي: 421/2.

(2) ينظر: المقدمات الممهّدات، لابن رشد (الجد): 233/3، والنوادر والزيادات، لابن أبي زيد القيرواني: 464/14، 465، ومناهج التحصيل في شرح المدونة، لأبي الحسن الجرجاني: 76/10، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد (لابن رشد الحفيد): 2282/4.

(3) ينظر: الجامع الصغير: 300/1، وتحفة الفقهاء، للسمرقندي: 156/3، وحاشية ابن عابدين: 183/6، والأم: 213/6، ومختصر المزني: 353، والوسيط في المذهب، لأبي حامد الغزالي: 497/6، ومغني المحتاج، للشريبي: 498/5، وحاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب: 363/4، والمغني، لموفق الدين بن قدامة: 355/12، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، للمرداوي: 1765/2، والإشراف على مذاهب العلماء، لأبي بكر بن المنذر: 241/7.

(4) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الصيد والذبائح وما يؤكل من الحيوان، (11) باب: الأمر بإحسان الذبح والقتل وتحديد الشفرة، (1955): 94/7، وفيه (على كل شيء) بدل (في كل شيء) و(الذبح) بدل (الذبيحة)، وأبو داود في سننه، كتاب الضحايا، (12) باب: في النهي أن تصبر البهائم والرفق بالذبيحة،

به، وزجر غيره؛ ليشتهر أمره. وفي قول آخر للشافعية: يصلب حيًّا للتشهير به ثم ينزل فيقتل⁽¹⁾.

ج. مذهب الظاهرية:

قالوا: إنَّ المراد بالصلب في الآية هو أن يصلبه الإمام حيًّا ثم يتركه حتى يموت ويبس كله ويجف؛ لأنَّ الصلب في كلام العرب يقع على معينين: أحدهما: من الأيدي والربط على الخشبة، قال . ﷺ . حاكياً عن فرعون ﴿وَأَصْلَبْتَكُمْ فِي جُدُوعِ التَّحْلِ﴾⁽²⁾، والوجه الآخر عندهم: التبييس.

قال الشاعر: وهو يصف فلاة مضلة.

بِهَا جَيْفُ الْحَسْرَى فَأَمَّا عِظَامُهَا
يُرِيدُ أَنْ جِلْدَهَا يَابَسَ .
فَبَيْضٌ وَأَمَّا جِلْدُهَا فَصَلِيبٌ

وقال الآخر:

جَدِيمَةٌ نَاهِضٌ فِي رَأْسِ نَيْقٍ تَرَى لِعِظَامٍ مَا جَمَعَتْ صَلِيبًا⁽³⁾.

2. في مدة الصلب.

اختلفوا فيها على أربعة مذاهب:

(2815): 1228/3، والترمذي في جامعه الكبير، أبواب الديات، (14) باب: ما جاء في النهي عن المثلة (1409): 78/3، والنسائي في سننه، كتاب الضحايا، (27) باب: حسن الذبح، (4424)، (4425)، (4426): 184/4، وابن ماجه في سننه، كتاب الذبائح، (3) باب: إذا ذبحتم فأحسنوا الذبح، (3170) 582/4، وقال الترمذي: هذا الحديث حسن صحيح. وينظر: نصب الراية، للزيلعي، كتاب الذبائح 187/4، وتلخيص الحبير، لابن حجر: 143/4، والبدر المنير، لابن الملقن: 315/9.

(1) ينظر: المهذب، للشيرازي: 367/3.

(2) سورة طه، من الآية: (71).

(3) ينظر: المحلى، لابن حزم: 317/11.

أ. مذهب الحنفية والشافعية:

مدة الصلب عندهم ثلاثة أيام؛ لأنها كافية لاشتهار حاله وإتمام النكال به؛ ولأنه عند الحنفية: إذا زيد على الثلاثة يتغير ريحه ويتأذى به الناس. وعند الشافعية: أن ذلك محمول على زمن البرودة والاعتدال، أما إذا خيف التغيير قبل الثلاثة؛ أنزل على الأصح عندهم، وعند أبي يوسف أنه يترك على الخشبة حتى يتقطع فيسقط؛ ليعتبر به غيره⁽¹⁾.

ب - مذهب المالكية:

الراجح عندهم أنه ليس له وقت محدد، وإنما ينزل من الخشبة بعد صلبه، وقبل تغييره، وهذا خاص بالرجل، أما المرأة فلا تُصلب؛ لأنها عورة⁽²⁾.

ج. مذهب الإمام أحمد:

أن مدة الصلب لا توقيت فيها، وإنما يصلب بقدر ما يقع عليه اسم الصلب، قال ابن قدامة: والصحيح توقيته بما ذكر الخرقى، وهو بقدر ما يشتهر أمره؛ لأن المقصود يحصل به⁽³⁾.

د. مذهب الظاهرية:

وهو أن يترك مصلوبًا حتى ييبس ويجف⁽⁴⁾.

-
- (1) ينظر: الاختيار لتعليل المختار، لمجد الدين الموصلي: 493/2، والدر المختار، للحصكفي: 183/6، والمهذب، للشيرازي: 367/3، ومغني المحتاج، للشريبي: 498/5، ومنهاج الطالبين، للنووي: 511.
- (2) ينظر: منح الجليل شرح مختصر خليل، لمحمد عيش: 340/9، والنوادر والزيادات، لابن أبي زيد القيرواني: 466/14، والمسالك في شرح موطأ مالك، لابن العربي: 158/7، ومنح الجليل شرح مختصر خليل، لمحمد عيش: 341/9، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد، لابن رشد (الحفيد): 2282/4، ومناهج التحصيل في شرح المدونة، لأبي الحسن الرجرجاني: 77/10.
- (3) ينظر: المغني، لموفق الدين بن قدامة: 356/12، والكافي في الفقه، لموفق الدين بن قدامة: 143/4، والمحرر في الفقه، لأبي البركات: 161/2، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، للمرداوي: 1764/2.
- (4) ينظر: المحلى، لابن حزم: 315/11.

3. في الصلاة عليه:

اختلف فيها على خمسة مذاهب:

أ - مذهب الحنفية: لا يصلى عليه⁽¹⁾.

ب - مذهب المالكية: يُغسَلُ ويُصَلَّى عليه غَيْرُ أهل الفضل والصلاح، ويُدفن في مقابر المسلمين.

ووجه: أنه مات على الإسلام، وقُتِلَ في عقوبة، فثبت له حكم الصلاة عليه كسائر من قُتِلَ في حدٍّ⁽²⁾.

ج - مذهب الشافعية:

بعد صلبه ينزل من على الخشبة بعد مرور ثلاثة أيام، ويغسل، ويكفن، ويصلى عليه، ويدفن في مقابر المسلمين⁽³⁾.

د - مذهب الحنابلة:

إذا اشتهر أمره أنزل ودفع إلى أهله، فيغسل، ويكفن، ويصلى عليه ويدفن⁽⁴⁾.

هـ - مذهب الظاهرية:

إذا يبس وجفّ أنزل، وكفن، وصلى عليه، ودفن⁽⁵⁾.

(1) ينظر: الاختيار لتعليل المختار، لمجد الدين الموصلبي: 493/2، وحاشية ابن عابدين: 183/6.

(2) ينظر: النوادر والزوائد، لابن أبي زيد القيرواني: 466/14، والمسالك في شرح موطأ مالك، لابن العربي: 158/7، ومنح الجليل شرح مختصر خليل، لمحمد عليش: 341/9، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد، لابن رشد (الحفيد): 2282/4.

(3) ينظر: المهذب، للشيرازي: 367/3، والمجموع، للنووي، تكملة المطيعي: 167/22.

(4) ينظر: المغني، لموفق الدين بن قدامة: 357/12، والكاافي في الفقه، لموفق الدين بن قدامة: 143/4.

(5) ينظر: المحلى، لابن حزم: 317/11.

ثانياً: في صفة قطع المحارب:

تقطع يد المحارب اليمنى ورجله اليسرى، وهو معنى قوله . ﷺ :: ﴿مَنْ خَلَفَ﴾⁽¹⁾، ليكون أرفق به في إمكان مشيه، ولا ينتظر اندمال اليد في قطع الرجل بل يقطعان معاً، يبدأ بيمينه فتقطع وتحسم، ثم بـرجله؛ لأنّ الله . ﷺ . بدأ بذكر الأيدي، ولا خلاف بين أهل العلم في أنّه لا يقطع منه غير يد ورجل إذا كانت يداه ورجلاه صحيحتان⁽²⁾.

أمّا إن كان معدوم اليد والرجل لكونه قطع في حرابة سابقة، أو سرقة، أو قصاص، أو كان أشل اليد اليمنى، فاختلّفوا فيه على ثلاثة مذاهب:

أ - مذهب الحنفية، ورواية عند الحنابلة:

أنّه يسقط عنه القطع في هذه الحالة سواء أكانت يده اليمنى ورجله اليسرى أم العكس؛ لأنّ القطع زيادة على ذلك يذهب بمنفعة الجنس، أو منفعة البطش، أو المشي، أو كليهما⁽³⁾.

ب - مذهب المالكية:

اختلفوا فيه على قولين:

(1) سورة المائدة، من الآية: (33).

(2) ينظر: رد المحتار (حاشية ابن عابدين): 181/6، والمقدمات الممهّدات، لابن رشد (الجد): 233/3، 234، والمسالك في شرح موطأ مالك، لابن العربي: 158/7، ومختصر المزي: 353، والمهذب، للشيرازي: 368/3، والشافي في شرح مسند الشافعي، لابن الأثير 304/5، ومغني المحتاج، للشريبي: 496/5، وعمدة الفقه، لابن قدامة: 117، والمغني، لموفق الدين بن قدامة: 358/12، والكافي في الفقه، لموفق الدين بن قدامة: 143/4، والمحرر في الفقه، لأبي البركات: 161/2، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، للمرداوي: 1766/2.

(3) ينظر: حاشية ابن عابدين على الدر المختار، ومعها تقارير الرافي بالهامش: 181/6، والمغني، لموفق الدين بن قدامة: 359/12.

أحدها: قول ابن القاسم: وهو أن تقطع يده اليسرى ورجله اليمنى حتى يكون القطع من خلاف مثلما ورد في الآية الكريمة.

والثاني: قول أشهب، ورواية عن ابن القاسم أن تقطع يده اليسرى ورجله اليسرى⁽¹⁾.

ووجه القول الأول: أن الخلاف مشروع بنص القرآن، فإذا تعذر قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى، وانتقل إلى اليسرى، وجب أن يقطع الرجل اليسرى وليس اليمنى.

ووجه القول الثاني: أن القطع أول مرة متعلق باليمنى، فإذا منع من ذلك مانع انتقل إلى اليسرى، وبقي القطع في الرجل اليسرى على ما كان؛ لأنه لم يمنع منه مانع⁽²⁾.

قال أبو زيد القيرواني: والقول الأول هو الصحيح؛ لأن القطع في المحارب يد ورجل من خلاف كشيء واحد، فإذا وجد اليمنى شلاء رجع إلى اليد الأخرى التي تقطع معها الرجل من خلاف، وبه قال ابن رشد⁽³⁾.

ج. مذهب الشافعية، ورواية أخرى عند الحنابلة:

أنه يقطع ما بقي من أعضائه، فإن كانت يده اليمنى مقطوعة قطعت رجله اليسرى وحدها، ولو كانت يده صحيحتين ورجله اليسرى مقطوعة؛ قطعت يمينه ولا قطع في غير ذلك؛ لأنه وجد في محل الحد ما يستوفي فاكته باستفائه، وإن كان ما وجب قطعه أشل وقال أهل الطب أن قطعه يفضي إلى تلفه لم يقطع

(1) ينظر: المقدمات الممهدة، لابن رشد (الجد): 233/3، 234، والمسالك في شرح موطأ مالك، لابن العربي: 158/7.

(2) ينظر: المسالك في شرح موطأ مالك، لابن العربي: 158/7.

(3) ينظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد القيرواني: 468/14، ومنح الجليل شرح مختصر خليل، لمحمد عليش: 342/9.

وكان حكمه حكم العدم، وإن كان لا يفضي إلى تلفه فعند الحنابلة قولان: بالقطع وعدمه⁽¹⁾.

د. مذهب الظاهرية:

لو قطع القاطع يسرى يديه ويمنى رجله لا مانع لديهم سواء فعل ذلك عمدًا أو غير عمد؛ لأن الله ﷻ . لم ينص على قطع يمى دون يسرى وإنما ذكر ﷻ . الأيدي والأرجل فقط دون تفصيل⁽²⁾.

ثالثًا: في المراد بالنفي:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه إن أخاف الطريق ولم يأخذ مالا ولم يقتل نفسًا فعقوبته النفي من الأرض، ثم اختلفوا في أمرين:

1. في كيفية النفي:

اختلفوا فيها على ثلاثة أقوال:

أ. مذهب الحنفية:

قالوا: إن المراد ب(نفيه من الأرض) حبسه في بلده حتى تظهر توبته أو يموت؛ لأن في الحبس نفيًا عن وجه الأرض، وخروجًا عن الدنيا مع قيام الحياة، إلا عن الموضع الذي حبس فيه، ومثل هذا في عرف الناس يسمى نفيًا عن وجه الأرض، وخروجًا عن الدنيا، كما قال بعض المحبوسين⁽³⁾:

خَرَجْنَا مِنَ الدُّنْيَا وَنَحْنُ مِنْ أَهْلِهَا فَلَسْنَا مِنَ الْأَحْيَاءِ فِيهَا وَلَا الْمَوْتَى

(1) ينظر: المهذب، للشيرازي: 366/3، 368، ومغني المحتاج، للشربيني: 496/5، 497، وحاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب: 362/4، والعباب المحيط بمعظم نصوص الشافعي، لابن المدحجي: 1875/5، والمجموع، للنووي، تكملة المطيعي: 168/22، والمغني، لموفق الدين بن قدامة: 359/12، والكاظمي في الفقه، لموفق الدين بن قدامة: 145/4، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، للمرداوي: 1766/2.

(2) ينظر: المحلى، لابن حزم: 319/11.

(3) أبو الفضل صالح بن عبد القدوس الأزدي، قتل؛ لأنه كان مرميًا بالزندقة، وكان شاعرًا متكلمًا يعظ الناس بالبصرة ويقص عليهم. ينظر: لسان الميزان، لابن حجر العسقلاني 172/3.

إِذَا جَاءَنَا السَّحَّانُ يَوْمًا لِحَاجَةٍ عَجِبْنَا، وَقُلْنَا: جَاءَ هَذَا مِنَ الدُّنْيَا
وأما التغريب ففيه إضرار ببلد آخر، وتمكين له من الهرب إلى دار الحرب،
وتعريضه للكفر⁽¹⁾.

ب - مذهب المالكية:

اختلفوا في المراد بالنفي الوارد في الآية على ثلاثة أقوال، والمشهور عندهم أن
ينفى من بلد إلى بلد فيسجن فيه إلى أن تظهر توبته، بشرط أن يكون بين البلدين
أقل ما تقصر فيه الصلاة، وهو قول ابن القاسم وروايته عن الإمام مالك⁽²⁾.
أما نفيه إلى أرض العدو فقد قال ربيعة: لا يُنفى المسلم المحارب من بلد
الإسلام إلى أرض العدو، ولكن يُسجن في أرض الغربية⁽³⁾.

(1) ينظر: الهداية، للمرغيناني: 805/2، وتحفة الفقهاء، للسمرقندي: 156/3، وتبيين الحقائق شرح كنز
الدقائق، للزبيعي: 236/3، والاختيار لتعليل المختار، لمجد الدين الموصلي: 492/2، ورد المختار (حاشية ابن
عابدين)، 180/6، 181.

(2) ينظر: عيون المجالس، للقاضي عبد الوهاب البغدادي: 2145/5، والإشراف على نكت مسائل الخلاف،
للقاضي عبد الوهاب البغدادي: 851/2، والمقدمات الممهدة، لابن رشد (الجد): 234/3، ومناهج
التحصيل في شرح المدونة، لأبي الحسن الرجرجاني: 77/10، 78، والمسالك في شرح موطأ مالك، لابن
العري: 159/7، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد، لابن رشد (الحفيد): 2283/4، ومنح الجليل شرح مختصر
خليل، لمحمد عlish: 341/9.

(3) ينظر: النوادر والزيادات، لابن أبي زيد القيرواني: 468/14. ومن هنا تظهر الحكمة من عدم جواز نفي
أبناء المسلمين إلى أرض العدو حتى وإن كانوا محاربين لأهلهم؛ لأنّ الغرض من إقامة الحدود زجر المخالفين،
وردع غيرهم من أهل الفساد، وتسليمهم إلى العدو عون لهم على زيادة الفتك والدمار ونشر الذعر
والإرهاب داخل المجتمع، وفيه فتنة وفساد كبير، وانتهاك لحرمة الإسلام والمسلمين. وللأسف الشديد هذا ما
يفعله بعض حكام المسلمين اليوم مع مخالفيهم في الرأي ومعارضيههم ومنتقدي سياساتهم الخاطئة حيث
قاموا بنفيهم إلى أرض العدو بحجة التحالف العالمي لمكافحة الإرهاب والتشدد الإسلامي، فسلموهم إلى
أعداء الدين والوطن لينكّلوا بهم أشدّ تنكيل بغية فتنّتهم عن دينهم، فمارسوا ضدّهم شتى صنوف العذاب
التي لا يقرّها شرع ولا عرف ولا عقل، وهو ما أدى في كثير من الأحيان إلى انتهاك حرّمات ومقدسات
المسلمين، فدُنّس المصحف الشريف، واستهزئ بالنبّي الكريم - ﷺ -، وسُبّ وشتم على مرأى ومسمع
ملايين المسلمين - ولا حول ولا قوة إلاّ بالله العلي العظيم - كل هذا بحجة مكافحة الإرهاب، وهذا نتج عنه

ج. مذهب الشافعية:

أنّ النفي الوارد في الآية معناه: أن يجبسهم الإمام مدة حتى تظهر توبتهم، أو يعزّزهم بما يراه ردعاً لهم⁽¹⁾.

وفي قول آخر عن الشافعي - رحمه الله تعالى - أنّ النفي هو طلب الإمام لهم من بلد إلى آخر لإقامة الحدّ عليهم أينما ظفر بهم، فكأنّه يطلبهم من أماكنهم التي يهربون إليها، وانتقلهم من مكان إلى مكان خوفاً من الظفر بهم قد نفوا من الأرض⁽²⁾، وأما التغريب في حدّ الزنا فمعناه: الإبعاد لبلد آخر.

د. مذهب الحنابلة والظاهرية:

أنّ المراد بالنفي في الآية هو تشريدهم عن الأمصار والبلدان، فلا يتركون يأوون بلدًا، وعن أحمد روايتان، أحدها: كهذا القول، والأخرى: كقول الشافعية⁽³⁾، أمّا التغريب في حدّ الزنا، فمعناه عنده مثلما قال الشافعية.

2. في مدّته.

اختلفوا فيها على قولين:

ردّات فعل عكسية أذ انتشر الإرهاب والتشدد في أغلب البلدان الإسلامية بسبب سياسة الكبت، وتكميم الأفواه، وعدم قبول الرأي والرأي الآخر، والتجهيل المتعمد للشباب بعلوم الشريعة الإسلامية، ولو أنّهم حكموا شرع الله فيما شجر بينهم، وأقاموا حدوده في أرضه، ونشورا العدل بين رعاياهم؛ لسعدوا في الدنيا قبل الآخرة، ولما ضعفت شوكتنا وتجاسر علينا أعداؤنا من كلّ حدب وصوب، وحسبنا الله ونعم الوكيل في كل ظالم متكبر جبار لا يخشى يوم الحساب.

- (1) ينظر: مغني المحتاج، للشربيني: 496/5، والإشراف على مذاهب العلماء، لأبي بكر بن المنذر: 272/7.
- (2) ينظر: الأم، للإمام الشافعي: 213/6، ومختصر المزني: 353، والمهذب، للشيرازي: 367/3، والشافي في شرح مسند الشافعي، لابن الأثير: 304/5.
- (3) ينظر: المغني، لموفق الدين بن قدامة: 362/12، والكاظمي في الفقه، لموفق الدين بن قدامة: 142/4، والمحرر في الفقه، لأبي البركات: 160/2، والأنصاف في معرفة راجح من الخلاف، المرادوي: 1766/2، وكشاف القناع عن متن الإقناع، للبهوتي: 160/6، واختلاف الأئمة العلماء، لابن هبيرة: 287/2، والمحلى، لابن حزم: 304/11.

الأول: أنّ مدة النفي غير محددة ، فيظل المحارب محبوباً حتى يحدث توبة، وهو رأي جمهور الأئمة⁽¹⁾.

والثاني: مذهب الظاهرية أنّ المراد بالنفي عندهم انعدام الاستقرار في الأرض كلّها؛ وعليه فينبغي ألاّ يترك المحارب؛ ليقرّر إلاّ مدة أكله وشربه ونومه وما لا بدّ منه من الراحة التي إنّ لم ينلها مات، وكذلك مدة مرضه، فإنّ تاب سقط عنه النفي⁽²⁾.

المبحث الثاني:

أدلة الفقهاء ومناقشتها والإجابة عليها

أولاً: أدلة الجمهور:

استدلوا على أنّ هذه العقوبات وجبت عن طريق الترتيب بثلاثة أمور:

أولها: إنّ التخيير مفضّل إلى أنّ يعاقب من قلّ جرمه بأغلظ العقوبات، ومن كثر جرمه بأخف العقوبات، والترتيب يمنع من هذا التناقض؛ لأنّه يعاقب في أقلّ الجرم بأخف العقوبات، وفي كثرة الجرم بأغلظها فكان أولى.

ثانيها: إنّ اختلاف العقوبات يوجب اختلاف أسبابها.

ثالثها: إنّها لما بدئ فيها بالأغلظ وجب أنّ يكون على الترتيب، مثل كفارة القتل والظهار، ولو كانت على التخيير لبديء فيها بالأخف مثل كفارة اليمين، ويدل عليه أيضاً أنّ العقوبات تختلف باختلاف الإجرام، ولذلك اختلف حكم الزاني والقاذف والسارق وقد سووا بينهم مع اختلاف جناياهم، وهذا يرد على

(1) ينظر: حاشية بن عابدين: 180/6، والإشراف على نكت مسائل الخلاف، للقاضي عبد الوهاب البغدادي: 851/2، ومغني المحتاج، للشريبي: 496/5، والعباب المحيط بمعظم نصوص الشافعي، لابن المدحجي: 1876/5، 1887، والمغني، لموفق الدين بن قدامة: 362/12، وبهامشه الشرح الكبير، لشمس الدين بن قدامة: 362/12.

(2) ينظر: المحلى، لابن حزم: 304/11.

مالك فإنه إنما اعتبر الجلد والرأي دون الجنايات وهو مخالف للأصول التي ذكرناها⁽¹⁾.

وقال الشافعية والحنابلة الرواية المشهورة عن ابن عباس: إن هذه الآية منزلة على أحوال، وفيها قيود مقدرة، أي: أن يقتلوا إذا قتلوا ولم يأخذوا المال، أو يصلبوا إذا قتلوا وأخذوا المال، أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف إذا أخذوا المال ولم يقتلوا أحدًا، أو ينفوا من الأرض إذا أخافوا السبيل ولم يقتلوا أحدًا ولم يأخذوا مالاً⁽²⁾، فحمل كلمة (أو) على التنويع لا على التخيير، كما في قوله . ﷺ: ﴿وَقَالُوا كُونُوا هُودًا أَوْ نَصَارَى تَهْتَدُوا﴾⁽³⁾، أي قالت اليهود: كونوا هودًا، وقالت النصارى: كونوا نصارى⁽⁴⁾، ثم اختلفوا في كيفية الترتيب إذا جمع المحارب بين القتل وأخذ المال، فقال أبو حنيفة: نقتله بالقتل، ويكون الإمام في أخذ المال مخير فيه بين ثلاثة أشياء: إن شاء قطع أيديهم وأرجلهم ثم قتلهم، وإن شاء قتلهم من غير قطع، وإن شاء صلبهم⁽⁵⁾، واستدل على جواز الجمع بينهما بأمرين:

(1) ينظر: المبسوط، للسرخسي: 166/9، وبدائع الصنائع، للكاساني: 327/9، والاختيار لتعليق المختار، لمجد الدين الموصللي: 492/2، واللباب في شرح الكتاب، للميداني: 81/3، 82، والإقناع لابن المنذر: 334/1، والحاوي الكبير، للماوردي: 352/13، 353، ومغني المحتاج، للشربيني: 498/5، واختلاف الأئمة العلماء، لابن هبيرة: 285/2، وحاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب: 363/4، والمجموع، للنووي، تكملة المطيعي: 161/22، والمغني، لموفق الدين بن قدامة: 353/12، 354، وروح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، لشهاب الدين الألوسي: 290/3.

(2) ينظر: المجموع، للنووي، تكملة المطيعي: 166/22، ومختصر الفتاوى المصرية لابن تيمية، تأليف: بدر الدين أبو عبد الله محمد بن علي الحنبلي البعلبي: 619/1، وأضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، للشنقيطي: 394/1، 395.

(3) سورة البقرة، من الآية: (135).

(4) ينظر: فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، لزكريا الأنصاري: 285/2، ومجموعة الفتاوى لابن تيمية: 172/28.

(5) ينظر: المبسوط، للسرخسي: 166/9، وبدائع الصنائع، للكاساني: 329/9، والهداية، للمرغيناني: 805/2، والاختيار لتعليق المختار، لمجد الدين الموصللي: 492/2.

أحدهما: أنّ مبنى هذا الحد على التغليظ لغلظ جرميتهم، والقطع ثمّ القتل أقرب إلى التغليظ، فكان للإمام أن يختار ذلك لكونه أقرب إلى ما لأجله شرع هذا الحد.

الثاني: أنّ السبب الموجب للقطع هو أخذ المال، وقد وجد منهم، والسبب الموجب للقتل، وهو قتل النفس وقد وجد منهم، وإتّما يثبت الحكم بثبوت السبب، والكلّ حد واحد، ولا تداخل في الحد الواحد كالجلدات في الزنى، إتّما التداخل في الحدود⁽¹⁾.

وعند أبي يوسف، ومحمد بن الحسن: يقتصر على الصلب وحده، ولا يقطع الأيدي والأرجل، أخذًا بقول ابن عباس - رضي الله عنهما -؛ ولأنّيه اجتمع عليه العقوبة في النفس وما دونه حقًا لله - ﷻ - فيكون الحكم فيه أن يدخل ما دون النفس في النفس، كما إذا اجتمع حد السرقة، والشرب، والرجم؛ لأنّ المقصود الزجر، وذلك يتم باستيفاء النفس، فلا فائدة بالاشتغال بما دونه.

وقال أبو يوسف: لا أعفيه من الصلب؛ لأنّيه منصوص عليه في القرآن، فلا يجوز إسقاطه⁽²⁾.

وعند الشافعية والحنابلة: لا يجوز أن يجمع بين القتل والقطع، وعن أحمد إذا قتل وأخذ المال قتل وقطع؛ لأنّ كلّ واحدة من الجنائتين توجب حدًّا منفردًا، فإذا اجتمعا وجب حدّهما معًا كما لو زنى أو سرق⁽³⁾.

(1) ينظر: المبسوط، للسرخسي: 166/9، وبدائع الصنائع، للكاساني: 329/9.

(2) ينظر: المبسوط، للسرخسي: 166/9، والجوهرة النيرة شرح مختصر القدوري، لأبي بكر الزبيدي: 420/2، 421، والهداية، للمرغيناني: 826/2.

(3) ينظر: مغني المحتاج، للشريبي: 503/5، والمغني، لموفق الدين بن قدامة: 353/12.

واستدلوا على عدم جواز الجمع بين القتل والقطع بالآتي:

1. ما رواه أبو داود في سننه عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أنه قال: وادع رسول الله - ﷺ - أبا برزة الأسلمي، فجاء أناس يريدون الإسلام، فقطع عليهم أصحابه، فنزل جبريل - عليه السلام - بالحدّ فيهم: «أَنْ مَبْنِ قَتِيلَ وَأَخْبَدَ الْمَالَ قَتِيلَ وَصَلَبَ، وَمَنْ قَتَلَ وَلَمْ يَأْخُذِ الْمَالَ قَتِيلًا، وَمَنْ أَخْبَدَ الْمَالَ وَلَمْ يَقْتُلْ قَتِيلًا يَدُهُ وَرِجْلُهُ مِنْ خِلَافٍ»⁽¹⁾، وهذا بمنزلة المسند عن رسول الله - ﷺ -؛ لأنّ ما نزل به جبريل - عليه السلام - لا يُعلم إلاّ منه⁽²⁾.

2. ما رواه الشافعي عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أنه قال في قطع: «إِذَا قَتَلُوا وَأَخَذُوا الْمَالَ قَتَلُوا وَصَلَبُوا، وَإِذَا قَتَلُوا وَلَمْ يَأْخُذُوا الْمَالَ قَتَلُوا وَلَمْ يُصَلَّبُوا، وَإِذَا أَخَذُوا الْمَالَ وَلَمْ يَقْتُلُوا قَطَعَتْ أَيْدُهُمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ، وَإِذَا أَخَافُوا السَّبِيلَ وَلَمْ يَأْخُذُوا مَالًا نَفَوْا مِنَ الْأَرْضِ»⁽³⁾.

(1) قال الألباني: "لم أقف عليه لا في أبي داود ولا في غيره، وليس له ذكر في (الدر) ولا في غيره". الإرواء: (2444): 135/8، وأخرجه الخرائطي في مكارم الأخلاق كما في المنتقى من مكارم الأخلاق لأبي طاهر السلفي، باب: الرقى والعود: (605): 110/1، من طريق محمد بن الصلت القرشي عن عبد العزيز بن مسلم عن الضحاك عن ابن عباس مطولاً في قصة العرنيين، وإسناده منقطع؛ لأنّ الضحاك لم يدرك ابن عباس، لكن روي هذا عن ابن عباس موقوفاً من طريق آخر، وأخرجه الطبري في تفسيره جامع البيان عن تأويل آي القرآن: (11833): 552/4، وينحوه أخرجه البيهقي في سننه الكبرى، كتاب السرقة، (72) باب: قاطع الطريق: (17315): 492/8، من طرق كلّها ضعيفة كما قال الألباني: "وقد جاء عن ابن عباس خلافه، قال: نزلت هذه الآية في المشركين، فمن تاب منهم قبل أن يقدر عليه لم يمنعه ذلك أن يقيم فيه الحد الذي أصابه. أخرجه أبو داود: (4372)، والنسائي في سننه: 2/169، من طريق علي بن حسين عن أبيه عن يزيد النحوي عن عكرمة عنه. وهذا إسناد جيد، وقال الحافظ في التلخيص: إسناده حسن". إرواء الغليل، للألباني: 130/8.

(2) ينظر: المغني، لموفق الدين بن قدامة: 354/12.

(3) أخرجه الشافعي في الأم، كتاب الحدود وصفة النفي، حد قاطع الطريق: 212/6، 213، وفي مسنده، في كتاب القطع في السرقة وأبواب كثيرة: 336/1، والشافعي شرح مسند الشافعي: 304/5، وقال الشافعي بعد

قال الماوردي: ولم يرو عنه نزول جبريل، وهو حجة أيضاً؛ لأنه قول صحابي لم يظهر خلافه فكان حجة، وابن عباس ترجمان التنزيل، وحبير التأويل؛ ولأن ما أمر الله به من الصلب لا يخلوا من ثلاثة أحوال:

- أ. أن يكون للقتل وحده، وهو مدفوع بوفاقه.
- ب. أو يكون لأخذ المال وحده، وهو مدفوع بوفاقه.
- ج. أو يكون بهما جميعاً، وهو مسلم بوفاقه، وإذا كان مستحقاً فيهما لم يجز أن يكون مخيراً بينه وبين غيره لأمرين:

أحدهما: ما دُلل عليه من سقوط التَّخْيِير في هذه الآية.

الثاني: أنه حدّ واحد، والتَّخْيِير فيه يخرجه عن الحدود الواجبة⁽¹⁾.

3. ما رواه ابن لهيعة عن يزيد بن أبي حبيب أنّ عبد الملك بن مروان كتب إلى أنس بن مالك يسأله عن هذه الآية؟ «فكتب إليه أنس يخبره أنّ هذه الآية نزلت في أولئك العُزَيْنِينَ⁽²⁾، وهم من بَجِيلَةَ⁽³⁾، فسأل رسول الله - ﷺ - جبريل عن القصاص

أن أخرج الحديث: واختلاف حدودهم باختلاف أفعالهم على ما قال ابن عباس - رضي الله عنهما - إن شاء الله تعالى، وأخرجه البيهقي في سننه الكبرى، كتاب السرقة، (72) باب: قاطع الطريق: (17313): 491/8، وفي معرفة السنن والآثار، كتاب السرقة: (1092) باب: قاطع الطريق، (5192): 426/6.

(1) ينظر: الحاوي الكبير، للماوردي: 355/13.

(2) عُزَيْنَة: بالضم اسم قبيلة ينسب إليهم العُزَيْنُونَ، وهي حي من بجيلة حلفاء في بني كلاب، وبطن عُزْنَة وإد بجذاء عرفات. ينظر: مختار الصحاح، لمحمد بن أبي بكر الرازي، مادة: (عرن): 180/1، والمحكم والمحيط الأعظم، لابن سيده المرسي: 104/2، ومعجم البلدان، لياقوت الحموي: 104/2.

(3) بَجِيلَة: قبيلة من اليمن، والنسبة إليها بَجَلِي بفتحين مثل حنفي في النسبة إلى بني حنيفة، ويقال: إنهم من معد؛ لأنّ نزار بن معد ولد مضر وربيعة وإياد وأثمارا، ثم إنَّ أثمارا ولد بجيلة وحنثعم فصاروا باليمن. ينظر: المصباح المنير، للفيومي، مادة: (بجل): 36/1، ولسان العرب، لابن منظور، مادة: (بجل): 164/1.

فيمن حارب، فقال: «مَنْ سَرَقَ وَأَخَافَ السَّبِيلَ فَاقْطَعْ يَدَهُ لِسِرْقَتِهِ وَرَجُلِهِ لِإِخَافَتِهِ، وَمَنْ قَتَلَ فَاقْتُلْهُ، وَمَنْ قَتَلَ وَأَخَافَ السَّبِيلَ وَاسْتَحَلَّ الْفَرْجَ الْحَرَامَ فَاصْلُبْهُ»⁽¹⁾.

4. وما روي عن رسول الله - ﷺ - قوله: «لَا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ يَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَأَنَّي رَسُولَ اللَّهِ إِلَّا بِأَخْدَى ثَلَاثٍ، النَّفْسُ بِالنَّفْسِ، وَالثَّيْبُ الزَّانِي، وَالْمِفَارِقُ لِدِينِهِ التَّارِكُ لِلْجَمَاعَةِ»⁽²⁾.

وجه الاستدلال:

أنَّ المحارب إذا أخذ قبل أن يفتك، ولم يكفر، ولم يزن، ولم يقتل نفساً مؤمنة، فوجب ألا يقتل.

5. قال صاحب المغني: "وأما قول أبي حنيفة فلا يصح؛ لأنَّ القتل لو وجب لحق الله - ﷻ - لم يخيّر الإمام فيه كقطع السارق، وكما لو انفرد بأخذ المال؛ ولأنَّ الحدود لله - ﷻ - . إذا كان فيها قتل سقط ما دونه كما لو سرق وزنى وهو محصن"⁽³⁾.

ثانياً: أدلة المالكية والظاهرية:

استدلوا على قولهم بأنَّ العقوبات المذكورة في آية الحاربات على التخيير، وليست على الترتيب بالآتي:

1. من القرآن الكريم: قال المالكية: إنَّ الأمر موكول إلى اجتهاد الإمام ونظره، فله أن يقتله إن رآه خطأً ونظراً وإن لم يقتل لقوله - ﷻ - : «أَنْ يَقْتُلُوا أَوْ يُصَلِّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِّنْ خَلْفٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ

(1) أخرجه الطبري في تفسيره: 216/6، من حديث أنس، وقال: فيه نظر. ووجه النظر عننة الوليد بن مسلم

وهو مدلس، وعدم تصريح يزيد بن أبي حبيب بسماع القصة من عبد الملك ابن مروان أو أنس بن مالك.

(2) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الديات، (4) باب: قول الله - ﷻ - : «أَنْ النَّفْسُ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنُ

بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفُ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنُ بِالْأُذُنِ وَالسِّنُّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ» ، (6484): 2521/6، ومسلم في

صحيحه، كتاب القسامة والمحاربتين والقصاص، (6) باب: ما يباح به دم المسلم، (1678): 150/6.

(3) المغني، لموفق الدين بن قدامة: 354/12.

حَزَى فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ⁽¹⁾، ولم يشترط أن يكونوا قد قتلوا؛ ولأنه خير بين هذه الحدود فدل على سقوط الترتيب؛ ولأن لفظة (أو) في الآية ظاهرها التخيير، وهذا مثل قوله . ﷺ . في كفارة اليمين: ﴿كَفَّرْتُهُ؛ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ مِنْ أَوْسَطِ مَا تَطْعُمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾⁽²⁾، وكذلك قوله . ﷺ .: ﴿فَفِدْيَةٌ مِنْ صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ﴾⁽³⁾، قال ابن عباس: . رضي الله عنهما . أين ما وردت في القرآن (أو) فصاحبه بالخيار، قال القرطبي: وهذا القول أشعر بظاهر الآية⁽⁴⁾.

والمالكية رجحوا هذا القول، وقالوا: إن اللفظ فيه مستقل غير محتاج إلى تقدير محذوف؛ لأن اللفظ إذا دار بين الاستقلال، والافتقار إلى تقدير محذوف فالاستقلال مقدم؛ لأنه هو الأصل إلاّ بدليل منفصل على لزوم تقدير المحذوف⁽⁵⁾.

وقال الظاهرية: لا يحل أن يجمع عليه عقوبتان معاً؛ لأن الله . ﷺ . إنما أمر بذلك بلفظ (أو) وهو يقتضي التخيير ولا بدّ، ولو أرد الله . ﷺ . جمع ذلك لقال: (أن يقتلوا ويصلبوا، وتقطع أيدهم وأرجلهم من خلاف)، وهكذا كما في كفارة اليمين وكفارة الأذى⁽⁶⁾.

(1) سورة المائدة، من الآية: (33).

(2) سورة المائدة، من الآية: (89).

(3) سورة البقرة، من الآية: (196).

(4) ينظر: الإشراف على نكت مسائل الخلاف، للقاضي عبد الوهاب: 850/2، 851، والمعونة، للقاضي عبد الوهاب البغدادي: 1367/3، والمنتقى، لأبي وليد الباجي: 207/9، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد، لابن رشد (الحفيد): 2281/4، والجامع لأحكام القرآن، للقرطبي: 145/6.

(5) ينظر: أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، لمحمد الشنقيطي: 394/1.

(6) ينظر: المحلى، لابن حزم: 319/11.

2. من السنة والأثر:

من السنة النبوية المطهرة: استدلو على ما ذهبوا إليه بما رواه عَلْقَمَةُ عن أمِّه في قصة ذكراها، فقالت عائشة: سمعت رسول الله - ﷺ - يقول: «من أشار بِحَدِيدَةٍ إلى أَحَدٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ يُرِيدُ قَتْلَهُ فَقَدْ وَجَبَ دَمُهُ»⁽¹⁾.

وجه الاستدلال:

دلّ على أنّ مجرد إشهار السيف يوجب القتل؛ لأنّه فيه تهديد وترويع للآخرين، ولم يشترط أن يكون قتل به.

أ. من الأثر: استدلو على أنّ التخيير بين العقوبات في الآية متعلق باجتهاد الإمام ونظره بما رواه مالك عن أبي الزناد «أَنَّ عَامِلًا لِعُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ أَخَذَ نَاسًا فِي حِرَابَةٍ، وَلَمْ يَقْتُلُوا أَحَدًا، فَأَرَادَ أَنْ يَقْطَعَ أَيْدِيَهُمْ، أَوْ يَقْتُلَ، فَكَتَبَ إِلَى عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ فِي ذَلِكَ، فَكَتَبَ إِلَيْهِ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ، لَوْ أَخَذْتَ بِأَيْسَرِ ذَلِكَ»⁽²⁾.

وجه الاستدلال:

قالوا: هذا يقتضي أنّ العامل رأى قتلهم أو قطع أيدهم، ولا يعلم ما بلغت حرابتهم، وكتب إليه عمر بن عبد العزيز - ﷺ - : «لَوْ أَخَذْتَ بِأَيْسَرِ ذَلِكَ»، على

(1) أخرجه أحمد في مسنده (26337): 266/6، والحاكم في مستدركه في قصة، كتاب قتال أهل البغي، (2669): 1005/3، كلاهما عن عائشة مرفوعًا، وقال الهيثمي في زوائده: باب: فيمن أشار إلى مسلم بحديدة: 292/7، رواه أحمد من طريق علقمة عن أخيه، وأخو علقمة لم أعرفه، وبقية رجاله ثقات، وقال المناوي في شرح الجامع الصغير: فيه مجهول وبقية رجاله ثقات، والحديث عند أحمد والحاكم من رواية علقمة عن أمِّه، وليس عن أخيه كما ذكر الهيثمي والمناوي، ولذا صححه الحاكم على شرط الشيخين وأقرّه الذهبي، ينظر: تحفة الأحوذى: 317/6، ونصب الراية، للزيلعي: 348/4.

(2) أخرجه مالك في الموطأ، كتاب الحدود، في جامع القتل: 187/2، والبيهقي في سننه الكبرى، كتاب السرقة، (72) باب: قاطع الطريق: (17318): 493/8، قال: ورواه ابن أبي الزناد عن أبيه، فقال في هذه القصة أنّه قتل أحدهم، وقال في جوابه: فهلاً إذا تأولت عليهم هذه الآية، ورأيت أنّهم أهلها أخذت بأيسر ذلك وأنكر القتل.

سبيل الحض والندب، لا على سبيل الإنكار، ويحتمل أن يكون عمر بن عبد العزيز، قال ذلك: وقد علم أنهم أخذوا بإثر خروجهم قبل أن يُخيفوا سبيلاً أو يقتلوا أحداً أو يأخذوا مالاً.

وقد روي عن مالك أنه قال فيمن هذه صفته: لو أخذ فيهم بالأيسر. قال ابن القاسم: وهو الجلد والنفي، وقال أشهب: الإمام فيهم مخير، ويقتضى من قول عمر بن عبد العزيز: أن للحاكم أن يحكم فيهم باجتهاده، وإن رأى خلاف رأي الإمام إذا كان مما يشرع فيه الاجتهاد، وبه قال العلماء⁽¹⁾.

قال أبو الوليد الباجي: ولو كان ممن لا يجوز له ذلك ولزم العامل أن لا ينفذ إلا رأي الإمام لقدم عليه في ذلك إن رآه الأفضل، ويحتمل أن يكون العامل شاوره في ذلك بعد أن ظهر فيه اعتقاد صحته من قتل أو قطع، وأعلم عمر بما ظهر إليه ليعلم بذلك موافقته له، أو ليظهر له عمر بن عبد العزيز في الحكم الذي يختاره، دليلاً يرى الرجوع إليه والعمل بمقتضاه، وبه قال أصحابنا في مسألة الحكمين: إنّ لهما أن يحكما بما أداها اجتهادهما إليه، وإن كان ذلك مخالفاً لرأي من أرسلهما⁽²⁾.

فإذا ثبت أنّها على التخيير، فإنّه تخيير متعلق باجتهاد الإمام، ومصروف إلى نظره ومشورة الفقهاء بما يراه أتم للمصلحة، وأدب عن الفساد، وليس ذلك على هوى الإمام، ولكن على الاجتهاد.

ثالثاً: مناقشة الأدلة والإجابة عليهما

مناقشة الجمهور لأدلة مخالفيهم:

ناقشوها بالآتي:

1. قالوا: "لا يمكن إجراء الآية على ظاهر التّخيير في مطلق المحارب؛ لأنّ الجزء على قدر الجناية يزداد بزيادة الجناية، وينقص بنقصانها، هذا هو مقتضى

(1) ينظر: التهذيب في اختصار المدونة، للبراذعي: 457/4، 458، والمنتقى، لأبي وليد الباجي: 208/9.

(2) ينظر: المنتقى، لأبي وليد الباجي: 208/9.

العقل والسمع أيضاً، قال - ﷺ: ﴿ وَجَزَاؤُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا ﴾⁽¹⁾، فالتخيير في الجناية القاصرة بالجزاء في الجزاء الذي هو جزاء في الجناية الكاملة، وفي الجناية الكاملة بالجزاء الذي هو جزاء في الجناية القاصرة خلاف المشروع، يحققه أنّ الأمة اجتمعت على أنّ القطّاع لو أخذوا المال وقتلوا لا يجازون بالنفي وحده، وإنّ كان ظاهر الآية يقتضي التخيير بين الأجزية الأربعة دلّ أنّه لا يمكن العمل بظاهر التخيير على أنّ التخيير الوارد في الأحكام المختلفة من حيث الصورة بحرف التخيير إنّما يجري على ظاهره إذا كان سبب الوجوب واحداً، كما في كفّارة اليمين، وكفّارة جزاء الصيد⁽²⁾.

وقال الشيخ محمد أبو زهرة عند بيانه للعقوبات التي ذكرت في آية المحاربة: "إنّ هذه العقوبات لجرائم مختلفة المراتب، فيجب أنّ تكون تابعة لقوة الجريمة، وليس من المعقول أنّ جريمة الاتفاق على الإرهاب تتساوى مع الإرهاب والقتل بالفعل، أو الإرهاب والقتل والسلب، أو الإرهاب والسلب بالفعل، فالعدالة توجب ذلك التنويع، وعلى ذلك يكون التخيير المأخوذ من كلمة (أو) هو لتنويع العقاب، وليس لمطلق التخيير، وإلّا كان مؤدى التخيير أنّه يجوز للإمام أنّ يكتفي بنفي الجناة إذا قتلوا أو سرقوا، وأنّ ذلك باطل بالإجماع؛ لأنّ السرقة توجب القطع، فكيف بالسرقة الكبرى التي يكون فيها ذلك التجمع الآثم؟"⁽³⁾.

2. قالوا: إذا كان سبب الوجوب مختلفاً فيخرج مخرج بيان الحكم لكلّ في نفسه كما في قوله - ﷺ: ﴿ قُلْنَا يٰذَا الْقَرْنَيْنِ إِمَّا أَنْ نَعْدِبَ وَإِمَّا أَنْ نَنْخَذَ فِيهِمْ حُسْنًا ﴾⁽⁴⁾، فالآية ليست على التخيير بين المذكورين، بل لبيان الحكم لكلّ في نفسه؛ لاختلاف سبب الوجوب، ولا شك أنّ اللفظ وإنّ كان ظاهره تخيير ذي القرنين بين أي

(1) سورة الشورى، من الآية: (40).

(2) بدائع الصنائع، للكاساني: 327/9.

(3) ينظر: زهرة التفاسير، لأبي زهرة: 2152/4.

(4) سورة الكهف، من الآية: (86).

الأمرين يختار، ولكن لا يمكن أن يكون له الحق في أيّ الأمرين من غير مرجح لأحدهما في الاعتبار، ومنطق العدل الذي أوجبه الله على ذي القرنين والحكام العادلين أن يعذب من أبي وفسق عن أمر ربه ليرتدع غيره وينزجر، وأن يتخذ الأمر الحسن والرفق مع من استقام أو ترجى استقامته ، ويدلّ على ذلك قوله . ﷺ :: ﴿ قَالَ أَمَّا مَنْ ظَلَمَ فَسَوْفَ نُعَذِّبُهُ ثُمَّ يُرَدُّ إِلَىٰ رَبِّهِ فَيُعَذِّبُهُ عَذَابًا نُّكَرًا ﴾⁽¹⁾، وقوله . ﷺ :: ﴿ وَأَمَّا مَنْ ءَامَنَ وَعَمِلَ صَالِحًا فَلَهُ جَزَاءُ الْحَسَنَىٰ وَسَنُقُولُ لَهُ مِنْ أَمْرٍ يُسْرًا ﴾⁽²⁾.

وعلى ذلك لا تكون (أو) للتخيير فقط، ولكنها تحتمل التخيير والتنويع، وقد ورد النصّ النبوي الشريف والآثار الصحاح عن الصحابة الذين تلقوا علم التّبوة عن الرّسول - ﷺ - بما يفيد أنّها للتنويع في العقوبات تبعًا لقوة ما ارتكبوا من جرائم، لا لمجرد التخيير للإمام⁽³⁾.

وقطع الطريق متنوع في نفسه، وإن كان متّحدًا من حيث الذات، قد يكون بأخذ المال وحده، وقد يكون بالقتل لا غير، وقد يكون بالجمع بين الأمرين، وقد يكون بالتخويف لا غير، فكان سبب الوجوب مختلفًا فلا يُحمل على التّخيير، بل على بيان الحكم لكلّ نوع على حدة، أو يحتمل هذا، ويحتمل ما ذكروا، فلا يكون حجة مع الاحتمال، وإذا لم يمكن صُرِفَتِ الآية الشريفة إلى ظاهر التّخيير في مطلق المحارب⁽⁴⁾.

3. قالوا: والأولى أن يحمل الجزاء في الآية على الترتيب، ويضمّر في كلّ حكم مذكور نوعٌ من أنواع قطع الطريق، كأنه قال . ﷺ :: ﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا ﴾⁽⁵⁾ إن أخذوا المال وقتلوا،

(1) سورة الكهف، من الآية: (87).

(2) سورة الكهف، من الآية: (88).

(3) ينظر: تفسير ابن جرير الطبري: 215/6، وزهرة التفاسير، لأبي زهرة: 2153/4، 2154.

(4) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني: 327/9، 328.

(5) سورة المائدة، من الآية: (33).

﴿أَوْ تَقَطَّعَ أَيْدِيَهُمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِّنْ خَلْفٍ﴾ إِنَّ أَخَذُوا الْمَالَ لَا غَيْرَ، ﴿أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ﴾ إِنَّ أَخَافُوا السَّبِيلَ، هكذا ذكر سيدنا جبريل عليه السلام لرسول الله محمد - ﷺ - لما قطع أبو برزة بأصحابه الطريق على أناس جاءوا يريدون الإسلام، وإلى هذا التأويل ذهب عبد الله بن عباس - رضي الله عنهما - وإبراهيم النخعي، وهو مذهب أبي يوسف ومحمد من الحنفية، ومذهب الشافعية والحنابلة⁽¹⁾.

وإما أن يعمل بظاهر التخيير بين الأجزية الثلاثة، لكن في محارب خاص، وهو الذي أخذ المال وقتل، فكان العمل بظاهر التخيير على هذا الوجه أقرب من ظاهر الآية؛ لأن الله - ﷻ - جمع بين القتل وقطع الطريق في الذكر بقوله - ﷻ -: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا﴾⁽²⁾، فالمحاربة هي القتل، والفساد في الأرض هو قطع الطريق، فأوجب - ﷻ - أخذ الأجزية من الفعلين بما ذكر، وفيه عمل بحقيقة حرف التخيير، وعمل بحقيقة ما أضيف إليه الجزاء، وهو ما ذكره - ﷻ - من المحاربة، والسعي في الأرض بالفساد، فكان أقرب إلى ظاهر الآية، وإلى هذا التأويل ذهب أبو حنيفة - رحمه الله تعالى -⁽³⁾.

وأما ما روي عن ابن عباس من القول بالتخيير مع ما به من الاحتمال الذي أبديناه فمحمول على قوله أولاً، ثم رجع إلى التفصيل، وقال باختلاف العقوبة باختلاف الأفعال، والدليل على كون الثاني متأخراً عن الأول كون الأول مبيحاً والثاني حازماً، ويجعل الحاضر متأخراً كيلا يلزم النسخ مرتين.

(1) ينظر: المبسوط، للسرخسي: 166/9، وبدائع الصنائع، للكاساني: 328/9، والحاوي الكبير، للماوردي: 354/13، 355، وفتح الباري بشرح صحيح البخاري، لابن حجر: 67/14، والمغني، لموفق الدين بن قدامة: 353/12، والجامع لأحكام القرآن، للقرطبي: 144/6، 145.

(2) سورة المائدة، من الآية: (33).

(3) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني: 328/9.

ب. إجابة المخالفين على أدلة واعتراضات الجمهور:

انتقدوا أدلتهم وردوا على اعتراضاتهم بعدة أمور، منها:

1. أجاب المالكية على قولهم: لا يمكن إجراء الآية على ظاهر التخيير في مطلق المحارب بأن الآية نصّ في التخيير، وصرّحها إلى التعقيب والتفصيل تحكّم على الآية وتخصيص لها⁽¹⁾.

وقال ابن حزم: إنّ (أو) في آية المحاربة يقتضي التخيير ولا بد، ولو أراد الله - ﷻ - جمع ذلك لقال: أن يقتلوا ويصلبوا وتقطع أيدهم وأرجلهم من خلاف كقوله - ﷻ - في كفارة اليمين: ﴿فَكَفَّرْتُهُمْ بِإِطْعَامِ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتِهِمْ أَوْ تَحْرِيرِ رَقَبَةٍ﴾⁽²⁾، وقوله - ﷻ - في كفارة الأذى: ﴿فَفِدْيَةٌ مِنْ صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ شُكٍّ﴾⁽³⁾، فإن قال قائل: إنّ العرب قد قالت: جالِسَ الحَسَنَ، أو ابن سِرِينِ، وكُلَّ خُبْرًا أو تَمْرًا، وقال الله - ﷻ -: ﴿وَلَا تُطْعَمُ مِنْهُمُ إِثْمًا أَوْ كُفُورًا﴾⁽⁴⁾، فأما قوله - ﷻ -: ﴿وَلَا تُطْعَمُ مِنْهُمُ إِثْمًا أَوْ كُفُورًا﴾، فهو على ظاهره، وهو - ﷻ - منهي أن يطعم الآثم، وإن لم يكن كفورًا، وكلّ كفور آثم، وليس كلّ آثم كفورًا، فصحّ أن ذكره - ﷻ - للكفور تأكيدًا أبدًا، وإلاّ فالكفور داخل في الآثم.

وأما قول العرب: (جالِسَ الحَسَنَ)، أو (ابن سِرِينِ)، (وكُلَّ خُبْرًا أو تَمْرًا) فإننا لا نمنع خروج اللفظ عن موضعه في اللغة بدليل، وإثما نمنع من إخراجهم بالظنون والدعوى الكاذبة، وإثما صرنا إلى أنّ قول القائل: (جالِسَ الحَسَنَ) أو (ابن سِرِينِ) إباحة مجالستهما معًا، ولكل واحد منهما بانفراده، وكذلك قولهم: (كُلَّ خُبْرًا أو تَمْرًا) أيضًا، ولا فرق بدليل أوجب ذلك من حال المخاطب ولولا ذلك الدليل لما

(1) ينظر: أحكام القرآن، لابن العربي: 98/2.

(2) سورة المائدة، من الآية: (89).

(3) سورة البقرة، من الآية: (196).

(4) سورة الإنسان، من الآية: (24).

جاز إخراج (أو) عن موضوعها في اللغة أصلاً، وموضوعها إنما هو التخيير أو الشك، والله - ﷻ - لا يشك فلم يبق إلا التخيير فقط⁽¹⁾.

2. وأجاب المالكية على قولهم: إذا لم يقتل ولا أخذ مالا لم يكن عليه إلا التعزير.. إلخ بأنهم قد أجزوا حكم المحارب كحكم القاتل غير المحارب، ولم توجب المحاربة عندهم شيئاً، وقد ركب ما ركب من الفساد في الأرض، وقد قال الله - ﷻ -: ﴿مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا﴾⁽²⁾، فجعل الله - ﷻ - الفساد بمنزلة القتل.

والمعنى - والله أعلم - من قتل نفساً بغير نفس أو فساد في الأرض، فلم يحتج إلى أن تعاد (غير) وعطفَ الكلامَ على ما قبله فجعلَ الفسادَ عدلاً للقتل. وإذا كان الشيء بمنزلة الشيء فهو مثله، فكان الفساد في الأرض بمنزلة القتل، وهو قول القاضي إسماعيل، وعبد العزيز بن أبي سلمة⁽³⁾.

قال القاضي إسماعيل: والذي يعرف من الناس من الكلام في كل ما أمر به فقليل: افعلوا كذا أو كذا، فإن صاحبه بالخيار، وقال عطاء ومجاهد: كل شيء في القرآن (أو) فهو خيار⁽⁴⁾.

3. وأما قولهم: كيف يسوى بين من أخاف السبيل وقتل، وبين من أخاف السبيل ولم يقتل، وقد وجدت منه الزيادة العظمى وهي القتل؟.

(1) ينظر: المحلى، لابن حزم: 319/11.

(2) سورة المائدة، من الآية: (32).

(3) ينظر: شرح صحيح البخاري، لابن بطال: 419/8.

(4) ينظر: شرح صحيح البخاري، لابن بطال: 419/8، والمنتقى، لأبي وليد الباجي: 207/9، والمحلى، لابن

حزم: 319/11.

فأجاب عنه أبو بكر بن العربي بقوله: "وما الذي يمنع من استواء الجريميتين في العقوبة، وإن كانت إحدهما أفحش من الأخرى؟ ولم أحللتكم ذلك؟ أعقلاً فعلتم أم شرعاً؟".

أما العقل فلا مجال له في هذا، وإن عوّلتكم على الشرع فأين الشرع؟ بل قد شاهدنا ذلك في الشرع؛ فإنّ عقوبة القاتل كعقوبة الكافر، وأحدهما أفحش⁽¹⁾.

4. وأما قولهم: لو استوى حكمهما لم يجز إسقاط القتل عن أخاف السبيل ولم يقتل، كما لم يجز إسقاطه عن أخاف وقتل.

فقد أجاب عنه ابن العربي بقوله: "هذه غفلة منهم؛ فإنّ الذي يخيف ويقتل أجمعت الأمة على تعيّن القتل عليه، كما لم يجز مخالفته، أمّا إذا أخاف ولم يقتل فهي مسألة مختلف فيها ومحل اجتهاد، فمن أدّاه اجتهاده إلى القتل حكم به، ومن أدّاه اجتهاده إلى إسقاطه أسقطه، ولهذه النكتة قال مالك: وليستشر ليعلم الحقيقة من الإجماع والخلاف وطرق الاجتهاد لئلا يُقَدِّم على جهالة"⁽²⁾.

وأجاب عن قولهم: إنّ القتل يقابل القتل، وقطع اليد يقابل السرقة، وقطع الرجل يقابل المال، بأنّه تحكّم منهم، ومزج للقصاص والسرقة بالحاربة، وهو حكم منفرد بنفسه، خارج عن جميع حدود الشريعة، لفحشه وقبح أمره⁽³⁾.

5. وأجابوا عن احتجاجهم بحديث «لَا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ إِلَّا بِثَلَاثٍ...» بأنّ ظاهره يدلّ على أنّ المحارب غير داخل فيه؛ لأنّ قاتل النفس في غير المحاربة إنّما أمره في القتل أو الترك إلى ولي المقتول، وأمر المحارب إلى السلطان؛ لأنّ فساده في الأرض لا يلتفت فيه إلى عفو المقتول، فعلم بهذا أنّ المحارب لا يدخل في هذا الحديث وإنّما يدخل فيه القاتل الذي الأمر فيه إلى ولي المقتول إذا قتل فيه، أو قتل نفساً بغير

(1) أحكام القرآن، لابن العربي: 95/2.

(2) المصدر السابق: 95/2، 96.

(3) ينظر: أحكام القرآن، لابن العربي: 96/2.

نفس فكأته على مجرى القصاص، ولو كان على العموم لوجب أن يقتل كل قاتل قتل مسلماً عمداً.

وقد أجمع المسلمون على أنه لا قصاص في القتال الذي وقع بين المسلمين كما في واقعتي (الجمل وصفين)؛ لأنّ القاتل المسلم إنّما قتل المسلم المقتول عمداً على التأويل في الدين، ولم يقتله لثأرة بينهما، ولا قصد له في نفسه، وإنّما القصد في قتله الديانة عنده فسقط عنه القود لذلك، فكذلك أمر المحارب إنّما كان قصده قتل المسلم لقطع الطريق وأخذ المال والإفساد في الأرض، فكان الأمر فيه إلى السلطان لا إلى ولي المقتول، فكما خرج قتلى (صفين والجمل) من معنى هذا الحديث فكذلك خرج المحارب من معناه، ويشهد لقولنا هذا قوله - ﷺ - في الحديث: «...التَّارِكُ لِدِينِهِ الْمُفَارِقُ لِلْجَمَاعَةِ»⁽¹⁾.

قال القاضي إسماعيل: " قوله - ﷺ -: «الْمُفَارِقُ لِلْجَمَاعَةِ...» يدلّ على الفساد في الأرض نحو الخوارج والمخاريين، فإذا كان الخوارج يحملّ قتلهم وليسوا بمرتدين؛ لفسادهم في الأرض، كذلك يحملّ قتل المخاريين، وإن لم يكونوا قتلوا ولا ارتدوا؛ لفسادهم في الأرض"⁽²⁾.

قالوا: لأنّه لا خلاف إذا قتل أنّ الإمام يقتله فوجب أن يكون كذلك إذا لم يقتل؛ لأنّه محارب ذو رأي وحزم وتدبير، فوجب أن يقتل إذا أراد الإمام قتله، دليله ما إذا قتل؛ ولأنّ الله - ﷻ - قال: ﴿وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا﴾⁽³⁾، ومن حارب فقد سعى في الأرض فساداً، فيقتل بدليل قوله - ﷻ - في آية أخرى: ﴿مَنْ أَجَلَ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا﴾⁽⁴⁾، فجعل - ﷻ - الفساد

(1) ينظر: شرح صحيح البخاري، لابن بطال: 419/8، 420.

(2) المصدر السابق: 420/8، 421.

(3) سورة المائدة، من الآية: (33).

(4) سورة المائدة، من الآية: (32).

في الأرض بمنزلة القتل، وبين أن حكم من أفسد في الأرض، حكم من قتل النفس، وهذا بين لا إشكال فيه.

فإذا ثبت هذا فما احتجوا به من الحديث فهو مخصوص أو معارض بآية المحاربين؛ ولأنّ الحديث الذي احتجوا به قد روي من طرق أخرى، «لَا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِأَحَدِي ثَلَاثٍ... وَرَجُلٌ خَرَجَ مُحَارِبًا لِلَّهِ وَرَسُولِهِ»⁽¹⁾، فبطل احتجاجهم بالحديث من كل وجه⁽²⁾.

6. وأجابوا عن احتجاجهم بالسارق إذا سرق بأنه ليس بشيء؛ لأنّ السارق لا يأخذ بالقهر والمغالبة، وإنما يأخذ على وجه الاستسرار، وقد أخبر الله - ﷻ - على الحد الواجب عليه في ذلك، فقال - ﷻ -: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾⁽³⁾ فخرج حكمه بهذه الآية عن حكم المحارب⁽⁴⁾.

7. وأجابوا عن قولهم: من وجب قتله لا اختيار للإمام فيه كالمرتد بأنه باطل؛ لقوله - ﷻ -: ﴿أَنْ يُقْتَلُوا أَوْ يُكَلَّبُوا﴾⁽⁵⁾، فخير - ﷻ - بين قتلهم، وترك قتلهم؛ لأنّ مقتضى الآية التّخيير دون الترتيب.

(1) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الحدود، (1) باب: الحكم فيمن ارتد، (4352): 1861/4، والبيهقي في

سننه الكبرى، كتاب السرقة، (72) باب: قاطع الطريق، (17312): 491/8، كلاهما عن عائشة - رضي الله عنها - وقال الألباني: إسناده صحيح على شرط الشيخين، ينظر: الإرواء، (2196): 254/7.

(2) ينظر: تهذيب السالك في نصرة مذهب مالك، للفندلاوي المغربي: 551.

(3) سورة المائدة، الآية: (38).

(4) ينظر: تهذيب السالك في نصرة مذهب مالك، للفندلاوي المغربي: 551.

(5) سورة المائدة، من الآية: (33).

وأما المرتد: فلم يَحْيَرُ الإمام في قتله أو تركه للنص الوارد فيه، وهو قوله - ﷺ -: «مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ فَأَقْتُلُوهُ»⁽¹⁾، فبهذا بان صحة ما ذهبنا إليه واعتمدناه⁽²⁾.

رابعاً: القول الراجح.

تبين لنا مما سبق أنّ العلماء قد اختلفوا في تقدير العقوبات المقررة في آية المحاربة اختلافاً كبيراً، وجاءوا بفروع كثيرة، يرجع أغلبها إلى الرأي والاجتهاد في التقدير، ومراعاة ما ورد من الحدود على بعض هذه الأعمال، كقتل القاتل، وقطع أخذ المال؛ لأنّه كالسارق، والجمع بين القتل والصلب لمن جمع بين القتل والسلب، والنفي لمن أخاف السبيل ولم يقتل ولا أخذ مالاً، وقد روي هذا عن ابن عباس وبعض علماء التابعين.

وإذا نظرت إلى الآية ترى أنّها لا تدلّ عليه ولا تنفيه، فهو اجتهاد حسن في كيفية العمل بها، ولكنه غير كاف؛ لأنّ للمفسدين في الأرض بالقوة أعمالاً أخرى بالإضافة إلى ما أشرنا إليه أنفاً، فإذا قامت عصابة مسلحة من بعض المفسدين في الأرض بخطف العذارى أو المحصنات لأجل الفجور بهنّ، أو بخطف الأولاد لأجل فديتهم وابتزاز ذويهم، أو كانت تجمع المواد المخدرة المحرم ديناً وقانوناً تعاطيها أو بيعها وشرائها، ثم تقوم ببيعها؛ لتفسد المجتمع وتنشر فيه الرذيلة والخنا، فلا شك أنّها تعدّ من المحاربين المفسدين في الأرض، فما حكم الله في مثل هؤلاء المجرمين؟.

(1) أخرجه أحمد في مسنده: (1871): 217/1، (2551): 282/1، (2968): 322/1، (2968): 231/5، والبحاري في صحيحه، كتاب الجهاد والسير، (147) باب: لا يعذب بعذاب الله، (2854): 1098/3، وفي كتاب استنابة المرتدين والمعاندين، (2) باب: حكم المرتد والمرتدة واستنابتهما، (6524): 2537/6، وأبو داود في سننه، كتاب الحدود، (1) باب: الحكم فيمن ارتد، (4353): 1861/4، والترمذي في سننه، كتاب الحدود، (25) باب: المرتد، (1458): 126/3، والنسائي في سننه، كتاب الحدود، باب: الحكم في المرتد، (4059): 17/4، وابن ماجه في سننه، كتاب الحدود، باب: المرتد عن دينه، (2535): 154/4، 155.

(2) ينظر: تهذيب السالك في نصرة مذهب مالك، للفندلاوي المغربي: 551.

إنّ الآية حددت لعقاب المفسدين في الأرض بقوة السلاح والعصية أربعة أنواع من العقوبة، وتركت لأولي الأمر الاجتهاد في تقديرها بقدر جرائمهم، فلا هي خيّرت الإمام بأنّ يحكم بما شاء منها على من شاء بحسب هواه، ولا هي جعلت لكلّ مفسدة عقوبة معيّنة منها.

وعلى الحكمة في عدم تعيين الآية وتفصيلها للفروع والجزئيات هي أنّ هذه المفاسد كثيرة، وتختلف باختلاف الزمان والمكان، وضررها يختلف كذلك، والفروع تكثر فيها حتى إنّ تفصيلها لا يمكن إلاّ في صحف كثيرة، ومن خصائص القرآن كما هو معلوم أنّه كتاب هداية روحية، ليس لأحكام المعاملات الدنيوية منه إلاّ الحظ القليل، إذ وكلّ أكثرها إلى أولي الأمر من المؤمنين، واكتفى ببيان الضروري منها بعبارة موجزة معجزة، يؤخذ من كلّ آية منها ما يملأ عدة صحف، كهذه الآية وآيات الموازيت وغيرها.

والقاعدة في الإسلام: أنّ ما لا نصّ فيه بخصوصه يستنبط أولو الأمر حكمه من النصوص والقواعد العامة في دفع المفاسد وجلب المصالح، وكذلك العلماء المستقلون من أولي الأمر، فلهذا بيّنوا ما وصل إليه اجتهادهم؛ ليسهلوا على الحكام من أولي الأمر فهم النصوص، ويمهدوا لهم طرق الاجتهاد، ولهذا اختلفت أقوال العلماء وآراؤهم، ولو كان مسلمو هذا العصر كمسلمي السلف الصالح لفعل أئمتهم كما كان يفعل عمر بن الخطاب " في خلافته من جمع أولي الأمر - أهل الحلّ والعقد من العلماء الراسخين في العلم كأهل بدر وكبراء الصحابة - للتشاور في كلّ ما لا نصّ فيه من كتاب ولا سنّة متبعة، ولا استشارتهم في تقدير هذه العقوبات بقدر تأثير المفاسد، ومدى ضررها على الأمة، ثمّ أنفذوا ما اتفقوا عليه بعد الشورى في كلّ ما حدث من فروع هذه المفاسد.

وبهذا يُعلم أنّ كلّ قول قاله علماء السلف له وجه، وإنّ ردّ بعضهم قول بعض، فالذي ذهب إليه المالكية والظاهرية، وهو أنّ الإمام مخير، فوجهه ما يدلّ عليه العطف ب (أو)، ولا يعني بالتخير أنّ له الحكم بالهوى والتشهّي، بل بالاجتهاد

ومراعاة ما تدرأ به المفسدة، وتقوم به المصلحة، وهذا لا ينافي المشاورة في الأمر، كيف وهي القاعدة الأساسية للحكم في الدولة الإسلامية!!؟.

وأما من وضع كل عقوبة بإزاء عمل من أعمال المفسدين فإتّما بيّن رأيه واجتهاده في الحكم الذي يدرأ المفسدة ويجلب المصلحة، كما بيّنوا فهمهم واجتهادهم في غير ذلك من المسائل، ولا يوجبون بل لا يجيزون لأحد من حاكم أو غيره أن يتخذ فهمهم أو رأيهم ديناً يُتَّبَع بل كلُّ يؤخذ منه، ويرد إلا صاحب الرسالة - ﷺ - واجتهادهم إنّما هو إعانة للباحث والناظر على الفهم والعلم.

والفقه في التفرقة بين الرأيين:

— أنّ الرأي الأول: يتّجه إلى أنّ عقوبة الحرابة لذات الحرابة والسعي في الأرض بالفساد، ومنع الناس من السير بأمان، والاستمتاع بأموالهم وممتلكاتهم، وتهديد حرياتهم الشخصية، وقذف الذعر والرعب في قلوبهم، وظاهر هذا الرأي أنّه لا ينظر إلاّ إلى ذات الحرابة التي هي التخويف والإرهاب، ولا ينظر إلى الجرائم التي ارتكبوها فعلاً، ولذلك يعمم الجرائم ولا يقصرها على القتل والسرقة كما هو الحال عند أصحاب الرأي الآخر، ويرى أنّ العقوبات في جملتها هي لعلاج ذلك الشرّ، وحسم مادته، واستئصاله من جذوره، والقضاء على من يحاول أن يهيم بمحاكاة من وقعوا في مثل هذه الجرائم البشعة، ولذلك قالوا: يجب إطلاق يد ولي الأمر، واعتبار تلك العقوبات في يده كالدواء بين يدي الطبيب، يختار من أصنافه ما يراه أنجع وأسرع في علاج تلك الأوبئة، وفي استئصال ذلك الورم الذي أصاب الجسم الاجتماعي، وبدأ ينخر فيه.

- أمّا الرأي الثاني: فهو يحدد جرائم معينة ويعدها موضوع قطع بفعلها أو بالشروع فيها، وهي القتل والسرقة، وأنّ الجرائم لا تخلو من ذلك؛ ولذلك كانت العقوبات مترددة بين القتل والقطع، وقد يكون ثمة تغليظ إذا ارتكب الجريمة معاً.

- أمّا إذا كان الأمر مجرد الشروع في التجمع واتخاذ الأسباب وإعداد العدة للقيام بالاعتداء والسلب والنهب وإظهار الفساد في البر والبحر؛ فإنّ العقوبة تكون

بمنع تلك الجريمة من الوقوع باتخاذ أسباب الوقاية بالنفي من الأرض بالتغريب أو زجّه في غيابات السجن، ولذلك كان التنويع، وكان تخريج (أو) على هذا الأساس، ليكون التكافؤ بين الجريمة والعقوبة؛ فإن لم تكن جريمة وجب الأخذ بأسباب الوقاية التي تمنع أو تحد من وقوعها.

فإذا علمت هذا فالذي يظهر من خلال هذا العرض الأخذ بالرأين السابقين.

- الأخذ بالرأي الأول بالنسبة لتعميم الجرائم التي تفسد المجتمع الإسلامي، وتظهر الفساد في الأرض، والأخذ بالرأي الثاني بالنسبة لتنويع العقاب، فإذا كانت عصابة إجرامية تتحصن بالجبال وتقطع الطريق أمام المارة للقيام بأعمال القرصنة وخطف الأمنيين لأخذ الفدية عليهم ومساومة ذويهم، كما هو الحال فيما يجري في بلادنا اليوم بسبب ضعف الدولة وانتشار السلاح، فهؤلاء يدخلون في باب الحراب، ويجب أن تطبق عليهم العقوبات الواردة في آية الحراب.

أما فيما يتعلق بعقوبة الصلب: فإن الذي يظهر من خلال عرض أقوال الفقهاء ومناقشتها القول الذي يرى أن يصلبوا وهم أحياء ليموتوا بالصلب وإلا لم يكن الصلب عقوبة ثانية؛ لأنّ الله - ﷻ - خير في صفة قتله، ولو كان خيراً في صلبه بعد قتله لقال أن يُقتلوا ثم يُصلبوا، وهذا مذهب جمهور العلماء كما بينا سابقاً.

أما مدّته ووقت الصلاة عليه: فالراجح أنه إذا اشتهر أمره أنزل ودفع إلى أهله، فيغسل ويكفن ويصلى عليه ويدفن، وهو قول المالكية والحنابلة؛ لأنّ المراد بالصلب الزجر والردع، وهذا يحصل بمجرد شهرته بين الناس، ويختلف هذا باختلاف الوقت والمكان، فإذا صلب في مكان عام يرتاده عدد كبير من الناس كأن يصلب في الساحات والميادين العامة أو في الساحات التي تكون أمام المساجد الكبيرة في يوم الجمعة، أو في الأسواق والمنتديات التي يرتادها عدد كبير من الناس، فهذا يشتهر أمره بسرعة ولا داعي إلى أن يبقى ثلاثة أيام أو أكثر من ذلك كما قال بعض العلماء؛ لأنّ الغرض من الصلب هو حصول الاتعاض والزجر والردع، وهذا يحصل

بمجرد رؤيته مصلوبًا، أمّا بقاؤه مدة طويلة فهو مدعاة إلى التقزز والإيذاء وانتشار الأوبئة والأمراض، وهذا ليس من مقاصد الشريعة.

أمّا القطع: فقد اتفق العلماء على قطعه من خلاف، وذلك بأن تقطع يده اليمنى ورجله اليسرى، ثم إن عاد مرة أخرى إلى الحرابة قطعت يده اليسرى ورجله اليمنى.

واختلفوا إذا لم تكن له يد يمينى، كأن تكون مشلولة، أو مقطوعة في قصاص، أو جناية وشبهها، فالرأي الراجح في هذه الحالة أن تقطع يده اليسرى ورجله اليمنى حتى يكون القطع من خلاف كما قال الله - ﷻ - في كتابه الكريم.

أمّا المراد بالنفي في الآية: فالراجح أن ينفى من بلد إلى بلد ويسجن فيها، وهو المشهور عند المالكية؛ لأنّ قوله - ﷻ -: ﴿أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ﴾⁽¹⁾ يقتضي أن ينفيهم الإمام كما يقتلهم، أو يصلبهم، وما قاله الشافعي من أنه يكفيه مفارقة الوطن والعشيرة خذلانا وذلك فهذا غير مجدٍ في وقت أصبح العالم فيه قرية واحدة بسبب كثرة وتنوع وسائل الاتصال المختلفة، علاوة على أنه لا يؤمن كيده ومكره وإمكانية عودته، أو إعطائه الأوامر عن بعد لنشر الفساد في الأرض، وما ذهب إليه أبو حنيفة من أن المحارب يحبس في بلده يتعارض مع ظاهر الآية؛ لأنّ النفي ضد الحبس، ولا يُعقل أن يكون حبس القاطع في بلده نفيًا له، وإنما الذي يعقل هو إخراجهم من وطنه؛ لأنّه أبلغ في رده، ثمّ يحبس بعد ذلك في المكان الذي يخرج إليه حتى يُظهِرَ توبته؛ لأنّه إذا حلّي سبيله لم يؤمن عوده إلى ما كان عليه قبل حبسه من الإجمام والقطع، فوجب أن يحبس، بحيث يتحقق أنه لا يعود إلى مثل هذه الأعمال الإجرامية؛ ولأنّه إذا هرب منه لا يخلو أن يكون في موضع من الأرض فلا معنى لذلك؛ ولأنّه يستطيع أن يرجع سرًّا إلى الموضع الذي كان فيه، فتزول فائدة العقوبة بالنفي، هذه هي حقيقة النفي، وهو أشدّ في الردع والزجر، وقد قرن الله

(1) سورة المائد، من الآية: (33).

- ﷺ - مفارقة الوطن بالقتل، فقال - ﷺ -: ﴿وَلَوْ أَنَا كُنْبَنَا عَلَيْهِمْ أَنْ أَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ أَوْ أَخْرَجُوا مِنْ دِيَارِكُمْ مَا فَعَلُوهُ إِلَّا قَلِيلٌ مِنْهُمْ﴾ (1).

هذا ما تم تحصيله وبيانه، فإن كان صواباً فمن توفيق الله، وإن اعتراه النقص أو الخطأ فمن نفسي والشيطان، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً.

انتهى بعون الله وتوفيقه.

مصادر ومراجع البحث

1. مصحف المدينة الإلكتروني، جميع الحقوق محفوظة لمجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، 1426هـ.
2. أحكام القرآن، لأبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، تحقيق: عماد زكي البارودي، المكتبة التوفيقية - القاهرة، ط: بلا.
3. اختلاف الأئمة العلماء، للوزير بن هبيرة الشيباني، تحقيق: السيد يوسف أحمد، دار الكتب العلمية - بيروت، ط: الأولى 2002م.
4. الاختيار لتعليل المختار لمجد الدين الموصلي، ضبطه وعلق عليه: عبد الكريم آل الدريني، دار الفكر - عمان، الطبعة الأولى 1999.
5. إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، لمحمد الألباني، إشراف زهير الشاويش، المكتب الإسلامي - بيروت، ط: الأولى 1979م.
6. الاستذكار لأبي عمر يوسف بن عبد البر النمري القرطبي، تعليق: سالم عطا، ومحمد معوض، دار الكتب العلمية - بيروت، ط: الثانية 2006م.

(1) سورة النساء، من الآية: (66).

7. الإشراف على مذاهب العلماء، لأبي بكر بن المنذر، تحقيق: أبو حماد صغير الأنصاري، توزيع: مكتبة مكة الثقافية - رأس الخيمة، ودار روائع الأثير - الرياض، ودار المدينة للطباعة - رأس الخيمة، ومكتبة عباد الرحمن - مصر، ط: الأولى 2007م.
8. الإشراف على نكت مسائل الخلاف، للقاضي عبد الوهاب البغدادي، تقديم وتخرّيج: الحبيب ابن طاهر، دار ابن حزم - بيروت، ط: 1999م.
9. أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن لمحمد الشنقيطي، إشراف: مكتب البحوث والدراسات، (دار الفكر - بيروت، ط 1995م)، و(دار الكتب العلمية - بيروت، ط 1995م).
10. الإقناع في مسائل الإجماع، لأبي الحسن ابن القطان، تحقيق: حسن فوزي الصعيدي، دار الفاروق الحديثة للطباعة والنشر - القاهرة، ط: الأولى 2004م.
11. الإقناع، لأبي بكر محمد بن المنذر، تحقيق: عبد الله الجبرين، دار الصميعي - الرياض، ط: الثانية 2008م.
12. الأم، للإمام الشافعي، تعليق وتخرّيج: محمود مطرجي، دار الكتب العلمية - بيروت، ط: الأولى 1993م.
13. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف لعلاء الدين المرادوي، تقديم رائد أبي علفة، بيت الأفكار الدولية - عمان، الرياض، والشارقة، ط: بلا، و(بيت الأفكار الدولية - بيروت، ط: 2004م).
14. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لأبي الوليد محمد بن رشد الأندلسي (الحفيد) 1350/3، وبهامشه السبيل المرشد إلى بداية المجتهد ونهاية المقتصد، شرح وتحقيق: عبد الله العبادي، دار السلام - القاهرة، ط: الثالثة 2006م.
15. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لعلاء الدين الكساني الحنفي، تحقيق: محمد تامر ورفاقه، دار الحديث - القاهرة، ط: 2005م.

16. البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير للرافعي، لعمر بن علي بن الملقن الأنصاري، تحقيق: حمدي عبد الحميد إسماعيل السلفي، مكتبة الرشد - الرياض، ط: الأولى 1410هـ.
17. تبيين الحقائق، لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي شرح كنز الدقائق، لأبي البركات حافظ الدين النسفي، ومعه حاشية الشلي على هذا الشرح، تحقيق: أحمد عزو عناية، دار الكتب العلمية - بيروت، ط: 2000م، و(دار عالم الكتاب العربي - القاهرة، ط: 1313هـ).
18. تحفة الأحوزي بشرح جامع الترمذي، لأبي العلا محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري، دار الكتب العلمية - بيروت، ط: بلا.
19. تحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندي، دار الكتب العلمية - بيروت، ط: بلا.
20. تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، لأبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، مكتبة الباز - مكة المكرمة، ط: الثانية 2005م.
21. تهذيب المسالك في نصره مذهب مالك، لأبي الحجاج يوسف بن دوناس بن عيسى الفندلاوي المغربي، تحقيق: عثمان غزال، دار الكتب العلمية - بيروت، ط: الأولى 2007م.
22. التهذيب في اختصار المدونة لأبي سعيد البراذعي، تحقيق: محمد الأمين، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث - دبي، ط: الأولى 1999م.
23. جامع الأمهات لابن الحاجب، تحقيق: أبو عبد الرحمن الأخضر الأخضر، الإمامة للنشر والتوزيع - دمشق، بيروت، ط: الثانية 2000م.
24. جامع البيان عن تأويل آي القرآن، لابن جرير الطبري، دار الفكر - بيروت، ط: 1405هـ.
25. الجامع الصغير، لأبي عبد الله محمد بن الحسن الشيباني، وشرحه النافع الكبير، لأبي الحسنات اللكنوي، عالم الكتب - بيروت، ط: الأولى 1406هـ.

26. الجامع الكبير، للترمذي، تحقيق: بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي - بيروت، ط: الثانية 1998م.
27. الجامع لأحكام القرآن، لأبي عبد الله القرطبي، تحقيق: عبد الرزاق المهدي، دار الكتاب العربي - بيروت، ط: الثانية 1999م.
28. الجوهرة النيرة شرح مختصر القدوري في فروع الحنفية، لأبي بكر الزبيدي، تحقيق: إلياس قبلان، دار الكتب العلمية - بيروت، ط: الأولى 2006م.
29. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لشمس الدين محمد عرفة الدسوقي، على الشرح الكبير لمختصر خليل، لأحمد الدردير، دار إحياء الكتب العربية، عيسى الحلبي، فيصل - القاهرة، ط: بلا.
30. حاشية الشرقاوي، لعبد الله بن حجازي الشافعي الأزهري، على تحفة الطلاب بشرح تنقيح الباب، لزكريا الأنصاري، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى 1997م.
31. الحاوي الكبير، (هو شرح مختصر المزني)، لأبي الحسن علي الماوردي، تحقيق: مجموعة من الأساتذة، (دار الكتب العلمية - بيروت، ط: 1994م)، و(دار الفكر - بيروت، ط: 2003م).
32. الدر المختار، لعلاء الدين الحصكفي، لمتن تنوير الأبصار لشمس الدين التمرناشي، تحقيق: عبد المجيد طعمه حلبي، دار المعرفة - بيروت، ط: الأولى 2000م. (ضمن حاشية ابن عابدين)
33. دليل الطالب لنيل المطالب، لمرعي الكرمي الحنبلي، تحقيق: أبو قتيبة الفاريابي، دار طيبة - الرياض، ط: الثانية 2006م.
34. الديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب، لابن فرحون، تحقيق: مأمون الجنان، دار الكتب العلمية - بيروت، ط: الأولى 1996م.

35. رد المختار على الدر المختار، أو حاشية ابن عابدين على شرح علاء الدين الحصكفي لمتن تنوير الأبصار لشمس الدين التمرتاشي، تحقيق: عبد المجيد طعمه حلبي، دار المعرفة - بيروت، ط: الأولى 2000م.
36. روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، لشهاب الدين الألوسي، ضبط وتصحيح: علي عبد الباري عطية، دار الكتب العلمية - بيروت، ط: الأولى 2001م.
37. زهرة التفاسير لأبي زهرة، دار الفكر العربي - القاهرة، ط: بلا.
38. سنن ابن ماجه، تحقيق: بشار عواد معروف، دار الجيل - بيروت، ط: الأولى 1998م.
39. سنن أبي داود، تحقيق: السيد محمد وآخرون، دار الحديث - القاهرة، ط: 1999م.
40. السنن الكبرى لأبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية - بيروت. ط: 1999م.
41. السنن الكبرى للنسائي، لأبي عبد الرحمن بن شعيب النسائي، تحقيق: عبد الغفار سليمان البنداري، وسيد كسروي حسن، دار الكتب العلمية - بيروت، 1992م.
42. السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، لأحمد بن عبد الحلیم بن تيمية الحراني، دار المعرفة - بيروت، ط: بلا.
43. الشافي في شرح مسند الشافعي، لابن الأثير، مجد الدين أبي السعادات، المبارك بن محمد بن عبد الكريم الجزري، تحقيق: أحمد بن سلمان، وأبي تميم بن إبراهيم، مكتبة الرشد - الرياض، ط: الأولى 2005م.
44. شرح صحيح البخاري لابن بطال، ضبط وتعليق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد - الرياض، ط: 2000م.

45. شرح صحيح مسلم للنووي، اعتنى به أبو الفضل الدمياطي، دار البيان العربي - القاهرة، ط: بلا.
46. صحيح البخاري، للإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي، ضبطه، ورقمه، وخرّج أحاديثه: مصطفى ديب البغا، ط: بلا.
47. عمدة الفقه على مذهب الإمام أحمد، لموفق الدين أبي محمد بن قدامة المقدسي، تحقيق: سعيد نصر محمد، دار الأخيار للنشر - الرياض، ط: الأولى 2004م.
48. عيون المجالس، اختصار القاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي، تحقيق: امباي بن كيباكاه، مكتبة الرشد - الرياض، ط: الأولى 200م.
49. الفتاوى الكبرى لابن تيمية الحراني، تحقيق: حسنين محمد مخلوف، دار المعرفة - بيروت، ط: بلا.
50. فتح الباري بشرح صحيح البخاري، لابن حجر العسقلاني، مصححه على النسخة التي حقق أصولها وأجازها عبد العزيز بن باز، دار الفكر - بيروت، ط: الأولى 2000م.
51. فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، لأبي يحيى زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى 1418هـ.
52. القوانين الفقهية لأبي القاسم بن جزى، تحقيق: عبد الله المنشاوي، دار الحديث - القاهرة، ط: 2005م.
53. الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر القرطبي، دار الكتب العلمية - بيروت، ط: الأولى 1407هـ.
54. كشف القناع عن متن الإقناع، لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي، تحقيق: محمد درويش، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط: الأولى 1999م.

55. اللباب في شرح الكتاب، لعبد الغني الغنيمي الميداني، ومعه تثبت أولي الأبواب بتخريج أحاديث اللباب، خرّج أحاديثه وعلّق عليه، عبد الرزاق المهدي، دار الكتاب العربي - بيروت، ط: 2004م.
56. لسان العرب، لمحمد بن منظور الإفريقي المصري، دار صادر - بيروت، ط: الأولى 1997م.
57. لسان الميزان، لابن حجر العسقلاني الشافعي، تحقيق: دائرة المعرفة النظامية - الهند، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، ط: الثالثة 1986م.
58. المبسوط للسرخسي، تقديم خليل محيي الدين الميس، دار الفكر - بيروت، ط: الأولى 2000م.
59. مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، لنور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي، دار الفكر - بيروت، ط: 1412هـ.
60. المجموع شرح المذهب للشيرازي، للإمام أبي زكريا محيي الدين النووي، حققه وعلّق عليه وأكمله: محمد نجيب المطيعي، دار عالم الكتاب - الرياض، ط: الأولى 2006م، (مكتبة الإرشاد - جدة - السعودية. الطبعة: بلا).
61. المحرر في الفقه على مذهب أحمد بن حنبل، لمجد الدين أبي البركات بن تيمية، ومعه النكت على مشكل المحرر، تأليف شمس الدين ابن مفلح، مكتبة الرشد - الرياض، ط: الثانية 1984م.
62. المحكم والمحيط الأعظم، لأبي الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسي، تحقيق: عبد الحميد هنداوي، دار الكتب العلمية - بيروت، ط: الأولى 2000م.
63. المحلى بالآثار، لابن حزم، تحقيق: لجنة إحياء التراث العربي، دار الجيل - بيروت، ط: بلا.
64. مختار الصحاح، لمحمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، تحقيق: محمود خاطر، مكتبة لبنان ناشرون - بيروت، ط: 1995م.

65. مختصر الفتاوى المصرية، لابن تيمية، تأليف: أبو عبد الله بدر الدين محمد ابن علي الحنبلي البعلبي، تحقيق: محمد حامد الفقبي، دار ابن القيم، الدمام السعودية، ط: الثانية 1986م.
66. مختصر المزني، اعتنى به: خليل بن مأمون، دار المعارف . بيروت، ط: الأولى 2004م.
67. مراتب الإجماع، لابن حزم الظاهري، يليه نقد مراتب الإجماع لابن تيمية، عناية: حسن أحمد، دار بن حزم، بيروت، ط: الأولى 1998م.
68. المسالك في شرح موطأ مالك، للقاضي أبي بكر محمد بن العربي المعافري، تعليق: محمد بن حسين السليماني وأخته عائشة، دار الغرب الإسلامي - بيروت، ط: الأولى 2007م.
69. المستدرک على الصحيحين، لأبي عبد الله الحاكم النيسابوري، تحقيق: حمدي الدمرداش، المكتبة العصرية - بيروت، ط: الأولى 2000م.
70. مسند أحمد، إشراف عبد الله التركي، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرين، (مؤسسة الرسالة - بيروت، ط: الأولى 2001م)، و(مؤسسة قرطبة - القاهرة، ط: بلا).
71. مسند الشافعي، لمحمد بن إدريس أبو عبد الله الشافعي، دار الكتب العلمية - بيروت، ط: بلا.
72. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، لأحمد الفيومي، دار الكتب العلمية - بيروت، ط: الأولى 1994م، (المكتبة العلمية - بيروت، ط: بلا). و(دار الكتب العلمية - بيروت، ط: بلا).
73. معجم البلدان، لياقوت الحموي، دار الفكر - بيروت، ط: بلا.
74. معرفة السنن والآثار، عن الإمام الشافعي، لأبي بكر أحمد البيهقي، تحقيق: سيد كسروي حسن، دار الكتب العلمية - بيروت، ط: 2001م.

75. المعونة على مذهب عالم المدينة (لإمام مالك بن أنس)، للقاضي عبد الوهاب البغدادي، تحقيق ودراسة: حميش عبد الحق، وأصل الكتاب (رسالة دكتوراه من جامعة أم القرى بمكة المكرمة)، مكتبة نزار الباز - مكة المكرمة . الرياض، ط: الثانية 1999م.
76. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج لمحمد الخطيب الشربيني، تحقيق: محمد تامر، وشريف عبد الله، دار الحديث - القاهرة، ط: 2006م.
77. المغني، لموفق الدين بن قدامة المقدسي الحنبلي، (ويليه الشرح الكبير لشمس الدين بن قدامة المقدسي)، تحقيق: محمد خطاب ورفاقه، دار الحديث - القاهرة، ط: 2004م.
78. المقدمات الممهדות لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعية والتحصيلات المحكمات لأمّهات مسائلها المشكلات، لأبي الوليد محمد بن رشد القرطبي (الجد)، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، ط: الأولى 1988م.
79. مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشاكلها، لأبي الحسن الرجرجاني، مركز التراث الثقافي المغربي - الدار البيضاء، دار ابن حزم، ط: الأولى 2007م.
80. المنتقى شرح الموطأ، لأبي الوليد سليمان بن خلف الباجي، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية - بيروت، ط: الأولى 1999م.
81. منح الجليل شرح مختصر خليل للشيخ محمد عليش، دار الفكر - بيروت، ط: 1989م.
82. منهاج الطالبين وعمدة المفتين، لمحبي الدين النووي، عني به: محمد شعبان، دار المنهاج، جدة، ط: الأولى 2005م، (دار المعرفة - بيروت، ط: بلا).

البعد المقاصدي من خلال كفارة اليمين

إعداد الدكتور: المبروك عون سالم

جامعة الجبل الغربي - قسم الدراسات الإسلامية

كلية الآداب والعلوم / بدر

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة

الحمد لله الذي خلق الإنسان علّمه البيان، والصلاة والسلام على محمد النبي الأمي الذي أنزل عليه القرآن، فكان مصدر العلم والنور والهداية والخير مادام الزمان.

وبعد،،،

فإن الكفارات قد شرعت للزجر والردع، فهي كالعقاب المالي أو البدني لمن ارتكب خطيئة أو جناية، و إنما سميت الكفارة كفارة أملاً في أن الله يكفر بها عن المسلم الذنوب بارتكابه وإقدامه القسم بالله والحلف بالله ثم لم يبرّ في قسمه، ولم يكفر عن نفسه، ولما كان الإسلام تنظيمًا اجتماعيًا شاملاً لكل نواحي الحياة المادية والروحية، فإن الشريعة الإسلامية بمقاصدها العامة والخاصة تضمنت الأحكام التي تنظم قواعد السلوك في المجتمع، ولما كان الإسلام رسالة عالمية لا تعترف بحدود للمكان والزمان أو الأجناس فقد جاءت شريعته عامة في الزمان والمكان، صالحة للتطبيق، مستجيبة لحل مشاكل البشرية في كل زمان ومكان، ولا عجب في ذلك فهي التشريع السماوي من عند الله خالق النفس البشرية، وهو أدرى بما يصلحها

ديناً ودنياً. ومن أساسيات البحث العلمي تحديد مشكلة البحث أو الدراسة حيث تكمن المشكلة هنا في:

- الخلط بين الإطعام والكسوة والصيام في كفارة اليمين.
- جهل الكثير من عوام الناس كيفية القيام بالتكفير عن أنفسهم.
- يمين اللغو هل لها كفارة أم لا؟
- هل كفارة اليمين على الترتيب أم على التخيير؟
- اختلف العلماء في يمين الغموس هل هي يمين منعقدة أو لا؟
- الحلف بالله عمداً أو سهواً هل يترتب عليه كفارة أم لا؟ وما الفرق بينهما؟
- لم تكن الكفارة واضحة ومفهومة لعامة المسلمين وأن الشرع قد حث على أدائها، ورغب في القيام بها.

ويهدف البحث من خلال مباحثه ومطالبه إلى :

- التعريف بكفارة اليمين، وكيفية أدائها على الوجه المطلوب شرعاً.
- عدم الخلط في خصال الكفارة بين الإطعام أو الكسوة أو العتق أو الصيام.
- كفارة اليمين على التخيير أم على الترتيب، وتوضيح ذلك بين الإطعام والكسوة والتحرير أو الصيام، وهل على القدرة والاستطاعة أم لا؟
- التحذير من الوقوع في يمين اللغو أو اليمين الغموس، خاصة في هذا الزمن الذي تساهلت فيه الناس بأمر اليمين الشرعي.

وقد لاحظت كما لاحظ غيري إقدام الناس على الإيمان والنذور والتساهل في ذلك في مجالسهم وأحاديثهم الخاصة، وأحياناً في لعبهم ولهوهم، ثم بعد ما يقع الأمر يبحثون عن مخرج لما وقعوا فيه، ويعتذرون لأنفسهم، وقد كانوا في عافية من الأمر، هذا وقد شرع الله عز وجل الكفارات سترًا للذنوب، وتمحيصاً لها، وتهذیباً للنفوس، وصيانة لها من الوقوع فيما تُهيت عنه، ونظراً لأهمية كفارة اليمين في الشرع، وما يقوم به الناس من أيمان كاذبة ولغو فاسدة، ويمين غموس منعقدة، أو

غير ذلك من الأيمان، مما ءفعنى للبعء فى هذا الموضوع، واءءرت له عنواناً "البعء المقاصءى من ءلال ءفارة الءممن" ءراسة فقهىة، وقء ءصرت البءء فى مقءمة وءلاءة مباءء وءاءمة على النحو ءالى:

المقءمة: ءءءء فىها عن أهمىة الموضوع، والبعء المقاصءى من ءلال ءفارة الءممن، وأسباب اءءىار الموضوع، وأهءاف البءء، ءىء ءاءء ءطة البءء ءاملة ووافية على النحو ءالى:

المبعء الأول: مشروعية الكفارة وسببها وىءوى على ءلاءة مطالب هى:
المطلب الأول: ءعرف الكفارة لغة واصطلاحاً.

المطلب ءانى: مشروعية الكفارة وسببها.

المطلب ءالى: ءعرف الألفاظ المشابهة

المبعء ءانى: شروط وءوب ءفارة الءممن وىءمل أربعة مطالب هى:

المطلب الأول: شروط وءوب ءفارة الءممن.

المطلب ءانى: نوع الإطعام فى ءفارة الءممن.

المطلب ءالى: الكسوة وما ىءلق بها فى ءفارة الءممن.

المطلب رابع: عءق الرقبة وأوصافها.

المبعء ءالى: أءر الإعسار فى ءفارة الءممن وىءوى على ءلاء مطالب هى:

المطلب الأول: الصىام فى ءفارة الءممن.

المطلب ءانى: أءر الإعسار فى ءفارة الءممن.

المطلب ءالى: الءممن اللغو والءممن الغموس.

ءءاءمة: ءناولء فىها أهم ما ءوصلء إلىه من ءءا ءلال ءراسءى لهذا الموضوع.

وأءىراً أسأل الله العلى القءىر أن ىوفقنا إلى ما فىه الخىر والسءاء والرءاء، إنه ولى ذلك والقاءر علیه، وىنفعنا بما علمنا وىعلمنا ما ءهلنا، وصل اللهم وسلم وبارء على سىءنا محمد وعلى آله وصءبه أءمعن.

المبحث الأول:

مشروعية الكفارة وسببها

ويحتوي على ثلاثة مطالب هي:

المطلب الأول:

تعريف الكفارة لغة واصطلاحاً.

أولاً: تعريف كفارة اليمين في اللغة:

كفر: الكاف والفاء والراء أصل يدل على معنى واحد وهو الستر والتغطية، ويقال للزارع كافر؛ لأنه يغطي الحبّ بتراب الأرض، أي يستره.⁽¹⁾
والكفر بالفتح والكفار: ما يكفر به من الخطيئة واليمين فيمحي به⁽²⁾.
والكفر: التراب لأنه يستر ما تحته، والكفارة من صدقة أو صوم أو نحو ذلك، كأنه غطى عليه بالكفارة، أي ستر الذنوب⁽³⁾.

ثانياً: في الاصطلاح الفقهي:

الكفارة: من كفر الله عنه الذنب محاه ومنه الكفارة لأنها تكفر الذنوب، وكفر عن يمينه إذا فعل الكفارة، والكفارة: ما كفر به من صدقة وصوم ونحوها⁽⁴⁾.
وقيل: هي ما يستغفر به الآثم من صدقة وصوم ونحو ذلك⁽⁵⁾.
وقيل: هي فعل ما يوجب بالحنث فيها⁽⁶⁾.

(1) معجم مقاييس اللغة، لابن فارس، 191/5، كفر.

(2) كتاب العين، للفراهيدي، 135/1.

(3) تاج العروس، للزبيدي، 62/14، كفر، المعجم الوسيط، لإبراهيم مصطفى، 791/2، باب الكاف، الصحاح، للجوهري، 372/3، كفر.

(4) البحر الرائق، لابن نجيم، 108/4.

(5) القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، لسعدي أبو جيب، 321/1، حرف الكاف.

(6) حاشيتا قليوبي وعميرة، 153/13.

المطلب الثاني:

مشروعية الكفارة وسببها

مشروعية الكفارة، الكفارة مشتقة من الكفر بفتح الكاف أي الستر، فهي ستارة للذنوب الحاصل بسبب الحنث في اليمين، فاليمين سبب الكفارة.

والأصل في كفارة اليمين: الكتاب والسنة والإجماع: أما الكتاب فقوله سبحانه وتعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَدْتُمُ الْأَيْمَانَ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ذَلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ وَاحْفَظُوا أَيْمَانَكُمْ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ آيَاتِهِ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ﴾⁽¹⁾.

أما في السنة: فقد قال الرسول صلى الله عليه وسلم: "إذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها، فأت الذي هو خير، وكفر عن يمينك"⁽²⁾.

أما الإجماع: فقد أجمع المسلمون على مشروعية الكفارة في اليمين بالله تعالى.⁽³⁾

بعد أن عرفنا مشروعية الكفارة في القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة وإجماع المسلمين على ذلك، نأتي إلى سبب وجوب كفارة اليمين وهذا هو المقصد الشرعي من الكفارة فنقول:

تجب الكفارة بالحنث في اليمين، سواء أكانت في طاعة أم في معصية أم أمر مباح، هذا ولا يجوز تقديم الكفارة قبل وقوع اليمين باتفاق العلماء؛ لأنه تقديم للحكم قبل سببه، فلم يجوز تقديم الزكاة قبل ملك النصاب⁽⁴⁾.

(1) سورة المائدة، الآية: 89.

(2) أخرجه النسائي في سننه، رقم 3790، باب: الكفارات بعد الحنث، 11/7، حديث صحيح.

(3) ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته، لوهبه الزحيلي، 131/4.

(4) بنظر: الفقه الإسلامي وأدلته، للزحيلي، 131/4.

المطلب الثالث:

تعريف الألفاظ المشابهة:

حيث أن هذه الألفاظ لها صلة بالكفارة وهي الاستغفار، التوبة، العقوبة. الاستغفار في اللغة: طلب الغفران قولاً وفعلاً⁽¹⁾.

وشرعاً: سؤال المغفرة والتجاوز بها عن الذنب وعدم المؤاخذة به.⁽²⁾

وقد يأتي الاستغفار بمعان أخرى، فيأتي بمعنى الإسلام، كما في قوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ اللَّهُ لِيُعَذِّبَهُمْ وَأَنْتَ فِيهِمْ وَمَا كَانَ اللَّهُ مُعَذِّبَهُمْ وَهُمْ يَسْتَغْفِرُونَ﴾⁽³⁾. حيث جاء في التفسير بمعنى يسلمون، كما جاء بمعنى الدعاء والتوبة في تفسير القرطبي⁽⁴⁾ والصلة أن كلا من الكفارة والاستغفار يكون بعون الله تعالى سبباً لمغفرة الذنوب.⁽⁵⁾

التوبة: في اللغة الرجوع من الذنب، وتاب إلى الله توبة وقد تاب الله عليه، ووقفه لها، وقيل التوب جمع توبة قال تعالى: ﴿غَافِرِ الذَّنْبِ وَقَابِلِ التَّوْبِ﴾⁽⁶⁾. وقبل العود والرجوع عن المعصية، يقال: تاب عن ذنبه، إذا رجع عنه وأقلع.⁽⁷⁾

(1) القاموس المحيط، للفيروز آبادي / 477/1، لغة.

(2) القاموس الفقهي، لسعدي أبو حبيب، 275/1، حرف الغين.

(3) سورة الأنفال، الآية: 33.

(4) الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي، 33/7.

(5) ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، 38/35.

(6) سورة غافر، الآية: 3.

(7) الصحاح، للجوهري، 105/2، الصحاح.

وشرعاً: هي الاستغفار والندم والإقلاع عن المعصية في الحال والعزم على عدم العود إليها في المستقبل.⁽¹⁾ والصلة بين الكفارة والتوبة أن كلا منهما بمشيئة الله تعالى، سبباً لمغفرة الذنوب وهذه من مقاصد الشريعة.

العقوبة: في اللغة مأخوذة من العقب، وهو الجري بعد الجري والولد بعد الولد، والعقبى بالضمّ: التوبة والبدل والليل والنهار، لأنهما يتعاقبان، العقاب: الأخذ بالذنب، وقد عاقبته وتعقبه، والاسم العقوبة، والعاقب، آخر كل شيء.⁽²⁾

وفي الاصطلاح الشرعي: هي زواجر شرعها الله تعالى، للردع عن ارتكاب ما حظر وترك ما أمر به، وهي من زواجر الحدود ما يردع به ذا الجهالة حذراً من ألم العقوبة.⁽³⁾

وهذه الزواجر: إما أن تكون مقدرة، فتسمى حداً، وإما أن تكون غير مقدرة فتسمى تعزيراً، والصلة بين الكفارة والعقوبة: أن الكفارة فيها معنى العبادة، وليست العقوبة كذلك.⁽⁴⁾

بعد عرض هذه الألفاظ التي لها صلة بالكفارة، نجد أنها تدل على الندم والاستغفار والرجوع إلى الله، وعدم الإصرار على المعاصي والإقلاع عنها فوراً، طلباً من الله العفو والغفران والرضا التام على من ارتكب السيئات والمعاصي.

(1) ينظر: المغني، لابن قدامة، 515/7، كشاف القناع، للبهوتي، 250/3.

(2) لسان العرب، لابن منظور، 3027/4، المخصص، لابن سيده، 54/4، القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، لسعدي أبو جيب، 254/1، حرف العين، الصحاح.

(3) ينظر: الأحكام السلطانية، للماوردي، 443/1.

(4) ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، 39/35.

المبحث الثاني: شروط كفارة اليمين

ويشمل أربعة مطالب هي:

المطلب الأول:

شروط وجوب كفارة اليمين:

أولاً: متى تجب كفارة اليمين؟

تجب كفارة اليمين على الحالف وتعين عليه بالحنث، ويكون الحنث في صيغة البر، بفعل ما حلف على تركه، وفي صيغة الحنث بترك ما حلف على فعله، ودليل وجوب كفارة اليمين، قوله تعالى: ﴿ذَلِكَ كَفَّارَةٌ لِّأَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ﴾⁽¹⁾، ووجه الاستدلال هو بتقدير مضمرة وهو "فحنثتم" بعد "إذا حلفتكم" فيكون مجموع الحلف والحنث في سبب وجوب الكفارة، ووجه تعليق وجوب الكفارة بالحنث أن الكفارة لرفع إثم الحنث.⁽²⁾

ثانياً: أما شروط وجوب كفارة اليمين فهي:

- لقد اتفق الفقهاء على أن البلوغ والعقل والانعقاد شروط لوجوب الكفارة باليمين، فلا كفارة على صبي أو مجنون حنث في يمينه؛ لأن القلم مرفوع عنهما، لقوله صلى الله عليه وسلم "رفع القلم عن ثلاث: عن النائم حتى يستيقظ، وعن المبتلى حتى يبرأ، وعن الصبي حتى يكبر".⁽³⁾
- أن يكون الحالف مسلماً فلا يصح يمين الكافر؛ لأن كفارة اليمين عبادة، والكافر ليس من أهلها، والدليل على أن الكفارة عبادة: أنها لا تتأدى بدون

(1) سورة المائدة، الآية: 89.

(2) ينظر: الفقه المالكي وأدلته، للحبيب بن طاهر، 136/3.

(3) أخرجه أبو داود في سننه، رقم 4400، باب في الجنون، 54/13، قال الألباني صحيح.

النية، وكذلك لا تسقط بأداء الغير عن الحانث، إذ غير العبادة لا تشترط فيه النية، ويسقط بأداء الغير مثل: الديون ورد المغصوب، والكافر ليس من أهل العبادات فلا تجب بيمينه الكفارة.⁽¹⁾

- الاختبار وعدم الإكراه.
- كون اليمين على مستقبل.
- الحنث في القسم: بأن يفعل ما حلف على تركه أو يترك ما حلف عليه.
- أن تكون يميناً منعقدة⁽²⁾.

المطلب الثاني:

نوع الإطعام في كفارة اليمين.

يشترط في الطعام أن يكون من أوسط طعام الأهل، ويكون في غال عادات الناس، لا من الأدنى ولا من الأعلى، فما يجزئ في زكاة الفطر يجزئ هنا، وهي الأصناف التسعة: القمح، الشعير، والسلت، والزبيب، والدخن، والذرة، والأرز، والأقط، والتمر⁽³⁾.

أما مقدار الإطعام فاختلف فيه بسبب اختلافهم في تأويل قوله تعالى: (من أوسط ما تطعمون أهليكم)⁽⁴⁾.

فمن العلماء من قال: المراد أكلة واحدة قال: المد وسط في الشيع، ومن قال: المراد قوت اليوم وهو غداء وعشاء قال: الواجب نصف الصاع، أي مدان .

(1) ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته، للزحيلي، 43/4.

(2) ينظر: الفقه المالكي وأدلته، للحبيب بن طاهر، 127/2.

(3) ينظر: المصدر السابق، 133/2.

(4) سورة المائدة، الآية، 89.

وبناء عليه فإنه يعطي لكل مسكين مدّ من الطعام كصدقة الفطر إلا أن الإمام مالك⁽¹⁾ قال : المد خاص بأهل المدينة لضيق معاشهم، وأما سائر المدن فيعطون الوسط من نفقتهم، وقال البعض يجزئ المدّ في كل مدينة⁽²⁾.

والمقصود من الإطعام هو مجرد الإباحة لا التملك للفقراء والمساكين لأن النص القرآني ورد بلفظ الإطعام (فكفارته إطعام عشرة مساكين)⁽³⁾.

والإطعام هو تمكين الفقراء أو المسكين من الأكل لا التملك، وكذلك إشارة إلى النص القرآن (إطعام عشرة مساكين) والمسكنة : هي الحاجة وهو محتاج إلى أكل الطعام دون تملكه، فكان في إضافة الإطعام إلى المساكين إشارة إلى أن الإطعام هو الفعل الذي يصير به المسكين متمكناً من الطعام لا التملك، بخلاف الزكاة وصدقة الفطر⁽⁴⁾ أما الوسط المطلوب في المقدار هو أن يكون الطعام مدّاً بمدّ النبي صلى الله عليه وسلم لا أقلّ، إنما يعتبر المدّ إذا أخرج من البرّ وأما إذا أخرج من الشعير أو التمر، فإنه يخرج من وسط الشبع به، ويجزئ إطعام كل واحد من العشرة رطلين من الخبز الأوسط ويعتبر في ذلك بالرطل البغدادي⁽⁵⁾.

ويندب أن يكون الرطلان بإدام من تمر أو لحم أو غير ذلك، هو العرف الغالب في الناس من أنهم لا يأكلون الخبز إلا بإدام ويجزئ عن إخراج العشرة أمداد إشباع عشرة مساكين مرتين، كغداء وعشاء في يوم أو أكثر كغدائين أو عشائين،

(1) هو : مالك بن أنس بن مالك الأصبجي، إمام دار الهجرة، ولد سنة 91 هـ، أحد الأئمة الأربعة عند أهل السنة، له تصانيف عدة من أشهرها الموطأ، توفي سنة 179 هـ، الديباج المذهب، لابن فرحون، 17/1، الأعلام، للزركلي، 207/5.

(2) ينظر : بداية المجتهد، لابن رشد، 417/1 بتصرف.

(3) سورة المائدة، الآية 89.

(4) ينظر : المبسوط، للسرخسي، 293/10 بتصرف.

(5) الرطل البغدادي يساوي: 4,53 جراماً، وأن الدرهم بناء عليه يساوي : 3.17 جراماً ينظر : بحث في تحويل الموازين والمكاييل الشرعية إلى المقادير المعاصرة، للشيخ : عبد الله بن سليمان المنيع، وجاء في المصباح المنير، للفيومي، 230/1، الرطل البغدادي هو : اثنتا عشرة أوقية.

مجتمعين أو متفرقين، متساوين في الأكل أو متفاوتين، والمراد الشبع الوسط في كل مرة، والأطفال إذا استغنوا عن اللبن فلا يكفي إشباعهم مرتين، بل لابد من المدّ كاملاً، أو من الرطلين كاملين⁽¹⁾.

وقال علماء الحنفية : مقدار الإطعام نصف صاع⁽²⁾ من برّ أو صاع من تمر أو شعير أو من دقيق الحنطة أو الشعير أو قيمة هذه الأشياء من النقود: دراهم أو دنانير أو من عروض التجارة كما هو المقرر في صدقة الفطر، قالوا وقد ثبت ذلك عن ساداتنا عمر وعلي وعائشة، وبه قال جماعة من التابعين : سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير وإبراهيم ومجاهد والحسن⁽³⁾ والمراد بالمساكين في الآية ما يشمل الفقراء وشروط المساكين هي:

- أن يكونوا في نفقة المكفّر، أي ممن تلزمه نفقتهم، فلا يجوز أن يدفع الرجل منها شيء لزوجته، أو ولده، أو أبويه الفقيرين.
- ولا يشترط كونهم من محل الحنث، كما لا يشترط أن يكونوا غير هاشميين، بل تصح للهاشمي، لأن الكفارة لا تعدّ أوساخاً بخلاف الزكاة فإنها أوساخ الأموال والأبدان.
- يشترط أن يكونوا مسلمين فلا يجوز صرفها إلى كافر.
- أن يكونوا مساكين وهم الصنف الذي يدفع إليهم في الزكاة، وأن يكونوا أحراراً، والكفارة إنما هي للمساكين بدليل الآية.

(1) ينظر : الفقه المالكي وأدلته، للحبيب من طاهر، 34/2، الفقه على المذاهب الأربعة، للجزيري، 79/2، الشرح الكبير على متن المقنع، لابن قدامة، 615/8.

(2) الصاع : أربعة أمداد، والمدّ رطل وثلث بالرطل العراقي، والرطل العراقي 130 درهماً والدرهم 2,975 جرام، أي ان المدّ يساوي 675 جرام، والصاع يساوي 2751 جرام، الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي 210/1.

(3) ينظر : المبسوط، للسرخسي، 293/10، الفقه الإسلامي وأدلته، للزحيلي، 135/4.

- أن يكونوا عشرة مساكين مختلفين، فلا يجزئ التكرار بأن يعطي للمسكين الواحد أكثر من مدّ من الطعام في اليوم الواحد⁽¹⁾.

أما في الوقت الحاضر فإن الإنسان لا يكلف نفسه الطعام الغالي الثمن، ولا يجزئ الرخيص الدائى ، بل ينظر إلى أكثر ما يطعم أهله، فأحياناً قد يشتري لأهله أنواعاً من اللحوم كالسمك، ولحم الطيور أو لحوم الماعز أو لحوم الضأن، وأحياناً لا يطعمهم إلا الخبز بدون لحم وبدون فاكهة، فينظر إلى أكثر ما يطعم أهله، فإذا قال: أكثر ما أطعم أهلي وأوسط ما أطعمهم الأرز ولحم الدجاج وشيء من الفاكهة، نقول أخرج هذا في كفارة اليمين، لأن الله سبحانه وتعالى قال: ﴿من أوسط ما تطعمون أهليكم﴾⁽²⁾.

ومن العلماء من يقول : يكفي أن يدعوهم ليأكلوا في بيته حتى يشبعوا فإذا شبعوا صدق عليه أنه أطعمهم، وعلى هذا فإن لو جمع عشرة مساكين وجعل لهم طعاماً من جنس طعام أهله، من خبز ولحم أو أرز ولحم معتاد، أو غير ذلك من الاطعمة، فإنه يكفي إذا أكلوا حتى شبعوا، لأن الكفارة تكون من غالب قوت البلد، ففي بلدنا هذا الغالب هو الأرز أو الكسكسي، وأغلب الناس وأوسطهم يأكلون مع الأرز شيئاً من لحم الدجاج أو من لحم الإبل أو من لحم الغنم كإدام له، ويأكلون من الفاكهة كالتفاح أو الموز، أو البرتقال، أو غير ذلك من الفواكه فإذا كان هذا هو غالب قوت البلد وقوت أهله، فإنه يطعم الفقراء والمساكين من مثل هذا، ويكون قد أدى الكفارة التي ترتبت عليه بسبب الحنث في اليمين.

(1) ينظر : السيل الجرار، للشوكاني، 28/4، الفقه على المذاهب الأربعة، 79/2، بداية المجتهد، 343/1، الفقه

المالكي، 131/2.

(2) سورة المائدة، الآية، 89

وهذه من مقاصد الشريعة استفادة الفقراء والمساكين من المكفّر وهي الإطعام حيث جاء عن الشاطبي قوله : (وهي أن وضع الشرائع إنما هو لصالح العباد في العاجل والآجل)⁽¹⁾.

المطلب الثالث :

الكسوة وما يتعلق بها في كفارة اليمين:

الكسوة التي تعطى في الكفارة فيشترط فيها أمور هي:

- أن يكون الثوب مما يصلح للأوساط.
- أن يكون قوياً بحيث يمكن الانتفاع به فوق ثلاثة أشهر، فلو كان قديماً أو جديداً رقيقاً لا ينتفع به هذه المدة فإنه لا يجزئ.
- أن يستر البدن كله أو أكثره فيجزئ الملاءة والجبّة والقميص والرداء والقباء والإزار إذا كان سابلاً يتوشح به ولا تجزئ العمامة ولا السراويل، ولا بد للمرأة من خمار مع الثوب، وإذا أعطى الفقير كسوة لا تستر أكثر بدنه كالسراويل وكانت قيمتها تساوي قيمة الإطعام، نصف صاع من بر أو صاع من تمر فإنها تجزئ⁽²⁾.

ويرى بعض العلماء في الكسوة أن تكون في حق الرجل ثوبا يستر جميع بدنه، أو إزاراً يمكن أن يشتمل به في الصلاة، فلا تجزئ العمامة ولا الإزار الذي لا يمكن الاشتمال به في الصلاة، وان يكون في حق المرأة قميصاً ساتراً وخماراً، ولا يشترط في الكسوة وسط أهل بلده، بل تكفي ولو كانت أقل من كسوة الوسط، وإذا أراد أن يكسو صغيراً فإنه يلزمه أن يعطيه ما يعطي الكبير على المعتمد من مذهب المالكية⁽³⁾.

(1) الموافقات، للشاطبي، 8/2.

(2) ينظر : الفقه على المذاهب الأربعة / 79/2.

(3) ينظر: الاستذكار، لابن عبد البر، 202/5.

ويجوز أن يكسوهم من جميع اصناف الكسوة مما يجوز للأخذ لبسه، من قطن وكتان وصوف وشعر ووبر وخز وحرير وسواء أكان مصبوغاً أو لا أو خاماً أو مقصوراً لأنه تحصل الكسوة المأمور بها، والحكمة المقصورة منها⁽¹⁾.

وفي الوقت الحاضر نقول للمكفر إذا أراد الكسوة أن يقوم بتوزيع عشر بدل عربية طويلة الثوب أي التي تستر جميع بدنه وتصلح فيها للصلاة وتصح، فيها ساترة لجميع أعضاء الجسم، وتعتبر هذه الملابس من النوع الوسط في الملابس وهي مقصد من مقاصد التشريع الإسلامي استفادة الفقراء والمساكين من الملابس في كفارة اليمين.

المطلب الرابع:

عتق الرقبة أو أوصافها.

الكلام في عتق الرقبة في كفارة اليمين وغيرها من الكفارات تاريخي فقط، بسبب عدم وجود الرقيق في عصرنا الحاضر، وبذلك يسقط هذا الواجب ويظل الحانث محصوراً بين الإطعام والكسوة، ولكن لا بد من ذكر ضابط الرقبة التي يجوز عتقها في الكفارة.

ذهب علماء الحنفية إلى القول بأن تكون الرقبة مملوكة ملكاً تاماً للمعتق، وأن تكون كاملة الرق، سليمة من العيوب التي تبطل المنفعة، سواء أكانت الرقبة صغيرة أم كبيرة، ذكراً أم أنثى، مسلمة أم كافرة، فلا يجوز في الكفارة إعتاق عبد غيره، ولا أن يعتق عبداً مشتركاً بينه وبين غيره، ولا مدبراً⁽²⁾ أو أم ولد⁽³⁾، إلا أنه يجوز تحرير

(1) ينظر: الإقناع في فقه الإمام أحمد، للحجاوي، 37/3، المغني، لأن قوامة، 261/11

(2) المدير: التدبير: أن يعتق الرجل عبده عن دبر، وهو أن يعتق بعد موته، فيقول أنت حر بعد موتي، وهو مدبر، لسان العرب، 1321/2، تاج العروس، للزبيدي، 265/11، دجبر.

(3) أم الولد هي: الأمة التي ولدت من سيدها في ملكه، وعند المالكية، هي الأمة التي حملت من سيدها - القاموس الفقهي، لسعدي أو جيب، 25/1.

المكاتب⁽¹⁾ استحساناً، ولا يجوز أن يعتق عبداً مقطوع اليدين، أو الرجلين، أو مقطوع يد واحدة أو رجل واحدة من جانب واحد، أو يابس الشق مفلوجاً، أو مقعداً، أو زماً⁽²⁾ أو أشل اليدين، أو مقطوع ثلاثة أصابع من كل يد سوى الإبهامين، أو أعمى، أو مفقود العينين، أو معتوهاً يغلب العته عليه، أو أخرس لفوات جنس من أجناس المنفعة، كمنفعة البطش باليدين، والمشي بالرجلين، والنظر في العينين والكلام والعقل⁽³⁾.

مما تقدم في عرض عتق الرقبة نجد أن الشريعة الإسلامية جاءت لتحرير الإرقاء والعبيد من ذل العبودية وما جعلت الكفارات والنذور إلا لأجل ذلك وهذا هو الغرض الأساسي من مقاصد الشريعة.

المبحث الثالث:

أثر الإعسار هي كفارة اليمين.

ويحتوي على ثلاثة مطالب هي:

المطلب الأول:

الصيام في كفارة اليمين.

من المعلوم أن كفارة اليمين في إطعام عشرة مساكين أو كسوتهم أو تحرير رقبة، ولا ترتيب بين واحد منهم فهو مخير بين أن يفعل أيهما شاء، فإن عجز عنها ولم يستطع أن يفعل واحداً منها، فإنه يصوم ثلاثة أيام ولا يجزئ الصيام إلا بعد

(1) المكاتب : العبد الذي يكتب على نفسه بتمنه، فإن سعى وأداه عُتق، أنيس الفقهاء، لابن الرومي، 61/1.

(2) الزمانة: كل داء ملازم للإنسان فيمنعه عن الكسب، كالعمى وشلل اليدين، الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي، 290/1.

(3) ينظر: البحر الرائق، لابن نجيم، 109/4، الذخيرة، للقرافي، 62/4، الفقه الإسلامي وأدلته، للزحيلي، 132/4.

العجز عن فعل واحد من الأمور الثلاثة، فكفارة اليمين فيها تخير، وترتيبين، فالخالف مخير بين أن يطعم عشرة مساكين أو كسوتهم أو تحرير رقبة و ليس مخيراً في الصيام.

أما الصيام فهو أن يصوم ثلاثة أيام متتابعات على قول بعض العلماء في التتابع وعلى قول الآخرين التتابع ليس بشرط بل يندب، فلو حاضت المرأة أثناء صومها بطلت الكفارة ويشترط لصحة الكفارة أن يعجز عن الإطعام أو الكسوة أو تحرير رقبة، ويعتبر العجز وقت الأداء، لا وقت الحنث، فلو كان معه مال وقت الحنث ثم ذهب وصام ثم رجع له المال، فإن الصيام يجزئه، لأنه كان عاجزاً وقت الأداء، ويشترط أيضاً أن يستمر العجز إلى الفراغ من الصوم، فلو صام المعسر يومين ثم تحصل على المال قبل صيام الثالث، لم يجزئه الصيام ويعد قادراً من يملك الكفارة زائدة على الكفاف، والكفاف هو منزل يسكنه، وثوب يلبسه، ويستر عورته، وقوت يومه، وإذا كان له مال وعليه دين مثله، فإن قضى به دينه قبل أن يكفر صام، وإن لم يقض به دينه، فليل: يكفر بالمال، وقيل: يصوم، وللزوج أن يمنع زوجته المعسرة من الصوم⁽¹⁾. واختلف العلماء في اشتراط تتابع الأيام الثلاثة في الصيام فقال علماء المالكية والشافعية، لا يشترط التتابع، ولكنه مستحب، لإطلاق الآية القرآنية: ﴿فصيام ثلاثة أيام﴾ فليس فيها شرط التتابع، وقد نسخت هذه الآية القراءة الشاذة لابن مسعود⁽²⁾ تلاوة وحكماً⁽³⁾ وقال علماء الحنفية والحنابلة:

(1) ينظر: الفقه على المذاهب الأربعة، للجزيري، 79/2.

(2) هو: عبد الله بن مسعود بن غافل بن حبيب بن شمع بن فار بن مخرم أبو عبد الرحمن الهذلي حليف زهرة، أسلم قبل عمر بن الخطاب، وهو أول من جهر بالقرآن بمكة، وكان خادماً رسول الله صلى الله عليه وسلم، وكان يعرف بصاحب السواد والسواك، وهاجر المهجرتين، وصلى القبلتين، وشهد المشاهد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم، وشهد له بالجنة، وتوفي بالمدينة وصلى عليه عثمان رضي الله عنه ودفن بالبقيع، وكان سنة 32هـ، أسد الغابة، لابن الأثير، 174/2.

(3) ينظر: بداية المجتهد، 405/1، مغني المحتاج، 327/4 الفقه الإسلامي، 140/4.

يشترط التابع، بدليل قراءة أبي وعبد الله بن مسعود ﴿فصيام ثلاثة أيام متتابعات﴾⁽¹⁾.

هذا إن كان قرآنًا فهو حجة، وإن لم يكن قرآنًا فهو رواية عن النبي صلى الله عليه وسلم فهو إذاً خبر واحد، وخبر الواحد حجة، وبناء على شرط التابع لو أفطر الحانث في يمينه لعذر من الأعذار كالمرض مثلاً، أو سفر، أو حيض، أو لغير عذر فإنه عند الحنفية يستأنف الصوم من جديد مرة أخرى⁽²⁾.

مما تقدم عرضه في مطلب الصيام، نجد أن الشريعة الإسلامية لهما مقصد من الصوم، فإن لم يجد الحانث ما يكفر به عن نفسه من مال، فيرجع التكفير إلى ذات النفس، وهو حرمانها من ملذات الدنيا من أكل وشرب، وهذا المقصد من الصوم، هو بلوغ درجة التقوى، وتحصيل مراتب المتقين، حيث من معاني التقوى ودلالاتها الوقاية من الذنوب والمعاصي التي وقع فيها هذا الإنسان بسبب الحنث في اليمين، وتحصيل النجاة والفوز والظفر بمرضاة الله تعالى وجناته.

المطلب الثاني:

أثر الإعسار في كفارة اليمين.

إذا حنث الحالف في الأيمان وهي ما تسمى صبغة اليمين وهي أن يقول: والله لأفعلن كذا، أو قوله: والله إن لم أفعل كذا ما فعلت كذا، نحو: والله إن لم أضرب زيداً ما أقمت في هذه الدار، ثم عزم على الإقامة، ويكفي ذكره حكماً كما إذا قال: أحلف أو أقسم أو أشهد ولم يذكر الاسم الكريم فإنه يكتفي بتقدير لفظ بالله

(1) حكاه الإمام أحمد ورواه الأثرم عن أبيه بن كعب وابن مسعود أنهما قرأ (فصيام ثلاثة أيام متتابعات) نيل الأوطار، للشوكاني، 111/9 .

(2) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، 111/5.

إذا نوى اليمين، وينعقد اليمين بقول الله، وها الله، و أم الله، وحق الله وعظمته وجلاله والقرآن والمصحف إذا نوى به الكلام القديم⁽¹⁾.

فهذه الألفاظ إن قرنها بالله أو بصفاته نطقاً أو نية كانت أيماناً، وإن أراد بها اعتبار ذلك، أو أعراها من النية لم تكن أيماناً ولم يلزم بها حكم، وقال الشافعي⁽²⁾ : ليست بأيمان على الإطلاق، إذا لم يقرنها بأسماء الله تعالى لفظاً⁽³⁾.

وإذا حلف الحانث في هذه الأيمان فعلية الكفارة، لقوله تعالى: ﴿وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ﴾⁽⁴⁾ إن شاء أعتق رقبة، وإن شاء أطعم عشرة مساكين أو كساهم، فإن لم يجد فصيام ثلاثة أيام متتابعات، لقوله تعالى: ﴿فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾⁽⁵⁾ على التخيير بينها ﴿فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام﴾ ، وقرأ ابن مسعود رضي الله عنه ﴿ثلاثة أيام متتابعات﴾ قراءته مع شذوذها عند القراء هي كالخبر المشهور من حيث الرواية، فمقتضى هذا أن الإعسار بالعتق أو الإطعام أو الكسوة ينتقل به المعسر إلى الصيام⁽⁶⁾.

(1) ينظر : الفقه على المذاهب الأربعة، 70/2.

(2) هو : محمد بن إدريس بن العباس بن شافع الهاشمي القرشي المطلبي، أحد الأئمة الأربعة عند أهل السنة، وإليه تنسب الشافعية، وُلِدَ في غزة بفلسطين وحمل إلى مكة وهو ابن سنتين، وكان من أحذق قريش بالرمي، برع في الشعر واللغة وأيام العرب، له تصانيف كثيرة أشهرها كتاب الأم في الفقه، توفي سنة 204هـ، الأنساب، للسمعاني، 378/3، الأعلام، للزركلي، 26/6.

(3) ينظر : القوانين الفقهية، لابن جزى، 106/1.

(4) سورة المائدة الآية، 89.

(5) سورة المائدة، الآية، 89.

(6) ينظر الموسوعة الفقهية الكويتية، 248/5.

المطلب الثالث:

اليمين اللغو واليمين الغموس.

أولاً : اليمين اللغو : حيث اختلف العلماء في تحديد المراد منها، فقال بعض العلماء: هي أن يخبر عن الماضي أو عن الحال على الظن، أن المخبر به كما أخبر، وهو بخلافه في النفي والإثبات. وبعبارة أخرى: هي أن يحلف على شيء يظنه كما حلف، فلم يكن كذلك مثل قول الحالف: والله ما كلمت زيداً، وفي ظنه أنه لم يكلمه، والله لقد كلمت زيداً - وفي ظنه أنه كلمه، وهو بخلاف الواقع، وقال الإمام الشافعي : لغو اليمين: ما لم تعتقد عليه النية، أو بعبارة أخرى: يمين اللغو: هي التي يسبق اللسان إلى لفظها بلا قصد لمعناها، أو يريد اليمين على شيء فسبق لسانه إلى غيره بدليل قوله تعالى : ﴿ لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ ﴾⁽¹⁾، وروى عن ابن عمر وابن عباس وعائشة رضی الله عنهم أنهم قالوا: (هو قول الرجل : لا والله، وبلى والله)⁽²⁾.

ولأن ما سبق إليه اللسان من غير قصد لا يؤخذ به كما لو سبق لسانه إلى كلمة الكفر.

وأجمع الفقهاء على أن يمين اللغو لا كفارة فيها، الآية السابقة؛ ولأنها يمين غير منعقدة، فلم تجب فيها كفارة؛ ولأنها لا يقصد بها المخالفة؛ فأشبه ذلك ما لو حنث ناسياً⁽³⁾.

(1) سورة المائدة، الآية، 89.

(2) أخرجه أبوداود في سننه، رقم 3256، باب لغو اليمين، 293/9.

(3) ينظر: التنف في الفتاوي، للسعدي 381/1، البهجة في شرح التحفة، للتولي، 568/1 الفقه الإسلامي، للزميلي، 13/3. البحر الرائق، لابن نجيم، 138/12.

بعد هذا العرض حول اليمين اللغو نلاحظ أن المقصد التشريعي هو التيسير ورفع الحرج عن الأمة من خلال ما يصدر من سبق اللسان أو دون القصد وتقديم النية في الكلام.

ثانياً : اليمين الغموس :

هي اليمين الكاذبة قصداً في الماضي أو في الحال، أو هي الحلف على أمر ماضٍ أو في الحال متعمداً الكذب فيه نفيًا أو إثباتاً، مثل قوله الحالف : والله لقد دخلت هذه الدار، وهو يعلم أنه ما دخلها، أو قوله عن رجل : والله إنه خالد، مع علمه أنه عامر مثلاً، وحكمها على الراجح أنه يأثم صاحبها، ويجب عليه التوبة والاستغفار، ولا كفارة عليه بالمال لقوله صلى الله عليه وسلم : «من حلف على يمين هو فيها فاجر، ليقطع بها مال امرئ مسلم حرم الله عليه الجنة» وفي الصحيحين «لقي الله وهو عليه غضبان»⁽¹⁾.

قال ابن مسعود : كنا نعد من اليمين التي لا كفارة لها اليمين الغموس، وعن سعيد بن المسيب⁽²⁾ قال : هي من الكبائر وهي أعظم من أن تكفر قال النبي صلى الله عليه وسلم «من الكبائر: الإشراف بالله، وعقوق الوالدين، وقتل النفس، واليمين الغموس»⁽³⁾.

والمعقول يؤيد ذلك، وهو أن الذي أتى به الحالف أعظم من أن تكون فيه الكفارة، فلا ترفع الكفارة إثمها، ولا تشرع فيها، وقد سميت بالغموس؛ لأنها تغمس صاحبها في الإثم أو في النار، وقال علماء الشافعية وجماعة : تجب الكفارة في

(1) أخرجه مسلم في صحيحه، رقم 220، باب وعيد من اقتطع حق مسلم، 1/122.

(2) هو: سعيد بن المسيب بن حزن بن أبي وهب المخزومي القرشي أبو محمد، سيد التابعين، وأحد الفقهاء السبعة بالمدينة، جمع بين الحديث والفقهاء والزهد والورع، وكان يعيش من التجارة بالزيت، وكان أحفظ الناس لأحكام عمر بن الخطاب وأقضيته حتى سمي راوية عمر، توفي بالمدينة سنة 94 هـ، سير أعلام النبلاء، للذهبي، 242/7، الأعلام، للزركلي، 3/102.

(3) أخرجه البخاري في صحيحه، رقم 6182، باب اليمين الغموس، 20/366.

اليمين الغموس أي تسقط الكفارة الإثم فيها كما تسقطه في غير الغموس، لأنه وجدت من الحالف اليمين بالله تعالى والمخالفة مع القصد، فتلزمه الكفارة؛ كما تلزمه الكفارة في اليمين المنعقدة على أمر في المستقبل، والله تعالى يقول ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ﴾ (1).

وهذا النص عام يعم الحلف في الماضي والمستقبل، فتكون الآية موجبة الكفارة في اليمين الغموس، لكونها من الأيمان المنعقدة، وتعلق الإثم في هذه اليمين لا يمنع الكفارة (2). واليمين الغموس كبيرة من الكبائر يجب على صاحبها التوبة النصوح منها، وكثرة الاستغفار والتقرب إلى الله عز وجل بكثرة النوافل، والتضرع بين يديه لعل الله أن يعفو عنه ويقبل توبته وهذا هو المقصد الشرعي من عدم وجوب كفارة اليمين الغموس على الحائث وهو تقديم التوبة النصوح لله عز وجل والندم على ارتكاب هذا الذنب.

الخاتمة

- في نهاية هذا البحث أوجز ما ظهر لي من نتائج على النحو التالي:
- شرع الله الكفارات سترًا للذنوب، وتهذیباً للنفوس، وصيانة لها من الوقوع في المعاصي.
 - الاستغفار : طلب المغفرة من الله والتجاوز بها عن الذنب وعدم المؤاخذة به.
 - التوبة : هي الاستغفار والندم والإقلاع عن المعصية في الحال والعزم على عدم العود إليها في المستقبل.
 - من شروط وجوب الكفارة: الإسلام والبلوغ والعقل وكونه مختاراً غير مكره.

(1) سورة المائدة، الآية، 89.

(2) ينظر : الفقه الإسلامي، للزميلي، الشرح الكبير على متن المقنع، لابن قدامة، 180/11، الموسوعة الفقهية الكويتية، 282/7.

- يشترط في الطعام أن يكون من أوسط طعام الاهل، ويكون من غالب عادات الناس، لا من الأدنى، ولا من الأعلى.
- يشترط في المدفوع إليهم الطعام: أن يكونوا مسلمين، مساكين، عشرة مختلفين، أحراراً.
- لا يجوز أن يعطي الرجل فيها شيء لزوجته أو ولده أو أبويه الفقيرين.
- يشترط في الكسوة أن تكون مما تجوز به الصلاة بالنسبة للرجل، أما في حق المرأة قميصاً ساتراً وخماراً.
- اشترط العلماء في الرقبة أن تكون سليمة من العيوب، قادرة على التكسب.
- كفارة اليمين على التخيير بين الإطعام والكسوة والتحرير، أيهما فعل فإنها تجزئه.
- أما الصيام فهو أن يصوم ثلاثة أيام متتابعات على قول بعض العلماء، وعلى قول آخر التابع ليس بشرط بل يندب.
- إذا لم يجد المعسر ما يكفر به من إطعام أو كسوة أو تحرير رقبة، فإنه ينتقل إلى الصيام، وهذا من أثر الإعسار.
- يمين اللغو لا كفارة فيها، لأنها يمين غير منعقدة، أو هي التي يسبق اللسان إلى لفظها بلا قصد لمعناها.
- اليمين الغموس : على الراجح أنه يأثم صاحبها، ويجب عليه التوبة والاستغفار والندم، ولا كفارة عليها بالمال وهي من الكبائر، وهي أعظم من أن تكفر.
- سميت اليمين الغموس بهذا الاسم، لأنها تغمس صاحبها في الإثم، أو في النار. وختاماً فيني ابتهل إلى الله العلي القدير أن يجعل أعمالنا خالصة لوجهه الكريم، ويعلمنا ما جهلنا ويزدنا علماً، إنه صاحب الفضل والمنة، وصلِّ اللّهُمَّ وسلم وبارك على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه والحمد لله أولاً وأخراً.

المصادر والمراجع

- القرآن الكريم برواية قالون عن نافع المدني.
- أسد الغاية في معرفة الصحابة ، لعز الدين بن الأثير الجزري، تح: عادل الرفاعي، ط، 1996م، دار إحياء التراث العربي.
- أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، لقاسم بن عبد الله بن أمير على الرومي، تح: يحي مراد، ط 2004م، دار الكتب العربية.
- الأحكام السلطانية، لأبي الحسين علي بن محمد الماوردي، ط(1) ، 1410هـ، دار الكتاب العربي، بيروت.
- الأعلام ، لخير الدين الزركلي، ط(5) 2002م، دار العلم للملايين.
- الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار، لأبي عمر بن عبد الله بن عبد البر النمري القرطبي، تح: سالم محمد عطا وآخرون، ط، 2000م، دار الكتب العلمية، بيروت.
- الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل لشرف الدين موسى بن أحمد بن موسى الحجاوي، تح: عبد اللطيف محمد موسى، دار المعرفة ، بيروت.
- الأنساب ، لأبي سعيد عبد الكريم بن محمد السمعاني، تح: عبد الله عمر البارودي، ط 1998م، دار الفكر.
- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لزين الدين ابن نجيم الحنفي، دار المعرفة، بيروت.
- البهجة في شرح التحفة، لأبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، ضبطه وحققه: محمد عبد القادر شاهين، ط1، 1998م، دار الكتب العلمية ، بيروت، لبنان.
- بحث في تحويل الموازين والمكاييل الشرعية إلى المقادير المعاصرة، للشـيخ عبد الله بن سليمان المنيع ، د.ت، د. ط.
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، لعلاء الدين الكاساني، 1982م، دار الكتاب العربي، بيروت.

- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لأبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، ط4، 1975م، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر.
- تاج العروس من جواهر القاموس، لمحمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني الزبيدي، تح: مجموعة من المحققين، دار الهداية.
- الجامع لأحكام القرآن، لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الحزرجي شمس الدين بالقرطبي، تح: هشام سمير البخاري، 2003م، دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية.
- حاشيتا قليوبي وعميرة ، حاشيتان علي شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين، لشهاب الدين أحمد بن محمد بن سلامة القليوبي، وشهاب الدين أحمد الرلسي الملقب بعميرة، تح: مكتب البحوث والدراسات، 1998م، دار الفكر، بيروت.
- الديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب، لإبراهيم بن علي بن فرحون، تح: محمد الأحمد، بالقاهرة.
- الذخيرة ، لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، تح: محمد حجي، 1994، دار الغرب الإسلامي، بيروت.
- الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي، لمحمد بن أحمد بن الأزهر الأزهرى الهروي أبو منصور، تح: محمد جبر الألفي، ط1، 1399هـ، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت.
- السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، لمحمد بن علي الشوكاني، ط1، دار ابن حزم.
- سنن أبي داود، لأبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني، دار الكتاب العربي، بيروت.
- سنن النسائي، لأحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي ، ط2، 1986م، تح: عبد الفتاح أبو غدة ، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب.

- سير أعلام النبلاء، لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، تح: مجموعة محققين بإشراف الشيخ شعيب الأرنؤوط، ط (2)، 1985م، مؤسسة الرسالة.
- الشرح الكبير على متن المقنع، شمس الدين أبي الفرج عبدالرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة، تح: محمد رشيد رضا، دار الكتاب العربي، بيروت.
- الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، لإسماعيل بن حماد الجوهري، تح: أحمد عبدالغفور عطا، ط(4)، 1987م، دار العلم للملايين، بيروت.
- صحيح البخاري، لمحمد بن اسماعيل البخاري، تح: مصطفى ديب البغا، ط(3)، 1987م، دار ابن كثير، بيروت.
- صحيح مسلم، لمسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، تح: محمد فؤاد عبدالباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- الفقه الإسلامي وأدلته، لوهبة الزحيلي، ط(4)، دار الفكر، دمشق.
- الفقه المالكي وأدلته، للحبيب بن طاهر، ط(3)، 2005م، مؤسسة المعارف، بيروت، لبنان.
- الفقه على المذاهب الأربعة، لعبدالرحمن الجزيري، (د.ت)، (د.ت).
- القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، لسعدي أبو جيب، ط(2)، 1998م، دار الفكر، دمشق.
- القاموس المحيط، لمحمد بن يعقوب الفيروز آبادي، مؤسسة الرسالة، بيروت.
- القوانين الفقهية، لمحمد بن أحمد بن جزئ الكلي الغرناطي، دار العلم للملايين، بيروت.
- كتاب العين، للخليل بن أحمد الفراهيدي، تح: مهدي المخزومي وآخرون، دار ومكتبة الهلال.
- كشف القناع عن متن الإقناع، لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي، تح: هلال مصلحي مصطفى هلال، ط-1402هـ، دار الفكر، بيروت.

- لسان العرب، لمحمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، ط(1)، دار صادر بيروت.
- المبسوط، لشمس الدين أبي بكر محمد بن أبي سهل السرخسي، تح: خليل محي الدين الميس، ط(1)، 2000م، دار الفكر العربي، لبنان.
- المخصص، لأبي الحسن علي بن إسماعيل النحوي اللغوي الأندلسي المعروف بابن سيده، تح: خليل إبراهيم جفال، ط-1996م، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، لأحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، المكتبة العلمية، بيروت.
- المعجم الوسيط، لإبراهيم مصطفى وآخرون، تح: مجمع اللغة العربية، دار الدعوة.
- المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، لعبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسي، ط(1)، 1405هـ، دار الفكر، بيروت.
- الموسوعة الفقهية الكويتية، صادرة عن وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، ط-1427هـ.
- الموافقات، لإبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي، تح: أبو عبيدة مشهور بن حسن، ط(1)، 1997م، دار ابن عفان.
- معجم مقاييس اللغة، لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، تح: عبدالسلام محمد هارون، ط-1997م، دار الفكر، بيروت.
- النتف في الفتاوي، لأبي الحسن علي بن الحسن بن محمد السعدي، تح: صلاح الدين الناهي، ط-1984م، بيرت، لبنان.
- نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار، لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني، إدارة الطباعة المنبرية.

أحكام الردّة في الشريعة الإسلامية

وإشكاليات حول التقنين

إعداد الدكتور: مصطفى إبراهيم العربي

أستاذ القانون الجنائي بكلية القانون/ جامعة المرقب

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ومن تبعه بإحسانٍ إلى يوم الدين.

أما بعد: فإنه لما انقضى عهدٌ على انقطاع الرسالات السماوية الخاصة إلى الأمم، فقد أرسل الخالق العليم والمدبر الحكيم آخر تلك الرسالات؛ لتكون شاملةً في تعاليمها لتنظيم شؤون الحياة وما يرتبط بها من علاقاتٍ على مستوى الأفراد والجماعات، سواءً أكانت بين الفرد وربّه، أو بينه وبين أقرانه من بني البشر، أو بين الجماعة ونظيراتها؛ وتكون شاملةً أيضاً كل إنسانٍ بلغته الدعوة إليها دون تقييدٍ بزمانٍ أو مكان، وفي هذا كله يقول المولى عزّ وجلّ: ﴿وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ تَبْيَانًا لِّكُلِّ شَيْءٍ وَهُدًى وَرَحْمَةً وَبُشْرَىٰ لِلْمُسْلِمِينَ﴾ [سورة النحل، الآية 89]، ويقول جلّ في علاه: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا كَافَّةً لِّلنَّاسِ بَشِيرًا وَنَذِيرًا وَلَكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ﴾ [سورة سبأ، الآية 28]، ويقول أيضاً عزّ من قائل: ﴿قُلْ يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنِّي رَسُولُ اللَّهِ إِلَيْكُمْ جَمِيعًا﴾ [سورة الأعراف، الآية 158].

ولهذا كانت رسالة الإسلام خاتمة الرسالات، فلا رسالة بعدها، ولا يُقبل من أي إنسانٍ بلغته دعوة محمدٍ - صلى الله عليه وسلم - أن يكون على دينٍ غير دين الإسلام، ولو كان ممن أدرك رسالةً من الرسالات السابقة على رسالة هذا الدين

الحنيف، ومصدق ذلك قول الحقّ تبارك وتعالى: ﴿إِنَّ الدِّينَ عِنْدَ اللَّهِ الْإِسْلَامُ﴾ [سورة آل عمران، الآية 19]، وقوله جلّ في علاه: ﴿وَمَنْ يَبْتَغِ غَيْرَ الْإِسْلَامِ دِينًا فَلَنْ يُقْبَلَ مِنْهُ وَهُوَ فِي الْآخِرَةِ مِنَ الْخَاسِرِينَ﴾ [سورة آل عمران، الآية 85]؛ فبرسالة الإسلام قد كُمل الدين وأتمت النعمة، ولا حجة بعد ذلك في عدم اتّباعه، ﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا﴾ [سورة المائدة، الآية 3].

غير أن الدعوة إلى هذا الدين الحنيف لا تكون بإكراهٍ أو عنفٍ، وإنما باللين والمجادلة الحسنة، فمن اهتدى بعد ذلك فإنما يهتدي لنفسه، ومن ضلّ فإنما يضلّ ويجني عليها؛ فقد هداه الله النجدين؛ أي سبيلي الخير والشر، وهو المسؤول بعد ذلك عن اختياره، وقد جسّد لنا القرآن الكريم كل هذه الحقائق في عددٍ من الآيات الكريمة؛ حتى تكون حجةً على هذا الإنسان يوم القيامة، حينما يقف للحساب بين يدي الله، من ذلك قوله تعالى: ﴿أَلَمْ نَجْعَلْ لَهُ عَيْنَيْنِ وَلِسَانًا وَشَفَتَيْنِ وَهَدَيْنَاهُ النَّجْدَيْنِ﴾ [سورة البلد، الآية 10]، وقوله جلّ في علاه: ﴿لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ﴾ [سورة البقرة، الآية 256]، وقوله عزّ من قائل: ﴿وَلَوْ شَاءَ رَبُّكَ لَأَمَنَّ مَنْ فِي الْأَرْضِ كُلَّهُمْ جَمِيعًا أَفَأَنْتَ تُكْرِهُ النَّاسَ حَتَّى يَكُونُوا مُؤْمِنِينَ﴾ [سورة يونس، الآية 99]، وقوله: ﴿ادْعُ إِلَى سَبِيلِ رَبِّكَ بِالْحُكْمَةِ وَالْمَوْعِظَةِ الْحَسَنَةِ وَجَادِلْهُمْ بَالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِمَنْ ضَلَّ عَنْ سَبِيلِهِ وَهُوَ أَعْلَمُ بِالْمُهْتَدِينَ﴾ [سورة النحل، الآية 125]، وقوله أيضاً: ﴿قُلْ يَا أَيُّهَا النَّاسُ قَدْ جَاءَكُمْ الْحَقُّ مِنْ رَبِّكُمْ فَمَنْ اهْتَدَى فَإِنَّمَا يَهْتَدِي لِنَفْسِهِ وَمَنْ ضَلَّ فَإِنَّمَا يَضِلُّ عَلَيْهَا وَمَا أَنَا عَلَيْكُمْ بِوَكِيلٍ﴾ [سورة يونس، الآية 108]، وقوله كذلك: ﴿وَأَنْ أَتْلُو الْقُرْآنَ فَمَنْ اهْتَدَى فَإِنَّمَا يَهْتَدِي لِنَفْسِهِ وَمَنْ ضَلَّ فَقُلْ إِنَّمَا أَنَا مِنَ الْمُنذِرِينَ﴾ [سورة النمل، الآية 92]، وقوله أيضاً: ﴿إِنَّا أَنْزَلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ لِلنَّاسِ بِالْحَقِّ فَمَنْ اهْتَدَى فَلِنَفْسِهِ وَمَنْ ضَلَّ فَإِنَّمَا يَضِلُّ عَلَيْهَا وَمَا أَنْتَ عَلَيْهِمْ بِوَكِيلٍ﴾ [سورة الزمر، الآية 41].

وإذا كان القرآن — بهذه الآيات — يجسّد لنا اليوم ما يُعرف بحق الإنسان في حرية العقيدة، واعتناق الدين الذي يشاء، إلا أن اعتراف الإسلام بهذا الحق أو

الحرية يجب أن يفهم على الوجه الصحيح الذي لا يشوبه لبسٌ أو غموض، وفي هذا الشأن لا بد أن يُشار إلى أن الإكراه المحظور هو الذي يجبر الإنسان على الدخول في الإسلام، لا على الخروج منه، أما بالنسبة للخروج منه فإنه رغم اختلاف الفقه حول مدى إمكانية إجبار الخارج على العودة إليه، إلا أن الجمهور على إن الإجبار واجبٌ؛ استناداً لما ورد من أدلةٍ شرعيةٍ في هذا الشأن.

ومن ناحيةٍ أخرى، فإنه وإن أعفَى الكافر أصالةً؛ أي من لم يدخل الإسلام، والمُرتد كذلك؛ أي من كان مسلماً ثم خرج من الإسلام، وإن أعفيا من الجزء الدنيوي، حدّاً أو تعزيراً دون خلافٍ بالنسبة للأول، وحدّاً دون تعزيرٍ طبقاً لرأي القلة بالنسبة للأخير⁽¹⁾، فإنهما لن يبقيا بمنأى عن الجزء الأخرى الذي توعدّهما به المولى - عزّ وجلّ - في قوله: ﴿وَمَنْ يَدْعُ مَعَ اللَّهِ إِلَهاً آخَرَ لَا بُرْهَانَ لَهُ بِهِ فَإِنَّمَا حِسَابُهُ عِنْدَ رَبِّهِ إِنَّهُ لَا يُفْلِحُ الْكَافِرُونَ﴾ [سورة المؤمنون، الآية 117]، وقوله: ﴿وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾ [سورة البقرة، الآية 217].

ونزولاً عند كل هذه الحقائق والمعطيات، واتساقاً مع الموقف السائد تشريعاً في ليبيا بشأن مراجعة نصوص القوانين الليبية - خصوصاً الجنائية منها - وتعديلها بما يتماشى مع أحكام الشريعة الإسلامية الغراء وروحها، فقد أصدر المشرع الليبي القانون رقم (20) لسنة 2016م بشأن تعديل بعض أحكام قانون العقوبات الليبي؛ ليعدّل بمقتضاه نص المادة (291) عقوبات بما يكفل تجريم الردّة والعقاب عليها،

(1) يرى جانبٌ من الفقه - على خلاف ما يرى الجمهور - أن جريمة الردّة ليست من الجرائم الحديثة وإنما هي من الجرائم التعزيرية؛ ولهذا هم لا يقولون بعقاب المرتد بالقتل حدّاً، وإنما يرون ترك الأمر للإمام ليختار له العقوبة التعزيرية المناسبة، والتي قد تتمثل في القتل. وهدفهم من ذلك هو إقرار أن الشريعة الإسلامية تعترف بحرية العقيدة ولا تعارضها. وستتم مناقشة هذا الأمر تفصيلاً عند الحديث عن تكييف جريمة الردّة في المبحث الثاني من هذا البحث.

حيث قال: "يعاقب بالإعدام حداً كل مسلمٍ مكلفٍ ارتدّ عن الإسلام بقولٍ أو بفعل، وتسقط العقوبة بتوبة الجاني في أي مرحلةٍ قبل تنفيذ الحكم".

وبعيداً عن الخوض في مدى دستورية هذا النص من عدمها؛ لكونه صدر عن المؤتمر الوطني العام، الذي ربما انتهت ولايته كما انتهت ولاية غيره من المؤسسات السيادية في ليبيا؛ بسبب انقضاء المدة المقررة لها لإنجاز المهمة التي أنشئت من أجلها دون إنجاز، فإنه رغم ذلك يمثل فرصةً لخوض غمار هذا الموضوع؛ أي موضوع الردّة، وبمحت أهم جوانبه في الشريعة الإسلامية مقارنةً بهذا النص، سيّما وأن بعض الجهات القضائية في بلادنا قد شرعت في تطبيق التعديلات التي أجريت على تشريعات الحدود، التي صدرت عن ذات الجهة، وبالتزامن مع إصدار هذا القانون، الأمر الذي يجعله داخلاً حيز التنفيذ عند هذه الجهات أيضاً، أسوأً بتلك التشريعات، وإن لم يُطبّق بعد؛ بسبب عدم ارتكاب ما يوجب تطبيقه، أو بالأحرى عدم وجود بلاغٍ أو شكوى مقدمة إلى السلطات المختصة عن الردّة.

لهذا فإن بحث الأحكام التي يقرّها هذا النص تحصل به - من وجهة نظر الباحث - فائدةً شرعيةً؛ تتمثل في تحفيز جمهور الحقوقيين - أو هكذا يُأمل - على الاطلاع على الأحكام الشرعية التي تقرّها الشريعة في جانب المرتد، والتي ربما ليس البعض منهم على علمٍ بها؛ لعدم وجود مناسبةٍ تدفعه للاطلاع عليها؛ إذ الملحوظ أن عدم التخصص يحول دون الإقدام على الاعتكاف على كتب الفقه الإسلامي، وبحث الأحكام المتعلقة بأيّ موضوعٍ لم يعرض لغير المتخصص ظرفاً أو مناسبةً تثير لديه الفضول في أن يُجهد نفسه على الاطلاع.

وفوق ذلك فحوض غمار هذا الموضوع يمثل أهميةً أيضاً للمشرع وللقاضي ولسلطات التحقيق كذلك؛ فبالنسبة للمشرع تتمثل الأهمية فيما تحققه المقارنة من فائدةٍ تتجلى في بيان مواطن الاتفاق بين ما قرّره ذلك النص من أحكام للردّة، وبين ما هو مُقرّر لها أصلاً من أحكام في الشريعة (مصدر هذا النص)، ومواطن الاختلاف إن وجدت بين تلك الأحكام؛ حتى يجتهد المشرع في تعديل ما خالف منها؛ لتتسق وتتلاءم مع الأحكام الرّصينة لها في الشريعة. أما بالنسبة للقاضي

وسلطات التحقيق فإن فائدة هذه الدراسة تتجلى في محاولة التيسير والمساعدة على فهم الأحكام المتعلقة بالردّة، ومعرفة الأيسر منها بالنسبة لمن يُتَّهم بها، في الحالة التي يسكت فيها المشرع عن بيان الحكم بالنسبة لمسألة من المسائل الخلافية في فقه الشريعة، وذلك عملاً بنص المادة (12) عقوبات المعدّلة بموجب نص المادة الثانية من القانون رقم (20) لسنة 2016م المشار إليه، والتي جاء فيها: "...، وفي كل الأحوال تفسر النصوص القانونية المتعلقة بالحدود والقصاص وفقاً لأيسر المذاهب الفقهية المعتمدة".

ولكل هذه الأسباب قرّر الباحث اغتنام الفرصة، وإجراء هذه الدراسة، علّها تحقق الأغراض المشار إليها، والله يسأل التوفيق.

أولاً: تعريف جريمة الردّة

أ - التعريف اللغوي

تُعرف الردّة عن الإسلام لغةً بأنها: "الرجوع عنه، وارتدّ فلانٌ عن دينه، إذا كفر بعد إسلامه"⁽¹⁾.

ب - التعريف الاصطلاحي

وفي الاصطلاح عُرِّفت الردّة عند المالكية بأنها: "كفر المسلم بصريح قول، أو لفظٍ يقتضيه، أو فعلٍ يتضمنه"⁽²⁾، وعُرِّفت عند الشافعية بأنها: "قطع الإسلام بنية أو قول كفرٍ أو فعل، سواءً قاله استهزاءً أو عناداً أو اعتقاداً"⁽³⁾، وعُرِّفت عند

(1) لسان العرب، ابن منظور، دار صادر، بيروت، لبنان، ط6، 2008م، مج5، ص133.

(2) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، دار إحياء الكتب العربية، سورية، بدون تاريخ نشر، ج4، ص301.

(3) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشريني، ضبط وتحقيق: د. محمد محمد تامر وشريف عبد الله، دار الحديث، القاهرة، مصر، 2006م، ج5، ص419.

الأحناف بأنها: "الرجوع عن الإيمان"⁽¹⁾، وعُرِّفت عند الحنابلة بأنها: "الرجوع عن دين الإسلام إلى دين الكفر"⁽²⁾.

أما في التشريع الليبي فقد عرّفها المشرع، وهو بصدد تعديله لنص المادة (291) عقوبات، بقوله: "يعاقب بالإعدام حداً كل مسلمٍ مكلفٍ ارتدّ عن الإسلام بقولٍ أو فعل، وتسقط العقوبة بتوبة الجاني في أي مرحلة قبل تنفيذ الحكم" (مادة 2 من القانون رقم 20 لسنة 2016م بشأن تعديل بعض أحكام قانون العقوبات الليبي)⁽³⁾.

ومن خلال الاطلاع على هذا النص يُلاحظ أن المشرع اقتصر في تجريم الردّة على الأقوال والأفعال التي تخرج من الإسلام، ولم يجرم النية المجردة عن القول أو الفعل المتّصف بذلك الوصف، وحسناً فعل؛ لأن النية أمرٌ باطني غير ظاهر، والأحكام إنما تُبنى على الظاهر، لا على الباطن؛ لصعوبة إثبات ما تختلج به نفس الإنسان؛ ولأن السرائر مما يتولاه المولى عزّ وجلّ⁽⁴⁾. يدل على ذلك قول الرسول محمد - صلى الله عليه وسلم - لأسماء بن زيد عندما بعثه في سرية إلى الحُرقات من قبيلة جُهينة، فقتل رجلاً بعد أن قال لا إله إلا الله: "أفلا شققت عن قلبه؛ حتى تعلم أقالها من أجل ذلك (أي مخافة السلاح والقتل) أو لا، من لك بلا إله

(1) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الإمام علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، تحقيق وتعليق: علي محمد معوض، وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط2، 2002م، مج9، ص525.

(2) شرح الزركشي على مختصر الخرقى، تقديم: عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، مج3، 2002م، ص84.

(3) القانون غير منشور.

(4) قال الحافظ بن حجر العسقلاني في الفتح: "وكلُّهم أجمعوا على أن أحكام الدنيا على الظاهر، والله يتولّى السرائر"، فتح الباري في شرح صحيح البخاري، ابن حجر العسقلاني، دار مصر للطباعة، مصر، ط1، 2001م، ج12، ص383.

إلا الله يوم القيامة"⁽¹⁾، وللذي سارّه - صلى الله عليه وسلم - في قتل رجل: "أليس يشهد أن لا إله إلا الله"، قال: بلى ولا شهادة له، قال: "أليس يصلي، قال بلى ولا صلاة له، فقال الرسول: "أولئكم الذي نهاني الله عنهم أو عن قتلهم"⁽²⁾، ونهيه أيضاً صلى الله عليه وسلم خالد بن الوليد عن قتل ذلك الرجل، الذي أنكر على الرسول - صلى الله عليه وسلم - القسمة، بقوله: "إني لم أؤمر بأن أنقّب عن قلوب الناس، ولا أشقّ بطونهم"⁽³⁾.

ثانياً: إشكالية البحث

يثار حول موضوع جريمة الردّة جملةً من الإشكاليات، يمكن إيراد أهمها على شكل تساؤلاتٍ على النحو الآتي:

- 1- هل جريمة الردّة جريمةٌ حدّية، أم جريمةٌ تعزيرية؟ وإذا كانت على الوصف الأول فهل في القول بحدّيّتها تعارضٌ مع حرية العقيدة؟
- 2- إذا كانت هذه الجريمة لا تقوم إلا في حق المسلم، فهل كل من نطق بالشهادتين اعتبر مسلماً؛ لتطبّق عليه عقوبة الردّة إذا ارتدّ؟ أم أن النطق بهما لا يكفي في بعض الأحوال، وإنما يحتاج الدّاخل إلى الإسلام أن يقرن بذلك النطق ما يدل على عدم بقائه على دينه القديم؟
- 3- هل يطبق حد الردّة على المرأة؟
- 4- إذا ثبت في حق المتهم ارتكابه للردة، فهل يُستتاب قبل إقامة الحد عليه، أم أن الاستتابة ليست شرطاً لإقامة الحد؟

(1) الشُّنن الكبرى، الإمام أبو بكرٍ أحمد بن الحسين بن عليّ البيهقي، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، 2003م، حديث رقم 16824، ج8، ص 340.

(2) الاستذكار، ابن عبد البر، حديث رقم 7173، دار قتيبة للطباعة والنشر، دمشق - بيروت، ط1، 1993م، مج5، ص 351.

(3) فتح الباري، حديث رقم 4351، ج7، ص833.

5- إذا كانت المساهمة التبعية أو ما يسمى في الشريعة الإسلامية الغرَاء بالاشتراك بالتسبب مُتصَوِّرَةً في عامَّة الجرائم، فهل هي مُتصَوِّرَةٌ كذلك في حق المسلم إذا اتَّفَق مع مسلمٍ آخر أو حرضه أو ساعده على الرِّدَّة، أم أن الأمر يختلف هنا، بحيث لا يمكن أن نقول إلا برِدَّة هذا الشريك أيضاً؛ باعتباره قد اشترك في ارتكاب جريمةٍ واتَّجَهِت إرادته إلى الإسهام في ارتكابها، وهو ما يستتبع توقيع عقوبة الرِّدَّة عليه؛ باعتباره بإسهامه في تشجيع غيره على ارتكاب الرِّدَّة قد أُعْتَبِر فاعلاً أصلياً لجريمة ارتكابها وحده، وهي الرِّدَّة أيضاً؟

ثالثاً: خطة البحث

سيتم تناول أحكام هذا الموضوع من خلال تقسيمه إلى مبحثين، يُخَصَّص أولهما لمبحث أحكام التجريم في الرِّدَّة، ويُخَصَّص الثاني لمبحث أحكام الجزاء فيها.

المبحث الأول أحكام التجريم في الردّة

يتعلق بجانب التجريم في الردّة جملةً من الأحكام، يُنَاط بعضها بالفاعل، ويُنَاط بعضها الآخر بالسلوك موضوع التجريم، وينَاط البعض الآخر بالقصد الجنائي المتطلب لارتكاب ذلك السلوك. وعلى هذا سيقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، يُخصّص أولها للأحكام المتعلقة بالفاعل، ويُخصّص الثاني للأحكام المتعلقة بالسلوك، ويُخصّص الأخير للأحكام المتعلقة بالقصد الجنائي في هذه الجريمة.

المطلب الأول

الأحكام المتعلقة بالفاعل

يشترط الفقهاء لارتكاب الردّة أن يكون الفاعل: مسلماً، بالغاً، عاقلاً، مختاراً غير مضطر.

وسيتّم تناول بحث هذه الشروط تبعاً مع بيان موقف المشرع الليبي منها، وذلك من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول

الإسلام

من الشروط المتّفق عليها بين جمهور الفقهاء للقول بوجود الردّة: الإسلام، فلا يعتبر مرتدّاً من انتقل من دينٍ إلى دينٍ آخر خارج دائرة الإسلام، كأن ينتقل من اليهودية إلى النصرانية أو العكس، أو من المجوسية إلى أيٍّ منهما أو العكس؛ أي من النصرانية أو اليهودية إلى المجوسية؛ لأن الكفر ملّة واحدة، وقد نُسخّت اليهودية والنصرانية بالإسلام، فلم يعد أيُّ دينٍ مقبولاً عند الله إلاّ الإسلام، وفي هذا يقول

الحق تبارك وتعالى: ﴿وَمَنْ يَبْتَغِ غَيْرَ الْإِسْلَامِ دِينًا فَلَنْ يُقْبَلَ مِنْهُ وَهُوَ فِي الْآخِرَةِ مِنَ الْخَاسِرِينَ﴾ [آل عمران، الآية 85]⁽¹⁾.

وقد نص القانون رقم (20) لسنة 2016م بشأن تعديل بعض أحكام قانون العقوبات الليبي على هذا الشرط بقوله: "يعاقب بالإعدام حداً كل مسلم ارتد عن الإسلام...". فهذا النص واضح بذاته في أن المشرع الليبي قد أخذ برأي الجمهور في هذا الشأن، فلا ردة إلا بالخروج عن الإسلام، يدل على ذلك قوله: "كل مسلم، وقوله: "ارتد عن الإسلام"، وعلى هذا لا توقع العقوبة المقررة للردة إلا على من ينتقل من الإسلام إلى غيره، فلا تطبق على من ينتقل بين ملل الكفر الأخرى.

لكن السؤال الذي يطرح في هذا المقام هو: من هو المسلم الذي بإسلامه إذا ارتد اعتبر مرتدًا؟

للإجابة عن هذا التساؤل يمكن القول: إن هناك حالتين يُتصور فيهما القول بإسلام الإنسان، الأولى وهي الإسلام بالفطرة، وفيها يُولد الإنسان في دار الإسلام مسلماً، ولا أحد يقول بعدم رده في هذه الحالة إذا أتى ما يوجب الحكم بالردة، مع ضرورة توافر الشروط الأخرى طبعاً، كالبلوغ والعقل والاختيار، والثانية وهي التي يكون فيها الإنسان كافراً ويدخل الإسلام بعد ذلك، وهو ما يُسمى بحديث العهد بالإسلام، وفي هذه الحالة يتعيّن التمييز بين فرضين:

(1) حاشية العدوي على الخرخشي على مختصر خليل، علي العدوي، المطبعة الخيرية، مصر، ط1، 1307هـ (1890م)، ج8، ص62. مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ج5، ص419.

وقد روي عن الإمام الشافعي - رحمه الله - قول آخر، وهو عدم قبول الانتقال من غير المسلم لأي دين إلا الإسلام، وإلا القتل، كما روي عن الإمام أحمد - رحمه الله - قول آخر أيضاً، وهو التفريق بين انتقال غير المسلم إلى مثل دينه أو إلى أعلى منه فيقر، كأن ينتقل من اليهودية إلى النصرانية أو العكس أو من المجوسية إلى أيّ منهما، وبين انتقاله إلى ما هو أدنى من دينه فلا يُقر؛ لأنه انتقل إلى ما هو أنقص، كأن ينتقل من اليهودية أو النصرانية إلى المجوسية مثلاً.

فقه السنة، سيد سابق، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط2، 1998م، ج2، ص302.

الفرض الأول: وفيه يباشر هذا المسلم تعاليم الإسلام لفترة يُطمأنُ معها إلى القول بأنه قد حَسُنَ إسلامه، وفي هذا الفرض يمكن أن يُحكَمَ عليه بالردّة إذا أتى ما يوجبها.

والفرض الثاني الذي يكون فيه حديث العهد بالإسلام قد أتى ما يوجب الحكم بالردّة، ولكنه إما أن يكون قد دفعها بقوله: إنما أسلمت لأني كنت خائفاً على نفسي أو مالي، فهذا وإن كان نطقه بالشهادتين يعصمه من القتل؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: "أولئك الذين نُهاني الله عنهم أو عن قتلهم"⁽¹⁾، إلا أنه لا يعتبر مسلماً، وبالتالي لا يمكن اعتباره مرتداً أيضاً إذا أتى ما يوجب الردّة؛ لأن الردّة لا تُرتكب إلا من مسلماً كما عرفنا. وإما أن يكون قد دخل الإسلام من أجل أمرٍ دنيويٍّ محضٍ لا يمكن أن يناله وهو على دينه، كأن يكون نطقه بالشهادتين من أجل أن يطلق زوجته أو أن يتزوج عليها، وتحول نظم دينه دون ذلك، فأمثال هذا أيضاً وإن كان نطقه بالشهادتين يحول دون القول بأنه غير مسلمٍ استناداً إلى نهي الرسول صلى الله عليه وسلم التنقيب عن القلوب، إلا أن الفقهاء على عدم تطبيق عقوبة الردّة عليه إذا رجع إلى دينه الأصلي بعد أن نال مُناهة؛ لأنهم يشترطون أن لا يقرن الدّاخل إلى الإسلام مع نطقه بالشهادتين ما يدل على بقاءه على دينه القديم، كأن يشد الزنار مثلاً⁽²⁾.

وعن حكم هذه المسألة (مسألة حديثي العهد بالإسلام) في التشريع الليبي، فإنه يمكن القول بأنه لما خلا القانون رقم (20) لسنة 2016م بشأن تعديل بعض أحكام قانون العقوبات الليبي من وجود نصٍّ يعالجها بشكلٍ صريح، فإنه سيطبق

(1) الاستذكار، حديث رقم 7173، مج5، ص 351.

(2) راجع: الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، محمد أبو زهرة، (العقوبة)، دار الفكر العربي للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، 2006، ج2، ص 174 وما بعدها.

والزّنار: حزام النصارى، يشد به النصراني وسطه. مختار الصحاح، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرّازي، تقديم وتعليق: د. يحيى مراد، دار المختار للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ط1، 2007م، ص 167.

الرأي الذي يستبعد تطبيق عقوبة القتل في حقهم؛ لأنه أيسر الآراء بالنسبة للمتهم، وذلك استناداً إلى نص المادة (12) عقوبات التي عُدلت بموجب نص المادة الثانية من القانون رقم (20) لسنة 2016م المشار إليه، والتي جاء فيها: "...، وفي كل الأحوال تفسر النصوص القانونية المتعلقة بالحدود والقصاص وفقاً لأيسر المذاهب الفقهية المعتمدة"⁽¹⁾.

(1) يُثار التساؤل حول مسألة عدم تطبيق الرأي الأيسر للمرتد في الشريعة إلا إذا كان هذا الرأي مشهوراً، أو الاكتفاء في تطبيقه بكونه الأيسر حتى وإن لم يكن مشهوراً، وسبب هذا التساؤل هو عدم اشتراط ذلك في نص المادة (20) المشار إليها أعلاه في المتن بالنسبة لجرمة الردّة، واشتراطه ذلك في الجرائم الحديثة الأخرى (بخلاف جريمة شرب الخمر)، وهي: حدّ الزنا وحدّ القذف وحدّ السرقة والحراية؛ حيث اشترط المشرع لتطبيق الرأي الأيسر للمتهم في هذه التشريعات أن يكون هذا الرأي مشهوراً، وذلك بقوله: "يُطبق المشهور من أيسر المذاهب فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون . . ."، (المواد: (10) من القانون رقم (70) لسنة 1973م في شأن إقامة حد الزنا وتعديل بعض أحكام قانون العقوبات، و(16) من القانون رقم (52) لسنة 1974م في شأن إقامة حد القذف، و(23) من القانون رقم (12) لسنة 2016م بشأن تعديل القانون رقم (13) لسنة 1425م في شأن إقامة حدّ السرقة والحراية)، وقد عالج الباحث هذه الإشكالية في بحثه الموسوم بالإشكاليات العملية المترتبة على نصوص الإحالة في تشريعات الحدود، وانتهى إلى أن جريمة الردّة لا تختلف في هذا الأمر عن الجرائم الحديثة الأخرى المشار إليها؛ حيث يُشترط كي يسد القاضي النقص الذي قد يعتري نصوص هذه الجريمة بالرجوع إلى الشريعة أن يكون الرأي الأيسر للمتهم مشهوراً في المذهب؛ إذ لا يمكن تفسير سكوت المشرع عن ذكر لفظ المشهور في نص المادة (12) المتعلقة بالردّة إلا على أساس أنه سهوٌ وقع فيه المشرع؛ فلا معنى للترقية بين الجرائم المذكورة من هذه الناحية، وذلك باشتراط أن يكون الرأي الأيسر للمتهم في الشريعة مشهوراً بالنسبة لبعض جرائم الحدود، وعدم اشتراط ذلك بالنسبة لبعض الآخر. راجع: د. مصطفى العربي، الإشكاليات العملية المترتبة على نصوص الإحالة في تشريعات الحدود، مجلة العلوم الشرعية والقانونية، كلية القانون، جامعة المرقب، ع1، ص4، 2016م، ص64، 72.

وقلت بخلاف جريمة شرب الخمر؛ لأن ما يسري على جريمة الردّة في هذا الشأن يسري عليها أيضاً؛ لأن قانون تحريم شرب الخمر رقم 4 لسنة 1423م وتعديلاته قد خلا تماماً من وجود النص الاحتياطي الموجود في قوانين الحدود الثلاثة الأخرى، والذي يُلزم القاضي بمقتضاه بتطبيق الرأي المشهور من أيسر المذاهب المعتمدة، الأمر الذي يحكمه نص المادة (12) عقوبات المعدلة بالماد الثانية من القانون رقم (20) لسنة 2016م بشأن تعديل بعض أحكام قانون العقوبات الليبي، وعلى هذا فجريمة شرب الخمر شأنها شأن كل الجرائم لا يمكن للقاضي أن يسد الفراغ التشريعي الذي قد يعتري نصوصها إلا إذا كان الرأي الأيسر للمتهم مشهوراً في المذهب.

الفرع الثاني

البلوغ والعقل

بيان الأحكام المتعلقة بهذين الشرطين سيقسم هذا الفرع إلى فقرتين على النحو الآتي:

أولاً: البلوغ

اختلف الفقهاء حول ردة الصبي المميّز؛ أي الذي بلغ من العمر سبع سنين، ولكنه لم يبلغ الحلم، فذهب المالكية والأحناف إلى أن الردّة تقع من الصبي العاقل قبل البلوغ، وهو الذي يميّز النافع من الضار والثواب من العقاب؛ وذلك استناداً إلى قول الرسول الكريم محمدٍ صلى الله عليه وسلم: "كل مولودٍ يُولد على الفطرة، فأبواه يهودانه أو ينصرانه، حتى يُعرب عنه لسانه، وإما شاكراً وإما كفوفاً"، وهذه الأخبار يدخل في عمومها الصبي⁽¹⁾، وخالف الشافعية والحنابلة هذا الرأي؛ إذ القول عندهم أنه لا تصح ردة الصبي ولو كان مميزاً؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: "رفع القلم عن ثلاث، عن الصبي حتى يبلغ، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن الجنون حتى يفيق"⁽²⁾.

وقد نص المشرع الليبي على هذا الشرط بقوله: "يعاقب بالإعدام حداً كل مسلمٍ مُكلفٍ ارتدّ عن الإسلام... (مادة 291 عقوبات)، وحيث إن المشرع لم يحدّد المقصود بالتكليف على وجه الدقة من حيث شموله الصبي أو لا، فإن رأى

(1) مدونة الفقه المالكي وأدلته، الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 2015م، ج5، ص450. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مج9، ص526. ومع هذا فهم لا يقولون بقتل الصبي؛ لأنه عندهم وإن ثبت ارتكابه جريمة حدّية إلا أنه لا تجب عليه عقوبتها حتى يبلغ.

(2) المهذب في فقه الإمام الشافعي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، ضبطه ووضحه ووضع حواشيه: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط3، 2011م، مج3، ص255. كشاف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1982م، مج6، ص174.

الشافعية والحنابلة هو الأولى بالتطبيق؛ لأنه الأيسر بالنسبة للمتهم، إعمالاً للقاعدة المنصوص عليها في المادة (12) عقوبات المشار إليها سابقاً، والتي تقضي بتطبيق الرأي الأيسر للمتهم في المذاهب الفقهية المعتمدة.

غير أن السؤال الذي يُثار الآن يدور حول معرفة مرحلة البلوغ التي بولوجها يصحُّ معها القول بردّة المرتد، فما هي السنُّ التي إذا بلغها الإنسان أُعتبر بالغاً؟

للإجابة عن هذا التساؤل لابد من الرجوع إلى آراء الفقهاء حول تحديد سن البلوغ عموماً؛ أي في جميع التصرفات والوقائع التي تصدر عن الإنسان، ويمكن القول إن الفقهاء اتفقوا في أمرٍ واختلفوا في أمرٍ آخر حول هذه المسألة، فقد اتفقوا على أن البلوغ يتم بظهور العلامات الطبيعية، كإثبات الشعر والاحتلام لدى الصبي، وبجيء الحيض وظهور الحمل لدى الفتاة، فإذا ظهرت هذه العلامات اعتبر الإنسان بالغاً، وإذا لم تظهر فإنهم قد اختلفوا حول تحديد السن التي ببلوغها يعتبر الإنسان مسؤولاً عن تصرفاته وأفعاله؛ فذهب الأحناف إلى القول بأنها ثماني عشرة سنة في الذكور وسبع عشرة سنة في الإناث، وذهب المالكية إلى أنها ثماني عشرة سنة في الجنسين⁽¹⁾.

وحيث إن مسألة الاعتداد بظهور العلامات الطبيعية لدى الإنسان - للقول ببلوغه - تعتبر غير منضبطة؛ فقد تتقدم هذه العلامات في ظهورها لدى شخصٍ وتتأخر لدى شخصٍ آخر وإن من سيحددها هم الخبراء الذين قد يجانب تقديرهم الصواب أحياناً، وإن الأمر يتعلق بعقوباتٍ حدّيةٍ يتعدّر إصلاح الخطأ بعد تنفيذها إذا أكتشف، فإن الباحث يرى عدم الاعتماد عليها للقول بولوج الإنسان مرحلة البلوغ، وإنما يتم الاعتماد على السن، وفي هذه الحالة يتم الاستناد إلى رأي المالكية؛

(1) راجع: د. عبد السلام محمد الشريف العالم، النظام العقابي في التشريع الإسلامي، منشورات الجامعة المفتوحة، طرابلس، ليبيا، ط2، بدون سنة نشر، ولا مكان نشر، ص22.

باعتباره الأحوط أيضاً بالنسبة للفتيات؛ فلا يُحكم بالردّة ولا بعقوبتها على من لم يبلغ من العمر ثماني عشرة سنة، ذكراً كان المتهم أم أنثى⁽¹⁾.

ثانياً: العقل

اتفق الفقهاء على هذا الشرط، فلا تصح ردّة المجنون إذا ارتدّ حال جنونه، وإذا أفاق وارتدّ حال إفاقته صحت⁽²⁾، ودليلهم في ذلك قول الرسول صلى الله عليه وسلم: "رفع القلم عن ثلاثة، عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل"⁽³⁾.

وقاسوا على ذلك مَنْ زال عقله بنوم، أو إغماء، أو مرضٍ، أو شُرْبِ مباحٍ؛ لاتحاد العلة، وهي ذهاب العقل⁽⁴⁾.

ويلاحظ أن المشرع الليبي قد نص على هذا الشرط أيضاً للقول بالردّة، وذلك بقوله: "كل مسلمٍ مكلف" (مادة 291 عقوبات المشار إليها سابقاً)، فالتكليف يقتضي التمييز والعقل أيضاً.

غير أن الفقهاء اختلفوا في حكم السكران؛ فذهب الأحناف إلى أنه لا تصح رده استحساناً؛ ووجه الاستحسان: أن أحكام الكفر مبنية على الكفر؛ وأحكام الإيمان مبنية كذلك على الإيمان، وهما: أي الكفر والإيمان يرجعان إلى التصديق والتكذيب، وليس الإقرار إلاّ دليلاً عليهما، وإقرار السكران الذاهب العقل لا يصلح دلالة على التكذيب، فلا يصح ولا يقبل إقراره⁽⁵⁾.

(1) من هذا الرأي: د. سعد خليفة العبار، أ. رافع محمود الفاحري، أحكام تشريعات الحدود، دار الساقية للنشر، ط1، 2008م، ص12.

(2) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مج9، ص526. شرح الزركشي، مج3، ص85. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج5، ص425.

(3) رواه أبو داود في سننه، حديث رقم 4403، دار الجليل، بيروت، لبنان، 1992م، مج4، ص139.

(4) شرح الزركشي على مختصر الخرقي، مج3، ص85.

(5) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مج9، ص526.

بينما ذهب المالكية والشافعية إلى أنه إذا ارتدَّ لزمته الرِّدَّة، والحجة في ذلك أن الصحابة - رضوان الله عليهم - أقاموا على السكران حدَّ القذف، وقالوا إذا سكر هذى، وإذا هذى افترى، فحدُّه حدُّ الفرية، فهذا يدل على أن السكران مؤاخذٌ بما يقول وبما يفعل، ويأثم بفعل المحرمات ويعاقب عليها، وقد يُقتل حدًّا، والحدود واجبةٌ عليه⁽¹⁾.

وحيث إن هذه المسألة خلافيةٌ بين الفقهاء، فإن رأي الأحناف هو الأولى بالتطبيق في التشريع الجنائي الليبي؛ لأنه الأيسر بالنسبة للمتهم؛ وذلك إعمالاً للقاعدة المنصوص عليها بمقتضى المادة (12) من قانون العقوبات المشار إليها سابقاً، ويستوي في هذا الحكم - من وجهة نظر الباحث - من سكر دون تدبير القيام بما يوجب الرِّدَّة حال السكر، ومن دبر سكره للخروج من الإسلام - والعياذ بالله - حال سكره؛ لأنه إنما ارتكب ما يوجب الرِّدَّة حال سكره؛ أي حال ذهاب عقله وليس قبل ذلك أو بعده، والحال أنه في هذه الفترة فاقدٌ لنعمة العقل ولا يشعر بما يقول أو يفعل، كما أن في عدم ارتكابه لما يوجب الرِّدَّة قبل سكره مظنةٌ في عدم رغبته في الخروج من الإسلام؛ بدليل أنه دبر فقد عقله؛ حتى يقول ما يقول أو يفعل ما يفعل وهو لا يشعر.

لهذا فإن الأولى عدم الحكم برِّدَّة السكران أيّاً كان نوع أو حالة سكره، إذا ارتكب أثناء فقدة لنعمة العقل ما يوجب الحكم بها.

(1) مدونة الفقه المالكي، ج5، ص451 وما بعدها. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج5، ص425.

شرح الزركشي على مختصر الخرقي، مج3، ص98.

الفرع الثالث

عدم الاضطرار

اتفق الفقهاء على هذا الشرط أيضاً؛ فلا تصح ردّة المكره، وذلك استناداً إلى قوله تعالى: ﴿مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ وَلَكِنْ مِنْ شَرَحٍ بِالْكَفْرِ صَبْرًا فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِنَ اللَّهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ [النحل، الآية 106]، وقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "إن الله تجاوز عن أمي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"⁽¹⁾، ولمّا زُوي عنه - صلى الله عليه وسلم - أيضاً أنه قال لعبد بن ياسرٍ عندما نطق بكلمة الكفر تحت تعذيب المشركين له: "كيف تجرد قلبك؟"، قال: مطمئن بالإيمان، فقال الرسول: "إن عادوا فعد"⁽²⁾.

وعن موقف المشرع الليبي من هذا الشرط، فإنه يمكن القول بأنه قد راعاه أيضاً، عندما نص على اشتراط التكليف في الحكم بالردّة في نص المادة (291) عقوبات المشار إليها سابقاً، إذ التكليف يتضمن أيضاً سلامة الإرادة من التأثير عليها بفعل الإكراه أو الاضطرار.

(1) بدائع الصنائع، مج9، ص529.

(2) بدائع الصنائع، مج9، ص529. فقه السنة، السيد سابق، ج2، ص301.

المطلب الثاني

الأحكام المتعلقة بالسلوك

يتعلق بالسلوك الموجب للردّة أمران، أولهما تحديد الأقوال والأفعال التي تستوجب الردّة، وثانيهما إشكالية مدى تصور الاشتراك في ارتكاب هذه الجريمة في حق المسلم، ومدى إمكان عقاب غير المسلم على اشتراكه في الردّة.

الفرع الأول

الأقوال والأفعال التي تتحقق بها الردّة

اكتفى المشرع الليبي بتجريم الأقوال والأفعال التي تتحقق بها الردّة، دون أن يحدّد نطاقها، تاركاً للقاضي هذه المهمة؛ بحيث يبحث في المذاهب الفقهية المعتمدة⁽¹⁾ عن توصيف الفعل أو القول الصادر عن المتهم كونه يشكل ردّة أو لا، ولا يكتفي في إسباغ وصف الردّة عليه بتجريم الفعل أو القول في مذهب واحد فقط، وإنما لابد أن يكون هذا الوصف محل إجماع بين المذاهب المعتمدة (أئمة

(1) يُثار الإشكال حول تحديد المقصود بالمعتمد من المذاهب المنصوص عليها في المادة (291) المشار إليها، فهل يُقصد بهذا التعبير المذاهب الأربعة المشهورة فقط، وهي: المذهب الحنفي والمالكي والشافعي والحنبلي؟ أم أن المقصود به لا يقتصر عليها، وإنما يمتد ليشمل غيرها، كالمذهبين الظاهري والشيوعي؟
عالج الباحث هذه الإشكالية في بحثه الموسوم بالإشكاليات العملية المترتبة على نصوص الإحالة في تشريعات الحدود، وتوصّل إلى أن المقصود به هو المذاهب الأربعة المشهورة فقط، دونما عداها من المذاهب الأخرى، ولأن المقام يضيق عن إيراد الإشكالية هنا وسرد الحجج الكامنة وراء رأي الباحث كذلك، فإن الإحالة إلى ذلك البحث تكون أنسب. راجع: د. مصطفى العربي، الإشكاليات العملية المترتبة على نصوص الإحالة في تشريعات الحدود، مجلة العلوم الشرعية والقانونية، كلية القانون، جامعة المرقب، ع1، س4، 2016م، ص72 وما بعدها.

وتلاميذاً⁽¹⁾؛ فإذا وجد رأياً ولو كان لتلميذٍ من تلاميذ أئمة تلك المذاهب يقول بعدم اعتبار الفعل أو القول الصادر عن المتهم ردّةً وجب عليه الجرح إليه وتطبيقه؛ استناداً إلى نص المادة (12) عقوبات، التي توجب عليه تفسير النصوص القانونية المتعلقة بالحدود والقصاص وفقاً لأيسر المذاهب الفقهية المعتمدة.

ولا يمكن القول بأن في عدم تحديد المشرع للأقوال والأفعال التي تتحقق بها الردّة وحصرها مخالفةً لمبدأ المشروعية، لأن في الأمر عنتاً كبيراً له وصعوبةً واقعيةً - إن لم تكن استحالة - تحول دون قيامه بذلك الحصر أو التحديد؛ لكثرة تلك الأفعال والأقوال، ثم إن توصيف تلك الأقوال والأفعال - في رأي الباحث - مسألةً محسومةً فقهياً وفقاً للمذاهب المعتمدة، وليس للقاضي أن يجتهد ويخالف آراء تلك المذاهب، فوظيفته محددةٌ سلفاً وتنحصر - كما رأينا - في بحث المسألة في آراء تلك المذاهب ومدى وجود الإجماع المذهبي - إن صح التعبير - للقول بردّة المتهم أو عدم رده، فليس له أن يجتهد ويعتبر قولاً ما أو فعلاً ما ردّةً، طالما كان هناك رأيٌ فقهيٌّ معتبرٌ لا يعتبره كذلك.

وعلى كل حال فإن من الأمثلة على الأقوال والأفعال التي تتحقق بها الردّة: نفْي وجود الصانع أو الخالق، أو الرسل، أو تكذيب أحدهم، أو سبّه أو الاستخفاف باسمه أو به، كما لو قال لست أدري هل النبي إنسي أم جني، أو الاستخفاف باسم الله أو بأمره أو بوعدده أو وعيده، أو الادعاء بنبوّة بعد نبينا محمد

(1) يُعرّف المذهب اصطلاحاً بتعريفين، أولهما مضيّق يقصره الفقهاء على الأحكام الاجتهادية الفرعية التي قال بها إمام المذهب، دون ما قال به أصحابه أو تلاميذه، وثانيهما موسّع لا يقصرونه على ما قال به الإمام، وإنما يمدونه إلى ما قال به أصحابه أو تلاميذه أيضاً، وقد أشار الباحث إلى هذه المسألة وعالج أيضاً مسألة ترجيح التعريف الذي ينسجم واتجاه المشرع نحو التيسير على المتهم في تشريعات الحدود، والتي من بينها الردّة، في بحثه المشار إليه سابقاً والموسوم بالإشكاليات العملية المترتبة على نصوص الإحالة في تشريعات الحدود، وتوصّل إلى ترجيح الرأي الثاني الذي يوسّع من مفهوم المذهب؛ لأنه هو الذي ينسجم واتجاه المشرع المشار إليه؛ إذ قد لا يكون الرأي الأيسر للمتهم هو رأي الإمام وإنما رأي من آراء تلاميذه. راجع: د. مصطفى العربي، المرجع السابق، ص 66 وما بعدها.

– صلى الله عليه وسلم – أو تصديق مدَّعيها، أو تحليل المحرَّم بالإجماع، كالزنا واللواط وشرب الخمر أو تحريم الحلال بالإجماع، كالبيع والنكاح، أو نفي وجوب مجمع عليه كنفي ركعة من ركعات الصلوات الخمس المفروضة، أو اعتقاد وجوب ما ليس واجباً بالإجماع كزيادة ركعة إلى صلاة من الصلوات المفروضة، أو إلقاء مُصحفٍ أو كتاب حديثٍ نبويٍّ على قاذورة، أو سجودٍ لصنمٍ أو شمس⁽¹⁾، أو ما شابه ذلك.

الفرع الثاني

إشكالية الاشتراك والعقاب عليه في الرِّدَّة

يُثار التساؤل حول مدى تصور الاشتراك في الرِّدَّة في حق المسلم، حيث يتطلب تحقق الاشتراك في هذه الجريمة أن يصدر عن الشريك قولاً أو فعلًا يتضمن الاتفاق مع غيره أو تحريضه أو مساعدته على أن يكون مرتدًا، وفي هذه الحالة يمكن طرح هذا التساؤل: ألا يعتبر الشريك هنا فاعلاً في جريمة رِدَّةٍ خاصةٍ به؟ لأنه إذا علم بنية المسلم وعزمه على الخروج من الإسلام – والعياذ بالله – وقرَّر مساعدته (بتقديمه الصنم؛ ليسجد له مثلاً)، أو الاتفاق معه على ذلك، أو بخلق الفكرة لديه وتشجيعه عليها إذا لم توجد النية المسبقة له على ذلك، فإنه بلا شكٍ يكون قد قصد كل ذلك، وإذا تحقق في جانبه القصد، فقد لا يمكن اعتباره إلا مرتدًا وليس شريكاً.

ومن ناحيةٍ أخرى إذا أمكن تصور الاشتراك في حق غير المسلم الذي يجرِّس المسلم أو يتفق معه أو يساعده على الرِّدَّة، فهل يمكن القول بعقابه عن هذا الاشتراك (حداً أو تعزيراً) في ظل عدم وجود نصٍ يعالج هذه الحالة في القانون رقم (20) لسنة 2016م بشأن تعديل بعض أحكام قانون العقوبات الليبي؟

(1) الاستذكار، مج22، ص135. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج5، ص420 وما بعدها.

وعن الإشكالية الأولى، فإن الباحث يرى أن الشريك في المثال المذكور وما شابهه لا يمكن اعتباره إلا مرتدّاً أصلياً عن جريمة خاصة به؛ لأن جريمة الردّة في أساسها جريمة دينية؛ أي أنها تقوم على حماية العقيدة، والعقيدة في جوهرها أمرٌ قلبيٌّ يقوم على الإيمان، ولا يتحقق الإيمان إلا بوجود النية أو بالأحرى اتجاه الإرادة إليه، فإذا اتجهت إلى نقيضه وهو الكفر مع ترجمة ذلك بأقوالٍ أو أفعالٍ، فلا يمكن اعتبار من تحقق في جانبه هذا الأمر إلا مرتدّاً، وهذا هو حال الشريك⁽¹⁾، وهو ما يستتبع القول بتوقيع عقوبة القتل المقررة للردة حداً في حقه؛ تطبيقاً لنص المادة (291) عقوبات المعدلة بالقانون رقم (20) لسنة 2016م.

أما عن الإشكالية الثانية فإن الباحث يرى عدم إمكانية توقيع أية عقوبة على الشريك غير المسلم، لا العقوبة الحدّية المقررة للردّة ولا أية عقوبة تعزيرية أخرى، ذلك أن المشرع لم يبيّن حكم هذه الحالة (عقوبة الشريك) في القانون رقم (20) لسنة 2016م، ولا يمكننا الجنوح هنا إلى نص المادة (101) عقوبات التي تتضمن القاعدة العامة في العقاب على الاشتراك "من اشترك في جريمة فعلية عقوبتها..."، والقول بمعاقة الشريك بعقوبة الفاعل بناءً عليها؛ أي بمعاقبة بالقتل حداً كما هو الحال بالنسبة للفاعل؛ لأن المشرع حينما ألزم القاضي بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لسدّ أي نقصٍ أو تفسير أيّ غموضٍ قد يعتري أحكام الردّة (مادة 12 عقوبات المعدلة بالقانون رقم 20 لسنة 2016م)، لم يلزمه أيضاً بالرجوع إلى قانون العقوبات كمصدرٍ احتياطيٍّ في حالة عدم وجود حكمٍ للحالة في

(1) زد على ذلك أن أقواله تلك وأفعاله أيضاً تقتضي الكفر وتتضمنه، وهي عند الفقهاء مما يتحقق به الكفر والعياذ بالله. مدونة الفقه المالكي، ج5، ص452.

الشريعة كما فعل بالنسبة لبعض تشريعات الحدود الأخرى⁽¹⁾، وإذا كان الأمر كذلك؛ أي أن الرجوع إلى أحكام قانون العقوبات ممتنع في هذه الحالة، وأن على القاضي أن يرجع إلى أحكام الشريعة لسدّ النقص الذي قد يعتري أحكام الردّة كمبدأً عامًّا يلجأ إليه لسد كل فراغٍ في تلك الأحكام، فإن الرجوع إلى أحكام الشريعة في الفرض الذي نحن بصددده ممتنع أيضاً؛ لمخالفته مبدأ المشروعية؛ إذ إن الأمر يتعلّق بتطبيق عقوبةٍ على فعلٍ (وهو الاشتراك) لم يجرمه المشرع أساساً في القانون الذي جرّم به الردّة، والقول بعكس ذلك؛ أي بالسماح للقاضي باختيار العقوبة للشريك في هذا الفرض من الشريعة الإسلامية⁽²⁾، فيه افتئاتٌ وتعدّد على اختصاصات السلطة التشريعية التي لم تجرم الاشتراك في هذه الجريمة - كما قلنا - ولم تحدد له عقوبةً معينةً أيضاً. ولهذا فإن المشرع مدعوٌ للتدخل وإصلاح هذا الخلل في أقرب فرصة؛ بما يكفل إقرار جزاءٍ مناسبٍ للشريك في الفرض المشار إليه؛ ضماناً لإقرار سياسةٍ جنائيةٍ فاعلة، واحتراماً لمبدأ المشروعية.

(1) راجع على سبيل المثال المادة (20) مكرّر من القانون رقم (13) لسنة 1425م (2004م) في شأن إقامة حدّي السرقة والحراية، المضافة بالمادة الثانية من القانون رقم (12) لسنة 2016م بشأن تعديل القانون المذكور، والتي جاء فيها: "يُطبق المشهور من أيسر المذاهب فيما لم يرد بشأنه نصٌّ في هذا القانون، بالنسبة لجريمتي السرقة والحراية المعاقب عليهما حدًّا، فإذا لم يوجد نصٌّ في المشهور طبقت أحكام قانون العقوبات".

(2) يُلاحظ أنه وإن كانت العقوبة المقررة للشريك في الشريعة الغرّاء هي عقوبةٌ تعزيريةٌ وليست حدّيّة (القتل أسوّه بالمرتد)؛ وذلك تطبيقاً للقاعدة المعمول بها عند فقهاء الشريعة الإسلامية، التي تقضي بعدم التسوية بين الفاعل والشريك في العقوبة؛ باعتبار أن الأخير أخف جُرمًا وأقل خطراً من الأول، إلا أن الرأي المشار إليه بالمتن لا يتغيّر هنا؛ لأن الأمر - كما تمت الإشارة - يتعلّق باختيار عقوبةٍ لم ينص عليها المشرع في قانون تجريم الردّة؛ إذ يمتنع على القاضي أن يختار أيّة عقوبةٍ أخرى للشريك في ذلك الفرض أيّاً كانت تلك العقوبة، حدّيّة أسوّه بالفاعل (المرتد) أو تعزيريةً تطبيقاً لمبدأ عدم التسوية بينهما.

راجع في شأن مبررات تلك القاعدة في عقاب الشريك في الشريعة الإسلامية: عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، دار الحديث، القاهرة، مصر، 2009م، ج1، ص280.

المطلب الثالث

الأحكام المتعلقة بالقصد الجنائي

الحكم على مسلم بأنه مرتدّ أو كافرٌ أمرٌ من الأمور غير اليسيرة، التي ينبغي الاحتراز والتثبت منها قبل الإقدام عليها؛ ذلك أن مما يترتب على نعت المسلم بهذا الوصف أن يبوء الواصف به إذا لم يكن الموصوف كذلك، ولهذا يحذّر الرسول الكريم محمدٌ - صلى الله عليه وسلم - من الإقدام على هذا الأمر دون تثبُّتٍ، بقوله: "أيُّما رجلٌ قال لأخيه كافر، فقد باء بها أحدهما"⁽¹⁾، وقال أيضاً: "ليس على المؤمن نذرٌ فيما لا يملك، ولا عِنْ المؤمن كقاتله، ومن قذف مؤمناً بكفرٍ فهو كقاتله، ومن قتل نفسه بشيءٍ عذّبه الله بما قتل به نفسه يوم القيامة"⁽²⁾.

ولا شك أن من شرائط الحكم على المسلم بالردّة أن يثبت لدى القاضي استحضاره نية الخروج من الإسلام عند ارتكابه السلوك المخرج منه، قولاً أو فعلاً، فلا يكفي أن تتجه إرادته إلى ارتكاب ذلك الفعل أو القول، وهو ما يُعبّر عنه بالقصد الجنائي العام، وإنما يتعين أن يتوافر بحقه ما يُعبّر عنه أيضاً بالقصد الجنائي الخاص، المتمثّل في اتجاه الإرادة إلى ارتكاب الفعل أو القول المشار إليهما، مع اتجاه هذه الإرادة إلى الخروج من الإسلام.

وهذا ما اشتراطه الإمام الشافعي رحمه الله، حيث يرى للقول بكفر المسلم عدم كفاية تعمّده إتيان الفعل أو القول الكفري، وإنما يجب علاوةً على ذلك أن ينوي الكفر مع قصد الفعل، ودليله في ذلك قول الرسول صلى الله عليه وسلم: "إنما الأعمال بالنيات"، فإذا لم يَنْوِ الكفر فلا يكفر⁽³⁾.

(1) حديثٌ حسنٌ صحيح، رواه الترمذي في الجامع، حديث رقم 2637، جامع الترمذي، دار السلام للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، ط1، 1999م، ص599.

(2) حديثٌ حسنٌ صحيح، جامع الترمذي، حديث رقم 2636، ص598.

(3) عبد القادر عودة، مرجعٌ سبق ذكره، ص552.

وقد أقرت المحكمة العليا الليبية هذا الاتجاه؛ حيث قضت - في حكمٍ قدّم لها - بذلك بقولها: "لا تتحقق جريمة الاعتداء على الدين إلا إذا توافر قصدٌ خاص، بأن ينوي الجاني المساس بكرامة الدين، فتتجه إرادته إلى وضعه موضع السخرية والامتهان، ولا يكون ذلك إلا بإثبات أن الأقوال أو الأفعال صدرت منه بهذه النية السيئة، فإذا كان الثابت أن ما صدر من الطاعنة هو عبارةٌ مرسلَةٌ مرتجلةٌ في مناسبة الاعتداء على موظفٍ عموميٍّ والرد على أقوال امرأةٍ أخرى تحت ضغط المناسبة، ولم يكن ابتغاء تحدي الشعور الديني، فلا جريمة لعدم توفر القصد الجنائي الخاص بهذه الجريمة، ولأن ما صدر لم يكن تنفيذاً لفكرةٍ مبيتةٍ للتعدي، أو جرح الشعور الديني..."⁽¹⁾.

وقضت أيضاً بأن "جريمة الاعتداء على الدين الإسلامي بالفاظٍ لا تليق بالذات الإلهية، لا تتحقق إلا إذا توافر قصدٌ خاص، بأن ينتوي الجاني المساس بكرامة الدين، فتتجه إرادته إلى وضعه موضع السخرية والامتهان، ولا يتأتى ذلك إلا ببيان الواقعة تفصيلاً من أقوالٍ وأفعال، وإثبات أن ذلك إنما صدر منه بهذه النية السيئة"⁽²⁾.

وغني عن البيان أيضاً أن الغلط في الوقائع يأخذ حكم انتفاء القصد الجنائي، ولا يعتبر من وقع فيه مرتداً إذا صدر منه ما يوجبها؛ لانتهاء عنصر العلم والإرادة لديه، ولهذا لم يكفّر الفقهاء من جرى على لسانه الكفر سبقاً من غير قصدٍ لشدة فرح أو وهنٍ أو غير ذلك، كقول من أراد أن يقول: اللهم أنت ربي وأنا عبدك، فقال: أنت عبدي وأنا ربك⁽³⁾.

(1) طعن جنائي رقم 2/67ق، جلسة 1956/3/14م، القضاء الجنائي، ج1، 1967، ص326، 327.

(2) طعن جنائي رقم 14/67ق، جلسة 1967/12/9م، قضاء المحكمة العليا الجنائي، ج3، ص416.

(3) راجع: عبد القادر عودة، مرجع سبق ذكره، ص552.

وبهذا ينتهي البحث في أحكام التجريم المتعلقة بهذه الجريمة، وينتقل الباحث الآن لمعالجة أحكام الجزاء المتعلقة بها.

المبحث الثاني

أحكام الجزاء المتعلقة بجريمة الردّة

سُيُنَاقَشُ تحت هذا العنوان ثلاث مسائل مهمة، تتعلق أولاها بتكليف جريمة الردّة من حيث كونها جريمةً حدّيةً أم تعزيرية، وتتعلق ثانيها بمدى تطبيق العقوبة المقرّرة للردّة على المرأة، وتتعلق الأخيرة بمدى اشتراط الاستتابة لتطبيق تلك العقوبة على من وجبت في حقه، وذلك من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول

تكليف جريمة الردّة

أثير خلافٌ فقهيٌّ معتبرٌ حول تكليف جريمة الردّة، من حيث كونها جريمةً حدّيةً أم تعزيرية، والجمهور على أنها من النوع الأول، وخالفهم في ذلك نخبةٌ من المفكرين المعاصرين، وقالوا بأنها من النوع الثاني، مستندين في ذلك إلى مجموعةٍ من الحجج.

وقبل عرض حجج الفريقين وأدلته يودُّ الباحث أن يشير بدايةً إلى أن الخلاف بينهما ليس على أصل مشروعية تجريم الردّة، فالكل متفقٌ على ذلك، وإنما ينحصر الخلاف حول العقوبة المقرّرة لها وهي القتل، هل هي عقوبةٌ حدّيةٌ أم تعزيرية، ولهذا فهم متفقون جميعاً على أن القرآن الكريم قد جرم الردّة وتوعّد المرتد بالعذاب الشديد يوم القيامة، دون أن ينص على جزاءٍ دنيويٍّ لها، سواءً تمثّل هذا الجزاء في القتل أو في غيره، والآيات الواردة في هذا الشأن كثيرة، منها قوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾ [سورة البقرة، الآية 217]، وقوله عزّ من قائل: ﴿وَمَنْ يَتَّبِدْ الْكُفْرَ بِالْإِيمَانِ فَقَدْ ضَلَّ سَوَاءَ السَّبِيلِ﴾ [سورة البقرة، الآية 108]، وقوله جلّ في علاه: ﴿وَلَئِنْ سَأَلْتَهُمْ لَيَقُولُنَّ إِنَّمَا كُنَّا نَخُوضُ وَنَلْعَبُ فُلْ

أَبِاللَّهِ وَآيَاتِهِ وَرَسُولِهِ كُنْتُمْ تَسْتَهْزِئُونَ لَا تَعْتَدِرُوا قَدْ كَفَرْتُمْ بَعْدَ إِيمَانِكُمْ﴾ [سورة التوبة، الآية 65]، وقوله: ﴿مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ وَلَكِنْ مَنْ شَرَحَ بِالْكُفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِنَ اللَّهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ [سورة النحل، الآية 106].

وبعد هذا التوضيح من المناسب الآن أن يعرض الباحث لأدلة الجمهور في فرع أول، ثم يعرض لحجج الرأي المخالف في فرع ثان، ويختتم ذلك برأيه حول هذا الخلاف في فرع ثالث.

الفرع الأول

أدلة الجمهور على القول بحديّة الردّة

استند الجمهور إلى أحاديث شريفة صحيحة وردت في شأن الردّة، منها: قوله صلى الله عليه وسلم: "من بدّل دينه فاقتلوه"⁽¹⁾، وقوله: "لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله، إلا بإحدى ثلاث: الثيب الزاني، والنفس بالنفس، والتارك لدينه المفارق للجماعة"⁽²⁾، ولما ورد أيضاً في حديث لأبي

(1) أخرجه البخاري في كتاب الجهاد، باب "لا يُعذّب بعذاب الله". فتح الباري في شرح صحيح البخاري، ابن حجر العسقلاني، حديث رقم 3017، دار مصر للطباعة، مصر، ط1، 2001م، ج6، ص210. والترمذي في كتاب الحدود، باب ما جاء في المرتد، من طريق عبد الوهاب الثقفي، وهذه صيغة الحديث كما وردت: "حدثنا أحمد بن عبده الضبيّ البصري: حدثنا عبد الوهاب الثقفي: حدثنا أيوب عن عكرمة: أن علياً حرق قوماً ارتدوا عن الإسلام، فبلغ ذلك ابن عباس، فقال: لو كنت أنا لقتلتهم بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من بدّل دينه فاقتلوه"، ولم أكن لأحرقهم؛ لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "لا تعذبوا بعذاب الله"، فبلغ ذلك علياً فقال: صدق ابن عباس". الحديث رقم 1458، جامع الترمذي، ص354. وقد قال عنه الترمذي: هذا حديث حسن صحيح، والعمل على هذا عند أهل العلم في المرتد. جامع الترمذي، الصفحة نفسها.

(2) أخرجه البخاري في كتاب الديّات، حديث رقم 6878، ج12، ص282، ومسلم في صحيحه، حديث رقم 1676. صحيح مسلم بشرح النووي، الإمام محي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، خرّج الأحاديث: محمد عبد العظيم، دار التقوى، بدون مكان نشر، ولا تاريخ نشر، ج11، ص2078.

موسى الأشعري أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قاله له: " اذهب إلى اليمين"، ثم أتبعه معاذ بن جبل، فلما قدم عليه ألقى له وسادةً وقال: انزل، وإذا رجلٌ عنده مُوثِقٌ، قال: ما هذا؟ قال: كان يهودياً فأسلم ثم تهوّد، قال: لا أجلس حتى يُقتل، قضاءً الله ورسوله⁽¹⁾.

كما تعتبر حروب الردّة التي قادها الخليفة الراشد أبو بكر الصديق - رضي الله عنه - وقاتله المرتدين دليلاً آخر على القول بجدّيّة الردّة، وقصص تلك الحروب مشهورة، وشهرتها تغني عن إيرادها هنا أو الإسهاب فيها.

الفرع الثاني

حجج القائلين بأن الردّة تعزيراً لا حدّاً

رأي الجمهور كان سائداً، ولم يقل أحدٌ بخلافه - فيما اعتقد - إلا بعد أن تعرضت الشريعة الإسلامية لهجماتٍ فكريةٍ شرسةٍ من أعدائها؛ للنيل من أصولها وأسسها الراسخة الثابتة، وذلك حينما أعلن الغرب العودة إلى تنقية دساتير جميع الدول العربية والإسلامية من أيّة إشارةٍ إلى الشريعة ومرجعيتها؛ لتعارض ذلك - حسب زعمهم - مع حقوق الإنسان ووثيقة الأمم المتحدة وقواعد الشرعية الدولية⁽²⁾، حيث انبرى نفرٌ من الفقه للدفاع عنها، من خلال مراجعة الأدلة التي استند إليها الرأي السائد فقهاً للقول بجدّيّة الردّة، في محاولةٍ لإثبات أن الردّة هي عكس ذلك، فهي جريمةٌ من الجرائم التعزيرية وليست الحدّيّة، ومن تمّ فحرية العقيدة مكفولةٌ في الشريعة الإسلامية، كما هي مكفولةٌ في تلك الإعلانات والمواثيق الدولية.

(1) رواه البخاري في كتاب استنابة المرتد والمعاندين وقتلهم، حديث رقم 6923، ج 12، ص 376.

(2) راجع: د. طه جابر العلواني، لا إكراه في الدين - إشكالية الردّة والمرتدين من صدر الإسلام إلى اليوم - مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، مصر، ط2، 2006م، ص 28.

ومن الحجج التي اعتمد عليها هذا نفر من الفقه نسوق الآتي:

أولاً: عدم ورود أية عقوبة دنيوية للمرتد في القرآن الكريم، فكل الآيات التي وردت في شأن الردّة توعدّ فيها المولى - عزّ وجلّ - المرتد بالعذاب الأخروي، ولم يتوعده بأي عذاب في الدنيا⁽¹⁾.

ثانياً: تعارض الرأي القائل بحديث الردّة مع المبدأ الشرعي الشهير (مبدأ حرية العقيدة)، الذي نصت عليه الكثير من الآيات القرآنية الكريمة، من ذلك قول الحق تبارك وتعالى: «لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ» [سورة البقرة، الآية 256]، وقوله: «وَلَوْ شَاءَ رَبُّكَ لَأَمَنَّ مَنْ فِي الْأَرْضِ كُلَّهُمْ جَمِيعًا أَفَأَنْتَ تُكْرِهُ النَّاسَ حَتَّى يَكُونُوا مُؤْمِنِينَ» [سورة يونس، الآية 99]؛ حيث اعتبر القرآن الكريم تلك الحرية من أهم أنواع الحريات، وتكفل بضمانها للإنسان وحضّ على المحافظة عليها، ولا يعقل بالتالي - وقتاً لمنطق هؤلاء الفقهاء - أن يُجبر الإنسان على الدخول في الإسلام أو على عدم الخروج منه⁽²⁾.

ثالثاً: عدم الاطمئنان إلى تأويل الأحاديث الواردة عن الرسول الكريم - صلى الله عليه وسلم - في شأن قتل المرتد، على النحو الذي قال به الجمهور؛ وذلك لمجموعة من الأسباب، أهمها:

أ - أن تفسير المقصود بالمارق من الدين المفارق للجماعة الوارد في حديث الرسول - صلى الله عليه وسلم - "لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث..."⁽¹⁾ يُحتمل أن يكون هو المحارب قاطع الطريق، وليس المرتد؛ لأن وصف التارك للدين بالمفارق للجماعة معناه الخروج على هذه الجماعة بمحاربتها، فالحديث على هذا

(1) المرجع السابق، ص 89. د. محمد سليم العوّا، في أصول النظام الجنائي الإسلامي (دراسة مقارنة)، نضفة مصر للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، ط1، 2006م، ص 181. وقد تمت الإشارة سابقاً إلى أن الجمهور أيضاً على أن القرآن الكريم لم يتضمن أية عقوبة دنيوية للردّة؛ فليس في هذه الحجة أي جديد.

(2) د. طه جابر العلواني، المرجع السابق، ص 91 وما بعدها، د. محمد سليم العوّا، المرجع السابق، ص 182 وما بعدها.

الأساس لا يقرر حكم الردّة المجردة، وإنما يقرر حكم المحارب أو ما يمكن أن يطلق عليه بالردّة المغلظة⁽¹⁾.

ب - إن صيغة الأمر الوارد في حديث الرسول - صلى الله عليه وسلم - "من بدّل دينه فاقتلوه" بقتل المرتد لا تفيد الوجوب، وإنما الجواز أو الإباحة، بفعل القرائن التي أحاطت به وحملته على المعنى الأخير، فتكون جريمة الردّة على هذا الأساس جريمةً تعزيريةً لا حديةً، متروكٌ أمر تقرير عقوبتها للإمام، ولا تثريب عليه إن هو قرر الإعدام أو غيره للمرتد⁽²⁾.

ومن هذه القرائن ورود بعض الآثار المروية عن الصحابة - رضوان الله عليهم - تفيد وجود عقوبات أخرى للمرتدين غير عقوبة القتل، ومن هذه الآثار ما رواه عبد الرزاق بسنده عن أنس - رضي الله عنه - قال: "بعثني أبو موسى بفتح تُسْتَر (مدينةً فارسيةً) إلى عمر - رضي الله عنه - فسألني عمر، وكان ستة نفرٍ من بني بكرٍ بن وائلٍ قد ارتدّوا عن الإسلام ولحقوا بالمشركين، قال: ما فعل النفر من بكرٍ بن وائلٍ؟ قال فأخدت في حديثٍ آخر لأشغله عنهم، فقال: ما فعل النفر من بكرٍ بن وائلٍ؟ قلت: يا أمير المؤمنين قوم ارتدّوا عن الإسلام ولحقوا بالمشركين، ما سبيلهم إلا القتل؟ فقال عمر: لأن أكون أخذتهم سلماً أحب إليّ مما طلعت عليه الشمس من صفراء أو بيضاء، قال: قلت: يا أمير المؤمنين وما كنت صانعاً بهم لو أخذتهم؟ قال: كنت عارضاً عليهم الباب الذي خرجوا منه أن يدخلوا فيه، فإن فعلوا ذلك قبلت منهم، وإلا استودعتهم السجن"⁽³⁾.

(1) د. محمد سليم العوّا، المرجع السابق، ص 187.

(2) المرجع السابق، ص 191.

(3) المرجع السابق، ص 193.

ومن القرائن أيضاً ما يراه بعض التابعين (إبراهيم النخعي)⁽¹⁾ من أن يُستتاب المرتد أبداً ولا يُقتل⁽²⁾، وفي هذا دليلٌ على عدم قتل المرتد أبداً.

ثالثاً: من الحجج الدالة أيضاً على أن الردّة جريمةٌ تعزيريةٌ لا حدّيةٌ أن حروب الردّة التي خاضها أبوبكر الصديق - رضي الله عنه - لم تكن من أجل العقيدة، أي من أجل الخروج من الإسلام، وإنما من أجل محاربة من امتنع عن أداء الزكاة بعد موت النبي صلى الله عليه وسلم، ولهذا كان ردُّ أبي بكرٍ على عمر بن الخطاب - رضي الله عنهما - عندما سأله: كيف نقاتل الناس وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "أمرتُ أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله، فمن قالها فقد عصم منِّي نفسه وماله إلاّ بحقها، وحسابه على الله"، فقال أبوبكر: "والله لأقاتلن من فرق بين الصلاة والزكاة، فإن الزكاة حق المال، والله لو منعوني عقلاً كانوا يؤدونه إلى رسول الله لقاتلتهم على منعه"⁽³⁾.

رابعاً: إن بعض أئمة المذاهب الفقهية الإسلامية لم يبحثوا أحكام الردّة في أبواب الحدود في كتبهم، وإنما في أبواب أخرى، كباب الدماء عند المالكية، وكتاب السير عند الحنفية، وهو ما يدل - وفق منطقتهم - على أنها ليست من جرائم الحدود⁽⁴⁾.

(1) هو إبراهيم بن يزيد بن قيس بن الأسود بن عمرو بن ربيعة بن ذهل بن سعد بن مالك بن النخع [النخعي، اليماني ثم الكوفي، أحد الأعلام، وفقه العراق المكنى بأبي عمران، تُوفي سنة ست وتسعين في خلافة الوليد بن عبد الملك بالكوفة، وهو ابن تسع وأربعين سنة لم يكمل الخمسين، وقيل إنه مات وهو ابن ثيِّف وخمسين سنة. سير أعلام النبلاء، ج4، ص520 وما بعدها. الطبقات الكبرى، محمد بن سعد بن منيع الزهري، تحقيق: د. علي محمد عمر، مكتبة الخانجي، القاهرة، مصر، ط1، 2001م، ج8، ص388 وما بعدها.

(2) المرجع السابق، ص194.

(3) د. طه جابر العلواني، المرجع السابق، ص149.

(4) المرجع السابق، ص149.

الفرع الثالث

رأي الباحث

لاشك أن مخالفة الرأي المستقر والذي عليه الجمهور ليس بالأمر الهين أو السهل، لهذا ينبغي على من أراد المخالفة أن يستند إلى حجج مقنعة، وهو ما لا يبدو للباحث ظاهراً في رأي القائلين بعدم حدية جريمة الردّة رغم نبل الدافع، بل إن التردّد في المخالفة ظاهرٌ في بعض كتابات هذا نفر من الفقه؛ حيث يصرح بذلك البعض قائلاً: "ومع التسليم بتجريم الردّة، فإننا نتردّد في القطع بأن العقوبة التي قررها لها الإسلام هي عقوبة الإعدام، وأن هذه العقوبة من عقوبات الحدود"⁽¹⁾، وقال آخرون: "وقد يتغيّر وجه النظر في المسألة إذا لوحظ أن كثيراً من العلماء يرى أن الحدود لا تثبت بحديث الأحاد، وأن الكفر بنفسه ليس مبيحاً للدم، وإنما المبيح هو محاربة المسلمين والعدوان عليهم، ومحاوله فتنّتهم عن دينهم، وأن ظواهر القرآن الكريم في كثيرٍ من الآيات تأبى الإكراه على الدين"⁽²⁾، وما هذا التردّد إلا بفعل عدم إقناعية تلك الحجج.

ومن بين تلك الحجج غير المقنعة: القول بتعارض رأي الجمهور مع مبدأ حرية العقيدة الذي كفله الإسلام ورسخه بالعديد من الآيات القرآنية؛ فهذه الحجّة غير مقنعة؛ لأن المقصود بعدم الإكراه في الدين هو الإكراه على الدخول فيه دون الإكراه على الخروج منه، يدل على ذلك الواقعة التي نزلت بشأنها هذه الآية الكريمة، حيث كان لرجلٍ من الأنصار من بني سالم بن عوف ابنان، فتنصّرا قبل مبعث النبي - صلى الله عليه وسلم -، ثم قدما المدينة في نفرٍ من النصارى يحملون الطعام، فلزمهما أبوهما وقال: لا أدعكما حتى تسلما، فتخاصما إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقال: يا رسول الله أيدخل بعضني النار وأنا أنظر، فأنزل الله تعالى

(1) د. محمد سليم العوّا، مرجع سبق ذكره، ص 190.

(2) محمد شلتوت، الإسلام عقيدة وشرعية، دار الشرق، القاهرة، مصر، ط 18، 2001م، ص 281.

قوله: «لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ» فحلَّى سبيلهما⁽¹⁾، فالواقعة واضحةٌ بذاثها في أن الإكراه المقصود في الآية هو الإكراه على الدخول في الإسلام دون إشارةٍ إلى الخروج منه.

ومن هذه الحجج أيضاً تفسير قول الرسول الكريم - صلى الله عليه وسلم - "التارك لدينه المفارق للجماعة" بالمحارب قاطع الطريق، فلا تستقيم هذه الحجة كذلك؛ لأن في هذا التفسير إضافة قيدٍ أو شرطٍ للقول برِدَّة المرتد، وهو محاربة الإسلام، لا تقتضيه قواعد التفسير بالضرورة؛ إذ فيه تكلفٌ وتحميلٌ لعبارة "المفارق للجماعة" معنى يتجاوز المعنى البسيط والواضح لها، والذي لا يتعدى مجرد التأكيد على المعنى المستفاد من عبارة "التارك لدينه"، وهو مفارقة الجماعة بالرِّدَّة، دون اشتراط حصول أي أمرٍ آخر، كالمحاربة مثلاً. وهذه العبارة لا تختلف - في وظيفتها اللغوية - عن عبارة "يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله"، الواردة في الحديث بالنسبة لقوله صلى الله عليه وسلم: "مسلمٌ"؛ فمن يشهد بأن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله هو المسلم لا غير، وليس هناك معنى لتلك الشهادة غير هذا المعنى، وفي هذا تتشابه العبارة المشار إليها "المفارق للجماعة" مع هذه العبارة في الأداء اللغوي؛ إذ ليس لكليهما من معنى في هذا الحديث إلا التأكيد على معنى سابقٍ ورد بعبارةٍ سابقة، وهذا هو الذي فهمه أيضاً بعض الأئمة الأجلاء عند تفسيرهم لتلك العبارة، وقرروه عند شرحهم لهذا الحديث، من ذلك مثلاً ما ذكره الإمام تقيُّ الدين ابن دقيق العيد، بقوله: "وقوله عليه السلام "يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله"، كالتفسير لقوله "مسلم"، وكذلك المفارق للجماعة كالتفسير لقوله "التارك لدينه"، والمراد بالجماعة: جماعة المسلمين، وإنما فراقهم بالرِّدَّة عن

(1) وقيل أيضاً أنها نزلت في امرأةٍ من الأنصار لم يكن لها ولد، فجعلت على نفسها إن عاش لها ولد أن تُهوده، فلما أُجليت بنو النضير كان فيهم من أبناء الأنصار، فقالوا: لا ندع أبناءنا، فأنزل الله - عزَّ وجلَّ - قوله: «لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ».

راجع: الجامع لأحكام القرآن، تفسير القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، مكتبة الصفا، مصر، ط1، 2005م، ج3، ص213 وما بعدها. سنن أبي داود، حديث رقم 2682، ج3، ص58.

الدين"⁽¹⁾، وما ذكره كذلك الإمام الحافظ أبو العباس القرطبي، بقوله: "وقوله: المفارق للجماعة، ظاهره أنه أتى به نعتاً جارياً على التارك لدينه؛ لأنه إذا ارتد عن دين الإسلام، فقد خرج عن جماعتهم . . ." ⁽²⁾، وما ذكره أيضاً الإمام الحافظ بن حجر العسقلاني، بقوله: "والميراد بالجماعة جماعة المسلمين؛ أي فارقهم أو تركهم بالارتداد، فهي صفةٌ للتارك أو المفارق لا صفةٌ مستقلة، وإلاً لكانت الخصال أربعاً، وهو قوله قبل ذلك "مسلم يشهد أن لا إله إلا الله"، فإنها صفةٌ مفسرةٌ لقوله "مسلم"، وليست قيداً فيه، إذ لا يكون مسلماً إلاً بذلك"⁽³⁾.

ومن تلك الحجج غير المقنعة أيضاً القول بأن حروب الردّة التي خاضها الخليفة أبوبكر الصّدّيق - رضي الله عنه - لم تكن من أجل منع الخروج من الإسلام، وإنما من أجل إجبار مانعي الزكاة على دفعها؛ ذلك أن اختزال تلك الحروب في هذا الأمر فقط فيه تحجيمٌ لأمرٍ عظيم، لا يقف عند مجرد تحصيل أموال الزكاة من الممتنعين عن دفعها، وإنما يتجاوزها إلى معالجة أمرٍ جليلٍ حدث بعد موت النبيّ - صلى الله عليه وسلم - ألا وهو أمر الردّة، التي حصلت من قبل بعض المسلمين، الذين فعلوا ذلك فُرادي وجماعات، ويكفي - للتدليل على ذلك - الاستشهاد بما قاله بعضهم آنذاك: "لو كان محمدٌ نبياً ما مات"⁽⁴⁾، وما قاله البعض الآخر: "يا بن عباس، إن محمداً قد مضى لسبيله، وإن العرب قد رجعت إلى ما يعبد

(1) إحكام الأحكام في عمدة الأحكام، تقي الدين ابن دقيق العيد، تحقيق ومراجعة: محمد حامد الفقهي، أحمد محمد شاكر، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، مصر، 1953م، ج2، ص233.

(2) المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم، الحافظ أبو العباس القرطبي، تحقيق: محيي الدين ديب مستو وآخرين، دار ابن كثير، ودار الكلم الطيب، دمشق - بيروت، 1996م، ط1، ج5، ص40.

(3) فتح الباري، ج12، ص283.

(4) راجع: البداية والنهاية، للإمام الحافظ: عماد الدين أبي الفداء، تخرّيج: أحمد بن شعبان بن أحمد، ومحمد بن عيادي بن عبد الرحيم، مكتبة الصفاء، مصر، ط1، 2003م، ج6، ص274 وما بعدها.

الآباء، ونحن أقصى العرب داراً⁽¹⁾، واتباع بعضهم لبعض من ادّعى النبوة، كمسيلمة الكذاب الذي تبعه بنو حنيفة، وسجاح التميمية التي تبعها قومها، وردّة بعض القبائل العربية عن بكرة أبيها في ذلك الوقت، كأهل البحرين وعمان ومهرة اليمن⁽²⁾، ففي كل هذا دليل على أن تلك الحروب لم تكن بسبب الامتناع عن أداء الزكاة، وإنما بسبب الخروج عن الإسلام، أو بسببهما معاً، ولكنها إلى الأخير أدنى

(1) هذا القول للأشعث بن قيس، سيّد من سادات حضر موت، قاله مجادلأ ابن عمه امرء القيس بن عباس، عندما ناشده الله أن ينكص عن رأيه ويبيع أبي بكر الصديق - رضي الله عنه - على الخلافة، اقتداءً بما فعل المهاجرون والأنصار بالمدينة وأجمعوا عليه؛ حتى يُجَنَّب أهل حضر موت مواجهة جيش المسلمين، الذي أعدّه أبو بكر لمحاربة المرتدين، والذين كان من بينهم أكثر أهل هذه المدينة. راجع: كتاب الردّة، لأبي عبد الله محمد بن عمر بن واقد الواقدي، تحقيق: د. محمود عبد الله أبو الخير، دار الفرقان للطباعة والنشر والتوزيع، عُمان، الأردن، بدون تاريخ نشر، ص 253 وما بعدها.

كما يمكن الاستشهاد أيضاً بما ورد بالحوار المطوّل الذي دار بين الصحابيّين الجليلين: الفاروق عمر بن الخطاب وأبي بكر الصديق - رضي الله عنهما - في هذا الشأن؛ عندما حاول الفاروق إقناع أبي بكر أن يؤجّل إنفاذ جيش أسامة بن زيد؛ لغزو الروم كما أوصى بذلك رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وإبقاءه بالمدينة؛ لمحاربة المرتدين؛ حيث قال: "يا خليفة رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إن العرب قد ارتدت على أعقابها كفّاراً كما علمت، وأنت تريد أن تنفذ جيش أسامة بن زيد، وفي جيش أسامة جماهير العرب وأبطالهم؛ فلو حبسته عندك لقويت به على من ارتد من هؤلاء العرب...". راجع: كتاب الردّة، المرجع السابق، ص 84. وفي كتاب الخليفة أبي بكر الصديق - رضي الله عنه - الذي أعطاه خالد بن الوليد؛ ليتلوه على المرتدين قبل قتالهم، ما يدل على ذلك المعنى ويعضده أيضاً؛ حيث قال: "بسم الله الرحمن الرحيم، من عبد الله أبي بكر خليفة رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إلى جميع من قرئ عليه كتابي هذا، من خاص أو عام، أقام على إسلامه أو رجع عنه...، وقد بلغني رجوع من رجع منكم عن دينه بعد الإقرار بالإسلام والعمل بشرائعه؛ اغتراراً بالله - عزّ وجل - وجهالاً بأمره، وطاعة للشيطان...، وبعد: فقد وجّهت إليكم خالد بن الوليد في جيش من المهاجرين والأنصار، وأمرته ألاّ يقاتل أحداً حتى يدعوه إلى الله عزّ وجل، ويُعذر إليه ويُنذر، فمن دخل في الطاعة وسارع إلى الجماعة ورجع من المعصية إلى ما كان يعرف من دين الإسلام، ثم تاب إلى الله تعالى، وعمل صالحاً، قبل الله منه ذلك وأعانه عليه، ومن أبي أن يرجع إلى الإسلام بعد أن يدعوه خالد بن الوليد ويُعذر إليه، فقد أمرته أن يقاتله أشد القتال...". المرجع نفسه، ص 111.

(2) البداية والنهاية، ص 274 وما بعدها.

وأقرب. وعلى فرض أنها كانت حروباً من أجل أداء الزكاة، فإنها تظل على هذا الوصف ولا تتغير؛ أي تظل حروب ردّة؛ لأن الزكاة ركنٌ من أركان الإسلام الخمسة، وإنكارها إنكارٌ لما لا يتحقّق الإسلام إلاّ به، ولهذا فإن من امتنع عن أدائها - استهزاءً أو جحوداً أو إنكاراً - مرتدٌّ، وهو ما ينبغي معه القول بأن تلك الحروب هي حروب ردّة، ويضحى رأي المخالفين على هذا الأساس على غير سندٍ معتبر.

وأخيراً أقول: إنه رغم نبل الدافع في المخالفة، وهو الدفاع عن الشريعة الإسلامية بمحاولة إثبات أنها تحترم حرية العقيدة ولا تكره الناس حتى يكونوا مؤمنين، إلا أن في القول بحدّيّة الردّة وتطبيق الجزاء المقرر لها في حديث الرسول - صلى الله عليه وسلم - (من بدّل دينه فاقتلوه) غايةً أسمى وأعظم من أن يدركها من يهاجم الشريعة ويقول إنها لا تحترم حرية العقيدة؛ فالرحمة بالمسلم هي من أجلّ معاني هذا الحديث الشريف، وحتى تُدرك هذه الحقيقة ينبغي أن ينطلق من يبحث عنها من حقيقة أخرى ثابتة وراسخة، وهي أن الدين عند الله الإسلام، وأن الله غنيٌّ عن إيمان المؤمن وغير مُضارٍّ بكفر الكافر ﴿مَنْ اهْتَدَى فَإِنَّمَا يَهْتَدِي لِنَفْسِهِ وَمَنْ ضَلَّ فَإِنَّمَا يَضِلُّ عَلَيْهَا﴾ [سورة الإسراء آية 15]، ولكن الله لا يحب ولا يرضى لعباده الكفر؛ لأنه ضلالٌ ومهانةٌ للنفس، ولأنه السبب فيما ينتظر الكافر من عذابٍ عظيمٍ في الآخرة، لهذا فإن في الإقرار بحدّيّة الردّة زجراً وردعاً للمسلم؛ حتى لا يفارق الهدى إلى الضلال والنور إلى الظلمات ﴿هُوَ الَّذِي يُنَزِّلُ عَلَى عَبْدِهِ آيَاتٍ بَيِّنَاتٍ لِيُخْرِجَكُم مِّنَ الظُّلُمَاتِ إِلَى النُّورِ وَإِنَّ اللَّهَ بِكُمْ لَرَءُوفٌ رَّحِيمٌ﴾ [الحديد، الآية 9].

من أجل ذلك، فإن ما يميل إليه الباحث هو القول بما عليه الجمهور من حدّيّة الردّة، وبهذا الرأي أخذ المشرع الليبي أيضاً في نص المادة (291) من القانون رقم (20) لسنة 2016م بشأن تعديل بعض أحكام قانون العقوبات الليبي؛ حيث قال: "يعاقب بالإعدام حداً كل مسلمٍ مكلف ارتدّ عن الإسلام بقولٍ أو بفعلٍ...".

المطلب الثاني

مدى تطبيق حد الرِّدَّة على المرأة

اختلف الفقهاء في هذا الأمر، فذهب الجمهور إلى القول بتطبيق حد الرِّدَّة على المرأة أيضاً؛ إذ لا فرق بينها وبين الرجل في هذا الأمر، وذلك لعموم حديث الرسول - صلى الله عليه وسلم - "من بدّل دينه فاقتلوه"، ولما رُوي عن جابر - رضي الله عنه - أن امرأةً يقال لها (أم رومان) ارتدّت عن الإسلام، فبلغ أمرها إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - فأمر أن تُستتاب وإلا قُتلت⁽¹⁾.

وخالف الحنفية هذا الإجماع، وذهبوا إلى القول بأن المرأة إذا ارتدّت لا يُباح دمها ولا تُقتل، ولكنها تُجبر على الإسلام، وإجبارها على الإسلام يكون بجسها وإخراجها في كل يومٍ لتستتاب ويعرض عليها الإسلام، فإن أسلمت وإلا حُبست ثانياً، وهكذا كل يومٍ إلى أن تسلم أو تموت، وقد استندوا في ذلك لما رُوي عن الرسول - صلى الله عليه وسلم - أنه نهى عن قتل النساء؛ حيث قال "لا تقتلوا امرأةً ولا وليداً"⁽²⁾.

وقد ردّ الجمهور على رأي الأحناف بأن هذا النهي لا يتعارض مع قتل المرتدّة؛ لأن النهي الوارد في الحديث عامٌّ في الرِّدَّة وفي غيرها، وحديث "أم رومان" خاصٌّ بالرِّدَّة، فيُخصّص كما خُصّ بالثيب الزانية وبالقاتلة؛ فهما أيضاً يُقتلان رغم نهي النبي - صلى الله عليه وسلم - العام عن قتل النساء⁽³⁾، وزاد بعضهم أن النهي الوارد في ذلك الحديث خاصٌّ بالحريّات دونما عداهنّ ممّن ينطبق عليهنّ القتل كالمرتدات⁽⁴⁾.

(1) كشّاف الفنّاع عن متن الإقناع، مج6، ص174. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج5، ص428. المهذب في فقه الإمام الشافعي، مج3، ص256. مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج5، ص471.

(2) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مج9، ص532 وما بعدها.

(3) شرح الزركشي على مختصر الخرقي، مج3، ص85.

(4) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج5، ص428.

وعن موقف المشرع الليبي من هذا الخلاف يمكن القول بأنه قد أخذ برأي الجمهور، فلا فرق في تطبيق حد الرِّدَّة في التشريع الليبي بين الرجل والمرأة، يدل على ذلك عموم عبارة "كل مسلم" الواردة بالفقرة الأولى من المادة (291) عقوبات المعدلة بالقانون رقم (20) لسنة 2016م بشأن تعديل بعض أحكام قانون العقوبات الليبي، حيث تشمل العبارة الرجل والمرأة على حدٍ سواء.

المطلب الثالث

مدى اشتراط الاستتابة لتطبيق حد الرِّدَّة

في هذا المطلب سيناقدش الباحث ثلاث مسائل، تتعلق أولاً بموقف الفقه والتشريع من الاستتابة كشرطٍ لإقامة حد الرِّدَّة (الفرع الأول)، وتعلق ثانياً بمدى الاستتابة (الفرع الثاني)، وتعلق الأخيرة بما تتحقق به التوبة (الفرع الثالث).

الفرع الأول

موقف الفقه والتشريع من شرط الاستتابة

اختلف الفقهاء حول هذا الشرط بين قائلٍ بوجوبه لتطبيق حد الرِّدَّة، وقائلٍ باستحبابه، وقائلٍ بعدم اشتراطه، ولكل فريقٍ حججه وأسانيده.

أولاً: الرأي القائل بوجوب الاستتابة لتطبيق حد الرِّدَّة

ذهب أكثر أهل العلم، ومنهم: عمرُ (بن الخطَّاب)، وعليُّ (بن أبي طالب)، وعطاءٌ⁽¹⁾،

(1) هو الإمام شيخ الإسلام، مفتي الحرم، أسلم أبو محمد الفُرَشِيّ، المَكِّيّ، من مولدي الجند، ونشأ بمكة، وُلد أثناء خلافة عثمان بن عفان، سنة 27هـ، وتُوِّفِي سنة 114هـ. سير أعلام النبلاء، شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط11، 1996م، ج5، ص 78 وما بعدها. شذرات الذهب في أخبار من ذهب، ابن العماد، تحقيق وتخرّيج الأحاديث: عبد القادر الأرنؤوط، ومحمود الأرنؤوط، دار ابن كثير، دمشق - بيروت، ط1، 1986م، مج1، ص69.

والنَّحَعِيُّ، ومالكٌ، والثوريُّ⁽¹⁾، والأوزاعيُّ⁽²⁾، وإسحاق⁽³⁾، وكذلك الشافعية في أظهر أقوالهم والحنابلة⁽⁴⁾ إلى القول بوجوب استتابة المرتد والمرتدة قبل قتلها، وحثهم أن المرتد كان محترماً بالإسلام، وربما عرضت له شبهة فيسعى في إزالتها؛ لأن الغالب أن الردّة تكون عن شبهة عرضت، فإن لم يتب قُتِل⁽⁵⁾.

كما احتجوا أيضاً بما رواه الدار قطني عن جابر أن امرأة يقال لها (أم رومان) ارتدت، فأمر النبي - صلى الله عليه وسلم - أن يُعرض عليها الإسلام، فإن تابت وإلا قُتِلت⁽⁶⁾، ولما ورد عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - أنه لما فتح تُسْتَر، سألهم: هل من مُغرّبة خبر؟ قالوا: نعم، رجل ارتدّ عن الإسلام ولحق

(1) هو ابن سعيد بن مسروق بن حبيب بن رافع بن عبد الله، ينتهي نسبه إلى إلياس بن مُضَر بن معد بن عدنان، وهو مؤلّف كتاب "الجامع"، وُلِدَ سنة سبع وتسعين اتفاقاً، وتُوُفِّي سنة ست وعشرين ومائة للهجرة. سير أعلام النبلاء، ج7، ص 229 وما بعدها.

(2) هو عبد الرحمن بن عمرو بن أبي عمرو، واسمه يُحمّد الشاميُّ، أبو عمرو الأوزاعيُّ، إمام أهل الشام في زمانه في الحديث والفقه، وكان يسكن دمشق خارج باب الفراديس بمحلّة الأوزاع، ثم تحوّل إلى بيروت، فسكنها مرابطاً إلى أن مات بها. وُلِدَ سنة ثمانٍ وثمانين للهجرة، ومات سنة سبع وخمسين ومائة في آخر خلافة أبي جعفر. تهذيب الكمال في أسماء الرجال، جمال الدين أبو الحجاج يوسف المزي، تحقيق ضبط نصّ وتعليق: د. بشّار عوّاد معروف، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 1992م، مج 17، ص 306 وما بعدها.

(3) هو إسحاق بن إبراهيم بن مخلد بن إبراهيم بن مطر الإمام، أبو يعقوب الحنظليُّ النيسابوريُّ الدار، المروزيُّ الأصل، المعروف بابن راهويه، أحد الأعلام، وعنه قال الإمام أحمد بن حنبل: ما أعلم لإسحاق نظيراً بالعراق، وُلِدَ سنة إحدى وستين ومائة للهجرة، وتُوُفِّي سنة أربعٍ وثمانين ومائة للهجرة. تهذيب تهذيب الكمال في أسماء الرجال، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قيمان، الشهير بالدّهبي، تحقيق: عُنيَم عَبّاس عُنيَم، ومجدي السّيّد أمين، الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، ط1، 2004م، مج1، ص 312 وما بعدها.

(4) راجع: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مج9، ص530.

(5) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، زكريا الأنصاري الشافعي، تحقيق: محمد الزهري الغمراوي، المطبعة الميمنية، مصر، بدون تاريخ نشر، مج4، ص122.

(6) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج5، ص428. شرح الزركشي، على مختصر الحرقي، مج3، ص89.

بالمشركين فأخذناه وقتلناه، قال: فهلاً أدخلتموه بيتاً وأغلقتم عليه باباً وأطعمتموه كل يوم رغيفاً واستتبتموه ثلاثاً، فإن تاب وإلا قتلتموه، اللهم إني لم أشهد ولم أمر ولم أرض إذ بلغني. ولو لم تجب الاستتابة لما تبرأ عمر من فعلهم⁽¹⁾.

ثانياً: الرأي القائل باستحباب الاستتابة قبل تطبيق حد الردّة

هذا الرأي هو رأي الأحناف، وأحد قولي الشافعي، ورواية أخرى عن أحمد بن حنبل - رحمهم الله جميعاً - ، حيث يقولون باستحباب الاستتابة لا بوجودها قبل تطبيق حد الردّة؛ وذلك لاحتمال أن يسلم المرتد، لكن لا يجب؛ لأن الدعوة قد بلغت فإن أسلم فيها ونعمت، وإن أبي نظر الإمام في أمره، فإن طمع في توبته، أو سأل هو التأجيل أجله ثلاثة أيام، وإن لم يطمع في توبته ولم يسأل هو التأجيل قُتل من ساعته⁽²⁾.

كما استندوا إلى أن الرسول - صلى الله عليه وسلم - عندما أمر بقتل من بدّل دينه، لم يذكر استتابة، ولو كانت واجبةً لأمر بها، فإذا لم يفعل يُحمل ذلك على الاستحباب⁽³⁾.

كما استدلو أيضاً بما رُوي أن معاذاً قدم على أبي موسى، فوجد عنده رجلاً مؤثّقاً، فقال: ما هذا؟ قال: رجلٌ كان يهودياً فأسلم، ثم راجع دينه دين السوء فتهوّد، قال: لا أجلس حتى يُقتل، قضاء الله ورسوله (ثلاث مرات)، فأمر به فقتل، فلما بلغ ذلك عمر أنكر عليهم، وقال: "هلاً طينتم عليه بيتاً ثلاثاً وأطعمتموه كل يوم رغيفاً، واستتبتموه لعله يتوب ويرجع إلى الله سبحانه وتعالى، اللهم إني لم أحضر ولم أمر ولم أرض إذ بلغني. فإنكار عمر - رضي الله عنه -

(1) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مج9، ص.530 المهدب في فقه الإمام الشافعي، مج3، ص.257.

(2) بدائع الصنائع، مج9، ص.531.

(3) بدائع الصنائع، مج9، ص.530.

يُحمل على الاستحباب؛ لأنهم كانوا ينكرون في المستحب⁽¹⁾؛ ولأنه يُقتل لكفره، فلم تجب استتابته كالأصلي؛ ولأنه لو قُتل قبل الاستتابة لم يضمن، ولو حرم قتله قبله ضمن⁽²⁾.

ثالثاً: الرأي القائل بالقتل دون استتابة

هذا الرأي للحسن البصري⁽³⁾ وعبد العزيز بن أبي سلمة⁽⁴⁾ فيما ذكره عنه سُحنون⁽⁵⁾، حيث قالوا بقتل المرتد دون استتابة، واحتجاً بحديث معاذٍ مع أبي موسى⁽⁶⁾، وبما رُوِيَ أيضاً أن النبيّ - صلى الله عليه وسلم - أمر يوم فتح مكة

(1) بدائع الصنائع، مج9، ص530. شرح الزركشي على مختصر الخزقي، مج3، ص89.

(2) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مج9، ص530.

(3) هو الحسن بن أبي الحسن يسار، أبو سعيد، مولى زيد بن ثابت الأنصاري، يُقال أن أمه من ميسان، سُبيت وهي حاملٌ به وولده بالمدينة، كان سيد أهل زمانه علماً وعملاً، وهو شيخ أهل البصرة، أدرك يوم مقتل عثمان بن عفان - رضي الله عنه - وهو ابن عشرة سنة، تُؤي في رجب سنة عشر ومئة هـ. سير أعلام النبلاء، ج4، ص563.

(4) هو العلامة الفقيه، مفتي المدينة، عبد الملك بن الإمام عبد العزيز بن عبد الله بن أبي سلمة بن الماجشون التيمي، مولاهم المدني المالكي، تلميذ الإمام مالك، كان مفتي المدينة في زمانه، وكان ضريباً، وقيل عمي في آخر عمره، تُؤي سنة ثلاث عشرة ومئتين للهجرة. سير أعلام النبلاء، ج10، ص359.

(5) هو الإمام العلامة، فقيه المغرب، أبو سعد عبد السلام بن حبيب بن حسان بن هلال بن بكار بن ربيعة بن عبد الله التَّنُوخي، الحمصي الأصل، المغربي القيرواني المالكي، قاضي القيروان، يُلقَّب بسُحنون ارتحل ورحح، صنَّف المدونة في الفقه المالكي، وعليها يعتمد أهل القيروان، ساد أهل المغرب في تحرير المذهب المالكي، وعنه انتشر علم الإمام مالك هناك، وُلد في رمضان سنة ستين ومئة هـ، وتُؤي في شهر رجب، سنة أربعين ومئتين هـ، وقبره بالقيروان. سير أعلام النبلاء، ج12، ص63. طبقات الفقهاء، أبو إسحاق الشيرازي الشافعي، تحقيق: د. إحسان عبّاس، دار الرائد العربي، بيروت، لبنان، بدون تاريخ نشر، ص156. شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، محمد بن محمد بن عُمر بن قاسم مخلوف، تخرّيج الحواشي والتعليق: عبد المجيد خيالي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2003م، ج1، ص103.

(6) الاستذكار، لابن عبد البر، ص145. البيان في مذهب الإمام الشافعي، أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليميني، اعتنى به: قاسم محمد النوري، دار المنهاج للطباعة والنشر والتوزيع، بدون مكان نشر، ولا تاريخ نشر، مج12، ص46.

بقتل قوم ارتدّوا، منهم: عبد الله بن خطل، وعبد الله بن سعد بن أبي السرح، دون أن يأمر باستتابتهم قبل قتلهم⁽¹⁾. وقال الليث بن سعد⁽²⁾ وعطاء وطائفة أخرى لا يُستتاب من وُلد في الإسلام ثم ارتدّ إذا شُهد عليه، وإنما يُقتل، تاب من ذلك أو لم

(1) بدائع الصنائع، مج9، ص530. شرح الزركشي على مختصر الخِرقي، مج3، ص89. مما تذكره كتب السيرة حول هذه الواقعة أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قد عهد إلى أمرائه من المسلمين - يوم فتح مكة - أن لا يقاتلوا إلاّ من قاتلهم، إلاّ أنه قد عهد في نفرٍ سماهم بقتلهم، وإن وُجدوا تحت أستار الكعبة؛ بسبب ردّتهم، ولم يأمر باستتابتهم، منهم عبد الله بن خطل وعبد الله بن سعد بن أبي السرح. فأما الأول فيقال إن اسمه عبد العزّي بن خطل، ولما أسلم غيّر اسمه إلى عبد الله، بعثه رسول الله - صلى الله عليه وسلم - مصدقاً، وبعث معه رجلاً من الأنصار، وكان معه مولى له، فطلب منه أن يصنع له طعاماً، فلمّا نام واستيقظ لم يجد الطعام؛ فغضب غضباً وقتله وارتد، فقتل يوم فتح مكة بعد أن وُجد متعلقاً بأستار الكعبة؛ وذلك امتثالاً لأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم، وأما الآخر فهو عبد الله بن سعد بن أبي السرح العامري، أخو عثمان بن عفّان - رضي الله عنه - من الرضاة، كان يكتب الوحي لرسول الله - صلى الله عليه وسلم - ثم ادّعى أنه لا يكتب ما يمليه عليه الرسول من الوحي، وإنما ما شاء هو؛ فارتد مشركاً وصار إلى قريش، فلمّا كان الفتح فرّ إلى أخيه عثمان، فعتيبه حتى أتى به رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وسأله أن يبايعه، فصمت رسول الله طويلاً، ثم قال نعم، فلمّا انصرف عثمان قال الرسول لمن حوله: ما صممتُ إلاّ ليقوم إليّ بعضكم فيضرب عنقه، فقال رجلٌ من الأنصار: فهلاًّ أومأت إليّ يا رسول الله؟ فقال: إن النبي لا ينبغي أن تكون له خائنة أعين، وبعد أن قُبِلت توبته كان بعد ذلك ممن حسن إسلامه، ولم يظهر منه شيءٌ يُنكر عليه. راجع: عيون الأثر في فنون المغازي والشمائل والسير، الحافظ أبو الفتح محمد بن محمد بن محمد سيّد الناس اليعمري، تحقيق: د. محمد العيد الخطراوي، ومحبي الدين مستو، مكتبة دار التراث، المدينة المنورة، ودار ابن كثير، دمشق - بيروت، بدون تاريخ نشر، ج2، ص 236 وما بعدها. البداية والنهاية، ج3، ص4، ص246 وما بعدها.

(2) هو الليث بن سعد بن عبد الرحمن، أبو الحارث الفهميّ، شيخ الإسلام وعالم الديار المصرية، وُلد بقرْقَشَنَدَة (قريةٌ من أسفل أعمال مصر) سنة أربع وتسعين هـ، وأهل بيته يقولون: نحن من الفرس، من أهل أصبهان، كان - رحمه الله - فقيه مصر ومحدّثها، ومن يفتخر بوجوده الإقليم آنذاك، وكان تعيين متولّي مصر وقاضيتها وناظرها، من تحت أمره، ويرجعون إلى رأيه ومشورته. تُؤيّد في نصف شعبان، سنة خمسٍ وسبعين ومائة للهجرة. سير أعلام النبلاء، ج8، ص136. تهذيب التهذيب، شهاب الدين أبو الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، دار المعارف النظامية، الهند، ط1، 1908م، ج8، ص464.

يتب، إذا قامت في حقه البينة العادلة، وذلك على عكس من كان كافراً فأسلم، ثم ارتد، فإنه يُستتاب⁽¹⁾.

رابعاً: موقف المشرع الليبي من الخلاف

بمراجعة نص المادة (291) عقوبات ليبي المعدلة بالقانون رقم (20) لسنة 2016م بشأن تعديل بعض أحكام قانون العقوبات الليبي، يُلاحظ أن المشرع، وإن نص صراحةً على سقوط عقوبة جريمة الردّة بتوبة الجاني في أية مرحلة قبل تنفيذ الحكم، إلا أنه لم ينص على الاستتابة كشرط لتطبيق الحد في الردّة وهو القتل، والفرق بين الأمرين واضح، إذ التوبة مبادرة من الجاني دون إلزام للقاضي بعرضها عليه، والاستتابة عرضٌ وحثٌ من القاضي له عليها قبل تنفيذ الحد فيه. ولهذا كان الأولى بالمشرع أن ينص على هذا الشرط صراحةً في ذلك القانون؛ لأهميته ولا تفاق الجمهور على الأخذ به. ومع هذا يُلاحظ أن هذا الشرط واجب الأعمال ضمناً؛ تطبيقاً لنص المادة (12) عقوبات، المعدلة بذات القانون التي تلزم القاضي بتطبيق الرأي الأيسر للمتهم وفقاً للمذاهب الفقهية المعتمدة.

الفرع الثاني

مدة الاستتابة

اختلف الفقهاء في مدة الاستتابة، فذهب الشافعية إلى القول باستتابة المرتد في الحال ولا يُمهّل، فإن تاب وإلا قُتل؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم - "من بدّل دينه فاقتلوه"، حيث أمر النبي - صلى الله عليه وسلم - بقتل المرتد ولم يذكر استتابة؛ ولأن الردّة حد، فلا يُؤجل تطبيق هذا الحد شأنه شأن سائر الحدود⁽²⁾.

(1) الاستذكار، لابن عبد البر، مج22، ص145. البيان في مذهب الإمام الشافعي، مج12، ص46.

(2) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ج4، ص122.

وذهب مالكٌ وأبو حنيفة وأحمد - رحمهم الله - إلى أن المرتد يُستتاب ثلاثة أيام⁽¹⁾، وحجتهم ما رُوي عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - من إنكاره على معاذ بن جبل عندما قتل اليهودي الذي ارتدّ ورجع إلى دينه، وقوله: "هلاًّ طينتم عليه ثلاثاً، وأطعمتموه كل يوم رغيفاً، واستتبتموه لعله يتوب ويرجع إلى الله - سبحانه وتعالى؟..."، ولأن الردة إنما تكون عن شبهة، وقد لا تزول هذه الشبهة في الحال، فوجب أن يُنتظر مدةً يمكن فيها الارتياح والنظر، ففُقد ذلك بثلاثة أيام؛ لأنها مدةٌ قريبة⁽²⁾؛ ولأن الله تعالى أخّر قوم صالح هذا القدر، فكونها ثلاثة أيام واجب. وتبدأ هذه المدة من يوم ثبوت الكفر لا من يوم الكفر⁽³⁾.

وقد اختلف الفقهاء حول مسألة التضييق على المرتد خلال الثلاثة أيام المقررة للاستتابة، فذهب الأحناف والحنابلة إلى القول بالتضييق عليه؛ لقول عمر السابق، وذلك بحسبه وإطعامه كل يومٍ رغيفاً⁽⁴⁾، وذهب المالكية إلى القول بعدم التضييق عليه، فيُستتاب دون جوعٍ ولا عطشٍ ولا معاقبة⁽⁵⁾. وقال التَّحَعُّيُّ والثَّوْرِيُّ أنه يستتاب أبداً، ويجبس إلى أن يتوب أو يموت⁽⁶⁾.

(1) حاشية العدوي على الخرخشي على مختصر خليل، علي العدوي، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق مصر، ط2، 1317هـ (1900م)، ج8، ص65. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مج9، ص531. كشاف القناع عن متن الإقناع، مج6، ص179. المهذب في فقه الإمام الشافعي، لأبي إسحاق الشيرازي، تحقيق وتعليق وشرح وبيان الراجح في المذهب: د. محمد الزحيلي، دار القلم، دمشق، سورية، والدار الشامية، بيروت، لبنان، ط1، 1996م، ج5، ص209.

(2) المهذب في فقه الإمام الشافعي، لأبي إسحاق الشيرازي، تحقيق وتعليق وشرح وبيان الراجح في المذهب: د. محمد الزحيلي، ج5، ص209.

(3) حاشية العدوي على الخرخشي على مختصر خليل، علي العدوي، ج8، ص65.

(4) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مج9، ص531. شرح الزركشي على مختصر الخِرَقِي، مج3، ص89.

(5) حاشية العدوي على الخرخشي على مختصر خليل، علي العدوي، ج8، ص65.

(6) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مج9، ص531. البيان في مذهب الإمام الشافعي، مج12، ص48.

وحيث إن المشرع الليبي لم ينص على الاستتابة كشرط لتطبيق حد الردّة أصلاً، فمن غير الملائم البحث عن مدى نصه على مدتها تبعاً لذلك، ولهذا فإن الرأي القائل بإمهال المرتد مدة ثلاثة أيام هو الأول بالتطبيق؛ باعتباره الأيسر للمرتد، ولا يمكن الارتكان إلى رأي النحعي والثوري - رحمهما الله - في هذا الشأن والقول بتطبيقه على أنه الأيسر للمتهم؛ لأن في تطبيقه ما يعطل صراحةً تطبيق نص المادة (291) عقوبات، الذي يوجب المشرع من خلاله معاقبة المرتد بالإعدام حداً، فهو يقتضي تأييد الاستتابة، ثم عدم تطبيق ذلك الحد تبعاً لذلك⁽¹⁾.

أما عن مسألة التضييق على المرتد بحسبه وتجويعه خلال مدة الثلاثة أيام، فإن الباحث يرى أن في هذا التضييق تتحقق مصلحة المرتد لا العكس؛ وذلك لأن في التضييق عليه إذا رجع إلى دين الإسلام - نجاهاً له من جزاءين: الخلود في النار في الآخرة «وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ» [سورة البقرة، الآية 217]، والقتل حداً في الدنيا، وعلى هذا فالرأي القائل بالتضييق عليه يكون هو الأيسر له؛ لأنه هو الذي تتحقق به مصلحته⁽²⁾.

(1) وقد انتقد الشافعية هذا الرأي أيضاً؛ لأن تطبيقه يفضي إلى الأ يقتل المرتد أبداً، وهذا مخالف للسنّة والإجماع. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مج9، ص531.

(2) حدّدت المحكمة العليا الليبية المقصود بأيسر المذاهب بأنه الذي في تطبيقه على الواقعة مراعاةً لمصلحة المتهم، حيث قالت: "لما كان نص المادة العاشرة من قانون إقامة حدّ الزنا تقضي في فقرتها الأولى بأنه يطبق المشهور من أيسر المذاهب فيما لم يرد بشأنه نصّ في هذا القانون بالنسبة إلى جريمة الزنا المعاقب عليها حداً، فإن المراد من أيسر المذاهب بالنسبة إلى المتهم هو ذلك الذي فيه مصلحته، ...". طعن جنائي رقم 21/154 ق، جلسة 25/6/1974م، مجلة المحكمة العليا، ع2، س11، 1975م، ص195.

الفرع الثالث

ما تتحقق به التوبة

لا تتحقق التوبة عند الحنفية إلاّ إذا نطق المرتد بالشهادتين وتبرأ من الدين الذي انتقل إليه⁽¹⁾، وعند الجمهور يكفيه أن يأتي بالشهادتين؛ لقوله - صلى الله عليه وسلم - : "أمرت أن أقاتل الناس؛ حتى يقولوا لا إله إلاّ الله، فإذا قالوها، عصموا مني دماءهم وأموالهم إلاّ بحقها"، فإسلامه كإسلام الكافر لا فرق، إلاّ إذا كان متأولاً في كفره، بأن يقول مثلاً: إن محمداً رسول الله، ولكنه رسول إلى الأميين دون أهل الكتاب، أو يقول: هو نبي، إلاّ أنه لم يُبعث بعد، فلا يحكم بإسلامه حتى يأتي بالشهادتين، ويبرأ معهما من كل دين مخالفٍ لدين الإسلام؛ لأنه إذا اقتصر على الشهادتين، احتمل أن يريد ما اعتقده⁽²⁾، وإذا ارتدّ بحدود فرضٍ مُجمعٍ عليه، كالصلاة والزكاة، أو باستباحة محرّمٍ مجمعٍ على تحريمه، كشراب خمرٍ أو أكل لحم خنزيرٍ أو ارتكاب زنا، لم يُحکم بإسلامه حتى يأتي بالشهادتين، ويقرّ أيضاً بوجوب ما جحد وجوبه، وبتحريم ما استباحه من محرّم؛ لأنه كذب الله ورسوله بما أخبرا به، فلا تُقبل توبته حتى يقرّ بتصديق الله ورسوله⁽³⁾.

ورأي الجمهور هو الأولى بالتطبيق في التشريع الليبي، باعتباره الأيسر للمرتد الثائب، تطبيقاً لنص المادة (291) عقوبات المشار إليها سابقاً. وبهذا ينتهي الباحث من دراسة أهم أحكام الرّدة، تجزئاً وعقاباً، وينتقل الآن لبيان خلاصة هذا البحث.

(1) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مج9، ص531.

(2) البيان في مذهب الإمام الشافعي، مج12، ص50. مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج5، ص470.

(3) البيان في مذهب الإمام الشافعي، مج12، ص50 وما بعدها.

الخاتمة

بعد الفراغ من بحث هذا الموضوع ذي الجانب الشرعي، يمكن إيراد أهم النتائج والتوصيات على النحو الآتي:

أولاً: النتائج

- 1- جريمة الردّة من الجرائم الحديثة - حسب رأي الجمهور - وليست من الجرائم التعزيرية، وقد قرّر المشرع الليبي الأخذ بهذا الرأي صراحةً، عندما نص في المادة الثانية من القانون رقم (20) لسنة 2016م، بقوله: "يُعاقب بالإعدام حداً كل مسلمٍ مكلفٍ ارتد عن الإسلام . . .".
- 2- ليس في القول بحديث الردّة ما يتعارض مع حرية العقيدة؛ لأن الإكراه المنهي عنه في الإسلام هو الإكراه من أجل الدخول في الإسلام وليس الخروج منه.
- 3- يطبق حد الردّة على المرأة كما يطبق على الرجل دون تفرقة، طبقاً لرأي الجمهور، وبهذا أخذ المشرع الليبي.
- 4- رغم سكوت المشرع الليبي عن بيان حكم استتابة المرتد قبل تطبيق الحد عليه ومدتها، إلا أنها واجبة في حقه في التشريع الليبي؛ استناداً إلى الرأي القائل بوجوبها؛ باعتباره الأيسر للمرتد.
- 5- لم يكن المشرع الليبي موفقاً في سكوته عن بيان حكم الشريك غير المسلم في الردّة، من حيث التجريم والجزاء، الأمر الذي ترتب عليه القول بعدم إمكان معاقبته بأية عقوبة، حديثة أو تعزيرية؛ احتراماً لمبدأ المشروعية.

ثانياً: التوصيات

- 1- جريمة الردّة من الجرائم التي تتعلق بالعقيدة، ولهذا السبب ينبغي التحرز من الحديث أو الكتابة حول مسائلها دون بحثٍ وتدقيق؛ إذ القول فيها بغير علمٍ أو اطلاعٍ قد يؤدي إلى إخراج إنسانٍ من دائرة الإسلام إلى دائرة نقيضه، والعياذ بالله.

2- الأقوال والأفعال التي تتحقق بها الردّة كثيرةٌ وغير محدّدة، وإن كان الفقهاء يتحرّزون في عدم إلحاق وصف المرتد بمن صدر عنه بعضها؛ اتقاءً للشبهات؛ واستبعاداً لتطبيق الحد في حق من لم يُقطع برده، إلا أن ذلك قد لا يعفيه من استحقاق ما توعدّه الله به في الآخرة؛ فهو العالم بالسرائر ولا تفيد الشبهة عندئذٍ في ذرء ذلك الجزاء؛ ولهذا فليحذر الذين يخوضون في أمور الدين جحوداً أو مكابرةً أو استهزاءً، وليكفّوا ألسنتهم وأيديهم عن الخوض واللعب في أمورٍ عقديةٍ لا يفقهون من أحكامها شيئاً، وليتذكروا قول المولى عزّ وجلّ: ﴿وَلَسِن سَأَلْتَهُمْ لِيَقُولُنَّ إِنَّمَا كُنَّا نَخُوضُ وَنَلْعَبُ قُلْ أَبِاللَّهِ وَآيَاتِهِ وَرَسُولِهِ كُنْتُمْ تَسْتَهْزِئُونَ لَا تَعْتَذِرُوا قَدْ كَفَرْتُمْ بَعْدَ إِيمَانِكُمْ﴾ [سورة التوبة، الآية 65].

3- نوصي المشرع الليبي بضرورة المعالجة التشريعية الحاسمة لبعض الإشكاليات التي رصدها هذا البحث، واتخاذ موقفٍ واضحٍ بشأنها، ومن أمثلة ذلك مسألة الاستتابة ومدتها، ومدى اعتبار الشريك المسلم مرتداً أو شريكاً، والعقوبة التي ينبغي أن تُطبق عليه في الفرضين، إضافةً إلى العقوبة التي ينبغي أن تطبق على الشريك غير المسلم؛ إذ هذا أدعى إلى تبني سياسةٍ جنائيةٍ فاعلةٍ وعادلةٍ في مواجهة الردّة.

وأخيراً فإن الباحث وإذ يفرغ من هذا العمل، ليدرك أن به اجتهاداتٍ من رأيه الشخصي في مسائل لا بد فيها من الاجتهاد، وترجيحاتٍ في مسائل محل خلافٍ لا بد فيها من الترجيح؛ لأن الهدف من هذا العمل هو محاولة التيسير على أجهزة حماية العدالة، ببيان الأحكام التي ينبغي وضعها موضع التنفيذ في قضايا الردّة التي لا تخفى حساسيتها ودقتها؛ لتعلقها بالعقيدة، فإن أصاب فذلك من فضل الله عليه وتوفيقه، وإن كانت الأخرى فمن نفسه ومن الشيطان، والله يسألُ التجاوز عنها والغفران.

قائمة بأهم المراجع

أولاً: القرآن الكريم برواية قالون عن نافع المدني

ثانياً: كُتُب الحديث والتفسير

• إحكام الأحكام في عمدة الأحكام، تقيُّ الدين ابن دقيق العيد، تحقيق ومراجعة: محمد حامد الفقي، أحمد محمد شاكر، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، مصر، ج2، 1953م.

• جامع الترمذي، دار السلام للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، ط1، 1999م.

• الجامع لأحكام القرآن، تفسير القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، مكتبة الصفا، مصر، ط1، ج3، 2005م.

• سنن أبي داود، دار الجليل، بيروت، لبنان، مج4، 1992م.

• السنن الكبرى، الإمام أبو بكر أحمد بن الحسين بن عليّ البيهقي، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، ج8، 2003م.

• صحيح مسلم بشرح النووي، محي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، تخريج الأحاديث: محمد عبد العظيم، دار التقوى، بدون مكان نشر، بدون تاريخ نشر.

• فتح الباري في شرح صحيح البخاري، لابن حجر العسقلاني، دار مصر للطباعة، مصر، ط1، 2001م.

• المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم، الحافظ أبو العباس القرطبي، تحقيق: محيي الدين ديب مستو وآخرين، دار ابن كثير، ودار الكلم الطيب، دمشق - بيروت، ط1، ج5، 1996م.

ثالثاً: كُتُب الفقه الإسلامي

• الاستذكار، ابن عبد البر، دار قتيبة للطباعة والنشر، دمشق - بيروت، ط1، 1993م.

- أسنى المطالب في شرح روض الطالب، زكريا الأنصاري الشافعي، تحقيق: محمد الزهري الغمراوي، المطبعة الميمنية، مصر، مج4، بدون تاريخ نشر.
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، تحقيق وتعليق: علي محمد معوض، وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط2، مج9، 2002م.
- البيان في مذهب الإمام الشافعي، أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني، اعتنى به: قاسم محمد النوري، دار المنهاج للطباعة والنشر والتوزيع، بدون مكان نشر، مج12، بدون تاريخ نشر.
- الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، ج2، (العقوبة)، 2006م.
- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، دار إحياء الكتب العربية، سورية، ج4، بدون تاريخ نشر.
- حاشية العدوي على الخرشبي على مختصر خليل، علي العدوي، المطبعة الخيرية، مصر، ط1، ج8، 1307هـ (1890م).
- حاشية العدوي على الخرشبي على مختصر خليل، علي العدوي، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق مصر، مصر، ط2، ج8، 1317هـ (1900م).
- شرح الزركشي على مختصر الخرقني، تقديم: عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، مج3، 2002م.
- فقه السنة، الشيخ سيد سابق، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط2، ج2، 1998م.
- كتاب الردّة، أبو عبد الله محمد بن عمر بن واقد الواقدي، تحقيق: د. محمود عبد الله أبو الخير، دار الفرقان للطباعة والنشر والتوزيع، عُمان، الأردن، بدون تاريخ نشر.

- كشاف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، مج6، 1982م.
- مدونة الفقه المالكي وأدلته، الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، ج5، 2015م.
- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، ضبط وتحقيق: د. محمد محمد تامر، والشيخ شريف عبد الله، دار الحديث، القاهرة، مصر، ج5، 2006م.
- المهذب في فقه الإمام الشافعي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، ضبطه وصححه ووضع حواشيه: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط3، مج3، 2011م.
- المهذب في فقه الإمام الشافعي، أبو إسحاق الشيرازي، تحقيق وتعليق وشرح وبيان الراجح في المذهب: د. محمد الزحيلي، دار القلم، دمشق، سورية، والدار الشامية، بيروت، لبنان، ط1، ج5، 1996م.

رابعاً: كُتُبُ وبحوث الفقه المقارن

- د. سعد خليفة العبار، أ. رافع محمود الفاخري، أحكام تشريعات الحدود، دار الساقية للنشر، ط1، 2008م.
- د. طه جابر العلواني، لا إكراه في الدين - إشكالية الردّة والمرتدين من صدر الإسلام إلى اليوم - مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، مصر، ط2، 2006م.
- د. عبد السلام محمد الشريف العالم، النظام العقابي في التشريع الإسلامي، منشورات الجامعة المفتوحة، طرابلس، ليبيا، ط2، بدون مكان نشر، بدون سنة نشر.
- د. محمد سليم العوّا، في أصول النظام الجنائي الإسلامي (دراسة مقارنة)، نهضة مصر للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، ط1، 2006م.

- د. مصطفى العربي، الإشكاليات العملية المترتبة على نصوص الإحالة في تشريعات الحدود، مجلة العلوم الشرعية والقانونية، كلية القانون، جامعة المرقب، ع1، س4، 2016م.
- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، دار الحديث، القاهرة، مصر، ج1، 2009م.
- محمد شلتوت، الإسلام عقيدة وشرعية، دار الشرق، القاهرة، مصر، ط18، 2001م.

خامساً: كُتُب السير والتراجم

- البداية والنهاية، للإمام الحافظ: عماد الدين أبي الفداء، تخرّيج: أحمد بن شعبان بن أحمد، ومحمد بن عيادي بن عبد الرحيم، مكتبة الصفاء، مصر، ط1، ج6، 2003م.
- تهذيب التهذيب، شهاب الدين أبو الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، دار المعارف النظامية، الهند، ط1، ج8، 1908م.
- تهذيب الكمال في أسماء الرجال، جمال الدين أبو الحجاج يوسف المزي، تحقيق وضبط نصّ وتعليق: د. بشّار عوّاد معروف، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، مج17، 1992م.
- تهذيبُ تهذيبِ الكمال في أسماء الرجال، شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قيمان، الشهرير بالذهبي، تحقيق: عُنيمة عبّاس عُنيمة، ومجدي السيّد أمين، الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، ط1، مج1، 2004م.
- سير أعلام النبلاء، شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مأمون الصّاغري، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط11، الأجزاء: 4، 5، 7، 1996م.

- شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، محمد بن محمد بن عمر بن قاسم مخلوف، تخرّيج الحواشي والتعليق: عبد المجيد خيالي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، ج1، 2003م.
- طبقات الفقهاء، أبو إسحاق الشيرازي الشافعي، تحقيق: د. إحسان عباس، دار الرائد العربي، بيروت، لبنان، بدون تاريخ نشر.
- الطبقات الكبرى، محمد بن سعد بن منيع الزهري، تحقيق: د. علي محمد عمر، مكتبة الخانجي، القاهرة، مصر، ط1، ج8، 2001م.
- عيون الأثر في فنون المغازي والشمائل والسير، الحافظ أبو الفتح محمد بن محمد بن محمد بن سيّد الناس اليعمري، تحقيق: د. محمد العيد الخطراوي، ومحيي الدين مستو، مكتبة دار التراث، المدينة المنورة، ودار ابن كثير، دمشق - بيروت، ج2، بدون تاريخ نشر.

التحكيم بين الزوجين في الشريعة الإسلامية

إعداد الدكتور: إبراهيم عبدالسلام الفرد

رئيس قسم الشريعة الإسلامية وعضو هيئة التدريس

بكلية القانون الخمس جامعة المرقب

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة :

الحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم على نبينا محمد بن عبد الله، وعلى آله وصحبه ومن تبعه بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد : فقد عرف العرب التحكيم منذ القدم، وكان التحكيم سبباً في القضاء على العديد من النزاعات بينهم، ووضع حلولاً لكثير من الصراعات بين القبائل والأفراد، ومن الذي واشتهروا بأنهم محكمون، أكثم بن صيفي بن رباح⁽¹⁾،

(1) أدرك النبي - صلى الله عليه وسلم - ولم يشاهده وأرسل إليه برجلين يخبران عنه فلما سمع دعوة النبي - صلى الله عليه وسلم - طلب من قومه اللحق بالنبي - صلى الله عليه وسلم - والإيمان به، وقال إنه يدعو لمكارم الاخلاق، ويعد في الحجازيين. له ترجمة في معرفة الصحابة، لأبي نعيم أحمد بن عبد الله الأصبهاني: 342/1، ترجمة رقم 1065.

وعامر بن الظرب العدواني⁽¹⁾، وحاجب بن زرارة التميمي⁽²⁾، وهاشم بن عبد مناف⁽³⁾، وأبو طالب بن عبدالمطلب عم الرسول صلى الله عليه وسلم .

ومن بين القضايا التي أدت إلى الإلتجاء إلى التحكيم قديماً:

- أ. ولاية البيت الحرام بين قريش وخزاعة وتحاكموا فيها إلى يعمر بن عوف⁽⁴⁾،
 - ب . تجديد حفر بئر زمزم بين عبدالمطلب جد النبي . صلى الله عليه وسلم . وقريش وتحاكموا فيها إلى كاهنة بني سعد بأطراف الشام⁽⁵⁾ .
 - ج . شرف وضع الحجر الأسود في مكانه عند إعادة بناء الكعبة المشرفة بين قريش قبل البعثة المحمدية، وفيها تحاكموا إلى الرسول صلى الله عليه وسلم⁽⁶⁾ .
- وبعد ظهور الإسلام وانتشاره صار التحكيم جزء من أدوات القضاء والمصالحة بين المسلمين، وكان أداة لحل العديد من المشاكل التي كانت بينهم وبين من جاورهم في المدينة المنورة من غير المسلمين.

(1) كان من حكماء العرب في الجاهلية، فلما طعن في السن أنكر من عقله شيئاً، فقال لبنيه: إنه قد كبرت سني وعرض لي سهو، فإذا رأيتموني خرجت من كلامي، وأخذت في غيره فاقرعوا لي المحجّ بالعصا. انظر جمهرة أنساب العرب 264/1.

(2) سيد من سادات تميم وفد على النبي . صلى الله عليه و سلم . وله صحبة، وأن النبي . صلى الله عليه وسلم . بعثه على صدقات بني تميم، وكان رئيس بني تميم في عدة مواطن، وهو الذي رهن قوسه عند كسرى على مال عظيم ووفى به. له ترجمة في الإصابة، لابن حجر: 561/1 ترجمة رقم 1360، وذكره في ترجمة صفوان بن أسيد التميمي ترجمة رقم 4076.

(3) هاشم بن عبد مناف بن قصي بن كلاب بن مرة، من قريش: أحد من انتهت إليهم السيادة في الجاهلية، ومن بنيه النبي . صلى الله عليه وسلم . قال مؤرخوه: اسمه عمرو، وغلب عليه لقبه " هاشم " لأنه أول من هشم الثريد لقومه بمكة في إحدى الجماعات. وهو أول من سن الرحلتين لقريش، للتجارة: رحلة الشتاء إلى اليمن والحبشة، ورحلة الصيف إلى غزة وبلاد الشام وربما بلغ أنقرة. له ترجمة في الطبقات الكبرى، لابن سعد: 75/1 : 79، والأعلام للزركلي: 66/8.

(4) انظر العقد الثمين في أخبار البلد الأمين: 183/1.

(5) انظر الطبقات الكبرى: 84 / 1.

(6) انظر أسد الغابة: 1 / 10.

ولقد كان التحكيم . فيما يحدث في بيوت المسلمين بين الزوجين من خلافات ومشاكل . هو الوسيلة الأمثل لحلها وعلاجها، قبل الوصول للقضاء الرسمي، ولتداخل مفاهيم الصلح والتحكيم والحكم القضائي في أذهان الناس، وللإلمام بجوانب الموضوع وأحكامه سيتم الرجوع إلى بعض مصادر الفقه مثل المدونة الكبرى، والتهذيب للبرادعي، والتبصرة، وشروح مختصر خليل، وغيرها من المصادر.

ولأهمية موضوع التحكيم بين الزوجين سنقتصر الحديث في هذا البحث عن هذا النوع من التحكيم؛ لتوضيح ماهيته وبعض أحكامه، ووفق الخطة التالية إجمالاً: مقدمة، وثلاثة مباحث، وتحت كل مبحث ثلاثة مطالب، وخاتمة، ثم ثبت مصادر ومراجع البحث.

وبحيث يكون ذلك على التفصيل الآتي:

المقدمة

تشمل التعريف بالموضوع وأهميته، ومشكلة البحث، وبعض مصادر البحث، والخطة المتبعة في تناول البحث.

المبحث الأول: التعريف بالتحكيم وسنده الشرعي.

المطلب الأول: التعريف اللغوي.

المطلب الثاني: التعريف الاصطلاحي.

المطلب الثالث: الدليل على مشروعية التحكيم.

المبحث الثاني : أركان التحكيم.

المطلب الأول: الخصمان.

المطلب الثاني: الحكمان.

المطلب الثالث: الخصومة وشروطها.

المبحث الثالث: إجراءات التحكيم بين الزوجين.

المطلب الأول: تعيين الحكّمين.

المطلب الثاني: إجراءات التحكيم.

المطلب الثالث: نتائجه (حكم الحكّمين).

خاتمة البحث تبين ما توصل إليه الباحث من نتائج.

قائمة المصادر والمراجع.

وما التوفيق إلا من عند الله . تعالى . وهو المستعان.

المبحث الأول

التعريف بالتحكيم وسنده الشرعي.

إن التحكيم بين العرب في منازعاتهم المختلفة وجد منذ عهد الجاهلية، وحين بزغ فجر الإسلام وجد المسلمون فيه أفضل الحلول؛ لفض النزاعات التي تجد فيما بينهم، و فيما يجد بينهم وبين غيرهم من الناس، فهو المرجع للفصل في الخلافات بالطرق السلمية والسريعة، وقد أقر الإسلام هذه الصورة من القضاء في حل النزاعات، واستقى علماء الشريعة من نصوصها عدم جواز التحكيم في كل ما يتعلق بغير المتخاصمين، (أي : كل ما يمس النظام العام للمجتمع) وهو إما حق لله . تعالى . من حدود وعبادات وأموال الزكاة وغيرها؛ أو حق لآدمي آخر⁽¹⁾.

وقد بين التشريع الإسلامي المبادئ والأحكام المتعلقة بمسألة التحكيم بين الزوجين التي سنذكرها في هذا البحث بعون الله تعالى.

(1) انظر التوضيح: 399/7، وروضة المستبين في شرح كتاب التلقين، لابن بزيّة : 2 / 1362.

المطلب الأول

التعريف اللغوي

التحكيم في اللغة مصدر للفعل حكم بمعنى قضى، والحُكْم - بالضم -:: القَضَاءُ، ويجمع على أحكام، وقد حَكَمَ عليه بالأمرِ حُكْمًا وحُكُومَةً، وحَاكَمَهُ إلى الحَاكِمِ دَعَاؤُهُ وخاصَمَهُ . وحَكَمَهُ في الأمرِ تَحْكِيمًا: أَمَرَهُ أَنْ يَحْكُمَ فَاخْتَكَمَ وَتَحَكَّمَ: جَازَ فِيهِ حُكْمُهُ وَالاسْمُ: الْأَحْكَومَةُ وَالْحُكُومَةُ⁽¹⁾. وأصل التحكيم المنع⁽²⁾.

"وأصل الحكم من قولهم حَكَمْتَهُ عن الشيء وأحَكَمْتَهُ - منَعْتَهُ ومنه حكمة الدابة وحكمت الرجل: دعوته إلى الحكم. وحَاكَمْتَهُ إليه: نَاَفَرْتَهُ. وحَكَمْنَاهُ بيننا: طلبنا أن يحكم"⁽³⁾.

المطلب الثاني

التعريف الاصطلاحي

تعددت تعريفات الفقهاء بمصطلح التحكيم، ومنها:

أنه: "اتفاق بين طرفي خصومة معينة، على تولية من يفصل في منازعة بينهما، بحكم ملزم، يطبق الشريعة الإسلامية"⁽⁴⁾.

وأنه "تولية متنازعين حَكَمًا ليحكم بينهما فيما اشتجرا فيه"⁽⁵⁾.

وعرفته المادة (1790) من مجلة الأحكام العدلية⁽⁶⁾:

(1) انظر القاموس المحيط ، للفيروزآبادي:1/ 1415. ومختار الصحاح، لمحمد بن أبي بكر بن عبدالقادر

الرازي:62/1. و المعجم الوسيط، لإبراهيم مصطفى وآخرين:1/ 190.

(2) انظر المخصص، لابن سيده: 111/2.

(3) انظر المخصص، لابن سيده:3/ 409، 410.

(4) انظر الفقه الإسلامي، للزحيلي:7/ 5257.

(5) البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لزين الدين ابن نجيم الحنفي: 7/ 24.

(6) قننت الدولة العثمانية المذهب الحنفي بتكليف لجنة من العلماء والفقهاء بذلك، وأظهرت عملهم في مجلة الأحكام العدلية سنة 1293هـ. وذلك لتأخذ بها المحاكم وتكون مرجعاً للقضاة. انظر فقه النوازل 21/1.

" أنه عِبَارَةٌ عَنِ اتِّخَاذِ الْخُصْمَيْنِ آخَرَ حَاكِمًا بِرِضَاهُمَا ؛ لِفَضْلِ خُصُومَتَيْهِمَا وَدَعْوَاهُمَا وَيُقَالُ لِدَلِكِ حَكْمٌ بِفَتْحَتَيْنِ وَحُكْمٌ بِضَمِّ الْمِيمِ وَفَتْحِ الْحَاءِ وَتَشْدِيدِ الْكَافِ الْمَفْتُوحَةِ" (1)

المطلب الثالث

التعريف بالدليل الشرعي على جواز التحكيم.

الدليل الشرعي من القرآن الكريم :

مِنْ تَتَبَعَ نصوص القرآن الكريم نجد أن الله . تعالى . قال في محكم التنزيل : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيِّدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمَّدًا فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعْمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ هَدِيًّا بِالِغِ الْكَعْبَةِ أَوْ كَفَّارَةٌ طَعَامُ مَسَاكِينَ أَوْ عَدْلٌ ذَلِكَ صِيَامًا لِيَذُوقَ وَبَالَ أَمْرِ عَمَّا سَلَفَ وَمَنْ عَادَ فَيَنْتَقِمِ اللَّهُ مِنْهُ وَاللَّهُ عَزِيزٌ ذُو انْتِقَامٍ﴾ [المائدة، الآية 95].

وهذه الآية تصريح عام بجواز اللجوء للتحكيم فيما يختلفون فيه، أو فيما يحتاج إلى تعويض مما وقعوا فيه من الخطأ.

كما أن الأمر بالتحكيم في الآية عام يمكن تطبيقه على جميع القضايا والأحداث، وهذا ما جرى العمل به فيما بين الصحابة رضي الله عنهم .

ولأهمية التحكيم في الحياة الزوجية فقد خصه الله . تعالى . ببيان شافٍ لمعالجة الخلاف والشقاق بين الزوجين، فقال الله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنْ اللَّهُ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾ [النساء، الآية 35].

(1) مجلة الأحكام العدلية، إعداد: لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية: 1/ 365.

الدليل الشرعي من السنة النبوية :

روى عن السيدة عائشة . رضي الله عنها . أنها قالت: « كان بيني وبين النبي . صلى الله عليه وسلم . كلام، فقال: أجعل بيني وبينك عمر، فقلت: لا، قال: أجعل بيني وبينك أباك ، قالت: نعم»⁽¹⁾.

وهذا يدل على أنه يجوز للزوجين أن يجعلوا رجلاً آخر حكماً بينهما وبرضاهما، اقتداءً بفعل المصطفى . صلى الله عليه وسلم . كما في الحديث السابق الذي عرض فيه على زوجته أن يكون عمر . رضي الله عنه . حكماً بينهما، ولكنها رفضت، فعرض عليها أن يكون أبوها . رضي الله عنه . حكماً بينهما؛ فوافقت فكان تحكيمه بينهما برضاها جميعاً⁽²⁾.

وروي كذلك أن النبي . صلى الله عليه وسلم . قال: «من حكم بين اثنين تراضيا به فلم يعدل بينهما فهو ملعون»⁽³⁾.

وهذا يدل على جواز التحكيم بين الناس عامة، و تحمل التبعات المترتبة عليه أيضاً، ونيل الثواب المجازى به عليه.

وللتحكيم ميزة جليلة تنبه إليها أصحاب رسول الله . صلى الله عليه وسلم . فهو ينزع الشقاق ويقضي على الضغائن، وهو علاج لما تحمله الصدور من غل وكرهية بين المتخاصمين على أي مستوى كان، ومما أثر عن الصحابة . رضي الله عنهم . في هذا السياق قول: عمر بن الخطاب رضي الله عنه : « رُدُّوا الخُصُومَ إِذَا كَانَ بَيْنَهُمْ قَرَابَةٌ فَإِنَّ فَصْلَ الْقَضَاءِ يُورَثُ بَيْنَهُمُ الشَّنَانُ »⁽⁴⁾.

(1) أخرجه الطبراني في المعجم الأوسط: 135/5، حديث رقم 4879.

(2) انظر منح الجليل: 554/3.

(3) أخرجه ابن الجوزي في التحقيق تلخيص الحبير: 185/4.

(4) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: 66/6، حديث رقم 11696.

فهذه الآثار تدل على أن التحكيم بين الخصوم كان موجوداً ومتعارفاً عليه بين المسلمين من أول الإسلام، ولحرص الخليفة عمر بن الخطاب . رضي الله عنه . على بقاء الألفة بين الأقارب والجيران أمر قضاياه برد الخصوم للتحكيم والصلح خارج دائرة القضاء الرسمي مبيناً أن الحكم القضائي يورث البغضاء بين الناس.

المبحث الثاني أركان التحكيم

التحكيم يرتكز على أركان أساسية هي : الخصمان، والحكمان، والخصومة، والحكم الصادر من الحكّمين في الخصومة، ويتم تناولها فيما يأتي.

المطلب الأول

الخصمان.

ولقد سبقت الإشارة إلى أن موضوع هذا البحث هو التحكيم بين الزوجين فإن مطلب الخصمان في هذا المطلب يتعلق بالزوجين : وهما ذكر وأنثى جمعهما عقد الزوجية الصحيح، والعقد الصحيح مثبت للزوجية وعليه تترتب الحقوق والواجبات⁽¹⁾، ولا بد من إيجاب المتخاصمين بقولهما " احكما بيننا " أو "إننا نصبناكما حكّمين بيننا"، أو غيره من الألفاظ التي تظهر رضاها بالحكّمين.

فإذا ما اشتجر الزوجان وخرج الخلاف عن إمكانية الحل بينهما دون تدخل من أحد . وهو الأوجب في حقهما . وجب عليهما أن يختارا حكّمين من أهلها للتصدي لهذا الخلاف كما أمر الله . تعالى . في قوله: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا...﴾ [النساء، جزء من الآية 35].

(1) انظر بداية المجتهد لابن رشد الحفيد: 2 / 54.

والملاحظ أن التشريع الليبي لم يراعِ هذه القاعدة الشرعية في أمر التحكيم بين الزوجين⁽¹⁾.

ولقد قال العلماء: إن علم الإمام بوقوع الشقاق بينهما وجب عليه أن يبعث حكّمين لهما، ولا ينتظر أن يترافعا إليه، وبالأولى وليّيهما فعليهما بالتدخل للإصلاح بين الزوجين والتوفيق بينهما⁽²⁾.

المطلب الثاني

الحكمان

وهما من يتم اختيارهما من قبل الزوجين أو وليّيهما للحكم بين الزوجين كما أنه لا بد من قبول الحكّمين للتحكيم بين الزوجين، تنفيذاً لأمر الله - تعالى - بقوله: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾ [النساء، الآية 35].

ففي هذه الآية نص ظاهر على وجوب أن يكون الحكمان من أهلها، وأن يكونا اثنين، غير أن السنة بينت أن الحُكْم يصح بالحكم الواحد بناء على رضى الزوجين بذلك، ودليل صحته فعله - صلى الله عليه وسلم - عندما حصل كلام بينه وبين زوجه أم المؤمنين عائشة - رضي الله عنها - فهذا الفعل يبين أن ذكر العدد، وحصره باثنين إنما هو على الاستحباب، لأن السنة مبينة للقرآن الكريم وموضحة له، ونحن مأمورون باتباع أفعاله - صلى الله عليه وسلم -.

فقد عرض رسول الله - صلى الله عليه وسلم - على زوجه عائشة - رضي الله عنها - أن يكون عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - حكماً بينهما فرفضت؛ فعرض عليها أن يُحْكَمَا الصديق - رضي الله عنه - بينهما؛ فرفضت به⁽³⁾.

(1) انظر قانون رقم (4) لسنة 1378 و.ر(2010م) بشأن التوفيق والتحكيم.

(2) انظر أحكام القرآن لابن العربي: 4/ 427.

(3) سبق تخريج الحديث.

ولكن المشهور عند الأغلب من الفقهاء هو اختيار حكمين لما فيه من مصلحة وزيادة حسن تثبت في الأمر، وخاصة في وقتنا الحاضر⁽¹⁾.

والحكمان مكلفان بالتبع والملاحظة وكشف ما فيه مصلحة الزوجين من الإبقاء على الزوجية أو إنهاؤها بطلاق أو إنهاؤها بالمخالعة كما أمرهما الله - تعالى - في قوله سبحانه: ﴿... إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا...﴾ ﴿فهما مأموران بالحكم والإصلاح بين الزوجين، ومعرفة ما يصلح شأنهما كما قال ابن عباس ومجاهد⁽²⁾ .

شروط الحكمين من خلال الاطلاع على بعض المراجع بشأن شروط الحكمين يمكن تقسيمها إلى شروط وجوب، وشروط كمال.

أولاً : شروط الوجوب التي يجب أن تتحقق فيهما نذكرها فيما يأتي⁽³⁾ :

1- الإسلام وهو شرط أساسي في أغلب معاملات المسلمين لقول الله تعالى ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء، الآية 141].

2 . الأهلية أي: أن يكونا بالغين عاقلين⁽⁴⁾.

3 وكذلك شرط الحرية والذكورة.

4. العدالة: يشترط لنفاذ حكم الحكمين أن يكونا من أهل العدالة.

فإن فقد شرط من ذلك لم يجز تحكيمهما باتفاق الزوجين أو ولييهما أو بتكليف القاضي.

(1) انظر أسهل المدارك: 132/2.

(2) انظر أحكام القرآن لأبي بكر بن العربي: 1 / 426.

(3) انظر المنتقى للباحي، تحقيق محمد عبدالقادر أحمد عطا: 5 / 404، 405، وانظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: 136، 135/4.

(4) وحكم الصبي المميز والمرأة والفاسق على تفصيل في أربعة أقوال. وأما الشافعي و أبو حنيفة فشرطا أن يكون الحَاكِمُ يصلح لتولي القضاء، والمشهور من مذهب مالك ما ذكرنا. انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير / 4 136. والمغني والشرح الكبير، لابن قدامة: 11/484.

ثانياً: شروط كمال هي⁽¹⁾:

1. أن يكونا من أهلها وهو الأصل.
ويجوز اختيار الحكّمين من غير الأهل إذا عدت الشروط المطلوبة في الحكّمين في أهلها.
 2. أن يكونا فقيهين عالّمين بالأحكام الشرعية المتعلقة بموضوع النزاع.
 - 3 أن يكونا من أهل التقوى والصلاح.
 - 4- أن يلتزما بالسرية التامة حيال ما يطلعان عليه من أمور تتعلق بالزوجين وخصائص حياتهما الخاصة.
- وقد تنبه الفقهاء إلى ذلك فقد نقل ابن عرفة في المختصر الفقهي⁽²⁾ ما نصه " وفيها⁽³⁾: بيعت حكّمين من أهلها عدلين، فإن لم يكونا في الأهلين أو لا أهل لهما فمن المسلمين.
- وقال اللخمي⁽⁴⁾: بيعت حكّمين من أهلها فقيهين بما يراد من الأمر الذي ينظران فيه، فإن لم يكن في أهلها ذلك فمن جيرتهما، فإن لم يكن فمن غيرهما، فإن وجد الصالح في إحدى الجهتين دون الأخرى انتقل فيها للجار ثم الأجنبي، وإن كان الزوجان قريبين جاز بعث من هو منهما بمنزلة واحدة كالعمين والخالين أو عم أو خال، ولو جهل السلطان بعث من لا فقه له ولا علم عنده بوجه الحكم فيسأل أهل العلم مضي.

(1) انظر المدونة الكبرى: 267/2.

(2) انظر: 80/4.

(3) أي المدونة الكبرى، انظر التهذيب في اختصار المدونة، للبرادعي: 405/2.

(4) انظر التبصرة للحمي: 2589 /6.

ولا ينعزل الحكمان إذا باشرا النظر في موضوع ما حُكِّمَ فيه، إلا إذا خرجا من الإسلام إلى الكفر أحدهما أو كلاهما، فمن كفر فلا يصح حكمه أبداً⁽¹⁾.

المطلب الثالث

الخصومة وشروطها.

وهو المحل المعقود فيه التحكيم وقد يعبر عنه بالسبب، ولا يجوز التحكيم في الحدود و اللعان وفي القتل والولاء، وكذلك في النسب والطلاق والعتق وهي سبعة، وذلك لتعلق حقوق أخرى بها غير حقوق المتخاصمين، إما حق لله أو لآدمي. والتحكيم يكون فيما دون ذلك من أمور الحياة العامة والخاصة بين الأفراد والجماعات⁽²⁾.

وأن ما يحدث بين الزوجين من أمور حياتية، وخلافات عائلية يجب أن تكون منطوية على السرية، لذلك ورد في نص القرآن الكريم أن يكون الحكمان من أهلها، وهو ما يحدث في الأغلب والأعم؛ فإذا لم يوجد من يصلح للحكومة من أهلها جاز لهما اختيار غيرها⁽³⁾.

ويجوز إقامة أو طلب التحكيم حتى بشعور أحد الزوجين دون الآخر أن هناك خلافاً سيحدث فيما بينهما مستقبلاً، ومهما كان السبب صغيراً أو كبيراً؛ لأن الحياة الزوجية لا تحتمل المنغصات؛ والسبب الذي نعتقد أنه بسيط ربما يكون سبباً في نهاية العلاقة الزوجية، لذلك يجب العلاج في الحال، والعلاج هنا وضع الأمر أمام محكمين من الأهل حتى يبيننا طريق الحق لهما وينهيا هذا الخلاف في مهده.

(1) انظر بلغة السالك: 76 / 4.

(2) انظر التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب: 399 / 7. والذخيرة للقرافي: 37/10، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير 136/4.

(3) انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: 313/2.

ويشترط في الخصومة أن تكون بين الزوجين أثناء الزوجية.

المبحث الثالث

إجراءات التحكيم.

وفيه نبين ما يتطلبه تعيين الحكّمين من شروط، وما يحتاجه التحكيم من إجراءات، وما يتوصل إليه من نتائج، من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول

تعيين الحكّمين

يتم تعيين الحكّمين بطريقتين هما:

أولاً: أن يقوم الزوجان باختيار الحكّمين من أقاربهما، فإن لم يجدا أو لم يجد أحدهما من يصلح من أهله لهذه المهمة، جاز لهما أو لأحدهما اختيار من يراه مناسباً له للتحكيم بينهما.

وجاز لهما أن يحكما شخصاً واحداً¹ كما فعل . صلى الله عليه وسلم . مع زوجه عائشة . رضي الله عنها . عندما عرض عليها تحكيم عمر . رضي الله عنه . فلم تقبل وقبلت بتحكيم أبي بكر . رضي الله عنه . بينهما .

ثانياً: أن يقوم القاضي برد الزوجين إلى التحكيم، وفي هذه الحالة له أن يطلب من الزوجين تعيين الحكّمين برضاهما، فإن لم يجدا، أو امتنع أحدهم، كان له أن يكلف من يراه مناسباً لتولي الفصل بين الزوجين، ويعتمد ما يتوصلان له من حل للخلاف سوى بجمعهما أو مفارقتهما لبعضهما، وليس للزوجين اعتراض على ذلك⁽²⁾.

(1) انظر المدونة الكبرى: 276 / 2.

(2) انظر معين الحكام على القضايا والأحكام: 311 / 1.

المطلب الثاني

إجراءات التحكيم

التحكيم شعبةٌ من شعب القضاء. وقد تعارف عليه الناس لفض ما يشتجر بينهم من منازعات لما يتميز به عن القضاء، فأغلب قضايا التحكيم تتم بالتدخل من الأهل والأقارب والأصدقاء، وفي أغلب الأحيان تتم بالسرية، حفاظاً على بنية الأسرة وتآلفها.

قال صاحب تبصرة الأحكام: " وأما ولاية التحكيم بين الخصمين فهي ولاية مستفادة من آحاد الناس، وهي شعبة من القضاء متعلقة بالأموال دون الحدود واللعان والقصاص"⁽¹⁾.

و من وجهة نظر الباحث على الحكمين اتباع خطة محددة للفصل في النزاع القائم بين الزوجين، تعتمد اتباع خطوات مرتبة تساعد في تأدية مهمتهما على أكمل وجه، وتكون كالتالي:

- 1 . يحددان جدولاً لمواعيد الخطوات التي سيعملان وفقها (أي: ما نسميه خطة زمنية محددة وموثقة).
- 2 . يحددان موعداً لمقابلة كل طرف من أطراف النزاع على حدة لتحديد صفة النزاع وموضوعه، وأسبابه.
- 3 . يحددان موعداً للخصوم للمقابلة والتواجه والإدلاء بوجهة نظرهما وسماع أقوالهما.
- 4 . يحددان جلسة خاصة بهما لمناقشة ما سمعاه من أطراف النزاع ووجهات النظر وأقوال الخصوم ليُكوّنَا قناعة حول الحكم الذي سيصدرانه ومدى اتفاقهما في وجهة النظر، ثم صياغة الحكم وتوثيقه .

5 . يحددان موعداً يبيننا فيه وجهة نظرهما ويعلنا حكمهما الذي اتفقا عليه لحل النزاع ويبلغا الزوجين بذلك إن كانا مختارين من الزوجين، أو وليَّيهما، وأما إن كانا مختارين من القاضي فيرفعان حكمهما إليه ليعتمده ويوثقه، ويكون الحكم ملزماً للطرفين، وهما الزوجان في كلا الحالين⁽¹⁾.

المطلب الثالث

نتائج التحكيم

وبعد أداء عملهما بالخطوات السابقة وقيامهما بما وسَّعَهُمَا من تحديد وصف النزاع، ومدارسته مع أطرافه، وتبين لهما الحق أو الرأي الصواب فيه، عليهما إصدار حكمهما فيه بما لا يخالف شرع الله تعالى، وبما يريانه أصحح لحال الزوجين، وإبلاغه للزوجين للعمل به، إذا كان تكليف الحكّمين منهما، أما إذا كان التكليف برد للزوجين من القاضي إلى التحكيم، واختيارهما من الزوجين، واعتماد ذلك من القاضي؛ فعلى الحكّمين إبلاغ القاضي بحكمهما أولاً؛ ليطلع عليه ويعتمده وينفذه، فهو كحكم القاضي لا فرق⁽²⁾.

وقد بينت مجلة الأحكام العدلية⁽³⁾ أن حكم الحكّمين أو المحكم ملزم من رضي بالتحكيم من الأطراف، فنصّت في مادّتها رقم 1448 على القول:
" كما أن حكم القضاة لازم الإجراء في حق جميع الأهالي الذين في داخل قضائهم، كذلك حكم المحكّمين لازم الإجراء على الوجه المذكور في حق من حكّمهم، وفي الخصوص الذي حكموا به ، فلذلك ليس لأي واحد من الطرفين

(1) انظر معين الحكام على القضايا والأحكام: 1/ 313.

(2) شفاء الغليل في حل مقفل خليل: 492/1.

(3) انظر 2/ 376.

الامتناع عن قبول حكم المحكّمين بعد حكم المحكّمين حكماً موافقاً لأصوله المشروعة " . وإذا اختلف الحكمان في الحكم فلا ينفذ حكمهما حتى يتفقا⁽¹⁾ .

ولهما أن يجمعا ويفرقا ويخالعا بين الزوجين، فأمرهما ماضٍ فيهما وبهذا قال أغلب علماء الصحابة والتابعين⁽²⁾ . وإن حكما بالفرقة ، فهو طلاق بائن كطلاق القاضي⁽³⁾ .

خاتمة البحث

من خلال البحث في الموضوع توصل الباحث إلى النتائج:

1. التحكيم نوع من أنواع القضاء.
2. حكم الحكّمين ملزم للمتخاصمين.
2. ينتشر انتشاراً واسعاً لسهولته.
3. الاقتصاد في المصاريف والوقت.
4. مراعاة الظروف الاجتماعية، وإحاطة موضوع النزاع بالسرية.
5. تلافي الأحقاد والمشاحنات بين الزوجين .

(1) انظر التهذيب في اختصار المدونة: 407/2.

(2) الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي : 177 /5.

(3) انظر أحكام القرآن الكريم لأبي بكر بن العربي، تحقيق علي محمد البحايوي: 423 /1.

قائمة المصادر والمراجع.

- القرآن الكريم.
- أحكام القرآن الكريم لأبي بكر بن العربي، تحقيق علي محمد البجاوي، دار الجليل، بيروت - لبنان، ط/ بلا، تاريخ/ بلا.
- أسد الغابة لابن الأثير، تحقيق: محمد علي معوض وغيره دار الكتب العلمية، بيروت.
- أسهل المدارك (شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك) المؤلف: أبو بكر بن حسن بن عبد الله الكشناوي، الناشر: دار الفكر، بيروت - لبنان، ط/2، بلا تاريخ.
- الإصابة في تمييز الصحابة، المؤلف: أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني، تحقيق: علي محمد البجاوي، الناشر: دار الجليل - بيروت، ط/ 1، سنة 1412هـ.
- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لزين الدين ابن نجيم الحنفي، دار المعرفة، بيروت، ط/ 2.
- بداية المجتهد و نهاية المقتصد، المؤلف: ابن رشد الحفيد، الناشر: مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ط/4، سنة 1395هـ/1975م.
- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، اسم المؤلف: أبي عبد الله محمد بن فرحون اليعمري، تحقيق: جمال مرعشلي، دار النشر: دار الكتب العلمية - لبنان/ بيروت - سنة 1422هـ - 2001م.
- التبصرة، المؤلف: علي بن محمد الربيعي، المعروف باللخمي، دراسة وتحقيق: الدكتور أحمد عبد الكريم نجيب، الناشر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، الطبعة: الأولى، 1432 هـ - 2011 م.

- التهذيب في اختصار المدونة ، لأبي سعيد البرادعي، تحقيق محمد الأمين ولد محمد بن سالم بن الشيخ ، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، الامارات العربية المتحدة، دبي، ط/1، سنة 2002م.
- التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، المؤلف: خليل بن إسحاق الجندي، المحقق: د. أحمد بن عبد الكريم نجيب، الناشر: مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، ط/1، سنة 1429هـ - 2008م.
- الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي ، المحقق : هشام سمير البخاري، الناشر: دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، سنة 1423 هـ/ 2003 م.
- جمهرة أنساب العرب، المؤلف: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، دار الكتب العلمية - بيروت / لبنان، ط/3، سنة 1424 هـ - 2003م.
- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار احياء الكتب العربية ، القاهرة، مصر.
- الذخيرة ، شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، تحقيق محمد حجي، الناشر دار الغرب، بيروت ، لبنان، سنة 1994م.
- روضة المستبين في شرح كتاب التلقين، المؤلف: ابن بزيذة، المحقق: عبد اللطيف زكاغ، الناشر: دار ابن حزم، ط/1، سنة 1431 هـ - 2010 م.
- الطبقات الكبرى، المؤلف : محمد بن سعد بن منيع أبو عبدالله البصري الزهري، الناشر : دار صادر - بيروت، ط/ بلا رقم، وبلا تاريخ.
- العقد الثمين في تاريخ البلد الأمين، المؤلف: تقي الدين محمد بن أحمد الحسيني الفاسي المكي، المحقق: محمد عبد القادر عطا، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، ط/1، سنة 1998 م.
- الفقه الإسلامي وأدلته ، وهبة بن مصطفى الزُّحَيْليّ، الناشر: دار الفكر - سورّيّة - دمشق. ط/4. بلا تاريخ.

- فقه النوازل، المؤلف : بكر بن عبد الله أبو زيد ، الناشر : مؤسسة الرسالة، ط/1، سنة 1416 هـ ، 1996 م.
- لغة السالك لأقرب المسالك، أحمد الصاوي، تحقيق ضبطه وصححه: محمد عبد السلام شاهين، الناشر دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنة 1415 هـ - 1995 م.
- مجلة الأحكام العدلية، المؤلف : لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، دار النشر : نور محمد كازحانه تجارت كتب ، كراتشي باكستان .
- المخصص . لابن سيده ، دار النشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، ط / 1، سنة 1417 هـ/1996 م.
- المدونة الكبرى، المؤلف : مالك بن أنس ،المحقق : زكريا عميرات، الناشر : دار الكتب العلمية بيروت . لبنان.
- معرفة الصحابة ،المؤلف: أبو نعيم أحمد بن عبد الله الأصبهاني، تحقيق: عادل بن يوسف العزازي، الناشر: دار الوطن للنشر - الرياض، ط / 1 ، سنة 1419 هـ - 1998 م.
- معين الحكام على القضايا والأحكام، لابن عبد الرفيع، تحقيق محمد بن قاسم بن عياد، دار الغرب الإسلامي، بيروت لبنان، سنة 1989 م.
- المغني والشرح الكبير، لابن قدامة، دار الفكر للطباعة، بيروت لبنان، سنة 1992 م.
- المنتقى للباجي، تحقيق محمد عبدالقادر أحمد عطا، دار الكتب العلمية ، بيروت، ط/1، سنة 1999 م.

العصبية الحقوقية في مجال حقوق الإنسان

(الموازنة بين الحقوق والقيود)

إعداد الدكتور: عادل عبد الحفيظ كندبير

أستاذ مساعد بكلية القانون جامعة طرابلس

مقدمة

كثُر الحديث (هذه الأيام) عن العصبية القبلية والجهوية وربما الفكرية أو الأيدلوجية، إلا أنه يندر بل وينعدم حول العصبية الحقوقية المنادية بتوفير حماية مطلقة - بدون أي قيد أو شرط - للحقوق والحريات الأساسية للإنسان، وتأتي هذه العصبية كرد فعلٍ على ما شهدته البلاد من انتهاكات جسيمة في مواجهة هذه الحقوق والحريات لفترة طويلة تعادل نصف قرن من الزمان.

وعليه، ولما كانت المادة 1 فقرة 4 من ميثاق الأمم المتحدة لعام 1945 قضت بأن من مقاصد الأمم المتحدة "تحقيق التعاون الدولي على حل المنازعات الدولية ذات الصبغة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والانسانية وعلى تعزيز احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للناس جميعا والتشجيع على ذلك إطلاقا بلا تمييز بسبب الجنس أو اللغة أو الدين ولا تفريق بين الرجال والنساء".

ولما كانت الدساتير الوطنية للدول تمثل أداة قانونية فعّالة لتنفيذ الالتزام الدولي المشار إليه أعلاه بخصوص حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، كان من الطبيعي أن ينادي عدد من النشطاء الحقوقيين المهتمين بمسألة حماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية - بمناسبة وضع دستور جديد للدولة الليبية - بضرورة إرساء ضمانات دستورية مطلقة تحمي الحقوق والحريات الأساسية للإنسان على نحو لا يجعل لأية سلطة القدرة على مخالفتها.

غير أنه يجب ألا يغيب عن بال الجميع بأنه من البديهي - عند الأخذ في الاعتبار حماية الدستور لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية - مناقشة القيود المفروضة على الحقوق والحرريات؛ حيث تُقرُّ جُلُّ العهود والمواثيق الدولية والوطنية ذات الصلة بالحقوق والحرريات الأساسية للإنسان بالحاجة الفعلية لتقييد بعض من الحقوق والحرريات لضمان الحفاظ على النظام العام والآداب العامة اجتماعيا وأمنيا وصحيا⁽¹⁾.

ومن هنا تأتي الاشكالية القانونية التي تعالجها هذه الدراسة بالحرص على إيجاد نوع من التوازن التشريعي عند صياغة القاعدة القانونية الوطنية الهادفة نحو تنفيذ الالتزام الدولي المتعلق بحماية الحقوق والحرريات الأساسية للإنسان، هذا الالتزام الذي يستمد وجوده من قواعد قانونية دولية ذو طبيعة آمرة؛ بعبارة أخرى فإنه للتخفيف من حدة العصبية الحقوقية المنادية بحماية دستورية مطلقة لهذه الحقوق والحرريات، فإن الأمر يتطلب وضع صيغة قانونية فنية تهدف إلى إيجاد نوع من الموازنة بين التمتع بالحقوق أو الحرية من جهة، وبين القيد الوارد على كلٍ منها من جهة أخرى، عند الإعداد لصياغة القاعدة القانونية الوطنية بالخصوص، وهو ما يتطلب تقسيم هذه الدراسة إلى مبحثين على النحو الآتي:

- المبحث الأول: الطبيعة الآمرة للقواعد القانونية الدولية ذات الصلة بحماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية.
- المبحث الثاني: القيود الواردة على التمتع بالحقوق والحرريات الأساسية للإنسان.

(1) وهو ما يقضي به العهد الدولي الأول للحقوق المدنية والسياسية لعام 1966م على النحو الذي سيتم بيانه بشكل أكثر تفصيلا في المبحث الثاني من هذه الدراسة.

المبحث الأول الطبيعة الأمرة

تتطلب دراسة موضوع الطبيعة الأمرة للقواعد القانونية الدولية ذات الصلة بحقوق الإنسان وحرياته الأساسية تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، يتم في الأول التعرض لخاصية القاعدة القانونية الدولية كقاعدة رضائية، أما في المطلب الثاني سيتم التعرض للإستثناء الوارد على هذه الخاصية والمتعلق بالصفة الأمرة لبعض القواعد القانونية الدولية في مسائل محددة بذاتها.

المطلب الأول

القاعدة القانونية الدولية "قاعدة رضائية"

القاعدة العامة في النظام القانوني الدولي هي الرضائية في التزام حكم القاعدة القانونية الدولية⁽¹⁾؛ لماذا؟

الإجابة ببساطة؛ لأن الدولة بما لها من سيادة لا تلتزم إلا بما ارتضت صراحة (الاتفاقيات الدولية) أو ضمنا (العرف الدولي) الإلتزام به، فبحكم أن المجتمع الدولي هو مجتمع أفقي بخلاف المجتمع الوطني - الذي هو مجتمع عمودي - فهو يفتقر إلى سلطة تشريعية تصدر القواعد القانونية ذات الصفة الإلزامية، أي بمعنى أن لا فرق بين صانع القانون وشخصه في النظام القانوني الدولي، وهو ما يستلزم أن تساهم أشخاص القانون الدولي عن طريق الاتفاقيات الدولية والعرف الدولي في وضع هذه القواعد والخضوع لها والتقييد بها⁽²⁾، وعلى هذا النحو ذهبت صياغة المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، تلك المادة التي يوجد إجماعٌ فقهي في

(1) انظر، ضوي، علي عبد الرحمن، القانون الدولي العام، الجزء الأول: المصادر والأشخاص، الطبعة الثالثة، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، 2008، ص 17.

(2) الطائي، عادل أحمد، القانون الدولي العام (التعريف المصادر الأشخاص)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009، ص 31.

القانون الدولي العام⁽¹⁾ على أن نصها هو أقرب النصوص تعبيرا على مصادر القاعدة القانونية الدولية، وقضى نص هذه المادة بما يلي :

" 1- وظيفة المحكمة أن تفصل في المنازعات التي ترفع إليها وفقا لأحكام القانون الدولي، وهي تطبق في هذا الشأن:

أ- الاتفاقيات الدولية العامة والخاصة التي تضع قواعد معترف بها صراحة من جانب الدول المتنازعة.

ب- العادات الدولية المرعية المعتبرة بمثابة قانون دلّ عليه تواتر الاستعمال.

ج- مبادئ القانون العامة التي أقرتها الأمم المتمدنة.

د- أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين في القانون العام في مختلف الأمم ويعتبر هذا أو ذاك مصدرا احتياطيا لقواعد القانون، وذلك مع مراعاة أحكام المادة 95.

2- لا يترتب على النص المتقدم أي إخلال بما للمحكمة من سلطة الفصل في القضية وفقا لمبادئ العدل والإنصاف متى وافق أطراف الدعوى على ذلك"⁽²⁾.

ونتيجة لما تقدم تستطيع الدولة للحيلولة دون تطبيق أية قاعدة قانونية دولية عليها أن تحتج بأنه لم يسبق أن رضيت بها، وهو أمر طبيعي ما دام أشخاص القانون الدولي هم أنفسهم صانعيه، بل وتمتد الرضائية في النظام القانوني الدولي إلى

(1) انظر، ضوي، المرجع السابق، ص 69.

(2) يجب ملاحظة بأن نص المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية يعد جزءا من معاهدة الدولية، وبالتالي فهو ذو طبيعة تعاقدية، أي نسبي الأثر؛ فلا يلزم إلا الدول الأطراف في المعاهدة التي تنص عليه والتي ارتضت صراحة قبوله وفقا لخاصية الرضائية للقاعدة القانونية الدولية، ولكن ما يقلل من أثر هذه الملاحظة أن كل دول العالم اليوم (تقريبا) هي أطراف في نظام محكمة العدل الدولية، فضلا عن مرور أكثر من 70 عاما على العمل به قد يجعل منه قاعدة عرفية. وانضمت ليبيا لمعاهدة النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية في 14 ديسمبر 1955، ولم تنشر في الجريدة الرسمية، انظر:

- عرفة، عبد السلام صالح، الاتفاقيات الدولية والثنائية التي صادقت عليها ليبيا، الطبعة الأولى، 2008، الشركة الخضراء للطباعة والنشر، ص 9.

مسألة اللجوء إلى القضاء الدولي، فهو يضل اختياريا أيضا بالنسبة للدول عند الرغبة في حسم ما قد ينشأ بينها من منازعات أثناء تطبيق القاعدة القانونية الدولية⁽¹⁾.

المطلب الثاني

الاستثناء الوارد على خاصية الرضائية

يقع الاستثناء الوحيد على كون القاعدة القانونية الدولية قاعدة رضائية، عندما يتعلق الأمر بالقاعدة القانونية الدولية الآمرة؛ حيث تفرض مثل هذه القواعد نفسها على أشخاص القانون الدولي العام وإن لم تقبلها صراحة.

والقاعدة القانونية الدولية الآمرة هي: تلك القاعدة القانونية الدولية التي لا يجوز لأشخاص القانون الدولي العام الاتفاق على خلاف ما تقضي به أو على الغائها أو تعديلها إلا بقاعدة قانونية دولية آمرة أخرى⁽²⁾. أما اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969م فقد نصت في المادة 53 منها على ما يلي:

"تعتبر المعاهدة باطلة بطلان مطلق إذا كان موضوعها، وقت إبرامها، يتعارض مع قاعدة آمرة من قواعد القانون الدولي العام. ولأغراض هذه الاتفاقية تعتبر قاعدة آمرة من قواعد القانون الدولي العام كل قاعدة تقبلها الجماعة الدولية

(1) انظر: الطائي، المرجع السابق، ص 31.

(2) وفقا لأساسيات علم القانون فإن للقاعدة القانونية بشكل عام تقسيمات مختلفة ومتعددة ومن بينها تقسيم القاعدة من حيث ما تتركه للأشخاص من حرية في الاتفاق على خلاف ما تقضي به إلى قاعدة آمرة وقاعدة مخيرة، لمزيد التفصيل، انظر:

- الكوني، علي اعبودة، أساسيات القانون الوضعي الليبي، المدخل لعلم القانون، القانون 1، الطبعة 2، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، 1992، ص 81.

في مجموعها ويعترف بها باعتبارها قاعدة لا يجوز الإخلال بها ولا يمكن تعديلها إلا بقاعدة لاحقة من قواعد القانون الدولي لها ذات الصفة"⁽¹⁾.

ويذهب علي ضوي⁽²⁾ إلى أن مفهوم القاعدة الآمرة من مستحدثات اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969م، وصار الآن جزءا من القانون الدولي الوضعي العربي وفقا لرأي محكمة العدل الدولية في قضية برشلونة-تراكش لعام 1970، وقرارها في قضية النشاطات العسكرية وشبه العسكرية بين نيكاراغوا والولايات المتحدة الأمريكية لعام 1984م. وأنه استنادا إلى الأعمال التحضيرية لاتفاقية فيينا لعام 1969م وإلى أعمال القضاء الدولي التالية لظهور مفهوم القاعدة الآمرة، يمكن ذكر بعض الأمثلة للقواعد الآمرة، والمهم في مجال هذه الدراسة هو القواعد المتعلقة بحماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية على النحو الوارد في قضية برشلونة-تراكش المشار إليها أعلاه؛ وبسبب من هذه الصفة تتميز قواعد الحماية الدولية لحقوق الإنسان والحرريات الأساسية بأنها موضوعية؛ أي أن انتهاكها من قبل دولة طرف لا يسمح لدولة أخرى طرف بالرد بعدم احترامها إعمالا لمبدأ المعاملة بالمثل⁽³⁾.

وفي إطار عدم جواز المعاملة بالمثل عند انتهاك قواعد الحماية الدولية للحقوق والحرريات الأساسية للإنسان، يذهب زهير الحسني⁽⁴⁾ في إطار الحديث عن التدابير المضادة في القانون الدولي العام إلى أنه (.. لا يمكن للتدابير المضادة أن توجه للغير

(1) وأضافت المادة 64 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969م ما يلي: " إذا ظهرت قاعدة أمرة جديدة من قواعد القانون الدولي العام فإن أي معاهدة قائمة تتعارض مع هذه القاعدة تصبح باطلة وينتهي العمل بها. مع ملاحظة أن الدكتور عبد السلام صالح عرفة لم يجد تاريخا محددًا لانضمام ليبيا لهذه المعاهدة على رغم نشرها في الجريدة الرسمية، العدد 3، السنة 2008. انظر، عرفة، المرجع السابق، ص 53.

(2) انظر، ضوي، المرجع السابق، ص 115 وما بعدها.

(3) انظر، ضوي المرجع السابق، ص 374.

(4) انظر، الحسني، زهير عبد الكريم، التدابير المضادة في القانون الدولي العام، منشورات جامعة بنغازي

(قاربنوس) ، 1988، ص 72-73.

حيث لا يوجد ضمان أداء تجاهه. وهناك نوعان من القواعد القانونية الدولية الأساسية التي تستبعد التدابير المضادة: الأولى، تتعلق بالقواعد الآمرة *Jus cogens* وهي القواعد القانونية التي لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها والتي تضمنتها المادة 53 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات في 13 أيار مايو 1969 بالنظر لاشتغالها على التزامات أساسية لحماية المصالح الجوهرية للجماعة الدولية. ولما كان حكم الاتفاق على مخالفة القاعدة الآمرة هو البطلان المطلق فإنه لا يجوز مقابلة هذا الاتفاق باتفاق مثله. ولذلك فلا تخول المادة 60/5 من اتفاقية فيينا المذكورة لأطرافها الدفع بعدم التنفيذ تجاه معاهدة تتعلق بحماية الأشخاص من معاهدات ذات طابع انساني وخاصة أحكامها المتعلقة بمنع نوع من أنواع الانتقام ضد الأشخاص الذين يتمتعون بحمايتهم.

الثانية: تشمل القواعد المتعلقة بالجرائم الدولية، وهي التي يطلق عليها في الغالب قواعد القانون الدولي الإنساني التي تضم قواعد لاهاي بشأن سير العمليات الحربية وقواعد جنيف بشأن حماية ضحايا المنازعات المسلحة، وتنظم إليها الاتفاقيات التي أبرمت بشأن حظر ومعاينة جريمة إبادة الجنس البشري والفصل العنصري والاسترقاق والقرصنة وغيرها...).

المبحث الثاني

القيود الواردة على التمتع بالحقوق والحريات

تتطلب دراسة موضوع القيود الواردة على التمتع بحقوق الإنسان وحرياته الأساسية، تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، يتم في الأول تناول موضوع القيود الواردة في القواعد القانونية الدولية والوطنية ذات الصلة بحماية الحقوق والحريات الأساسية للإنسان. ثم يتم في المطلب الثاني دراسة الموازنة المطلوبة بين التمتع بالحقوق والحريات وبين القيود الواردة عليها.

المطلب الأول

القيود الدولية والوطنية

قضت المادة 29 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948م بالآتي:
"عند ممارسة الحقوق والحريات يكون كل شخص عرضة للقيود التي يحددها القانون وحده لأغراض ضمان الاعتراف بحقوق وحريات الآخرين واحترامها والإيفاء بالحقوق العادلة للفضيلة والنظام والرفاهية العامة في المجتمع الديمقراطي".⁽¹⁾
أما المادة 12 فقرة 3 من العهد الدولي الأول الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام 1966⁽²⁾ فقد جاء نصها وفق الآتي:
"لا يجوز تقييد الحقوق المذكورة أعلاه بأي قيود غير تلك التي ينص عليها القانون، وتكون ضرورية لحماية الأمن القومي أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة أو حقوق الآخرين وحرياتهم، وتكون متمشية مع الحقوق الأخرى المعترف بها في العهد"⁽³⁾.
ومفاد النصوص السابقة هو أنه الطبيعة الآمرة للقواعد القانونية الدولية ذات الصلة بحماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية لا تتعارض مع فرض قيود على

(1) الإعلان العالمي لحقوق الإنسان هو عبارة عن توصية صدرت عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 10.12.1948م، وبالرغم من أن التوصيات الصادرة عن الجمعية العامة لا تحمل إلا قيمة أدبية وليس لها أي صفة إلزامية، فإن مرور أكثر من 70 عام على العمل بالإعلان يجعل له قيمة عرفية ملزمة.
(2) انضمت ليبيا للعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام 1966م بتاريخ 15 مايو 1970م ولم ينشر بالجريدة الرسمية، انظر: عرفة، المرجع السابق، ص 15.
(3) أما الفقرة 3 المادة 19 من العهد الدولي الأول الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والمتعلقة بحرية الرأي فقد جاء فيها ما يلي:

"تستتبع ممارسة الحقوق المنصوص عليها في الفقرة 2 من هذه المادة واجبات ومسئوليات خاصة. وعلى ذلك يجوز إخضاعها لبعض القيود ولكن شريطة أن تكون محددة بنص القانون وأن تكون ضرورية:

أ- لاحتزام حقوق الآخرين أو سمعتهم،

ب- لحماية الأمن أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة".

التمتع بهذه الحقوق والحريات لأجل اعتبارات معينة حددت على سبيل الحصر، وتطبيقاً لذلك نجد أن القواعد القانونية على الصعيد الوطني أو الداخلي للدول أقرت وضع عدد من القيود على الحقوق والحريات الأساسية للإنسان، منها على سبيل نجد أن دستور جنوب أفريقيا يُوفّر بنية أساسية متطورة وي طرح هذه القيود بالتفصيل، حيث تقضي المادة 3 منه بأن:

" تخضع الحقوق الواردة بالدستور للقيود المنصوص عليها في الباب 36 أو في أي مكان من الدستور" (1).

أما الدستور الألماني فيقضي في المادة 19 بأنه: " طالما أمكن - في ظل هذا القانون الأساس - تقييد حق أساس، فيكون بموجب القانون بشكل عام وليس فقط على حالة فردية .." (2). وعلى هذا النحو سار الدستور السويسري في المادة 36 الفقرات 1 و2 و3 و4. (3)

ومفاد ما تقدم أنه: بالرجوع إلى القواعد القانونية الدولية ذات الصلة بالأمر والمتعلقة بحماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية يتأكد بما لا يوضع مجالاً للشك أن هذه القواعد أجازت فرض قيود على الحقوق والحريات لعدة أسباب، أهمها:

1- حقوق الآخرين: تنتهي حقوق وحرية كل فرد عندما تبدأ حقوق وحرية الآخرين، فيجب احترام سمعة الآخرين وعدم المساس بحقوقهم وحريتهم التي كفلها لهم القانون. ولهذا قال أولفر هولمز وهو قاضٍ في المحكمة العليا

(1) القيود القانونية على الحقوق المدنية والسياسية، ورقة بحثية رقم 13، أكتوبر 2012، المنظمة الدولية للتقرير عن الديمقراطية Democracy Reporting International، الفقرة 7، ص 5 وما بعدها.

(2) المرجع السابق، ص 6.

(3) المرجع السابق، ص 6.

بالولايات المتحدة الأمريكية بأن: "حقي في أرجحة معصمي ينتهي حيثما يبدأ أنف الرجل الآخر"⁽¹⁾.

2- النظام العام والآداب العامة: إنّ تقييد الحقوق والحريات بالنظام والآداب العامة معترف به في كافة المعاهدات الدولية وفي دساتير العالم، ومسألة تحديد المقصود بالنظام العام والآداب مسألة نسبية تختلف من مجتمع لآخر، فما هو من النظام العام والآداب العامة بالنسبة لمجتمع ما، قد لا يكون كذلك بالنسبة لمجتمع آخر. وفي كل الأحوال يمكن القول بأن المقصود بالنظام العام والآداب العامة: مجموعة القواعد التي بها تتحقق مصلحة عامة تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد، سواء أكانت هذه المصلحة اجتماعية أم اقتصادية أم سياسية. وهو ما يمكن القول معه باختصار أن: قواعد النظام العام والآداب العامة هي تلك القواعد المتعلقة بالأسس والدعامات التي لا غنى عنها في مجتمع ما لكي يسير بانتظام واستقرار، ولا شك في أن القيم الدينية والأخلاقية تشكل جوهر هذه الأسس أو الدعامات⁽²⁾.

وتجدر الإشارة في هذا الخصوص إلى التعديل الأخير الذي أجراه المشرع الليبي على نص المادة 1 من القانون المدني الليبي بموجب القانون رقم 6 لسنة 2016م⁽³⁾؛ حيث جاء في الفقرة 3 من المادة 1 من القانون الأخير ما يلي:

-
- (1) القيود القانونية على الحقوق المدنية والسياسية، ورقة بحثية رقم 13، أكتوبر 2012، المنظمة الدولية للتقرير عن الديمقراطية، المرجع السابق، الفقرة 1، ص 2، والفقرة 4، ص 3 وما بعدها.
- (2) لمزيد التفصيل حول النظام العام والآداب العامة، انظر، الكوني، المرجع السابق، ص 91 وما بعدها.
- (3) أصدر المؤتمر الوطني العام في فبراير 2016م، القانون رقم 6 لسنة 2016م بشأن تعديل أحكام القانون المدني الليبي، بما يتطابق والشريعة الإسلامية، تطبيقاً لما جاء في التعديل التاسع للإعلان الدستوري المؤقت، باعتبار الشريعة الإسلامية مصدر التشريع واعتبار ما يخالفها باطلاً.

" يعد من النظام العام: أحكام الشريعة الإسلامية القطعية القائمة على نص قطعي أو أجماع أو قياس جلي، أو قاعدة فقهية".

3- الصحة العامة والأمن القومي: تعتبر القيود التي تفرضها مقتضيات الصحة العامة والأمن القومي سبباً مقبولاً لتقييد بعض الحقوق والحريات الأساسية للإنسان؛ فالمادتين 12 و19 من العهد الدولي الأول الخاص بالحقوق المدنية والسياسية أجازتا تقييد حق النقل وحرية التعبير ببعض القيود المنصوص عليها بالقانون لأجل حماية الصحة العامة والأمن العام.

المطلب الثاني

الموازنة بين الحقوق والقيود

قد يرد بعض الحقوقيين على القول السابق بأن: السماح بفرض قيود على الحقوق والحريات الأساسية للإنسان من شأنه أن يضع ممارستها الفعلية تحت رحمة السلطات العامة في الدولة لاسيما التشريعية والتنفيذية، وهو ما يجعلها عرضة للانتهاك من قبل هاتين السلطتين.

لرد على ذلك يمكن القول بشكل عام: إن الناحية العملية أثبتت بأن أغلب الحقوق والحريات لها حدود، فحرية التجمع والتظاهر يجب ألا تصل بأية حال من الأحوال إلى قطع الطريق العام أو وقف عمل مدرج المطار⁽¹⁾، كما أن حرية التعبير لا تحمي الخطاب المحرض على العنف، وحرية التنظيم لا تسمح بإقامة تنظيمات مسلحة إجرامية.

أما بشكل خاص فيمكن القول بأنه: يجب ألا يفسر الهدف من التقييد بأنه تخويل أو رخصة للسلطات العامة في الدولة لإضعاف الحقوق المحمية شرعاً وقانوناً وعرفاً، وحتى لا ينظر إلى القيود على أنها وسيلة لإضعاف الحماية الدولية المقررة

(1) وهو ما يحدث حالياً في ليبيا بسبب الانفلات الأمني الذي تعيشه البلاد بعد ثورة 17 فبراير 2011.

لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية بموجب قواعد قانونية آمرة، فإن فرض القيود يتوقف على مبدأين هما: مبدأ جوهر الحق ومبدأ التناسب القانوني، وفق الآتي:

1- مبدأ جوهر الحق: يقضي بأن القيود على الحقوق والحريات الأساسية

للإنسان يجب ألا تكون بدون قيود، وإلا لما كانت هناك حاجة للنص على الحق بالمطلق؛ فلكل حق وظيفة جوهرية راسخة يؤديها ويجب عدم المساس بها، ولذلك يجب على صانعي الدستور معالجة مسألة التقييد بطريقة فنية من خلال إقرار صياغة قانونية تشمل على سبيل المثال العبارة التالية: "على النحو الوارد بالقانون على ألا يمس ذلك بجوهر الحق"⁽¹⁾ وألا تقتصر العبارة على جملة "على النحو الوارد في القانون" أو عبارة "باستثناء الحالات الواردة في القانون" دون إتباعها بعبارة "مع عدم المساس بجوهر الحق أو الحرية"، لأن استخدام مثل هذه العبارات الواسعة والمطاطة، وإن كانت تمنع تقييد الحقوق بموجب لوائح وقرارات إدارية صادرة عن السلطة التنفيذية على اعتبار أن التقييد لا يكون إلا بقانون، فإنه يمنح السلطة التشريعية صلاحية واسعة للمساس بالحقوق والحريات الأساسية للإنسان ما يجعلها مؤهلة لأن تكون أداة للديكتاتورية،

(1) دأب واضعوا مشروع الدستور التونسي في البداية إلى صياغة مفهوم مبدأي جوهر الحق والتناسب القانوني في أكثر من مادة وذلك بالنظر إلى كل حق على حدة، الأمر الذي أدى إلى وجود صياغة متكررة لهما في نصوص المسودة الثالثة للدستور التونسي، إلا أنهم - في القراءة الأخيرة للمشروع - قرروا انتهاج صياغة فنية مغايرة بإدراج المبدأين في مادة واحدة (خاصة بهما) تنصرف أحكامهما إلى كل الحقوق والحريات المنصوص عليها في الدستور لتجنب عيب التكرار، وهو ما نجده تحديدا في الصياغة النهائية للفصل (أو المادة 49) من دستور الجمهورية التونسية لعام 2014.

وهذا هو أحد المآخذ المسجلة على الدستور الليبي الصادر عام 1951 في الفصل الثاني منه والمتعلق بحقوق الشعب.⁽¹⁾

2- مبدأ التناسب القانوني: يقضي هذا المبدأ بالأ تفرض قيود على الحقوق والحريات الأساسية للإنسان تتجاوز الحد اللازم لتحقيق الهدف الاجتماعي والسياسي والاقتصادي أو غيره المرجو من التقييد، فيجب أن تكون القيود على صلة بالحق أو الحرية محل القيد وأن تصمم على نطاق ضيق يفني بالغرض أو الهدف المنشود من وراء وضعها. وهو ما تم النص عليه صراحة في الدستور التونسي الجديد لعام 2014 في الفصل (المادة) 49 والذي جاء فيه:

"يُحدّد القانون الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور وممارستها بما لا ينال من جوهرها. ولا توضع هذه الضوابط إلا لضرورة تقتضيها مدنية ديمقراطية وبهدف حماية حقوق الغير، أو لمقتضيات الأمن، أو الدفاع الوطني، أو الصحة العامة، أو الآداب العامة، وذلك مع احترام التناسب بين هذه الضوابط وموجباتها. وتتكفل الهيئات القضائية بحماية الحقوق والحريات من أي انتهاك.

(1) من ذلك - على سبيل المثال - ما نصت عليه المادة 15 من الفصل الثاني من دستور 1951 المعنون " حقوق الشعب " حيث جاء فيها : (كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئا إلى أن تثبت إدانته قانونا في محاكمة تؤمن له فيها الضمانات الضرورية للدفاع عن نفسه وتكون المحاكمة علنية إلا في الأحوال الاستثنائية التي ينص عليها القانون). وكذلك ما نصت المادة 19 من ذات الدستور: (للمساكن حرمة، فلا يجوز دخولها ولا تفتيشها إلا في الأحوال المبينة في القانون وبالكيفية المنصوص عليها فيه). لمزيد التفصيل حول تقييم دستور 1951، انظر للباحث:

- دستور 1951 في ضوء المعايير الدولية للديمقراطية، مجلة البحوث القانونية، كلية القانون مصراتة،

لا يجوز لأي تعديل أن ينال من مكتسبات حقوق الإنسان وحرياته المضمونة في هذا الدستور"⁽¹⁾.

وعليه، فإن أية محاولة وطنية تهدف نحو تنفيذ الالتزام الدولي المتعلق بتعزيز حماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية ومنع أي انتهاك لها، لا تتم عبر توفير حماية دستورية وطنية مطلقة، وإنما تتحقق هذه الغاية باهتمام صانعي الدستور بمسألة المعالجة الفنية للموازنة بين التمتع بالحقوق والحريات الأساسية للإنسان من جهة، وبين القيود الواردة على تلك الحقوق والحريات من جهة أخرى، وذلك بإعطاء كلٍ من مبدأ جوهر الحق ومبدأ التناسب القانوني الاعتبار اللازم عند العمل على كتابة صيغ النصوص الدستورية المتعلقة بحماية الحقوق والحريات.

الخاتمة

يمكن القول بأنه: إذا كانت العصبية بشكل عام تعني المبالاة لأمر أو شيء ما، بصرف النظر عن كونه ظلماً أو عادلاً، فإن العصبية الحقوقية تعني المبالاة للحقوق والحريات الفردية للإنسان بشكل مطلق دونما قيد أو شرط، وبدون الأخذ في الاعتبار القيم والأسس التي تشكل دعامة المجتمع الذي يعيش فيه الفرد.

وعليه، فإنه كما يجب نبذ العصبية القبلية والجهوية وغيرها، وجب أيضاً نبذ العصبية الحقوقية؛ لأنه وفقاً للنظام القانوني الدولي لا يمكن التمسك بحماية مطلقة للحقوق والحريات الأساسية للإنسان، دون مناقشة القيود المفروضة على كلٍ منها في حدود مبدأي جوهر الحق والتناسب القانوني، أو بدون مناقشة موضوع التحفظ عليها أيضاً، وهو ما يُدخل ضمن هذا المفهوم عدم جواز الدعوة المطلقة لقبول القواعد القانونية الدولية المنظمة لحقوق الإنسان دون أي تحفظ، لاسيما إذا كان محتوى هذه القواعد الدولية يخالف بشكلٍ عام القيم والدعامات الأساسية في

(1) انظر، دستور الجمهورية التونسية 2014، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، طبعة 2014،

المجتمع، على نحو يجعلها متنافية مع النظام العام والآداب العامة وفق ما هو مشار إليه أعلاه.

ومن ثمّ فإن تحفّظ دولة ما - لأسباب متعلقة بالقيم الدينية أو الأخلاقية المعتبرة في المجتمع - على أحكام معينة واردة في اتفاقية دولية ذات صلة بحقوق الإنسان وحرياته الأساسية سواء أكانت متعلقة بحقوق الطفل أو المرأة أو اللاجئين أو غير ذلك، لا يعد مخالفة أو انتهاكاً أو تقصيراً في حماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية طالما كانت الدولة معترفة بضرورة توفير مثل هذه الحماية للحقوق والحريات من حيث الأصل.

ولتأكيد هذا القول نشير - على سبيل المثال لا الحصر - إلى الموقف الأوربي من حق تكوين الأسرة المكفول في كل من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948م، والعهد الثاني الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام 1966م، إذ قضت المادة 10 من العهد الثاني الأخير الذكر بأن: "ينعقد الزواج برضا الطرفين المزمع زواجهما رضا كاملاً لا إكراه فيه"، خلافاً لنص المادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان التي حصرت طرفي الزواج بشكل صريح في الرجل والمرأة، وأن لكل منهما متى أدركا سن البلوغ الحق في الزواج بدون قيد بسبب العرق أو الجنسية أو الدين؛ فالاختلاف في صياغة المادتين أثار جدلاً في أوروبا حول أطراف الزواج (الزواج المثلي) وسن الزواج ومسألة المختلفين في الدين. وحسماً لهذه المسألة قضت المادة 12 من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان على أن حق الزواج يكون طبقاً للقوانين الوطنية الخاصة بمباشرة هذا الحق؛ لأن الدول الأوربية تختلف حول سن الزواج وأطرافه ومنها ما يحرم الزواج بين المختلفين في الدين، وهذا الموقف الأوربي إن دل على شيء فإنما يدل على إمكانية عدم التقيّد النصي بالقواعد القانونية الدولية المنظمة لحقوق الإنسان ومن ثمّ إمكانية فرض قيود وطنية عليها والتحفّظ بشأن أحكامها ومواءمتها بما يتفق وظروف كل دولة.

وقبل ذلك كله يجب أن يترسخ في ذهن المشرع الوطني أن الالتزام الدولي بتعزيز الحقوق والحريات الأساسية للإنسان في القانون الوطني، لا يجعل من القواعد القانونية الدولية المنظمة لهذه حقوق والحريات مبادئ فوق الدستورية؛ لأن مرتبة القانون الدولي العام في النظام القانوني الوطني تتحدد في الدستور بعد كتابته لا قبل ذلك.

المراجع

أولا / الكتب:

- الباش، حسن مصطفى، حقوق الإنسان بين الفلسفة والأديان، الطبعة الأولى، دار الكتب الوطنية، بنغازي.
- الحسني، زهير عبد الكريم، التدابير المضادة في القانون الدولي العام،
- الطائي، عادل أحمد، القانون الدولي العام (التعريف المصادر الأشخاص)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009.
- العبودي، محسن، مبدأ المشروعية وحقوق الإنسان، دراسة تحليلية في الفقه والقضاء المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، 1995.
- الفتلاوي، سهيل حسين وآخر، القانون الدولي العام، الجزء الثاني، حقوق الدول وواجباتها - الإقليم - المنازعات الدولية - الدبلوماسية، الطبعة الأولى، الإصدار الثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009.
- الكوني، علي عبودة، أساسيات القانون الوضعي الليبي، المدخل لعلم القانون، القانون 1، الطبعة 2، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، 1992.
- الميداني، محمد أمين، النظام الأوربي لحماية حقوق الإنسان، دار البشير للنشر والتوزيع، 1989.
- علي، حسن، حقوق الإنسان، وكالة المطبوعات، الكويت، 1982.

- ضوي، علي عبد الرحمن، القانون الدولي العام، الجزء الأول: المصادر والأشخاص، الطبعة الثالثة، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، 2008.

ثانيا/ المقالات والبحوث العلمية:

- الحسيني، زهير عبد الكريم، الرقابة السياسية الدولية لحقوق الإنسان، ندوة الأبعاد الجديدة لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية، منشورات المركز القومي للدراسات وبحوث حقوق الإنسان، بنغازي، الجزء الأول، 2000.

- القيود القانونية على الحقوق المدنية والسياسية، ورقة بحثية رقم 13، المنظمة الدولية للتقرير عن الديمقراطية Democracy Reporting International، أكتوبر 2012.

- الدروس المستفادة من تجارب سن الدساتير، العمليات القائمة على مشاركة شعبية واسعة، مذكرة اعلامية عدد 20، المنظمة الدولية للتقرير عن الديمقراطية Democracy Reporting International، نوفمبر 2011.

- كندير، عادل عبد الحفيظ، دستور 1951 في ضوء المعايير الدولية للديمقراطية، مجلة البحوث القانونية، كلية القانون مصراتة، 14 سبتمبر 2015، www.misuratau.edu.ly.

ثالثا/ الوثائق:

- ميثاق منظمة الأمم المتحدة لعام 1945.

- النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية الملحق بميثاق منظمة الأمم المتحدة لعام 1945.

- العهد الدولي الأول الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام 1966.

- العهد الدولي الثاني الخاص بالحقوق الاجتماعية والاقتصادية والثقافية لعام 1966.

- اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969.

- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948.
- دستور ليبيا لعام 1951م.
- دستور الجمهورية التونسية لعام 2014.
- نسخة المسودة الثالثة لمشروع دستور الجمهورية التونسية لعام 2014.
- القانون رقم 6 لسنة 2016م بشأن تعديل أحكام القانون المدني الليبي.
- دستور كل من جنوب أفريقيا وألمانيا وسويسرا، نقلا عن:
- عرفة، عبد السلام صالح، الاتفاقيات الدولية والثنائية التي صادقت عليها ليبيا، الشركة الخضراء للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، 2008.

فكرة الطعن في الأحكام التمهيدية

بين القبول والرفض

دراسة مقارنة

إعداد الدكتور: أبو جعفر عمر المنصوري

جامعة طرابلس / كلية القانون

تمهيد:

تصنف الأحكام القضائية عادة إلى أحكام قطعية وأخرى غير قطعية فالأولى هي التي تحسم النزاع كلية أو جزء منه، أما الثانية فهي المتعلقة بسير الخصومة أو بتحقيقها كذلك هناك أحكام فاصلة في الموضوع وأخرى قبل الفصل في الموضوع وهذه الأخيرة هي التي تصدر أثناء سير الخصومة القضائية من أجل الفصل في المسائل الإجرائية التي تعرض دون المساس بموضوع المنازعة، ومنها قبول الدفع الشكلية مثل الدفع بعدم الاختصاص أو بطلان الإجراءات، كما أن هناك أحكاماً حضورية، وأخرى غيابية تصدر في غيبة الخصم بعد التأكد من صحة اعلانه، وأخيراً هناك أحكام منهيّة للخصومة وأخرى غير منهيّة للخصومة، فالأولى يقصد بها انقضاء الخصومة بأكملها أمام المحكمة التي تتولاها سواء أكان حكماً موضوعياً بالقبول أو برفض الطلبات، أم كان حكماً إجرائياً أنهى الخصومة بغير فصل في الموضوع، أما الحكم غير المنهي للخصومة فهو الحكم الذي يصدر أثناء سير الدعوى ولو كان الحكم قد فصل في شق من الموضوع مثل الحكم بمبدأ التعويض دون تحديد مقداره عن طريق الخبر أو بصحة العقد أو تكييفه... الخ.⁽¹⁾

(1) رمزي سيف، الوجيز في قانون المرافعات المدنية التجارية، مكتبة النهضة، القاهرة، ط1، 1998، ص123.

والذي يهمنا من هذه الأمور هي تلك الأحكام التمهيدية التي تصدر أثناء سير الدعوى. هل يجوز الطعن فيها مباشرة واستقلالاً عن الدعوى الأصلية، هذا ما سيكون محل بحثنا لدى بعض القوانين التي تبنت هذه المسألة ومنها القانونين المصري والأردني وبعض التشريعات التي ما زالت ترفض إمكانية الطعن في الأحكام التمهيدية ومنها المشرع الليبي وأيضاً المغربي.

ولهذا سوف يقسم بحثنا إلى مبحثين حيث نتناول في الأول قبول هذه الفكرة في التشريعين المصري والأردني ورفضها في القانونين الليبي والمغربي في مبحث ثانٍ.

المبحث الأول

الطعن في الأحكام التمهيدية في

القانونين المصري والأردني

تمهيد:

إن المتتبع لحركة تطور التشريعات المقارنة لسوف يلاحظ أن هناك نظرة جديدة في تسهيل وتقديم خدمة قضائية لطالبيها مع الاستفادة من الوقت والجهد، وأيضاً النفقات، التي أصبحت تكهّل الخصم من أجل الحصول على عدالة سريعة ونزيهة، ولهذا كان المشرع المصري هو الأسبق في إدخال تلك التطورات في نصوصه القانونية ومن بينها موضوع هذا البحث من خلال نص المادة 212 مرافعات التي أشارت إلى قاعدة عامة وأوردت عليها بعض الاستثناءات بجواز الطعن المباشر على الأحكام التمهيدية وقبل الفصل النهائي على الدعوى المنظورة، هذا الأمر تلقفه أيضاً المشرع الأردني وقد كان أوسع نطاقاً في النص على تلك الحالات المستثناة عن القاعدة العامة من خلال نص المادة 170 من قانون أصول الموجهات الأردني وتعديلاته. هذا ما سوف تناوله من خلال المطالبين التاليين بحيث يكون الأول مخصص لدراسة نص المادة 212 مرافعات مصري، أما المبحث الثاني فهو مخصص إلى التحليل والتعمق في نص المادة 170 من القانون الأردني.

المطلب الأول

الطعن في الأحكام التمهيدية في القانون المصري

تنص المادة 212 من قانون الرافعات المصري على: "لا يجوز الطعن في الأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة إلا بعد صدور الحكم المنهي للخصومة".

من المعلوم أن الحكم الفاصل في الدعوى هو ذلك الحكم الذي تنتهي به الخصومة كلية عن طريق الفصل في جميع الطلبات المطروحة والمقدمة في صحيفة الدعوى سواء بتأييدها أو برفضها أو قبول بعضها أو رفض جزء منها،⁽¹⁾ أما الحكم غير المنهي للخصومة فهو الذي يصدر أثناء سير الدعوى وقبل الفصل النهائي فيها كلية.⁽²⁾ ومن خلال النص المذكور نجد أن المشرع المصري قد كان حاسماً وواضحاً في مسألة التفرقة بين الحكم الفاصل في الدعوى والحكم غير المنهي للخصومة، وأرسى قاعدة عامة تقضى بعدم جواز الطعن استقلالاً في الأحكام الصادرة أثناء سير الدعوى ولو كانت فاصلة في شق من الموضوع أو أصل الحق المتنازع فيه متى كانت صادرة قبل الفصل النهائي المنهي للخصومة بحكم صحيح ومطابق لصحيح القانون، والحكمة من هذا النص ترجع أساساً إلى عدم تجزئة النزاع بطرح بعضه أمام محكمة الدرجة الثانية والبعض الآخر أمام محكمة الدرجة الأولى التي تنظر الدعوى، هذا الأمر أرجعه الفقه⁽³⁾ إلى ضرورة الأخذ بمبدأ تركيز الخصومة وعدم قطع أوصالها أو تشتيتها وتوزيعها بين المحاكم، لأن في ذلك تعطيل لسير العدالة وبطئها فضلاً عن تبديد الجهد والمال وازدياد النفقات على الخصوم الذين يبحثون عن عدالة سريعة مع قلة تكاليفها.

(1) محمد العشماوي / عبد الوهاب العشماوي، قواعد المرافعات، الجزء 2، الطبعة النموذجية، 1958، ص 16.

(2) أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003، ص.

(3) فتحي والى، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، 2001، ط3، ص 726.

ويقصد بالخصومة كلها تلك الكتلة الإجمالية من الإجراءات القائمة أمام المحكمة التي أصدرت الحكم المراد الطعن فيه، ومن الامثلة على الأحكام المنهية للخصومة التي يجوز الطعن فيها بالرغم أنها لم تفصل في موضوع النزاع كالحكم بعدم القبول أو سقوط الخصومة أو تقدمها أو باعتبارها كأن لم تكن لأي سبب.⁽¹⁾

كذلك هناك أحكام لا تنتهي بها الخصومة وهي تصدر أثناء سير الدعوى وتمس بعض المسائل المدفوع بها مثل الحكم ببطلان عمل إجرائي في الخصومة، أو بعدم قبول تدخل الغير في خصومة قائمة سواء أكان تدخل هجومي، أو انضمامي في شق في الموضوع فقط أو بعدم قبول دفع معين، مثل هذه الأحكام لا تنتهي بها الدعوى ومن أراد أن يطعن فيها عليه أن ينتظر حتى يصدر حكم نهائي وكامل في الخصومة.

ولهذا يمكن القول أن الحكم الفاصل في المنازعة القضائية هو الحكم الذي تنتهي به الدعوى برمتها وليس الحكم في شق منها أو في مسألة عارضة عليها أو متصلة بالإثبات فيها مثل الحكم ببطلان صحيفة الدعوى أو بعدم الاختصاص دون إحالة أو بعدم القبول، أو كانت قد فصلت في الموضوع بشكل نهائي وفي جميع الطلبات المقدمة من الخصومة، هذه الأحكام اجاز المشرع الطعن فيها بالطرق العادية⁽²⁾، ووفقاً للإجراءات المطلوبة قانوناً أمام محاكم الدرجة الثانية هذا ما أكدته نص المادة 229 مرافعات مصري بقولها: ((إستئناف الحكم المنهى للخصومة يستتبع حتما إستئناف جميع الأحكام التي سبق صدورها في القضية ما لم تكن قد قبلت صراحة وذلك مع مراعاة ما نصت عليه المادة 232.....الخ)).

(1) نبيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديد، الاسكندرية، 2006، ص 616.

(2) وجدى راغب، الطعن المباشر في الاحكام الصادرة في طلبات وقف النفاذ المعجل، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية الاقتصادية، جامعة عين شمس، مصر، العدد الاول سنة 71، ص241.

فالأحكام الصادرة أثناء سير الدعوى والغير قابلة للطعن المباشر يجب الطعن فيها بعد صدور حكم نهائي وفاصل في موضوعها أو في إجراءاتها ومن ثم تكون تلك الأحكام جائزة الطعن فيها بقوة القانون.

إن ضابط التفرقة كما يقول الفقه⁽¹⁾ بين الأحكام التي تقبل الطعن المباشر والأحكام التي لا تقبل الطعن المباشر هو أن الحكم الذي لا يقبل الطعن المباشر هو الذي يغني صدور الحكم في الموضوع عن الطعن فيه فور صدوره، أما الحكم الذي يقبل الطعن المباشر فهو حكم لا يغني مطلقاً صدور الحكم في الموضوع عن الطعن فيه مباشرة لأنه يسبب ضرر للمحكوم عليه على النحو الذي يتعذر زواله بصدور الحكم في الموضوع.⁽²⁾

هكذا تخلص إلى أن المشرع المصري وضع قاعدة عامة مفادها عدم جواز الطعن في الأحكام التمهيدية إلا بعد صدور حكم فاصل في الخصومة بحكم نهائي وفي جميع طلبات الخصوم، لما قد يرتب ذلك من نتائج سلبية بل وعكسية على الأحكام التي سوف تصدر في المسائل الفرعية أو التمهيدية المطعون فيها⁽³⁾ ومع ذلك لم يقف المشرع مكتوف الأيدي حول موضوع تطور التشريع في بعض المسائل التي أجاز فيها الطعن المباشر فور صدور الحكم ولو كانت قبل صدور حكم نهائي وفاصل في الخصومة بل اعتبرها استثناء من القاعدة ورجوعنا إلى تلك الاستثناءات التي أشارت إليها المادة 212 مرافعات ما يلي:

((... وذلك عدا الأحكام الوقتية والمستعجلة والصادرة بوقف الدعوى والأحكام القابلة للتنفيذ الجبري، والأحكام الصادرة بعدم الاختصاص والإحالة إلى

(1) أحمد أبو الوفاء، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط4، 1980، ص426

(2) أحمد أبو الوفاء. - مرجع سابق، ص427.

(3) محمود مصطفى يونس، نظرية الطعن المباشر، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2001، ص5.

المحكمة المختصة وفي الحالة الأخيرة يجب على المحكمة المحال إليها الدعوى أن توقفها حتى يفصل في الطعن)).

نقصد بهذه الاستثناءات الواردة على سبيل الحصر، أن هناك أحوال معينة تصدر فيها المحكمة المختصة أحكام فرعية صادرة قبل الفصل في كل الموضوع ولا تنتهي بها الخصومة القائمة أمام محكمة الموضوع سواء أكانت محكمة الدرجة الأولى أم محكمة الدرجة الثانية، ومع ذلك أجاز المشرع المصري الطعن فيها فور صدورها دون انتظار لصدور الحكم المنهي لكل الخصومة مع ملاحظة⁽¹⁾. أن هذه الأحكام التمهيدية أو الفرعية التي تقبل الطعن المباشر تنطبق عليها تلك المسائل والأحكام المتعلقة بطرق الطعن أي أن ميعاد الطعن على هذه الأحكام هو نفسه ميعاد الطعن بالاستئناف، وأيضاً فإن الإعلان الذي تم في الحكم المنهي للخصومة يغني عن إعلان سائر الأحكام الفرعية الصادرة قبله، إضافة إلى أنه إذا منع المشرع الطعن في الأحكام الصادرة في الموضوع يترتب على ذلك منع الطعن على الأحكام الفرعية أو التمهيدية عدا الأحكام الوقفية لأنها تقبل الطعن بالاستئناف في جميع الأحوال طبقاً لنص المادة 220 مرافقات مصري.⁽²⁾

تلك هي القاعدة العامة ولكن ما هي الاستثناءات التي حددتها المادة 212 مرافعات مصري من ذلك الخطر، أي ما هي الأحكام التي لا تنتهي بها الخصومة ويجوز الطعن فيها فور صدورها، وما هي العلة التي من أجلها خرج المشرع المصري على تلك القاعدة.

(1) وحدي راغب: مرجع سابق، ص 241-242.

(2) تنص المادة 220 مرافعات مصري على ما يلي: "يجوز استئناف الاحكام الصادرة في المواد المستعجلة أيا كانت المحكمة التي اصدرتها".

أولاً - الأحكام الوقتية والأحكام المستعجلة:

يفرق البعض بين كل من الحكم الوقي⁽¹⁾ والحكم الاستعجالي⁽²⁾ على أن الأول يهدف إلى الحصول على مجرد حكم وقي مثل حكم بتعيين حارس أو وضع المال تحت يد أمينة في حين أن قرار قاضي الأمور المستعجلة ذو طبيعة نزاعية يصدر بناء على تكليف بالحضور وبين خصمين يفترض وجودهما، فالحكم الوقي هو الذي يصدر من محكمة الموضوع أثناء سير الخصومة، أما الأحكام الاستعجالية فهي عادة ما تكون منهيبة للخصومة.⁽³⁾ ومن عناصرها الاستعجال في نظر الدعوي ومن ثم صدور حكم على سبيل السرعة والاستعجال لأنها لا تحتمل الانتظار. هذه الأحكام سواء أكانت وقتية أو استعجالية قد تسبب ضرر مباشر للخصم لأنها مشمولة بالنفاذ المعجل بقوة القانون ولا سبيل لإيقافها عند التنفيذ إلا بجواز الطعن فيها مباشرة وقبل صدور حكم نهائي وفاصل في موضوع الدعوي، وأعتقد أن العلة من هذا الاستثناء تكمن في أن الحكم الفاصل في الدعوى الموضوعية لا يمكن أن يتأثر بالحكم الصادر في الدعوى الوقتية لاختلافهما. فلا فائدة من تأجيل الطعن إلى حين صدور حكم نهائي في الأولى أو الدعوي الأصلية، كما أن استئناف الأحكام الوقتية لا يؤخر الفصل في الدعوى الأصلية ولا يمنع من الاستمرار في نظرها أو إصدار حكم فيها، ومن ثم يجوز استئناف الأحكام الوقتية مهما كانت قيمة الدعوى الأصلية حتى ولو كان الحكم الذي سوف يصدر (في الموضوع) غير قابل للاستئناف والسبب في ذلك أن الحكم الوقي يصدر بعد بحث سريع بناء على الشواهد الإجمالية مما يتطلب أن يكون محل مراجعة وتدقيق من محكمة الدرجة الثانية وهكذا فالأحكام الاستعجالية والوقتية لهما كيان خاص بحيث لا يصح تعليق

(1) نبيل عمر - مرجع سابق، ص 619.

(2) الكوني أعبودة - قانون علم القضاء، النشاط القضائي، المركز القوي للبحوث والدراسات العلمية، ط1،

1998، ص 341.

(3) أحمد هندي، مرجع سابق، ص 996.

الطعن على الحكم في موضوع الدعوي الأمر الذي قد يرتب أثر بالغ على مصالح الخصوم وخطورة التنفيذ من الأحكام الاستعجالية، كما لا نعتقد أعتقد أن الطعن المباشر سوف يعطل أو يقطع أوصال الخصومة⁽¹⁾.

ثانياً - الأحكام القابلة للتنفيذ الجبري:

ويقصد بها أحكام الالزام التي تصدر في طلب موضوعي لأحد الخصوم وتكون قابلة للتنفيذ الجبري سواء بحكم القواعد العامة أو بمقتضي النفاذ المعجل ومن ثم تخرج عن هذه الأحكام تلك الأحكام التقريرية أو المنشئة، ومثال ذلك دفع مبلغ نقدي أو تسليم شيء حيث يراد بأحكام الالزام، الزام المدعى عليه بأمر معين بحيث لا يقتصر على تقرير حق أو مركز قانوني أو واقعة قانونية، بل تتعدى ذلك إلى وجوب أن يقوم المدعى عليه بعمل أو أعمال لصالح المحكوم له فإذا رفض أو امتنع تدخلت السلطة العامة في إضفاء الحماية عليه بطريقة التنفيذ بوسائل القوة الجبرية⁽²⁾.

ويشترط في هذه الأحكام أن تكون صادرة في شق من الموضوع وأن لا تنتهي بها الخصومة، وأن تكون لها صفة الالزام كما يجب أن يكون الحكم قابل للتنفيذ الجبري، سواء وفقاً للقواعد العامة أي بكونه حكماً نهائياً أو مشمولاً بالنفاذ المعجل وبالتالي فالحكم بالزام ابتدائي لا يقبل التنفيذ الجبري، وعليه لا يقبل الطعن المباشر⁽³⁾. وأخيراً لا يقبل الطعن الفوري إذا لم يكن هذا الحكم ملزماً بحق معين المقدار⁽⁴⁾.

(1) أحمد أبو الوقار، مرجع سابق، ص 637.

(2) نقض مدني مصري - بتاريخ 12-12-1981 على الطعن رقم 557 لسنة 40 مشار إليه عند فتحي والي، مرجع سابق، ص 678.

(3) نبيل عمر، مرجع سابق، ص 620 - 621.

(4) فتحي والي، مرجع سابق، ص 679.

فالحكم الصادر مثلاً في الاستئناف بإلغاء شق من الحكم الابتدائي المشمول بالنفذ المعجل مع نذب خبير لبحث الشق الآخر، هذا الحكم يقبل الطعن المباشر، لأنه إذا تقدم المدعى بطلبين في الدعوى أو لهما بتسليم العين المغصوبة والآخر بالتعويض فقضت المحكمة بتسليم العين قبل أن تفصل على الطلب الآخر، وكان التسليم مشمولاً بالنفذ المعجل، ففي هذه الحالة يجوز للمحكوم عليه أن يطعن في الحكم الصادر بالتسليم، وذلك لأن قابلية الحكم للتنفيذ الجبري وبذلك تكون هناك مصلحة ملحة للمحكوم عليه، وأيضاً جدية في الطعن المباشر في الحكم دون إنتظار الحكم المنهى للخصومة، وهذا بخلاف الحكم بالغرامة التمهيدية التي لا يجوز الطعن فيه استقلالاً لأنه مجرد حكم تهديدي بتعويض مؤقت قابل للتغيير والتعديل، كذلك لا يجوز الطعن المباشر في الحكم الصادر بالزام شخص بدفع مبلغ معين دون شموله بالنفذ المعجل غير قابل للتنفيذ الجبري، وأخيراً الحكم بصحة ونفذ إقرار الوصية دون أن تنتهي به الخصومة التي طلب فيها أيضاً تحديد أعيان التركة التي تنفذ فيها الوصية فمثل هذا الحكم لا يعد من أحكام الالزام القابلة للتنفيذ الجبري وعليه فلا تقبل الطعن إلا مع الحكم المنهى للخصومة.

ثالثاً - الأحكام الصادرة بوقف الدعوى:

من المعلوم أن كل من الوقف القانوني المقرر بموجب القانون وأيضاً القضائي والاتفاقي لا تنطبق عليهم مسألة الاستثناءات الواردة عن القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة 212 مرافعات وإنما يقتصر الاستثناء على الأحكام الصادرة بوقف الدعوى - ولا ينطبق على الحكم برفض طلب الوقف أو الحكم بإلغاء الوقف وإعادة الدعوى للمحاكمة أمام محكمة الدرجة الأولى، كما لا يمتد هذا الاستثناء إلى الحكم بشطب الدعوى أو الحكم بانقطاعها لأن الخصم يملك السير في

الخصومة بعد الانقطاع أو الشطب عن طريق تعجيلها فوراً، وهو ما لا يملكه في حالة الوقف إلا بعد انقضاء مدته أو زوال سببه.⁽¹⁾

والعلة من هذا الاستثناء أن الطعن في هذه الأحكام لا يعطل الخصومة أو يربكها وإنما يرمى إلى التعجيل بها وسيرها بطريقة استعجالية كما أنه لا محل للطعن فيها بعد صدور الحكم المنهى للخصومة لانعدام المصلحة في الطعن، وبالتالي فإن عدم إجازة الطعن فيها يؤدي إلى نتيجة لا يقرها المشرع وهي عدم جواز الطعن فيها على الإطلاق كما أن وقف الخصومة يلحق ضرر بأطراف الدعوى، باعتبار أن الخصومة الموقوفة لا يمكن أن تنتهي بحكم فاصل فيها الدعوى مادام الوقف قائماً،⁽²⁾ وهكذا لا يجوز حرمان الخصم من طلب الحماية القضائية بإلزامه بانتظار نهاية الخصومة دون الوصول إلى هدفها لكي يتمكن من الطعن في حكم الوقف الذي يصبح غير ذي موضوع.⁽³⁾

رابعاً - الأحكام الصادرة بعدم الاختصاص والإحالة إلى المحكمة

المختصة:

ثار جدل كبير حول ما إذا كان الحكم بعدم الاختصاص والإحالة يعتبر منهياً لكل الخصومة أو غير منه لها، إلا أن المشرع المصري ورغبة منه في إنهاء هذا الجدل الفقهي⁽⁴⁾، أضاف بموجب القانون رقم 23 لسنة 1992 على المادة 212 فقرة جديدة بموجبها أصبح هذا الحكم يقبل الطعن المباشر فور صدوره، فهذا الحكم ينهى الخصومة أمام المحكمة التي أصدرته إلا أن إجراءاتها تبقى مستمرة أمام المحكمة المحال لها الخصومة - لذلك تعد هذه الحالة استثناء من القاعدة العامة المنصوص

(1) وجدى راغب، مرجع سابق، ص 614.

(2) فتحي والى، مرجع سابق، ص 677.

(3) محمود مصطفى يونس، نظرية الطعن المباشر، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2001، ص 5.

(4) نبيل عمر، مرجع سابق، ص 621.

عليها على صدر المادة 212 أي بعدم جواز الطعن في الأحكام قبل الفصل في الموضوع فور صدورهما، إذ أن الحكم بعدم الاختصاص والإحالة لا ينهي الخصومة برمتها بدليل أنها تحال إلى المحكمة بحالتها.

واعتقد أن العلة من ذلك التعديل وإضافة هذا الاستثناء هو الرغبة في حسم مسألة الاختصاص قبل أن تصدر المحكمة المحال إليها حكماً في الدعوى، ومن جهة أخرى على المحكمة المحال إليها الخصومة، أن تقرر وقف إجراءات الخصومة أمامها حتى يصدر حكم في الطعن في حكم عدم الاختصاص والإحالة، ابتعاداً عن مسألة فوات وضياح الوقت والجهد أمام تلك المحكمة، خاصة وأن الطعن قد ينتهي بحكم بعدم الاختصاص، هذا الحكم وجوبياً ولكن ليس للمحكمة أن تقضي به إلا بناء على طلب أحد الخصوم ذلك أنه لا يتعلق بالنظام العام.

ويتصل هذا الاستثناء تحديداً بالأحكام الصادرة بعدم الاختصاص والإحالة تطبيقاً لنص المادة 110 مرافعات مصري التي تنص على ما يلي "على المحكمة إذا قضت بعدم اختصاصها أن تأمر بإحالة الدعوى بحالتها إلى المحكمة المختصة، ولو كان عدم الاختصاص متعلقاً بالولاية، ويجوز لها عندئذ أن تحكم بغرامة لا تتجاوز مائتي جنيه وتلتزم المحكمة المحال إليها الدعوى بنظرها". ولا شأن له إذا تعلق الأمر بالإحالة من دائرة إلى دائرة أخرى في نفس المحكمة أو من محكمة أخرى للارتباط أو لقيام ذات النزاع أمام المحكمة المحال إليها.⁽¹⁾

ولا يكفي لأعمال هذا الاستثناء اختصار الحكم على عدم الاختصاص بل يجب أن ينص فيه على الإحالة إلى المحكمة المختصة، وإذا حكم بعدم الاختصاص والإحالة بالنسبة لأحد الطلبات في الخصومة دون الآخر كان الحكم الأول وحده قابلاً للطعن المباشر، حيث لن يتبعه صدور أي حكم موضوعي على هذا الطلب ما لم يكن الحكم في الطلب الآخر موضوعياً وكان موضوعها لا يقبل التجزئة،

(1) أحمد أبو الوفاء - مرجع سابق، ص 663.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا الاستثناء بكافة الدفوع بعدم الاختصاص سواء تعلق منها بقيمة الدعوى أو نوعها أو بوظيفة المحكمة.⁽¹⁾

خامساً - حالة ارتباط الحكم الذي لا يقبل الطعن الفوري مع

حكم آخر يقبله ارتباطاً لا يقبل التجزئة.

ورد هذا الاستثناء خارج إطار نص المادة 212 مرافعات مصري التي حددت الحالات الأربع على سبيل الحصر حيث أن محكمة النقض المصرية قررت أنه إذا صدر أثناء سير الخصومة حكمان أحدهما لا يقبل الطعن الفوري وفقاً للقواعد العامة والآخر يقبله لصدوره ضمن الحالات الأربع وكانت بينهما رابطة لا تقبل التجزئة فإنه يجوز الطعن فوراً ليس فقط في الحكم الصادر في الحالة المستثناة بل أيضاً في الحكم الآخر المرتبط، وذلك لعدم جواز الطعن في أحدهما استقلالاً وقد استند هذا القضاء - على نص المادة 253 مرافعات.⁽²⁾

تلك هي الحالات المستثناة المشار إليها في القانون المصري عن القاعدة العامة ولكن كيف يتم الطعن في هذه الأحكام التمهيدية الغير منهيبة للخصومة؟

حسب القانون المصري يجب الطعن من طرف الخصوم في تلك الاحكام خلال أربعين يوماً من تاريخ صدورها. وإن كانت صادرة من محكمة الاستئناف فإذا فات ميعاد الطعن المشار إليه سقط الحق في الطعن فيه مع الحكم المنهي للخصومة، أما إذا أخطأت محكمة الاستئناف وقبلت الطعن في حكم صدر من محكمة أول درجة غير منه للخصومة كلها أمامها فحكمها يكون مخالفاً للقانون، فإذا طعن في حكم محكمة الدرجة الثانية أمام محكمة النقض، فعلى هذه الأخيرة أن

(1) أحمد أبو الوفاء - التعليق على قانون المرافعات، الجزء الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1979، ص 737.

(2) تنص المادة 253 مرافعات على ما يلي [..] وإذا أبدى الطاعن سبباً للطعن بالنقض فيما يتعلق بحكم سابق على صدور الحكم المطعون فيه على ذات الدعوى اعتبر الطعن شاملاً للحكم السابق ما لم يكن قد قبل صراحة...]] أنظر الطعن المدني المصري في 30 - 5 - 91 الطعن رقم 1724 . 55 ق مشار إليه عند أحمد أبو الوفاء، مرجع سابق، ص 618.

تقضى بعدم قبول الطعن بالنقض فيه إلا بعد صدور الحكم المنهني إذ لا يسعف خطأ محكمة الاستئناف مبرراً لتجاربها محكمة النقض على ذلك الخطأ، أما الأحكام غير المنهية للخصومة والتي لا تقبل الطعن المباشر فإنه لا يجوز الطعن فيها استقلالاً وإنما يجب الانتظار حتى يصدر حكم نهائي في الخصومة بكاملها وبعدها يجوز الطعن فيها جميعاً وفي مرحلة واحدة على نص المادة 229 مرافعات.⁽¹⁾

المطلب الثاني

الطعن في الأحكام التمهيدية طبقاً للقانون الأردني

تنص المادة 170 من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني على ما يلي: "لا يجوز الطعن في الأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة إلا بعد صدور الحكم المنهني للخصومة كلها..".

تشير نظرية الطعن المباشر في الأحكام التمهيدية الصادرة عن المحاكم بعض الاشكالات حول الحالات المستفقا من القاعدة العامة التي أشار إليها القانون الأردني حيث نلاحظ أن هذا الأخير أنتهج نفس الاتجاه التي انتهجته معظم التشريعات.⁽²⁾ التي تنص على عدم جواز استئناف أو الطعن في الأحكام التمهيدية التي تصدر قبل الفصل في الدعوى بشكل كامل ونهائي، ذلك أن تلك الأحكام يجب أن يحتفظ بالطعن فيها مع الحكم النهائي في الدعوى، ولهذا جاءت القاعدة العامة في صدر نص المادة 170 من قانون أصول المحاكمات الأردني واضحة بعدم صحة وبطلان الطعن في الأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى والتي لا تنتهي بها

(1) تنص المادة 229 مرافعات مصري على ما يلي: "استئناف الحكم المنهني للخصومة يستتبع حتما استئناف جميع الأحكام التي سبق صدورها في القضية ما لم تكن قد قبلت صراحة وذلك مع مراعاة ما نصت عليه المادة (232). - واستئناف الحكم الصادر في الطلب الاحتياطي يستتبع حتما استئناف الحكم الصادر في الطلب الأصلي وفي هذه الحالة يجب اختصام المحكوم له في الطلب الأصلي ولو بعد فوات الميعاد".

(2) أنظر نص المادة 212 مرافعات مصري.

الخصومة إلا بعد انتهاء الدعوى بشكل نهائي وكامل عن طريق صدور حكم منهي للخصومة.

ومع تبني المشرع الأردني لهذه القاعدة العامة إلا أنه خرج عنها ببعض الاستثناءات كما فعل المشرع المصري بل زاد عنها بعض المسائل التي سوف نعرضها تباعاً.⁽¹⁾ ووسع من نطاقها بحيث أصبحت تلك الحالات المستثناة أكثر مما هو منصوص عليه لدى القانون المصري بالرغم أن المشرع الأردني أقتبس تلك الحالات منه صراحة، وهذا ما جاء في نص المادة 170 حيث جاء فيها: "... ويستثنى من ذلك القرارات الصادرة في المسائل الآتية:

1- الأمور المستعجلة. 2- وقف الدعوى. 3- الدفع بعدم الاختصاص المكاني. 4- الدفع بوجود شرط تحكيم. 5- الدفع بالقضية المقضية. 6- الدفع بمرور الزمن. 7- طلبات التدخل والإدخال. 8- عدم قبول الدعوى المقابلة. 9- الدفع ببطلان أوراق تبليغ الدعوى..."

وقد كانت هذه المسائل من ضمن المبررات التي جعلت المشرع الأردني يتبناها خدمة للعدالة والمتقاضين من حيث قصر أمد النزاع وقلّة التكاليف واختصار الجهد والوقت حيث نص عليها على سبيل الحصر ومن ثم سوف نترك تلك المسائل المشار إليها لدى القانون المصري والتي سبق شرحها في المطلب الأول ابتعاداً عن مسألة التكرار.⁽²⁾ ليتم التركيز على الاستثناءات الأخرى التي أشار إليها المشرع الأردني وهي كالآتي:

أولاً - الدفع بوجود شرط تحكيم:

من المعلوم أن التحكيم يعد من ضمن العدالة الموازنة أي أنه وسيلة من الوسائل البديلة عن الدعوى في فض المنازعات بين الخصوم بعيداً عن القضاء، وفقاً

(1) قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم 24 لسنة 1988 المعدل بالقانون رقم 16 لسنة 2006.

(2) مثل 1. الأمور المستعجلة. 2. وقف الدعوى.

لقوانين التحكيم⁽¹⁾ في التشريعات العربية أو غيرها، ولهذا عندما تطرح منازعة أمام القضاء ويدفع أمام المحكمة بدفع يتعلق بوجود شرط تحكيم، فعلى تلك المحكمة أن تصدر حكمها بعدم قبول الدعوى طالما أن الخصوم لم يتنازلوا عن ذلك الشرط، لكن المسألة تثور عندما يكون هناك شرط تحكيم ويدفع أمام المحكمة بذلك الشرط ومع ذلك تستمر المحكمة في نظر الدعوى أي برفض الدفع والمثار أمامها.

الصحيح أن هذا الحكم غير منهي للخصومة، ولكنه قد يرتب آثار ليست في مصلحة أحد الخصوم الذي تمسك بوجود شرط تحكيم، ولهذا كان المشرع الأردني سابقاً في النص على جواز الطعن المباشر في ذلك الحكم التمهيدي وقبل الفصل في الخصومة الأصلية، والسبب إن أرجاء الطعن في قرار المحكمة بعدم قبول الدفع بالتحكيم إلى ما بعد صدور الحكم المنهي للخصومة لن يكون مجدداً بعد أن تم استنفاد ما اردوا تفاديه باعتبار أن إرجاء البث فيه لا يحقق الفائدة المرجوة من اتفاق التحكيم ولهذا كان المشرع حريصاً على ضرورة تحقيق العدالة السريعة وحسن سيرها بكافة طرقها المعتمدة.

ومن الواضح أن قرار المحكمة بقبول الدفع بالتحكيم ورد الدعوى من شأنه أن يرفع يدها عن النزاع فلا يثير مسألة الطعن المباشر، بعكس قرارها بعدم قبول هذا الدفع ومن ثم بقاء يدها على موضوع الدعوى، فهو حكم غير منتهي للخصومة ولا يقبل الطعن المباشر وفقاً للقاعدة العامة وجواز الطعن فيه على استقلال جاء بشفاعة المشرع وعلى سبيل الاستثناء.

(1) أنظر ق رقم 27 لسنة 94 بشأن التحكيم المصري وأيضاً قانون المسطرة المدنية المغربي، وأيضاً قانون التحكيم الأردني.

ثانياً - الدفع بحجية الأمر المقضي أو بمضي المدة

من المعلوم أن الحجية ينحصر نطاقها على منطوق الحكم،⁽¹⁾ فالحجية تعني بها الحرمة، ويجب على الخصوم التقيد بمضمونها واحترامها فلا يجوز طرح ذات المنازعة التي سبق وأن تم الفصل فيها مرة أخرى أمام المحاكم إلا بطرق الطعن المحددة قانوناً، ولذا يلتزم أي قاضي في إجراءات لاحقه ان يحترم الحكم السابق، وأن يمتنع عن الفصل فيه من جديد.⁽²⁾ هذا الأمر جعل المشرع الأردني يستثني هذه الحالة عن القاعدة العامة، ويجيز الطعن فيها قبل الحكم النهائي في الدعوى المنظورة أمام المحكمة، باعتبار أن الخصم يرغب عند أثارته لهذا الدفع (الدفع بحجية الأمر المقضي) أثناء سير الدعوي تجنب استصدار حكم آخر في ذات النزاع ولنفس الخصوم قد سبق الفصل فيه، ولهذا خوفاً من تعدد الأحكام على واقعة واحدة أجاز المشرع الأردني الطعن المباشر في الحكم التمهيدي برفض الدفع بحجية الأمر المقضي أو بمضي المدة عند عدم الاستجابة له واستمرار المحكمة على نظر المنازعة، وهو نفس الحال ينطبق على مسألة الدفع بمضي المدة الذي ترفضه المحكمة وتستمر في على نظر الدعوى، ولهذا كان المشرع الأردني موفقاً في هذا الاستثناء بجواز الطعن استقلالاً لتلك الأحكام التمهيدية المتعلقة بالدفع بحجية الأمر المقضي أو الدفع بمضي المدة قبل الفصل النهائي في الخصومة الأصلية بشكل نهائي وكامل.

ثالثاً - طلبات التدخل والإدخال:

التدخل والإدخال: ونعني بهما أن هناك أشخاص من الغير يصبحون أطراف في المنازعة المطروحة أمام القضاء، والتدخل يتنوع إلى تدخل هجومي أي للمطالبة

(1) الكوني أعبودة، مرجع سابق، ص373.

(2) عبدالكريم الطالب، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش أبريل، لسنة

بحق شخصي أو تدخل انضمامي وهو من أجل تقوية مركز قانوني، كذلك الإدخال سواء أكان بطلب أحد أطراف المنازعة أو بأمر من المحكمة.⁽¹⁾

فالهدف من التدخل عموماً هو مراقبة سير إجراءات الدعوى من أجل الاطمئنان إلى الحكم الذي سوف يمس آخرين، وأبداء ما يمكن أن يغير من وجه الحكم الذي سوف يصدر فيها، كما أن الهدف من اختصاص الغير في الخصومة هو الاحتجاج على الخصم بهذا الحكم والزامه به، ولن يتسنى ذلك ما لم يتم إدخاله فيها بسبب نسبة حجية الأحكام القضائية، ولهذا كان الاستثناء من القاعدة في المادة 170 واجب من وجهة نظر المشرع الأردني، ذلك أن قرار المحكمة برفض طلب التدخل أو الإدخال في الدعوى من شأنه أن يمس مراكز الغير القانونية عند صدور حكم في المنازعة ولهذا حسن فعل عندما أجاز استقلالاً الطعن المباشر في هذا الحكم الغير المنهي للخصومة دون الانتظار إلى حين الحكم النهائي والكامل في الدعوى الأصلية، وبهذا الاستثناء أجاز المشرع الأردني الطعن المباشر على حكم تمهيدي استقلالاً بالرغم أنه حكم غير منهي للخصومة.

أما إذا صدر حكم بقبول التدخل أو الإدخال فلا اعتقد أن هناك مبرر لاستعمال هذا الاستثناء من القاعدة، فهذا القبول لا تنتهي به الخصومة ولن يضر بمصالح الأطراف ولا يؤثر في سير الدعوى ومع ذلك نجد المشرع الأردني قبل جواز الطعن المباشر حتى ولو صدرت المحكمة حكماً تمهيدياً بقبولها طلبات التدخل أو الإدخال ومع تقديرنا لهذا الاتجاه ولكن هل يشمل هذا الاستثناء أيضاً حالات الاختصاص التي تتم بناء على أمر المحكمة؟

لا اعتقد أن قرارات المحكمة المتعلقة باختصاص الغير مشمولة بهذا الاستثناء باعتبار أن تلك القرارات ليست أحكاماً قضائية بل هي قرارات تصدر عن المحكمة

(1) مصطفى الدراجي، الثبات النسبي لإطار الخصومة الابتدائي، المكتب الجامعي الحديث، ط1، 2017، ص14 وما بعدها .

بما لها من سلطة قضائية، ومن المعلوم أن الأحكام التي يجوز الطعن فيها هي الأحكام التي تصدر من المحكمة وفقاً لولايتها القضائية⁽¹⁾ كما أن ذلك القرار لا علاقة له بطلبات الخصوم، إضافة إلى أن المحكمة لا تتقدم بطلبات وإنما تصدر قرارات وأحكام، ومن ثم فإن قبول تلك الطلبات أو رفضها ومن بينها طلبات التدخل والاختصاص هو الذي يقبل الطعن مباشرة واستقلالاً وفقاً لهذا الاستثناء.

رابعاً - عدم قبول الدعوى المقابلة:

الدعوى المقابلة هي الدعوى التي ترفع بعد رفع الدعوى الأصلية أي أثناء سيرها فيصبح فيها المدعي عليه في هذه الأخيرة مدعياً والمدعى في الدعوى الأصلية مدعى عليه، كما أن الطلبات في الدعوى المقابلة منفصلة تماماً عن تلك الطلبات المدرجة في الدعوى الأصلية إلا أن المشرع الأردني⁽²⁾ صرح بقبول نظر الدعوى المقابلة إذا كانت لها علاقة بالدعوى الأصلية حتى يحكم فيهما القاضي بحكم واحد، على اعتبار أن موضوع النزاع يكون بين يديه ولحسن سير وتطبيق العدالة أن يث فيهما وحدة واحدة، اختصاراً للجهد وكسب للوقت، ولهذا قرر المشرع جواز الطعن المباشر عند صدور حكم تمهيدي أثناء سير الدعوى بعدم قبول الدعوى المقابلة استقلالاً وهكذا فقد كان المشرع الأردني حكيماً وانتهج النهج السليم عندما قرر الاستثناء بجواز الطعن في الحكم بعدم قبول الدعوى المقابلة عن القاعدة العامة التي لا يجيز الطعن إلا بعد صدور حكم منهي للخصومة بشكل كامل.

خامساً - الدفع ببطلان أوراق تبليغ الدعوى

أضيفت الفقرة التاسعة إلى المادة 170 بموجب القانون المعدل رقم 14 لسنة 2001 حيث اعتبرت ضمن الحالات المستثناة من القاعدة العامة والتي أجاز فيها المشرع الأردني جواز الطعن استقلالاً عند الدفع من أحد الخصوم ببطلان أوراق

(1) أحمد أبو الوفاء، نظرية الأحكام، مرجع سابق، ص 32.

(2) وهذا النهج أنتهجه حل التشريعات العربية مثل الليبي والمغربي والمصري.

تبلغ الدعوى وترفض المحكمة ذلك الدفع، بل تستمر في نظر الخصومة بالرغم أنها مهددة بالزوال في حالة صدور حكم متأخر بإلغاء الحكم القاضي بعدم قبول هذا الدفع ومن ثم إبطال كل ما تم اتخاذه من إجراءات في الدعوى وفي ذلك هدر للوقت والجهد والنفقات، ولهذا نعتقد أن المشرع الأردني كان صائباً وناجحاً عندما أقر هذه الفقرة كأحد الاستثناءات عن القاعدة العامة بجواز الطعن المباشر استقلالاً في الحكم التمهيدي برفض هذا الدفع أما في حالة قبوله نعتقد أن الخصومة أصلاً مهددة بالزوال نهائياً استناداً على قاعدة ما بني على باطل فهو باطل وهذا البطلان يمس العمل الإجرائي ولا علاقة له بالموضوع.

سادساً - الدفع بعدم الاختصاص المكاني:

ثم إضافة هذه الفقرة إلى المادة 170 بموجب القانون المعدل رقم 16 لسنة 2006 حيث اعتبرت الدفع بعدم الاختصاص المكاني من بين الحالات المستثناة عن القاعدة العامة بجواز الطعن المباشر استقلالاً وقبل صدور حكم منهي للخصومة بكاملها سواء برد الطلب أم بقبوله ذلك أن نص المادة 170 من قانون أصول المحاكمات المدنية رقم 24 لسنة 1988 وتعديلاته قد رود عاماً إلا أنه ينصرف إلى الدفع بعدم الاختصاص المكاني دون باقي الدفوع وسواء تعلق بنظام العام أم بغيره وحيث أن ما ورد بنص المادة المذكورة خاص بالاختصاص المكاني الوارد على نص المادة 109 منه التي نصت على أن الدفع بعدم الاختصاص المكاني يكون قابلاً للاستئناف سواء أكان القرار برد الطلب أم بقبوله، ومن ثم يكون نص المادة 170 مؤكداً لذلك الاستثناء.⁽¹⁾

أخيراً نلاحظ أن هناك خلاف بين نص المادة 212 مرافعات مصري والمادة 170 أصول مدنية أردني ذلك أن الحالات المستثناة في هذه الأخيرة أكثر اتساعاً حيث لا وجود في قانون المرافعات المصري للأحكام الصادرة في الدفع بالتحكيم

(1) راجع نصوص المواد، 109 ، 111 ، 170 من أصول قانون الموجبات الأردني.

وحجية الأمر المقضي وبمرور الزمن وطلبات التدخل والإدخال والدفع ببطلان أوراق تبليغ الدعوى، لكن المشرع الأردني لم يتطرق إلى الأحكام القابلة للتنفيذ الجبري وكذلك الأحكام الوقائية.

كما أن المشرع المصري أشار إلى الأحكام الصادرة بعدم الاختصاص والإحالة إلى المحكمة المختصة بشكل مطلق لكن المشرع الأردني في القانون المعدل رقم 16 لسنة 2006 يقصر هذا الاستثناء على الاختصاص المكاني فقط وأخيراً فإن النص المصري يلزم المحكمة المختصة في حالة الحكم بعدم الاختصاص والإحالة إليها. أن توقف الدعوي حتى يتم الفصل في الطعن ولا وجود لهذه الفقرة لدى القانون الأردني. وبشكل عام يمكن القول أن مسألة الطعن المباشر على الأحكام التمهيدية تجد متسعاً لها على الصعيد العملي من خلال الاجتهاد الفقهي والقضائي في الأردن عنه في مصر.

هذا ما رصدناه لدى المشرعين المصري والأردني حول قبول مسألة جواز الطعن المباشر على الأحكام التمهيدية بشروط توافر الحالات المشار إليها لدى القانونين باعتبارها حالات مستثناة عن القاعدة العامة، ولكن هل هذا الأمر ينطبق على المشرع الليبي والمغربي؟ هذا ما سوف نبحثه في المبحث الثاني الذي نرسم فيه اتجاهات المشرع وأيضاً الفقه مع التطبيقات القضائية حول المسألة.

المبحث الثاني

فكرة الطعن في الأحكام التمهيدية في القانونين الليبي والمغربي وتقييمها

مقدمة:

لما كانت الأحكام القضائية عملاً بشرياً قد يرد عليه الخطأ والنسيان وقصور الفهم، عليه وجب أن يمكن الخصم الذي خسر خصومته أو لم تلي كل طلباته فرصه إصلاح العيوب التي تجلت في الحكم الصادر من المحكمة، وذلك لتفادي المساوي التي تترتب على التمسك بحكم تمهيدي أو نهائي هو أساساً غير عادل، ولهذا حاولت جل التشريعات أن توفق بين مصلحة الخصوم المتمثلة في السماح بإعادة النظر في تلك الأحكام لتدارك ما علق بها من عيوب أو أخطاء وبين المصلحة العامة التي توجب استقرار الحقوق والمعاملات عن طريق وضع حد للخصومات لتصبح الأحكام عنواناً للحقيقة⁽¹⁾ ولكن ما هو موقف المشرع الليبي وأيضاً المغربي من تلك الأحكام التي سماها هذا الأخير بالأحكام التمهيدية من حيث جواز الطعن فيها مباشرة قبل صدور حكم فاصل في الدعوى برمتها، كذلك هل الفقه الليبي والمغربي لهما رأي في هذه الاشكالية وأخيراً ما رأي القضاء واجتهاده حول المسألة، وعليه سوف نقسم هذا المبحث الي مطلبين وفقاً للآتي:

(1) محمد الكشيور، رقابة المجلس على محاكم الموضوع في المواد المدنية، ط2، 2001، المغرب، ص18.

المطلب الأول

موقف المشرع الليبي والمغربي من

فكرة الطعن في الأحكام التمهيدية

تنص المادة 300 مرافعات ليبي على ما يلي "الأحكام التي تصدر قبل الفصل في موضوع الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة لا يجوز الطعن فيها إلا مع الطعن في الحكم الصادر في الموضوع... الخ" من خلال هذا النص أشار المشرع إلى نوعين من الأحكام الصادرة في الخصومة القضائية أولها تلك التي تصدر قبل الفصل في موضوع الدعوى⁽¹⁾ والتي يمكن تسميتها بالأحكام التمهيدية أي التي تصدر أثناء سير الدعوى القضائية دون أن تؤدي إلى انقضائها ولو كان قد فصل بشكل حاسم في شق من الموضوع أو في دفع أو طلب موضوعي - وهذه الأحكام التمهيدية تنقسم بدورها إلى أحكام إجرائية كالحكم برفض الدفع بعدم الاختصاص أو بعدم القبول أو بوقف الخصومة، وأحكام موضوعية كالحكم بمبدأ التعويض دون تحديد مقداره أو الحكم في موضوع دعوى التزويد الفرعية، وذهب جانب من الفقه⁽²⁾ إلى تسميتها بأنها أحكام غير قطعية أو أحكام صادرة قبل الفصل في الموضوع إلا أن هذا الاتجاه لا نعتقد أنه صحيح والسبب أن مثل هذه التسميات لن تتناول

(1) وتأكيداً على ذلك جاء في الطعن المدني "أن الأحكام طبقاً لما نصت عليه المادة 300 من قانون المرافعات تنقسم إلى طائفتين أحكام صادرة قبل الفصل في الموضوع وهي ليست قاصرة على الأحكام التمهيدية والوقائية بل تشمل جميع الأحكام التي تصدر قبل نظر الدعوى وأثناء نظرها دون أن يفصل في طلبات الخصوم الموضوعية وهذا لا يجوز الطعن فيها فور صدورها إذا كانت لا تنتهي بها الخصومة، وإذا كان الواقع في الدعوى أن الأمر المتظلم منه قضى بقفل المخزن موضوع الدعوى حتى الفصل فيها فقررت المحكمة المطعون في قضائها قبول التظلم شكلاً وفي الموضوع بتأييد الأمر فإن هذا الحكم يكون من الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع ولا تنتهي بها الخصومة ويكون الطعن عليه بالنقض غير جائز، إلا إذا وقع مع الحكم الصادر في الموضوع... طعن مدني رقم 40/7 ق بتاريخ 1995/5/1م بمجلة المحكمة العليا م ع السنة 30 العدد 4، ص65.

(2) أحمد عمر ابوزقية، دروس في قانون المرافعات، الجزء الأول، ومنشورات جامعة قارون، ط1، 2003، ص237.

وبالتوضيح إنطباقها على الأحكام الإجرائية أم على الأحكام الموضوعية الصادرة قبل الفصل في موضوع الدعوى.

أما النوع الثاني في تلك الأحكام المنهية للخصومة، أي صدور حكم نهائي في الخصومة بكاملها سواء من حيث موضوعها أو في إجراءاتها ومن ثم تستنفذ المحكمة ولايتها عنها، فالمشرع كان واضحاً وجلياً في عدم جواز الطعن في تلك الأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى لكن أجاز الطعن فيها مع صدور حكم نهائي وكامل في الدعوى بشرط التمسك بالطعن فيه بعد صدور الحكم المنهية للخصومة. بقي ما هي الحكمة التشريعية التي بسببها منع المشرع الطعن على الأحكام التمهيدية وقصر ذلك على الأحكام النهائية؟

اعتقد أن المبرر ترجع إلى ضرورة الأخذ بمبدأ تركيز الخصومة وعدم تشطيرها بين المحاكم فضلاً عن عرقلة سير العدالة بإطالة أمد التقاضي وتأخر الفصل في الدعوى، ولهذا كان المشرع الليبي واضحاً في الأخذ بمسألة الاقتصاد في الإجراءات أي تركيز مقومات وعناصر الخصومة وأعمالها الإجرائية أمام نفس المحكمة من أجل الفصل في الدعوى بحكم واحد دون بعثرة أسس وأواصل الخصومة، ذلك أن هذه الأخيرة قد تحمل عدة طلبات ويحكم في بعضها قبل الحكم النهائي في الدعوى فإذا قلنا أن تلك الأحكام التمهيدية يجوز الطعن المباشر فيها فهذا يعني أن الخصومة انشطرت وتقطعت أوصالها بين عدة محاكم وهذا الأمر قد يجعلنا أمام تصور أن محكمة الطعن قد تلغي هذا الحكم التمهيدي في الوقت الذي تستمد فيه الخصومة الأصلية، وفي ذلك خسارة في النفقات وتبديد للوقت والجهد، ولهذا تبني المشرع الليبي قاعدة أنه لا يجوز الطعن في الأحكام التمهيدية أي الغير منهية للخصومة سواء تعلقت بالإجراءات أو بالدعوى أو بموضوعها.⁽¹⁾

(1) الكوني أعبودة، مرجع سابق، ص 73-74.

والجدير بالذكر في تكييف الحكم بأنه منهي للخصومة أو غير منه لها هو بما ينص عليه القانون وليس بما تصفه المحكمة أو الخصوم من أوصاف، فلا بد من أن نكون بصدد قضاء في دعوى وأن يكون هذا القضاء قد تمخض عن حكم وضع نهاية لها حتى يمكن القول أن هذا الحكم منه للخصومة⁽¹⁾ هذا الأمر عززته محكمتنا العليا في العديد من أحكامها ومن التطبيقات القضائية لدى المحاكم الليبية⁽²⁾ حول مسألة عدم جواز الطعن في الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع حيث جاء في أحدها "تنقسم الأحكام طبقاً لنص المادة 300 مرافعات إلى طائفتين أحكام صادرة في الموضوع وهى ليست قاصرة على الأحكام التمهيدية والوقائية بل تشمل جميع الأحكام التي تصدر أننا نظر الدعوى دون أن تفصل في طلبات الخصوم الموضوعية سواء، أكانت قطعية أم غير قطعية وهذه الأحكام لا يجوز الطعن فيها فور صدورها إذا كانت لا تنتهي بها الخصومة".⁽³⁾

كما أن القضاء قد صرح بضرورة أن يحتفظ الطرف المحكوم ضده بحقه في الطعن فيها مع الطعن في الحكم الصادر في الموضوع وأن يبدى هذا التحفظ قبل الجلسة الأولى التالية لتبليغه بالحكم ضده فقد جاء في أحد الطعون "أن نص المادة 300 من قانون المرافعات على أن الأحكام التي تصدر قبل الفصل في موضوع الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة لا يجوز الطعن فيها إلا مع الطعن في الحكم الصادر في الموضوع ويسقط حق الطرف الذي خسر الدعوى في تقديم الطعن إذا لم يحتفظ

(1) فتحى والى، الوسيط، مرجع سابق، ص 672.

(2) أن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن جواز الطعن بالنقض على أي حكم انتهائي أياً كانت المحكمة التي أصدرته طبقاً لنص المادة 339 مرافعات مشروط بأن يكون هناك حكم سبق وأن صدر في النزاع ذاته بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضي به، وأن يكون الحكم الانتهائي قد حصل في النزاع ذاته بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضي به وأن يكون الحكم الانتهائي قد فصل في النزاع على خلاف الحكم الأول.

طعن مدني 264/41. تاريخ الطعن 1-1-2000 غير منشور.

(3) طعن مدني لبيي رقم 19 /12 ق تاريخ 1973/11/25، مجلة المحكمة العليا، لسنة 10، العدد 2، ص 77.

به قبل الجلسة التالية لتبليغه الحكم ضده - يدل على أن المشرع يشترط لقبول الطعن في الأحكام الصادرة قبل الفصل الموضوع والتي لا تنتهي بها الخصومة أن يحتفظ المحكوم ضده بحقه في الموضوع وإن يبدي هذا التحفظ قبل الجلسة الأولى التالية لتبليغه بالحكم المذكور، ولما كان الحكم المطعون فيه الصادر بتاريخ 25-06-1969 قد قضى بإلغاء الحكم المستأنف وبقبول الدعوى وإعادة لها إلى محكمة أول درجة للفصل في موضوعها فإنه يكون حكماً صادراً قبل الفصل في الموضوع ولم تنتهي به الخصومة. وكان الثابت أن الطاعنين قد ابلغوا به عند تعجيل المدعين للدعوى أمام محكمة أول درجة نفاذاً له وكانت الأوراق قد خلت مما يفيد احتفاظ الطاعنين بحقهم في الطعن على هذا الحكم مع الطعن في الحكم الصادر في الموضوع فإن حقهم في الطعن يكون قد سقط ويتعين لذلك القضاء بسقوط حق الطاعنين في الطعن على المحاكم المذكورة.⁽¹⁾

وعليه فإن المادة 300 من قانون المرافعات المدنية والتجارية وإن لم تحدد الأحكام الصادرة قبل الفصل في الدعوى التي يجوز أو لا يجوز الطعن فيها على استقلال إلا أنها قد وضعت معياراً لذلك هو إنهاؤها أو عدم إنهاؤها للخصومة إذ نصت على أن الأحكام التي تصدر قبل الفصل في الموضوع وعلى هذا الأساس يكون الحكم بقبول الدعوى غير جائز الطعن فيه فور صدوره لأنه لم يمهله الخصومة بخلاف الأحكام الصادرة بعدم اختصاص المحكمة، أو ببطلان صحيفة الدعوى أو سقوط الخصومة أو بتركها أو بعدم قبولها فإنه يجوز الطعن فيها فور صدورها لأنها منهيبة للخصومة ولا يعقبها حكم في موضوع الدعوى.⁽²⁾

(1) طعن مدني رقم 23/2 ق بتاريخ 77/6/1، مجلة المحكمة العليا، السنة 14 العدد 3- ص 91.
أنظر أيضاً الطعن المدني رقم 20 /4 ق بتاريخ 30-5-1974، مجلة المحكمة العليا، السنة 11 العدد 1- ص 108.

(2) طعن مدني ليبيا رقم 19/2 ق بتاريخ 1973/11/25 مجلة المحكمة العليا، السنة 10 العدد 2، ص 69.

كما جاء في حكم آخر لمحكتنا العليا "إن نص المادة 300 مرافعات وما أشارت إليه من أن الطعن في الأحكام التي تصدر قبل الفصل في الموضوع ولا تنتهي بها الخصومة يسقط الحق فيه إذا لم يحتفظ به إلا أنها اشترطت أن يكون هذا الاحتفاظ قبل الجلسة الأولى التالية لتبليغ الحكم للطرف الذي خسر الدعوى، ولما كان الثابت من الحكم رقم 638-20 أنه قضى بإلغاء الحكم المستأنف وباختصاص القضاء المدني وإعادة القضية إلى محكمة طرابلس للفصل في الموضوع، وكان لا يبين من الأوراق المودعة بالملف أن المطعون ضده أبلغ الطاعن بهذا الحكم ولا يمكن تحديد الجلسة الأولى إلا بعد حصول التبليغ ولا تعتر الجلسة المحددة لنظر الموضوع بعد تعجيل الدعوى هي الجلسة الأولى بالمعنى المقصود بالنص المشار إليه. ومن ثم فلا يكون الطاعن ملزماً بالاحتفاظ بحقه في تقديم طعنه ويكون الدفع به على غير أساس ويتعين رفضه"⁽¹⁾

هذا هو اتجاه القضاء الليبي الذي صرح به صراحة في العديد من أحكامه من أن المحكمة في عدم جواز الطعن استقلالاً لا يرجع إلى عدم تجزئة القضية الواحدة أو تقطيع أوصالها وتوزيعها بين المحاكم وإطالة أمد النزاع أو زيادة المصاريف. وقد يغني الحكم الصادر في الموضوع عن كل ذلك فالحكم الصادر بنذب خبير حسابي لا احتساب مستحقات المطعون ضده (المدعى) فإن هذا الطعن يكون منصباً على حكم ليس صادر في موضوع الدعوى كله وغير منه للخصومة ولا يجوز الطعن فيه إلا مع الحكم الصادر في موضوع الدعوى⁽²⁾. وبذلك يتضح أن نص المادة 300 مرافعات لم تحدد الأحكام التي تصدر قبل الفصل في موضوع الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة بحيث لا يجوز الطعن فيها إلا مع الطعن في الحكم الصادر في الموضوع إضافة إلى أن هذه المادة وإن لم تحدد الأحكام الصادرة قبل الفصل في موضوع

(1) طعن مدني رقم 23/42 ق بتاريخ 1978/6/25 مجلة المحكمة العليا، لسنة 10 العدد 3، ص 75.

(2) طعن إداري رقم 25/19 ق بتاريخ 1982 /-5/5، مجلة المحكمة العليا، لسنة 19 العدد 2، ص 17.

أنظر أيضاً الطعن الإداري رقم 25 /41 ق بتاريخ 1982 /5/5، نفس المجلة، ص 18.

الدعوى التي يجوز أو لا يجوز الطعن فيها على استقلال إلا أنها قد وضعت أساساً لذلك هو إنهاء أو عدم إنهاء الخصومة وعلى هذا الأساس يكون مثلاً الحكم بقبول الدعوى غير جائز الطعن فيه فور صدوره لأنه لم يمه الخصومة.⁽¹⁾

يتضح أن القضاء الليبي كان حريصاً على تطبيق النص القانوني حيث لا اجتهد مع النص الصريح ومن ثم يبقى دور الفقه في تطوير وتطوير تلك النصوص وفقاً لتطور الحياة التي حصلت في التشريعات المقارنة والقريبة من بلادنا بعد أن شهد لها الفكر القانوني بالسمعة الطيبة والتطوير من أجل عدالة بسيطة وسريعة دون إضرار بالخصوم.

هذا الاتجاه هو نفسه الذي سلكه المشرع المغربي حيث نص في الفصل 140 من قانون المسطرة المدنية على "لا يمكن استئناف الأحكام التمهيدية إلا في وقت واحد مع الأحكام الفاصلة في الموضوع وضمن نفس الآجال، ويجب أن لا يقتصر مقال الاستئناف صراحة على الحكم الفاصل في الموضوع بل يتعين ذكر الأحكام التمهيدية التي يريد المستأنف الطعن فيها بالاستئناف".

فالأحكام التمهيدية هي التي تسبق الأحكام الفاصلة في الموضوع وهي التي لا تفصل في جوهر النزاع وإنما تقضي عادة بإجراء من إجراءات التحقيق كالخبرة والمعينة واليمين. هذه المسائل لا يجوز الطعن فيها استقلالاً بل يجب أن تستأنف مع الأحكام الباتة في الموضوع.⁽²⁾ وقد أحسن المشرع المغربي بتسمية تلك الأحكام الصادرة قبل الفصل النهائي على الدعوى بالأحكام التمهيدية وهو ما لم ينص عليه في القانون الليبي.⁽³⁾ بالرغم أن هذا التعبير جرى عليه العمل أمام المحاكم الليبية.

(1) طعن إداري رقم 22/9 بتاريخ 18/3/1976 مجلة المحكمة العليا، لسنة 12، العدد 4، ص 59.

(2) عبدالكريم الطالب، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، ط أبريل، لسنة 2009، المطبعة والوراقة الوطنية،

مراكش، ص 280

(3) أيضاً لم نجد هذه التسمية لدى القانونين المصري والأردني.

وقد أكد القضاء المغربي على هذه الخاصية بقوله "حيث أن الحكم الابتدائي المستأنف صدر بإجراء خبرة قضائية لمعرفة الخسائر اللاحقة بالمرزوعات وهو تمهيدي لا يصح استئنافه إلا مع الحكم الفاصل في الموضوع مما يجعله مخالفاً للمقتضيات القانونية المشار إليها أعلاه مما يعرض القرار للنقض".⁽¹⁾

فالحكم التمهيدي لا يجوز استئنافه إلا مع الحكم الفاصل في الموضوع ضمن نفس الآجال والإجراءات المطلوبة لاستئناف الأحكام.⁽²⁾

المبحث الثاني

تقييم موقف المشرع الليبي من

فكرة الطعن في الأحكام التمهيدية

اعتقد أن المشرع الليبي مازال حبيس نصوص تشريعية منذ خمسينات القرن الماضي ولم يطور من نفسه خاصة في مسائل نظرية الطعن المباشر في الأحكام التمهيدية والتي نعتقد أنها من أهم الوسائل الإجرائية لتصحيح تلك الأخطاء التي قد تقع فيها محكمة الدرجة الأولى، وبالرغم أن المشرع الليبي ما زال ينظر إلى تلك الأحكام التمهيدية على أنها لا تضر بمصلحة الخصوم وبالتالي يجب الطعن فيها بعد صدور حكم فاصل في الدعوى الأصلية حيث أن نص المادة 300 مرافعات قد قطعت أي تفسير أو حلحلة في موضوع الطعن المباشر في تلك الأحكام استناداً على فكرة عدم جواز قطع أوصال الخصومة القضائية أو تقنينها أمام عدة محاكم الأمر الذي سوف يزيد من بطء العدالة وكثرة النفقات مع زيادة الجهد وخسارة للوقت.

(1) القرار عدد 1039، الملف المدني عدد 3099-88 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، ع 18، ص 193.
(2) محمد الغيلالي، الأحكام التمهيدية وأثارها، مقال منشور بمجلة رابطة القضاء، ع 2-3، لسنة 17 ... 1981 ص 62 وبعدها .

هذا الأمر لا نشاطه بل على العكس قد يكون الأجدد أن يتم الطعن في تلك الأحكام التمهيدية مباشرة دون أن يتضرر موقف الخصومة الأصلية، فمثلاً في مسألة الوقف التعليقي للخصومة التي أشارت إليها نص المادتين 247 ، 248 ، مرافعات حيث نجد أن المشرع صرح للمحكمة أن تتوقف عن نظر الدعوى الماثلة أمامها إلى حين الفصل في بعض المسائل تم الدفع بها أمام المحكمة وهو ما أصطلح على تسميته بالوقف القضائي الذي اشترط فيه المشرع أن يدفع به أثناء نظر الدعوى بمسألة أولية أخرى يتوقف على حلها الفصل في الدعوى برمتها وامتلتها كثيرة فلا يجوز مثلاً الاستمرار في نظر دعوى القسمة المتطورة أمام المحكمة الجزئية والفصل فيها قبل الفصل في الدفع الذي أثير أمامها بوجود دعوى كلية تتعلق بملكية العقار وعليه فإن الفصل في هذه الأخيرة يكون لازماً للفصل في الدعوى الأصلية، كما أن الفصل في ذلك الدفع يجب ان يعود إلى محكمة أخرى غير المحكمة التي تنظر الدعوى وعليه يجب على المحكمة أن تحكم بوقف سير الخصومة الأصلية إلى حين الفصل في المسألة الأولية، وهو نفس الحال ينطبق على الوقف القانوني ومن أمثلة ذلك حالة رد القضاة المنصوص عليها على نص المادتين 268-269 مرافعات كذلك حالة التنازع في الولاية المنصوص عليها في القانون رقم 6 لسنة 2006 من قانون نظام القضاء وأخيراً حالة الدعوى المدنية المنفصلة عن الدعوى الجنائية طبقاً لنص المادة 283 إجراءات جنائية التي تنص على " إذا رفعت الدعوى المدنية أمام المحاكم المدنية يجب وقف الفصل فيها حتى يحكم نهائياً في الدعوى الجنائية المقامة قبل رفعها أو أثناء السير فيها".

هذه بعض الأمثلة التي تجيز وقف نظر الدعوى الأصلية إلى حين الفصل في بعض المسائل الأولية ومع ذلك لا يمكن القول بأن الأخذ بمبدأ نظرية الطعن المباشر وفي حدود معينة قد يؤدي إلى تشطير الدعوى القضائية أو تقسيمها أمام المحاكم.

كذلك الحال عندما تكون هناك عدة طلبات معروضة على المحكمة وتحكم في أحدها على سبيل الاستعجال مثل "النفقة الاستعجالية" فمن المعلوم أن الأحكام الاستعجالية أوجب المشرع الليبي ضرورة شمولها بالإنفاذ المعجل طبقاً لنص

المادة 379 مرافعات فهل نقول أنه يجب الانتظار إلى حين الفصل في باقي الطلبات بحكم نهائي في الدعوى بالرغم أن ذلك الحكم الاستعجالي قد يوصف خطأ وقد يسبب ضرر للخصوم. أعتقد أن الأمر مجافي لمنطق العدالة ولهذا جاء نص المادة 383 مرافعات الذي يقضي بحالات التظلم من النفاذ المعجل في ميعاد سبعة أيام أمام المحكمة الاستئنافية ويفصل فيه على وجع السرعة مستقلاً عن الموضوع.

كما أن الدفع بعدم القبول أو بعدم الاختصاص أو بوجود شرط تحكيم وترفضه المحكمة وتستمر في نظر الدعوى بحجة أن هذه الدفوع يجب استئنافها مع الحكم النهائي الصادر محل الخصومة بشكل كامل، أعتقد أنه لا يحقق الفائدة المرجوة من مثل هذه الدفوع المقررة طبقاً للقانون ومصلحة الخصوم، وهو نفس الحال ينطبق على طلبات التدخل سواء أكان هجومياً أو انضمامياً، فمن حق من يدعي أن له حق أن يتدخل هجومياً في الدعوى من أجل حماية حقوقه قبل صدور حكم نهائي في الخصومة الماثلة التي تنظرها المحكمة فإذا كانت هناك دعوى منظورة وحضر شخص من الغير طالباً التدخل في الخصومة إلا أن المحكمة ترفض هذا الطلب وتستمر في نظرها وعلى حالها فهل ينتظر المتدخل إلى أن يفصل في الدعوى ليكون خصماً في الطعن أم عليه أن يرفع دعوى جديدة.

ليطلب بعد ذلك ضمها إلى الدعوى الأصلية، وما هو الحكم أيضاً إذا رفضت المحكمة التي تنظر الدعوى رفض ضم الدعوتين، هذا الأمر يتطلب تدخلاً تشريعياً لحسم مثل هذه المسائل القانونية كما فعل كل من المشرعين المصري والأردني في إطار إصلاح الخدمة القضائية وليس من زاوية التخوف من مسألة تطوير النصوص القانونية التي تخدم العدالة بشكل عام...

ومن الأمثلة التي يمكن أن نسوقها في هذا البحث أيضاً القضاء برفض الدعوى المقابلة⁽¹⁾ التي لها ارتباط وثيق الصلة بالدعوى الأصلية فمن غير المنطق أن يترك المشرع الليبي مثل هذه المسائل بعدم قبول الطعن فيها مباشرة حتى قبل الفصل في الخصومة بحكم منه واعتبارها استثناءات في نص المادة 300 مرفعات وهو نفس الحال ينطبق على رفض الدفع ببطلان الإعلانات أو الاختصاص المحلي وأيضاً الأحكام المتعلقة بالتنفيذ الجبري.

الخاتمة

يتبين من خلال بحثنا أن بعض التشريعات ومنها الليبي والمغربي لم يتبنيا فكرة الطعن المباشر في الاحكام التمهيدية أي التي تصدر أثناء سير الدعوى القضائية قبل الفصل النهائي والكامل فيها.

وقد أيد بعض الفقه هذا الاتجاه وسار القضاء الليبي على نفس هذا النهج باعتباره يطبق نصوص قانونية لا يستطيع الخروج عنها طالما كانت صريحة وقاطعة، إلا أن بعض التشريعات تخلصت من مسألة الخوف من فكرة تقتيت أو اصل الخصومة القضائية وانحازت إلى فكرة العدالة عن طريق تصحيح الإخطاء التي قد تقع فيها محكمة الدرجة الأولى ولهذا كان لها موقف جد مهم وسليم في المحافظة على القاعدة العامة التي لا تجيز الطعن في الأحكام التمهيدية إلا بعد صدور حكم نهائي في الخصومة ولكن مع التقرير ببعض الاستثناءات التي اعتبرتها تلك التشريعات حالات خاصة خارجة عن النص العام خدمة لمبدأ الاقتصاد في الإجراءات ولهذا نرى أنه على المشرع الليبي أن يطور من نفسه وفقاً للاتجاهات الحديثة حول الموضوع وذلك بتبني بعض الاستثناءات التي يمكن الطعن فيها مباشرة قبل صدور حكم نهائي في الدعوى والسير على طريق ونهج تبناه المشرع الأردني والمصري في

(1) الدعوى المقابلة هي التي يرفعها المدعي عليه أثناء نظر الدعوى الأصلية ليكون فيها مدعياً ولديه طلبات مستقلة عن تلك المدرجة في الدعوى الأصلية.

هذا السياق وخاصة في القرارات المتعلقة بالأمر الاستعجالية والتنفيذ الجبري ووقف الدعوى وطلبات التدخل والإدخال وأيضاً عدم قبول الدعوى المقابلة وطلبات رد القضاة ناهيك على عدم قبول الدفع الخاصة بعدم الاختصاص ووجود شرط التحكيم وبطلان أوراق الإعلانات والتقدم، وأخيراً الدفع بحجة الأمر هذه الأمور في مجملها لا نرى أنها قد تؤثر على أوصال الخصومة أو تفتيتها بل على العكس تضمن تحقيق عدالة سريعة مضمونها تحقيق الأمن والأمان والاطمئنان للخصوم.

وعلى الفقه القانوني أن يساهم في دراسة هكذا مواضيع حتى يقرب الصورة إلى المشرع ومن ثم إلى القضاء خدمة للعدالة.

النتائج

1- المشرع المصري أرسى قاعدة عامة مفادها أنه لا يجوز الطعن في الأحكام التمهيدية التي تصدر أثناء سير الخصومة القضائية إلا بعد صدور حكم ينهي كامل الخصومة وعندها يصبح الطعن على الأحكام ممكناً إذا توافرت شروطه. إلا أنه خرج عن هذه القاعدة بإستثناءات صرح بموجبها مكانية الطعن في الحكم التمهيدي الصادر أثناء سير الدعوى وحددها على سبيل الحصر مثل الأحكام الوقتية والمستعجلة والصادرة بوقف الدعوى والأحكام القابلة للتنفيذ الجبري وأخيراً الأحكام الصادرة بعدم الاختصاص والإحالة على المحكمة المختصة وحالة الارتباط التي قررتها محكمة النقض المصرية من خلال تطويع النصوص.

2- سلك المشرع الأردني نفس النهج الذي سلكه المشرع المصري إلا أنه أضاف بعض الحالات المستثناة علاوة على ما سبق ذكره وهي الدفع بوجود شرط تحكيم، وبحجية الأمر المقضي أو بمضي المدة وطلبات التدخل والإدخال حالة رفضها وأيضاً عدم قبول الدعوى المقابلة والدفع ببطلان أوراق التبليغ للدعوى وبعدم الاختصاصي المكاني.

3- المشرع الليبي وأيضاً المغربي بقيا على وضعهما من خلال تطبيق القاعدة العامة دون استثناءات ومن ثم لا يجوز الطعن في الأحكام التمهيدية إلا بعد صدور حكم فاصل في الدعوى بكاملها وهذا ما أكده القضاء وأيضاً الفقه.

التوصيات

1- نوصى المشرع الليبي بتطوير تشريعه والالتحاق بمركب التشريعات المتطورة في هذا المجال خدمة للعدالة القضائية.

2- على المشرع الليبي أن يورد بعض الاستثناءات على نص المادة 300 مرافعات بحيث يجوز الطعن في بعض الأحكام التمهيدية دون انتظار صدور حكم نهائي وكامل في الدعوى كما فعل المشرع الأردني.

3- الفقه الليبي عليه دور كبير بتوضيح فكرة الطعن في الأحكام التمهيدية عن طريق نشر الفكر القانوني حول الموضوع.

4- على طلاب العلم الغوص والتعمق في نص المادة 300 مرافعات ليبي وإمكانية طرح بعض الاستثناءات عن القاعدة من خلال رسائل الماجستير وأطروحات الدكتوراه.

5- يجب على مؤسسة العدالة تطويع النصوص القانونية بما يخدم الخصوم.

انتهى

المراجع

أولاً - الكتب:

1. أحمد أبو الوفاء، التعليق على قانون المرافعات، الجزء الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1979م.
2. أحمد أبو الوفاء، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، منشأة المعارف الإسكندرية، ط4، 1980.
3. أحمد عمر أبوزقية، دروس في قانون المرافعات، الجزء الأول، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي، ط1، 2003.
4. أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003.
5. الكوئي عبودة، قانون علم القضاء، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، ط1، 1998.
6. رمزي سيف، الوجيز في قانون المرافعات المدنية التجارية، مكتبة النهضة، ط1، 1957.
7. عبدالكريم الطالب، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، المطبعة الوراقة الوطنية، مراكش، المغرب، 2009.
8. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، 2001، ط3.
9. محمد العشماوي، عبد الوهاب العشماوي، قواعد المرافعات، ج2، المطبعة النموذجية، 1958.
10. محمد الكشور، رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية، المغرب، ط2، 2001.
11. محمود مصطفى يونس، نظرية الطعن المباشر، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2001.

12. مصطفى الدراجي، الثبات النسبي لإطار الخصومة الابتدائي، المكتب الجامعي الحديث، 2017.

13. نبيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003.

ثانياً - المجلات

1. محمد الفيلاي، الأحكام التمهيدية وأثارها، مقال منشور بجملة رابطة القضاء العدد 2، 3، السنة 17، 1981م.

2. وجدى راغب، الطعن المباشر في الأحكام الصادرة في طلبات وقف النفاذ المعجل مقال منشور بمجلة - العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، العدد الأول،

ثالثاً - القوانين

1. قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري .

2. قانون الموجبات الأردني رقم 24 لسنة 1988.

3. قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي.

4. المجلات // مجلة المحكمة العليا الليبية.

خيار العودة لدستور 1951م المعدل

(آفاق واشكاليات)

إعداد الدكتور: محمد نجيب أحمد الكبتي

كلية القانون جامعة مصراتة

يعد الدستور القانون الأساس في كل دولة، حيث تشكل قواعده الأساس الذي يبين شكل الدولة والسلطات العامة فيها، والحقوق والحريات العامة، التي يجب أن يتمتع بها المواطن، وتتصدر القواعد الدستورية النظام القانوني في الدولة، وتخضع له كافة القواعد القانونية الأخرى، فالدستور هو الذي يمنح للدولة وجودها القانوني، ويُسمح لها في أن توجد في الحياة الدولية، ويُشكل ضماناً للحقوق والحريات في وجه التعسف والاضطهاد الذي تمارسه السلطة السياسية.¹

وقد أقر الشعب الليبي ممثلاً في الجمعية الوطنية التأسيسية التجربة الدستورية الأولى في 7 أكتوبر 1951م، والذي أعلن استقلال ليبيا على أساسه في 24 ديسمبر 1951م، كدولة ذات سيادة، في نظام اتحادي، إلى أن عدل الدستور بموجب القانون رقم "1" لسنة 1963م، الذي اعاد هيكله الدولة من دولة اتحادية إلى دولة بسيطة موحدة.²

ويُشكل دستور 51م مرجعية مهمة وأساساً انطلقت منه الدولة الليبية بعد الاستقلال، وتحقق في ظلّه تكوين الدولة الحديثة وظهور مؤسساتها الدستورية إلى حيز الوجود في إطار الاقليم الليبي الموحد، إلا أن القواعد الدستورية تصبح غير منسجمة ومتناغمة مع التغيرات والتطورات التي تطرأ على الأوضاع السياسية والاقتصادية والاجتماعية في الدولة بمرور الزمن، فالقاعدة الدستورية - كأى قاعدة تنظيمية اجتماعية - تتأثر بالظروف المحيطة وتؤثر فيها، وتكيف وحاجات المجتمع

المتغيرة والمتجددة، فيصبح التعديل ضرورة تستلزمها سنه التطور، ففكرة التعديل ترافق الدساتير منذ ظهورها، لكي لا تصطدم برفض الشعب في شكل ثورة أو انقلاب."3

في ظل هذه المعطيات هل يمكن العودة لدستور 51م، وهل تواكب نصوصه التطورات على الساحة الليبية، وبما يتفق والمعايير الدولية، وهل يسمح هذا الدستور بتعديله حسب ما تضمنه من نصوص في هذا الشأن.

لأجل توضيح هذه الجوانب والاجابة على هذه التساؤلات نخصص خطة البحث التالية:-

المطلب الأول: طبيعة الدساتير وأساليب تعديلها.

المطلب الثاني: تقييم دستور 51م، وامكانية تعديله.

المطلب الأول:

طبيعة الدساتير وأساليب تعديلها.

تُقسم الدساتير بحسب طريقة تعديلها إلى دساتير جامدة يشترط لتعديل أحكامها اتباع اجراءات خاصة أشد من تلك التي يتم بها تعديل القوانين العادية، ودساتير مرنة تعدل أحكامها بذات اسلوب تعديل القوانين العادية.

نعرض لدراسة هذا التقسيم وأساليب التعديل في الفروع التالية:

الفرع الأول : الدساتير المرنة: كما سبق ان اشرنا الدستور المرن هو الذي

يمكن تعديله بنفس الاجراءات التي تعدل بها القوانين العادية، مما يعني أن هذه الدساتير تأخذ ذات القيمة القانونية المقررة لهذه القوانين، بأن تستطيع القوانين العادية أن تعدل النصوص الدستورية التي يتضمنها الدستور المرن."4" حيث تملك السلطة المختصة بالتشريع تعديل الدستور باتباع نفس الاجراءات التي تتبعها في تعديل القوانين. وبذلك تخفي كل تفرقة شكلية بين القواعد الدستورية المرنة، والتشريعات العادية ولا يبقى إلا الاختلاف الموضوعي بينهما، بحكم اختلاف

طبيعة الموضوعات والمسائل التي يتناولها كل منهما. ويترتب على هذا النهج تمتع السلطة التشريعية بسلطات واختصاصات واسعة في إجراء التعديلات الدستورية لكي تتناسب مع التشريعات العادية التي ترغب في إصدارها.

ومن الجدير بالملاحظة أنه ليس هناك تلازم بين الدساتير العرفية والدساتير المرنة، فقد يكون الدستور عرفياً ولكنه جامد يتطلب تعديله اجراءات وشروط معينة، ومن أمثلة الدساتير المرنة الدستور الانجليزي، حيث يستطيع البرلمان تعديل القواعد المكتوبة وغير المكتوبة دون اتباع اجراءات خاصة. كذلك ينطبق هذا الوصف على كل من الدستور الايطالي لسنة 1848م، والروسي لسنة 1918م، والفرنسي لسنة 1930م، وهي دساتير مدونة ولكنها مرنة. "5"

تبين مما سبق أن الدساتير المرنة تمتاز بسهولة تعديلها، ما يجعلها تواكب التطورات السياسية والاجتماعية في الدولة، كما يجنب البلاد الأزمات السياسية والثورات التي تعصف بالدستور من جراء صعوبة تعديله.

وتساعد مرونة الدستور على ثباته واستقراره طالما أنه يتلاءم مع الواقع المعاش داخل الدولة. لكن في ذات الوقت قد تكون مرونة الدستور عيباً يعتريه، لأن ذلك يؤدي إلى ضعف قداسة وهيبة الدستور في أعين الهيئات الحاكمة من ناحية ومواطني الدولة من ناحية أخرى.

كما يخشى أن تغري سهولة في التعديل السلطة التشريعية إلى إجراء تعديلات لا ضرورة لها، ولا تقتضيها المصلحة السياسية والاجتماعية للبلاد-أو يكون دافع هذه التعديلات أغراضاً شخصية للحكام، كتمديد فترات رئاسية وتعددتها، إضافة إلى البواعث والأهواء الحزبية البغيضة.

كل ذلك يؤدي إلى العبث بقدسية الدستور، وزعزعة الاستقرار والثبات للأوضاع السياسية في الدولة.

فهل هذا يعني وجوب أن يكون الدستور جامداً، لنرى ذلك في الفرع التالي.

الفرع الثاني: الدساتير الجامدة: هي التي يتطلب في تعديلها اجراءات خاصة أشد من تلك الاجراءات المقررة في تعديل القوانين العادية، وغاية ذلك اضاء قدر من الثبات والاستقرار على أحكام الدستور.

ويتحقق هذا الجمود بتحديد هيئة تتولى التعديل خلاف السلطة التشريعية التي تملك تعديل القوانين العادية، أو اشتراط اتباع اجراءات معينة عند إجراء التعديل، كاشتراط اجتماع مجلسين تشريعيين (الشيوخ-النواب) في هيئة مؤتمر في الدول التي تأخذ بنظام المجلسين، أو اشتراط أغلبية معينة أعلى من الأغلبية اللازمة لتعديل القوانين، وأخيراً قد يشترط عرض التعديل على الاستفتاء الشعبي، وسواء اجتمعت هذه الشروط والاجراءات كلها أو بعضها، فإنه يكفي فيها أن تختلف عن الشروط والاجراءات المتبعة في تعديل القوانين العادية، وهو ما يؤدي إلى وصف الدستور بالجمود.

ويرتبط جمود الدستور بإمكانية تعديله من عدمها، فقد يكون الجمود مطلقاً عندما يحظر التعديل نهائياً على كافة نصوص الدستور، وقد يكون، جزئياً عندما يقتصر حظر التعديل على بعض المواد.

وفي حالات أخرى يكون حظر التعديل نسبياً يقتصر على نصوص معينة لفترة زمنية محدودة، فيما يعرف بالحظر الزمني للتعديل، يقابله الحظر الموضوعي الذي يقتصر على نصوص معينة فقط.

ولا يرى الفقه عيباً في اشتراط عدم التعديل الجزئي زمنياً كان أو موضوعياً، ولكنه يرفض الحظر المطلق ويعتبره باطلاً لا قيمة قانونية له، لأنه يتعارض مع سنة التطور، ويجاني أيضاً المبادي القانونية المنطقية المسلم بها فقهاً، فالسلطة التأسيسية التي وضعت الدستور ابتداءً هي سلطة صاحبة سيادة، لا تملك أن تقيد سلطة تأسيسية لاحقة لأنها هي الأخرى صاحبة سيادة أيضاً. وهذا ما يتفق مع ما أقره إعلان حقوق الانسان لسنة 1973م في مادته 28 "للشعب الحق دائماً في أن يراجع

دستوره ويعدّله ويغيره، ولا يملك جيل معين أن يُخضع لقوانينه الأجيال اللاحقة". "7"

وبقياس التجارب الدستورية الليبية بهذه المعايير، نلاحظ أن دستور 51م كان دستوراً جامداً، حيث أشرت في مادته 198 لإجراء التعديل نصاباً معيناً يكون بانعقاد مجلس الأمة وبأغلبية موصوفة لقرار التعديل، أما التجربة الدستورية الثانية تمثلت في الاعلان الدستوري الصادر في 1969/12/2م الذي رأى أغلب الباحثين في القانون الدستوري بأنه دستور مرن، لأنه لم يشترط إجراءات مميزة لتعديله وفق ما نصت عليه م 37 منه التي أجازت - لمجلس قيادة الثورة - آنذاك تعديل الدستور، وهي ذات السلطة التي وضعته، كما أن الاعلان لم يُسمح بالطعن بعدم الدستورية فيما يصدر عن المجلس من تشريعات وأوامر، حيث ان الطعن بعدم الدستورية لا يتحقق إلا في ظل الدساتير الجامدة. "6"

ويعيش الشعب الليبي التجربة الثالثة حالياً في الإعلان الدستوري الصادر في 2011/8/3م، الذي نص في مادته 36 على عدم جواز تعديل الاعلان إلا من السلطة المختصة بالتشريع وبأغلبية ثلثي أعضائها. وهو ما يسم الاعلان بأنه جامد. أما آخر التجارب الدستورية التي لم تر النور بعد والمتمثلة في مشروع الدستور الذي أقرته الهيئة التأسيسية في 2016/4/19م الذي نص في مادته 217 ، في سبعة بنود تتعلق بإجراءات تعديل الدستور، على حظر زمني وموضوعي لتعديل لبعض نصوص الدستور، إضافة إلى بعض القيود على آلية اقتراح التعديل وكيفية اقراره، وهو ما يدخل الدستور المقترح ضمن الدساتير الجامدة .

الفرع الثالث: تعديل الدستور: الدساتير مكونة من مجموعة قواعد تنظيمية اجتماعية؛ تتأثر بالظروف والمستجدات، بالمجتمع، وهو ما يقتضي تكييفها مع حاجات الجماعة السياسية والاقتصادية والاجتماعية، و يدعو إلى القول بأن فكرة تعديل الدستور ضرورة تستوجبها سنة التطور والتغير، فعدم السماح بتعديل

الدستور أمر يغير طبيعة الجماعة في أن تفرض على نفسها قواعد قانونية لا تستطيع تبديلها.

لكل ذلك أجمع الفقه على ضرورة الأخذ بمبدأ تعديل الدستور، لكن السؤال هنا من هي السلطة المختصة بإجراء التعديل، وحدود اختصاصها، وآلية اقتراح وإقرار التعديل؟

نستعرض النقاط التالية للإجابة على هذه التساؤلات:

أولاً: السلطة المختصة بالتعديل: اختلفت آراء الفقه ومن ثم الدساتير في تحديد الجهة المختصة بإجراء التعديل، فجانب من الفقه اسنده إلى الشعب، لأن الدستور هو العقد الاجتماعي الذي تحقق بإجماع أفراد المجتمع عليه، ونال موافقتهم، وبالتالي التعديل لا يتم إلا من خلال إجماع هذه الإرادة مرة أخرى.

كما ذهب اتجاه آخر إلى اسناد مهمة التعديل للسلطة المختصة بالتشريع باعتبارها تمثل إرادة الشعب من خلال نوابه في البرلمان، وأضاف آخرون إلى ذلك بأن يُعرض التعديل بعد ذلك على الاستفتاء الشعبي. "8"

وعادة يحدد الدستور الجهة التي تسند لها مهمة إجراء التعديل، فالدستور الليبي لسنة 51م أسند سلطة التعديل لمجلس الأمة- النواب، الشيوخ- على أن يُصدق عليه الملك بعد إقراره م198، كذلك الاعلان الدستوري الصادر في 3/8/2011م، جعل الاختصاص بتعديل الدستور للسلطة المختصة بالتشريع وأغلبية ثلثي الأعضاء م36.

وهنا يثور السؤال عن مدى حرية هذه السلطات في التعديل؟ بمعنى هل تتمتع بحرية مطلقة في ذلك أم يتوجب عليها مراعاة القيود التي نص عليها الدستور. سنوضح ذلك في التالي:-

ثانياً: نطاق التعديل : سلطة التعديل هي سلطة منشأة فهي سلطة مقيدة بالنطاق المحدد بالدستور، لأن سلطة التعديل تدين للنصوص الدستورية بوجودها ونشاطها، فعليها أن تحترم ما جاء في تلك النصوص، سواء فيما يتعلق بموضوع

التعديل أو الاجراءات التي يجب عليها اتباعها عند ممارستها لاختصاصها، فهي تخضع لقواعد تسبق وجودها، وهنا يظهر الفرق بينها وبين السلطة التأسيسية الأصلية، التي لا تخضع لقواعد تسبق وجودها، فهي سلطة مطلقة من كل قيد، إلا قيد احترامها للفكرة القانونية والسياسية السائدة في الجماعة والتي تقوم عليها الدولة.

ولا يحد من سلطة التعديل إلا ما ينص عليه الدستور ذاته، بشأن تحديد النطاق الذي يُمكن أن يشملته التعديل، فيما يعرف بالحظر، الموضوعي والحظر الزمني، وأثناء تعرض الدولة لظروف استثنائية . ويكون الحظر موضوعياً، عندما ينص الدستور على عدم جواز تعديل بعض المواد، رغبة منه في المحافظة على دعائم نظام الحكم، وحماية الفكرة الأساسية التي يقوم عليها، ومن الدساتير التي فعلت ذلك الدستور الفرنسي لسنة 1946م، و1958م اللذان نصا على عدم جواز تعديل الشكل الجمهوري للدولة. كذلك الدستور المغربي لسنة 1972م، الذي حظر تعديل النصوص المتعلقة بالنظام الملكي، والدستور الجزائري لسنة 76م الذي منع تعديل النظام الجمهوري أو دين الدولة والحريات الأساسية، كذلك ما نص عليه " دستور الليبي لسنة 51م في مادته 197 الذي لم يسمح باقتراح تنقيح النصوص الخاصة بشكل الحكم الملكي وبنظام وراثته العرش، وبالحكم النيابي وبمبادئ الحرية والمساواة التي كفلها الدستور. "9"

أما الحظر الزمني يكون عندما يحظر الدستور تعديل أحكامه إلا بعد انقضاء فترة زمنية معينة حتى تثبت أحكامه قبل السماح بتعديلها، وتحقيق أكبر قدر من الاستقرار والثبات للأوضاع في الدولة، خاصة عند إقامة نظام سياسي جديد عقب الاستقلال أو الثورة.

ومن الدساتير التي اتبعت هذا الاسلوب الدستور اليوناني لسنة 1930م، والذي حرم تعديل أحكامه إلا بعد مرور خمس سنوات على صدوره لحماية للنظام الجمهوري الجديد. كذلك مشروع الدستور الليبي لسنة 2016م في مادته 217 على عدم جواز تعديل أحكامه إلا بعد انقضاء خمس سنوات من تاريخ دخوله حيز النفاذ.

تظل هذه النصوص التي تحد من سلطة التعديل، تتمتع بالقوة القانونية الملزمة لهذه السلطة طيلة نفاذ الدستور، ويقع باطلاً أي تعديل يتعارض معها.

المطلب الثاني

تقييم دستور 51م وامكانية العودة إليه

نادى العديد من الساسة في ليبيا بعد ثورة 17 فبراير 2011م، بعودة العمل بدستور 51م، المعدل بالقانون رقم 1 لسنة 63م، بعد إجراء بعض التعديلات عليه باستبدال النظام الملكي بالنظام الجمهوري الرئاسي، بدعوى أن هذا الدستور يضم مواد ذات أهمية تتعلق بالحقوق والحريات الأساسية، والشفافية، لكن بالمقابل فإن دستور 51م وتعديلاته قد يكون صالحاً كمرجعية مفيدة للنقاش، إلا أنه لا يبدو ملائماً للعودة إليه، خاصة فيما يتعلق بنظام الحكم وتنظيم السلطات العامة، والتي يجب أن تقوم على التوازن فيما بينها، وهذا عيب لا يمكن معالجته باستبدال الملك بالرئيس المنتخب، فالتغيرات المحلية والدولية قد تجاوزت نصوص هذا الدستور، ولم يعد يواكبها، فالأمر يحتاج إلى تغيير جذري يمس الفكرة التي أسس عليها الدستور في ذاته، لكن كل ذلك لا ينفي كما أسلفنا أن به نصوصاً يمكن اعمالها ونقلها عند صياغة دستور جديد للبلاد.

فما هي المزايا التي يمكن التعويل عليها في نصوص دستور 51م؟ والتي تُشكل ملمحاً ديمقراطياً، وما هي العيوب التي يجب استبعادها من أي عمل دستوري قادم، نوضح هذه الجوانب في الفروع التالية:-

الفرع الأول: الجوانب الديمقراطية وغير الديمقراطية: يتضمن

الدستور العديد من النصوص التي تتوافق مع المعايير الدولية للديمقراطية، رغم أنها غير كافية لوحدها، وتحتاج إلى نصوص أخرى تعاضدها وتكملها، ومن هذه النصوص:

1- استقلال القضاة في أعمالهم، بنصه في م 145 على أن " القضاة مستقلون ولا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون، وهم غير قابلين للعزل....". لكن

يؤخذ عليه أنه منح الملك الحق في العفو الكامل عن العقوبة المحكوم بها، أو تخفيفها م 77. كما أنه يُعيّن رئيس ومستشاري المحكمة العليا بمرسوم ، ولا تنفذ أحكام الإعدام الصادرة عن المحاكم اللبية إلا بعد موافقة الملك عليها. م 76.

2- يُمنح الدستور أعضاء السلطة التشريعية قدراً من الاستقلالية، عن ناخبهم، حيث يعتبر عضو مجلس الأمة ممثلاً لكل أفراد الشعب، كما لا يجوز للسلطة التي عينته - مجلس الشيوخ- أو انتخبته- مجلس النواب- تحديد وكراته بأي قيد أو شرط، م 108، كما تنص المادة 136 على آيتين للتغلب على حق النقض الممنوح للملك، حيث يُمكن تمرير أي قانون بعد رفضه من الملك بموافقة ثلثي الأعضاء لمجلسي النواب والشيوخ، في المرة الثانية ، وعلى الملك في هذه الحالة التصديق على القانون واصداره خلال ثلاثين يوماً من إبلاغه بالقرار. وإذا تعذر حصوله على هذه الأغلبية، يُعرض القانون في انعقاد آخر للمرة الثالثة ويكفي لتمريره من المجلسين حصوله على أغلبية بسيطة النصف +1، وهنا الملك يصدق عليه ويصدره خلال ثلاثين يوماً، فالملك يمنحه الدستور سلطة التصديق على القوانين واصدارها المواد 62،135، ولكن هذه السلطة ليست مطلقة ففي الحالات سبق الإشارة إليها يكون الملك ملزماً بالتصديق وإصدار القانون.

وإن كان ذلك يخلق قدراً من التوازن بين السلطات، الملك وسلطات مجلس الأمة، إلا أن كامل أعضاء مجلس الشيوخ يعينهم الملك، كما يختار رئيسه. المواد 94،97، وهذا لا يتفق مع قواعد الديمقراطية التي تقتضي أن يكون مجلس الشيوخ منتخباً بوصفه أحد روافد السلطة التشريعية، و أداة التعبير عن إرادة الشعب، فهو ذو طبيعة تمثيلية، كما أن رئيس المجلس يجب أن ينتخب من المجلس ذاته.

3- على الرغم من أن الدستور يتضمن العديد من النصوص التي توفر الحماية للحقوق والحريات في المجتمع، المواد من 12 إلى 35 في مواجهة الممارسات غير الديمقراطية من قبل السلطات العامة، إلا أنه يضم في الوقت ذاته عناصر تقيد هذه الحقوق، حيث نجد في ذيل أغلب المواد عبارة "على النحو الوارد بالقانون" أو "في الأحوال التي ينص عليها القانون" أو باستثناء الحالات التي يحددها القانون".

فهذه النصوص وإن كانت تفيد في التأكيد على أن السلطة المخولة بوضع هذه القيود أو التحديد بأن يكون ذلك بقانون يصدر عن السلطة التشريعية، وليس بقرار من السلطة التنفيذية، لكن إضافة إلى ذلك كان . يجب أن يتضمن النص تحديد هذه القيود بشكل واضح وأن لا تمس جوهر الحقوق الأساسية للإنسان، وأن تُطبق بشكل عام دون استثناءات. وان الغرض منها تحقيق أهداف مشروعة . كل ذلك كان غائباً عن نصوص الدستور 51م.

4- الرقابة والتوازن بين السلطات في غاية الأهمية، خاصة عندما تكون السلطة التنفيذية قوية، المتمثلة في الملك والحكومة التي يُشكلها كما في نصوص دستور 51م، الذي يعطي الكثير من الصلاحيات للملك دون أن تكون هناك وسائل للرقابة على هذه السلطات، فالملك مصون وغير مسئول م59، ويصدق على القوانين ويصدرها ويضع اللوائح لتنفيذها المواد 62،63، الملك هو القائد الأعلى للقوات المسلحة، وهو من يعلن الحرب ويعقد الصلح والمعاهدات، ويعلن الأحكام العرفية وحالة الطوارئ، المواد 69،70،68. كذلك الملك هو من يعين رئيس الوزراء ويقيله ويعين الممثلين الدبلوماسيين، وينشي المصالح العامة ويعين كبار الموظفين ويعزلهم، وغيرها من النصوص التي تعطي الملك سلطات واسعة تجعل من نظام الحكم ملكياً مطلقاً، يكون الملك فيه فوق القانون يتمتع بسلطات واسعة لا يتمتع بها رئيس منتخب في نظام ديمقراطي . وهو ما يجعل اقتراح استبدال كلمة الملك بالرئيس في الدستور الجديد مع تقليل صلاحيات الملك يعد نوعاً من العبث ولن يؤدي إلى إصلاح الخلل في التوازن بين السلطات الثلاثة في الدولة.

5- يفتقد الدستور إلى نصوص واضحة بشأن الانتخابات عدا ما تعلق بمجلس النواب، باعتبار الانتخابات احد أهم المبادئ والآليات الأصلية لتحقيق الديمقراطية، فحق التصويت في انتخابات سرية ودورية، ومنح فرص متكافئة للترشح للمناصب العامة، ووجود هيئات خاصة مستقلة لإدارة انتخابات، هي من المسائل الأساسية التي أغفلها دستور 51م، فنص المادة 176 التي تتعلق بالإدارة المحلية لم توجب أن تدار الوحدات الإدارية المحلية بهيئات منتخبة من الوسط الاجتماعي

الذي تعمل فيه، بل جعلت حتى تشكيل مجالس محلية هو أمر جوازي، وهو ما جعل عند التطبيق نظام الإدارة طيلة فترة الحكم الملكي نظاماً إدارياً مركزياً لا تتمتع فيه البلديات والمحافظات بأي سلطات في اتخاذ القرارات النهائية في شأنها المحلي، حيث كان المحافظون وعمداء البلديات ومجالس البلديات والمحافظات يتم تعيينهم مباشرة من السلطة المركزية في العاصمة.

الفرع الثاني: امكانية تعديل دستور 51 م: تمر عملية تعديل الدستور 51 بمرحلتين، اقتراح التعديل أولاً ثم اقراره ثانياً وتقتصر عملية الاقتراح على الملك ومجلسي النواب والشيوخ، واستبعد الشعب من الاشتراك في هذه العملية، على خلاف الذي تأخذ به بعض الدساتير، كالدستور الأمريكي والسويسري، ودستور ايطاليا لسنة 47م. التي تعطي الحق في جمع قدر معين من التوقيعات للمواطنين لاقتراح اجراء تعديلات على الدستور.

وتناولت المادة 196 من الدستور جانب اقتراح التعديل ولم يحدد النص نسبة معينة يجب توافرها لصحة الاقتراح كما فعل عند اقراره.

أما المرحلة الثانية المتمثلة في اقرار التعديل فقد تناولتها المادة 198 من الدستور وحددت مجموعة من الشروط لذلك منها:

1- اشتراط نصاب معين لصحة انعقاد جلسة المناقشة والاقتراع، بأن يحضرها ثلاثة أرباع الأعضاء في كل مجلس .

2- أن يكون الانعقاد والمناقشة والتصويت لكل مجلس منفرداً وبالتالي لا يجوز انعقاد المجلسين في شكل مؤتمر موحد.

3- اشتراط النص أن يتحصل التعديل على أصوات ثلاثة ارباع الأعضاء الحاضرين لكي يتم إقراره.

ويستبعد الدستور مرة أخرى الشعب بعدم النص على عرض التعديل على الاستفتاء الشعبي. ويرى جانب من الفقه الدستوري أن ذلك لا يُشكل عيباً يصم

الدستور، لأن ضعف النضج السياسي والثقافي لدى الشعوب يجعل من الاستفتاء خدمة للحكام ووسيلة دعاية لهم. "10"

وكان أهم التعديلات التي اجريت على دستور 51م، التعديل الذي جرى بموجب القانون رقم 1 لسنة 1963 الذي نقل البلاد من دولة اتحادية إلى دولة موحدة بسيطة، حيث كان ذلك مطلباً ملحاً لعموم الشعب الليبي قبل إعلان الاستقلال في 24 ديسمبر 1951م. كما اعاد التعديل هيكلية الإدارة المحلية بأن قسم المملكة إلى عشرة وحدات إدارية-المحافظات-تسمى بقرار من مجلس الوزراء، ويرأس كل منها محافظ يعيّن بمرسوم ملكي م 201.

وفق هذه المعطيات هل يتأتى إجراء تعديل على نصوص هذا الدستور لكي يكون صالحاً للعمل به في الوقت الحاضر من جانبنا نرى أن هناك صعوبات قانونية وعملية تقف مانعاً من ذلك منها:

1- يتطلب إجراء التعديل موافقة ثلثي مجلس الشيوخ، وذلك لا يتأتى لعدم وجود هذا المجلس في الواقع الليبي حالياً.

2- غياب الملك الذي يشترط الدستور تصديقه على التعديل وإصداره بعد موافقة مجلس الأمة.

كل ذلك يجعل من إجراء تعديل جوهري على نصوص دستور 51م، المعدل أمراً بالغ الصعوبة إن لم يكن مستحيلاً، وفق التطورات والمستجدات في الواقع الليبي والدولي، وهو ما يقتضي إيجاد صياغة جديدة للقواعد الدستورية التي تبين شكل الدولة، وطبيعة نظامها السياسي، وتنظم السلطات العامة واختصاصاتها والحقوق والحريات العامة لمواطنيها، وبما يواكب المتغيرات المحلية والدولية.

الخاتمة

من خلال ما تم دراسته للجوانب المتعلقة بالدستور الليبي لسنة 51م وتعديلاته، توصلت إلى النتائج والتوصيات التالية:

أولاً : النتائج:

1- ينتمي الدستور إلى عائلة الدساتير الجامدة، وفق المعايير التي وضعها الفقه في هذا الشأن، حيث يشترط الدستور لتعديله اجراءات وشكليات، معينة غير معهودة في تعديل التشريعات النافذة.

2- يتضمن الدستور حظراً موضوعياً على جانب مهم فيه يمنع المساس به في حالة إجراء أي تعديل، والمتمثل في شكل الحكم الملكي، ونظام وراثته العرش.

3- من الشروط التي نص عليها الدستور لتعديله، موافقة ثلثي مجلس الشيوخ وضرورة تصديق الملك على التعديل بعد إقراره من مجلس الأمة، وهذا لا يتأتى حالياً، لعدم وجود مجلس الشيوخ وغياب الملك.

4- يعطي الدستور سلطات مطلقة واختصاصات واسعة للملك في إدارة شؤون الدولة، مما يشكل اختلالاً بالتوازن والفصل بين السلطات.

ثانياً: التوصيات :

يتضمن الدستور نصوصاً يمكن البناء عليها عند صياغة قواعد دستورية مقبلة للبلاد، خاصة فيما يتعلق بالحقوق والحريات نوصي بالاستئناس بها.

2- اغلب نصوص الدستور لا تواكب التطورات والمتغيرات السياسية والاجتماعية محلياً ودولياً، وبالتالي لا تبدو العودة لهذا الدستور خياراً متاحاً من الناحية السياسية وممكناً من الناحية القانونية.

الهوامش

- 1- راجع - د. يحيى الجمل - النظام الدستوري - مطبوعات جامعة الكويت - 1961 - ص 62 - كذلك د. حقي إسماعيل البربوتي - القانون الدستوري - دار الشعب للطباعة والنشر والتوزيع - مصراتة 2004م - ص 50 وما بعدها.
- 2- لمزيد من التفصيل راجع د. إسماعيل مزرة - القانون الدستوري - دار صادر - بيروت 1969 - ص 166 وما بعدها.
- 3- د. رمزي طه الشاعر - النظرية العامة للقانون الدستوري - مطابع دار السياسة - الكويت 1972 - ص 648، كذلك د. إسماعيل مزرة - المرجع السابق - ص 120.
- 4- راجع د. عبدالغني بسيوني عبدالله - الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري - مطابع السعدني - القاهرة 2004 - ص 504. كذلك د. حقي البربوتي - مرجع سابق - ص 53.
- 5- راجع في الشأن د. عبدالفتاح حسن - النظام الدستوري في الكويت - بدون دار نشر 1968م، ص 37، كذلك د. عثمان خليل عثمان - المبادي الدستورية العامة - مكتبة وهبة - القاهرة - 1953م.
- 6- لمزيد من التفصيل راجع د. عبدالرضا حسين الطعان - التنظيم الدستوري في ليبيا - الجزء الأول - منشورات جامعة بنغازي 1995م - ص 134 وما بعدها.
- 7- راجع د. إسماعيل مزرة - مرجع سابق - ص 317، كذلك تروث بدوي - النظم السياسية - الجزء الأول - دار النهضة العربية القاهرة - 1970، ص 85.
- 8- لمزيد من التفصيل راجع د. حقي البربوتي المرجع السابق - ص 106.
- 9- د. عبدالغني بسيوني عبدالله، المرجع السابق - ص 338، وما بعدها.
- 10- أنظر د. إسماعيل مزرة - مرجع سابق - ص 338، وما بعدها.

المصادر

- 1- د. إسماعيل مزرة- القانون الدستوري- دار صادر- بيروت 1969.
- 2- د. تروث بدوي- النظم السياسية- الجزء الأول- دار النهضة العربية القاهرة-1970م.
- 3- د. حقي إسماعيل البربوتي- القانون الدستوري- دار الشعب للطباعة والنشر والتوزيع-مصراتة 2004م.
- 4- د. رمزي طه الشاعر- النظرية العامة للقانون الدستوري- مطابع دار السياسة- الكويت 1972.
- 5- د. عبدالغني بسيوني عبدالله- الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري- مطابع السعدني-القاهرة 2004م.
- 6- د. عبدالفتاح حسن- النظام الدستوري في الكويت- بدون دار نشر 1968م.
- 7- د. عبدالرضا حسين الطعان- التنظيم الدستوري في ليبيا- الجزء الأول- منشورات جامعة بنغازي 1995م .
- 8- د. عثمان خليل عثمان-المباني الدستورية العامة- مكتبة وهبة القاهرة -1953م.
- 9-الدستور الليبي لسنة 51م-الطبعة الثالثة -دار المنار القاهرة 2011م.
- 10-الاعلان الدستوري الصادر في 2011/8/3م، دار الشورى- طرابلس 2011م.
- 11-مشروع الدستور الليبي -صادر عن الهيئة التأسيسية لصياغة الدستور ابريل 2016م.

جريمة التنصت الهاتفي

في القانونين الليبي والمصري

” دراسة مقارنة ”

مقدم من الأستاذ : علي محمد إبراهيم خليفة

عضو هيئة تدريس بكلية القانون بنالوت

مقدمة

لاشك أن مراقبة المحادثات الهاتفية من أخطر صور الاعتداء على الحق في خصوصية الإنسان باعتبارها تكشف أدق أسرار حياته الخاصة دون علمه، فضلا عن امتدادها لأسرار حياة أشخاص آخرين أبرياء لمجرد اتصالمهم بالشخص الموضوع هاتفه تحت المراقبة . ولذا ينبغي عدم تقرير مشروعيتها إلا بصورة استثنائية وبمقتضى قانون يحدد الحالات التي يجوز فيها مراقبة المحادثات الهاتفية، والضمانات التي يقرها منعا للتعسف، وأن يعمل القانون جاهدا على إقامة التوازن بين حق المجتمع في مقاومة الجريمة، وتوفير الأمن لأفراده وبين حق الفرد في الخصوصية مع تقرير المسؤولية الجنائية والمدنية لكل من يقدم على مراقبة المحادثات في غير الأحوال المنصوص عليها قانونا أو بالمخالفة للشروط المقررة لمشروعيتها.⁽¹⁾

وحرصا من المشرع الليبي على حماية المحادثات الهاتفية من التجسس والتلصص التي زادت بفضل التقدم العلمي مع بداية القرن التاسع عشر، وإدراكا

(1) فادية أبو شهبه، الحق في الخصوصية، المجلة الجنائية القومية القاهرة، مصر، م 40 ع 3، 2، 1،

منه لأهميتها باعتبارها مجالاً لأسرار الحياة الخاصة فقد عمل على تجريمها حيث أشار في قانون العقوبات في المادة (244) إلى موضوع إفشاء الرسائل التي يراد منها المحادثات الهاتفية من قبل موظف البريد حيث نصت المادة المذكورة أعلاه على أنه (يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر كل موظف عمومي تابع لمصلحة البريد والتليفون والبرق أخفى أو أوقف أو أحر رسالة أو اطلع عليها وأفشى للغير ما حوته).⁽¹⁾ وفي هذه المادة نص المشرع الليبي على أنه " يراد من ((الرسالة)) المكاتيب والمحادثات التليفونية والبرقيات وما إلى ذلك من وسائل الإرسال ."⁽²⁾

وفي المقابل جرم المشرع المصري في قانون العقوبات في المادة (309 مكرر) استراق السمع والتسجيل ونقل المحادثات حيث نصت على أنه (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة كل من اعتدى على حرمة الحياة الخاصة للمواطن، وذلك بأن ارتكب أحد الأفعال الآتية في غير الأحوال المصرح بها قانوناً أو بغير رضا المجني عليه : أ . استرق السمع أو سجل أو نقل عن طريق جهاز من الأجهزة أيا كان نوعه محادثات جرت في مكان خاص أو عن طريق التليفون .)⁽³⁾

إضافة إلى أنه جرم كذلك إفشاء أمر من الأمور التي تحصل عليها وذلك في نص المادة (309 مكرر أ) حيث نصت على أنه (... ويعاقب بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات كل من هدد بإفشاء أمر من الأمور التي تم التحصل عليهم...)⁽⁴⁾

(1) موسوعة قانون العقوبات والتشريعات المكتملة له حتى سنة 2005، منشورات المركز القومي للدراسات القانونية وبحوث حقوق الإنسان، ط 1، 2006 م، ص 65 .

(2) المرجع السابق، ص 65 .

(3) نصوص قانون العقوبات المصري حسب آخر تعديلاته، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2010 م، ص 155 وما بعدها .

(4) المرجع السابق، الصفحات نفسها .

إشكالية البحث موضوع الدراسة :

يثار التساؤل عن مدى مشروعية التنصت على المكالمات الهاتفية من عدمه، فموضوع دراستنا والذي يدور حول " جريمة التنصت الهاتفية " وذلك في غير الأحوال المصرح بها قانونا من الموضوعات الشيقة بالنسبة للشخص الذي يسعى للمحافظة على أسرار حياته وعدم الاطلاع عليها، ومن هنا برزت عدة تساؤلات أهمها : هل يصح تغليب مصلحة على أخرى ؟ أم أنه بالإمكان إقامة توازن وتوافق بين المصلحة العامة وتخويل سلطة الدولة في اتخاذ الإجراءات والتحري لإثبات الجريمة ونسبتها للجاني مع توفير الأمن اللازم للمجتمع وتطبيق القانون أو للوقاية منها، وبين مصلحة الفرد في حماية حرمة حياته الخاصة وعدم إهدار حرته والتدخل في خصوصيته ؟ فالسؤال الذي يطرح نفسه هنا : كيف نوفق بين حق الفرد في حرمة محادثاته الهاتفية، وبين حق الدولة في البحث عن الأدلة اللازمة لإثبات الحقيقة ؟

أهمية البحث موضوع الدراسة :

تبرز أهمية البحث موضوع الدراسة في بيان مدى الحماية الجنائية التي يوفرها قانون العقوبات الليبي للمحادثات الهاتفية مقارنة بما جاء في التشريع المصري، فمن المفيد إثارة هذا الموضوع رغبة في توضيح المسؤولية الجنائية لمن يتنصت على المكالمات الهاتفية باعتبارها مظهرا من مظاهر حرمة الحياة الخاصة للإنسان، وكل ذلك لكي يتسنى لنا إحداث نوع من المقارنة بين ما ورد في التشريع الليبي والتشريع المصري بشأن هذا الموضوع بغية الكشف عن جوانب القصور القائم في خيارات المشرع الليبي إن وجدت، لاسيما في جانب مدى كفاية الحماية الجنائية التي يوفرها المشرع الليبي للمحادثات الهاتفية .

وكذلك فإن دراسة جريمة التنصت الهاتفية جاءت نتيجة النقص الذي يوجد في الدراسات القانونية في التشريع الليبي، وعدم دراسة هذا الموضوع بشكل دقيق ومعرفة الأحكام التي تتعلق بهذا الموضوع محل الدراسة، مقارنة بالتشريع المصري وما جاء فيه من أحكام حيال هذا الموضوع .

خطة البحث :

سنتناول في بحثنا هذا الطبيعة الفنية لهذه المراقبة وذلك في المبحث الأول وكذلك أساليب التنصت الهاتفي وذلك في المبحث الثاني والجزء القانوني للتنصت الهاتفي في المبحث الثالث وذلك كالاتي . :

المبحث الأول

الجانب الفني للتنصت الهاتفي

يعد التنصت الهاتفي من أخطر الوسائل التي تقرر استثناء حق الشخص في حياته الخاصة كتفتيش المنازل وكذلك ضبط المراسلات والاطلاع عليها، فبالإضافة إلى أنها تتم دون علم الشخص محل المراقبة إلا أنها كذلك تتيح سماع وتسجيل أدق الأسرار وذلك بشكل منفرد يستطيع التفتيش أو الاطلاع على الرسائل أو الوصول إليها فضلا عن امتدادها إلى أشخاص آخرين أرباء بمجرد اتصالمهم عن طريق الهاتف بالشخص الموضوع تحت المراقبة⁽¹⁾

لذلك يتحقق السلوك الإجرامي بارتكاب أحد الأفعال كاستراق السمع والتنصت أو تسجيل المحادثات أو نقلها، حيث أن المشرع الليبي لم ينص على تجريمها صراحة برغم أن المشرع المصري قد نص عليها صراحة في المادة (309 مكرر ق.ع.م).⁽²⁾

من خلال ما سبق سنتطرق بالحديث عن ماهية التنصت الهاتفي والمحادثات الهاتفية وكذلك ضبط المراسلات وذلك كما يلي :

(1) صفية بشاتين، الحماية القانونية للحياة الخاصة "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون،

جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2012 م، ص 215 .

(2) نصوص قانون العقوبات المصري حسب آخر تعديلات، مرجع سابق، ص 155 وما بعدها .

المطلب الأول

تعريف التنصت الهاتفي

يجدر بنا الحديث عن تعريف التنصت الهاتفي في اللغة و الاصطلاح ولدى شرح القانون .

أولاً : التنصت في اللغة :

التنصت من نصت بمعنى السكوت، وأنصت استمع الحديث وتنصت تسمع والإنصات الاستماع إلى الصوت مع ترك الكلام⁽¹⁾.

ثانياً : التنصت في الاصطلاح :

اختلف الفقهاء حول تعريف التنصت الهاتفي فقد عرفه البعض بأنه " الاستماع سراً بوسيلة أياً كان نوعها إلى كلام له صفة الخصوصية أو سري صادر من شخص ما أو متبادل بين شخصين أو أكثر دون رضا أي من هؤلاء"⁽²⁾.

كما عرفه جانب من الفقه بأنه " تلك العملية التي تتم باستخدام وسائل تقنية لها صلة مباشرة بنوعيتها السلوكية واللاسلكية والتي من خلالها يتم بث الكلام المتفوه به وتثبيته واستغلال المفيد منه في التحري والتحقيق "، ويقصد به " الكلام المتداول بين الأشخاص المستهدفين أو الوسيط المتوغل فيه "، ويقصد به أيضا " الكلام الواضح والمشفر والذي عادة ما يتبناه المجرمون باستعمال رموز أحيانا تكون سهلة الفهم وأحيانا تحتاج إلى تحليل"⁽³⁾.

(1) مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، دار المعارف، القاهرة، 1980 م، ص 2/925 .

(2) آدم آدم البديع، الحق في حرمة الحياة الخاصة ومدى الحماية التي يكفلها له القانون الجنائي، منشورات المتحدة للطباعة، القاهرة، مصر، ط 1، 2000 م، ص 538 .

(3) بن عمار مقني، بو راس عبد القادر، التنصت على المكالمات الهاتفية واعتراض المراسلات للوقاية من جرائم الفساد، الملتقى الوطني حول الآليات القانونية لمكافحة الفساد، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، يومي 2،3/ ديسمبر 2008م، ص14.

واستخدم المشرع الليبي مصطلح أخفى أو أوقف أو أحر رسالة أو اطلع عليها وأفشى للغير ما حوته والتي تحمل نفس معنى التنصت أو التسمع، حيث يثري جانب من الفقه تعريفه بقوله أن هذا الأخير " إجراء تحقيقي يباشر خلسة وينتهك سرية الأحاديث الخاصة، تأمر به السلطة القضائية بهدف الحصول على دليل غير مادي للجريمة ويتضمن من ناحية أخرى استراق السمع إلى الأحاديث، وهي تعتبر أيضا وسيلة هامة من الوسائل الحديثة للبحث والتحري تستخدمها الضبطية القضائية لمواجهة الإجرام الخطير وتم عبر وسائل الاتصال السلوكية واللاسلكية ".⁽¹⁾

المطلب الثاني

تعريف ضبط المراسلات

يقصد بالمراسلات : جميع أنواع الرسائل المكتوبة والبرقيات أيا كانت الطريقة التي ترسل بها سواء كانت مطروف مغلق أو مفتوح أو أن تكون الرسالة عبارة عن بطاقة مكشوفة كما اعتبر القانون أن ضبط المراسلات إجراء من إجراءات التحقيق التي تستقل بمباشرتها سلطة التحقيق⁽²⁾.

ويرى جانب آخر من المختصين أن المراسلات يقصد بها " التخابر والاتصال بين الأفراد فيما بينهم سواء بالكتابة أو غيرها أي سواء كانت رسائل بريدية أو مكالمات هاتفية " ⁽³⁾ كما فسرتها المادة 244 حيث نصت على أنه " ...

(1) ياسر الأمير فاروق، مراقبة الأحاديث الخاصة في الإجراءات الجزائية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، ط 1 2009 م، ص 150 .

(2) خليفة كلندر عبد الله حسين، ضمانات المتهم في مرحلة التحقيق الابتدائي في قانون الإجراءات الجنائية "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط 1، 2000 م، ص 418 . 419 .

(3) عبد الرحمن ميلودة، مرجع سابق، ص 85 .

ويراد من ((الرسالة)) المكاتيب والمحادثات التليفونية والبرقيات وما إلى ذلك من وسائل الإرسال " (1)

ويعرفها بعض شراح القانون المدنى على أنها " الورقة المكتوبة التي يبعث بها شخص إلى آخر، ينقل بها فكرياً أو ينهى إليه أمراً وتقوم على نقل هذه الرسالة عادة مصلحة البريد كما قد يسلمها شخص مباشرة بطريق رسول تتم بالتفاهم كما لو كان المرسل إليه أصم " (2)

المطلب الثالث

تعريف المحادثات الهاتفية

المحادثة لغة : مكالمة والمحادثة والتحدث والتحدث والتحديث (3).

واصطلاحاً : هي " الأحاديث المتبادلة بين شخصين في مكان خاص أو عن طريق التليفون ويتم الاستماع إليها بواسطة جهاز أياً كان نوعه " (4).

إذا تعتبر هذه المحادثات أسلوباً من أساليب الحياة الخاصة للفرد وتمتع بجرمة تكفل لها الحماية ضد جميع وسائل التنصت والاستماع بحيث لا يجوز مطلقاً تسجيلها أو مراقبتها بأية وسيلة إلا وفق أحكام وحالات وشروط ينص عليها القانون (5) بحكم أنها تنطوي على أدق خصوصيات المرء سواء فيما تعلق بحمايته

(1) موسوعة قانون العقوبات الليبى، مرجع سابق، ص 65 .

(2) عبد الرزاق السنهوري، الوصيف فى شرح القانون المدنى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1968 م، ص438.

(3) محمد أبى بكر الرازى، مختار الصحاح، دار صادر، بيروت، لبنان، ط 1 / 2008 م، ص 88 . كذلك الطاهر أحمد الزاوى، مختار القاموس، الدار العربية للكتاب، 1984 م، ص 131 .

(4) محمد حلمى حسان، الحماية الجنائية للمحادثات الهاتفية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، مصر، 2008 م، ص 214.

(5) إبراهيم كمال محمد، الضوابط الشرعية والقانونية لحماية حقوق الإنسان فى اتصالاته الشخصية فى الفقه الإسلامى والقانون الجنائى، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، ط 2010 م، ص 125 .

العائلية أو المهنية أو السياسية فهنا يثق المتحدث من عدم استراق وفضول الغير على أحاديثه فيفصح عن أدق أسرار حياته دون حرج أو خوف من المتحدث إليه، فهذا يعتبر التنصت كسفا صريحا لسرية حديث المتحدثين⁽¹⁾.

والمقصود بالحديث هنا " كل صوت له دلالة التعبير عن مجموعة من المعاني والأفكار المترابطة " ولا يشترط في المحادثة في موضوعنا أن تتم باستخدام لغة معينة فلا عبرة باللغة التي يجري بها الحديث طالما أنها مفهومة أو يمكن فهمها لمن أراد ذلك⁽²⁾.

المبحث الثاني أساليب التنصت الهاتفي

سنتناول هذا المبحث في ثلاث مطالب أولها استخدام جهاز التنصت على الحديث أيا كان نوعه وثانيها عدم رضا الجاني عليه باستراق السمع وثالثها خصوصية مكان المحادثة موضوع استراق السمع وذلك كالاتي :

المطلب الأول

استخدام جهاز التنصت على الحديث أيا كان نوعه

أوجب المشرع المصري ضرورة استخدام الجاني . في سبيل تنفيذ هذه الجريمة . جهازا سواء كان بسيطا أو كان من أحدث ما قد يتوصل إليه العلم مستقبلا من الأجهزة المتطورة واستعمال أحدث الأجهزة يؤكد على خطورة الفعل وإصرار الجاني على ارتكاب الجريمة، ذلك أن الأجهزة حديثة التطور تسهل تسجيل الأقوال بفاعلية أكثر .

(1) أحمد فتحي سرور، رقابة المكالمات التليفونية، المجلة الجنائية القومية، م 6 ع 1 مارس، 1963 م، ص 146.

(2) محمد محمد مصباح القاضي، الحماية الجنائية للحرية الشخصية في مرحلة ما قبل المحاكمة الجنائية " دراسة مقارنة "، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008 م، ص 252 .

فى حين نجد أن التشريع الليبى يفتقر لنص يجرم فيه استخدام جهاز أيا كان نوعه للتنصت على محادثات الغير إلا أن المشرع المصرى لم يغفل عن هذه النقطة حيث اشترط فى المادة (309 مكرر ق.ع.م)⁽¹⁾ أن ترتكب الجريمة عن طريق جهاز من الأجهزة أيا كان نوعه للتنصت على محادثات جرت فى مكان خاص أو عن طريق الهاتف فى غير الأحوال المصرح بها قانونا أو بغير رضا المجنى عليه فالجريمة لا ترتكب إذا لم يستعمل الجاني جهازا من الأجهزة المتطورة التى أنتجها التقدم العلمى الحديث⁽²⁾.

لذلك ينبغى بيان المقصود بكل أسلوب من أساليب التنصت الهاتفى وذلك كالآتى :

الفرع الأول : استراق السمع :

يقصد باستراق السمع أى التنصت هو " الاستماع خلسة إلى الحديث الهاتفى وفى غفلة من المتحدث والمتحدث إليه سواء تم ذلك بالأذن المجردة أو باستخدام جهاز من الأجهزة المتخصصة فى ذلك"⁽³⁾.

ولقيام هذا الفعل الذى جرمه القانون لا يشترط بالضرورة تحقيق نتيجة إجرامية معينة وإنما يكفي مجرد التنصت على المحادثات الهاتفية بغض النظر عن الضرر الذى أحيانا تسببه والدليل على ذلك أن المشرع الجنائى المصرى لم يشترط

(1) نصوص قانون العقوبات المصرى حسب آخر تعديلات، مرجع سابق، ص 155 وما بعدها .

(2) أحمد حلمى السيد يوسف، الحماية الجنائية لحقوق الإنسان فى حياته الخاصة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 1983 م، ص 261 .

(3) عبد الله على سعيد بن ساحورة، الحماية الجنائية لحرمة المسكن، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2002 م، ص 388 .

فى نص المادة (309 مكرر ق.ع.م.)⁽¹⁾ إلا السلوك الإجرامى المتمثل فى استراق أو تسجيل المحادثة الهاتفية⁽²⁾.

الفرع الثانى : تسجيل الحديث :

يقصد بتسجيل الحديث " حفظ الحديث المتبادل بين اثنين على أشربة مخصصة لذلك حتى يتمكن من إعادة الاستماع أو الاطلاع على مضمونه عند طلب ذلك " ⁽³⁾، فالمشروع لم يحدد نوعا أو أنواعا معينة من الأجهزة وإنما ترك ذلك دون تحديد مواكبا للتطور العلمى الرهيب فى مجال اختراع وإنتاج الأجهزة الحديثة فى هذا المجال⁽⁴⁾.

الفرع الثالث : نقل الحديث :

عرف الفقهاء نقل الحديث بأنه " استراق السمع عن طريق جهاز لإرساله من المكان الذى يقال فيه إلى مكان آخر بواسطة جهاز " ⁽⁵⁾ ولم يشترط المشروع هنا أن يتم النقل بجهاز معين وإنما استخدم عبارة بجهاز من الأجهزة أيا كان نوعه⁽⁶⁾.

(1) قانون العقوبات المصرى حسب آخر تعديلات، مرجع سابق، ص 155 وما بعدها .

(2) محمد حلمى محمد حسان، مرجع سابق، ص 215 .

(3) ياسين تاج الدين سلامة نوفل، الحماية الجنائية للحياة الخاصة " دراسة مقارنة "، أطروحة دكتوراه، جامعة المنصورة، مصر، 2012 م، ص 287 .

(4) محمود أحمد طه، التعدي على حقوق الإنسان فى سرية اتصالاته الشخصية بين التجريم والمشروعية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط 2، 1999 م، ص 44 .

(5) محمد زكى أبو عامر، الحماية الجنائية للمحادثات والأوضاع الخاصة، جريمة الإعتداء على الحياة الخاصة، بحث مقدم إلى مؤتمر الحق فى حرمة الحياة الخاصة المنعقد بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية، مصر، 4 . 6 يونيو، 1987 م، ص 5 .

(6) محمود أحمد طه، مرجع سابق، ص 44 .

المطلب الثانى

عدم رضا المجنى عليه باستراق السمع

لاكتمال الركن المادى فى جريمة التنصت الهاتفى يجب أن يتم فعل التنصت دون رضا المجنى عليه⁽¹⁾. وهذا ما نصت عليه المادة (309 مكرر ق.ع.م)⁽²⁾ فالأصل العام أن رضا المجنى عليه لا يلعب دورا فى إطار التجريم ولا يعتبر سببا للإباحة، ومع ذلك فقد رتب المشرع أن هناك بعض الحالات التى تكون لإرادة المجنى عليه أثراً من حيث إباحة الفعل⁽³⁾.

ويترتب على هذه الإباحة إسقاط وصف التجريم على الفعل مما يطلق عليه وصف المشروعية بصورة استثنائية التى لا يجوز الحكم على مرتكب هذا الفعل بعقوبة أو باتخاذ أى تدبير عقابى اتجاهه⁽⁴⁾. ويكمن أساس هذه الإباحة فى أن الاعتداء ينصب على مصالح خاصة للفرد بأن سمح للغير حرية التصرف والتدخل فيها دون أن يضر بمصالح المجتمع فى شيء⁽⁵⁾.

فالمشرع المصرى جعل لرضا المجنى عليه أهمية بالنسبة للجرائم التى تقع على الحق فى حرمة المحادثات الهاتفية عكس المشرع الليبى الذى لم ينص على ذلك . ولكى ينعدم الركن المادى لجريمة التنصت الهاتفى يجب أن يصدر الرضا من صاحب الحق أو ممن يملكه قانونا ويجب أن يكون صادرا عن إرادة حرة بأن لا يكون وليد

(1) محمود أحمد طه، مرجع سابق، ص 168 .

(2) نصوص قانون العقوبات المصرى، مرجع سابق، ص 155 وما بعدها .

(3) عبد الرحمن جمال الدين حمزة، الحق فى الخصوصية فى مواجهة حرية الإعلام " دراسة مقارنة بين القانون الوضعى والشريعة الإسلامية "، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، مصر، 2002 م، ص 191 .

(4) أحمد فتحي سرور، الوسيط فى قانون العقوبات، القسم العام، مطابع الأهرام التجارية، القاهرة، مصر، بدون طبعة، سنة 2010 م، ص 175، مشار إليه فى محمد رشاد القطعاني، الحماية الجنائية للحق فى حرمة الاتصالات الشخصية، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، مصر، 2009 م، ص 216 .

(5) ممدوح خليل بحر العاتى، حماية الحياة الخاصة فى القانون الجنائى " دراسة مقارنة "، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1983 م، ص 338 .

إكراه أو تهديد مادي أو معنوي وأن يكون الرضا سابقا أو معاصرا لارتكاب الجريمة وكذلك أن يكون الرضا محددًا، فرضا الشخص بالاستماع إلى حديثه في وقت معين لا يعني رضا نهائي دائم بالاستماع إلى جميع محادثاته المستقبلية⁽¹⁾.

وعموما ولكي يتحقق الركن المادي لجريمة التنصت الهاتفى يجب أن يرتكب فعل التنصت في غير الأحوال المرخص بها قانونا ويقصد بهذه الأحوال الأفعال التي استمدت صفتها المشروعة من القانون مباشرة ويتطلب القانون لصحة القيام بالفعل توافر شروطاً معينة منها : أن يتوفر السبب المنشئ لهذه السلطة، ويجب أن يكون ذلك التصريح أو الترخيص مطابقا للشروط الشكلية والموضوعية التي يحددها القانون. إلا أن البعض يرى اشتراط المشرع الأحوال المرخص بها قانونا ليس سوى إسهابا ولا يضيف شيئا سوى التوضيح⁽²⁾.

المطلب الثالث

خصوصية مكان المحادثة موضوع الاستراق والتنصت

إن حضر التنصت الهاتفى يعتبر من قبيل الحماية الوقائية للحق في الخصوصية إلا أنه أثير خلافٌ فقهيٌ حول مفهوم المكان الخاص باعتباره معيارا لتحديد الحماية الجنائية .

فالمكان الخاص هو المكان المغلق الذي لا يمكن دخوله إلا من قبل أشخاص تربطهم صلة خاصة وبرضا صاحب المكان ولو كان عددهم كبيرا ولا يستطيع من كان بالخارج مشاهدة ما يجري أو سماع ما بداخله ولو كان الموضوع عاما لا علاقة

(1) حسنى محمد السيد الجذع، رضا المجنى عليه وآثاره القانونية دراسة مقارنة " أطروحة دكتوراه " ، كلية الحقوق جامعة القاهرة 1983، ص 173 . مشار إليه في محمد رشاد القطعاني، مرجع سابق، ص 227 وما بعدها .

(2) عبد الرحمن جمال الدين حمزة، مرجع سابق، ص 195 .

له بالحياة الخاصة لقائله⁽¹⁾، والاستفادة من الحماية القانونية المقررة للمكان الخاص لا تقتصر على صاحبه فقط وإنما تمتد إلى كل من يوجد فيه⁽²⁾.

والمكان العام هو كل مكان يستطيع أي إنسان أن يدخل إليه أو يمر منه سواء أكان ذلك دون قيد أو كان بمقابل استفتاء شرط ما ويكون المكان عاما بطبيعته أو بتخصيص⁽³⁾.

فهنا نرى غالبية الفقه والتشريعات تأخذ بضرورة الأخذ بالمعيار الموضوعي وهو الاعتداد بطبيعة المكان لإضفاء الخصوصية على الحديث واعتبر الحديث الذي دار في مكان خاص أو عن طريق الهاتف دليلا على الخصوصية حتى وإن لم يتناول حديثا خاصا . وفق ذلك يعتبر الحديث خاصا متى تم في مكان خاص بينما يعتبر عاما متى تم في مكان عام بغض النظر عن مضمون الحديث⁽⁴⁾.

وهنا نجد أن المشرع الليبى لم ينص على هذه الجريمة صراحة وتوفير الحماية الجنائية للمحادثات وحل هذه الإشكالية على خلاف المشرع المصرى الذي أخذ بهذا المعيار واستند في ذلك إلى نص المادة (309 مكرر ق.ع . م) والتي نصت على أنه " استراق السمع أو سجل أو نقل عن طريق جهاز من الأجهزة أيا كان نوعه محادثات جرت في مكان خاص " ⁽⁵⁾، وكذلك المادة (95 ق.إ.ج.م) حيث نصت على أنه " ... أو إجراء تسجيلات لأحاديث جرت في مكان خاص "

(1) محمد زكى أبو عامر، الإجراءات الجنائية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، ط 7، 2005 م، ص 557 .

(2) حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، ص 117 .

(3) عبد الرحمن جمال الدين حمزة، مرجع سابق، ص 179 .

(4) محمود أحمد طه، مرجع سابق، ص 68 .

(5) نصوص قانون العقوبات المصرى حسب آخر تعديلات، مرجع سابق، ص 155 وما بعدها .

وكذلك المادة (206 ق.إ.ج.م) والتي نصت على أنه " أن تقوم بتسجيلات لمحادثات جرت في مكان خاص "⁽¹⁾.

المبحث الثالث

الجزء القانوني لجريمة التنصت الهاتفى

يعد استخدام وسائل الاتصال الخاص تلك التي يتم نقل المحادثات الشخصية بين طرفين تتعلق بأمر شخصية وقد اختلفت وسائل ذلك الاتصال الخاص فيما مضى كانت وسيلة الهاتف وتقتصر على المحادثات الصوتية وكان القانون يفرض لها حماية خاصة من الانتهاك أما في العصر الحديث فقد تعددت وسائل الاتصال الخاص وتطورت إمكانياته فمنها مثلا البريد الإلكتروني وغرف الدردشة عبر الإنترنت والتي يتم فيها نقل الكتابة والصوت والصور من خلالها .

والقاعدة العامة التي تحكم البث الخاص هي الموازنة ما بين القانون وحرية الاتصالات ذلك من حيث سلطة الرقابة على الاتصالات وبين لزوم احترام الحق في الخصوصية في بث الاتصال الخاص، فالأولى تمارس سلطة الرقابة قبل الأشخاص يتم تأسيسها على القاعدة الوقائية التي تلزم الجميع بضرورة احترام القانون، في حين أن الثانية تبرز تلك الحرية التي يمارسها الأفراد من حيث ممارسة حقوقهم الشخصية على ألا تتجاوز حدود الممارسة الاعتداء على حقوق الغير⁽²⁾.

ومن خلال الموازنة بين مصلحة الدولة ومصلحة الأفراد فإن المشرع الجنائي لا يتوانى عن حماية هذه الحقوق والحريات وذلك من خلال تجريم الأفعال الماسة بها ومعاقبة مقترفيها، وعند التوازن بين هاتين المصلحتين لا يجوز أن تكون حماية المصلحة العامة وسيلة للعصف بالحقوق والحريات وأن هذه الضمانة التي تتمتع بها

(1) قانون الإجراءات الجنائية المصري، دار العربي، القاهرة، مصر، ط 1، 2008 م، ص 127 .

(2) أيمن عبد الله فكري، جرائم نظم المعلومات "دراسة مقارنة"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية،

مصر، 2007 م، ص 634 .

الحقوق تعتبر قيدا على الإجراءات الجنائية التي تتخذ لاقتضاء حق الدولة في العقاب تحقيقا للمصلحة العامة ولقد كفل المشرع جزاء جنائيا للمعتدي على حرمة الحياة الخاصة بالتنصت غير المشروع على المحادثات الهاتفية، وهذا الجزاء لا بد أن يستهدف تحقيق أغراض معينة في نفس الوقت ولا بد أن يتجنب الآثار السلبية التي من الممكن أن تترتب عليها⁽¹⁾.

حيث إن هذه الجزاءات تنطوي على عقوبات أصلية متمثلة في الحبس وعقوبات تكميلية متمثلة في المصادرة ومحو التسجيلات⁽²⁾. كما أن الجزاء الجنائي المقرر لمرتكب هذه الجريمة ليس واحدا في جميع الأحوال فهناك حالات يشدد فيها العقاب كما أن هناك حالات يخفف فيها العقاب وعلى ضوء ما تقدم سنوضح العقوبات الأصلية في المطلب الأول والعقوبات التكميلية في المطلب الثاني وذلك على النحو التالي :

المطلب الأول

العقوبة الأصلية

أفرد المشرع المصري لجريمة التنصت الهاتفى في غير الأحوال المصرح بها قانونا وبغير رضا المجني عليه عقوبة أصلية تتمثل في الحبس إذا كان الجاني فردا عاديا⁽³⁾. وذلك في المادة (309 مكرر ق. ع. م) حيث نصت على أنه "... يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن سنة كل من اعتدى على حرمة الحياة الخاصة للمواطن..."⁽⁴⁾ نلاحظ أن المشرع المصري نص في هذه المادة على حد أقصى

(1) سالم رمضان أبويكر امساعد، تطور الجزاء الجنائي في السياسة الجنائية المعاصرة "رسالة ماجستير"، كلية القانون، جامعة المرقب، ترهونة، ليبيا، 2010 م، ص 21 .

(2) ياسين تاج الدين سلامة نوفل، الحماية الجنائية للحياة الخاصة دراسة مقارنة "أطروحة دكتوراه"، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2012 م، ص 287 .

(3) فادية أبو شهبة، مرجع سابق، ص 232 .

(4) نصوص قانون العقوبات المصري حسب آخر تعديلات، مرجع سابق، ص 155 وما بعدها .

لعقوبة الحبس وهى السنة أما الحد الأدنى فلم يحدده⁽¹⁾. ومن ثم يعمل بنص المادة (18 ق.ع.م) والتي نصت على أنه " عقوبة الحبس ولا يجوز أن تنقص هذه المدة عن أربع وعشرين ساعة ... " ⁽²⁾.

فعقوبة الحبس هى عقوبة وجوبية ولا محل لعقوبة الغرامة هنا⁽³⁾. على عكس المشرع الفرنسى الذى نص على عقوبة الغرامة وجمع بينها وبين الحبس كعقوبة وجوبية .

ومن جهة أخرى إذا كان مرتكب الجريمة موظفا عاما فقد جعله المشرع المصرى ظرفا مشددا وعوقب بالحبس الذى يشترط فى الجاني أن يستغل فى ارتكابها مرؤوسه والأجهزة التى تمتلكها الدولة اعتمادا على سلطته فتصبح عقوبته الحبس لمدة تتراوح من سنة إلى ثلاث سنوات وفقا للقواعد العامة⁽⁴⁾، على عكس ما إذا كان الجاني فردا عاديا جعل عقوبته مدة لا تقل عن أربع وعشرين ساعة ولا تزيد على سنة، وترجع علة تشديد العقوبة إلى ازدياد الخطورة الإجرامية لأن طبيعة عمل المتهم هو موظف عام تتيح له صلاحيات واسعة فيستطيع الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة فى كل لحظة⁽⁵⁾، وكذلك يسبب إلى سمعة الدولة ويضعف ثقة الأفراد فى الدولة ونزاهتها .

(1) إبراهيم عيد نايل، الحماية الجنائية لحرمة الحياة الخاصة فى قانون العقوبات الفرنسى (الحماية الجنائية للحديث والصورة)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر بدون طبعة 2008 م، ص 213 .

(2) نصوص قانون العقوبات المصرى حسب آخر تعديلات، مرجع سابق، ص 12 .

(3) عبدالرحمن جمال الدين حمزة، مرجع سابق، ص 234 .

(4) عبد الفتاح بيومى حجازى، الجرائم المستحدثة فى نطاق تكنولوجيا الاتصالات الحديثة، دار النهضة العربية القاهرة، مصر، ط1، 2009 م، ص 152 .

(5) محمد الأمين الخرشة، مشروعية الصوت والصورة فى الإثبات الجنائي دراسة مقارنة، " أطروحة دكتوراه"، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2009 م، ص 281 .

بينما نجد المشرع الليبى نص فى المادة (244) على أنه " يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر كل موظف عمومي تابع لمصلحة البريد والتليفون والبرق أخفى أو أوقف أو أخرج رسالة أو اطلع عليها وأفشى للغير ما حوته ... " (1)، وهنا نلاحظ أن المشرع الليبى جرم التنصت الهاتفى وأوقع العقوبة المشددة على مرتكب هذه الجريمة إذا وقعت من موظف عمومي، وكذلك نلاحظ أنه حدد الحد الأدنى للعقوبة المشددة بستة أشهر ولم يحدد الحد الأعلى للعقوبة والتي لا تزيد على ثلاث سنوات .

أما إذا وقعت الجريمة من قبل أشخاص آخرين فنصت المادة المذكورة أعلاه على أنه " ... وإذا ارتكب الأفعال المذكورة أشخاص آخرون تكون العقوبة الحبس لمدة لا تزيد على ستة أشهر أو الغرامة التي لا تتجاوز عشرين ديناراً وذلك بناء على شكوى المتضرر " (2)

وهنا نلاحظ أن العقوبة تكون أخف إذا وقع فعل التنصت من أشخاص آخرين غير الموظف العمومي بحيث تكون العقوبة إحدى الصورتين إما الحبس لمدة لا تزيد على ستة أشهر أو الغرامة التي لا تتجاوز العشرين ديناراً واشترط المشرع الليبى لإقامة الدعوى ضرورة تقديم الشكوى من قبل الطرف المتضرر .

(1) نصوص قانون العقوبات الليبى والتشريعات المكملة له حتى سنة 2005، مرجع سابق، ص 65 .

(2) موسوعة قانون العقوبات الليبى والتشريعات المكملة له، مرجع سابق، ص 65 .

المطلب الثانى

العقوبة التكميلية

أضاف المشرع المصرى إلى العقوبة الأصلية عقوبة أخرى تكميلية متمثلة فى مصادرة الأجهزة والوسائل التى أدت إلى التنصت على حديث الغير المتصف بالخصوصية أو السرية⁽¹⁾، وذلك حسب نص المادة (309 مكرر ق.ع. م) والتي تنص على أنه " ... ويحكم فى جميع الأحوال بمصادرة الأجهزة وغيرها مما يكون قد استخدم فى الجريمة أو تحصل عليه ... " ⁽²⁾ لذا يجب علينا توضيح المقصود بالمصادرة لغة واصطلاحا .

فالمصادرة لغة : هي المطالبة، يقال صادره على كذا من المال أي طالبه به⁽³⁾، واصطلاحا : " نزع ملكية مال جبرا وإضافته إلى ملك الدولة بغير مقابل "⁽⁴⁾ وقد نص المشرع الجنائى الليبى على أحكام المصادرة فى المادة (163، 164 ق.ع.ل) حيث نصت المادة (163) على أنه " يحكم دائما بمصادرة الأشياء الآتية : 1. الأشياء المحصلة أو المكتسبة من الجريمة التى صدر فيها الحكم بالإدانة أو بالعمو القضائى ما لم يكن المالك شخصا لا يد له فى الجريمة . 2. الأشياء التى يعد صنعها أو استعمالها أو حملها أو حيازتها أو التصرف فيها جريمة فى ذاته وذلك حتى لو لم يصدر حكم بالإدانة "، أما المادة (164) فإنها نصت على أنه " فى حالة الحكم بالعقوبة أو بالعمو القضائى تجوز مصادرة الأشياء التالية : 1- الأشياء التى استعملت أو أعدت لارتكاب الجريمة 2 . الأشياء التى يعد صنعها أو استعمالها أو

(1) عبد الرحمن جمال الدين حمزة، مرجع سابق ص 236 .

(2) نصوص قانون العقوبات المصرى حسب آخر تعديلات، مرجع سابق ص 156 .

(3) تاج العروس للإمام اللغوى السيد محمد مرتضى الزبيدي، دار صادر، بيروت، لبنان، م 3، د . ط، 1966 م، ص 329 .

(4) مصطفى إبراهيم العربى، أحكام المصادرة فى القانون الجنائى الليبى والمصري "دراسة مقارنة" رسالة ماجستير كلية القانون جامعة طرابلس 2003 ص 3 .

حملها أو حيازتها أو التصرف فيها جريمة ما لم يوجد فى شأنها تصريح من السلطات الإدارية، ولا تطبق الأحكام السابقة إذا كان المالك شخصا لا يد له فى الجريمة"⁽¹⁾

نلاحظ هنا أن المشرع الليبى فى المادة (163 ق.ع . ل) قد أوجب مصادرة الأشياء المتعلقة بالجريمة التى صدر فيها حكم بالإدانة أو العفو القضائى على حد سواء، واشترط بآلا تكون هذه الأشياء ملكا لشخص آخر لا يد له فى الجريمة، أما فى المادة (164 ق.ع . ل) فإننا نجد قد جعل العقوبة تكميلية جوازية حيث تركها حسب تقدير قاضى الموضوع الذى يفصل فى الدعوى الجنائية إذ نصت المادة سالفه الذكر على جواز مصادرة الأشياء التى استعملت أو أدت لارتكاب الجريمة والأشياء التى يعد صنعها أو استعمالها أو حملها أو حيازتها أو التصرف فيها جريمة شريطة تكون هذه الأشياء ملكا لشخص له يد فى ارتكاب الجريمة أما إذا كان غير ذلك فإنه لا تطبق هذه الأحكام .

أما المشرع المصرى فقد نص على أحكام المصادرة العامة فى المادة (30 ق.ع.م) والتي تنص على أنه " يجوز للقاضى إذا حكم بعقوبة الجنائية أو الجنحة أن يحكم بمصادرة الأشياء المضبوطة التى تحصلت من الجريمة وكذلك الأسلحة والآلات المضبوطة التى استعملت أو التى من شأنها أن تستعمل فيها وهذا كله بدون إخلال بحقوق الغير الحسن النية . وإذا كانت الأشياء المذكورة من التى يعد صنعها أو استعمالها أو حيازتها أو بيعها أو عرضها للبيع جريمة فى ذاته وجب الحكم بالمصادرة فى جميع الأحوال ولو لم تكن تلك الأشياء ملكا للمتهم"⁽²⁾ .

ومما يلاحظ فى نص المادة (30 ق.ع.م) أن المصادرة عقوبة تكميلية وجوبية تعتبر خروجاً على القاعدة العامة التى تعتبر المصادرة جوازية⁽³⁾، ويجب أن

(1) موسوعة قانون العقوبات الليبى والتشريعات المكتملة له حتى سنة 2005 م، مرجع سابق ص 47 .

(2) نصوص قانون العقوبات المصرى حسب آخر تعديلات، مرجع سابق ص 16 .

(3) محمد حلمى محمد حسان، مرجع سابق ص 226 .

تتوافر فى المصادرة شروط عامة وهى ألا تكون هناك مصادرة إلا بنص فى القانون ولا مصادرة إلا من أجل فعل يجرمه القانون وتكون الأشياء المضبوطة لها صلة بالجريمة⁽¹⁾.

وكذلك نصت الفقرة الأخيرة من المادة (309 مكرر ق.ع.م) على أنه " كما يحكم بمحو التسجيلات المتحصلة عن الجريمة وإعدامها"⁽²⁾، ويعد ذلك صورة من إعادة الحال إلى ما كان عليه بإزالة الوضع الإجرامى الناشئ عن الجريمة ويحكم القاضي بذلك من تلقاء نفسه⁽³⁾.

ومع ذلك لم يتعرض المشرع المصرى لتوقيع العقوبة فى حالة الشروع كما فعل المشرع الفرنسى الذى لم يفرق فى العقوبة بين أن تقع الجريمة كاملة وبين حالة الشروع .

الختام

مع تزايد الاتجاه لدى الحكومات والهيئات والشركات والأفراد نحو نشر الملفات والبطاقات الخاصة بهم على نظم المعلومات ومع ازدياد حجم استخدام شبكة الإنترنت فى القيام بالمراسلات والاتصالات والمعاملات المختلفة من خلالها فإنه يجب الالتزام بمبدأ السرية الإلكترونية لتلك المعاملات والاتصالات حيث تلتزم الدساتير والقوانين الوطنية بمراعاة الآتى .:

1 . عدم جواز مراقبة الاتصالات والمراسلات الإلكترونية إلا لضرورة تتعلق بالأمن القومى أو النظام العام أو للوقاية من الجرائم أو لحماية حريات وحقوق الغير

(1) ياسين تاج الدين سلامة، مرجع سابق ص 349 .

(2) نصوص قانون العقوبات المصرى حسب آخر تعديلات، مرجع سابق ص 155 وما بعدها .

(3) محمود نجيب حسنى، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دار النهضة العربية القاهرة، مصر 1981 ص

774 مشار إليه فى فادية أبو شهبه مرجع سابق ص 334 .

ولا يتم الكشف عن المعلومة أو الرسالة أو الاتصال إلا عن طريق السلطة القضائية أو السلطة الإدارية لأسباب مشروعة يحددها القانون .

2 . معاقبة أى شخص يقوم بعمل مراقبة لاتصال يتم عن طريق الإنترنت جنائيا كما هو الحال فى تجريم التنصت واستراق السمع وأشكال التعدي على الاتصالات التليفونية مع الأخذ فى الاعتبار بوجود استثناءات حسبما وردت بالتشريعات الأوروبية وهي : .

أ . يحق لمقدمي الخدمات المعلوماتية انتهاك سرية الاتصالات إذا كان تدخلهم تبرره الضرورة الفنية .

ب . مراقبة صاحب العمل للذين يعملون معه فى استخدام الإنترنت استنادا إلى رضاهم المفترض بسياسة الرقابة الخاصة بمصلحة المشروع . خاصة وأن إجراء التنصت الهاتفى أثبت فى الآونة الأخيرة نجاعته فى إجهاض المخططات الإجرامية التخريبية للأموال والأرواح وهكذا تبرهن اكتشافات العلم مرة أخرى صدمتها للبشرية لأنها أصلا ما وجدت إلا لذلك .

قائمة المصادر والمراجع

1 . إبراهيم كمال محمد، الضوابط الشرعية والقانونية لحماية حق الإنسان فى اتصالاته الشخصية فى الفقه الإسلامى والقانون الجنائى، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، بدون طبعة، سنة 2010 م .

2 . إبراهيم عيد نايل، الحماية الجنائية لحرمة الحياة الخاصة فى قانون العقوبات الفرنسى "الحماية الجنائية للحديث والصورة" دار النهضة العربية، القاهرة، مصر بدون طبعة، سنة 2000 م .

3 . أحمد فتحى سرور، رقابة المكالمات التليفونية، المجلة الجنائية القومية م 6 ع 1 مارس سنة 1963 م .

4 . أحمد فتحى سرور، الوسيط فى قانون العقوبات، القسم العام، مطابع الأهرام التجارية، القاهرة، مصر، بدون طبعة، سنة 2010 م .

- 5 . أحمد حلمى السىء يوسف، الحماية الجنائية لحقوق الإنسان فى حياته الخاصة، أطروحة ءكتوراه، كلية الحقوق جامعة المنصورة، مصر، سنة 1983 م .
- 6 . آءم آءم البءىع، الحق فى حرمة الحياة الخاصة ومدى الحماية التى يكفلها له القانون الجنائى، رسالة ءكتوراه منشورة المتحدة للطباعة القاهرة، مصر، ط 1، سنة 2000 م .
- 7 . الطاهر أحمد الزاوى، مختار القاموس الءار العربى للءتاب، بدون طبعة، سنة 1984 م .
- 8 . أىمن عبءالله فكرى، جرائم نظم المعلومات "ءراسة مقارنة" ءار الجامعة الءءىءة للنشر، الإسكندرىة، مصر، سنة 2007 م .
- 9 . بن عمار مقنى، بو راس عبء القاءر، التنصء على المكالمات الهاتفىة واعءراض المراسلات للوقاية من جرائم الفساد، الملتقى الوطنى حول الآليات القانونىة لمكافحة الفساد، كلية الحقوق جامعة قاصءى مرباح ورقلة، يومى 2،3/ ءىسمبر، سنة 2008 م .
- 10 . حسنى محمد السىء الءءع، رضا المبنى علیه وآثاره القانونىة " ءراسة مقارنة " أطروحة ءكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، مصر، سنة 1983 م .
- 11 . ءلىفة كلنءر عبءالله حسىن، ضمانات المتهم فى مرءلة الءءقىق الابدائى فى قانون الإءراءات الجنائىة، ءراسة مقارنة، ءار النهضة العربىة، القاهرة، مصر، طبعة 1، سنة 2000 م .
- 12 . سالم رمضان أبوبكر امساءء، ءطور الءزاء الجنائى فى السىاسة الجنائىة المعاصرة، رسالة ماجسءىر، كلية القانون جامعة المرقب، ءرهونة، لىبىا، سنة 2010 م .
- 13 . صفىة بشاءىن، الحماية القانونىة للحياة الخاصة ءراسة مقارنة رسالة ءكتوراه فى العلوم ءءصص قانون جامعة مولوء معمرى، ءىزى وزو، كلية الحقوق والعلوم السىاسىة، الءزائر، سنة 2012 م .

- 14 . عبد الرحمن ميلودة، أساليب البحث والتحرى فى الجرائم المستحدثة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق جامعة سعيدة، الجزائر، سنة 2015 م .
- 15 . عبد الله على سعيد بن ساحورة، الحماية الجنائية لحرمة المسكن، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، مصر، سنة 2002 م .
- 16 . عبد الرحمن جمال الدين حمزة، الحق فى الخصوصية فى مواجهة حرية الإعلام " دراسة مقارنة بين القانون الوضعى والشريعة الإسلامية " أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، مصر، سنة 2002 م .
- 17 . عبد الرزاق السنهورى، الوصيف فى شرح القانون المدنى، دار النهضة العربية القاهرة، مصر، سنة 1968 م .
- 18 . عبدالفتاح بيومى حجازى، الجرائم المستحدثة فى نطاق تكنولوجيا الاتصالات الحديثة، دار النهضة العربية القاهرة، مصر، طبعة 1، سنة 2009 م .
- 19 . فادية أبو شعبة، الحق فى الخصوصية، المجلة الجنائية القومية، القاهرة، مصر، المجلد 40 العدد 1، 2، 3، مارس/يونيو / نوفمبر سنة 1997 م .
- 20 . قانون الإجراءات الجنائية المصرى، دار العربى القاهرة، مصر، طبعة 1، سنة 2008 م .
- 21 . مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، دار المعارف، القاهرة، مصر، سنة 1980 م .
- 22 . محمد حلمى حسان، الحماية الجنائية للمحادثات الهاتفية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية مصر 2008 م .
- 23 . محمد محمد مصباح القاضى، الحماية الجنائية للحرية الشخصية فى مرحلة ما قبل المحاكمة الجنائية " دراسة مقارنة " دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، بدون طبعة، سنة 2008 م .

- 24 . محمد زكى أبو عامر، الحماية الجنائية للمحادثات والأوضاع الخاصة، جريمة الاعتداء على الحياة الخاصة، بحث مقدم إلى مؤتمر الحق في حرمة الحياة الخاصة المنعقد بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية، مصر، 4 . 6 يونيو، سنة 1987م.
- 25 . محمد رشاد القطعاني الحماية الجنائية للحق في حرمة الاتصالات الشخصية، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، مصر، بدون طبعة، سنة 2009 م .
- 26 . محمد الأمين الخرشة، مشروعية الصوت والصورة في الإثبات الجنائي "دراسة مقارنة " أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، سنة 2009 م .
- 27 . محمد زكى أبو عامر، الإجراءات الجنائية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، طبعة 7، سنة 2005 م .
- 28 . محمود أحمد طه، التعدي على حقوق الإنسان في سرية اتصالاته الشخصية بين التجريم والمشروعية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط 2، سنة 1999 م .
- 29 . محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دار النهضة العربية القاهرة، مصر، سنة 1981 م .
- 30 . مختار الصحاح للإمام محمد أبي بكر الرازي، دار صادر، بيروت، لبنان، طبعة 1 سنة 2008 م .
- 31 . ممدوح خليل بحر العاتي، حماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي " دراسة مقارنة "، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، بدون طبعة، سنة 1983 م .
- 32 . مصطفى إبراهيم العربي، أحكام المصادرة في القانون الجنائي الليبي والمصري "دراسة مقارنة " رسالة ماجستير كلية القانون، جامعة طرابلس، ليبيا، سنة 2003 م .

- 33 . موسوعة قانون العقوبات والتشريعات المكلمة له حتى سنة 2005 م، منشورات المركز القومى للدراسات القانونية وبحوث حقوق الإنسان، طبعة 1، سنة 2006 م .
- 34 . نصوص قانون العقوبات المصرى حسب آخر تعديلاته، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، سنة 2010 م.
- 35 . ياسر الأمير فاروق، مراقبة الأحاديث الخاصة فى الإجراءات الجزائية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، طبعة 1، سنة 2009 م .
- 36 . ياسين تاج الدين سلامة نوفل، الحماية الجنائية للحياة الخاصة " دراسة مقارنة " أطروحة دكتوراه، جامعة المنصورة، مصر، سنة 2012 م .
- 37 . ياسين تاج الدين سلامة نوفل، الحماية الجنائية للحياة الخاصة " دراسة مقارنة " أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، سنة 2012 م .

التزامات المترجم

أمام المحاكم الإماراتية

الاسم: مريم أحمد خلفان الصندل

المؤهل العلمي: طالبة ماجستير في قسم القانون الخاص في جامعة الشارقة.

المقدمة:

قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ﴾ {الحجرات:13}.
في ضوء هذه الآية الكريمة، يتجلى لنا أن التواصل الإنساني هو غاية من الغايات التي وجد لأجلها الإنسان، وهو من السمات الفطرية التي جبل عليها.

وجاءت الترجمة لتعطي اللغة بعداً أكبر وحيزاً أوسع، عبر نقل الاحتياجات والأفكار من لغة لأخرى، ومن مجتمع لآخر، ولو لا الترجمة لكانت اللغات الأخرى بالنسبة لنا ماهي إلا رموز، وأصوات غير مفهومه ولا معنى لها. وقد لعبت الترجمة دوراً بالغ الأهمية في نقل العلوم والمعارف والثقافات بين الشعوب. وتعد الترجمة القانونية أحد أنواع الترجمة، ولها من الأهمية ما لا يمكن إغفاله في مجال القضاء، وهي تتسم بصعوبتها وتعقيدها لما تمتاز به من " خصوصيات وخصائص دون غيرها من أنواع الترجمة المعتمدة. إذ أنها تختلف كثيراً عن أنواع الترجمة الأخرى لأسباب عديدة لما يمتاز به الخطاب القانوني من سمات معينة، منها الأسلوب والمصطلحات، والصياغة، والنظام القانوني وغيرها. وتفرض الترجمة القانونية علاقة معينة بين القانون وعلم اللغة." (1)

(1) كلايدز، كونزالي، ترجمة د. حسيب الياس حديد، الجوانب النظرية والتطبيقية للترجمة القانونية.

للترجمة أمام المحاكم أهمية كبيرة، لما قد يترتب عليها من نتائج خطيرة. فعلى أساسها يصدر القاضي حكمه، فالترجمة أمام المحاكم ليست مجرد إبداء للرأي، وللقاضي الأخذ به أو تركه، كما هو الحال بالنسبة للخبرة. إذ يستند القاضي في حكمه بناءً على ما تتم ترجمته، وما ينقله المترجم من معلومات. فالمترجم هو الوحيد العالم بمدى صحة وصدق المعلومات المنقولة بين الطرفين - في حالة عدم وجود من يجيد اللغة الأجنبية المترجمة سواء - ولتلك المهمة خطورة على حقوق الناس والمتعاملين مع مرفق القضاء، بل وعلى حرياتهم وأرواحهم أحياناً؛ من أجل ذلك سعت التشريعات لتنظيم هذه المهنة من خلال وضع القوانين الخاصة بها التي تهدف إلى تحقيق أكبر قدر من الاستفادة من الترجمة أمام المحاكم، وتقليل سلبياتها، والحد من عواقبها.

ومع الانفتاح العالمي الحالي أصبح العالم كقرية واحدة. فقد تضم الدولة الواحدة العديد من الجنسيات، المتحدثين بالعديد من اللغات، ومنها دولة الإمارات فهي تضم نحو 206 جنسيات ما بين مقيمة وعابرة، وينتج عن ذلك التعدد في الجنسيات واللغات واللهجات، الحاجة إلى الترجمة لتسهيل التواصل بين كل من هو على أرض الدولة. وتشتد الحاجة للترجمة في وسط هذا التعدد في مجال القضاء، حفاظاً على الحقوق، لذلك سعى المشرع الإماراتي كغيره من المشرعين لسن قانون يختص بتنظيم مهنة الترجمة، وبدأ بالقانون رقم (9) لسنة 1981، ومن ثم حل محله القانون رقم (6) لسنة 2012 ، وكلاهما متعلقان بتنظيم مهنة الترجمة. وقد تضمن هذا القانون كأمثاله مجموعة من الضوابط التي تعين على تنظيم مهنة الترجمة أمام المحاكم.

وتضمن قانون تنظيم مهنة الترجمة مجموعة من الالتزامات التي لا بد من الالتزام بها من قبل من عقد النية على العمل كمترجم أمام المحاكم؛ وذلك لأهمية وخطورة الدور الذي يقوم به. ولكن ما هي تلك الالتزامات؟ وما مدى التزام المترجمين في دولة الإمارات بها؟ في ظل ما تعانيه المحاكم من قلة في عدد المترجمين، وازدياد الحاجة لمترجمين يتقنون الكثير من اللغات واللهجات المختلفة. وماذا عن

أنواع الرقابة المفروضة على المترجم في المحاكم الإماراتية؟ في سبيل الإجابة على تلك التساؤلات سأتناول في هذا البحث التزامات المترجم أمام المحاكم الإماراتية. ولتحقيق أكبر قدر من الفائدة من الموضوع سأتناول بداية مفهوم الترجمة في المطلب الأول من هذا البحث. والترجمة أمام المحاكم في المطلب الثاني. بينما سيكون المطلب الثالث لبيان واجبات المترجم.

المطلب الأول :

مفهوم الترجمة

لا شك في أن الترجمة تعد من الركائز الأساسية لأي أمة من الأمم، وشرطاً رئيساً من شروط نهضتها وتقدمها؛ لذلك أصبح الكثير من المفكرين والعلماء يقرنون تقدم ونهضة الأمم في شتى المجالات الحياة، بمدى اسهاماتها في الترجمة في مختلف العلوم والآداب والفنون؛ وذلك ناتج عن الدور البارز الذي تلعبه الترجمة في التنمية البشرية. وللترجمة كغيرها من المصطلحات عدة تعريفات، منها التعريف اللغوي، والتعريف الاصطلاحي، كما لها تعريف قانوني سنتطرق له وفق ما نص عليه المشرع الإماراتي، وهي كذلك متعددة الأنواع، و على ذلك سنتعرف في هذا المطلب على تعريف الترجمة في الفرع الأول، والفرع الثاني سنتعرف فيه على بعض أنواع الترجمة.

الفرع الأول :

تعريف الترجمة

1. التعريف اللغوي :

الترجمة لغةً كما وردة في لسان العرب هي: التَرْجُمان والتَرْجُمان المفسر للسان، وفي حديث هرقل: قال لَتَرْجُمانه، التَرْجُمان بالضم والفتح هو الذي يفسر الكلام، أي ينقله من لغة إلى أخرى، والجمع التَّرْجُم، والتاء والنون زائدتان، وقد ترجمه

وترجم عنه، وترجمان هو من المثل التي لم يذكرها سيبويه. قال ابن جني أما الترجمان بضم أوله ومثاله فُعَلان كعترفان ودُحْمُسان، وكذلك التاء أيضاً فيهما أصلية. (1)

والترجمة في اللغة تشير إلى خمسة معاني، فالمعنى الأول منها: يشير إلى سيرة وحياة الشخص، فنقول مثلاً: قرأتُ ترجمة فلان، أي قرأتُ سيرة حياته. والمعنى الثاني يشير إلى التحويل فنقول مثلاً، أرغب أن تُترجم الأقوال إلى أفعال، أي أرغب أن تُحول تلك الأقوال إلى أفعال. أما المعنى الثالث للترجمة لغَةً فهو يشير إلى: نقل معنى الكلام أو الكتابة من لسان إلى آخر، فنقول مثلاً، ترجمتُ النص العربي إلى اللسان الفرنسي، بمعنى إنني نقلت معنى النص من اللسان العربي إلى اللسان الفرنسي. والمعنى الرابع لكلمة الترجمة هو التبيان والتوضيح، فنقول ترجم فلان كلامه، أي بيّنه ووضحه. أما المعنى الأخير للترجمة فهو يشير إلى: الكلمة التي تكون عنوان الباب في كتاب، وهي عنوان القسم الذي يجمع مسائل من موضوع واحد، ومثال ذلك في صحيح البخاري، باب كيف بدء الوحي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، وقوله تعالى: ﴿ إِنَّا أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ كَمَا أَوْحَيْنَا إِلَى نُوحٍ وَالنَّبِيِّينَ مِنْ بَعْدِهِ ﴾ {النساء: 163} فهذه ترجمة الأحاديث التي تندرج تحت هذا الباب.

2. الترجمة اصطلاحاً :

الترجمة في الاصطلاح تحددت بمعنى نقل الكلام من لغة إلى أخرى، أو تحويل نص مكتوب بلغة ما إلى نص مساو له بلغة أخرى. وهذا يعني أن الترجمة هي عملية نقل الألفاظ والمعاني والأفكار، بل كل المعلومات الموجودة في نص مكتوب بلغة معينة إلى لغة أخرى. فهو علم في معرفة حقيقة عملية نقل الكلام من لغة إلى أخرى. ولكن العملية نفسها قد تكفي بمجرد المعرفة الشاملة عن شيء؛ وذلك لأنها فن من الفنون العملية التي تتطلب المهارة والدربة فضلاً عن الموهبة السلوكية. (2)

(1) ابن منظور، لسان العرب، المجلد 12، ص 66

(2) د. يعقوب، حمد الباقر الحاج، مقدمة إلى فن الترجمة، ص 5

3. التعريف القانوني :

عرف المشرع الإماراتي مهنة الترجمة بأنها: " القيام لحساب الغير وعلى وجه الإعتياد بمزاولة أعمال الترجمة بتحويل النصوص والكلمات والأفكار والإشارات من لغة لأخرى".⁽¹⁾

نجد في هذا المجال أن المشرع الإماراتي توسع في مفهوم الترجمة؛ حيث شملت الترجمة ترجمة النصوص، والكلمات، وكذلك الأفكار من لغة لأخرى. وتميز المشرع الإماراتي عن غيره من التشريعات، بإضافة ترجمة الإشارة إذ تصنف لغة الإشارة في وقتنا الحالي من ضمن اللغات العالمية.

ومن كل هذه التعريفات التي سبق تناولها نصل إلى نتيجة مفادها، أن الترجمة تعني نقل معنى الكتابة أو الكلام من لغة إلى أخرى، بمعنى أنها تنقل الكتابة، أو الكلام من اللغة الأصل إلى اللغة الهدف، وبصيغة أخرى يمكننا القول بأنها التعبير عن معنى كلام في لغة، بكلام آخر من لغة أخرى مع الوفاء بجميع معانيه ومقاصده.

وقد يوجد وجه شبه بين الترجمة وغيرها من المصطلحات كالخبرة، والتعريب، إلا أنها مختلفة عنها جميعها، فالخبرة لغة من الخبر، أي النبأ. يقال أخبار وأخبارير، ورجل خابر وخبير (بفتح الخاء وكسر الباء المشددة) أي عالم به، وأخبره أي أنبأه ما عنده.⁽²⁾ والخبرة في المجال القانوني تعد من طرق الإثبات، حيث يحتاجها العمل القضائي كلما صادف في النزاع المطروح أمامه مسألة يتطلب حلها معلومات فنية خاصة، لا علم للقاضي بها، ويحتاج إلى من يبينها له. ويقوم بأعمال الخبرة مجموعة من الخبراء ينتدبون لأداء مهام يكلفهم بها القضاء، وتتعدد مجالاتهم، كالطب والهندسة والمحاسبة، وغيرها. والاستعانة بالخبرة في مجال القضاء، وما يتوصل له

(1) القانون الاتحادي رقم (6) لسنة 2012 ، في شأن تنظيم مهنة الترجمة.

(2) الفيروز ابادي، القاموس المحيط ، فصل الخاء ، ص 488 .

الخبير، ويقدمه في تقارير تضم إلى ملف الدعوى، تعتبر غير ملزمة للقاضي فتبقى له سلطة تقديرية في ذلك. وذلك على خلاف الترجمة إذ ليس للقاضي سلطة تقديرية فيها؛ فما يقوله المترجم من أقوال لا يعبر فيه عن نفسه، وإنما هو في الأصل ينقل أقوال الخصوم، أو المتهم، أو الشهود، أو غيرهم حسب الأحوال، فيعد المترجم في هذه الحالة حلقة وصل بين القضاء والمتعاملين معه.

وفيما يخص التعريب، فإن التّعريب والإعراب في المعنى اللغوي متساويان، وهُو الإبانة، وهما مأخوذان من عَرَّبَ وأَعْرَبَ، بِمَعْنَى أَبَانَ وَأَفْصَحَ. ⁽¹⁾، فإذا كان الإعراب يُفصِحُ عن المعاني بالحركات التي تفرِّق بين الوظائف النحوية، ويُلاحظ أن الإعراب أصبح خاصاً بـ: "الإبانة عن المعاني بالألفاظ" ⁽²⁾. أو هو: "الفارق بين المعاني" ⁽³⁾. وأما المعاني فقصدها منها الوظائف النحوية، وبالألفاظ علامات الإعراب.

أما اصطلاحاً فالتعريب له معانٍ مختلفة، فهو تعريب الاسم الأعجمي، أي أن تنطقه العرب على مناهجها. وقد عرفه المعجم الوسيط بأنّه: صبغ المصطلح بصبغة عربية عند نقلها بلفظها الأجنبي إلى اللغة العربية. كما يطلق لفظ التعريب على عملية ترجمة النصوص من اللغات الأجنبية إلى اللغة العربية. بينما التعريب سياسياً فهو يشير إلى السياسة التي تتبعها الدولة بهدف تشجيع المجتمع على أن تكون اللغة العربية هي لغة العلم والعمل والفكر والإدارة في تلك الدولة.

ويعدان - الترجمة والتعريب - صنوان متكاملان، فالترجمة تتم عن طريق الاطلاع على معارف الغير، وفي سرعتها تعجيل الفائدة، وبعد الهضم التام لما ترجم

(1) ابن منظور، لسان العرب، مادة (عرب)، المجلد 1، ص 588

(2) ابن جني، الخصائص، تحقيق محمد علي النجار، ج 1، ص 35.

(3) الثعالبي، تحقيق د. ياسين الأيوبي، فقه اللغة، ص 65-66.

والاستفادة منه، يأتي دور التعريب، حيث يكون هو الإبداع الحقيقي الذي يفضي إلى الرقي.⁽¹⁾

الفرع الثاني : أنواع الترجمة

تعددت آراء العلماء واللغويين حول تقسيم الترجمة من حيث وسائل أدائها، فمنهم من يقول بأن الترجمة تنقسم إلى نوعين هما الشفوية والتحريرية أو المكتوبة، وهو تقسيم مباشر على أساس مادي ظاهر، بينما أضاف آخرون نوع ثالث وهو الترجمة الآلية.⁽²⁾ واستناداً إلى هذا التقسيم الثلاثي للترجمة، سنتناول أنواع الترجمة وفق ما يلي:

1. الترجمة الشفوية :

هي الترجمة التي تتم شفهيًا، وتعني: "نقل منطوق إلى منطوق، تلبيةً لحاجة التفاهم بين المتكلمين بلغتين، وهذا النوع قدم النشأة، احتاج إليه الناس منذ القدم، فقد كانت الترجمة الشفوية أسبق إلى الظهور من الترجمة التحريرية، احتاجت إليها القبائل في العصور القديمة من التاريخ للاتصال والتفاهم مع غيرها من القبائل، سواء وقت السلم بهدف القيام بالمبادلات الاقتصادية والتجارية وغير ذلك من تعاملات، أو وقت الحرب وما يقتضيه الموقف من تعامل مع الأسرى، وعقد اتفاقيات الصلح وما إلى ذلك."⁽³⁾

(1) أ.د. قصماني ، طه بن عبدالله ، تعريب المصطلحات العلمية ، حلقة نقاش الترجمة واللغة العربية والتعريب ، ص 477

(2) زيدان ، يوسف ، الترجمة في التراث العربي ، نقل بتصرف ، ص 174

(3) د.محمد ، فوزي عطية ، علم الترجمة ، ص 28

وصار لهذا النوع من الترجمة في العصر الحالي أهمية كبيرة، بل صار صنعة أو اختصاص يُدرس في المعاهد والكليات المتخصصة - كليات اللغات والترجمة وبها أقسام خاصة بالترجمة الفورية - وله برامج وأصوله وأساليبه. (1)

وللترجمة الشفهية مجالها في المؤتمرات والندوات العامة والمحاضرات، بالإضافة إلى القضاء، حيث يستعان بالمترجم في القضاء؛ للقيام بعملية الترجمة بين أحد الخصوم أو الشهود أو المتهمين، وبين القاضي أو هيئة التحقيق، في حالة عدم إجادتهم للغة التقاضي في تلك الدولة، وذلك لضمان محاكمة عادلة. ويستعين القضاء بالمترجم للترجمة الشفهية في شتى أنواع الدعاوى، ولا يقتصر ذلك على الدعاوى الجزائية. فالترجمة تتم لكل من له دعوى معروضة أمام القضاء، ولا يجيد لغة المحاكم.

2. الترجمة التحريرية :

هي الترجمة التي تتم بالكتابة، وتعني: نقل نص مكتوب بلغة إلى نص مكتوب بلغة أخرى، ويفترض في هذا النوع من الترجمة الدقة أكثر من تلك التي تتوافر في الترجمة الفورية، لأن أدواتها الورقة والقلم؛ وبالتالي يفسح فيها المجال للتأني والإجادة، حيث تتاح للمترجم الفترة الزمنية الكافية للقيام بعملية الترجمة، أكثر من تلك المدة الزمنية المتاحة للترجمة الفورية، بالرغم من ذلك فإن كلاهما يستلزمان الإجادة والدقة، والحذر من تغيير المعنى أو تشويبه.

وتنصب الحاجة إلى هذا النوع من الترجمات في كثير من المجالات، فقد يحتاجها البعض في ترجمة شهادات دراسية، أو ترجمة شهادات طبية لتقديمها لجهات رسمية، إذ تشترط تلك الجهات الرسمية أن تقدم لها المستندات والأوراق باللغة الرسمية للدولة، وفي حالة كانت بغير تلك اللغة، فيشترط ترجمتها ترجمة معتمدة، من قبل المتخصصين بذلك الذين منحهم الدولة ذلك الاختصاص، حتى يمكن قبول تلك

(1) د. محمد، فوزي عطية، مرجع سابق، ص 23

المستندات والأوراق والاستناد إليها، كما هو الحال في القضاء، إذ تشترط الكثير من الدول أن تقدم جميع الأوراق والمستندات للقضاء باللغة الرسمية للدولة. وسنؤكد على ذلك من خلال النصوص التشريعية في المطلب الثاني من هذا البحث.

وهذا النوع من الترجمة ينقسم بدوره إلى قسمين، الترجمة العملية، والتي تدخل في عمل الإدارات والدوائر والمؤسسات، وهي تشمل الترجمة الإدارية في إدارات الدولة والمنظمات، وتشمل أيضاً الترجمة السياسية في الصحف والمجلات ووسائل الإعلام، بالإضافة إلى الترجمة التجارية والمعرفية.

وهذا ما فعله محمد علي باشا عندما حكم مصر، فقد اتجه بسياسته الإصلاحية إلى نقل - ترجمة - ما عند الغرب من علم جديد، ومن نظم وقوانين جديدة، في الجيش والاسطول، والمدارس والمستشفيات، والإدارات الحكومية.⁽¹⁾

أما القسم الثاني من أقسام الترجمة التحريرية، فهو الترجمة الثقافية، والتي تُعنى بنقل الكتب والمؤلفات الأدبية والفنية والعلمية والتقنية من لغة لأخرى. ولهذا النوع من الترجمة أهمية عظيمة، حيث تعتبر سبيلاً لتبادل الثقافات بين الأمم والشعوب، كما أنها من سبل التقدم العلمي والحضاري.

3. الترجمة الآلية :

الترجمة الآلية تعتبر فرع من فروع الصناعات اللغوية الحاسوبية. فهي تتجسد في ترجمة نصوص أو جمل أو ألفاظ من لغة إلى لغة أخرى، وذلك من خلال استخدام برمجيات الحاسوب.

ولعل أهم أسباب التوجه لهذا النوع من الترجمة هو السرعة الفائقة التي يعمل بها الحاسب الآلي، والذي يؤثر بشكل مباشر على حجم إنتاجه عند مقارنته بالترجمة البشرية، التي تحتاج إلى الكثير من الوقت والجهد والتركيز. وبالرغم من ذلك فإن الترجمة البشرية ما زالت تعد أكثر دقة من الترجمة الآلية التي تكون حرفية في

(1) د. الشيال، جمال الدين، تاريخ الترجمة والحركة الثقافية في عصر محمد علي، ص 205

أغلب الأحيان؛ مما يؤدي إلى تغيير أو تشويه المعنى المطلوب. وبالتالي يمكن أن يتسبب هذا النوع من الترجمة في وجود نص يتصف بأنه ركيك من حيث الصياغة والمعنى، مما يؤثر بشكل سلبي على المحتوى. ولا يتصور استخدام الترجمة الآلية أمام القضاء - حالياً - إلا للأوراق والمستندات، بالرغم من أن القوانين، ومنها القانون الإماراتي يؤكد على أن الترجمة للأوراق والمستندات المقدمة للقضاء يجب أن تتم من قبل مكاتب الترجمة المعتمدة والمرخص لها بذلك في الدولة. ⁽¹⁾ فعلى مكاتب الترجمة بشكل عام، وعلى المترجم بشكل خاص مراعاة ذلك، من خلال بذل قصارى جهده في إتمام أعمال الترجمة الموكلة إليه بشكل صحيح وبالدقة اللازمة، وعدم الاعتماد على الترجمة الآلية في هذا المجال.

4. ترجمة لغة الإشارة :

لابد لنا عند الحديث عن أنواع الترجمة، أن نتحدث عن ترجمة لغة الإشارة، والتي أصبحت في وقتنا الحالي لغة عالمية، والتي تعتبر وسيلة من وسائل التواصل، إذ يستخدمها ذوي الاحتياجات الخاصة - الصم والبكم - ويتم فيها تحويل

(1) ورد في الطعن رقم 427 لسنة 19 القضائية، الصادر بتاريخ 2000 / 4/23 (مديني) من المحكمة الاتحادية العليا في دولة الإمارات المنشور على الموقع الإلكتروني لوزارة العدل <http://www.elaws.gov.ae/ArLegislations.aspx> أنه: "لما كان من المقرر أن الطعن بالنقض حق شخصي للمحكوم عليه وحده لا يجوز أن ينوب عنه غيره في استعماله إلا بتوكيل من الطاعن يبيح له ذلك، وكان لا يجوز لأية محكمة قبول محرر أو وثيقة أو سند مترجم من اللغة الأجنبية التي حرر بها إلى اللغة العربية ما لم تكن هذه الترجمة قد تمت بمعرفة مترجم مرخص له وفقاً لأحكام القانون عملاً بنص المادة 12 من القانون الاتحادي رقم 9 لسنة 1981 في شأن تنظيم مهنة الترجمة، وكان الثابت من مطالعة صورة سند وكالة السيد المحامي المقرر بالطعن أنه محرر على نموذج مطبوع يحمل عنواناً بلغة أجنبية ويتضمن جانب منه بيانات مذيلة بتوقيعات بهذه اللغة يقابلها ترجمة باللغة العربية أشير فيها إلى أن اسم الموكل هو " الشركة " دون إضافة أو تعريف أو بيان ممثلها، وخلت من أسماء أصحاب التوقيعات السالف الإشارة إليها مترجمة ومدى صلتهم بهذه الشركة وما إذا كانوا مخولين في إصدار التوكيل ودليل ذلك، ومن ثم فإن الطعن المائل يكون غير مقبول لرفعه من غير ذي صفة."

الكلمات، والعبارات المنطوقة إلى حركات باستخدام اليدين والجسم، والعكس صحيح. والمراد بالترجمة هنا : بيان الكلام وفهمه وتفهمه بلغته بين العاجز عن النطق وبين غيره، وإذا كانت الإشارة مفهومة بين الطرفين؛ لأنه يصحّ - لغة - أن يطلق على كل ما فيه بيان وإيضاح من الألفاظ ترجمة. ⁽¹⁾ وقد تميز المشرع الإماراتي في هذا المجال بأن أضاف لغة الإشارة في قانون تنظيم مهنة الترجمة، وخصها بمجموعة من القواعد، التي تساهم في احترام هذه الفئة من المجتمع من جانب، وفي حفظ حقوقهم وضمان عدم استغلال عجزهم من جانب آخر. ويؤدي ذلك بطبيعة الحال إلى ضمان حسن سير العدالة.

المطلب الثاني :

الترجمة أمام المحاكم

للترجمة أمام المحاكم أهمية عظمى، فلا يمكن الاستغناء عن المترجم في قاعات المحاكم، فعدم وجوده يتسبب في تأجيل الجلسات. إذ يعتبر وجود المترجم حق من حقوق الأطراف في الدعوى، وهو حق كفلته الكثير من التشريعات على المستوى الدولي والداخلي، خاصة مع تحديد التشريعات للغة التقاضي في كل دولة. وعلى ذلك سنتعرف على لغة التقاضي في الفرع الأول من هذا المطلب، أما الفرع الثاني فسألقي الضوء فيه على ضرورة توفير مترجم أمام المحاكم.

(1) الشاطر ، محمد مصطفى ، القول السديد في حكم ترجمة القرآن المجيد ، ص 10 و 11.

الفرع الأول :

لغة التقاضي

اللغة هي رمز من رموز الدولة، وثابت من ثوابتها، بل إنها تعد من مقدساتها، كما أنها تعد شاهداً من شواهد حضارتها وتقدمها، لذلك تحدد الدول اللغة الرسمية لها في دساتيرها، وتؤكد على استعمالها في مرافقها العامة، والتقاضي يعد من أوجه الاستفادة من اللغة في المرافق العامة للدولة، وترتبط اللغة بالتقاضي باعتبارها أدواته الأساسية، والمتحدث الرسمي باسمه، لذلك تؤكد كل دولة على أهمية التزام بها سواء من قبل العاملين في مرفق القضاء، أو من قبل المتعاملين معه.

فمعظم الدول العربية تحدد اللغة العربية كلغة رسمية للدولة، وتحددها باعتبارها لغة التقاضي، ومن ذلك ما نص عليه المشرع الإماراتي في المادة الخامسة عشر من القانون الاتحادي رقم (3) لسنة 1983م، في شأن السلطة القضائية الاتحادية في دولة الإمارات العربية المتحدة على أن " لغة المحاكم هي اللغة العربية. وعلى المحكمة أن تسمع أقوال الخصوم أو الشهود الذين يجهلون اللغة العربية بواسطة مترجم بعد حلف اليمين". وذات الحكم قرره المشرع المصري في المادة (19) من قانون السلطة القضائية المصري رقم (46) لسنة 1972م. وكذلك الحال في المادة الخامسة من اتفاقية التنظيم القضائي الموحد بين دول اتحاد المغرب العربي، وغيرها من التشريعات.

ولعل أكثر ما يعد تجسيدا للعلاقة بين اللغة والتقاضي هو الحكم، الذي به يعبر القضاء عن موقف القانون من واقعة معينة، ويتكون الحكم من وقائع وتعليل ومنطوق، فالوقائع يعبر فيها القاضي بشكل مختصر عن المراحل التي مر بها الملف، وموقف أطراف الدعوى. أما التعليل فهو تلك الأسباب التي بنى عليها القاضي حكمه، وتعرف بتسبيب الأحكام، وهو بذلك يعد برهان المحكمة الممهد للنتيجة، أي منطوق الحكم، ويمكن اعتباره من وسائل حماية اللغة المكتوبة في القضاء.

بينما يعد مبدأ شفوية المرافعات من وسائل حماية اللغة الشفوية في القضاء، وهو يستند إلى مبدأ آخر يعرف بمبدأ علانية الجلسات، والذي يعني السماح لكل شخص من الجمهور حضور جلسات المرافعات وجلسات النطق بالأحكام، فيما عدا الحالات التي يقرر فيها القاضي سرية الجلسات؛ وذلك لاعتبارات معينة أجاز له القانون ذلك فيها.

ويعتبر مبدأ شفوية المرافعات مبدأً مكماً لمبدأ علانية الجلسات، ومن مقتضيات هذا المبدأ أن القاضي يفصل في الدعوى بناءً على أقوال الخصوم التي يبدونها شفاهة في الجلسة، وبناءً على ما يتخذ فيها من إجراءات في حضورهم، مع الأخذ بعين الاعتبار أن هذا المبدأ لا يؤثر على إمكانية تقديم الأقوال والدفاع والمذكرات مكتوبة يتبادلها الخصوم، ويطلعون عليها بعد تقديمها للمحكمة. أي أنه يمكننا القول أن الدفاع المكتوب في مذكرة مصرح بها هو تمة للدفاع الشفوي المبدي بجلسة المرافعة، أو هو بديل عنه إن لم يكن قد أُبدي فيها.

أما فيما يخص المستندات والأوراق المقدمة للقضاء فيجب أن تقدم باللغة العربية، فإن كانت غيرها التزم صاحبها بترجمتها للغة العربية، هذا ما نصت عليه المادة (46) من قانون الإجراءات المدنية الصادر بالقانون الاتحادي رقم (11) لسنة 1992م، في البند رقم (4) منها حيث جاء فيه أنه " يجب أن تكون المستندات مترجمة رسمياً إذا كانت محررة بلغة أجنبية."

ومن تطبيقات ذلك، ما قضت به المحكمة الاتحادية العليا حيث جاء في حكمها أنه " من المقرر أن مؤدى نص المادة (4/46) من قانون الإجراءات المدنية أنه يجب على من يقدم مستندات محررة بلغة أجنبية أن يقدم ترجمة رسمية عربية لها وهو ما لازمه ألا يقوم القاضي بترجمتها أو تعديل ترجمتها فيحكم بعلمه الشخصي

في مسائل فنية لم ينط به التصدي لها، إذ هو يتلقى أدلة الإثبات والنفي كما يقدمها الخصوم دون تدخل من جانبه...⁽¹⁾.

ونسنتج من ذلك التزام الأطراف في الدعوى بترجمة ما يقدمونه من مستندات، وإن كان القاضي على علم بلغة المستندات الأصلية؛ لأنه إن قام بترجمتها أو حتى إن عدل على ترجمتها، يعد كمن حكم بعلمه الشخصي، الأمر الذي يمنعه القانون منه. كما أنه لا يجوز أن تجري المحاكمة بلغة أجنبية، ولو اتفق الخصوم على ذلك. ويتعين على المحكمة في هذه الحالة أن تستعين بمترجم عند سماع أقوال الخصوم أو الشهود الذين يجهلون اللغة العربية.

ويمكن أن نجد لمبدأ لغة التقاضي أساساً في الفقه الإسلامي. ففيما يتعلق بالصفات المشترطة في صحة ولاية القاضي، فيقول بعض الفقهاء أنه "ينبغي للقاضي أن يكون متيقظاً كثير التحرز من الحيل، وما يتم مثله على العقل الناقص أو المتهاون، وأن يكون عالماً بالشروط عارفاً بما لا بد منه من العربية واختلاف معاني العربية والعبارات، فإن الأحكام تختلف باختلاف العبارات في الدعاوى والإقرار والشهادات وغير ذلك...". ومن ناحية أخرى، ينبغي للقاضي "أن يتخذ مترجماً، وإذا اختصم إليه من لا يتكلم بالعربية ولا يفهم عنه فليترجم عنه ثقة مسلم مأمون...".⁽²⁾

وفي شأن تحديد طبيعة عمل المترجم نجد أن الفقهاء - في الفقه الإسلامي - لم يختلفوا فيما بينهم في ضرورة توفير مترجم والاستعانة به في مجال القضاء، إلا أنهم اختلفوا في تحديد طبيعة عمل المترجم حيث اشترط الشافعية والحنابلة وبعض الحنفية تعدد المترجمين في كل دعوى كتعدد الشهود، على اعتبار أن المترجم

(1) دولة الإمارات العربية المتحدة، حكم المحكمة الاتحادية العليا، 23 يناير سنة 2008م، الطعن رقم 288 لسنة 25 ق. ع نقض مدني، منشور في مجلة الميزان التي تصدر عن وزارة العدل بدولة الإمارات العربية المتحدة، س 9، العدد 101، مارس 2008 م، ص 54 وما بعدها.

(2) الحنفي، معين الأحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، ص 14 وما بعدها.

كالشاهد، فلا بد في كل دعوى من عدد من المترجمين، ولو في دعوى زنا. وحجتهم في ذلك، أنه نُقل ما خفي على الحاكم إليه فيما يتعلق بالمتحاكين، فوجب فيه العدد كالشهادة؛ لأن ما لا يفهمه الحاكم، وجوده عنده كغيبته، فإذا تُرجم له كان كنقل الإقرار إليه من غير مجلسه. ولا يقبل ذلك إلا من الشاهدين، فعلى هذا تكون الترجمة شهادة تفتقر إلى العدد والعدالة، ويعتبر فيها من الشروط ما يعتبر في الشهادة. ⁽¹⁾ بينما قال المالكية والحنفية ورواية عن الإمام أحمد، واختاره شيخ الإسلام ابن تيمية واختاره أيضا ابن أبي الدم من الشافعية ⁽²⁾، أنه يكفي في أي دعوى مترجم واحد ثقة عدل، وحجتهم في ذلك، حديث ترجمة زيد بن ثابت وحده للنبي صلى الله عليه وسلم، وترجمة أبي جهم لابن عباس. وقالوا أيضاً: أن الترجمان لا يحتاج إلى أن يقول أشهد، بل يكفي مجرد الإخبار، وتفسير من الذي يترجم عنه. وهذا ما أخذت به أيضاً مجلة الأحكام العدلية في المادتين 71 و 1825.

ووفق الكثير من التشريعات العربية يعد المترجم عون من أعوان القضاء، كما هو الحال في التشريع الإماراتي، إذ ورد ذكر الأحكام المتعلقة بالمترجمين في قانون السلطة القضائية الإماراتي ⁽³⁾ في الباب السادس منه تحت عنوان (في أعوان القضاء). وعليه يعتبر المترجم أمام القضاء الإماراتي عون من أعوان القضاء؛ وبالتالي تسري عليه الأحكام الواردة في قانون السلطة القضائية، والمتعلقة بأعوان القضاء، بالإضافة إلى سريان قانون تنظيم مهنة الترجمة عليهم فيما لم يرد بشأنه نص في قانون السلطة القضائية، وقانون الموارد البشرية.

(1) ابن قدامة، المغني، ج 14، ص 84

(2) السرخسي، المبسوط، ج 8، ص 275، و ابن أبي الدم، آداب القضاء، ص 112.

(3) قانون السلطة القضائية الإماراتي، رقم (3) لسنة 1983

الفرع الثاني :

ضرورة توفير مترجم أمام المحاكم

تنص التشريعات الدولية على أهمية توفير مترجم في المحاكمات لضمان الوصول لمحاكمة عادلة، ومنح الأطراف الحق في الدفاع، ومن أمثلة ذلك ما نص عليه في المادة (14 / 3 / أ ، و) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، حيث جاء فيه أن " لكل متهم بجرمة أن يتمتع أثناء النظر في قضيته، وعلى قدم المساواة التامة، بالضمانات الدنيا التالية :

أ. أن يتم إعلامه سريعا وبالتفصيل، وفي لغة يفهمها، بطبيعة التهمة الموجهة إليه وأسبابها،

و. أن يزود مجانا بترجمان إذا كان لا يفهم أو لا يتكلم اللغة المستخدمة في المحكمة،

أما منظمة العفو الدولية فقد أكدت على ذلك الحق في الفصل الثامن، في المادة (2 / 3) حيث جاء فيها أنه " يجب أن تقدم المعلومات المتعلقة بالتهمة بلغة يستطيع المتهم أن يفهمها. وإذا كان الشخص المتهم لا يتكلم اللغة المستخدمة أو يفهمها، يتعين ترجمة وثيقة الاتهام إلى لغة يفهمها المتهم".

وفصلت في الفصل الثالث والعشرين منها في حق الاستعانة بمترجم شفهي والترجمة التحريرية، وجاء فيه أنه " لكل من يتهم بارتكاب فعل جنائي الحق في الحصول على مساعدة من مترجم متخصص دون مقابل، إذا لم يكن يفهم أو يتكلم اللغة المستخدمة في المحكمة. كما أن له الحق في الحصول على ترجمة للوثائق." وجاءت تفصيلات ذلك في بعض موادها، فالمادة (1/23) تعلقت بالترجمة الشفهية والتحريرية، والمادة (2/23) كانت بشأن الحق في الاستعانة بمترجم كفاء، بينما الحق في الحصول على ترجمة للوثائق فجاء في المادة (3/23) .

وعلى المستوى الداخلي نصت الكثير من التشريعات على الحق في الترجمة، ومنها ما نص عليه المشرع في دولة الإمارات في المادة (15) من قانون السلطة

القضائية الاتحادي رقم (3) لسنة 1983م، على أن " لغة المحاكم هي اللغة العربية. وعلى المحكمة أن تسمع أقوال الخصوم أو الشهود الذين يجهلون اللغة العربية بواسطة مترجم بعد حلف اليمين".

كما تنص المادة (4) من قانون الإجراءات المدنية الصادر بالقانون الاتحادي رقم (11) لسنة 1992م على أن: " لغة المحاكم هي اللغة العربية، وعلى المحكمة أن تسمع أقوال الخصوم أو الشهود أو غيرهم الذين يجهلون اللغة العربية بواسطة مترجم بعد حلفه اليمين، ما لم يكن قد حلفها عند تعيينه أو عند الترخيص له بالترجمة."

وأكد المشرع الإماراتي في قانون الإجراءات الجزائية، الصادر بالقانون الاتحادي رقم (35) لسنة 1992م، على أهمية توفير مترجم، فنصت المادة (70) منه على أن " يجري التحقيق باللغة العربية. وإذا كان المتهم أو الخصوم أو الشاهد أو غيرهم ممن ترى النيابة العامة سماع أقوالهم، يجهل اللغة العربية فعلى عضو النيابة العامة أن يستعين بمترجم بعد أن يحلف يمينا بأن يؤدي مهمته بالأمانة والصدق. " وقد ورد هذا النص في الباب الثاني من الكتاب الثاني من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي، وعنوان هذا الباب هو " تحقيق النيابة العامة ". ولا يفهم من ذلك أن هذا الحكم يقتصر على تحقیقات النيابة العامة فقط، بل يطبق أيضا على التحقيق الذي تجريه المحكمة في الجلسة، وعلى كل إجراءات المحاكمة الأخرى على حد سواء، في جميع مراحل الدعوى.

وفي ذلك قضت المحكمة الاتحادية العليا في أحد أحكامها بأنه: " لما كان الطاعن أجنبيا لا يعرف اللغة العربية وفقا لما جاء في محضر النيابة العامة، إذ تمت الاستعانة بمترجم مما يدل على عدم إلمام الطاعن باللغة العربية، ولهذا كان يتعين الاستعانة بمترجم أثناء محاكمته أمام محكمة البداية، وأمام محكمة الاستئناف، وبما

أن ذلك لم يحدث فإن مؤدى ذلك الإخلال بحقه في الدفاع لعدم معرفته بما اتخذ من إجراءات أمام المحاكم الأمر الذي يؤدي إلى نقض الحكم مع الإحالة. " (1)

كما جاء في أحد أحكام محكمة نقض أبوظبي أنه: " لما كانت المادة (12) من القانون رقم 23 لسنة 2006 بشأن دائرة القضاء في إمارة أبوظبي قد نصت على أن: (اللغة العربية هي لغة المحاكم، ويستعان بمترجم متى اقتضى الأمر ذلك، بعد حلفه اليمين) ونصت المادة الرابعة من قانون الإجراءات المدنية الاتحادي على أن: (لغة المحاكمة هي اللغة العربية، وعلى المحكمة أن تسمع أقوال الخصوم أو الشهود أو غيرهم الذين يجهلون اللغة العربية بواسطة مترجم ...) كما نصت المادة (70) من قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي على أن: (يجرى التحقيق باللغة العربية وإذا كان المتهم أو الخصوم أو الشهود أو غيرهم ممن ترى النيابة العامة سماع أقوالهم يجهل اللغة العربية فعلى عضو النيابة العامة أن يستعين بمترجم بعد أن يحلف يمينا بأن يؤدي مهنته بالأمانة والصدق) وهو ما يسرى على إجراءات الاستدلال وعلى التحقيق الذي تجر به المحكمة لما هو مقرر من أن سؤال المتهم الأجنبي الذي يجهل اللغة العربية بمحضر جمع الاستدلال أو أمام المحكمة والذي يقيم قضاؤه عليه دون الاستعانة بمترجم مخلف لأخذ أقواله - حال جهله باللغة العربية - يصم هذا الإجراء بالبطلان. لما كان ذلك، وكان البين من الحكم الابتدائي المؤيد لأسبابه والمكمل بالحكم المطعون فيه أنه قد تساند في إدانة الطاعن إلى اعتراف المتهم الآخر بمجلس القضاء - أمام المحكمة - الذي أدلى به دون الاستعانة بمترجم رغم كونه أجنبيا - هندي الجنسية - يجهل اللغة العربية بدليل سؤاله بمترجم في تحقيقات النيابة العامة وبمحضر جمع الاستدلالات، ومن ثم فإن هذا الاعتراف يكون قد صدر باطلا. وإذا اعتمدت عليه المحكمة بدرجتها - ضمن ما اعتمدت عليه من أدلة - في إدانته

(1) دولة الإمارات العربية المتحدة، المحكمة الاتحادية العليا، 9 / 6 / 1993م، الطعن رقم 51 لسنة 14 القضائية، مجموعة الأحكام، الدائرة الجزائية، س 15، رقم 48، ص 238 وما بعدها.

فإنها تكون قد اعتمدت على دليل باطل بما يبطل الحكم المطعون فيه، ولا نعني في ذلك ما أورده المحكمة من أدلة أخرى ذلك بأن الأدلة في المواد الجنائية متساندة إذا سقط أحدها أو استبعد تعذر التصرف على مبلغ الأثر الذي كان للدليل الباطل في الرأي الذي انتهت إليه المحكمة، فإنه يتعين نقض الحكم المطعون فيه والإحالة بغير حاجة لبحث باقي أوجه الطعن.⁽¹⁾

لم يقف المشرع الإماراتي عند ذلك الحد في شأن الاهتمام بتنظيم مهنة الترجمة، وإنما أصدر القانون الاتحادي رقم (9) لسنة 1981، ومن ثم حل محله القانون الاتحادي رقم (6) لسنة 2012. وتضمن ذلك القانون مجموعة من الضوابط التي تضمن تحقيق مبدأ حق الدفاع، وتحقيق محاكمة عادلة، فاشتراط ذلك القانون مجموعة من الشروط التي يجب توافرها في المترجم، وبَيَّن حقوق وواجبات المترجم، وأخضعه للقيود في الجدول الذي يتم من قبل هيئة تختص بشؤون المترجمين، كما حدد المسؤولية المترتبة على ممارسته لهذه المهنة. وهذا هو ذاته ما قامت به بعض الدول العربية التي صدر فيها قوانين خاصة بتنظيم مهنة الترجمة؛ سعياً منها لضبط المهنة، وضمان حسن سير العدالة.

إذ صدر في الجمهورية المغربية القانون رقم (50.00) لسنة 2001، وأطلق عليه تسمية "قانون التراجمة المقبولين لدى المحاكم"، وصدر كذلك في الجمهورية التونسية القانون رقم (80) لسنة 1994 وأطلق عليه تسمية "قانون تنظيم مهنة المترجمين المحلفين"، بينما نُص على هذا الحق في جمهورية مصر العربية في قانون السلطة القضائية، وذلك في الفصل الرابع منه وعلى وجه التحديد في المواد (156 و 157) فجاء في نص المادة (156) منه أنه : "يلحق بكل محكمة العدد اللازم

(1) دولة الإمارات العربية المتحدة ، محكمة نقض أبوظبي ، 8 / 6 / 2010 ، الطعن رقم 361 لسنة 2010 ، سلسلة أحكام محكمة النقض ، الاستعانة بمترجم في ضوء أحكام محكمة النقض من سنة 2008 إلى 2013 ، الطبعة الثانية ، 2014 ، ص 117 .

من المترجمين".⁽¹⁾ بينما خصص الفصل الخامس والسادس والسابع من هذا القانون لأحكام خاصة بالعاملين بالمحاكم بمن فيهم المترجمين.

وعلىنا أن لا ننسى دور الشريعة الإسلامية في هذا المجال، فهي السباقة في ذلك، إذ سعت إلى التأكيد على أهمية الترجمة، ولا سيما في مجال القضاء، لما لها من دور بالغ الأهمية ولا يستهان به في تحقيق مبدأ حق الدفاع، والمواجهة بين الخصوم، فقد قال ابن قدامه - رحمه الله - : " إنه إذا تحاكم إلى القاضي العربي أعجميان لا يعرف لسانهما أو أعجمي وعربي فلا بد من مترجم عنهما." ⁽²⁾ بينما قال الإمام السرخسي: " وإذا اختصم إلى القاضي قوم يتكلمون بغير العربية وهو لا يفقه لسانهم، فإنه ينبغي له أن يترجم عنهم رجل مسلم ثقة" ⁽³⁾

المطلب الثالث :

واجبات المترجم

تُحْمَل كل مهنة أو وظيفة ممارستها مجموعة من الواجبات، التي تهدف للمحافظة على سمعتها وشرفها، واستمراريتها على الوجه الصحيح الذي يسعى له المشرع، وعليه يقع على عاتق المترجم أمام المحاكم عدد من الواجبات التي يجب على من يرغب بممارسة مهنة الترجمة أمام المحاكم الالتزام بها. وفي سبيل إلقاء الضوء على واجبات المترجم؛ سأتناول في الفرع الأول من هذا المطلب واجبات المترجم السابقة على التعيين. وسيكون الفرع الثاني محلاً لواجبات المترجم اللاحقة للتعيين. وسأتطرق للرقابة على عمل المترجم في الفرع الثالث.

(1) قانون السلطة القضائية المصري رقم (46) لسنة 1972.

(2) ابن قدامه ، المغني ، ص 84 / 14

(3) السرخسي ، المبسوط ، ج 8 ، ص 78.

الفرع الأول :

واجبات المترجم السابقة على التعيين

يعتبر القيد في جدول المترجمين من أهم الواجبات السابقة على التعيين الملقاة على عاتق المترجمين أمام القضاء، وقد نص على ذلك المشرع الإماراتي في المادة (2) من قانون تنظيم مهنة الترجمة إذ جاء فيها أنه: " لا يجوز لأحد أن يزاول مهنة الترجمة في الدولة إلا بعد القيد في الجدول والحصول على ترخيص بذلك من السلطة المختصة في الإمارة المعنية." ونصت المادة (2) من قانون تنظيم مهنة الترجمة المخلفة السوري⁽¹⁾ على أنه: " لا يجوز لأي شخص مزاول مهنة الترجمة المخلفة إلا بعد القيد في الجدول والحصول على إجازة رسمية تحمل توقيع الوزير وخاتم الوزارة وتعطى الإجازة لقاء رسم قدره عشرة آلاف ليرة سورية يؤول إيرادا للخزينة العامة." ونصت المادة (8) من قانون الترجمة المقبولين لدى المحاكم في الفقرة الثانية منها على أنه: "يقيد الترجمان المقبول لدى المحاكم بقرار لوزير العدل وباقتراح من اللجنة المشار إليها في المادة 4 أعلاه في جدول محكمة الاستئناف التي يوجد بها موطنه." وبالتالي يعتبر القيد في الجدول من واجبات المترجم أمام المحاكم المتفق عليها بين التشريعات العربية التي أصدرت قوانين خاصة بتنظيم مهنة الترجمة.

أداء اليمين القانونية أيضاً يعتبر من الواجبات المتفق عليها في بعض التشريعات. ففي ذلك نص المشرع الإماراتي في المادة (5) من قانون تنظيم مهنة الترجمة على أنه: " 1- يهلف المترجم بعد قيده بالجدول أمام إحدى دوائر الاستئناف اليمين الآتية : أقسم بالله العظيم أن أؤدي أعمال مهنتي بكل دقة وأمانة وإخلاص، وبما يحفظ كرامتها واعتبارها، مراعيًا في ذلك أصول المهنة وتقاليدها. 2- يحرر محضر بجلف اليمين يودع في ملف المترجم." ونصت المادة (7) من القانون السوري على أنه: " أ. يؤدي الترجمان المخلف بعد قيده في الجدول أمام

(1) القانون السوري رقم (22) لعام 2014

محكمة الاستئناف المدنية الأولى اليمين الآتية : (أقسم بالله العظيم أن أؤدي أعمال مهنتي بكل دقة وأمانة وإخلاص وأن أحافظ على كرامتها وأن أراعي أصول المهنة وتقاليدها). ب. يحرر محضر بحلف اليمين يودع في ملف الترجمان المحلف. " وفي ذلك نصت المادة (24) من القانون المغربي على أنه: " لا يسجل في جدول التراجمة المقبولين لدى المحاكم الترجمان المتمرن الذي اجتاز بنجاح امتحان نهاية التمرين إلا بعد أدائه أمام محكمة الاستئناف التي سيسجل بدائرتها اليمين التالية : (أقسم بالله العظيم بأن أترجم بأمانة ووفاء الأقوال التي ينطق بها أو يتبادلها الأشخاص وكذا الوثائق التي يعهد إلي بها في هذا الصدد وأن أحافظ على السر المهني.) لا يجدد اليمين ما دام الترجمان مسجلاً في الجدول. ويؤدي المترجم اليمين خلال جلسة يحضرها رئيس الجمعية المهنية للتراجمة المقبولين لدى المحاكم أو ممثله. " أداء اليمين القانونية من قبل المترجم أمر لا مفر منه، ولكن لا يشترط تكراره عند كل عملية ترجمة يقوم بها، ويكفي في ذلك أدائه لليمين عند تعيينه، وفي ذلك قضت المحكمة الاتحادية العليا أنه: " لما كان الثابت من الأوراق أن الطاعن أدلى بأقواله في مراحل المحاكمة والتحقيق والاستدلال بحضور مترجمين من المحكمة والنيابة العامة والشرطة قاموا بأعمال الترجمة، وهؤلاء موظفون عاملون مهمتهم الترجمة ويفترض فيهم أن يحلفوا اليمين قبل أدائهم لعملهم بأن يقوموا بالترجمة على الوجه الصحيح بأمانة وصدق، ويكفي أن يحلفوا اليمين قبل مباشرتهم لأعمال وظيفتهم مرة واحدة شأنهم في ذلك شأن سائر الموظفين العموميين، ولا يلزم أن يحلفوا اليمين عند كل ترجمة يقومون بها، هذا فضلاً عن الطاعن لم يدع أن أحد المترجمين انحرف في الترجمة عن حقيقة أقواله التي أدلى بها ومن ثم فإن النعي يكون على غير أساس. " (1)

(1) دولة الإمارات العربية المتحدة ، المحكمة الاتحادية العليا ، الطعن رقم 77 لسنة 14 قضائية ، بتاريخ 26 /

عند الاستعانة بمترجم من غير المقيدين في الجدول أو العاملين لدى المحاكم - لأي سبب كان - يلتزم المترجم بأداء اليمين وإلا اعتبر الاجراء باطل ويؤدي لبطلان كافة الأدلة المستندة إليه. وفي ذلك ورد في حكم لمحكمة نقض أبوظبي أنه: "لما كان ذلك، وكان البين من الحكم الابتدائي المؤيد لأسبابه والمعدل بالحكم المطعون فيه أنه قد تساند في إدانة الطاعن إلى أقوال العمال الذين قام بتشغيلهم على خلاف القانون والواردة بمحاضر الشرطة وهم أجنب باكستان وهنود والذين سئلوا استيفاء لطلب النيابة بتأشيرتها إلى قسم الشرطة وهم و وكان الثابت بتلك المحاضر أن هذا الإجراء قد تم بالاستعانة بمترجم يدعى دون أن يرد بها ذكر إلى أنه قد حلف اليمين القانونية قبل أداء مهمته، فإن تلك المحاضر تكون باطلة لتخلف هذا الإجراء الجوهرى، ويكون الدليل المستمد منها باطلا بدوره، وإذا اعتمدت المحكمة بدرجتها عليها من الإدانة فإنها تكون قد اعتمدت على دليل باطل بما يبطل الحكم المطعون فيه ويوجب نقضه والإحالة بغير حاجة لبحث باقي أوجه الطعن." (1)

تعد تلك الالتزامات - سالفه الذكر - من الالتزامات الملقاة على عاتق المترجم قبل البدء في ممارسة مهنة الترجمة، إذ بعد توافر الشروط المنصوص عليها قانوناً في المترجم، وتنفيذه لتلك الالتزامات يكون من حق المترجم ممارسة المهنة أمام المحاكم باعتباره مترجم محلف، أو معتمد، أو مرخص - أيأ كانت التسمية - ومن ثم تترتب باقي الالتزامات الأخرى المنصوص عليها قانوناً ويصبح ملزماً بالتقيد بها.

(1) دولة الإمارات العربية المتحدة ، محكمة نقض أبوظبي ، الطعن رقم 651 لسنة 2008 سلسة أحكام محكمة النقض ، الاستعانة بمترجم في ضوء أحكام محكمة النقض من سنة 2008 إلى 2013 ، الطبعة الثانية ، 2014 ، ص 93 و 94.

الفرع الثاني :

واجبات المترجم اللاحقة للتحيين

تتعدد وتنوع التزامات المترجم اللاحقة للتحيين، ومنها ما هو متفق عليها في بعض التشريعات، وأخرى مختلف عليها، بمعنى نص عليها أحد المشرعين دون غيره. ومما يعد متفق عليه بين التشريعات من التزامات، أن يؤدي المترجم أعمال الترجمة بكل دقة وأمانة وإخلاص وبما يحفظ كرامة مهنته واعتبارها مراعيًا في ذلك أصول المهنة وتقاليدها. وأن يقوم بنفسه بأعمال الترجمة التي يعهد بها إليه، فليس له أن يفوض غيره للقيام بها. وعليه أن يبذل العناية اللازمة لتطوير مهاراته ومواكبة التطورات في مجال اللغة المرخص له بترجمتها. وبالإضافة إلى التقيد بالترجمة من وإلى اللغات المرخص له بها. كما يلتزم بعدم افشاء المعلومات التي يكون قد اطلع عليها بحكم قيامه بأعمال الترجمة.

ومن التزامات المترجم المتفق عليها كذلك، التزامه بأن يقرن اسمه وخاتمه ورقم قيده واسم المكتب على جميع مطبوعاته ومراسلاته والشهادات والتقارير التي يقوم بالتوقيع عليها. وأن يخطر الوزارة بكل تغيير يطرأ على عنوان المكتب الذي يعمل من خلاله. ولا يخفى على أحد أهمية أن يضع المترجم اسمه وخاتمه ورقم قيده واسم المكتب على جميع مطبوعاته ومراسلاته والشهادات والتقارير؛ إذ بذلك يمكن تحميله مسؤولية ما قد يرتكبه من أخطاء في الترجمة، ومسؤولية عدم التزامه بالترجمة من وإلى اللغة المرخص له بها، بالإضافة إلى مسؤولية عدم التزامه بالقيام بأعمال الترجمة الموكلة إليه بنفسه.

أما الالتزامات المختلف بشأنها بين بعض التشريعات فهي تتمثل في تحميل مكتب الترجمة الذي يعمل من خلاله المترجم في دولة الإمارات ببعض الالتزامات الخاصة به. ف جاء في نص المادة (14) من القانون، والمادة (15) من اللائحة التنفيذية له أنه " يلتزم مدير المكتب بما يأتي :

1. وضع شهادة القيد وترخيص المكتب في مكان بارز منه.

2. إخطار الإدارة المختصة بالمترجمين الذين يعملون من خلال مكتبه، وبكل تغيير يطرأ عليهم خلال شهر من حصول التغيير.

3. إخطار الإدارة المختصة بكل تعديل أو تغيير يطرأ على بيانات الترخيص خلال شهر من حصول التغيير.

4. الاحتفاظ بسجل خاص يدون فيه بيانات أعمال الترجمة التي أنجزها وتاريخها واسم طالبها.

5. التقييد بالترجمة من وإلى اللغات المرخص للمترجمين بها.

والزم المشرع التونسي⁽¹⁾ - دون غيره - المترجم بواجب التفرغ للعمل، وذلك في نص الفصلين (16 و 17) من القانون. وفُسر ذلك في دليل إجراءات المترجم المحلف⁽²⁾ بأنه: " نظراً لأهمية عمل المترجم المحلف وما يتطلبه منه من جهد وعناية، فقد أوجب عليه المشرع التفرغ لعمله بصفة كلية والامتناع عن ممارسة أي مهنة أخرى، فلا يمكن له أن:

- الجمع بين ممارسة الترجمة والعضوية بمجلس النواب أو الجمع بينهما وبين وظيفة عمومية من شأنها أن تستوجب إعطاء منحة من مال الدولة أو الجماعات العمومية المحلية أو المؤسسات العمومية.

- تعاطي التجارة بأنواعها ومباشرة المسؤولية في شركات أو مؤسسات صناعية أو تجارية أو مالية من شأنها أن تكسبه صفة التاجر.

- غير أنه يمكنه إلى جانب مهنته الأصلية ممارسة وظيفة التدريس، والقيام بمهمة عرضية محددة لا تتعدى خمسة أعوام. "

(1) القانون التونسي رقم (80) لسنة 1994، المتعلق بتنظيم مهنة المترجمين المحلفين .

(2) دليل المترجم المحلف صادر بقرار من وزير العدل وحقوق الإنسان

وفي سبيل المحافظة على استقلال وحياد المترجم، نص المشرع التونسي على عدم تمكن المترجم المحلف المرسم في الجدول من أن يرفض ترجمة ما يطلب منه إلى اللغة المرخص له فيها؛ إلا إذا كان هناك مانع قانوني، أو عذر مقبول أو قدح ناشئ عن القرابة، أو المصاهرة، أو في حالة وجود روابط عائلية، فإنه بإمكان المترجم المحلف حينها أن يرفض العمل المعروض عليه.

الفرع الثالث :

الرقابة على عمل المترجم

ذكرنا في الفرع السابق أن من واجبات المترجم أن يؤدي أعمال الترجمة بكل دقة وأمانة وإخلاص، وبما يحفظ كرامة مهنته واعتبارها مراعيًا في ذلك أصول المهنة وتقاليدها. وأن يقوم بنفسه بأعمال الترجمة التي يعهد بها إليه. هذه الواجبات والالتزامات الملقاة على عاتق المترجم في دولة الإمارات تمثل عبء كبير عليه - دون غيره من مترجمي محاكم الدول الأخرى - بالرغم من أننا ذكرنا سابقاً أنها تعتبر من الالتزامات المتفق عليها في التشريعات العربية التي أصدرت قوانين خاصة بتنظيم مهنة الترجمة؛ والسبب في ذلك يرجع لقلة عدد المترجمين في المحاكم. فبعض محاكم دولة الإمارات تعاني من نقص كبير في عدد المترجمين، مما يؤدي إلى إرهاق كاهل المترجمين المتواجدين، بإلزامهم بالعمل المتواصل والدائم؛ تفادياً لتأجيل الجلسات وتأخير المتقاضين. وهذا في حد ذاته يؤدي إلى الإخلال بواجب تأدية العمل بدقة وأمانة، إذ يكلف المترجم ومنذ بداية اليوم إلى نهايته بالتنقل المستمر بين قاعات المحكمة، وفي كثير من الأحيان إلى مباني أخرى لمحكمة أخرى في نفس الإمارة. هذا الجهد الشاق أدى مع الوقت لأن يتجه المترجم إلى الإسراع في عملية الترجمة رغبةً منه في إتمام كافة الأعمال المكلف بها في وقتها المحدد لها. وفي سبيل ذلك فهو يستعجل ويختصر بشكل كبير لتجنب التأخير، ولا شك أن في ذلك إضرار بمصلحة المتقاضين، وعلى وجه الخصوص من لا يتحدث العربية واحتاج للترجمة.

ويعد كذلك التزام بالترجمة من وإلى اللغات المرخص له بها من الالتزامات التي يتم تجاهلها أحياناً نتيجة نقص عدد المترجمين؛ وكثرة انشغالهم، فإن كان المترجم يلم إلى حد ما بلغة أخرى غير التي حصل على الترخيص بشأنها، فتتم الاستعانة به بحجة تجنب تأجيل الجلسات، وتعطيل المتقاضين.

ذكرنا أيضاً أن من واجبات المترجم المتفق عليها، أن يبذل العناية اللازمة في تطوير مهاراته ومواكبة التطورات في مجال اللغة المرخص له بترجمتها. وهذا في حد ذاته يشكل عبء على مترجمي المحاكم في دولة الإمارات؛ إذ أن ذلك يتطلب المزيد من الوقت، والنفقات. الأمر الذي يرهق كاهل المترجمين في دولة الإمارات، خاصةً مع التدني الشديد للمردود المادي لأولئك المترجمين. فتطوير المهارات والقدرات يتطلب المشاركة في دورات ومؤتمرات، وندوات، وذلك يتطلب وقت، ومجهود، وأموال تصل في بعض الأحيان إلى ثلث أو نصف مدخول المترجم الشهري. مع الأخذ بعين الاعتبار أن بعض جهات العمل في دولة الإمارات تتكفل مشكورة بإشراك المترجمين في بعض الدورات على نفقتها.

هذا ولم يرد في القانون الإماراتي أي نص يفيد خضوع المترجم العامل في المحاكم لأي نوع من أنواع الرقابة. فما ورد في نص المادة (28) من قانون تنظيم مهنة الترجمة من أنه: "يكون للموظفين الذين يصدر بتحديددهم قرار من الوزير صفة مأموري الضبط القضائي بالنسبة للجرائم التي تقع بالمخالفة لأحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية والقرارات الصادرة تنفيذاً له، وذلك في نطاق اختصاص كل منهم." يعتبر نص خاص بالرقابة على عمل المترجم العامل في مكتب الترجمة فقط، دون المترجم العامل في المحاكم.

وعليه تنحصر الرقابة على عمل المترجم في المحكمة على علم رئيس المحكمة عند نظره لبعض الدعاوى، أو القاضي الذي ينظر الدعوى، أو المحامي، أو الخصوم، أو أحد الحضور، باللغة الأجنبية التي تتم الترجمة منها وإليها، واعتراضه على ترجمة المترجم أثناء الجلسة فقط لا غير. والحقيقة ان علم أحد المتواجدين في قاعة المحكمة - أياً كان - باللغة الأجنبية المترجم منها وإليها يعد من الأمور غير الشائعة.

هذا وتعاني بعض المحاكم في دولة الإمارات من عدم وجود مترجمين لبعض اللغات، كالصينية، والروسية، والفرنسية. إذ تتم الاستعانة في هذه الحالة بأي شخص يتواجد في المحكمة متى كان يعرف اللغة العربية واللغة الأجنبية الأخرى، ويقوم بالترجمة بعد حلفه اليمين. ومن ثم يحصل على أتعاب مقابل ذلك يقدرها القاضي. وفي جميع الحالات، وسواء تمت الترجمة من قبل مترجم معين في المحكمة، أو من قبل أي شخص آخر، فلا تخضع الترجمة في محاكم دولة الإمارات إلى أي نوع من أنواع الرقابة سوى ما تم ذكره والذي لا يكفي ولا يؤدي الغرض المنشود من الرقابة.

خلاصة القول أن قلة عدد مترجمي المحاكم، وكثرة الأعمال الملقاة على كاهلهم؛ تؤدي إلى عدم تمكنهم من الالتزام بواجباتهم المنصوص عليها قانوناً. وافتقار القانون الإماراتي لنصوص تفرض الرقابة عليهم، تجعل من تجاهل المترجم لواجباته أمر أكثر شيوعاً.

الخاتمة :

وختاماً ومما لا شك فيه أن الترجمة تعد من العلوم الهامة في المجتمع، فهي تؤثر على تقدمه ورفقيه، بل هي شاهد من شواهد تقدم الأمم والحضارات وتطورها. وتتعدد مجالات الترجمة، ولا تقتصر أهميتها على أحد المجالات دون غيره. فهي ذات أهمية كبيرة في شتى المجالات.

وقد رأينا أن للترجمة في مجال القضاء دور بالغ الأهمية؛ لذلك سعت الكثير من التشريعات إلى التأكيد على أهمية اللغة باعتبارها من مقدسات الدولة في دساتيرها وقوانينها العادية، والتأكيد على ضرورة توفير مترجم لكل من الخصوم أو المتهمون أو الشهود، وكل من ترى الجهات المعنية ضرورة لسماعهم، واعتباره حق من حقوقهم في جميع مراحل التقاضي. كما اهتمت بإصدار قوانين خاصة بتنظيم مهنة الترجمة؛ وذلك إيماناً منها بتفعيل دور المترجم أمام القضاء. وقد تضمنت تلك التشريعات مجموعة من الشروط الواجب توافرها في المترجم، وبينت حقوقه وواجباته،

بالإضافة إلى ضوابط عمل المترجم، ومكاتب الترجمة في الدولة، وذلك بحسب السياسة التشريعية لكل دولة.

تطرت كذلك في هذا البحث إلى واجبات المترجم أمام المحاكم المتفق عليها بين التشريعات التي أصدرت قوانين خاصة بتنظيم مهنة الترجمة. والواجبات غير المتفق عليها بين تلك التشريعات. وأهميت البحث بتناول الرقابة على عمل المترجم في الإمارات. وقد توصلت في نهاية البحث إلى النتائج والتوصيات التالية:

أولاً : النتائج :

1. للترجمة في المحاكم الإماراتية أهمية كبيرة، نتيجة تنوع وتعدد الجنسيات المقيمة في الدولة، والذي ينتج عنه تعدد في اللغات واللهجات.
2. تعاني المحاكم في دولة الإمارات من قلة عدد المترجمين، بالرغم من كثرة عدد الجنسيات المقيمة على أرض الدولة، وكثرة الدعاوى التي يجب فيها الاستعانة بمترجم.
3. عزوف المواطنين في دولة الإمارات عن العمل في مجال الترجمة أمام المحاكم. والسبب الرئيس في ذلك قلة المردود المادي لمثل هذه الأعمال.
4. لم ينص المشرع الإماراتي في قانون تنظيم مهنة الترجمة أو غيره من قوانين الدولة على فرض رقابة على عمل المترجم بشكل عام، والتأكد بشكل خاص من مدى التزامه بواجباته المفروضة عليه قانوناً.

ثانياً : التوصيات :

1. العمل على زيادة عدد المترجمين، وخاصة مترجمي اللغات النادرة كالصينية والروسية، وغيرها من اللغات التي تشكل عائق أمام المحاكم من إتمام الجلسات في مواعيدها، بسبب عدم توفر مترجم يتقن اللغة الأجنبية المطلوبة.
2. على دولة الإمارات أن تسعى لتشجيع أبنائها للعمل في المجال الترجمة، الذي يكاد ينعدم فيه وجود مواطنين، من خلال زيادة الوعي المجتمعي حول حاجة

الدولة لعمل أبنائها في هذا المجال، وتوجيه شبابها لدراسة التخصصات المناسبة لذلك. بالإضافة إلى رفع سقف المردود المادي لهذا العمل.

3. على المشرع الإماراتي أن يتنبه لمسألة الرقابة على المترجم أثناء تأديته لمهامه؛ بأن ينص في قانون تنظيم مهنة الترجمة أو غيره من القوانين، ما يفيد خضوع المترجم للرقابة؛ في سبيل التأكد من مدى التزامه بواجباته المفروضة عليه قانوناً، وعدم الاكتفاء بمجرد اعتراض أحد المتواجدين في قاعة الجلسة على الترجمة، فذلك لا يشكل رقابة بمعناها الحقيقي.

قائمة المراجع :

- أ. د. قصماني ، طه بن عبدالله ، تعريب المصطلحات العلمية ، حلقة نقاش الترجمة واللغة العربية والتعريب ، دراسات وأبحاث الملتقى العربي للترجمة ، الترجمة في الوطن العربي : الواقع والمأمول ، بيروت : مؤسسة الفكر العربي ، ط 1 ، 2005.
- ابن أبي الدم ، إبراهيم بن عبد الله بن عبد المنعم الهمداني ، آدب القضاء ، تحقيق : د. محمد مصطفى الزحيلي ، دمشق : دار الفكر، ط 2 ، 1402 - 1982.
- ابن جني ، أبو الفتح عثمان ، الخصائص، تحقيق محمد علي النجار ، القاهرة : دار الكتب المصرية ، ط 2 ، ج 1 ، 1952
- ابن قدامة ، موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد ، المغني ، القاهرة : مكتبة القاهرة ، ج 14 ، 1388هـ - 1968م
- ابن منظور ، محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الأفيقي ، لسان العرب ، بيروت : دار صادر، ط 1 ، المجلد رقم 1 ، 1968م .
- ابن منظور ، محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الأفيقي ، لسان العرب ، بيروت : دار صادر، ط 1 ، المجلد 12 ، 1968م .

- الثعالبي ، أبو منصور عبد الملك بن محمد ، تحقيق د. ياسين الأيوبي، فقه اللغة ، بيروت: المكتبة العصرية ، ط 1 ، 1419 هـ / 1999م.
- الحنفي ، الإمام علاء الدين علي بن خليل الطرابلسي ، معين الأحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام ، القاهرة : دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، 1883.
- د. الشيال ، جمال الدين ، تاريخ الترجمة والحركة الثقافية في عصر محمد علي ، القاهرة : دار الفكر العربي ، 1951.
- د. محمد ، فوزي عطية ، علم الترجمة مدخل لغوي ، القاهرة : دار الثقافة الجديدة، 1986 - 1406.
- د. يعقوب ، محمد الباقر الحاج ، مقدمة إلى فن الترجمة ، مركز البحوث ، ماليزيا: الجامعة الإسلامية العالمية ، ط 1 ، 2005.
- دليل المترجم المحلف الصادر بقرار من وزير العدل وحقوق الإنسان ، المؤرخ في 24 نوفمبر 1998، والمتعلق بالمصادقة على دليل الإجراءات الخاصة بالمترجم المحلف.
- زيدان ، يوسف ، الترجمة في التراث العربي - في مركز دراسات الوحدة العربية ، بيروت : المركز للوحدة ، 2000 .
- السرخسي ، أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل ، المبسوط ، بيروت : دار المعرفة، ج 8 ، ط 1 ، 1409 - 1989.
- الشاطر ، محمد مصطفى ، القول السديد في حكم ترجمة القرآن المجيد ، القاهرة : مطبعة حجازي ، 1355.
- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.
- الفيروز آبادي ، أبو طاهر مجيد الدين محمد بن يعقوب بن محمد بن إبراهيم الشيرازي ، القاموس المحيط ، بيروت : مؤسسة الرسالة ، ط 2 ، 1987.
- القانون الاتحادي رقم (6) لسنة 2012 ، في شأن تنظيم مهنة الترجمة.

- القانون الاتحادي رقم (3) لسنة 1983م، في شأن السلطة القضائية الاتحادية في دولة الإمارات العربية المتحدة.
- قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي، الصادر بالقانون الاتحادي رقم (35) لسنة 1992م.
- قانون الإجراءات المدنية الصادر بالقانون الاتحادي رقم (11) لسنة 1992م.
- قانون السلطة القضائية المصري رقم 46 لسنة 1972م.
- القانون السوري رقم (22) لعام 2014 ، المتعلق بتنظيم مهنة الترجمة المحلفة .
- قانون رقم (80) لسنة 1994، المتعلق بتنظيم مهنة المترجمين المحلفين.
- كونزالي كلايدز، ترجمة د. حسيب الياس حديد، الجوانب النظرية والتطبيقية للترجمة القانونية ، مقالة منشورة بتاريخ 2015/09/22 على الموقع الإلكتروني <http://www.alnoor.se/article.asp?id=285734> أحرر زيارة في 2016 / 9 / 15
- منظمة العفو الدولية.

عقد المشاركة بالوقت

”دراسة تحليلية مقارنة“

إعداد : يوسف مختار المستيري

معيد بقسم القانون الخاص، كلية القانون - جامعة مصراتة

مقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين، وبعد:
يعتبر عقد المشاركة بالوقت من العقود الحديثة نسبياً التي ظهرت في مجال السياحة، فهو يقوم على فكرة أساسية تتمثل في إشراك أكبر عدد من الناس في الاستفادة من الوحدات السياحية أو الفندقية لقضاء أيام العُطل والإجازات، بحيث يبرم من يرغب منهم في هذه الاستفادة عقداً مع مالك الوحدة لغرض التمتع بحق الإقامة فيها لمدة زمنية محددة من كل عام قد تكون أسبوعاً أو أكثر، ولسنوات طويلة قد تصل إلى عشر سنوات أو أكثر، وذلك بالتناوب مع غيره من المتعاقدين الذين يستفيدون من باقي الوقت في السنة.

وما يبرز أهمية هذا العقد في الواقع العملي أنه يعطي للمستفيد مكنة قضاء فترة العطلة أو الإجازة بتكلفة مناسبة، فبدل أن يشتري الوحدة الفندقية أو السياحة بأكملها وبثمن قد يكون باهظاً ولا يستعملها إلا مدة محددة من السنة، فإنه سينتفع بهذه الوحدة المدة التي يرغبها وذلك بالتناوب مع باقي المستفيدين للفترات الأخرى.

وبالنظر إلى تعدد الصيغ والصور التي يتم بها إبرام هذا العقد، فضلاً عن حداثة تنظيمه في ليبيا بموجب قرار " اللجنة الشعبية العامة للسياحة" رقم 3 لسنة 2005؛ سيتم تسليط الضوء عليه لكونه يثير الكثير من الإشكاليات لعل أبرزها:

- تحديد مفهومه القانوني وأهم الخصائص التي تميزه عن غيره من العقود.
- تحديد الطبيعة القانونية له لمعرفة الأحكام التي ستطبق عليه.

وفي سبيل ذلك، سيعتمد البحث في الموضوع على المنهج التحليلي من خلال بسط الآراء الفقهية وموازنتها إضافة إلى دراسة نصوص قرار "اللجنة الشعبية العامة للسياحة" دراسة نقدية لإبراز مواطن القصور ومكامن الضعف فيها، هذا إلى جانب الاعتماد على المنهج المقارن سواء بين نصوص القرار السابق وأهم التشريعات المقارنة كالقانون السعودي والقانون الفرنسي، أو بين نصوص القرار والقواعد العامة في القانون المدني لإظهار مدى التطابق أو الاختلاف، وذلك وفق خطة بحثية تركز على محورين رئيسيين كالتالي:

- المحور الأول/ ماهية عقد المشاركة بالوقت .
- الفقرة الأولى/ تعريف عقد المشاركة بالوقت .
- الفقرة الثانية/ خصائص عقد المشاركة بالوقت .
- المحور الثاني/ صور عقد المشاركة بالوقت .
- الفقرة الأولى/ صور عقد المشاركة بالوقت في بعض التشريعات المقارنة.
- الفقرة الثانية/ صور عقد المشاركة بالوقت في التشريع الليبي .
- خاتمة تتضمن النتائج والمقترحات.

المحور الأول

ماهية عقد المشاركة بالوقت

يعد عقد المشاركة بالوقت من العقود المستحدثة التي ظهرت في مجال السياحة والتي تدور فكرتها حول إشراك أكبر عدد من الناس في الاستفادة من الوحدات السياحية والفندقية؛ وبناء عليه سيتم تعريف هذا العقد (الفقرة الأولى)، ثم عرض أبرز الخصائص المميزة له (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى

تعريف عقد المشاركة بالوقت

يعود أول ظهور لفكرة المشاركة بالوقت إلى بداية الستينات من القرن الماضي وتحديداً في سويسرا عام 1963 بواسطة مؤسسة Hapimage، وفي فرنسا ظهرت فكرة هذا العقد بشكل عملي عام 1967 عندما هدف مهندس فرنسي لتسويق مبنى أقامه في منطقة (سوبر ديفولي)، إضافة إلى العروض التي قدمتها شركة مرسيليا في سوق السياحة تحت شعار "لا تستأجر الغرفة ولكن اشتر فندق، فهو أقل ثمناً"، ثم انتشرت الفكرة في عدد من دول العالم⁽¹⁾.

(1) انظر: علي أحمد شكورفو، الوجيز في التشريعات السياحية، محاضرات مطبوعة أقيمت على طلبه شعبة السياحة بقسم السياحة والآثار بكلية الآداب - جامعة مصراتة، ص58، إشراق صباح صاحب، عقد المشاركة الزمنية (التايم شير)، بحث منشور بمجلة رسالة الحقوق، تصدر عن كلية الحقوق، جامعة كربلاء، ص2، ع1، 2010، ص194.

هذا وقد تعددت التسميات المقترحة للعقد، إذ يطلق عليه أحياناً الملكية السياحية⁽¹⁾، أو عقد اقتسام الوقت⁽²⁾، أو عقد المشاركة الزمنية⁽³⁾، أو عقد التملك الزمني⁽⁴⁾ أو الملكية الزمنية أو المتعاقبة⁽⁵⁾؛ ولكن التسمية الأدق التي تبين ماهية العقد وفكرته والتي أيدها وأخذ بها أغلب الفقه هي : عقد المشاركة بالوقت⁽⁶⁾.

وقد وردت عدة تعريفات لعقد المشاركة بالوقت سواء على الصعيد التشريعي، أو على الصعيد الفقهي:

- (1) جمال فاخر النكاس، نظام الملكية السياحية *multiropriété, Time-sharing* صورته، ومزاياه، وغيوبه "دراسة مقارنة"، بحث منشور بمجلة الحقوق الكويتية، تصدر عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، س20، ع2، يونيو 1996، ص88، وقد أشار إلى تسميات عديدة تطلق على العقد.
- (2) انظر: قرار ما كان يسمى "باللجنة الشعبية العامة للسياحة" رقم 3 لسنة 2005 بشأن تنظيم مزاولة نشاط تسويق حق الانتفاع في الوحدات الفندقية أو السياحية بنظام اقتسام الوقت، مدونة الإجراءات، س5، ع4، بتاريخ 2006/3/20، ص175، نسرين محاسنة، عقد اقتسام الوقت (Timeshare)، دراسة قانونية في القانون الأردني والقوانين المقارنة، بحث منشور بمجلة أبحاث اليرموك "سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية"، مجلة علمية فصلية محكمة تصدر عن عمادة البحث العلمي والدراسات العليا بجامعة اليرموك، المجلد 23، ع3، أيلول 2007، ص1015.
- (3) إشراق صباح صاحب، مرجع سابق، ص192.
- (4) انظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي بشأن عقد التملك الزمني Time sharing رقم 170 (8/18) المنعقد في دورته الثامنة عشرة في بوتراجايا (ماليزيا) في الفترة من 09-14/7/2007، موجود على موقع المجمع على الإنترنت : www.iifa-aifa.org
- (5) يرجع أصل التسمية إلى المصطلح الفرنسي *La propriété Temps*.
- (6) انظر: هادي حسين الكعبي، سلامة عبدالزهرة الفتلاوي، أحمد عبد الحسين الياسري، المفهوم القانوني لعقد المشاركة بالوقت "دراسة مقارنة"، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، تصدر عن كلية القانون بجامعة بابل، مجلد1، س7، ع2، 2015، ص231، ندى سالم حمدون ملاعلو، عقد المشاركة بالوقت "دراسة مقارنة"، بحث منشور بمجلة الشريعة والقانون، مجلة علمية محكمة تعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية، تصدر عن كلية الشريعة والقانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة، س26، ع51، يوليو 2012، ص366، حسن عبدالباسط جميعي، التعامل على الوحدات العقارية بنظام المشاركة في الوقت " Time share"، بدون دار نشر، 1997، وقد استخدم المشرع السعودي ذات التسمية في نظام المشاركة بالوقت رقم 206 لسنة 1427 هـ.

أولاً: التعريفات التشريعية :

لم يُعرّف قرار اللجنة الشعبية العامة للسياحة "سابقاً" رقم (3) لسنة 2005 بشأن تنظيم مزاولة نشاط تسويق حق الانتفاع في الوحدات الفندقية أو السياحية بنظام اقتسام الوقت؛ عقد المشاركة بالوقت صراحةً وإنما نص في المادة (1) منه على أن : " يقصد بالإيواء السياحي بنظام اقتسام الوقت أن ينتفع العضو المشترك في هذا النظام بحق الإقامة في وحدة فندقية أو سياحية لفترة زمنية ولمدة أسبوع أو أكثر مدفوعة الثمن سلفاً"، ثم أشار في المادة (7) إلى الصيغة التي يتم بها إبرام عقود مع راغبي الانتفاع بنظام اقتسام الوقت والتي يكون محلها إما ملكية حصة شائعة في اقتسام الوقت، أو حق انتفاع باقتسام الوقت.

في حين عرّف المشرع السعودي العقد في نظام المشاركة بالوقت رقم 206 لسنة 1427 هـ في المادة (3/1) بأنه: "عقد، أو مجموعة عقود تبرم مقابل مبلغ مالي معين، لمدة لا تقل عن ثلاث سنوات، ويتم بموجبها إنشاء حق انتفاع أو التنازل عنه، أو أي حق آخر يتعلق باستعمال وحدة عقارية سياحية واحدة أو أكثر، لمدة محدودة أو قابلة للتحديد من السنة".

وقد عرّفه المشرع الفرنسي في قانون المشاركة بالوقت رقم 888 لسنة 2009 في المادة (61-121. L) بأنه⁽¹⁾: "عقد دائم لأكثر من عام واحد وبه يتم منح المستهلك خاصية الاستخدام السكني والتمتع بالإقامة في الممتلكات العقارية أو المنقولة لاستخدام السكن لفترات محددة أو قابلة للتحديد".

بينما عرّفه مجمع الفقه الإسلامي الدولي بأنه: "عقد على تملك حصص شائعة، إما على سبيل الشراء لعين معلومة على الشيوع، أو على سبيل الاستئجار لمنافع عين معلومة لمدد متعاقبة، أو الاستئجار لمنافع عين معلومة لفترة ما بحيث يتم

(1) مشار إليه لدى: هادي حسين الكعبي وآخرون، المفهوم القانوني لعقد المشاركة بالوقت "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص 229.

الانتفاع بالعين المملوكة أو المنفعة المستأجرة بالمهاياة الزمنية أو المهاياة المكانية، مع تطبيق خيار التعيين في بعض الحالات لاختصاص كل منهم بفترة زمنية محددة" ، وذلك في قراره رقم 170 (8/18).

ثانياً/ التعريفات الفقهية:

عرّف بعض الفقه عقد المشاركة بالوقت بأنه : "تمليك منفعة في وحدة سكنية سياحية - مؤثثة ومجهزة للاستخدام اليومي - لمدة لا تقل عن سنتين، على أن ينتفع بها المستفيد لمدة محددة من كل سنة - أسبوع أو مضاعفاته - في مقابل مبلغ نقدي يدفعه مالك الوحدة السياحية أو مستغلها، والذي يلتزم أيضاً بتقديم الخدمات السياحية والفندقية"⁽¹⁾.

وعرّفه البعض الآخر بأنه : "عقد يلتزم به مالك المنشأة السياحية أو مستغلها بنقل ملكية حصة في وحدة سياحية أو نقل منفعتها إلى المستفيد على أن ينتفع بها الأخير مدة محددة من كل سنة مقابل مبلغ نقدي يلتزم بدفعه المستفيد"⁽²⁾.

كما عرّفه البعض بأنه: "عقد شراء ملكية عين أو منفعة مؤقتة، لمدة محددة أو مشاعة، لوحدة عقارية إما معينة أو وفق وصف معين ، قابل لنقل الانتفاع بمحل آخر عن طريق البائع نفسه أو بواسطة طرف ثالث"⁽³⁾.

في حين اقترح البعض على المشرع تعريف العقد بأنه: "عقد يتم إبرامه بين المستفيد ومنشأة من المنشآت الوارد تعريفها في المقترح، متى كان ذلك العقد يهدف في نظير المقابل المادي الذي يدفعه المستفيد إلى تمكينه من الحصول على حق عيني

(1) المرجع السابق، ص261.

(2) ندى سالم حمدون ملاحلو، عقد المشاركة بالوقت "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص371.

(3) أحمد بن عبدالعزيز العميرة، نوازل العقار "دراسة فقهية تأصيلية لأهم قضايا العقار المعاصرة"، دار الميمان للنشر والتوزيع، الرياض - المملكة العربية السعودية، ط1، 2011، ص434.

أو شخصي يخوله الإقامة في وحدة من وحدات مشروع اقتسام الوقت لفترة زمنية محددة من العام وعلى مدار خمسة أعوام متتالية على الأقل بالتبادل مع غيره من المستفيدين"⁽¹⁾.

والذي يُلاحظ على هذه التعريفات سواء التشريعية منها أو الفقهية هو أنها ركزت على جانب معين من جوانب العقد وأغفلت بعض جوانبه الأخرى، كما أنها لم تحدد الطبيعة القانونية للعقد على نحو دقيق، وربما يرجع ذلك بالتحديد إلى اختلاف التشريعات ومن بعدها الفقه في تكييف العقد وتحديد صورته، إضافة إلى أن الواقع العملي يكشف عن تعدد وتنوع في الصيغ التي من الممكن أن يكون عليها العقد، ولا شك أن ذلك يبين مدى خصوصية هذا العقد بالنظر إلى حداته وما يتسم به من خصائص.

الفقرة الثانية

خصائص عقد المشاركة بالوقت

يشترك عقد المشاركة بالوقت مع غيره من العقود في بعض الخصائص ككونه عقداً من عقود المعاوضة وأنه ملزم للجانبين؛ وفي المقابل فإنه ينفرد بخصائص قد لا توجد في غيره من العقود، منها أنه عقد زمني، عقد شكلي، عقد غير لازم من جانب المستفيد، عقد إذعان، وهو عقد مركب، والتالي سيتم تناول كل خاصية على حدة:

أولاً/ عقد المشاركة بالوقت عقد زمني :

يُعرّف العقد الزمني بأنه العقد الذي يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه لكونه المقياس الذي يتحدد به محل العقد⁽¹⁾، ويعتبر عقد المشاركة بالوقت من العقود

(1) انظر مقترح بقانون لتنظيم اقتسام الوقت في مصر، حسن جمعي، التعامل على الوحدات العقارية بنظام المشاركة في الوقت "Time share"، مرجع سابق، ص139.

الزمنية حيث إن الزمن من الأمور المهمة فيه، فهو قائم على استثمار الوقت وتسميته مشتقة منه، ويُلاحظ البعض⁽²⁾ أن عقد المشاركة بالوقت باعتباره عقداً زمنياً هو عقد مستمر التنفيذ ودوري التنفيذ في نفس الوقت فيما يتعلق باستيفاء المنفعة، فهو مستمر التنفيذ في كل فترة انتفاع للمستفيد بالوحدة السياحية أو الفندقية حتى انتهاء هذه المدة، وهو دوري التنفيذ لأن هذا الانتفاع يتكرر دورياً لمدة محددة من كل سنة والوقت المتبقي يوزع على المستفيدين الآخرين.

وهنا لا بد من التفرقة بين مدة العقد ومدة الاستفادة أو الانتفاع⁽³⁾. وقرار "اللجنة الشعبية العامة للسياحة" المشار إليه سابقاً حدد مدة سنة كحد أدنى للعقد، في حين تطلب المشرع السعودي كما تمت الإشارة سابقاً ألا تقل هذه المدة عن ثلاث سنوات؛ أما المدة التي يستطيع خلالها المستفيد أن ينتفع بالوحدة السياحية أو الفندقية بشكل دوري كل سنة، هذه المدة وفقاً لقرار اللجنة الشعبية العامة للسياحة المشار إليه قد تكون أسبوعاً أو أكثر.

ويترب على أن عقد المشاركة بالوقت عقد زمني عدة نتائج فيما يتعلق بأثر الفسخ ووقف التنفيذ والإعذار وتطبيق نظرية الظروف الطارئة⁽⁴⁾.

ثانياً/ عقد المشاركة بالوقت عقد شكلي:

الأصل في العقود هو الرضائية، فالرضا وحده كافٍ لإنشاء العقد⁽⁵⁾، لكن استثناء من ذلك قد يتطلب المشرع شكلية معينة في بعض العقود لتنبه المتعاقدين

=

(1) انظر: ثروت حبيب، المصادر الإرادية للالتزام في القانون المدني الليبي، منشورات جامعة قارون، 1978، ص75.

(2) هادي حسين الكعبي وآخرون، المفهوم القانوني لعقد المشاركة بالوقت "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص232.

(3) انظر: ندى سالم حمدون ماعلو، عقد المشاركة بالوقت "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص413.

(4) راجع في ذلك: ثروت حبيب، مرجع سابق، ص76، 77.

(5) انظر: ثروت حبيب، المصادر الإرادية للالتزام في القانون المدني الليبي، مرجع سابق، ص60.

لخطورة الآثار التي يمكن أن تترتب على ما يقدمون عليه من تعاقد⁽¹⁾، وبالنظر لأهمية عقد المشاركة بالوقت على الصعيد العملي من ناحية تعلقه بالتعامل بالوحدات السياحية أو الفندقية، ولصلته الوثيقة بالنشاط السياحي، حيث تكثر الشركات السياحية التي تسوق هذا العقد الأمر الذي قد يؤدي إلى الكثير من حالات الاحتيال والتغريب، خصوصاً في ظل عدم وضوح ملامح الطبيعة القانونية للعقد، إضافة إلى أن مالك الوحدة السياحية أو الفندقية قد يبرم عدة عقود مع أكثر من مستفيد وللفترة الزمنية نفسها مما يؤدي إلى مشاكل واقعية وضياع الفائدة المرجوة من العقد⁽²⁾.

نظراً لكل ذلك نجد أن أغلب التشريعات اشترطت الشكلية في عقد المشاركة بالوقت⁽³⁾، وقد تطلبت المادة (9) من قرار "اللجنة الشعبية العامة للسياحة" أن تحرر عقود الانتفاع بالوحدات السياحية أو الفندقية بنظام اقتسام الوقت باللغة العربية، وذلك من ثلاث نسخ يكون لكل متعاقد نسخة وتودع الثالثة " باللجنة الشعبية العامة للسياحة"، كما نصت المادة (15) من ذات القرار على أن: "يلتزم مالك الوحدة الفندقية أو السياحية أو من يديرها بإخطار اللجنة الشعبية العامة للسياحة بصورة من العقود التي يبرمها مع المنتفعين بنظام اقتسام الوقت وذلك أولاً بأول وإثبات مضمونها، وبياناتها بالسجل المعد لذلك لدى الإدارة المختصة باللجنة الشعبية العامة للسياحة، ويتم ختم نسخة العقد التي تسلم للمنتفع والمالك أو المستغل بما يفيد القيد بالسجل المشار إليه، ويجب إخطار أمانة

(1) عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، ج1، مجلد1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، ط3، 2011، ص163.

(2) انظر: ندى سالم حمدون ماعلو، عقد المشاركة بالوقت "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص379، 380.

(3) انظر المادة (4) من نظام المشاركة بالوقت السعودي، المادة (63-121. L) من قانون المشاركة بالوقت الفرنسي رقم 888 لسنة 2009.

المستفيد دون مالك الوحدة السياحة أو الفندقية، فالمستفيد هو الذي يقرر بمحض إرادته ممارسة هذا الخيار من عدمه⁽¹⁾.

وهذا في الواقع ما نصت عليه المادة (16) من قرار "اللجنة الشعبية العامة للسياحة"، المشار إليه، حيث جاء فيها: "يمنح المنتفع بوحدة فندقية أو سياحية بنظام اقتسام الوقت فترة التفكير مدتها سبعة أيام تبدأ من تاريخ توقيع العقد وله في هذه المدة حق فسخ العقد واسترداد المبالغ التي قد يكون دفعها بالكامل، وفي حالة ما إذا طلب فسخ العقد بعد مضي تلك المدة يلتزم المنتفع بدفع مبلغ وقدره 25% من إجمالي قيمة العقد".

رابعاً/ عقد المشاركة بالوقت عقد إذعان:

النموذج التقليدي في العقود هو أنها تقوم على المساومة والمفاوضة بين طرفي العقد، إلا أن هناك عقود أخرى يستقل فيها أحد المتعاقدين بوضع شروط العقد وبنوده ولا يكون أمام المتعاقد الآخر إلا أن يقبل هذه الشروط أو يرفضها جملة دون مناقشة، وهذا هو جوهر عقود الإذعان أو الانضمام⁽²⁾.

ويذهب الاتجاه التقليدي⁽³⁾ إلى أن عقود الإذعان تنحصر في دائرة تحددها مجموعة من الخصائص وهي: تعلق العقد بسلعة أو خدمة ضرورية للمستهلكين، احتكار الطرف القوي لهذه السلع أو الخدمات احتكاراً قانونياً أو فعلياً أو على نحو

(1) انظر بتفصيل أكثر: يوسف شندي، أثر خيار المستهلك في الرجوع في التعاقد على تحديد لحظة إبرام العقد، بحث منشور بمجلة الشريعة والقانون، مجلة علمية محكمة تعني بنشر الدراسات الشرعية والقانونية، تصدر عن كلية الشريعة والقانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة، ص 24، ع 43، يوليو 2010، ص 289.

(2) انظر: عبدالحى حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي "دراسة مقارنة"، ج 1، مصادر الالتزام، مجلد 1، مطبوعات جامعة الكويت، 1982، ص 463.

(3) انظر: عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 245، ثروت حبيب، المصادر الإرادية للالتزام في القانون المدني الليبي، مرجع سابق، ص 115، علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر، ط 5، 2003، ص 38.

تقل فيه المنافسة، وذلك من خلال شروط موحدة وثابتة موجهة للجمهور في صيغة مطبوعة وغالباً ما تكون في مصلحة الموجب.

في حين يذهب الاتجاه الحديث⁽¹⁾ إلى أن المعيار الجوهرى والوحيد لعقد الإذعان هو أن يتم القبول في صورة التسليم بالشروط التي يضعها الموجب لسائر عملائه دون أدنى مناقشة⁽²⁾، ومن هنا يدعو بعض أنصار هذا الاتجاه إلى تطوير فكرة عقد الإذعان لتستوعب ضرورات حماية المستهلك في مواجهة مجتمعات الإنتاج الضخم وشبكات توزيع السلع والخدمات التي تتعامل من خلال عقود نموذجية لا تقبل المناقشة والتفاوض⁽³⁾.

وهذا ما يحدث في عقود المشاركة بالوقت، حيث يقوم مالك الوحدة السياحية أو الفندقية بإعداد صيغ نموذجية لهذه العقود تكون موجهة للجمهور ولا تقبل أي مناقشة، فليس أما المتعاقد إلا أن يقبل أو يرفض فقط؛ لذلك يذهب

(1) انظر كل من: عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك "دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون"، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2004، ص 467، جاك غستان، المطول في القانون المدني "تكوين العقد"، ترجمة/ منصور القاضي، مراجعة/ فيصل كلثوم، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، ط 2، 2008، ص 96، منصور حاتم محسن، إيمان طارق مكى، القوة الملزمة للشروط الأحادية التحرير في العقد، بحث منشور بمجلة المحقق الحلى للعلوم القانونية والسياسية، تصدر عن كلية القانون بجامعة بابل، س 1، ع 1، 2009، ص 204 وما بعدها، محمد إبراهيم بنداري، حماية المستهلك في عقد الإذعان، بحث منشور في مجلد خاص يضم مجموعة الأبحاث المقدمة لندوة: "حماية المستهلك في الشريعة والقانون" التي نظمتها كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة في الفترة من 6-7/12/1998، ص 15.

(2) جاء في نص المادة (100) من القانون المدني الليبي أن: "القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها".

(3) حسام الدين كامل الأهواي، حماية المستهلك في إطار النظرية العامة للعقد، بحث منشور ضمن مجلد خاص يضم مجموعة الأبحاث المقدمة لندوة: "حماية المستهلك في الشريعة والقانون" التي نظمتها كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة في الفترة من 6-7/12/1998، ص 6.

البعض⁽¹⁾ إلى أن عقد المشاركة بالوقت هو عقد إذعان وفقاً للاتجاه الحديث، وهذا من شأنه أن يحقق الحماية القانونية للمستفيد المتمثلة في السلطة الممنوحة للقضاء لإعادة التوازن العقدي عن طريق تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها، فضلاً عن تفسير العبارات الغامضة في العقد لمصلحته⁽²⁾.

خامساً/ عقد المشاركة بالوقت عقد مركب:

يُعرّف العقد المركب أو المختلط بأنه: "ما كان مزيجاً من عقود متعددة اختلطت جميعاً فأصبحت عقداً واحداً"⁽³⁾، أو هو: "العقد الذي يتكون من سلسلة من العقود التي تكون في مجموعها عقداً واحداً بحيث لا يمكن أن تقطع في انتسابها لصنف معين من العقود ما يجعله غير قابل للانقسام أو التجزئة"⁽⁴⁾.

وهنا تثار مشكلة الطبيعة القانونية للعقد، لمعرفة القواعد التي تحكمه وتطبق عليه، ويبدو أن الأمر لا يخرج عن أحد الفرضين التاليين⁽⁵⁾:

فإما أن يتم تكييف العقد تكييفاً توزيعياً بحيث يتم تطبيق أحكام مختلف العقود التي يتكون منها العقد المركب كل على حدة، أو أن يتم الأخذ بالتكييف الشمولي بحيث يتم تغليب أحد العقود وتطبيق أحكامه باعتباره العنصر الأساسي في العقد المركب.

ولما كان عقد المشاركة بالوقت لا يقتصر على توفير مجرد الإقامة للمستفيد، وإنما يقوم مالك الوحدة السياحية أو الفندقية بتوفير بعض الخدمات الأخرى؛ فإن

(1) هادي حسين الكعبي وآخرون، المفهوم القانوني لعقد المشاركة بالوقت "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص 239.

(2) المادتين 149، 153 من القانون المدني الليبي.

(3) عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 169.

(4) مقال بعنوان: العقد المركب، متاح على موقع المعرفة القانونية على الرابط:

www.anibrass.blogspot.com

تم الاطلاع عليه بتاريخ : 2016/5/25

(5) انظر: المقال السابق.

بعض الفقه⁽¹⁾ يذهب إلى أن حق المستفيد في عقد المشاركة بالوقت في استعمال المرافق السياحية يثبت في جميع الأحوال، وذلك لأن الارتباط بين الوحدة السياحية أو الفندقية والانتفاع بمرافقها هو ارتباط لا يقبل التجزئة يعلم به المالك ، كما يعلم بأن المستفيد ما كان ليقدم على التعاقد لو علم بانفصالهما عن بعض.

وهذا ما يستفاد صراحة من نصوص قرار "اللجنة الشعبية العامة للسياحة"، وتحديدًا المادة (12) التي تنص على أن : " يلتزم مالك الوحدة الفندقية أو السياحة أو من يديرها بتقديم الخدمات الفندقية الأساسية للمتفاعلين بها طيلة مدة إقامتهم". هذا فضلاً عن التزام المالك وفقاً للمادة (11) من القرار، بالقيام بكافة أعمال النظافة والصيانة اللازمة للوحدات ومحتوياتها، بما في ذلك أعمال التغيير والتجديد لجميع الأثاث والتجهيزات الداخلية على نحو يجعلها دائماً في مستوى جيد وجاهز للاستخدام.

المحور الثاني

صور عقد المشاركة بالوقت

لا توجد في الحقيقة صورة أو صيغة واحدة لعقد المشاركة بالوقت، فالواقع العملي والتنظيم التشريعي في أغلب الدول يكشفان عن تعدد الصور التي من الممكن أن يكون عليها العقد، الأمر الذي يجعل من تكييف العقد وتحديد طبيعته القانونية مهمة صعبة اختلفت بشأنها سُبُل ومحاولات الفقه فضلاً عن تباين مواقف التشريعات المقارنة.

(1) حسن جمعي، التعامل على الوحدات العقارية بنظام المشاركة في الوقت "Time share"، مرجع سابق، ص 59.

الشائعة على الطبقات كما أنه تطَّلب إجماع الملاك على قرار تغيير تخصيص المبنى.

2. أن يتم تطبيق النظام القانوني الخاص بملكية الشقق (المادة 646 من القانون المدني السويسري)، على أساس أن يُلحق بالنظام اتفاق بين الملاك يتم تقسيم المبنى أو المجمع من خلاله إلى وحدات يخصص الانتفاع بها بالتناوب بين الملاك.
3. الصيغة التي تم اعتمادها في العمل تقوم على الجمع بين النظامين السابقين، بحيث يكون حق السائح خليطاً من الملكية الشائعة على المبنى ككل، والملكية الشائعة على الوحدة المخصصة له مع غيره من الملاك الذين ينتفعون بذات الشقة أو الوحدة.

وعلى الرغم من الانتقادات التي وجهها بعض الفقه السويسري لهذه الصيغة، إلا أن اللجوء إليها في العمل متكرر بالنظر إلى المزايا التي تقدمها، وعلى الأخص الميزة التي يبرزها ويشيد بها بعض الفقه، والتي تتمثل في أن المبنى ككل يخضع للملكية المشتركة للطبقات من حيث تنظيمها وإدارتها، في حين تخضع كل وحدة للملكية المشتركة للشقق من حيث استخدامها بين الملاك في الزمان ومن حيث إدارتها⁽¹⁾.

ثانياً/ صور العقد في القانون الفرنسي:

قبل عام 1971 لم يكن هناك أي تنظيم قانوني خاص بنظام اقتسام الوقت، بل كان النموذج السائد هو نظام ملكية الشيوخ (المادة 815 مدني فرنسي) التي تحظر استمرار حالة الشيوخ لأكثر من خمس سنوات، مما يعني أن للمالك الحق في ترك الملكية الشائعة أو طلب القسمة هو ما يتعارض مع طبيعة اقتسام الوقت⁽²⁾.

(1) انظر: المرجع سابق، ص 106.

(2) انظر: جمال النكاس، نظام الملكية السياحية، مرجع السابق، ص 95.

وبعد صدور القانون رقم 71-579 لسنة 1971 بشأن الشركات التي تتولى إنشاء وبيع الوحدات العقارية، فإنه يتم توزيع العقار الذي تقع عليه الحصص الزمنية للمشاركين في اقتسام الوقت على المساهمين من خلال اختصاص كل منهم بحق ملكية أو بحق انتفاع⁽¹⁾.

وفي عام 1986 أصدر المشرع الفرنسي القانون رقم 18 بشأن شركات اقتسام الوقت، والذي على ضوئه يتم اقتسام الوحدات العقارية زمنياً ومكانياً من خلال إنشاء الشركات، بحيث توزع الاستفادة الزمنية بالوحدات على الشركاء من خلال اختصاص كل منهم بحصة زمنية في استعمال الوحدة العقارية المملوكة للشركة مقدرة في حدود حصة كل شريك في هذه الشركة⁽²⁾.

ومنذ ذلك الوقت استقر الفقه الفرنسي - بعد تردد طويل - على تكييف عقد المشاركة بالوقت وما ينشأ عنه من حق في الإقامة في الوحدات السياحية بأنه عقد شركة⁽³⁾.

إلا أن الفقه قد اختلف حول تحديد طبيعة حق الإقامة المقرر للشريك في اقتسام الوقت على اتجاهين⁽⁴⁾:

الاتجاه الأول يذهب إلى أن حق الإقامة للشريك ما هو إلا نصيبه من أرباح الشركة، على اعتبار أن الشركة هي مالكة العقارات وأن صاحب حق الإقامة المقرر والمنظم بواسطة الشركة لا يتمتع بأي حق مباشر على أموال الشركة وعقاراتها، حيث إنه ليس بالمستأجر ولا هو بالمالك لهذه العقارات ولا صاحب حق عيني

(1) انظر: حسن جميعي، التعامل على الوحدات العقارية بنظام المشاركة في الوقت "Time share"، مرجع سابق، ص 13.

(2) المرجع السابق، نفس الصفحة.

(3) هادي حسين الكعبي وآخرون، المفهوم القانوني لعقد المشاركة بالوقت "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص 245.

(4) انظر بتفصيل أكثر: حسن جميعي، مرجع سابق، ص 31 وما بعدها.

عقاري عليها، وبالتالي فإن حق الإقامة لا يمكن إلا أن يكون نصيباً للشريك من أرباح الشركة.

وقد انتقد هذا الرأي على أساس أن الشريك لا يهدف في الواقع إلا للحصول على حق الإقامة من خلال حصة زمنية على وحدة عقارية بما يجنبه التكلفة المرتفعة للإقامة بالأماكن المؤجرة أو تكلفة شراء وحدة خاصة به، وهو ما يجنبه أيضاً مشكلات ونفقات إدارتها وصيانتها، وبالتالي فإنه من غير المقبول اعتبار حق الإقامة نصيباً للشريك في الأرباح بما يترتب على ذلك حرمانه من هذا الحق أو تحديده في حالة خسارة الشركة .

كما أن هذا الرأي يتعارض مع التنظيم القانوني لشركات اقتسام الوقت التي منذ تأسيسها تقوم بتقسيم الحصص العقارية وتوزيع الحصص الزمنية على الشركاء دون انتظار تحقيق أي أرباح، ولا شك أن اعتبار حق الإقامة للشريك نصيباً له في أرباح الشركة يؤدي إلى أن لا يتمتع الشريك بهذا الحق إلا بعد مضي فترة من الزمن يتم فيها تقدير أرباح الشركة .

يضاف إلى ذلك أنه ما دام حق الإقامة والانتفاع بالوحدات المملوكة للشركة مقصوراً على الشركاء وحدهم فقط دون الغير، فإنه من المستحيل عملياً أن تحقق الشركة أي أرباح⁽¹⁾.

وأمام هذه الانتقادات يذهب غالبية الفقه الفرنسي⁽²⁾ إلى أن حق الشريك في الإقامة هو حق شخصي في مواجهة الشركة ينجم عن صفته كشريك، وحيث إنه يمتلك حصصاً أو أسهماً في الشركة فإن له حقوق في مواجهة الشركة ينظمها القانون والنظام الأساسي للشركة مثل حقه في الحصول على الأرباح والحق في

(1) هادي الكعبي وآخرون، المفهوم القانوني لعقد المشاركة بالوقت "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص 247.
 (2) مشار إلى ذلك لدى: حسن جمعي، التعامل على الوحدات العقارية بنظام المشاركة في الوقت، مرجع سابق، ص 33 وما بعدها.

اقتسام رأس مال الشركة مع باقي الشركاء عند حل الشركة أو تصفيتها، وهو ما يعني أن حق الإقامة يرتبط بما لا يقبل التجزئة بحصة الشريك في الشركة.

وقد أتى موقف المشرع الفرنسي في قانون شركات اقتسام الوقت مؤيداً لموقف غالبية الفقه من اعتبار حق الإقامة حق شخصي⁽¹⁾.

وعلى الرغم من ذلك فإن جانباً من الفقه الفرنسي شكك في اعتبار حق الشريك في الإقامة على أنه حق شخصي، مستنداً إلى أن هذا الحق باعتباره يرد على عقار فإن من الممكن تشبيهه بالحقوق المتفرعة عن حق الملكية كحق الاستعمال أو السكنى.

كما ذهب جانب آخر إلى أن الشريك يعتبر مالكاً على الشيوع. إلا أن هذه الآراء قد تعرضت للنقد وتم الرد عليها على أساس أن سلطة الشريك المساهم ليست سلطة مباشرة وليست سلطة مطلقة بما يتناقض مع خصائص حق الملكية على وجه الخصوص ومع خصائص الحقوق العينية الأصلية على وجه العموم⁽²⁾.

الفقرة الثانية

صور عقد المشراكة بالوقت في التشريع الليبي

بالرجوع إلى المادة 7 من قرار " اللجنة الشعبية العامة للسياحة" رقم 3 لسنة 2005 بشأن نظام اقتسام الوقت، نجد أنها تنص على أن محل العقود التي يبرمها مالك الوحدة الفندقية أو السياحة مع راغبي الانتفاع بنظام اقتسام الوقت إما أن يكون ملكية حصة شائعة في اقتسام الوقت (أولاً) أو حق انتفاع باقتسام الوقت (ثانياً).

(1) انظر: حسن جمعي، التعامل على الوحدات العقارية بنظام المشاركة في الوقت، مرجع سابق، ص 33.

(2) انظر هذه الآراء والردود عليها: المرجع السابق، ص 34-39.

أولاً/ ملكية حصة شائعة في اقتسام الوقت:

إن نقل ملكية الحصة الشائعة إلى المستفيد يتم بموجب عقد بيع بينه وبين مالك الوحدة الفندقية أو السياحية، حيث يصبح المستفيد مالكاً لهذه الحصة ملكاً تاماً؛ ففي هذه الصورة يملك أكثر من شخص ملكية مشتركة بالوحدة الفندقية أو السياحية، بحيث يتناوبون الانتفاع بها المدة الزمنية المتفق عليها بينهم (أسبوع أو أكثر سنوياً) هم وورثتهم من بعدهم⁽¹⁾، حيث إن مالك الوحدة الفندقية أو السياحية يقوم بتقسيمها إلى أجزاء وبيعها إلى أشخاص متعددين، بحيث يشتري كل واحد منهم حصة في الوحدة، ويصبح مالكاً على الشيوع مع الملاك الآخرين الذين يشترون بالمقابل الحصص الباقية⁽²⁾، ولذلك تطبق هنا أحكام الشيوع؛ إلا أن طريقة الانتفاع بالوحدة الفندقية أو السياحية تكون محددة سلفاً، ويرى أغلب الفقهاء⁽³⁾ أنه يجوز الاتفاق في العقد على أن يتم الانتفاع بالوحدة وفقاً لأحكام المهايأة المكانية أو الزمانية، طالما أن إرادة المتعاقدين اتجهت إلى ذلك، خاصة وأنه لا يوجد ما يمنع من ذلك قانوناً.

وبالنظر إلى أن المهايأة المتفق عليها في عقد المشاركة بالوقت يترتب عليها انتفاع كل شريك بالوحدة الفندقية أو السياحية المدة الزمنية المتفق عليها بينهم (أسبوع أو أكثر) ولمدة قد تطول أحياناً فتصل إلى 20 سنة مثلاً بحسب ما يتفق

(1) المادة 1/7 من قرار "اللجنة الشعبية العامة للسياحة" المشار إليه في المتن، انظر في ذات الشأن: علي شكورفو، الوجيز في التشريعات السياحية، مرجع سابق، ص67.

(2) انظر: ندى سالم حمدون ملاعلو، عقد المشاركة بالوقت "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص422، ربا محمد بلوط، الآثار المترتبة على عقد اقتسام الوقت، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الحقوق، جامعة الشرق الأوسط - كلية الحقوق، 2015، ص53.

(3) ندى سالم حمدون ملاعلو، مرجع سابق، ص423، إشراق صباح صاحب، عقد المشاركة الزمنية، مرجع سابق، ص197، هادي الكعبي وآخرون، المفهوم القانوني لعقد المشاركة بالوقت "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص251، حسن جميعي، التعامل على الوحدات العقارية بنظام المشاركة في الوقت، مرجع سابق، ص76 وما بعدها.

عليه، خاصة وأن "قرار اللجنة الشعبية العامة للسياحة" المشار إليه، لم يحدد حداً أعلى لمدة العقد، مما يترتب عليه احتمال أن تستمر المهياة المتفق عليها لمدة تزيد على 5 سنوات؛ فإن ذلك سيصطدم حتماً بنص المادة (850) من القانون المدني الليبي، التي لا تجيز أن يتم الاتفاق على المهياة لمدة تزيد على 5 سنوات، إضافة إلى أن طول مدة العقد يتعارض مع حق كل شريك في طلب القسمة وإنهاء حالة الشروع، الأمر الذي يثير تساؤلاً حول كيفية إيجاد مخرج قانوني ينسجم مع نصوص القانون ويبرر القول بإمكانية الاتفاق على المهياة في عقد المشاركة بالوقت؟

للإجابة على هذا التساؤل، نجد أن المادة (854) من القانون المدني الليبي تنص على أنه: "ليس للشركاء في مال شائع أن يطلبوا قسمته إذا تبين من الغرض الذي أُعد له هذا المال، أنه يجب أن يبقى دائماً على الشروع".

ولما كان هذا النص يقرر مبدأً عاماً ومطلقاً⁽¹⁾ في شأن الحالات التي يمكن فيها اعتبار الشروع إجبارياً؛ فإنه يسمح باعتبار الشروع المترتب عن عقد المشاركة بالوقت شريعاً إجبارياً، فمما لا شك فيه أن هذا العقد ما نشأ إلا بغرض إبقاء المال الشائع دائماً في حالة شروع إجباري، فهو وإن كان قد نشأ بالتراضي إلا أنه يعد إجبارياً من حيث الالتزام بالبقاء فيه بحسب الغرض الذي أُعد من أجله المشروع السياحي⁽²⁾.

وبالنسبة لنص المادة (850) من القانون المدني، بتحديد مدة قسمة المهياة، فيرى بعض الفقه⁽³⁾ وبحق، أنه لا يجب تطبيقه على الشروع في عقد المشاركة بالوقت، لأن الغرض من النص يستند إلى ما سبق وأن قرره المشرع من حظر البقاء في الشروع مدة تزيد على 5 سنوات، أما وقد انتهينا إلى أن الشروع في عقد المشاركة

(1) انظر: علي علي سليمان، شرح القانون المدني الليبي "الحقوق العينية الأصلية والتبعية"، منشورات جامعة قارونس، ط2، 1978، ص122.

(2) انظر: حسن جمعي، التعامل على الوحدات العقارية بنظام المشاركة في الوقت، مرجع سابق، ص76.

(3) المرجع السابق، ص78.

بالوقت هو شيوخ إجباري نشأ لكي يبقى؛ فإن الحكمة من التقييد الزمني للمهاياة تكون قد انتفت، ويجوز الاتفاق على بقاء المهاياة لأي مدة يتفق عليها.

ثانياً/ حق انتفاع باقتسام الوقت:

في هذه الصورة يكون الانتفاع بنظام اقتسام الوقت عن طريق تجزئة الملكية بحيث يكون للمستفيد حق الانتفاع بالوحدة الفندقية أو السياحية يخوله سلطتي الاستعمال والاستغلال، أما ملكية الرقبة فتبقى لمالك الوحدة⁽¹⁾.

وصاحب حق الانتفاع يكتسب هذا الحق على الشيوخ كما في الصورة الأولى، كما يجوز الاتفاق في العقد على أن يتم الانتفاع وفقاً لأحكام المهاياة التي تسمح لصاحب حق الانتفاع باستعمال واستغلال الوحدة الفندقية أو السياحية خلال المدة الزمنية المحددة⁽²⁾.

ففي هذه الصورة وبموجب نص المادة 7 من قرار "اللجنة الشعبية العامة للسياحة": "... يكون للشخص ولورثته من بعده الانتفاع بوحدة فندقية أو سياحية مملوكة لغيره مقابل مبلغ مالي، وذلك لمدة زمنية محددة (أسبوع أو أكثر سنوياً) بالتناوب مع غيره من سائر المنتفعين المتعاقدين مع مالك الوحدة، ويجوز للمنتفع أن يتنازل عن حقه في الانتفاع بالوحدة إلى غيره في حدود المدة المتعاقد عليها".

كما نصت المادة (8) من ذات القرار على أن: " لا يجوز تقسيم الوحدة الفندقية أو السياحية المنتفع بها بنظام اقتسام الوقت، فإذا طالب الورثة بقيمة تلك الوحدة يتولى المالك بيعها لحسابهم".

ومن خلال قراءة هذين النصين وبالرجوع إلى القواعد العامة لحق الانتفاع في القانون المدني، يمكن إبداء الملاحظات التالية:

(1) انظر: علي شكورفو، الوجيز في التشريعات السياحية، مرجع سابق، ص 67.

(2) انظر: حسن جمعي، مرجع سابق، ص 61.

1. إن حق الانتفاع في عقد المشاركة بالوقت يكون للشخص ولورثته من بعده، وهو في الواقع ما يجري عليه العمل، وهو ما يحقق غاية المستفيد من التعاقد، إذ لو علم الأخير أن العقد ينتهي بوفاته ولا ينتقل إلى ورثته لما أقدم على التعاقد، كما أن القول بانتهاء العقد بموت المستفيد يجعل من العقد قليل الأهمية وغير ذي فائدة، فقد يتوفى المستفيد بعد التعاقد بفترة وجيزة وينتهي العقد بوفاته⁽¹⁾.

ولا شك أن في ذلك مخالفة واضحة لنص المادة (997) من القانون المدني الليبي، التي تقضي بانتهاء حق الانتفاع بانقضاء الأجل المعين، وهو ينتهي على أي حال بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الأجل المعين، ويذهب أغلب الفقه⁽²⁾ إلى أن هذه القواعد تتعلق بالنظام العام ويقع باطلاً كل اتفاق على مخالفتها.

فحق الانتفاع حق مؤقت بطبيعته وفقاً للقانون، لكي لا تدوم حالة تجزئة الملكية التي تتعارض مع حسن استثمار الحقوق العينية الأصلية⁽³⁾.

2. إن حق الانتفاع هو حق عيني أصلي يمارسه المنتفع دون وساطة من أحد، فمالك الرقبة يترك المنتفع ينتفع بملكه وفق الغرض الذي أعد له، أما المستفيد في عقد المشاركة بالوقت لا يستطيع أن ينتفع بالوحدة الفندقية أو السياحية بمفرده ودون تدخل من المالك الذي يلتزم بتجهيز الوحدة وإعدادها وصيانتها والقيام بأعمال النظافة والتغيير والتجديد على نحو يجعلها في مستوى جيد

(1) انظر: هادي الكعبي وآخرون، المفهوم القانوني لعقد المشاركة بالوقت "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص254.

(2) انظر: علي علي سليمان، شرح القانون المدني الليبي، مرجع سابق، ص341، جمعة محمود الزريقي، الحقوق العينية الأصلية والتبعية في التشريع الليبي، ج2، بدون ناشر، ط3، 2010/2009، ص397، محمد طه البشير، غني حسون طه، الحقوق العينية، ج1، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، الجمهورية العراقية، ص309.

(3) انظر: علي شكورفو، الوجيز في التشريعات السياحية، مرجع سابق، ص68، 69.

على المشرع أن يتدخل بتنظيم عقد المشاركة بالوقت وما يتعلق به من أحكام بموجب تشريع عادي خاص يراعي الطبيعة الخاصة للعقد، ويُطبَّق أمام عموم نصوص القانون المدني⁽¹⁾.

خاتمة

في ختام هذا البحث الذي تعرض لبعض الجوانب القانونية لعقد المشاركة بالوقت، بداية بتحديد ماهيته ثم بيان طبيعته القانونية بمعرفة أهم صورته؛ يمكن تسجيل النتائج التالية:

- نظراً لحداثة العقد، فقد تعددت التسميات المقترحة له بغرض تسويقه وترويجه، الأمر الذي من شأنه أن يوقع المتعاقد بالغلط أو يدفعه إلى التعاقد تحت التغير؛ ولذلك يذهب أغلب الفقه ومن بعده أغلب التشريعات المقارنة إلى أن التسمية الأدق والأكثر مناسبة لطبيعة العقد هي (عقد المشاركة بالوقت).
- لقد تعددت التعريفات المقترحة للعقد سواء التشريعية منها أو الفقهية، ورغم ذلك فإنها لم تكن جامعة مانعة تغطي كل جوانبه القانونية، فما يلاحظ على هذه التعريفات هو تركيزها على جانب معين من جوانب العقد، فضلاً عن عدم تحديدها لطبيعته القانونية على نحو دقيق.
- يتميز عقد المشاركة بالوقت بعدد من الخصائص التي تعكس طابعه الخاص مقارنة بغيره من العقود؛ فهو عقد زمني يعتبر الزمن عنصراً جوهرياً فيه سواء فيما يتعلق بمدة العقد ككل أو مدة الاستفادة سنوياً، كما أنه عقد شكلي تشترط فيه أغلب التشريعات أن يكون مكتوباً سواء كان ذلك للانعقاد أم للإثبات، إضافة إلى ضرورة تسجيله في الجهة التي يحددها القانون، وهو عقد غير لازم من

(1) من هذا الرأي: علي شكورفو، مرجع سابق، ص70، هادي الكعبي وآخرون، المفهوم القانوني لعقد المشاركة بالوقت "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص256، ندى سالم حمدون ملاحلو، عقد المشاركة بالوقت "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص468.

جانب المستفيد الذي أعطاه القانون الحق في فسخ العقد بإرادته المنفردة خلال مدة زمنية معينة، وهو أيضاً عقد إذعان حيث يقوم فيه مالك الوحدة الفندقية أو السياحة بإعداد صيغ نموذجية للعقد توجه للجمهور ولا تقبل أي مناقشة، وهو عقد مركب لأن المالك يقوم فيه بتقديم بعض الخدمات الأخرى للمستفيد.

• إن التنظيم التشريعي لعقد المشاركة بالوقت في أغلب الدول يكشف عن تعدد وتنوع الصور التي من الممكن أن يكون عليها العقد، وهو ما يؤدي إلى صعوبة تكييف العقد وتحديد طبيعته القانونية.

• لقد نظم المشرع الليبي بموجب قرار لائحي صورتين اثنتين لعقد المشاركة بالوقت وهما: إما ملكية حصة شائعة في اقتسام الوقت، وإما حق انتفاع باقتسام الوقت؛ وهذا التنظيم يثير العديد من الإشكاليات تتمثل في أنه أتى بأحكام خاصة مخالفة للقواعد العامة الواردة في القانون المدني، وذلك من خلال قرار لائحي مخالف لتشريع عادي أعلى مرتبة وفقاً لقاعدة تدرج التشريعات، إضافة إلى إنشائه لحقوق عينية أصلية جديدة كان الأولى أن يتم إنشاؤها بموجب تشريع عادي وليس بقرار لائحي.

وبناء عليه، فإنني أقترح أن يتم تنظيم عقد المشاركة بالوقت بموجب قانون خاص يبين فيه المشرع تفصيلاً وعلى نحو دقيق كافة الأحكام المتعلقة بالعقد بما من شأنه أن يراعي الطبيعة الخاصة له.

كما أدعو الفقه إلى ضرورة التركيز على دراسة هذا العقد على نحو معمق، لتعدد وثورته جوانبه القانونية فضلاً عن حجم الإشكاليات التي يثيرها والتي يصعب التعرض لها جملة في بحث مصغر كهذا.

تم بحمد الله

قائمة المراجع

أولاً/ الكتب :

1. أحمد بن عبدالعزيز العميرة، نوازل العقار "دراسة فقهية تأصيلية لأهم قضايا العقار المعاصرة"، دار الميمان للنشر والتوزيع، الرياض - المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 2011.
2. الكوني علي اعبودة، أساسيات القانون الوضعي الليبي (القانون)، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، طرابلس - ليبيا ، الطبعة الرابعة، 2003.
3. ثروت حبيب، المصادر الإرادية للالتزام في القانون المدني الليبي، منشورات جامعة قاريونس، 1978.
4. جاك غستان، المطول في القانون المدني "تكوين العقد"، ترجمة/ منصور القاضي، مراجعة/ فيصل كلثوم، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان ، الطبعة الثانية، 2008.
5. جمعة محمود الزريقي، الحقوق العينية الأصلية والتبعية في التشريع الليبي، الجزء الثاني، بدون دار نشر، الطبعة الثالثة، 2010/2009.
6. حسن عبدالباسط جميعي، التعامل على الوحدات العقارية بنظام المشاركة في الوقت "Time share"، بدون دار نشر، 1997.
7. عبدالحفي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي "دراسة مقارنة"، الجزء الأول، مصادر الالتزام ، المجلد الأول، مطبوعات جامعة الكويت ، 1982.
8. عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، الطبعة الثالثة الجديدة، 2011.

العلمي والدراسات العليا بجامعة اليرموك، المجلد 23، العدد الثالث، أيلول 2007، ص 1015.

9. هادي حسين الكعبي، سلامة عبدالزهرة الفتلاوي، أحمد عبدالحسين الياسري، المفهوم القانوني لعقد المشاركة بالوقت "دراسة مقارنة"، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، تصدر عن كلية القانون بجامعة بابل، السنة السابعة، العدد الثاني، المجلد الأول، 2015، ص 224.

10. يوسف شندي، أثر خيار المستهلك في الرجوع في التعاقد على تحديد لحظة إبرام العقد، بحث منشور بمجلة الشريعة والقانون، مجلة علمية محكمة تعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية، تصدر عن كلية الشريعة والقانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة الرابعة والعشرون، العدد الثالث والأربعون، يوليو 2010، ص 255.

11. العقد المركب، مقال موجود على موقع المعرفة القانونية على الإنترنت:

تم الاطلاع عليه بتاريخ: 2016/5/25 www.anibrass.blogspot.com

رابعاً / القوانين والقرارات:

1. القانون المدني الليبي لسنة 1953، وتعديلاته.
2. قرار اللجنة الشعبية العامة للسياحة "سابقاً" رقم (3) لسنة 1373 و.ر (2005) مسيحي، بشأن تنظيم مزاولة نشاط تسويق حق الانتفاع في الوحدات الفندقية أو السياحية بنظام اقتسام الوقت، مدونة الإجراءات، السنة الخامسة، العدد الرابع، 20/3/1374 و.ر (2006) إفرنجي.
3. نظام المشاركة بالوقت السعودي رقم 206 لسنة 1427 هـ.
4. قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي بشأن عقد التملك الزمني Time sharing رقم 170 (8/18) المنعقد في دورته الثامنة عشرة في بوتراجايا (ماليزيا) في الفترة من 09-14/7/2007، موجود على موقع المجمع على الإنترنت :