

مجلة العلوم الشرعية والقانونية

مجلة علمية محكمة تصدرها كلية القانون بالخمسة

جامعة المرقب

العدد الثاني لسنة 2014م.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿إِقْرَأْ بِأَسْمِ رَبِّكَ الَّذِي خَلَقَ ﴿١﴾﴾

خَلَقَ الْإِنْسَانَ مِنْ عَلَقٍ ﴿٢﴾﴾

[سورة العلق الآيتان 1، 2]

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 A4 . وحجم الخط (14) ونوعه (Traditional Arabic). وللهاوش (12) وبين السطور (1).
4. العناوين الوسطية تكتب بخط غامق وبحجم (16) Bold.
- العناوين الجانبية: تكتب من أول السطر وبحجم (14) Bold ، وتوضع بعدها شارحة (:).
5. تبدأ الفقرات بعد خمس إسييسات.
7. يجب الاهتمام بوضع علامات الترقيم كما هو متعارف عليه في قواعد الإملاء، وبرموز أسماؤها بالخط العربي .
8. ضرورة استخدام الرموز كالاتي : رمز القوسان المزهران للآيات القرآنية ﴿ ﴾ ، والرمز « » للنصوص النبوية، والرمز: " " علامة التنصيص.
9. تكتب في الهوامش أسماء الشهرة للمؤلفين كالبخاري، الترمذي، أبو داود، ابن أبي شيبة، ولا يكتب الاسم الكامل للمؤلفين في الهوامش.
10. الإحالات للمصادر والمراجع تكون في هوامش صفحات البحث وليس في آخره.

12. 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

13. 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.

14. تخرّج الآيات القرآنية في المتن بعد الآية مباشرة بحجم 12.

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

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

16. 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.

17. يرفق الباحث ملخصاً لسيرته الذاتية في حدود صفحة واحدة، ويرفق صورة شخصية له.

18. ترسل البحوث، والسير الذاتية المختصرة مطبوعة على ورق وقرص مدمج

لرئيس التحرير مباشرة أو عبر البريد الإلكتروني الآتي:

iaelfared@elmergib.edu.ly

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

20. لصاحب البحث المنشور الحق في الحصول على عدد (4) نسخ من عدد المجلة المعني مجاناً.

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

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

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

ملحوظة /

الآراء الواردة في 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

مجلة العلوم الشرعية والقانونية

مجلة علمية محكمة تصدرها كلية القانون بالخمسة

جامعة المرقب

رئيس التحرير

د. إبراهيم عبدالسلام الفرد

هيئة التحرير:

د. مصطفى إبراهيم العريبي

د. عبدالمنعم امحمد الصرارعي

د. أحمد عثمان احميده

اللجنة الاستشارية:

أ. د. محمد عبدالسلام ابشيش.

د. سالم محمد مرشان.

د. امحمد على أبوسطاش.

د. عبد الحفيظ ديكنه.

أ. د. عبدالسلام أبوناجي.

أ. د. محمد رمضان باره.

د. عمر رمضان العبيد.

د. على أحمد اشكورفو.

فهرس الموضوعات

- 9 كلمة رئيس التحرير
- الزوجة الكتابية – حقوقها وواجباتها.
- 10 د. أحمد عثمان احميده
- مقاصد الشريعة وتطبيقاتها الفقهية عند القاضي عبد الوهاب.
- 54 د. جمال عمران سحيم
- من فقه القيادة.
- 89 د. أحمد عثمان المجدوب
- الحكم الشرعي للحوم المستوردة من بلدان غير إسلامية.
- 116 د. المبروك عون سالم عبد القادر
- الاستحالة الفقهية وأثرها في الانتفاع بالأعيان النجسة دراسة نظرية
تطبيقية.
- 147 د. عبد السلام محمد العكاشي
- مكافحة الهجرة غير المشروعة في القانون الجنائي الليبي.
- 189..... د. مصطفى إبراهيم العربي

الإشكاليات العملية التي تثار حول الإفراج المؤقت عن المتهمين في
مرحلة التحقيق الابتدائي.

د. عبد المنعم امحمد الصراعي 247

المفهوم القانوني لشرط تميز العلامة التجارية في القانون الليبي
دراسة مقارنة.

د. جمال عمران المبروك اغنية 273

العدالة الموازية لفض النزاعات (الوساطة كبديل عن الدعوي
القضائية).

د. أبو جعفر عمر المنصوري 325

حق المحكوم عليه في معاملة إنسانية.

أ. إبتسام حسن سالم بن عيسى 357

كلمة رئيس التحرير

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله الذي خلق الإنسان وكرمه، ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا﴾ [سورة الإسراء آية 70]، والصلاة والسلام على نبينا محمد - ﷺ - وعلى آله وأصحابه الكرام الأخيار، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد :

فإن هيئة تحرير المجلة لتضع بين أيادي قرائها ومتابعيها العدد الثاني للعام 2014م. متضمناً أبحاثاً علمية متنوعة في مجالي الشريعة والقانون، إسهاماً منها في تطوير الفكر الإنساني؛ ليستفيد من هذا العمل العلمي أهل التخصص من طلبة وباحثين في مجالات الحياة المختلفة.

وإيماناً من هيئة التحرير بأن نشر العلم والمعرفة يعد بذرة في بزوغ فجر الأمن والاستقرار والتقدم في ربوع بلادنا إن شاء الله - تعالى - فإننا نعمل جادين بعون الله - تعالى - لتحقيق ذلك تدریساً وتأليفاً وبحثاً علمياً نفع الله - تعالى - به الطلاب وأهل العلم.

كما يسر الهيئة أن تتقدم بجزيل الشكر والتقدير إلى كل باحث يسعى جاهداً لإثراء إصدارات المجلة، والشكر أيضاً موصولاً لكل من أعاننا ولو بكلمة خير. أخيراً...نسأل الله - تعالى - أن يوفقنا ويسدد خطانا لما فيه الخير، وأن يحفظ بلادنا وبلاد المسلمين عامة من كل مكروه بعونه تعالى.

وما التوفيق إلا من عند الله تعالى.

الزوجة الكتابية - حقوقها وواجباتها

إعداد الدكتور: أحمد عثمان حميده
عضو هيئة التدريس بكلية القانون
جامعة المرقب.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة البحث

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة
للعالمين، وعلى آله وأزواجه وصحابته أجمعين.

أما بعد:

فإن الزواج في شريعتنا السمحة له أهداف وغايات عدة منها: حفظ الدين،
وحفظ النسل والنسب، وإحصان الزوجين، ورعاية الأولاد، وتحقيق المودة
والرحمة بين أفراد الأسرة، وغيرها من المقاصد التي يحققها عقد النكاح.
ولما كان الإنسان بطبعه وفطرته اجتماعية، لا يستطيع العيش لوحده
منفرداً، بل لابد له من مجتمع ينخرط فيه، وقد يكون هذا المجتمع أحياناً متعدد
الأديان والمعتقدات، بمعنى أن أفراده يدينون بأديان متعددة، ويعتقدون معتقدات
متغايرة، وبسبب هذا الاختلاط والعيش الواحد تنشأ بين أفرادها علاقات مختلفة،

من بينها علاقة الزواج والمصاهرة، والتي تعتبر من أهم وأعمق العلاقات بين الأفراد، وذلك لما يترتب عليها من تداخل وترابط في الأنساب، على الرغم من أن أصهار الزوج وأقارب أولاده يدينون ويعتقدون بمعتقد يخالف دين الزوج وعقيدته، ومع ذلك فإن المولى - عز وجل - عليم بما قد يخفى على عباده من مصالح وراء إباحة زواج المسلم بالكتابية، سواء تلك التي تعود على الأفراد، أو التي تعود على المجتمع الإسلامي بأسره.

ونظراً لتفشي هذه الظاهرة بين الشباب المسلم - خاصة من يدرس منهم في بلاد الغرب - فقد آثرت الكتابة في هذا الموضوع قاصداً من وراء ذلك إظهار سماحة الإسلام من خلال بيان تلك الحقوق التي تتمتع بها الزوجة الكتابية، والمودة والرحمة والعدل والرعاية التي تلمسها من زوجها المسلم، الأمر الذي من شأنه أن تدرك الزوجة وذويها من خلال هذا الزواج محاسن شرعنا الإسلامي الحنيف وفضائله عن طريق عملي مباشر تجد الزوجة أثره في راحتها وحربيتها الدينية وتمتعها بحقوقها كاملة غير منقوصة، وحتى يستبين لأعداء هذا الدين الحنيف بعض ما في هذا التشريع من عدالة وسماحة في تعامله مع الآخر مما جعله صالحاً للتطبيق في كل زمان ومكان، ومواكباً للمجتمعات الإنسانية مهما تقدمت وتطورت، كل هذا البحث في خطة تشتمل على الآتي:

- مقدمة.
- تمهيد.
- المبحث الأول: حكم زواج المسلم بالكتابية.

- المطلب الأول: آراء الفقهاء في نكاح المرأة الكتابية في دار الإسلام.
 - المطلب الثاني: آراء الفقهاء في نكاح المرأة الكتابية في دار الحرب.
 - المطلب الثالث: القيود والضوابط الواجب مراعاتها عند زواج المسلم بالكتابية.
 - المبحث الثاني: حقوق وواجبات الزوجة الكتابية.
 - المطلب الأول: الحقوق العامة للزوجة الكتابية.
 - المطلب الثاني: الحقوق الخاصة للزوجة الكتابية.
 - المطلب الثالث: واجبات الزوجة الكتابية تجاه زوجها المسلم.
 - الخاتمة: وفيها أهم نتائج البحث.
 - قائمة المصادر والمراجع.
- وأخيراً أسأل الله أن ينفع بهذا البحث من أعده ومن سيقراه، وأن يجعله خالصاً لوجهه الكريم، والحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم وبارك على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً.

تمهيد: في تعريف النكاح ومشروعيته

أولاً: النكاح لغةً.

النكاح مصدر نكح ينكح، من باب ضرب، والنون والكاف والحاء أصل واحد، وهو البضاع، يقال: نكح فلان امرأة، ينكحها نكاحاً، إذا تزوجها، ونكحها ينكحها باضعها أيضاً.

كما يطلق أيضاً على الضم والجمع والتداخل، يقول القائل:

ضممت إلى صدري معطر صدرها كما نكحت أم الغلام صبيها

وهو إما معنوي، كقولهم: نكح النوم العين، إذا داخلها وخالطها، أو حسي، كقولهم: نكحت الحصى أخفاف الإبل، ونكح المطر الأرض، إذا خالطها، ودخلها، وكقول الفلاح: نكحت البر الأرض، إذا أدخله فيها، وقولهم: تناكحت الأشجار، إذا التف بعضها على بعض وتمايلت.

كما يطلق كذلك على الوطاء حقيقة، وعلى العقد مجازاً⁽¹⁾.

وفي هذا يقول الأزهري: أصل النكاح في كلام العرب الوطاء، وهو مجاز في العقد، لأن العقد فيه ضم، والنكاح هو الضم حقيقة⁽²⁾.

(1) معجم مقاييس اللغة، أبو الحسين، أحمد بن فارس، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1999م، مادة: نكح، 581/2، لسان العرب لابن منظور، تح: أمين عبد الوهاب ومحمد الصادق، مادة: نكح، 279/10، المصباح المنير للفيومي، المكتبة العصرية، بيروت، ط1، 1996م، مادة نكح، ص: 321.

(2) تهذيب اللغة، أبو منصور محمد الأزهري، دار المعرفة، بيروت، ط1، 2001م، مادة: نكح 3659/4.

فإن قالوا: نكح فلانة، أو بنت فلان، أو أخته، أرادوا العقد، وإذا قالوا: نكح امرأته، أو زوجته، لم يريدوا إلا الوطاء⁽¹⁾.

وقيل: إنه لفظ مشترك بين العقد والوطء، ويتعين المقصود منه بقرينة السياق، وسبب ذلك اختلاف الفقهاء في معنى النكاح، هل هو حقيقة في الوطاء والعقد، أم إنه حقيقة في أحدهما مجازاً في الآخر.⁽²⁾

يقول القرطبي: "حقيقة النكاح: الوطاء، وأصله الإيلاج، وهو الإدخال، وقد اشتهر إطلاقه على العقد، كما قال تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا﴾ [سورة الأحزاب آية 49] ، أي: إذا عقدتم عليهن، وقد يطلق النكاح ويراد به العقد والوطء، كما قال تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَنَّ﴾ [سورة البقرة آية 219]، أي: لا تعقدوا عليهن ولا تطؤوهن"⁽³⁾.

ثانياً: النكاح شرعاً.

تعددت تعريفات الفقهاء للنكاح، وكلها تدور حول معنى واحد، وهو حل الاستمتاع بالأنثى بالشروط الشرعية.

(1) معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، محمود عبد الرحمن، دار الفصيحة، القاهرة، ط بلا 439/3.

(2) عقود الزواج الفاسدة في الإسلام، أحمد الخلفي، دار المدار الإسلامي، بيروت، ط1، 2002م، ص:22.

(3) المفهم، أبو العباس أحمد القرطبي، تح: محيي الدين ذيب وآخرون، دار ابن كثير، دمشق، ط5، 2010م.

فقد حده ابن عرفة بقوله: "عقد على مجرد متعة التلذذ بآدمية، غير موجب قيمتها بينة قبله، غير عالم عاقدُها حرمتها، إن حرّمها الكتاب على المشهور، أو الإجماع على الآخر"⁽¹⁾.

ومنهم من حده بقوله: "عقد لحل التمتع بأثنى غير محرّم، ومجوسية، وأمة كتابية بصيغة"⁽²⁾.

كما حد أيضاً بقولهم: إنه عقد يفيد حل استمتاع الرجل من امرأة، لم يمنع من نكاحها مانع شرعي، واستمتعها به"⁽³⁾.

فالتعريفات السابقة في جملتها تؤدي إلى موضوع عقد الزواج هو امتلاك الاستمتاع بالزوجة على الوجه المشروع، وإلى أن الهدف منه في الشرع وفي عرف الناس هو جعل هذه المتعة حلالاً، نعم هذا هدف وغرض من أغراض عقد النكاح، ولكنه ليس الوحيد، إذ الهدف الأسمى من الزواج هو التناسل، وعمارة الكون والمحافظة على النوع الإنساني، وتربية الأولاد، وانتسابهم لأبائهم، والسكينة، والمودة، والرحمة، والتعاون بين الزوجين على تذليل مصاعب الحياة، يقول تعالى في محكم التنزيل: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾ [سورة الروم آية 20].

(1) شرح حدود ابن عرفة للرصاع، تح: محمد أبو الأجنان، الطاهر العموري، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1993م، 335/1.

(2) الشرح الصغير على أقرب المسالك، أحمد بن محمد الدردير، تح: عبد الباقي محمد بن إبراهيم، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 2013م، 1449/4.

(3) الكافي في الفقه الحنفي، وهبي سليمان، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 2009م، 935/3.

وقد نبه بعض الفقهاء على هذا الغرض الأسمى أثناء تعريفهم لعقد النكاح، فها هو السرخسي في مبسوطه يقول: "ليس المقصود بهذا العقد قضاء الشهوة، وإنما المقصود ما يبناه من أسباب المصلحة، ولكن الله تعالى علق به قضاء الشهوة أيضاً ليرغب فيه المطيع والعاصي، المطيع للمعاني الدينية، والعاصي لقضاء الشهوة، بمنزلة الإمارة ففيها قضاء شهوة الجاه، والنفوس ترغب فيها لهذا المعنى أكثر من الرغبة في النكاح، حتى تطلب ببذل النفوس وجر العساكر، لكن ليس المقصود بها قضاء شهوة الجاه، بل المقصود إظهار الحق والعدل"⁽¹⁾.

ولعل القانون الليبي قد كان أكثر توفيقاً عندما بين المقصد الشرعي للزواج أثناء تعريفه له بنصه: ميثاق شرعي يقوم على أساس من المودة والرحمة والسكينة، تحل به العلاقة بين رجل وامرأة، ليس أحدهما محرماً على الآخر"⁽²⁾.

- ثالثاً: مشروعيته.

النكاح مرغوب فيه، ومشروع في الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب:

فقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَشْنَىٰ وَثَلَّثَ وَرَبَعَ﴾ [سورة النساء آية 3].

(1) المبسوط لشمس الدين أبوبكر السرخسي، دار الفكر، بيروت، ط1، 2000م، 178/2.
 (2) ينظر القانون رقم (10) لسنة 1984م، بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما.

وقوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾ [سورة النور آية 32].

وقوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾ [سورة الروم آية 20].

أما السنة:

فيقول صلى الله عليه وسلم: «يا معشر الشباب، من استطاع منكم الباءة فليتزوج، فإنه أغض للبصر، وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء»⁽¹⁾. ويقول أيضاً: «تناكحوا تكثروا فإني أباهي بكم الأمم يوم القيامة»⁽²⁾.

- أما الإجماع:

فقد أجمعت الأمة على مشروعية النكاح وإباحته من غير نكير على ذلك⁽³⁾.

(1) أخرجه البخاري في النكاح، باب: من استطاع منكم الباءة فليتزوج...، حديث رقم: 4778، 1950/5.

(2) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، باب: وجوب النكاح وفضله، حديث رقم: 10391، 173/6.

(3) الإقناع في مسائل الإجماع، علي بن القطان الفاسي، تح: فاروق حمادة، دار القلم، دمشق، ط1، 2003م، 1145/3.

المبحث الأول: حكم زواج المسلم بالكتابية

اختلف الفقهاء - رحمهم الله تعالى - في حكم زواج المسلم بالكتابية، وهم أثناء تناولهم لهذه المسألة يفرقون بين كون الكتابية ذمية أو حربية، ولهم في المسألة أقوال أستعرضها في المطلبين التاليين.

المطلب الأول: آراء الفقهاء في نكاح المرأة الكتابية في دار الإسلام أقوال الفقهاء في المسألة:

- القول الأول: جواز نكاح المرأة الكتابية في دار الإسلام، وهو مذهب جمهور الفقهاء من الصحابة والتابعين⁽¹⁾.
- القول الثاني: كراهة نكاح المرأة الكتابية في دار الإسلام، وهو قول بعض فقهاء الأحناف، وقول عند المالكية، والصحيح من مذهب الشافعية، وقول عند الحنابلة⁽²⁾.
- القول الثالث: حرمة نكاح المرأة الكتابية مطلقاً، وهو مروى عن ابن عمر - رضي الله عنهما - وقول عند الشيعة الإمامية والزيدية⁽³⁾.

(1) الإشراف على مذاهب العلماء، أبوبكر بن المنذر، تح: أبو حماد الأنصاري، دار روائع الأثير، الرياض، ط1، 2007م، 92/5، أحكام القرآن، أبوبكر الجصاص، تح: عبد السلام شاهين، دار القلم، بيروت، ط بلا، 409/2، بداية المجتهد 96/3، المغني لابن قدامة 500/7.

(2) شرح الزركشي على الخرقى، شمس الدين الزركشي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2002م، 379/2، التاج والإكليل لمختصر خليل، أبو عبدالله المواق، تح: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1995م، 133/5، حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المحلى لمنهاج الطالبين، مكتبة عيسى الحلبي، ط بلا، 250/3.

(3) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي، دار الفكر، بيروت، طبعة سنة 1995م، 64/2، السيل الجرار، محمد بن علي الشوكاني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 252/2.

الأدلة:

أدلة أصحاب القول الأول.

حجة من أجاز نكاح المرأة الكتابية الأدلة الآتية:

- قوله تعالى: ﴿الْيَوْمَ اجْعَلْ لَكُمْ الطَّيِّبَاتِ وَطَعَامَ الَّذِينَ اٰوْتُوا الْكِتَابَ حِلًّا لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلًّا لَهُمْ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ اٰوْتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾ [سورة المائدة آية 6].

فالآية دلت على حل نكاح المحصنات من أهل الكتاب، وهذا ظاهر من لفظ "حل" وأهل الكتاب هم اليهود والنصارى⁽¹⁾.

- ما رواه جابر بن عبد الله - رضي الله عنه - عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «نتزوج نساء أهل الكتاب، ولا يتزوجون نساءنا»⁽²⁾.

- قوله - صلى الله عليه وسلم - في المجوس: «سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحي نسائهم، ولا آكلي ذبائهم»⁽³⁾.

(1) الكافي في فقه الإمام أحمد، موفق الدين أبو محمد بن قدامة، تح: محمد عبد الفتاح، دار العقيدة، القاهرة، ط1، 2004م، 38/3، تبين الحقائق، فخر الدين الزيلعي، دار الكتاب الإسلامي، ط2، 109/2.

(2) أخرجه الطبري في تفسيره جامع البيان في تأويل القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 1999م، 390/2.

(3) الموطأ برواية محمد بن الحسن الشيباني، أبواب الزكاة، باب: الجزية 146/2، السنن الكبرى للبيهقي، كتاب: الجزية، باب: المجوس أهل كتاب: حديث رقم: 18654.

فالرسول - صلى الله عليه وسلم - ذكر حل الكتابية للمسلم، ونفى حل المسلمة - للكتابي، كما نفى حل المجوسية للمسلم، فلو لم يكن نكاح نساء أهل الكتاب جائزاً لما كان لذكره فائدة⁽¹⁾.

- عن حماد قال: سألت إبراهيم عن تزويج اليهودية والنصرانية، فقال: لا بأس به، فقلت: أليس الله تعالى يقول: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَةَ حَتَّىٰ يُوْمِنَ﴾؟ [سورة البقرة آية 219]، فقال: "إنما ذلك المجوسيات، وأهل الأوثان"⁽²⁾.

- فعل الصحابة - رضي الله عنهم - والتابعين، فقد أثبتت الآثار المروية عنهم تزوج العديد منهم نساءً من أهل الكتاب من غير أن ينكر أحدهم على الآخر⁽³⁾.

أدلة أصحاب القول الثاني:

استدل القائلون بكرهية زواج المسلم من المرأة الكتابية بالأدلة الآتية:

- قوله تعالى: ﴿لَا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ آءِ لْآخِرِ يُوَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ، وَلَوْ كَانُوا آبَاءَهُمْ أَوْ أَبْنَاءَهُمْ أَوْ إِخْوَانَهُمْ أَوْ عَشِيرَتَهُمْ أَذْوَ لِيكَ﴾ [سورة المجادلة آية 22].

-
- (1) التعايش السلمي بين المسلمين وغيرهم، سور حمن هدايات، دار السلام، القاهرة، ط1، 2001م، ص126.
- (2) روح المعاني، شهاب الدين السيد الألوسي، تح: فؤاد بن سراج، المكتبة التوفيقية، القاهرة، ط بلا، 172/2.
- (3) أحكام القرآن للجصاص 409/2.

فالله - سبحانه وتعالى - نهانا عن مودة من حاده ورسوله - صلى الله عليه وسلم - والزواج من المرأة الكتابية مظنة الوقوع في المودة المنهي عنها في الآية الكريمة، وهذا يعني كراهة هذا النكاح خشية الوقوع في المنهي عنه⁽¹⁾.

- ورد في الأثر أن حذيفة - رضي الله عنه - تزوج بيهودية، فكتب إليه عمر - رضي الله عنه - أن يفارقها، فقال: إني أخشى أن تدعوا المسلمات وتكحوا المومسات.

ورد هذا عن عمر - رضي الله عنه - على طريق التنزيه والكراهة، وفي رواية أخرى أن حذيفة - رضي الله عنه - كتب إليه أحرام هي؟ قال: " لا ولكنني أخاف أن تعاطوا المومسات منهن " (2).

- واستدلوا من المعقول بقولهم: إن الكتابية لها أن تأكل الخنزير، وأن تشرب الخمر، ولها أن تؤدي عبادتها في الكنيسة، وليس لزوجها أن يمنعها من ذلك، وهذا كله من شأنه أن يؤدي إلى تربية الولد على دينها، وربما ماتت وهي حامل فتدفن في مقابر أهل الشرك، والولد كائن في بطنها، ومحكوم له بالإسلام⁽³⁾.

(1) المدونة الكبرى، مالك بن أنس، دار صادر، بيروت، ط بلا، 306/2، الفواكه الدواني، أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي، مكتبة مصطفى الباوي الحلبي، ط3، 1955م، 43/2.

(2) السنن الكبرى للبيهقي، كتاب النكاح، باب: ما جاء في تحريم حرائر أهل الشرك دون أهل الكتاب، حديث رقم: 13984.

(3) المدونة الكبرى 306/2، المهذب، أبو إسحاق الشيرازي، دار الفكر، بيروت، طبعة سنة 2005م، 62/2.

أدلة أصحاب القول الثالث:

استدل القائلون بتحريم نكاح المرأة الكتابية في دار الإسلام بالأدلة الآتية:
 - قوله تعالى ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَةَ حَتَّىٰ يُوْمِنَ﴾ [سورة البقرة آية 219].
 فالآية الكريمة تضمنت النهي عن نكاح المشركات، وأهل الكتاب
 مشركون لغة وقرآناً.

فأما اللغة: فالشرك يعني الجمع بين الشيين، ومن جعلت عيسى ابن مريم
 - عليه السلام - أو عزيزاً ابناً لله، فقد أشركت بالله.
 وأما القرآن، فقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَةَ حَتَّىٰ يُوْمِنَ﴾
 فالله - سبحانه وتعالى - نهى عن نكاح من تحقق فيها الشرك، وقد تحقق هذا في
 الكتابية لغة⁽¹⁾.

استدلوا بما روي عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أنه كان إذا سئل عن
 نكاح النصرانية واليهودية قال: "إن الله حرم المشركات على المؤمنين، ولا أعلم
 من الإشراف شيئاً أكبر من أن تقول المرأة ربها عيسى، وهو عبد من عباد الله"⁽²⁾.

(1) التعايش السلمي: ص 127-128.

(2) أخرجه البخاري في الطلاق، باب: قول الله تعالى ﴿حَتَّىٰ الْمُشْرِكَةَ تَنْكِحُوا وَلَا يُوْمِنَ﴾ حديث رقم: 4981.

فيفهم من قوله - رضي الله عنه - دخول الكتابية في عموم قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَةَ حَتَّىٰ يُوْمِنَ﴾، وهذا مصير منه إلى استمرار حكم عموم آية البقرة⁽¹⁾.

- قوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أَهْتُوا الْكِتَابَ مِن قَبْلِكُمْ﴾ [سورة المائدة آية 6]، منسوخ بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَةَ حَتَّىٰ يُوْمِنَ﴾.

يقول ابن حجر: "فكأنه يرى - أي ابن عمر - رضي الله عنهما - أن آية المائدة منسوخة"⁽²⁾.

- قوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ...﴾ [سورة المتحنة آية 10] ففي الآية نهى من الله - سبحانه وتعالى - عن الاستمرار مع الكافرات في العصمة، واليهودية والنصرانية كافرة، ومن باب أولى حرمة ابتداء نكاحهن⁽³⁾.

المناقشة والترجيح:

رد المجيزون ما استدل به القائلون بحرمة نكاح الكتابية بما يأتي:
- قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُوْمِنُوا...﴾ لا يقتضي تحريم الزواج بالكتابيات، لأن المقصود من قوله تعالى: ﴿الْمُشْرِكَةَ﴾ لا يخلو من أحد معنيين:

(1) فتح الباري بشرح صحيح البخاري، أحمد بن علي بن حجر، دار الحديث، القاهرة، ط1، 1998م، 9/502.

(2) المرجع نفسه 9/502.

(3) المغني لابن قدامة 7/500.

. أن يكون إطلاقه مقتضياً لدخول الكتابيات فيه.

. أن يكون مقصوراً على المشركات من عبدة الأوثان والأحجار من غير

الكتابيات.

فإن كان إطلاق لفظ المشركات عاماً يتناول الجميع، فإن قوله تعالى:

﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أَتَوْا أَلْكِتَابَ

مِن قَبْلِكُمْ﴾ [سورة المائدة آية 6] يخص هذا العموم، ويكون قوله تعالى: ﴿وَلَا

تَنكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ...﴾ مرتباً عليه، لأنه متى أمكننا استعمال الآيتين على

معنى ترتيب العام على الخاص وجب استعمالها، ولم يجز لنا نسخ الخاص

بالعام إلا بيقين، وقد روي عن الشافعي بأن عموم آية البقرة أريد به خصوص آية

المائدة، وإن كان إطلاق لفظ المشركات يقتصر على عبدة الأوثان والأحجار

ونحوهما من غير الكتابيات، فقوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ

وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أَتَوْا أَلْكِتَابَ مِن قَبْلِكُمْ﴾ ثابت الحكم، إذ

ليس في القرآن ما يوجب نسخه⁽¹⁾.

- القول بأن آية المائدة منسوخة بآية البقرة مردود، لأن سورة المائدة آخر

ما نزل من القرآن، والقاعدة في النسخ أن المتأخر في النزول ينسخ المتقدم⁽²⁾.

(1) أحكام القرآن للجصاص 409/2، أحكام التعايش مع غير المسلمين، مصطفى الكبسي، دار

النفايس، عمان، ط1، 2013م، ص: 353.

(2) الحاوي الكبير 222/11.

- القول بأن قوله تعالى: ﴿وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا...﴾ يتناول الكتابيات مردود، ذلك لأن كلمة المشركات في القرآن الكريم لا تتناول الكتابيات. ولهذا عطف أحدهما على الآخر، ومن المعروف لغة أن العطف يقتضي التغير بين المعطوفات، كما في قوله تعالى: ﴿لَمْ يَكُنِ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ وَالْمُشْرِكِينَ مُنْفَكِينَ حَتَّىٰ تَأْتِيَهُمُ الْبَيِّنَةُ﴾ [سورة البينة آية 1].

- استدلالهم بأثر ابن عمر - رضي الله عنهما - لا حجة فيه، لأن ابن عمر - رضي الله عنهما - لما سمع الآيتين، في واحدة التحليل، وفي الأخرى التحريم توقف فيه، ولم يقطع بإباحته، ولم يؤخذ عنه ذكر النسخ، وإنما تؤول عليه، والناسخ والمنسوخ لا يؤخذان بالتأويل⁽¹⁾.

كما أن مذهب ابن عمر - رضي الله عنهما - قد خالفه فيه غيره من الصحابة الكرام، ومن ذلك ما فهم من موقف عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - " من القول بكراهة نكاح الكتابيات عندما تزوج أبو حذيفة امرأة يهودية، فكتب إليه عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - أن حل سبيلها"⁽²⁾.

وسواء أكان مذهب ابن عمر - رضي الله عنهما - تحريم نكاح الكتابيات، أم تخصيص المنع بالمشركات من أهل الكتاب وفقاً لظاهر روايته في صحيح

(1) أحكام القرآن للجصاص 409/2، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي 64/2.

(2) سبق تخريج الأثر.

البخاري، إلا أن ورود النص بالإباحة بشكل يصعب معه القول بالنسخ يبقى إباحة زواج الكتابيات، والله تعالى أعلى وأعلم⁽¹⁾.

المطلب الثاني: آراء الفقهاء في نكاح المرأة الكتابية في دار الحرب

اختلف الفقهاء في مسألة زواج المسلم بالكتابية في دار الحرب ولهم في

المسألة قولان:

القول الأول:

يباح للمسلم نكاح الكتابية في دار الحرب مع الكراهة، وهو قول الحسن

البصري، وجمهور الأحناف، والمالكية، والشافعية، والصحيح عند الحنابلة⁽²⁾.

القول الثاني:

ذهب فريق من الفقهاء إلى تحريم نكاح المسلم الكتابية في دار الحرب،

وهو قول ابن عباس - رضي الله عنهما - والنخعي، ومجاهد، والثوري، وقول عند

الأحناف والحنابلة⁽³⁾.

(1) فقه الأقليات المسلمة في مسائل الأحوال الشخصية، أمل القواسمي، دار النفائس، عمان، ط1، 2014م، ص78.

(2) المدونة الكبرى 306/2، الأم، محمد بن إدريس الشافعي، دار الفكر، بيروت، طبعة سنة 1990م، 53/5، تفسير الطبري 447/4، أحكام القرآن للجصاص 411/2، المبسوط للسرخسي 46/3، أحكام القرآن لابن الفرس، تح: منجية الهادي، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 2006م، 350/2، شرح الزركشي على مختصر الخرقي 379/2، الإنصاف للمرداوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1، 1998م، 101/8.

(3) الإشراف لابن المنذر 93/5، أحكام القرآن للجصاص 411/2، زاد المسير لابن الجوزي، المكتب الإسلامي، ط4، 1987م، 297/2، الجامع لأحكام القرآن 65/3، حاشية ابن عابدين 49/3.

الأدلة:

أدلة أصحاب القول الأول:

استدل القائلين بإباحة نكاح المسلم المرأة الكتابية في دار الحرب بالأدلة

الآتية:

- قوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أَتَوْا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾ [سورة المائدة آية 6]، فالآية وردت عامة في إباحة نساء أهل الكتاب، ولم تفرق بين كونها ذميمة أم حربية، واختلاف الدار لا أثر له في إباحة نكاحهن أو تحريمه، أما الكراهة فلما قد يترتب على هذا النكاح من ضرر وفتنة ومخالفات لشرعنا الإسلامي الحنيف⁽¹⁾.

أما استدلالهم على أن زواج الكتابية في دار الحرب مكروه فكان بما يلي:

- إقامة زوجها معها في دار الحرب فيه تكثير لسوادهم.
- الكتابية في دار الحرب لا تخضع لأحكام الإسلام، بخلاف الكتابية في دار الإسلام.

- زواج المسلم من الحربية فيه تعريض ولده للرق، فلربما تحمل منه فتسبي، فيصير ما في بطنها رقيقاً وإن كان مسلماً، كما أنها إذا ولدت من شأنه أن يتخلق بأخلاق الكفار⁽²⁾.

(1) الأم للشافعي 53/5، البحر المحيط، محمد بن يوسف "أبو حيان الأندلسي"، دار الفكر، بيروت، طبعة سنة 1992م، 185/4.

(2) المدونة 2/306، المبسوط 3/46.

أدلة أصحاب القول الثاني:

استدل القائلون بتحريم نكاح الكتابية في دار الحرب بما يلي:

- قوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ

أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾ [سورة المائدة آية 6] ، فالمولى - عز وجل - أباح

نكاح نساء أهل الكتاب للمسلمين، والمراد بهن في الآية اللاتي يقطن دار الإسلام

لا دار الحرب، فهن ملتزمات بأحكام الإسلام ويدفعن الجزية⁽¹⁾.

- قوله تعالى: ﴿قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ آءَ لْآخِرِ...﴾

[سورة التوبة آية 29]، فالله - سبحانه وتعالى - أمر بقتال الكفار الذين لا يؤمنون

بالله واليوم الآخر من أهل الكتاب الذين لا يعطون الجزية، والزواج منهم يوجب

محبتهم وهذا مخالف لنص الآية الكريمة⁽²⁾.

- قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا يَنْهَلِكُمْ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ قَاتَلُوكُمْ فِي الَّذِينَ

وَأَخْرَجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ﴾ [سورة الممتحنة آية 9]، فالآية نهت عن تولي

الكفار، وهل هناك تول أكثر من أن يتزوج منهم، وتصبح الواحدة منهم جزءاً من

الأسرة، بل العمود الفقري فيها؟⁽³⁾.

- بما روي عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أنه قال: «من نساء أهل

الكتاب من يحل لنا، ومنهم من لا يحل لنا، ثم قرأ قوله تعالى: ﴿قَاتِلُوا

(1) البحر المحيط لأبي حيان 185/4.

(2) أحكام القرآن للجصاص 411/2.

(3) فتاوى معاصرة، يوسف القرضاوي، دار القلم، الكويت، ط11، 2009م، 471/1.

الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ آءَآخِرِ... ﴿ [سورة التوبة آية 29]، فمن أعطى الجزية حل لنا نساؤه، ومن لم يعط لم يحل لنا نساؤه»⁽¹⁾.

المناقشة والترجيح:

- يمكن مناقشة أدلة القائلين بإباحة نكاح الحربية والرد عليهم بما يأتي:
بالنسبة لاستدلالهم بعموم قوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ ءُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ...﴾ يرد عليه بأن الآية خاصة بنكاح الكتابية الذمية لكونها خاضعة لأحكام الإسلام، ولأنها تدفع الجزية، فرجاء دخولها للإسلام هو الأقرب، وهذا ما فهمه ابن عباس رضي الله عنهما.

أما الحربية فقد خرجت من عموم الآية كونها لم تخضع لأحكام الإسلام ولم تدفع الجزية.

وللمستدل أن يجيب على ذلك بقوله: إنه لا دليل على تخصيص الآية بالذمية، والآية عامة تشمل الحربية والذمية، وهذا ما فهمه أكثر أهل العلم⁽²⁾. ويرد عليهم: بأن الآثار المروية عن بعض الصحابة في تحريم الحربية، وكذلك المفاسد والمخاطر التي تحدث بهذا النكاح قد تخصص العموم الوارد في الآية⁽³⁾.

(1) تفسير الطبري 4/447.

(2) أحكام القرآن للجصاص 2/411، البحر المحيط 4/185.

(3) اختلاف الدارين وأثاره في أحكام الشريعة الإسلامية، عبد العزيز الأحمدى، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، ط2، 2009م، 250/2.

- كما يمكن مناقشة أدلة القائلين بالتحريم والرد عليها بما يأتي:

إن آية المائدة وردت عامة، وهي صريحة في إباحة الزواج من الكتابيات وتخصيصها بالذمية لا دليل عليه.

وللمستدل أن يجيب بقوله: إن عموم آية المائدة قد تخصصه آثار الصحابة الواردة في تحريم الزواج بالحربية، وكذلك المفاسد التي تعود على المسلم جراء هذا الزواج، كل هذا يمكن أن يخصص العموم الوارد في الآية⁽¹⁾.

- استدلالهم بقوله تعالى: ﴿قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ
 آءَ لآخر...﴾ [سورة التوبة آية 29] لا علاقة لها بتحريم نكاح الكتابية، بل هي متعلقة
 بقتال من يمتنع عن دفع الجزية، وعدم قتال من يدفعها من الذلة والصغار.

وقد رد المستدل بقوله: إن الآية الكريمة لها علاقة بتحريم نكاح الكتابية
 الحربية، وهذا الذي فهمه حبر الأمة وترجمان القرآن - رضي الله عنهما - عندما
 قال: "من دفع الجزية حل لنا نساؤه، ومن لم يعط الجزية لم يحل لنا نساؤه"⁽²⁾.

ذلك لأن الحربية عندما تدفع الجزية، وتلتزم بأحكام الإسلام، يكون هذا
 من أكبر الدوافع لاعتناقها دين الإسلام.

- استدلالهم بما روي عن ابن عباس - رضي الله عنهما - من أن الزواج
 بالكتابية الحربية لا يحل، لا يقوى على معارضة آية المائدة التي صرحت بإباحة
 نكاح الكتابية دون فرق بين الذمية والحربية.

(1) المرجع نفسه 2/252.

(2) تفسير القرطبي 4/447.

أجاب المستدل بقوله: إن ابن عباس - رضي الله عنهما - لا يمكن أن يقول بخلاف ما في كتاب الله تعالى، وقد فهم من آية المائدة خصوص الذميمة دون الحربية، لأن الذميمة تدفع الجزية وتلتزم بأحكام الإسلام⁽¹⁾.

الترجيح:

بعد عرض أقوال الفقهاء في المسألة، وذكر أدلتهم، وبيان تلك المخاطر والمفاسد التي تترتب على هذا الزواج يتبين أن الرأي القائل بتحريم زواج الكتابية في دار الحرب هو الراجح، ذلك لأن الشيء المباح إذا أدى إلى مفاسد ومخاطر تفوق المصلحة التي شرع لأجلها، غلب جانب المفاسد، ومفاسد ومخاطر زواج الكتابية الحربية تفوق المصالح المترتبة عليه، كما أن الله - سبحانه وتعالى - قد جعل المصاهرة من أقوى الروابط البشرية، وهي تلي رابطة الأم والنسب. يقول تعالى: ﴿وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا...﴾ [سورة الفرقان آية 54] فكيف تتحقق هذه الرابطة بين المسلمين وبين آخرين يحاربونهم؟ بل كيف يسوغ للمسلم أن يتزوج ممن سيكونون أجداداً وجدات، وأخوالاً وخالات لأولاده؟، فضلاً عن كون ربة بيته وزوجه، وأم أولاده منهم!

ولكن كل هذا لا يمنع زواج المسلم من الكتابية الحربية بالنظر إلى حالها، كما لو كانت تميل إلى الإسلام من خلال سماعها لأحكامه، وحضورها

(1) اختلاف الدارين 255/2.

المحاضرات الدينية، وسماعها دروس الداعيات المسلمات، فلا بأس حينئذ من زواج المسلم بها أملاً في أن تعتنق دين الإسلام، والله أعلم⁽¹⁾.

المطلب الثالث: القيود والضوابط الواجب مراعاتها عند زواج المسلم

بالكتابية

سبق الذكر أن الأصل في إباحة نكاح الكتابية قوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أَتَوْا أَلْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ...﴾ [سورة المائدة آية 6]، ولكن هذا الأصل ليس على إطلاق بل هو مقيد بقيود وضوابط يجب مراعاتها، منها:

- أن تكون المرأة الكتابية عفيفة محصنة، لقوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أَتَوْا أَلْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ...﴾ فالآية لم تبح زواج أية كتابية، بل قيدت الإباحة بالإحصان، يقول ابن كثير في تفسيره: "والظاهر أن المراد بالمحصنات العفيفات عن الزنى، كما قال تعالى في الآية الأخرى: ﴿مُحْصَنَاتٍ غَيْرَ مُسَافِحَاتٍ وَلَا مُتَّخِذَاتِ أَخْدَانٍ﴾ [سورة النساء آية 25]⁽²⁾.

- التوثق من كونها كتابية معتقدة اعتقاداً جازماً بأصول الديانة اليهودية أو النصرانية⁽³⁾.

(1) يراجع فتاوى معاصرة للشيخ القرضاوى 1/470، واختلاف الدارين 2/255 وما بعدها.

(2) تفسير القرآن العظيم 2/20.

(3) فقه الأقليات المسلمة: 81.

- أن يتم عقد الزواج بين المسلم والمرأة الكتابية وفق الأحكام الواردة في الشريعة الإسلامية التي تنظم العلاقات الزوجية، مع بيان مالها من حقوق، وما عليها من واجبات.

- اشترط بعض العلماء كون المرأة الكتابية ذمية غير حربية، فأباحوا الزواج بالأولى، ومنعوه من الثانية، من ذلك ما روي عن ابن عباس - رضي الله عنهما - في قوله: لا تحل نساء أهل الكتاب إذا كانوا حرباً، وتلا قوله تعالى: ﴿قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ آءَ لَآخِرٍ...﴾ [سورة التوبة آية 29] ، فمن أعطى الجزية حل لنا نساؤه، ومن لم يعط الجزية لم يحل لنا نساؤه⁽¹⁾، بينما ذهب جمهور الفقهاء إلى إباحة نكاح الكتابية مع الكراهة إذا كانت الكتابية حربية، ذلك لأن ظاهر آية المائدة يقتضي جواز نكاح الكتابية ذمية كانت أم حربية لورود اللفظ عاماً يشمل كل كتابية.

- ألا يسبب هذا النكاح ضرراً، فاستعمال المباح في الشريعة الإسلامية مقيد بعدم الضرر، إذ كلما تأكد الضرر وعظم كلما تأكد المنع، لقوله صلى الله عليه وسلم: «لا ضرر ولا ضرار»⁽²⁾.

ومن أعظم صور الضرر التي قد يسببها هذا الزواج: انتشاره بصورة قد تؤثر على الفتيات المسلمات، فإذا أصبح هذا الزواج ظاهرة اجتماعية، وكثرت

(1) تفسير الطبري 4/447، أحكام القرآن للجصاص 2/411.

(2) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب: إحياء الموات، باب: من قضى فيما بين الناس بما فيه صلاحهم، حديث رقم: 11878.

بين أوساط الشباب، فلا حل لهذه المعضلة إلا التدخل لتقييد هذا المباح، وسد بابه خوفاً على الفتيات المؤمنات.

وهذا الضرر المشار إليه هو الذي خافه عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - فيما رواه محمد بن الحسن الشيباني، حين بلغه أن الصحابي الجليل حذيفة بن اليمان - رضي الله عنه - قد تزوج امرأة يهودية بالمدائن، فكتب إليه عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - : «أن خل سبيلها، فكتب إليه: أحرام هي يا أمير المؤمنين؟. فكتب إليه: أعزم عليك ألا تضع كتابي حتى تخلي سبيلها، فإني أخاف أن يقتدي بك المسلمون فيختاروا نساء أهل الذمة لجمالهن، وكفى بذلك فتنة لنساء المسلمين»⁽¹⁾.

المبحث الثاني:

حقوق وواجبات الزوجة الكتابية

لا شك في أن عقد زواج المسلم بالكتابية إذا تم وفق الإطار الشرعي ترتبت عليه آثاره، والتي من بينها الحقوق والواجبات التي تثبت لكلا الزوجين، وهذه الحقوق منها العامة، بمعنى أنها تثبت للزوجة الكتابية كالمسلمة سواءً بسواء، ومنها الخاصة التي تختص بها الزوجة الكتابية، وفي المطالب الآتية بيان لتلك الحقوق والواجبات.

(1) الآثار، محمد بن الحسن الشيباني، تح: أحمد المعصراوي، دار السلام، القاهرة، ط2، 2007م، 435/2.

المطلب الأول: الحقوق العامة للزوجة الكتابية

تجب للزوجة الكتابية على زوجها المسلم حقوق يلزمه الوفاء بها، ومن

هذه الحقوق:

- حق استيفاء المهر: وهو واجب باعتباره أثراً من آثار عقد الزواج⁽¹⁾، والدليل على ذلك، قوله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ [سورة النساء آية 4]، ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم: «انظر ولو خاتماً من حديد»⁽²⁾.

- حق النفقة: وهي ما يلزم الزوجة لمعيشتها من طعام، وكسوة، ومسكن، وعلاج، وكل ما يلزم لها بحسب العرف⁽³⁾.

يقول تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [سورة البقرة آية 231]، ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم: «... فاتقوا الله في النساء، فإنكم أخذتموهن بأمان الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله، ولكم عليهن أن لا

(1) أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما، سعيد الجلبيدي، منشورات الجامعة المفتوحة، ط1، 1986م، 247/1، والأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، زكي الدين شعبان، منشورات جامعة بنغازي، ط5، 1989م، ص258.

(2) أخرجه البخاري في فضائل القرآن، باب: خيركم من تعلم القرآن وعلمه، حديث رقم: 4741، 1920/4، ومسلم في النكاح، باب: الصداق وجواز كونه تعليم قرآن...، حديث رقم: 1041/2، 1425.

(3) الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، ص:309.

يوطن فرشكم أحداً تكرهونه، فإن فعلن ذلك فاضربوهن ضرباً غير مبرح، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف»⁽¹⁾.

- حق الإحسان إليها، ومعاملتها بالمعروف، وأمرها باللين، والتلطف معها بالرفق، لقوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [سورة النساء آية 19]، وقوله صلى الله عليه وسلم: «لا يفرك - بمعنى لا يبغض - مؤمن مؤمنة، إن كره منها خلقاً، رضي منها آخر»⁽²⁾، هذا مع الزوجة المؤمنة، ويكون مع الكتابية أيضاً كي تشعر بسماحة الإسلام، وإذا كان للزوج أكثر من امرأة عليه أن يعدل بينهن، وأن يسوي بينهن في النفقة والمبيت⁽³⁾.

- عدم التعرض لأموالها الخاصة بها، ولها أن تتصرف فيها كما تشاء، وهنا تجب الإشارة إلى أن بعض فقهاء المالكية ذهبوا إلى أن المرأة محجور عليها في تصرفاتها المالية بدون عوض فيما يزيد على الثلث، وما زاد على ذلك فمتوقف على إجازة الزوج، أما التصرف في أموالها معاوضة كالبيع والشراء والإجارة فلها ذلك، وغير متوقف على إجازة، وذهب أكثر الفقهاء إلى أن للزوجة حق التصرف في أموالها بعوض أو بدونها، وليس للزوج أو غيره الحجز عليها⁽⁴⁾.

(1) أخرجه مسلم في الحج، باب: حجة النبي صلى الله عليه وسلم، حديث رقم: 1218.

(2) أخرجه مسلم في الرضاع، باب: الوصية بالنساء، حديث رقم: 1469، 1091/2.

(3) أحكام الزواج والطلاق للجليدي 336/1.

(4) الشرح الصغير على أقرب المسالك، أحمد بن محمد الدردير، تح: علي السيد عبد الرحمن،

دار الفضيلة، القاهرة، ط بلا، 30/4.

- حقها في الاستمتاع، فيجب على الزوج أن يعف زوجته حتى لا تقع في الحرام، وليس له أن يشغل نفسه في عبادة أو عمل يضعفه عن القيام بحق زوجته من إتيانها، والكسب عليها⁽¹⁾.
- حقها في أن يعلمها زوجها أمور الدين من طهارة، وصلاة، وصيام، وغيرها، ويكون الجهد مضاعفاً حالة ما كانت المرأة كتابية، لأن على الزوج أن يبين لها سماحة الإسلام ومحاسنه، فالكتابية إذا عاشت في كنف زوج مسلم ملتزم بمبادئ دينه تصير في دور المتأثر لا المؤثر، والمتوقع منها أن تدخل الإسلام اعتقاداً وعملاً⁽²⁾.

المطلب الثاني: الحقوق الخاصة بالزوجة الكتابية

إضافة إلى الحقوق العامة التي تشترك فيها الزوجة الكتابية مع الزوجة المسلمة فإن هناك حقوقاً خاصة تجب على الزوج تجاه زوجته الكتابية، وهذه الحقوق هي:

- حقها في تناول الخمر، وأكل لحم الخنزير في بيت الزوجية.
- اختلف الفقهاء في حق الزوجة الكتابية في تناول الخمر ولحم الخنزير، ونحو ذلك مما تعتقد الزوجة إباحته في شريعتها، ويعتقد الزوج المسلم حرمة، ولهم في المسألة قولان:

(1) شرح صحيح البخاري لابن بطال، تح: ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 2000م، 320/7.

(2) فتاوى معاصرة للشيخ القرضاوي، 475/1.

القول الأول:

ذهب الأحناف، وجمهور المالكية إلى ان للزوجة الكتابية الحق في أكل لحم الخنزير، وتناول الخمر، لأنه مباح في شريعتهما، وليس للزوج منعها من ذلك، وهو وجه للشافعية، ورواية عند الحنابلة⁽¹⁾، واشترط الشافعية والحنابلة أن يكون المقدار المتناول من الخمر لا يسكر، فإن أسكر فللزوج منعها⁽²⁾.

الأدلة:

- الزوجة تعتقد ذلك في دينها، فليس للزوج أن يمنعها⁽³⁾.
- تناول مثل هذه الأشياء لا يمنع من الوطء⁽⁴⁾.
- الزوج عقد عليها، وهو يعلم أنها تتناول ذلك، فليس له أن يمنعها⁽⁵⁾.

القول الثاني:

للزوج منع زوجته الكتابية من تناول الخمر، وأكل لحم الخنزير، وهو قول عند المالكية، ووجه عند الشافعية، ورواية عند الحنابلة⁽⁶⁾.

(1) المدونة الكبرى 307/2، المهذب 92/2، المغني لابن قدامة 129/8، الذخيرة للقرافي، تح: سعيد أعراب وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1994م، 30/6، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين بن نجيم، دار المعرفة، بيروت، ط3، 1993م، 111/3.

(2) المهذب 92/2، المغني 129/8.

(3) المغني 129/8.

(4) المهذب للشيرازي 92/2.

(5) حاشية العدوي على شرح الخرشي لمختصر خليل، دار الفكر، بيروت، ط بلا، 226/3.

(6) المهذب للشيرازي 92/2، البيان والتحصيل لابن رشد، تح: سعيد أعراب وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط2، 1988م، 349/2، البيان للعمراني 498/9، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1، 1998م، 260/8.

الأدلة:

- تناول هذه الخبائث يمنع من كمال استمتاع الزوج بزوجته، ذلك لأن المسلم يتأذى من رائحة الخمر، ويتقزز من لحم الخنزير⁽¹⁾.

الترجيح:

بعد عرض أدلة الفريقين، يتبين للباحث - والله أعلم - أن الرأي القائل بعدم تناول الزوجة ما يعتقد الزوج تحريمه كشرب الخمر ولحم الخنزير هو الراجح، ذلك لأن الزوجة لما رضيت بالزواج بالمسلم كانت تعلم تمام العلم أن هذه الأشياء محرمة في شريعته فينبغي لها أن تمتنع عن ذلك رعاية لحق الزوج واحتراماً لدينه الذي يعتقده ويدين به⁽²⁾.

- حق الزوجة في القيام بشعائرها الدينية:

ليس ثمة خلاف بين الفقهاء فيما يتعلق بحق المرأة الكتابية في أداء شعائرها الدينية، التي تفرضها عليها ديانتها التي تعتقدها، وليس لزوجها المسلم أن يمنعها من ذلك⁽³⁾.

(1) المهذب للشيرازي 92/2، المغني لابن قدامة 129/8.

(2) الإلزام في مسائل الأحوال الشخصية، وليد خالد الربيع، دار النفائس، عمان، ط1، 2007م، ص:134.

(3) الزاهي في أصول السنة لابن شعبان المالكي، تح: عبد الكريم نجيب، المكتبة التوفيقية، القاهرة، ط1، 2012م، ص:409، الفواكه الدواني 43/2.

والدليل على ذلك قوله تعالى: ﴿لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ﴾ [سورة البقرة آية 254]، وفي هذا يقول أبو الوليد بن رشد: "وهو مما لا اختلاف فيه، أنه ليس له أن يمنعها مما تتشرع به" (1).
 إلا أنهم اختلفوا في بعض المسائل المتفرعة عن هذا الحق كمنعها من الذهاب إلى الكنيسة (2).

المطلب الثالث: واجبات الزوجة الكتابية تجاه زوجها المسلم

وكما يرتب عقد الزواج الصحيح حقوقاً للزوجة فإنه بالمقابل يرتب واجبات على الزوجة نحو زوجها، يجب عليها مراعاتها، ومن أهمها:
 - حق الزوج في القوامة: لما كانت طبيعة المرأة لا تقوى على الكفاح الخارجي في الحياة، في حين أن طبيعة الرجل تمكنه أن يعمل خارج البيت، وأن يختلط بالناس، فيعرف من شؤون الحياة ما لا تعرفه المرأة كان حرياً أن يتقلد منصب الرئاسة في البيت، والرئاسة هنا ليست تسلطاً وإجباراً، وإنما هي قائمة على احترام الحقوق والواجبات الزوجية، والله - سبحانه وتعالى - جعل للزوجات من الحقوق مثل ما عليهن من الواجبات، وجعل للرجال درجة عليهن،

(1) البيان والتحصيل لابن رشد 349/2.

(2) البحر الرائق 111/3، حاشية العدوي على شرح الخرشي 226/3.

وهذه الدرجة هي درجة الرئاسة البيئية، والقوامة على شؤون الزوجة، وما يلزم لرعاية الأولاد وتربيتهم⁽¹⁾.

- حقه في الطاعة والمحافظة على ماله وعرضه: فمن حق الزوج على زوجته أن تطيعه في غير معصية، وأن تحفظه في نفسها، وماله، يقول تعالى: ﴿فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ﴾ [سورة النساء آية 34]، ومن الطاعة ألا تعبس في وجهه، وألا تظهر في صورة يكرهها، وألا تدخل أحداً يكرهه إلى بيته، وأن تهتم براحته الحسية والمعنوية، وألا تلحق به ضرراً مادياً أو معنوياً⁽²⁾.

- القيام بأعباء البيت والزوج والأولاد: من حق الزوج أن تهتم به زوجته، وأن ترعى بيته، وتربي أولاده، تماماً كما هو ملزم بالنفقة وتدبير الأمور الحياتية للأسرة، واصل ذلك قوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ...﴾ [سورة البقرة آية 226]، والأساس الذي وضعه الشارع الحكيم للتعامل بين الزوجين هو أساس فطري جبلي، فالرجل أقدر من المرأة على التكسب والعمل خارج البيت، والمرأة أقدر منه على تدبير أمور المنزل وتربية الأولاد، وتسيير سبل الراحة داخل البيت⁽³⁾.

(1) أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، مصطفى شبينة، منشورات جامعة سبها، ط1، 2001م، 435/1.

(2) الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية، خليفة العقيلي، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع، مصراته، ط1، 1990م، ص: 143.

(3) أحكام الزواج والطلاق للجليدي 369/1.

- حق النفقة عند إعساره: للزوج في حال إعساره ويسار زوجته أن تنفق عليه، ولا ترجع عليه بشيء إن أيسر بعد ذلك، وصاحب هذا الرأي ابن حزم الظاهري بقوله: "إذا عجز الزوج عن نفقه نفسه، وامرأته غنية كلفت بالنفقة عليه، ولا ترجع عليه بشيء من ذلك إن أيسر"⁽¹⁾، مستدلاً على ذلك بقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ [سورة البقرة آية 231]، أما جمهور الفقهاء فلم يوجبوا نفقة الزوج على الزوجة بحال⁽²⁾.

- حقه في الاستمتاع بزوجته: من ضمن الآثار المترتبة على عقد النكاح الصحيح حل الاستمتاع بين الزوجين، ومن هنا كان على الزوجة الكتابية تمكين زوجها المسلم من هذا الاستمتاع على الوجه الشرعي، يقول تعالى: ﴿هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ﴾ [سورة البقرة آية 186]، وهناك مسألتان تتعلقان بهذا الحق اختلف فيهما الفقهاء، وهما: إجبار الزوج زوجته الكتابية على الغسل من دم الحيض والنفاس، ومن الجنابة إذا أراد أن يستمتع بها.

المسألة الأولى: إجبار الزوجة الكتابية على الطهارة من دم الحيض والنفاس:

اختلف الفقهاء في حكم إجبار الزوجة الكتابية على الغسل من دم الحيض والنفاس، ولهم في المسألة قولان:

(1) المحلى لابن حزم، دار الجيل، بيروت، ط بلا، 92/10.

(2) أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما 319/1.

القول الأول:

ذهب الأحناف، وأشهب في رواية عن الإمام مالك إلى عدم إجبار الزوجة الكتابية على الغسل من دم الحيض والنفاس⁽¹⁾.

الأدلة:

- الزوجة الكتابية غير معتقدة لوجوب الغسل من دم الحيض والنفاس، وقد قال تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنَنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ آءَآخِرٍ﴾ [سورة البقرة آية 226] وهو الحيض والحمل، وإنما خاطب الله - سبحانه وتعالى - بذلك المؤمنات⁽²⁾.

- الغسل من باب القرية، وهي ليست مخاطبة بالقربات⁽³⁾.

القول الثاني:

يذهب هذا القول إلى إلزام الزوجة الكتابية على الغسل من دم الحيض والنفاس، وهو مذهب الشافعية، والحنابلة، والمالكية في رواية ابن القاسم⁽⁴⁾.

(1) حلية العلماء، أبو بكر محمد الشاشي القفال، تح: ياسين درادكة، مكتبة الرسالة الحديثة، ط1، 1988م، 523/6، بدائع الصنائع 542/3، الجامع لأحكام القرآن 85/3، البحر الرائق 111/3.

(2) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي 85/3.

(3) بدائع الصنائع 542/3.

(4) المدونة 33/1، المهذب 92/2، المغني لابن قدامة 129/8، الجامع لأحكام القرآن 85/3.

الأدلة:

- قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ﴾ [سورة البقرة آية 220] والآية عامة تشمل المسلمة وغيرها⁽¹⁾.

- أن الوطاء يقف عليه، فله إجبارها عليه⁽²⁾.

الترجيح:

بعد ذكر أدلة الفريقين فإن الرأي القائل بإجبار الزوجة الكتابية على الغسل هو الراجح من وجهة نظر الباحث، وذلك لقوة ما استندا إليه من أدلة، وضعف دليل القول الثاني، كما أن نص الآية في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ﴾ لم يفرق بين الزوجة المسلمة والزوجة الكتابية في المنع من الوطاء حتى تطهر من الحيض، والله أعلم.

المسألة الثانية: إجبار الزوجة الكتابية على الغسل من الجنابة:

اختلف الفقهاء في حكم إجبار الزوجة الكتابية على الغسل من الجنابة على قولين:

القول الأول:

ذهب الأحناف، والمالكية، وقول عند الشافعية، ورواية عند الحنابلة إلى أنه ليس للزوج إجبار زوجته الكتابية على الغسل من الجنابة⁽³⁾.

(1) الجامع لأحكام القرآن 85/3.

(2) البيان للعمراني 497/9.

(3) المدونة 33/1، المهذب 92/2، بدائع الصنائع 542/3، المغني 129/8.

وقد استدلوا إلى ما ذهبوا إليه بقولهم:

الوطء لا يتوقف على الغسل، فهو يمنع كمال الوطء، ولا يمنعه من أصله، إذ هو مباح ولو لم يسبقه غسل⁽¹⁾.

القول الثاني:

للزوج أن يجبر زوجته الكتابية على الغسل من الجنابة، وهو أظهر القولين عند الشافعية، ورواية عند الحنابلة⁽²⁾.

الأدلة:

- قالوا بأن كمال الاستمتاع متوقف على الغسل من الجنابة، لأن النفس تعاف وطفء الجنب إذا لم تغتسل⁽³⁾.

- قياس الغسل من الجنابة على إزالة النجاسة، فكما للزوج إجبار زوجته الكتابية على إزالة النجاسة، فله أيضاً أن يلزمها على الغسل من الجنابة⁽⁴⁾.

الترجيح:

بعد عرض القولين في المسألة وذكر الأدلة، الذي يظهر للباحث رجحانه هو القول بعدم إجبار الزوجة الكتابية على الغسل من الجنابة، ذلك لأن الكتابية لا يجب عليها الغسل من الجنابة شرعاً، وعدم الغسل لا يمنع الزوج من الاستمتاع

(1) المهذب 92/2، المغني 129/8.

(2) المهذب 92/2، المغني 129/8، مغني المحتاج 312/4.

(3) المهذب 92/2.

(4) مغني المحتاج 312/4.

بها، لكن إن طالت مدة الجنابة بحيث يستقذرها الزوج فله إجبارها على الغسل⁽¹⁾، والله أعلى وأعلم.

الخاتمة

تضمن البحث عدداً من النتائج أهمها:

- الحكمة من الزواج ليست في قضاء الوطر، وسدّ الغريزة الأساسية لدى الرجل والمرأة فحسب، بل هو أيضاً رسالة للعالم بأسره أن الإسلام قد وصل إلى مرحلة متقدمة من المحبة، والألفة، والتسامح، والانفتاح على الآخرين.
- الزواج بالكتابية من أعظم وسائل جذب غير المسلمين ودعوتهم إلى الإسلام، كما يعتبر رسولاً من رسل المحبة والألفة، فيه تلقى الزوجة المعاملة الحسنة، والعشرة الطيبة من زوجها المسلم، وتتعرف على محاسن الإسلام وفضائله عن طريق مباشر، تجد أثره في راحتها وحرمتها الدينية.
- الزوجة الكتابية في الشريعة الإسلامية لها من الحقوق ما للزوجة المسلمة، بل تفوقها بتلك الحقوق الخاصة بها، الأمر الذي يدحض ادعاءات وافتراءات أعداء الإسلام باتهامه بأنه دين متعصب، وماحق للحرية.
- إذا فرط الزوج المسلم في حقه في القوامة، حتى صارت مقاليد الأسرة والأبناء بيد الزوجة الكتابية، بحيث يتركها تذهب بأولاده إلى الكنيسة، وتسميهم

(1) البيان للعمرائي 497/9، الإلزام في مسائل الأحوال الشخصية: 129.

بأسماء أهلها، وتضع على صدورهم شعارات دينها، فعندئذ تنعدم الحكمة التي لأجلها أبيض الزواج من الكتابيات، وفي هذه الحالة الأولى سد هذا الباب، والقول بالمنع درءاً للمفاسد التي ستترتب على هذا الزواج.

- الزواج من الكتابيات له مخاطر، منها ما يعود على مستقبل الأبناء والأسرة، ومع ذلك فإن الشارع الحكيم لم يغلق باب التزوج بالكتابيات إغلاقاً، لأنه قد تكون هناك ضرورة خاصة للإقدام عليه، كأن تكون نفس الشاب المسلم في حاجة ملحة إلى الزواج، ولم يتيسر له السبيل إلى اختيار شابة مسلمة مناسبة، لكن مع ذلك عليه ألا يدخر وسعاً في دعوة زوجته الكتابية للدخول في الدين الإسلامي.

- الأولى والأجدر ألا يقدم المسلم على الزواج من الكتابية، ذلك لأن الألفة بين المسلم وزوجته المسلمة أيسر وأقوى من ألفتها مع زوجته الكتابية، ولكن هذا لا يمنع من الزواج بالكتابية بالنظر إلى حالها، كما إذا كانت تميل إلى الدخول في الإسلام بسماعها لأحكام الإسلام وحضورها الدروس الإسلامية وذلك على أمل دخولها في الإسلام.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم وبارك على

نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

المصادر والمراجع:

- القرآن الكريم برواية الامام قالون عن نافع المدني.
- الآثار محمد بن الحسن الشيباني، تح: أحمد المعصراوي، دار السلام، القاهرة، ط2، 2007م.
- أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما، سعيد الجليدي، منشورات الجامعة المفتوحة، طرابلس، ط1، 1986م.
- أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، مصطفى شيبه، منشورات جامعة سبها، ط1، 2001م.
- أحكام التعايش مع غير المسلمين، مصطفى الكبيسي، دار النفائس، عمان، ط1، 2013م.
- الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، زكي الدين شعبان، منشورات جامعة بنغازي، ط5، 1989م.
- أحكام القرآن، أبوبكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، تح: عبد السلام شاهين، دار القلم، بيروت، ط بلا رقم، وبلا تاريخ.
- أحكام القرآن: أبو محمد عبد المنعم بن عبد الرحيم "ابن الفرس" تح: منجية الهادي، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 2006م.
- اختلاف الدارين وآثاره في أحكام الشريعة الإسلامية، عبد العزيز الأحمد، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، ط2، 2009م.

- الإشراف على مذاهب العلماء، أبو بكر بن المنذر، تح: أبو حماد الأنصاري، دار روائع الأثير، الرياض، ط1، 2007م.
- الإقناع في مسائل الإجماع، علي بن القطان الفاسي، تح: فاروق حمادة، دار القلم، دمشق، ط1، 2003م.
- الإلزام في مسائل الأحوال الشخصية، وليد خالد الربيع، دار النفائس، عمان، ط1، 2007.
- الأم، محمد بن إدريس الشافعي، دار الفكر، بيروت، طبعة سنة 1990م.
- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1، 1998م.
- البحر الرائق شرح كنز الدقائق، زين الدين بن نجيم، دار المعرفة، بيروت، ط3، 1993م.
- البحر المحیط، محمد بن يوسف "أبو حيان الأندلسي" دار الفكر، بيروت، طبعة سنة 1992م.
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد، تح: محمد حلاق، دار المغني، الرياض، طبعة سنة 2011م.
- البيان في مذهب الإمام الشافعي، أبو الحسين يحيى بن أبي الخير العمراني، تح: قاسم النوري، دار المنهاج، ط بلا رقم، وبلا تاريخ.
- البيان والتحصيل، أبو الوليد بن رشد، تح: سعيد أعراب وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط2، 1988م.

- التاج والإكليل لمختصر خليل، أبو عبد الله المواق، تح: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1995م.
- تبيين الحقائق، فخر الدين الزيلعي، دار الكتاب الإسلامي، ط2.
- التعايش السلمي بين المسلمين وغيرهم، سور حمن هدايات، دار السلام، القاهرة، ط1، 2001م.
- تهذيب اللغة، أبو منصور محمد الأزهرى، دار المعرفة، بيروت، ط1، 2001م.
- الجامع لأحكام القرآن للقرطبي، دار الفكر، بيروت، طبعة سنة 1995م.
- جامع البيان في تأويل القرآن، محمد بن جرير الطبري، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 1999م.
- حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المحلي لمنهاج الطالبين، مكتبة عيسى الحلبي، ط بلا رقم، وبلا تاريخ.
- حاشية العدوي على شرح الخرخشي لمختصر خليل، دار الفكر، بيروت، ط بلا رقم، وبلا تاريخ.
- حلية العلماء، أبو بكر الشاشي القفال، تح: ياسين درادكة مكتبة الرسالة الحديثة، ط1، 1988م.
- الذخيرة، شهاب الدين القرافي، تح: سعيد أعراب وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1994م.

- روح المعاني، شهاب الدين السيد الألوسي، تح: فؤاد بن سراج، المكتبة التوفيقية، القاهرة، ط بلا رقم، وبلا تاريخ.
- زاد المسير لابن الجوزي، المكتب الإسلامي، بيروت، ط4، 1987م.
- الزاهي في أصول السنة لابن شعبان المصري، تح: عبد الكريم نجيب، المكتبة التوفيقية، القاهرة، ط1، 2012م.
- الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية، خليفة العقيلي، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع، مصراته، ط1، 1990م.
- السيل الجرار، محمد بن علي الشوكاني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1.
- شرح حدود ابن عرفة للرصاع، تح: محمد أبو الأجفان والطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1993م.
- شرح الزركشي على مختصر الخرقى، شمس الدين الزركشي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2007م.
- شرح صحيح البخاري لابن بطلال، تح: ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 2000م.
- الشرح الصغير على أقرب المسالك، أحمد بن محمد الدردير، تح: عبد الباقي محمد بن إبراهيم، دار ابن حزم، بيروت، ط1، 2013م.
- صحيح البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، تح: مصطفى البغا، دار ابن كثير، بيروت، ط5، 1993م.

- صحيح مسلم، أبو الحسين مسلم بن الحجاج، دار عالم الكتب، الرياض، ط1، 1996م.
- عقود الزواج الفاسدة في الإسلام، أحمد الخليلي، دار الدار الإسلامي، بيروت، ط1، 2002م.
- فتاوى معاصرة، يوسف القرضاوي، دار القلم، الكويت، ط11، 2009م.
- فتح الباري بشرح صحيح البخاري، أحمد بن علي بن حجر، دار الحديث، القاهرة، ط1، 1998م.
- فقه الأقليات المسلمة في مسائل الأحوال الشخصية، أمل القواسمي، دار النفائس، عمان، ط1، 2014م.
- الفواكه الدواني أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، ط3، 1955م.
- الكافي في فقه الإمام أحمد، موفق الدين أبو محمد بن قدامة، تح: محمد عبدالفتاح، دار العقيدة، القاهرة، ط11، 2004م.
- لسان العرب لابن منظور، تح: أمين عبد الوهاب، محمد الصادق، ط بلا رقم، وبلا تاريخ.
- المبسوط، شمس الدين أبو بكر السرخسي، دار الفكر، بيروت، ط1، 2000م.
- المدونة الكبرى، مالك بن أنس، دار صادر، بيروت، ط بلا رقم، وبلا تاريخ.
- المصباح المنير للفيومي، المكتبة العصرية، بيروت، ط1، 1996م.

- معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، محمود عبد الرحيم، دار الفضيلة، القاهرة، ط بلا رقم، وبلا تاريخ.
- معجم مقاييس اللغة، أبو الحسين أحمد بن فارس، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1999م.
- المغني لابن قدامة، دار الفكر، بيروت، ط1، 1984م.
- المفهم، أبو العباس أحمد القرطبي، تح: محيي الدين ذيب وآخرون، دار ابن كثير، دمشق، ط5، 2010م.

مقاصد الشريعة ونظرياتها الفقهية عند القاضي عبد الوهاب

إعداد الدكتور: جمال عمران سحيم

عضو هيئة التدريس بكلية الآداب

جامعة المرقب.

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه، ومن سار على دربه واقتفى أثره إلى يوم الدين. أما بعد، فلم تكن المقاصد الشرعية معروفة باعتبارها علما من علوم الشريعة على غرار علم أصول الفقه، وعلم الفقه، وعلم الخلاف الفقهي، ولم تكن خاضعة للتعريف العلمي ولا للتصنيف الجزئي، كتصنيف بعض معلوماتها وكتابة جزء من حقيقتها أو عنصر من عناصرها. وكان العلماء في العصور المتقدمة يُقرون أن للشريعة مقاصد وغايات، وأن النصوص قد حوت هذه المقاصد، وقد كان ذلك حاصلًا في الأذهان ومركزًا في الملكات، ومستحضرا في الفهم والتطبيق.

ونجد الاهتمام بالمقاصد بشكل ملحوظ في التصانيف المكتوبة الواصلة إلينا في القرن الرابع بداية من الحكيم الترمذي (توفي في حدود 320هـ) حيث أبرز ذلك في كتاب سماه " الصلاة ومقاصدها"، وأبو الحسن العامري، له كتاب قيم اسمه "الإعلام بمناقب الإسلام" وهو أول من ذكر الضروريات الخمس، وأبوبكر الشاشي، المعروف بالقفال الكبير (ت365هـ) وأشهر كتبه "محاسن الشريعة" الذي تميز بتعليل الأحكام الفقهية من أول الكتاب إلى آخره.

أما في القرن الخامس فقد انتقلت حركة الاهتمام بالمقاصد والكتابة فيها من طور التعليلات الجزئية والتفصيلية إلى طور التأسيس والتنظير للمقاصد على أيدي أئمة كبار، من أمثال إمام الحرمين الجويني (ت 478هـ) والغزالي (ت 055هـ) والعز بن عبد السلام (ت660هـ) والقرافي (ت 684) والإمام الشاطبي (ت 790هـ) صاحب كتاب "الموافقات".

ومن بين الفقهاء المقاصديين الأصوليين - وإن لم يكن لهم دور في تدوين المقاصد- ولكن شهدت لهم الدلائل والقرائن الماثرة في كتبهم ومصنفاتهم بقد السبق فيها ومنهم القاضي عبد الوهاب البغدادي (ت422هـ) الذي أكد المكانة المرموقة للمذهب المالكي ولا سيما في التوجه المقصدي والنظر المصلحي الذي عرف واتسم بهما.

أهمية البحث:

تكمن أهمية هذا البحث في بيان حقيقة المقاصد الشرعية عند القاضي عبد الوهاب، وإبراز التوجه المقاصدي، حيث يعد القاضي عبد الوهاب أحد

الأئمة الأعلام في المذهب المالكي، وقد اعترف له كثير من الفقهاء الكبار بالريادة في مجال المناظرات الفقهية، والاحتجاج لمذهب إمامه مالك بن أنس والذب عنه.

منهج البحث:

سلكت في هذا البحث منهج الاستقراء الناقص، وذلك بذكر بعض الأمثلة في الموضوعات الفقهية المتطرق إليها.

خطة البحث:

قمت بتقسيم هذا البحث إلى مقدمة، وتمهيد، وأربعة مباحث، وخاتمة. أما المقدمة، فقد بينت فيها أهمية المقاصد وحركة الكتابة فيها عبر القرون الأولى، وأهمية البحث، والمنهجية التي اتبعتها، التمهيد: وجاء في ترجمة موجزة لشخصية القاضي عبد الوهاب، والتعريف بمقاصد الشريعة لغة واصطلاحاً.

أما المباحث فكانت على النحو الآتي:

المبحث الأول: وكان في مقصد حفظ النفس، والمبحث الثاني: جاء في مقصد حفظ النسب، والثالث: تناول مقصد حفظ العرض، والمبحث الرابع: في مقصد حفظ المال.

أما الخاتمة فذكرت فيها أهم النتائج والتوصيات، ثم ذيلت البحث بمجموعة من المصادر والمراجع التي رجعت إليها لجمع مادة البحث ورتبتها ترتيباً أبجدياً وفق اختصاصاتها.

تمهيد

التعريف بالقاضي عبد الوهاب

أولاً: اسمه ونسبه:

أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر بن أحمد التغلبي البغدادي المالكي⁽¹⁾، وهو عربي الأصل؛ لأنه من قبيلة تغلب المشهورة. وجدّه الأكبر مالك بن طوق من فصحاء العرب وأشرفهم.

ثانياً: مولده ونشأته:

ولد القاضي عبد الوهاب بالعراق في شهر شوال سنة 362هـ، ونشأ في بيت علم وأدب وفقه، فقد كان أبوه من المعدلين ببغداد، وأخوه محمد من الفضلاء العلماء، وقد عاش حياة صعبة من الناحية المادية، حيث ضاق به الحال، واشتدت به الحاجة، ولكنه مع ذلك بقي على ما نشأ عليه من الصبر في طلب العلم، ولم يتخذ من مكانته العلمية وشهرته بين الخاصة والعامة مدخلاً للتقريب والاستعطاف لسد حاجته أو جلب تحسينات حياته وكمالياتها.

ثالثاً: مؤلفاته:

لقد برع القاضي عبد الوهاب في علوم الفقه والأصول والخلاف، وصنف فيها مصنفاً قيمة نفيسة، شهد لها بالفضل والسبق كثير من الأئمة والفقهاء من أهل المذهب وغيرهم، وهي تكاد تزيد على العشرين⁽¹⁾، منها:

(1) انظر ترجمته في: ترتيب المدارك/4/691، وتاريخ بغداد/11/31، ووفيات الأعيان/1/304

- 1- التلقين (تلقين المبتدي وتذكرة المنتهي) في الفقه المالكي⁽²⁾. وأفضل الشروح له شرح الإمام المازري، وقد طبعت دار الغرب في عدة مجلدات بتحقيق الشيخ مختار السلامي.
- 2- شرح الرسالة⁽³⁾.
- 3- الإشراف على نكت مسائل الخلاف⁽⁴⁾.
- 4- المعونة في مذهب عالم المدينة⁽⁵⁾.
- 5- عيون المجالس⁽⁶⁾.
- 6- الملخص في أصول الفقه.

رابعاً: توليه القضاء:

تولى القاضي عبد الوهاب القضاء في كل من العراق ومصر التي توفي بها، وقد كان له دور بارز في إثراء الملكة المقاصدية، وذلك لما للعمل القضائي من اتصال بالاجتهاد، ومراعاة الواقع، واعتبار الأعراف، ودراسة الملابس،

=

- (1) قام كل من الباحث د محمد الروكي، ومحقق كتاب المعونة، ومحقق كتاب الإشراف بإحصاء دقيق لجميع كتبه وقدم معلومات مهمة حول المخطوطات الموجودة لها مع تحقيقات وتحريرات قيمة يمكن الرجوع إليها والاستفادة منها.
- (2) حققه د محمد ثالث الغاني، ونشرته مكتبة نزار بمكة المكرمة، ووزارة الأوقاف المغربية.
- (3) حقق منه جزآن، ونشرته دار ابن حزم.
- (4) حقق من قبل د الحبيب بن طاهر، ونشرته دار ابن حزم بيروت، سنة 1420هـ/1999م، وحقق في ستة أجزاء، من منشورات دار ابن القيم وابن عفا.
- (5) توالى على تحقيق هذا الكتاب كل من: حميش عبد الحق، ونال به درجة الدكتوراه من كلية الشريعة بجامعة أم القرى بمكة المكرمة، ونشرته المكتبة التجارية بمكة، وحققه محمد حسن الشافعي، من منشورات دار الكتب العلمية.
- (6) نشرته مكتبة الرشد بتحقيق امباي بن كيباكا، ط: 1، 1421هـ/2000م

وتعميق النظر المتصل بتحقيق العدل بين الناس، وإيصال الحقوق إلى أصحابها، وقمع الجناة المعتدين.

خامسا: وفاته:

توفي القاضي عبد الوهاب بمصر سنة 422هـ، وقبره معروف قريب من قبر ابن القاسم وأشهب بمقابر السادة المالكية.

مقاصد الشريعة لغة:

مقاصد التشريع مركب إضافي من كلمتين، مقاصد - شريعة،

أما الأولى فتعني في اللغة استقامة الطريق والاعتماد والقصد⁽¹⁾.

وأما الثانية فهي مصدر من الفعل - شرعَ - وله معان متعددة في اللغة، منها: جعل الأمر مشروعاً مسنوناً، مدُّ الطريق وتمهيده، وتناول الماء بالفم، وسن أحكام الدين وبيانها⁽²⁾، وبهذا يكون هذا المركب الإضافي بمعنى "الطريق المستقيم لجعل الأمر مشروعاً".

المقاصد في الاصطلاح:

لم يضع العلماء المتقدمون تعريفاً اصطلاحياً محدداً لهذا المصطلح مع اهتمامهم البالغ باستقراء الشرع، واستنباط هذه المقاصد، وربطها بالفروع الفقهية، أما العلماء المعاصرون فقد عرفوها بعدة تعريفات:

(1) انظر القاموس المحيط 1/454، مادة (قصد)

(2) انظر المصدر السابق 3/57، مادة (شرع)، ولسان العرب 6/86، مادة (شرع)

أولاً: تعريف الشيخ محمد الطاهر بن عاشور: "المعاني والحكم الملحوظة للشارع في جميع أحوال التشريع أو معظمها"⁽¹⁾.

ثانياً: تعريف الشيخ علّال الفاسي الذي ينص على أن المراد بمقاصد الشريعة: "الغاية منها والأسرار التي وضعها الشارع عند كل حكم من أحكامها"⁽²⁾.

ثالثاً: تعريف الدكتور الريسوني "الغايات التي وضعت الشريعة من أجل تحقيقها لمصلحة العباد"⁽³⁾.

رابعاً: تفصيل الدكتور الخادمي، حيث عرفها بقوله: "هي المعاني الملحوظة في الأحكام الشرعية والمترتبة عليها، سواء أكانت تلك المعاني حكماً جزئية أم مصالح كلية، أم سمات إجمالية، وهي تتجمع ضمن هدف واحد هو: تقرير عبودية الله ومصلحة الإنسان في الدارين"⁽⁴⁾.

وبناء على التعريفات السابقة فإنه يمكن تعريف المقاصد بأنها "الغايات والمعاني التي جاءت الشريعة الإسلامية لتحقيقها لمصلحة العباد آجلاً أو عاجلاً".

(1) مقاصد الشريعة الإسلامية ص (55)

(2) مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها ص (111)

(3) نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي ص (15)

(4) علم مقاصد الشريعة ص (17)

المبحث الأول

مقصد حفظ النفس

حفظ النفس هو المقصد الشرعي الكلي الثاني الذي يلي في الترتيب حفظ الدين، ومعناه⁽¹⁾: المحافظة على النفس البشرية التي كرمها الله وشرفها، قال تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ﴾ [سورة الإسراء آية 70] وقال: ﴿لَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ فِي أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ﴾ [سورة التين آية 4] والمحافظة على النفس البشرية يكون باحترامها وصونها من كل ما يؤدي إلى إتلافها أو إضعافها أو تشويهها، ولا يحق لأحد الاعتداء على هذه النفس إلا بالحق، قال تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾ [سورة الأنعام آية 152].

التطبيقات الفقهية في حفظ هذا المقصد:

1 - جواز نقل الزكاة إلى بلد آخر مع وجود المستحقين في البلد:

قال في المعونة: "إذا وجد المستحقون للزكاة في البلد الذي فيه المال والمالك لم يجز نقلها إلى غيره؛ إلا أنه إذا نقلها ودفعها إلى فقراء غير بلده مضى ذلك وأجزأه، وكذلك لو بلغ الإمام أن ببعض البلدان حاجة شديدة وقحطاً عظيماً جاز له نقل شيء من الصدقة المستحقة لغيره إليه خلافاً للشافعي⁽²⁾؛ لقوله

(1) انظر مقاصد الشريعة الإسلامية لابن عاشور ص (89)

(2) قال الإمام النووي: "في جواز نقل الصدقة إلى بلد آخر مع وجود المستحقين في بلده خلافاً، وتفصيل المذهب فيه عند الأصحاب أنه يحرم النقل ولا تسقط به الزكاة، وسواء كان النقل إلى مسافة قصر أو دونها" روضة الطالبين 2/332، وانظر المهذب للشيرازي 1/173

تعالى ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ﴾ [سورة التوبة آية 60] فعم؛ ولأن المقصود من الصدقة سد الخلة ودفع الحاجة عن هؤلاء الأصناف، وذلك لا يختص بموضع دون موضع؛ ولأنه لو كان في البلد فقراء من غير أهله لجاز صرف الصدقة إليهم، فدل ذلك على أن الاعتبار بوجود الفقراء وأهل الصفات دون مواضعهم، ولأنها صدقة صرفها إلى الجنس المستحق للزكاة كما لو فرقها في بلده⁽¹⁾.

2 - الحامل إذا خافت على حملها أفطرت ولا إطعام عليها:

قال القاضي عبد الوهاب: "وإنما قلنا: إن الحامل إذا خافت على حملها أفطرت ولا إطعام عليها خلافا للشافعي⁽²⁾؛ لأنها مفطرة بعذر كالمريض؛ ولأن عذرها أبلغ من عذر منخطئ الوقت، فإذا لم يجب عليه إطعام فالحامل أولى؛ ولأن خوفها على ولدها ربما تعدى إليها، فكان كخوفها على نفسها، وفي المرضع روايتان: فوجه الوجوب أنها مفطرة من أجل غيرها لا من أجل نفسها، فضعف عذرها عن الحامل، ووجه نفي الوجوب فلأنها مسوّغٌ لها الفطر كالمريض"⁽³⁾.

(1) المعونة/1/271

(2) انظر مختصر المزني/2/10، وروضة الطالبين/2/383

(3) المعونة/1/299

ففي المثالين السابقين حرص القاضي عبد الوهاب على مقصد حفظ النفس في مرتبته الضرورية والحاجية⁽¹⁾.

أحكام القصاص والحدود:

إذا اشترك في القتل من يجب عليه القود ومن لا قود عليه كالعامد والمخطئ والبالغ والصغير والعاقل والمجنون، فقد رأى الإمام مالك - رحمه الله تعالى - قتل من يلزمه القود، وعلى الآخر نصف الدية⁽²⁾.

"وعمدة من أثبت القصاص النظر إلى المصلحة التي تقتضي التخليط لحوطة الدماء فكأن كل واحد منهما انفرد بالقتل فله الحكم نفسه"⁽³⁾.

1- قطع الأيدي بيد:

2- إذا قطعت الجماعة طرف إنسان، فقد ذهب الإمام مالك والشافعي وغيرهما إلى قطع أيديهم في يده.

وذهب الحنفية وأهل الظاهر إلى أنه لا تقطع أيديهم في يده، ففرق الحنفية بين الأنفس والأطراف فقالوا: لا تقطع أعضاء الوضوء، ولكن تقتل أنفوساً بأنفس،

(1) المقاصد الضرورية: هي المقاصد التي لا بد منها لكي يقوم نظام الحياة ويصلح حال الناس، ومثالها: حفظ الناس في نفوسهم وعقولهم وحفظ النظام وقمع البغي وغير ذلك. والمقاصد الحاجية: هي المقاصد التي تدعو الحاجة إليها، ولكنها لا تتوقف عليها الحياة، ومثالها: رخص التخفيف، كرخصة المرض والسفر، فإن هذه الرخصة تستجيب إلى الحاجة الإنسانية، وتركها يؤدي إلى ضرر ومشقة. انظر نظرية المقاصد عند الشاطبي، للريسوني ص (117)

(2) المدونة 4/484، والموطأ ص 475

(3) انظر المدونة 2/256

بينما نرى الإمام مالكا لم يذهب إلى عدم التفرقة حرصا منه على حفظ النفس كلاً وجزءاً⁽¹⁾.

2 - قتل الممسك:

من حرص الإمام مالك على حفظ النفس أنه يرى قتل الممسك الذي يمسك الرجل لمن أراد قتله، جاء في الموطأ: "قال مالك في الرجل يمسك الرجل للرجل فيضربه فيموت مكانه، أنه إن أمسكه وهو يرى أنه يريد قتله قُتِلَ به جميعاً، وإن أمسكه وهو يرى أنه إنما يريد الضرب مما يضرب به الناس، لا يرى أنه عمداً لقتله، فإنه يقتل القاتل، ويعاقب الممسك أشد العقوبة، ويسجن سنة؛ لأنه أمسكه، ولا يكون عليه القتل"⁽²⁾.

3- قتل السكران إذا قتل:

جاء في المعونة: "يقاد من السكران؛ لأنه غير معذور بزوال عقله؛ ولأن لأحكامه أحكام الصاحي في وقوع طلاقه، ولزوم قضاء الصلاة له، وحده في الزنا والقذف فكذلك القود"⁽³⁾.

(1) انظر المعونة 252/2، و الهداية للمرغيناني 513/4، والمغني 495/11، وتحفة

الفقهاء 100/3

(2) الموطأ (ص 488، 489)، وانظر المعونة 256/2

(3) المعونة 256 /2

4- عدم القصاص في بعض الجروح:

قال القاضي عبد الوهاب: "أما المأمومة والموضحة والجائفة، فلا أعلم خلافاً من قول الإمام ألاّ قود فيها، وعلى هذا أهل العلم إلا ابن الزبير - رضي الله عنهما - فقد روي عنه أنه اقتص من المأمومة، وحجة من نفى القصاص قوله صلى الله عليه وسلم: «ليس في المأمومة ولا الجائفة ولا المنقلة قود»⁽¹⁾؛ ولأن الخطر يعظم على النفس، فيكون متى اقتصنا منها قد أخذنا من النفس بما دونها⁽²⁾.

وأما المنقلة ففيها روايتان: إحداهما: وجوب القود، والآخر سقوطه، فوجه السقوط أن أمرها أخف من المأمومة؛ لأن أكثر ما فيها رضُّ العظم الذي كشفت عنه الموضحة، وذلك لا يوجب التلف غالباً، وذكر مالك عن ربيعة أن ابن الزبير - رضي الله عنهما - أقاد منها، ووجه نفي القود الخبر الذي رويناه واعتباراً بالمأمومة لعله عظم الخطر فيها " ⁽³⁾

وإذا كانت المنقلة فيها خطر عظيم على النفس، فإن ترك القود فيها موافق لمقاصد الشرع.

(1) أخرجه ابن ماجه في الديات، رقم (2637) جاء في الزوائد: في إسناده رشدين بن سعد المصري أبو الحجاج المهري، ضعفه جماعة، واختلف فيه كلام أحمد، فمرة ضعفه ومرة قال: أرجو أنه صالح الحديث. والبيهقي في الكبرى 8/ 114، حديث رقم (16101)

(2) المعونة 261/2

(3) المعونة 261/2

5- الحكم بالقسامة:

قال القاضي عبد الوهاب: "الحكم بالقسامة واجب...؛ وقد روي أن القسامة كانت في الجاهلية، فأقرها رسول الله صلى الله عليه وسلم في قصة الأنصاري،... ولأن في ترك الحكم بها إضاعة الدماء؛ لأن من يريد قتل غيره إنما يتعمد به المواضع الخالية التي يأمن فيها من يراه في الغالب، فلو لم يحكم فيها باللوث لم يشأ من يريد قتل غيره ولا يؤخذ به إلا وفعل ذلك من غير تعذر، وفي ذلك هدر الدماء" (1).

6- القطع من الكوع:

قال في المعونة: "وإنما أوجبنا القطع من الكوع خلافاً لمن يقول من الأصابع أو الإبط؛ لقوله تعالى ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ [سورة المائدة آية 40] والأخذ بأوائل الأسماء واجب (2)، ومن قطع من الكوع سمي مقطوع اليد، ولا يسمى بذلك من قطعت أصابعه؛ ولأن النبي صلى الله عليه وسلم فعل ذلك هو والسلف بعده" (3).

(1) المصدر السابق 283/2

(2) عبر بعض الأصوليين عن هذه القاعدة وأطلقوا عليها اسم "الواجب الذي لا يتقدر بقدر معين" يقول الإمام الغزالي - رحمه الله - "اختلفوا في الواجب الذي لا يتقدر بحد محدود كمسح الرأس، والطمأنينة في الركوع والسجود، ومدة القيام، أنه إذا زاد على أقل الواجب هل توصف الزيادة بالوجوب؟ فلو مسح جميع رأسه هل يقع فعله بجملته واجبا، أو الواجب الأقل، والباقي ندب؟" المستصفي 141/1، وانظر شرح التنقيح للقرافي ص (159)،

والمحصل للرازي 231/1

(3) المعونة 346/2

فاستدل القاضي عبد الوهاب بالآية القرآنية، والقاعدة الأصولية، وبفعل النبي - صلى الله عليه وسلم - والسلف من بعده.

7- حسم اليد المقطوعة:

قال في المعونة: "وإنما قلنا تحسم بالنار وتكوى؛ لأنها إن تركت تعدى ضررها إلى المرفق، وربما أتت على النفس، وليس الفرض إلا إبانها فقط، فوجب أن يقتصر على ذلك" (1).

فحسم اليد المقطوعة فيه تحقيق لمقصد حفظ النفس من تعدي الضرر إلى غير مكان الواجب كما ذكر ذلك القاضي عبد الوهاب.

8- الضرب على الظهر فقط:

ذهب الإمام مالك إلى أن الضرب في الحدود لا يكون إلا على الظهر فقط، قال ابن القاسم: قال مالك: لا يضرب إلا في الظهر (2).

والحجة لمالك: هي أن في ضرب كل عضو إفساد ذلك العضو وإتلافا للنفس إن كان مقتلا كالبطن والأضلاع، وليس الغرض بالجلد إفساد الأعضاء ولا إتلاف النفس، ولا موضع يؤمن هذا فيه إلا الظهر وما قاربه، فوجب أن يكون هو محل الضرب؛ ولأن أبا حنيفة يوافقنا في التعزير أنه لا يستوفى له سائر الأعضاء، فكذلك الجلد بعله أنه ضرب يقصد به الردع دون الإتلاف والإفساد (3).

(1) المصدر السابق 348/2

(2) المدونة 401/4

(3) الإشراف 866/2، مسألة (1700)

فمقصود الضرب وهو الزجر قد تحقق في ضرب الظهر فقط، ففيه مراعاة لمقصد حفظ النفس، فيحصل الإيلام بلا إتلاف.

9- الضرب في الحدود كلها سواء:

ذهب مالك إلى أن الضرب في الحدود كلها سواء، جاء في المدونة: "قلت لابن القاسم: أي الحدود أشد ضربا في قول مالك: الزاني أو الشارب أم حد الفرية؟ قال: قال مالك: ضربها كلها سواء، قل مالك: والضرب في هذا كله ضرب بين الضربين ليس بالمبرح ولا بالخفيف"⁽¹⁾.

وحجة الإمام مالك أنها حدود جلد، فوجب تساويها في الصفة لتساويها في الجنس والمقصد بها، أو بعبارة أخرى مقصود جميعها واحد وهو الزجر، فيجب تساويها في الصفة⁽²⁾.

المبحث الثاني

في حفظ النسب

يعد هذا المقصد الجليل من ضروريات المصالح الدينية والدينية، وقد أدرجه جمع من العلماء في مصاف الضروريات.

واختلف أهل العلم في تسمية هذا المصطلح، فقيل: النسب⁽¹⁾، وقيل النسب⁽²⁾.

(1) المدونة 248/6، جامع اجتماع الحدود وكيف يضرب

(2) الإشراف 867/2، مسألة (1703)

وحفظ النسل من الضروريات التي جاءت بها الشريعة الإسلامية، واهتمت بها، وتجلّى أمر الشريعة في المحافظة على هذا المقصد الأصلي من ناحيتي: الإيجاد، والعدم، بمعنى أن الشرع حث على التناسل بالوسائل المشروعة⁽³⁾، ونهى عما يعدم النسل، قال ابن عاصم المالكي⁽⁴⁾ - رحمه الله -

من جهة الوجود والثبات كالأكل والنكاح والصلاة
وتارة بالدرء للفساد كالحد والقصاص والجهاد

ومن بين التطبيقات الفقهية التي احتج بها القاضي عبد الوهاب في حفظ هذا المقصد:

1- نكاح السر باطل:

التراضي بكتمان النكاح يبطل العقد في المذهب المالكي⁽⁵⁾، لقوله - صلى الله عليه وسلم - « أعلنوا النكاح واضربوا عليه بالغربال »⁽⁶⁾؛ ولأن الزنى لما كان

=

- (1) ومن هؤلاء: الإمام الرازي في المحصول 159/5، والآمدي في الأحكام 275/4، وابن قدامة في الروضة 414/1، والطوفي في شرح المختصر 209/3، والشنقيطي في نشر البنود 179/2
- (2) ومن هؤلاء: ابن الحاجب في المختصر 140/2، والفتوح في شرح الكوكب المنير 161/4
- (3) انظر مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بفقهاء الأسرة ص 74، 90، د أحمد قعدان، دار النفائس، ط: 1، 1435هـ / 2014
- (4) شرح مرتقى الوصول ص (337)
- (5) يعرف فقهاء المالكية نكاح السر بقولهم: "نكاح السر هو ما أوصى فيه الزوج الشهود بكتمه عن زوجته أو عن جماعة ولو أهل المنزل" حاشية الدسوقي 236/3
- (6) أخرجه الترمذي في أبواب النكاح، باب: ما جاء في إعلان النكاح، رقم (1089) وابن ماجه، كتاب النكاح، باب إعلان النكاح، رقم (1895)

يقع مكتما وجب أن يقع النكاح على خلافه، وإلا كان ذريعة لإباحته؛ لأن كل من وجد مع امرأة ادعى أنها زوجته وأن شهوده غيب، فوجب حسم الباب فيه⁽¹⁾.

فمن أهم مقاصد تحريم الزواج السري: أن الزواج الذي ليس فيه شهود ولا ولي ولا إعلان ليس بزواج أصلا، ولا تربطه بالشريعة أي رابطة.

والزواج الذي فيه شهود وإعلان، ولكن ليس فيه ولي عند الجمهور، لا تربطه بالشريعة أي رابطة كذلك، وعلى ذلك فإن زواج السر بهذه الصفة يختلف تماما عن الزواج الشرعي، ولا توجد بينهما أي نقاط اتفاق.

2- اعتبار التمکن من الوطاء في لحوق النسب:

جاء في الإشراف: "إذا عقد على امرأته، فأتت بولد لا يمكن أن يكون منه لم يلحق به... فدلينا أنها أتت بولد لا يمكن أن يكون منه، فوجب أن لا يلحق به كالصغير"⁽²⁾.

واحتجاج القاضي عبد الوهاب فيه دليل على أن يكون النسب يقينيا لا شبهة فيه ولا شك.

3- لعان البائن:

للرجل أن يلاعن في عدة البائن عند الإمام مالك، قال القاضي عبد الوهاب: "إذا بان من زوجته بالطلاق الثلاث أو بالخلع ثم قال: رأيتها تزني في عدتها، فله أن يلاعن، كان هناك حمل أم لم يكن، وقال الشافعي: له أن يلاعن إن كان هناك

(1) الإشراف/2/692، مسألة (1234)

(2) المصدر السابق 2/790، مسألة (1481)

نسب ينفيه، فإن لم يكن هناك نسب فليس له أن يلاعن⁽¹⁾، وقال أبو حنيفة: ليس له أن يلاعن على كل وجه⁽²⁾.

فدليلنا على الشافعي، أنه قد يأتي من أهل الزنى ولد يخاف أن يلحق به إن لم ينفه؛ ولأنه قذفها بشرط حصل، وحكم الفراش ثابت في الماء والنسب، فجاز له تحقيقه باللعان، أصله إذا كان هناك نسب⁽³⁾.

ودليلنا على أبي حنيفة، أنه قذف هو محتاج إليه، فجاز له تحقيقه باللعان، كما لو قذفها قبل الطلاق؛ ولأنه قذفها بزنى في حال لو أتت بولد للحق به، فكان له تحقيقه باللعان، أصله الزوجة⁽⁴⁾.

فهذا النص فيه حرص على مقاصد الشرع في وجود نسب لا شك فيه ولا ريب؛ ولهذا أجاز اللعان في عدة البائن حتى لا يلحق بالمطلق ولد ليس منه.

4- اللعان بلا قذف:

من نفى حمل امرأته وقال: ليس مني، لاعنها عند مالك، وذهب الشافعي إلى أنه لا يلاعنها إلا أن يقذفها.

قال في الإشراف موضحاً حجة مالك: "تلاعن من نفى الحمل وإن عري عن القذف، خلافاً للشافعي⁽⁵⁾؛ لأنه رماها بوطء لو كان له ولد لحق به، فكان له

(1) روضة الطالبين 336/8

(2) تحفة الفقهاء 219/1، وأحكام القرآن للجصاص 378/3

(3) المصدر السابق 789/2، مسألة (1477)

(4) المصدر نفسه

(5) الحاوي 98/14، والاستذكار 221/17

تحقيق ذلك باللعان كما لو ضامه القذف؛ ولأن به ضرورة إلى نفي النسب موجودة، وهو أصل ما وضع له الحد، ولا ضرورة به إلى القذف؛ لأن الدعوى تتم مع عدمها، وكل ما صحت الدعوى مع فقدته لم يكن وجوبه شرطاً، كسائر ما تستغني الدعوى عنه⁽¹⁾.

واحتجاج القاضي عبد الوهاب لقول مالك فيه عمل بمقصد اللعان وما وضع له دون التمسك بظاهر الكلام، وهل نفي الحمل إلا قذف؟ بل حكى عن بعض الفقهاء أنه قال: "إنكار الحمل من أشد القذف"⁽²⁾.

5- لا لعان في حمل حدث وسكت عنه الزوج:

قال القاضي عبد الوهاب في الإشراف: "إذا ظهر بالمرأة حمل والزوج حاضر فلم ينفه حتى وضعت أو قبل أن تضع، وقد سكت عن نفيه بعد علمه به، لم يكن له أن يلاعنها ويلحق به إلا أن يكون له عذر في سكوته، وقال أبو حنيفة⁽³⁾: له أن ينفه بعد الوضع بيوم أو يومين، فدليلنا على أنه لا يلاعن أن العرف يكذبه؛ لأنه ليس لسكوته وجه يحمل عليه إلا الرضى؛ لأنه لو أراد نفيه لم يسكت عنه، فلما سكت عنه وهو قادر على نفيه ولا عذر له في سكوته كان كاعترافه به"⁽⁴⁾.

(1) الإشراف 787/2، مسألة (1472)

(2) الاستذكار 221/17

(3) انظر تحفة الفقهاء 218/1، وبدائع الصنائع 246/3

(4) الإشراف 789/2، مسألة (1478)

ففي هذا حرص على احترام النسب وتقديره، وسد الباب في وجه المتلاعبين به، والدليل على لحوق النسب بالزوج أنه سكت حتى وضعت، فدل ذلك على إقراره بالحمل، فكيف ينفيه بعد الوضع؟.

المبحث الثالث

مقصد حفظ العرض

حفظ العرض معناه:

صيانة كرامة الإنسان وعفته وشرفه، وهو مكمل لحفظ النسل أو النسب، ولذلك منعت الخلوة بالأجنبية، وقُبِلتْها وغير ذلك، ولذلك وقع التشديد الشرعي في مجال الأنكحة والفروج والأعراض، ومن ثم استخلص العلماء قاعدة جلييلة في هذا الصدد، وهي: الفروج والأعراض يحتاط لها⁽¹⁾.

هذا وقد اعتبر القرافي والطوفي والسبكي⁽²⁾ العِرض من الضروريات، وأما ابن عاشور فقد عدَّ العِرض حاجياً وليس ضرورياً، فقال: "وأما عدُّ حفظ العرض في الضروري فليس بصحيح، والصواب أنه من قبيل الحاجي..."⁽³⁾.

(1) مقاصد الشريعة، د الخادمي، ص (132)

(2) شرح التقيح ص (304)، وشرح مختصر الروضة 209/3، وجمع الجوامع مع حاشية البناني 281/2

(3) مقاصد الشريعة ص(91)

وممن مال إلى هذا الاتجاه من المعاصرين الدكتور الريسوني⁽¹⁾، وجمال الدين عطية⁽²⁾

التطبيقات الفقهية التي احتج بها القاضي عبد الوهاب في هذا المقصد:

1- إذا قال لأجنبية: زيت مكرهة أو مغصوبة:

قال في الإشراف: "إذا قال لأجنبية: زيت مكرهة أو مغصوبة لزمه الحد، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي⁽³⁾؛ لأنه قد عيرها بذلك، فلا يقبل منه عذر في سقوط الحد منه؛ لأن المعرفة لا تزول إلا بأن يحد القاذف، أو تقوم البيئة، فيتخلص من القذف..."⁽⁴⁾.

فتعليل القاضي عبد الوهاب لمذهب مالك فيه صيانة للأعراض وذبح عنها، وهو ما قصدته الشريعة من وضع حد القذف.

2- ناقل القذف يحدُّ إلا أن يأتي بيينة:

قال القاضي عبد الوهاب: "وقال أبو حنيفة والشافعي: لا حدُّ عليه ولا بيينة، ودليلنا: أن لفظ الرمي قد وجد منه، فإذا عزاه إلى غيره وجب أن يثبت ذلك، وإلا أخذ به؛ ولأنه يصير بمنزلة من لم يعزه إلى أحد؛ ولأنه ألحق المعرفة بالمقذوف، وإذا لم يتخلص منه لزمه الحد، أصله إذا أضافه إلى نفسه؛ ولأنه لو لم يحد لبطل ما في

(1) انظر نظرية المقاصد ص (50 - 51)

(2) انظر نحو تفعيل مقاصد الشريعة ص (147)

(3) انظر المبسوط 11/، والحاوي 14/126

(4) الإشراف 2/879، مسألة (1737)

إيجاب الحد بالقذف من صيانة الأعراس وانتفاء الهتك عنها؛ لأنه لا يشاء من يريد هتك عرض إنسان إلا أضافه إلى غيره؛ ليزول عنه الحد، ويثبت له ما يريده " (1).

3- لا نفي على النساء:

جاء في الإشراف: " لا تغرب المرأة خلافاً للشافعي (2)؛ لأن التغريب في الرجل عقوبة له؛ ليقطع عن ولده وأهله ومعاشه، وتلحقه الذلة بنفيه إلى غير بلده، وليس فيه ما في المرأة من الحاجة إلى المراعاة، والحفظ، والمنع من السفر، والمرأة تحتاج في حفظها وصيانتها إلى أكثر من حاجة الرجل، ففي تغريبها تعريض للهتك الذي هو ضد الصيانة... فامتنع لهذا التناقض إيجاب التغريب على المرأة " (3).

فالقول بعدم تغريب المرأة فيه نظرٌ إلى المصلحة، وفيه صيانة لعرض المرأة، ووقاية الأعراس خير من العلاج، وفيه نظرٌ - أيضاً - إلى ما قرره الشريعة من أن المرأة في حاجة إلى حفظ وصيانة، ولا تخلو من التغريب بمحرمٍ أو بغير محرمٍ، ولا يجوز التغريب بغير محرمٍ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم - « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر مسيرة يوم وليلة إلا مع ذي محرم » (4)، كما أن في تغريبها بغير محرم إغراء لها بالفجور وتضييع لها، وإن

(1) المصدر السابق 878/2، مسألة (1733)

(2) فعند الإمام الشافعي أن المرأة تغرب في حد الزنا لعموم الحديث في البكر. الحاوي 18/17

(3) الإشراف 855/2، مسألة (1671)

(4) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب تقصير الصلاة، باب في كم يقصر الصلاة، رقم (1088)

ومسلم في كتاب الحج، باب سفر المرأة مع محرم إلى حج وغيره، رقم (1339)

غُرِّبَتْ بِمَحْرَمٍ أَفْضَى إِلَى تَغْرِيبٍ مِنْ لَيْسَ بِزَانَ، وَنَفِيٍّ مِنْ لَا ذَنْبَ لَهُ فِيهِ زِيَادَةٌ عَلَى الْعُقُوبَةِ بِمَا لَمْ يَرِدِ الشَّرْعُ بِهِ، كَمَا لَوْ زَادَ ذَلِكَ عَلَى الرَّجُلِ (1).

المبحث الرابع

في حفظ المال

اهتم الإسلام بالأموال اهتماماً عظيماً، وحماها حتى جعل المال شقيق الروح، ومساوياً لها في الحرمة، فقد ثبت عنه - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه» (2)، ومن مقاصد الشريعة الإسلامية حفظ المال، فهو عصب الحياة، وهو ضرورة بشرية للكيان البشري والمنظومة الإنسانية، وبقدر تسخيرها في حاجات المجتمعات تتحقق استمرارية الحياة، وسعادة الإنسان.

التطبيقات الفقهية التي احتج بها القاضي عبد الوهاب في حفظ المال:

1- إحياء الموات بدون إذن الإمام:

تعريف الموات: هي الأرض التي يتعذر زرعها لانقطاع الماء عنها، أو

(1) انظر المغني 322/12

(2) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب البر والصلة، باب تحريم ظلم المسلم وخذله واحتقاره، رقم (2564) والترمذي في سننه، أبواب البر والصلة، باب ما جاء في شفقة المسلم على المسلم، رقم (1927).

لغلبته عليها غير مملوكة، وإنما سميت مواتا إذا كانت بهذه الصفة لبطلان الانتفاع بها تشبيها لها بالحيوان إذا مات، وبطل الانتفاع به⁽¹⁾.

قال القاضي عبد الوهاب: "الموات في الفلوات وحيث لا يتشاح الناس فيها لا يفتقر إحياءه إلى إذن الإمام، وأما إن كانت بقرب العمران حيث يتشاح الناس فلا يجوز إلا بإذن الإمام، وقال أبو حنيفة: يفتقر إلى إذن الإمام في الموضعين⁽²⁾. وقال الشافعي⁽³⁾: لا يفتقر إلى إذنه في الموضعين. فدللنا على أبي حنيفة قوله - صلى الله عليه وسلم - « من أحيا أرضا ميتة فهي له »⁽⁴⁾؛ ولأنها عين لم يتقدم عليها ملك بحيث لا يستباح منها، فلم يفتقر تملكها إلى إذن الإمام كالحطب والحشيش.

ودللنا على الشافعي أنه إذا كان بالقرب من العمران يؤدي إلى التنازع والخصومة، وأن يقول من له بقربه ملك: أنا أحق بهذا؛ لأنه بقرب ملكي؛ ولأنني محتاج إليه لصلاح ملكي، فاحتيج إلى إذن الإمام لقطع الخصومة " ⁽⁵⁾.

(1) ماتت الأرض موتانا بفتحيتين، ومواتا خلت من العمارة والسكان فهي موات. المصباح المنير ص477، مادة موت، وانظر القاموس المحيط 1/213، وانظر في تعريف الفقهاء شرح حدود ابن عرفة للرصاع 2/535، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق 6/34

(2) تبين الحقائق 6/35

(3) ينظر الحاوي 9/323، وهو قول أبي يوسف ومحمد، تبين الحقائق 6/35

(4) أخرجه الإمام مالك في الأفضية، باب القضاء في عمارة الموات، وأبو داود في سننه، كتاب الخراج، باب في إحياء الموات، رقم (3073)

(5) الإشراف 2/667، مسألة (1186)

فاحتجاج القاضي عبد الوهاب يحقق مقصدين شرعيين:

الأول: رواج الأموال (الأراضي) بين أكثر عدد من الناس، وفي هذا حفظ للشروة بإحيائها واستثمارها.

الثاني: قطع النزاع والخصومة بين المسلمين، وفي هذا أيضا حفظ للمال؛ لأن النزاع يؤدي إلى تعطيل استثماره.

2- الاعتبار بقيمة السرقة حال إخراجها من الحرز:

قال في الإشراف: " الاعتبار بقيمة السرقة حال إخراجها من الحرز لا حال القطع، خلافا لأبي حنيفة⁽¹⁾؛ للظاهر والأخبار؛ ولأن النقص الحادث بعد انفصال المسروق من الحرز لا يؤثر في سقوط القطع، أصله نقصان عين المسروق؛ ولأنه سارق لنصاب من حرز مثله لا شبهة له فيه، كما لو اتصلت قيمته إلى وقت القطع؛ ولأن اعتبار الحدود بحال وجوبها دون حال استيفائها"⁽²⁾.

فهذا القول يوافق مقاصد الشريعة في حفظ الأموال، وتحقيق العدل، فمن سرق نصابا باعتبار يوم السرقة قطعاً، ومن سرقه دونه لم يقطع.

وهذا ما رجحه الدكتور وهبة الزحيلي حيث قال: "وهذا في تقديري أولى؛ لاكتمال الجريمة وقت السرقة"⁽³⁾.

(1) فأبو حنيفة قال: تعتبر قيمة السرقة يوم القطع ويوم السرقة، وذلك في ظاهر الرواية عنه. بدائع

الصنائع 7/78، وتحفة الفقهاء 3/150

(2) الإشراف 2/944، مسألة (1897)، وانظر بدائع الصنائع 7/79

(3) الفقه الإسلامي وأدلته 7/5437، ط: 4، 1418هـ/1997م

3- قطع من يسرق من بيت المال:

ذهب الإمام مالك إلى قطع من يسرق من بيت المال، وحجته في ذلك قوله تعالى ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوهُمَا﴾ [سورة المائدة آية 40] فإنها أوجبت القطع على كل سارق من بيت مال المسلمين ومن غيره، فالآية عامة، وكذلك الحديث الشريف «تقطع اليد في ربع دينار فصاعدا»⁽¹⁾، لم يفرق بين مال خاص ومال عام؛ ولأنه سرق مالا من حرز لا شبهة له في عينه؛ ولأن كل مال تقبل شهادته فيه جاز أن يقطع في السرقة منه...⁽²⁾. فهذا هو الموافق لمقاصد الشريعة، وهو الراجح لدلالة الآية والحديث عليه.

4- تضمين الصناع:

قال القاضي عبد الوهاب: "الصناع ضامنون ما قبضوه من الأمتعة للعمل... ولا نفرق بين الخاص والمشارك، وإنما نفرق بين من يتسلم المتاع ومن لا يتسلمه.

ودليلنا: إجماع الصحابة؛ لأن ذلك روي عن عمر وعلي، وقال علي: «لا يصلح الناس إلا ذاك»⁽³⁾؛ ولأن ذلك يتعلق به مصلحة الصناع وأرباب السلع،

(1) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الحدود، باب قوله تعالى (والسارق...)، رقم (6789)

ومسلم في كتاب الحدود، باب: حد السرقة ونصابها، رقم (1684)

(2) المعونة 1422/3

(3) رواه الشافعي في الأم 96/7، وابن أبي شيبة في مصنفه، رقم (21051)، والبيهقي 122/6،

ورواه البيهقي من طرق أخرى، قال ابن حجر: "وهذه الطرق يقوي بعضها بعضاً" الدراية في

تخريج أحاديث الهداية 190/2.

وفي تركه ذريعة إلى إتلاف أموال الناس، وكذلك إن كان بالناس ضرورة إلى الصناعات؛ لأنه ليس كل أحد يحسن أن يخطط ويقصر ثوبه أو يطزره، فلو قبلنا قول الصناع في الإتلاف لتسرعوا إلى دعوى ذلك ولحق أرباب السلع ضرر؛ لأنهم بين أمرين إما أن يدفع إليهم المتاع فلا يؤمن منهم ما ذكرناه، أو لا يدفعوه فيضر بهم، فكان تضمينهم صلاحاً للفريقين؛ ولأنه قبض العين لمنفعة نفسه من غير استحقاق الأجر بعقد تقدم فلم يقبل قوله في تلفها كالقراض والعارية.

ولا ضمان على من استؤجر لحمل شيء إذا ادعى تلفه إلا في الطعام خاصة، خلافاً لمن منع ذلك وقال: "لا ضمان عليهم في الطعام؛ لأن عاداتهم قد جرت بالتسرع إلى تناول الطعام لقلة مروءاتهم واتكالهم على مروءات الناس، وترفع أهل القدر والمروءة عن الكلام فيه والمطالبة به، فكانت المصلحة على ما ذكرنا في تضمين الصناع" (1).

ويعتبر مذهب مالك في هذه المسألة من أوسع المذاهب؛ لأن هذا يؤلّد إحساساً كبيراً بالمسؤولية عند الصناع والأجراء تجاه أموال الناس، فيحافظون عليها، ويحرصون على عدم ضياعها، وبهذا تتحقق مصالح الناس وتحفظ أموالهم.

5- اللقطة مضمونة بعد السنة:

قال في الإشراف: "يكره بعد التعريف تملك اللقطة، فإن فعل ذلك جاز، فإذا ملكها أو تصدق بها بعد السنة ثم جاء صاحبها رد قيمتها، خلافاً لداود؛ لما

(1) الإشراف 665/2، المسألة (1182)

روي أن علياً - رضي الله عنه - وجد ديناراً على عهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فأمره رسول الله - صلى الله عليه وسلم - « أن يعرفها فلم يُعرف، فأمره أن يأكله فجاء صاحبه فأمره بغرمه»⁽¹⁾؛ ولأنه مال لمسلم لا يخاف عليه التلف لو تركه؛ إذ له قيمة حيث وجدته، فلم يجوز له تملكه عليه بغير إذنه كسائر الأموال⁽²⁾.

فالقول بضمان اللقطة إذا جاء صاحبها بعد السنة فيه حفظ لأموال الناس، وهو يوافق نصوص الشريعة الغراء ومقاصدها.

الخاتمة

أختم هذا البحث بذكر النتائج والتوصيات الآتية:

- أورد القاضي عبد الوهاب فروعاً فقهية كثيرة حوت من المقاصد الشرعية ما لا يحصى، وهذا ما عرضت له في ثنايا البحث، ولعل دراسة أخرى تكشف المزيد من الفروع الفقهية ضمَّنها القاضي عبد الوهاب في كثير من مؤلفاته.
- ذكر القاضي عبد الوهاب عدداً كبيراً من القواعد المقاصدية، سواء عن طريق التصريح أو التلميح، وهذه القواعد ترتبط بأصل مراعاة المصالح الشرعية، وترتبط أيضاً بأصل كبير من أصول الشريعة، وهو مراعاة مصالح الخلق؛ إذ مما

(1) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب اللقطة، باب التعريف باللقطة، رقم (1716)، والطبراني في الكبير 6/136، رقم (5759) من حديث سهل بن سعد عن علي.

(2) الإشراف 2/680، مسألة (1211، 1212)

يدخل في هذه المصالح رفع الحرج والمشقة عن المكلف، وإعفاؤه مما لا يقدر عليه من التكاليف، سواء تعلق الأمر بالعبادات أو بالمعاملات.

- عدم تدوين علم المقاصد الشرعية عند القاضي عبد الوهاب يعود إلى أسباب تتصل بتقدم زمن القاضي، أو بسبب اندراجها في علم أصول الفقه وعدم استقلالها عنه، وإما بسبب وضوح المقاصد في الأذهان، أو عدم وجود مبررات واقعية لتدوينها.

- لم يلجأ القاضي عبد الوهاب إلى نصرته مذهب الإمام مالك بدافع التعصب له والتقليد المحض لأنتمته، بل لجأ إلى ذلك بقصد إظهار أدلته وأصوله وحججه ومقاصده.

- من صنيع القاضي عبد الوهاب أثناء انتصاره لمذهب الإمام مالك والاحتجاج له ورده على المخالف أنه يستعمل الكليات والقواعد الفقهية والأصولية، وذلك موجود في منهجه بكثرة.

- يوصي الباحث بزيادة الأبحاث والدراسات وتحقيق كتب المقاصد عند كبار الأئمة الفقهاء في مختلف المذاهب الفقهية، وإدراج علم المقاصد ضمن المقررات الدراسية وخاصة في مجال العلوم الشرعية والقانونية.

ثبت المصادر والمراجع

القرآن الكريم برواية الامام قالون عن نافع المدني.

كتب التفسير والحديث:

أحكام القرآن، للجصاص (ت 370هـ) ضبط نصه عبد السلام شاهين،
دار القلم بيروت، ط: د ن.

الاستذكار لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ
من معاني الرأي والآثار، لابن عبد البر (ت 463هـ) دار الكتب العلمية،
ط: 2000

الدراية في تخريج أحاديث الهداية، لابن حجر العسقلاني (ت 852هـ)
تصحيح وتعليق السيد عبد الله هاشم اليماني المدني، دار المعرفة.

سنن أبي داود، لأبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني (ت 275هـ)
تحقيق شعيب الأرنؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، (1333هـ/2012م)

سنن البيهقي (الكبرى) لأبي بكر أحمد بن الحسين البيهقي (ت 458هـ)
تحقيق محمد عطا، دار الكتب العلمية (1420هـ/1999م)

سنن الترمذي، لأبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي (ت 279هـ) تحقيق
بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي 1998م

صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل الجعفي (ت 265هـ) ضبط النص
محمود نصار، دار الكتب العلمية، ط: 1 (1421هـ/2001م)

صحيح مسلم (أبو الحسين مسلم بن الحجاج) (ت) ضبط النص محمود

نصار، دار الكتب العلمية، (1421هـ/2001م)

المعجم الكبير، للطبراني (ت 360هـ) حقيق حمدي السلفي.

الموطأ، للإمام مالك بن أنس (ت179هـ)، صححه ورقمه وخرج

أحاديثه محمد فؤاد عبد الباقي، ط: د. ن

كتب الفقه

أولاً: الفقه الحنفي:

تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي،

دار الكتب العلمية، بيروت 1420هـ/2000م

تحفة الفقهاء، علاء الدين السمرقندي (ت539هـ) دار الكتب العلمية،

ط: 1، (1405هـ/1984م)

المبسوط، شمس الدين السرخسي، دار المعرفة، بيروت (1406هـ /

1986م)

الهداية شرح بداية المبتدي، علي بن أبي بكر المرغيناني، دار إحياء

التراث العربي بيروت، (593هـ/1196م).

ثانياً: الفقه المالكي:

الإشراف على نكت مسائل الخلاف، للقاضي عبد الوهاب

البغدادي (ت422هـ) قدم له وحققه د الحبيب بن طاهر، دار ابن حزم، ط: 1،

1420هـ/1999م.

حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، عيسى

الحلبي.

المدونة، رواية سحنون، دار صادر، بيروت ط: د ن.

المعونة، للقاضي عبد الوهاب البغدادي (ت422هـ) تحقيق محمد حسن

الشافعي، دار الكتب العلمية، ط: 1، 1418هـ/1998م.

ثالثا: الفقه الشافعي

الأم، محمد بن إدريس الشافعي (ت205هـ) دار المعرفة، بيروت، ط:2:

(1393هـ/1937م).

الحاوي، لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي (ت450هـ) دار

الفكر (1414هـ/1994م).

روضة الطالبين وعمدة المفتين، للنووي (ت676هـ) المكتب الإسلامي،

ط:2 (1405هـ/1985م).

المجموع شرح المذهب، للنووي، تحقيق محمد بخيت المطيعي،

المكتبة العالمية مصر.

رابعا: الفقه الحنبلي

الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، للمرداوي، دار الكتب العلمية،

ط: 1، 1418هـ/1997م.

المغني مع الشرح الكبير، لابن قدامة، دار الفكر بيروت، ط:1،

(1404هـ/1984م).

كتب أصول الفقه

- الإحكام في أصول الأحكام، للآمدي (ت631هـ) تعليق الشيخ عبد الرزاق عفيفي، دار الصميعي، ط: 1، 1424هـ/2003م.
- البحر المحيط في أصول الفقه، للزركشي (ت794هـ) تحرير أسامة الأشقر، مراجعة عبد الستار أبوغدة، وزارة الأوقاف الكويتية، ط: 1، 1409هـ/1988م.
- البرهان في أصول الفقه، لإمام الحرمين الجويني (ت478هـ) تحقيق د. عبد العظيم الديب، دار الأنصار، ط: 1، 1409هـ/1988م.
- بيان المختصر، شرح لمختصر ابن الحاجب، لأبي الثناء محمود بن عبد الرحمن الأصفهاني (ت749هـ) تحقيق د. علي جمعة، دار السلام، ط: 1، 1424هـ/2004م.
- شرح تنقيح الفصول، للقرافي (ت684هـ) دار الفكر، ط: 1، 1418هـ/1997م.
- شرح الكوكب المنير، لابن النجار (ت972هـ) تحقيق د. محمد الزحيلي، و د. نزيه حماد، مكتبة العبيكان، 1418هـ/1997م.
- شرح مختصر الروضة، للطوفي، (ت716هـ) تحقيق د. عبد الله التركي، مؤسسة الرسالة، ط: 1، 1407هـ/1987م.

شرح مرتقى الوصول إلى علم الأصول، لابن عاصم الغرناطي
(ت829هـ)، الدار الأثرية، ط:1، 1428هـ/2007م.

المحصول، للرازي (ت606هـ) اعتناء شعيب الأرنؤوط، ط:1، 1429هـ
/2008م.

المستصفي، للغزالي (ت505هـ)، تحقيق وتعليق: محمد سليمان
الأشقر، مؤسسة الرسالة، ط:1، 1433هـ/2012م.

نشر البنود على مراقبي السعود، للشيخ عبد الله بن إبراهيم العلوي
الشنقيطي (ت1235هـ) طبع: صندوق إحياء التراث الإسلامي المشترك بين
المغرب والإمارات.

كتب مقاصد الشريعة:

مقاصد الشريعة الإسلامية، للعلامة محمد الطاهر بن عاشور (ت1393هـ
/1973م) دار السلام، ط:5، 1433هـ/2012م.

مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، الشيخ علال الفاسي، دار السلام،
ط:1، 1432هـ/2011م.

مقاصد الشريعة الإسلامية، د. الخادمي، مكتبة الرشد، ط:1، 1427هـ
/2006م.

نحو تفعيل مقاصد الشريعة، د. جمال الدين عطية، المعهد العالمي
للفكر الإسلامي ودار الفكر بدمشق، ط:1، (1422هـ/2001م).

نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، د. أحمد الريسوني، المعهد

العالمي للفكر الإسلامي، ط: 1، 1412هـ / 1992م.

كتب التاريخ والتراجم

تاريخ بغداد، للخطيب البغدادي (ت463هـ) دراسة وتحقيق مصطفى عطا، دار الكتب العلمية، ط: 1، 1417هـ / 1997م.

ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك، للقاضي عياض (ت544هـ) مكتبة الحياة، 1989م.

وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، لابن خلكان (ت681هـ) تحقيق إحسان عباس، الناشر دار صادر بيروت.

كتب اللغة والمعاجم

القاموس المحيط، للفيروز آبادي، دار الكتب العلمية، ط: 1، 1420هـ / 1999م.

لسان العرب، لابن منظور (ت711هـ) تصوير دار صادر بيروت.
المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، للفيومي أحمد بن محمد بن علي (ت770هـ) اعتنى به عادل مرشد، مؤسسة الرسالة، دار المؤيد، ط: 1، 1425هـ / 2005م.

من فقه القيادة

إعداد الدكتور: أحمد عثمان المجدوب

عضو هيئة التدريس بالجامعة الأسمرية الإسلامية.

الحمد لله، والصلاة والسلام على نبينا محمد رسول الله، وعلى آله، وصحبه،

وبعد:

فإن الفقهاء القدامى عندما تناولوا موضوع القيادة في كتب الحديث النبوي الشريف، وشروحه، وفي كتب الفقه الإسلامي _ كذلك _ فمنهم من ذكره ضمن أبواب الجهاد، أو الجزية، أو قتال أهل الكفر، ومنهم من أفرد له باباً أسماه الإمارة، إلا أنه وبعد أن استقل التأليف في هذه الموضوعات أفردوا لها كتباً أسموها: السياسة الشرعية، ومن أبرز من كتب فيها الإمام الماوردي - رحمه الله - (ت:450هـ)، إلا أن زمن التأليف هذا ظل يحتفظ ببعض الخصوصيات من حيث اللغة، ودلالات المصطلحات المستخدمة، ومعانيها اللازمة، ما نتج عنه ظهور دراسات جديدة متجددة حول الموضوع، فظهرت حديثاً كتب اعتنت به تحت مسمى العلاقات الدولية، أو الحرب والسلام.

هذا وقد شاءت حكمة الله ﷻ أن يكون للتجمعات البشرية رؤوساً تتولى إدارة شؤونها، وتتحمل مسؤولية الإشراف المباشر على تنفيذ خططها، منها تصدر التعليمات، وعندها تُجمع المعلومات، وبها تُرفع الخلافات، سواء كانت تلك

التجمعات مدنية أو عسكرية، وهذه الرؤوس هي التي تعارف الناس على تسميتها بالقيادة، وهي التي تتولى مسؤولية ما سبق ذكره.

ونظراً لأهمية موضوع فقه القيادة فإني عزمت على إعداد هذه الدراسة المتواضعة؛ لتسهم في إظهار مكانة القيادة العسكرية في منهج الدين الإسلامي، فجاءت خطة هذه الدراسة في أربعة مباحث، وتحث كل مبحث مجموعة من المطالب هي:

المبحث الأول- معنى القيادة، وحكمها، والحكمة منها.

المبحث الثاني- صفات القائد.

المبحث الثالث- ما يلزم القائد تجاه جيشه.

المبحث الرابع- تصرفات القائد الجائزة، والممنوعة.

المبحث الخامس- حقوق القائد.

المبحث الأول

معنى القيادة، وحكمها

المطلب الأول- معنى القيادة:

القيادة عند أهل اللغة مصدر الفعل: قاد يقود، ومنه القائد، وهو من يتبعه غيره، وقاد الأمير الجيش قيادة: رأسه ودبر أمره، فهو قائد، ويجمع على قادة وقواد، وقاد الرجل الفرس قوداً، من باب (قال)، وقِياداً (بالكسر) وقيادة، والقَوْد (بالسكون): أن يكون الرجل أمام الدابة آخذاً بقيادها، وهو ضد السوق الذي

يكون من خلفها، فإن قادها لنفسه قيل اقتادها، ويستعمل بمعنى الطاعة والإذعان، تقول: انقاد فلان للأمر، وأعطى القياد إذا أذعن طوعاً أو كرهاً⁽¹⁾.

من هنا نلاحظ أن معنى القائد ينصرف عند إطلاقه إلى قائد الجيش، بمعنى أن القائد هو من يقود الجيش، ويطلق عليه الفقهاء: والي الجيش، أو أميره⁽²⁾، أو الإمارة الخاصة، التي يكون بها عمل والي الجيش، أو أميره، مقتصرًا على تدبير الجيش، وسياسته الشرعية، وحماية البيضة، والذب عن الحريم⁽³⁾.

والولاية، أو الإمارة الخاصة في اصطلاح الفقهاء تعني _أيضاً_ السلطة التي تمكن صاحبها من مباشرة العقود، وترتيب آثارها دون توقف على رضا الغير، ولا تعلق لها بتدبير الأمور العامة⁽⁴⁾.

المطلب الثاني - حكم تولية القائد:

يجب على ولي الأمر أن يولي على الجيش قائداً، وأن يكون هذا القائد رجلاً ثقةً في دينه، تتوفر فيه الشروط، والصفات المطلوبة لقيادة جيش المسلمين ضد الأعداء، أو البغاة، أو المرتدين، أو أهل الحراة.

أما في حق القائد فهي فرض كفاية، إذا قام بها من يصلح لها سقط الإثم عن الباقيين⁽¹⁾، والدليل على ما ذكر من حكم تولية القيادة ما يلي :

(1) ينظر: لسان العرب، مادة: (قود)، والمصباح المنير للفيومي(قاد)، والكليات لأبي البقاء العكبري 734.

(2) مختصر خليل، مع الشرح الكبير، للدردير، وحاشية الدسوقي 2/178.

(3) الأحكام السلطانية، الماوردي 32.

(4) معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية محمود عبد الرحمن 3/501.

الأدلة:

أ- السنة الفعلية للنبي ﷺ من تكليفه لبعض الصحابة في قيادة الجيوش الإسلامية، كغزوة مؤتة التي جعل القيادة فيها لثلاثة من الصحابة وهم على الترتيب: زيد بن حارثة رضي الله عنه فإن قتل فجعفر بن أبي طالب رضي الله عنه، فإن قتل فعبد الله بن رواحة رضي الله عنه (2).

ب- قول النبي ﷺ «إذا خرج ثلاثة في سفر فليؤمروا أحدهم» (3)، وفي رواية: «لا يحل لثلاثة يكونون بفلاة من الأرض إلا أمروا عليهم أحدهم» (4).
ووجه الاستدلال: أن في الحديث دليل على أن النبي ﷺ أوجب تأمير الواحد في الاجتماع القليل العارض في السفر تنبيهاً بذلك على سائر الاجتماعات (5)، والتي من بينها، بل ومن أهمها الجيوش الإسلامية.

ت- عموم قوله ﷺ: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِتَالُ وَهُوَ كَرْهُ لَكُمْ وَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئاً وَهُوَ خَيْرٌ لَكُمْ وَعَسَى أَنْ تُحِبُّوا شَيْئاً وَهُوَ شَرٌّ لَكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾ [سورة البقرة آية 214]، ومعنى كتب أي فرض، قال عطاء والأوزاعي: " كان القتال مع النبي ﷺ فرض عين عليهم (أي

=

(1) ينظر: المصدر السابق 6، 30، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد، ابن رشد 2/940.

(2) البخاري مع فتح الباري، حديث رقم (4261).

(3) سنن أبي داود حديث رقم (2608).

(4) مسند أحمد حديث رقم (6647)، وقال عنه أحمد شاكر: "إسناده صحيح".

(5) ينظر: مجموعة الفتاوى، ابن تيمية 216/28/14.

على الصحابة)، فلما استقر الشرع صار على الكفاية⁽¹⁾، فمادام القتال واجباً، ولا يكون إلا في جماعة إذاً لا بد له من إمام كالصلاة، كما يفهم من قول النبي ﷺ «إنما الإمام جنة، يقاتل من ورائه، ويتقى به...»⁽²⁾، قال القاضي عياض: "وكذا جاء في إمام الصلاة، لأنه ساتر مَنْ وراءه من المسلمين"⁽³⁾.

ث- ما تقتضيه المصلحة من لزوم الرأس للجماعة، يقول الإمام ابن تيمية -رحمه الله-: "إن بني آدم لا تتم مصلحتهم إلا بالاجتماع؛ لحاجة بعضهم لبعض، ولا بد لهم عند الاجتماع من رأس"⁽⁴⁾، ولا شك أن اجتماع الجيوش من أهم الاجتماعات؛ لأنه اجتماع يسفر عن أمر الحرب، أو السلم عند تعرض الدولة إلى اعتداء خارجي في الغالب.

المطلب الثالث- الحكمة من تولية القائد:

يمكن في تولية القائد العديد من الفوائد منها:

أ- أن القيادة قربة إلى الله ﷻ بطاعته، وطاعة رسوله ﷺ، وهذا من أفضل القربات، بل يكفي القائد شرفاً أنه تقلد دوراً من أدوار النبي ﷺ، غير أن مثل هذا القائد حاله ليس كحال أكثر الناس اليوم، الذين يتولون ولا يولون المناصب

(1) الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي 38/3/2.

(2) مسلم مع إكمال المعلم، حديث رقم: (1841).

(3) إكمال المعلم بفوائد مسلم، 249/6.

(4) المصدر السابق.

الرئاسية والقيادية، فإن هؤلاء همهم تقلد المنصب، لذاته، والتعالي والتكبر على الناس، إما حباً في الجاه والسلطان، أو لجمع المال، والثروات الطائلة، فالأول مثله كمثل فرعون، الذي: ﴿عَلَا فِي الْأَرْضِ وَجَعَلَ أَهْلَهَا شِيَعًا﴾ [سورة القصص آية 3]، ومثل الثاني كمثل قارون الذي قال عنه الله ﷻ: ﴿وَأَتَيْنَاهُ مِنَ الْأَكْنُوزِ مَا إِنَّ مَفَاتِحَهُ لَتَنُوءُ بِالْعُصْبَةِ أُولِي الْقُوَّةِ﴾ [سورة القصص آية 76]، ومعلوم ماذا فعل الله ﷻ بهما.

ب- أن في القيادة عملاً وتطبيقاً لوصايا النبي ﷺ إلى قادة الجيوش بتقوى الله، وبمن يحبون من المؤمنين خيراً⁽¹⁾، جاء ذلك في الحديث الذي رواه سليمان ابن بريدة عن أبيه _ رضي الله عنها _ أن النبي ﷺ كان إذا بعث أميراً على جيش أو صاه بقوله: «اغزوا باسم الله، في سبيل الله، قاتلوا من كفر بالله، اغزوا ولا تغلوا، ولا تغدروا، ولا تمثلوا، ولا تقتلوا وليدًا... وإذا حاصرت أهل حصن فأرادوا أن تجعل لهم ذمة الله، وذمة نبيه، فلا تجعل لهم ذمة الله، ولا ذمة نبيه، ولكن اجعل لهم ذمتك، وذمة أصحابك، فإنكم أن تخفروا (أي تنقضوا) ذممكم وذمم أصحابكم أهون من أن تخفروا ذمة الله، وذمة رسوله، وإذا حاصرت أهل حصن فأرادوا أن تنزلهم على حكم الله، فلا تنزلهم على حكم الله، ولكن أنزلهم على حكمك، فإنك لا تدري أتصيب فيهم حكم الله تعالى، أم لا»⁽²⁾.

(1) ينظر: سبل السلام، للصنعاني 209/7/4.

(2) مسلم مع إكمال المعلم، حديث رقم: (1731).

ت- أن في القياد توحيداً للكلمة، وجمعاً للقوى المختلفة تحت راية واحدة، ولا يخفى ما في هذا الوحدة من الهيبة التي ما افتقدتها هذه الأمة إلا بعد تفرقتها، وتنازع قيادتها، قال الله ﷻ: ﴿وَلَا تَنَارَعُوا فَتَفْشَلُوا وَتَذْهَبَ رِيحُكُمْ وَاصْبِرُوا﴾ [سورة الأنفال آية 47].

ث- القيادة المثالية سبب من أسباب النصر، وركن من أركانه مع الجنود الممتازين، والقضية العادلة⁽¹⁾.

المبحث الثاني

صفات القائد

المطلب الأول- الصفات العامة:

هناك صفات ذكرها الفقهاء يجب توافرها فيمن يكلف أو يختار للإمارة بصفة عامة، منها ما يلي:

- 1- العدالة، فلا يكون ظالماً جائراً⁽²⁾.
- 2- العلم، المؤدي إلى الاجتهاد في النوازل، والأحكام، فلا يكون جاهلاً.
- 3- سلامة الحواس، فلا يكون صاحب عاهة، أو مرض يمنعه من القيام بعمله.

(1) قيادة الرسول السياسية والعسكرية، أحمد عرموش 155، ولذلك قال الشاعر:

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ولا سراة إذا جهالهم سادوا

(2) غير أن المالكية يرون أن الجهاد فرض كفاية، ولو مع قائد جائر إلا أن يكون قادراً ينقض العهد، فلا يجب معه على الأصح. ينظر: الشرح الكبير، للدردير، مع حاشية الدسوقي

- 4- الشجاعة، فلا يكون جباناً، فيفقد هيئته أمام الناس.
- 5- النسب، ويقصد بذلك القرشي، إن وجد.
- 6- الخبرة في سياسة الرعية، والقيام بأمرها⁽¹⁾.

المطلب الثاني - الصفات الخاصة:

هناك صفات خاصة تتعلق بقائد الجيش _ موضوع هذا البحث _ هي أشبه بالشروط التي ينبغي توفرها فيمن يختار لتولي هذا المنصب منها:

- 1- الكفاءة المهنية التي تشترط فيمن يولى مهمة قيادة الجيش، من معرفة بمبادئ القتال، والخبرة بأصوله، وأحكامه الشرعية، والقانونية.
- 2- القدرة على اتخاذ القرار السريع والمطلوب في الوقت المناسب.
- 3- تحمل المسؤولية بلا تردد، بحيث يكون هو مصدر التعليمات، والأوامر، فلا يُشرع في تنفيذ أي إجراء إلا بعد إصدار الأوامر والتعليمات من قبله.
- 4- القدرة على الرقابة، والمتابعة، بحيث يكون نشاط المرؤوسين خاضعاً لرقابة قائدهم المباشرة، وغير المباشرة، على أن يكون قادراً في كل لحظة على إيقاف العمليات العسكرية، أو الحد منها، أو زيادتها، أو استبدالها.
- 5- القدرة على المحاسبة، بحيث يمتلك قائد الجيش القدرة على مكافأة المنفذ للأوامر، ومعاقبة الرافض لها.

(1) ينظر الأحكام السلطانية، الماوردي 6.

- 6- أن يتميز من يتولى قيادة الجيش بخبرة كافية كالإحساس بأحوال الجنود، ومراعاة مشاعرهم وتكليفهم بالمهام في حدود طاقاتهم وإمكاناتهم.
- 7- أن يتمتع بقبول المرؤوسين له، بالثقة المتبادلة والمحبة، وأن يعمل على حمايتهم⁽¹⁾.

المبحث الثالث

ما يلزم القائد تجاه جيشه

المطلب الأول - ما يلزم القائد قبل المعركة⁽²⁾:

1- تفقد الجيش: على القائد أن يقوم بالمهام التالية قبل إعلان ساعة النفير العام، والسير باتجاه العدو جيشه، استجابة لقوله ﷺ: ﴿إِنْفِرُوا خِفَافًا وَثِقَالًا﴾ [سورة التوبة آية 41]، ويعدّهم في قوائم، وكشوفات حسب التخصص، والمكان الذي يتناسب وقدراتهم العقلية، وظروفهم الصحية، والجسدية، وأن يقوم بما يلي:

أ- أن يطلع على حال جنوده من حيث: استعدادهم التام، وبلوغهم السن الشرعية التي تؤهلهم للمشاركة في أحداث المعارك ومواجهة الأعداء، فيخرج الأطفال الذين هم دون سن البلوغ، ولا قدرة لهم على القتال، كما كان يفعل النبي ﷺ مع جنوده قبل خروجهم لمقاتلة الأعداء، فعن عبد الله بن عمر رضي الله عنه قال:

(1) ينظر: الرسول العربي وفن الحرب، مصطفى طلاس 331، وقيادة الرسول ﷺ السياسية والعسكرية، أحمد راتب عرموش 156، 157.

(2) ينظر: المصدرين السابقين.

"عرضني رسول الله ﷺ يوم أحد في القتال، وأنا ابن أربع عشرة سنة، فلم يجزني، وعرضني يوم الخندق، وأنا ابن خمس عشرة سنة، فأجازني"⁽¹⁾، كما كان ﷺ يخرج من صفوف جنوده كل من عرف عنه أنه متخاذل، أو جاسوس، وكذلك من يرى أن في وجوده ضرراً على جيشه، وصدق الله العظيم إذ يقول في مثل هؤلاء: ﴿لَوْ خَرَجُوا فِيكُمْ مَا زَادُوكُمْ إِلَّا خَبَالًا﴾ [سورة التوبة آية 47]، ومثل ما كان يفعل مع الرجال ما سبق ذكره، فكان يفعل مع النساء أموراً تتعلق بهن، فكان يستثني كبيرة السن؛ لسقي الماء، ومعالجة الجرحى⁽²⁾.

ب- أن يبث في قلوب جنوده روح الثبات والصبر، ويذكرهم بإخلاص النية لله ﷻ، والثقة بنصره⁽³⁾، ويذكرهم بقول النبي ﷺ: «من قاتل لتكون كلمة الله هي العليا فهو في سبيل الله»⁽⁴⁾.

ت- أن يتفقد إمكاناتهم المادية، وقوتهم، بإجراء الاستعراضات الجسدية، والفنية (المناورة)، والتدريبات اللازمة، وبخاصة الأفعال التي ترهب العدو، وتكسب جنوده القوة، امثالاً لقول الله ﷻ: ﴿وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ وَعَآخِرِينَ مِنْ دُونِهِمْ لَا تَعْلَمُونَهُمُ اللَّهُ يَعْلَمُهُمْ وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ شَيْءٍ فِي سَبِيلِ اللَّهِ يُوَفَّ

(1) مسلم مع إكمال المعلم، حديث رقم: (1868).

(2) المغني مع الشرح الكبير، ابن قدامة 384/10.

(3) ينظر: مجموعة الفتاوى 216/28/14.

(4) البخاري مع فتح الباري، حديث رقم: (7458).

إِلَيْكُمْ وَأَنْتُمْ لَا تَظْلَمُونَ ﴿ [سورة الأنفال آية 61]، وفي تفسير معنى القوة في الآية الكريمة يقول النبي ﷺ في الحديث الذي رواه عقبه بن عامر رضي الله عنه: «ألا إن القوة الرمي ألا إن القوة الرمي، ألا إن القوة الرمي»⁽¹⁾، والرمي اليوم إنما يكون بالبندق ونحوها، والإعداد يكون مع الاعتياد، ومن لا يحسن الرمي لا يسمى معداً للقوة التي أمرت بها الآية⁽²⁾.

ث- أن يراجع أحوال جنوده المالية، فيهتم برواتبهم، ومعالجة التزاماتهم المالية، فلا يتركهم يشغلون بزراعة، ولا تجارة عن مهمة الدفاع عن الدين والوطن⁽³⁾، فإن من أهم الأسباب التي أدت إلى ضعف جيوش المسلمين اليوم، هو انصرافهم أو صرفهم إلى الاعتماد على أنفسهم في توفير ما يحتاجونه من أموال لتسيير أمورهم المعيشية، مما أدى إلى ضعف اهتمامهم لمواجهة الأعداء.

2- استشارة معاونيه: بمعنى أن القائد عليه أن يستمع إلى أهل الرأي والمشورة من مساعديه ومعاونيه؛ لأن استقلاله بالرأي يشعرهم باستبداده وترفعه، وعدم مبالاته بصحبه، ورجاله، أو تقديره لهم؛ فقد أمر الله ﷻ نبيه ﷺ بمشاورة أصحابه، فقال: ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ﴾ [سورة آل عمران آية 159]، وأثنى على المؤمنين بقوله: ﴿وَأْمُرْهُمْ شُورَىٰ بَيْنَهُمْ﴾ [سورة الشورى آية 35].

(1) مسلم مع إكمال المعلم، حديث رقم: (1917).

(2) ينظر: سبل السلام، الصنعاني 275/7/4.

(3) ينظر: الأحكام السلطانية، الماوردي 44.

وقد ورد أن النبي ﷺ كان يستشير أصحابه⁽¹⁾ رضوان الله عليهم، ففي بدر أخذ برأي الحباب بن المنذر ﷺ وعمل به حيث اختار بئر بدر، وغور (أي ردم) الآبار الأخرى، وجعلها خلفه⁽²⁾، وكذلك في غزوة أحد فقد كان ﷺ يرى البقاء في المدينة في حين أن أكثر الصحابة كانوا يرون الخروج؛ فأخذ بمشورتهم وخرج لملاقاة المشركين في أحد⁽³⁾، وفي غزوة الخندق أخذ بمشورة سلمان الفارسي ﷺ في حفر خندق حول المدينة، وذلك عند قول سلمان ﷺ: «يا رسول الله إنا كنا بفارس إذا حوصرنا خندقنا علينا»⁽⁴⁾.

3- توزيع المهام: تجزئة العمل باعث على إنجازهِ⁽⁵⁾ بعد توفيق الله ﷻ؛ لذلك فإن النبي ﷺ كان يقوم بتقسيم السرايا بنفسه، ويجعل لكل سرية راية، وعريفاً، ومهمة، كما كانت تعليماته ﷺ تتسم بالوضوح، والدقة، والاختصار، ووضع الجندي المناسب في المكان المناسب⁽⁶⁾.

(1) روي عن أبي هريرة أنه قال: "لم يكن أحد أكثر مشورة لأصحابه من رسول الله ﷺ". الترمذي حديث رقم: (1714).

(2) السيرة النبوية، لابن هشام 180/2.

(3) المصدر السابق 16/3.

(4) تاريخ الرسل والملوك، للطبري 566/2، فتح الباري، لابن حجر العسقلاني 451/7.

(5) اللآلي الحسان، موسى شاهين لاشين 34.

(6) تكملة المجموع شرح المهذب، محمد المطيعي 100/21 إعداد الجيش في عهد الرسول ﷺ، مصطفى أحمد كمال 36، 34.

ففي معركة مؤتة حدد الرسول ﷺ القيادة للجيش على الترتيب: زيد بن حارثة ﷺ فإن قتل فجعفر بن أبي طالب ﷺ، فإن قتل فعبد الله بن رواحة ﷺ⁽¹⁾، وفي معركة أحد، فقد حدد مهمة بعض من جنوده، وهم الرماة، حيث أمرهم بالثبات على الجبل، وجعل عليهم عبد الله بن جبير ﷺ بحيث لا يغادرون أماكنهم إن كانت لهم المعركة أو عليهم⁽²⁾.

4- بث روح التعاون: التنسيق والتعاون، أمر لا بد أن يستشعره كل مسلم؛ امثالاً لقوله ﷺ: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [سورة المائدة آية 3]، وفيما الجيوش من باب أولى، وبخاصة عند القتال تكون الحاجة للتعاون أشد، إذ لا بد من وجود روح التعاون؛ لأن انعدامها سبب من أسباب الفشل، والهزيمة، كما قال ﷺ: ﴿وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَلَا تَنَازَعُوا فَتَفْشَلُوا وَتَذْهَبَ رِيحُكُمْ وَاصْبِرُوا إِنَّ اللَّهَ مَعَ الصَّابِرِينَ﴾ [سورة الأنفال آية 47].

5- الاهتمام باستطلاع تحركات العدو: وذلك للحصول على المعلومات التي من شأنها أن تعين القائد على معرفة أحوال العدو، وعدته، وكذلك طبيعة الأرض، وأماكن المياه، وما إلى ذلك؛ ليتمكن من تحديد الأسلوب الأمثل للقتال،

(1) البخاري مع فتح الباري، حديث رقم (4261).

(2) السيرة النبوية، لابن هشام 18/3.

كما فعل النبي ﷺ في معركة بدر حين أرسل مجموعة استطلاع فأمسكت بغلامين، فأحضرا إليه ﷺ فقال لهما: «كم عدد القوم؟» قالوا: كثير، قال: «ما عدتهم؟» قالوا: لا ندري، قال: «كم ينحرون كل يوم؟»، قالوا: يوماً تسعاً، ويوماً عشراً، فقال رسول الله ﷺ: «القوم فيما بين التسعمائة والألف»، ثم قال لهما: «فمن فيهم من أشرف قريش؟» قالوا: عتبة بن ربيعة، وشيبة بن ربيعة، وأبو البختري بن هشام، وحكيم بن حرام⁽¹⁾.

المطلب الثاني - ما يلزم القائد أثناء المعركة:

1- تحديد موعد المعركة: ويعتبر هذا الأمر هو المحصلة التي يتوصل إليها القائد العسكري، في ضوء المعطيات السابقة، فبعد دراسة العوامل المؤثرة، والمعطيات المتوفرة عليه أن يحدد شكل وأسلوب المعركة، وبدايتها، وكذلك الإعلان عن انتهائها، والتفاوض مع العدو على أمر صلح، أو هدنة بإيقاف الحرب مدة، وكذلك موعد تقسيم الغنائم والفيء على الجنود⁽²⁾.

ففي معركة بدر نُفذ القتال على مرحلتين: دفاعية، ثم هجومية، وذلك بابتكار النبي ﷺ أسلوب جديد لم يكن معروفاً من قبل، وهو نظام الصفوف، بينما العرب

(1) السيرة النبوية، لابن هشام 178/2.

(2) ينظر بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ابن رشد 956/2، وما بعدها.

كانت تقاتل بنظام الكر والفر⁽¹⁾، وهو ما أشار إليه الله ﷺ في قوله: ﴿إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَ فِي سَبِيلِهِ صَفًّا كَانَهُمْ بُنْيَانٌ مَرْصُوصٌ﴾ [سورة الصف آية 4]، هذا إلى جانب التشجيع المعنوي من الرسول ﷺ لأصحابه على الجهاد، قائلاً: «والذي نفس محمد بيده لا يقاتلهم اليوم رجل، فيقتل صابراً محتسباً، مقبلاً غير مدبر إلا أدخله الله الجنة»⁽²⁾.

2- الإشراف والمتابعة: تتضح أهمية إشراف القائد ومتابعته لتحركات جنوده في وضع الحلول المناسبة والسريعة للمعضلات التي تحدث أثناء عمليات التنفيذ، وهذا الإجراء يعتبر المقياس الحقيقي لمدى كفاءة القائد الميدانية، كما حدث في معركة حنين حيث وقع جيش المسلمين في كمين مباغت داخل وادي حنين؛ أدى إلى حدوث ارتباك، وتراجع من الصحابة ﷺ، وهنا تظهر مقدرة القائد الذي يتصرف بسرعة تتناسب مع متطلبات الموقف، وقرر الثبات والتحول للدفاع المؤقت إلى حين إعادة تجمع القوات مرة أخرى، وأمر عمه العباس ﷺ بقوله: «أي عباس ناد أصحاب السُّمرة»⁽³⁾، أي الذين بايعوه ﷺ عند شجرة الحديبية⁽⁴⁾، وفي تلك الأثناء كان الرسول ﷺ ثابتاً صامداً وسط قواته المرتبكة؛ الأمر الذي تحولت معه الفوضى والارتباك إلى ثبات وضمود، ثم تطورت

(1) السيرة النبوية، علي الصلابي 511.

(2) السيرة النبوية، ابن هشام 185/2.

(3) مسلم مع إكمال المعلم، حديث رقم: (1775).

(4) ينظر: إكمال المعلم لفوائد مسلم، للقاضي عياض 128/6.

إجراءات سير المعركة، وتحول الجيش الإسلامي إلى العمل الهجومي مرة أخرى، وقام بتدمير دفاعات الأعداء خلال المرحلة الثانية من المعركة، ومطاردتهم، مما حسم المعركة لصالحه ﷺ⁽¹⁾.

3- المحافظة على قوة الجيش، وعدم النزج به في حرب خاسرة: المحافظة على الجيش، مفهومه: أنه لا يجوز للقائد أن يزج بجيشه في حرب تبدهم على آخرهم، بل لا بد له من حنكة، وألا يدخر جهداً في سبيل الخروج بأقل الخسائر يقول النبي ﷺ: «ما من عبد يسترعيه الله رعية، يموت يوم يموت وهو غاشٍ لرعيته إلا حرم الله عليه الجنة»، وفي رواية: «ما من أمير يلي أمر المسلمين، ثم لا يجهد لهم وينصح إلا لم يدخل معهم الجنة»⁽²⁾.

كما ينبغي على القائد أن يرفق بجيشه، وأن يسير بهم سير ضعفائهم، إلا إذا دعت الحاجة إلى الإسراع، كما فعل النبي ﷺ حين بلغه قول عبد الله بن أبي: ليخرجن الأعز منها الأذل؛ وذلك حتى يشغل الناس عن الخوض فيه⁽³⁾.

(1) إعداد الجيش في عهد الرسول ﷺ، مصطفى أحمد كمال 37، 38.

(2) مسلم مع إكمال المعلم، حديث رقم: (142).

(3) المغني مع الشرح الكبير، ابن قدامة 385/10.

المبحث الرابع

تصرفات القائد الجائزة والممنوعة:

المطلب الأول- التصرفات الجائزة:

للقائد أن يجتهد في بعض التصرفات تجاه جيشه، وتجاه عدوه، وذلك

على النحو التالي:

1. أن يوارى مكان المعركة، أي يخفيه، وذلك بأنه إذا أراد قصد جهة سأل عن طريق جهة أخرى، إيهاماً أنه يريد لها، وإنما يفعل ذلك لأن فيه إتمام ما يريده من إصابة العدو، وإتيانه على حين غفلة قبل أن يتأهب له⁽¹⁾؛ لفعل النبي ﷺ هذا⁽²⁾، وقوله ﷺ: «الحرب خدعة»⁽³⁾.

2. التكبير عند لقاء العدو، والدعاء⁽⁴⁾؛ فقد قال النبي ﷺ في غزوة الأحزاب:

«اللهم منزل الكتاب، ومجري السحاب، وهازم الأحزاب، اهزمهم، وانصرنا عليهم»⁽⁵⁾.

(1) ينظر: سبل السلام، الصنعاني 212/7/4.

(2) البخاري مع فتح الباري، حديث رقم (2947).

(3) البخاري مع فتح الباري، حديث رقم: (3028).

(4) البخاري مع فتح الباري، حديث رقم: (130)، وينظر تكملة المجموع شرح المهذب، محمد نجيب المطيعي 103/21.

(5) مسلم مع إكمال المعلم، حديث رقم: (1742).

3. أن يأذن في السلب لمن شاء من الجنود قبل القتال، أو بعده⁽¹⁾؛ لعموم قول النبي ﷺ: «من قتل قتيلاً فله سلبه»⁽²⁾، وذلك بأن يأخذ منه سلاحه، مثلاً، أو بعض مقتنياته، ولا يدخلها في الغنيمة بعد ذلك.
4. أن يقتل الجاسوس، أو أن يفعل ما يرى فيه مصلحة، وكذلك الأسرى فهو مخير فيهم حسب المصلحة بين المن، أو الفداء، أو الجزية، أو القتل، هذا في حق الرجال، أما النساء والأطفال فقد نهى النبي ﷺ عن قتلهم، وكان ﷺ يسترقهم إذا سباهم⁽³⁾.

المطلب الثاني - التصرفات الممنوعة على القائد:

1. الغلول: وهو الأخذ من الغنيمة قبل قسمتها، فلا يحق للقائد ولا للجنود أخذ شيء من الغنيمة يتفردون به عن بقية الجيش، لقول الله ﷻ: ﴿وَمَنْ يَّغْلُلْ يَأْتِ بِمَا غَلَّ يَوْمَ الْقِيَامَةِ ثُمَّ تُوَفَّى كُلُّ نَفْسٍ مَّا كَسَبَتْ وَهُمْ لَا يُظْلَمُونَ﴾ [سورة آل عمران آية 161]، ولقول النبي ﷺ: « لا تغلوا، فإن الغلول نار وعار على أصحابه في الدنيا والآخرة»⁽⁴⁾، ويستثنى من ذلك الشيء اليسير الذي يحتاج إليه الجنود، ومن غل شيئاً يؤدب، ولا تقطع يده، وعليه أن يدفع إلى

(1) ينظر الشرح الكبير للدردير، مع حاشية الدسوقي 190/2.

(2) جزء من حديث أخرجه البخاري مع فتح الباري، حديث رقم (3142)، و مسلم مع إكمال المعلم، حديث رقم: (1751).

(3) ينظر: المغني مع الشرح الكبير، ابن قدامة 393/10، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد، ابن رشد 944/2.

(4) مسند أحمد 318/5.

الإمام خمسه ويتصدق بالباقي، عند المالكية⁽¹⁾، ويغرم القيمة، عند الشافعية⁽²⁾، أما في حال الاضطرار فلا يحتاج إلى إذن ولا يغرم ولا يعاقب؛ للرخصة فيه في حال السلم، ومن باب أولى في حال الحرب.

2. عدم التجاوز في القتل: وقد حدد العلماء سبعة أصناف لا يقتلون في الحرب إلا إذا كان لهم دور فيها وهم: المرأة إلا المقاتلة، والطفل، وكبير السن، والعاجز، والمعتوه، والأعمى، والراهب المنعزل⁽³⁾.

3. عدم الاشتراء للنفس: يكره اشتراء القائد من الغنيمة لنفسه، حيث قال الحنابلة بحرمة ذلك؛ لتهمة المحاباة، ولعمل عمر رضي الله عنه حين رد ما اشتراه ابنه عبد الله رضي الله عنه في غزوة جلولاء، وقال: إنه يحابي⁽⁴⁾.

المبحث الخامس

حقوق القائد

لا شك في أنه مثلما على القائد واجبات فإن له حقوقاً، هو أهل لها وليست منة من الغير، بل هي حقوق طبيعية، بحكم موقعه، وبالقدر الذي يقع عليه من المسؤوليات المناطة به من تقلده لهذا المنصب، ومن هذه الحقوق ما يلي:

(1) ينظر: الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي 2/179.

(2) الأم للشافعي 4/251.

(3) ينظر: الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي 2/176، والمهذب للشيرازي مع تكملة شرح المجموع، محمد المطيعي 21/107.

(4) ينظر: المغني مع الشرح الكبير، ابن قدامة 10/393.

1- التقدير والاحترام: من حق القائد على جنوده تقديره واحترامه، والتزام الأدب معه؛ لقول النبي ﷺ: «أنزلوا الناس منازلهم»⁽¹⁾، وذلك بأن يحترموه، ويقدروه، ويعطوه المنزلة اللائقة به في التعامل معه من حيث المشاركة في الحديث، أو المناصحة، أو غير ذلك، فلا يعامل كسائر الجند، فقد أمر النبي ﷺ الأنصار أن يقوموا لسعد بن معاذ، حين جاءهم، قال لهم: «قوموا إلى سيدكم»، أو قال: «خيركم»⁽²⁾، وذلك تقديراً له، واحتراماً.

2- السمع والطاعة: على الجنود أن يلتزموا السمع والطاعة لقائدهم، فينفذوا أوامره، ويقفوا عند نواهيه، وأن يتقبلوا ذلك بصدر رحب؛ لأن القائد تنعقد له الولاية بتكليفه بقيادة الجيش، وبتلك الولاية وجبت طاعته، واستئذانه، وأخذ رأيه فيما يراد الإقدام عليه، ولا يجوز مخالفة أوامره، وتعليماته، فيما يحبون أو يكرهون⁽³⁾، بدليل ما يلي:

أ- قول الله ﷻ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِن تَنَارَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ ءَاخِرِ ذَٰلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾ [سورة

(1) أبو داود، حديث رقم: (4842).

(2) البخاري كتاب المغازي باب 30.

(3) ينظر: المغني مع الشرح الكبير ابن قدامة 10/386.

النساء آية 58]، وقد فسر بعض العلماء أولي الأمر بأنهم الأمراء، وفسرها آخرون بأنهم العلماء⁽¹⁾.

ب- قول النبي ﷺ: «من أطاعني فقد أطاع الله، ومن يعصني فقد عصى الله، ومن يطع الأمير فقد أطاعني، ومن يعص الأمير فقد عصاني»، وفي رواية: «وإنما الإمام جنة يقاتل من ورائه ويتقى به، فإن أمر بتقوى الله وعدل، فإن له بذلك أجراً، وإن قال بغيره فإن عليه منه»⁽²⁾.

ت- وقوله ﷺ: «عليك السمع والطاعة في عسرك، ويسرك، ومنشطك، ومكرهك، وأثرة عليك»⁽³⁾.

هذا وقد استثنيت حالات لا يجوز فيها طاعة المرؤوس لرئيسه، مهما كانت مكانة ذلك الرئيس، ومن هذه الحالات ما يأتي:

أ- الأمر بمعصية الله ﷻ؛ فإن أمر القائد الجندي بكفر، كسب الدين، أو معصية، كشرب الخمر أو الزنا، أو أكل الميتة في حال الاختيار، وما إلى ذلك، فلا تجوز طاعته؛ لقول النبي ﷺ: «على المرء السمع والطاعة، فيما أحب وكره، إلا أن يؤمر بمعصية، فإن أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة»⁽⁴⁾.

(1) ينظر: الجامع لأحكام القرآن، القرطبي 3/5/259.

(2) البخاري مع فتح الباري، حديث رقم: (2957).

(3) مسلم مع إكمال المعلم، حديث رقم: (1836).

(4) مسلم مع إكمال المعلم، حديث رقم: (1839).

ب- كما يستثنى من ذلك _أيضاً_ إذا تبين أن القائد غير عالم بأحكام الشرع في مهامه، أو أنه لا يحسن التصرف، أو أنه سيء السلوك، فقد قال رسول الله ﷺ: «إنما الطاعة في المعروف»، وسبب ورود هذا الحديث أن النبي ﷺ بعث سرية وأمر عليهم رجلاً من الأنصار، وأمرهم أن يسمعوا له ويطيعوا، فأغضبه في شيء، فقال: اجمعوا لي حطباً، فجمعوا له، ثم قال: أوقدوا ناراً، فأوقدوا، ثم قال: ألم يأمركم رسول الله أن تسمعوا لي، وتطيعوا؟ قالوا: بلى، قال: فادخلوها، فنظر بعضهم إلى بعض، فقالوا: إنما فررنا إلى رسول الله من النار، فكانوا كذلك، وسكن غضبه، وطفئت النار، فلما رجعوا ذكروا ذلك للنبي ﷺ، فقال: «لو دخلوها ما خرجوا منها، إنما الطاعة في المعروف»⁽¹⁾.

ت- ألا يكون في طاعة القائد إذلال، وقهر للجندي؛ بسبب إخضاع الجندي للقوانين، والأنظمة العسكرية الموجودة اليوم في المعسكرات التي لا تراعي كرامة الإنسان، فضلاً على أنه مسلم، والله ﷻ يقول: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلاً﴾ [سورة الإسراء آية 70].

3- تقديم الرأي والنصيحة: كما أنه يجب على القائد أن يستشير جنده في بعض الحالات، فإنه في المقابل يجب على الجنود ألا ييخلوا على قياداتهم بالرأي الذي قد يغيب عنهم، ولذلك حالتان:

(1) المصدر السابق نفسه، حديث رقم: (1840).

الأولى - في حالة ما إذا طلب القائد الاستشارة من الجندي، الذي قد يكون أكثر خبرة منه بمكان معين، أو طبيعة أرض، أو مناخ ما، إلى غير ذلك من الاحوال التي يجب على الجندي إعطاء قائده ما يريده من معلومات تعينه على أداء ما تتطلبه مهمته العسكرية؛ لدخول ذلك في حق المسلم على المسلم بصفة عامة، فضلاً عن قائد لهم؛ وفي ذلك يقول النبي ﷺ: «... وإذا استصحك فانصح له»⁽¹⁾.

والحالة الثانية - وهي في حالة ما لم يطلب القائد من جنوده المساعدة، فعليهم إسداء النصح لقائدهم، ويجب على القائد سماع ما نصحوه به، وفي هذا يقول النبي ﷺ: «الدين النصيحة. قالوا: لمن يارسول الله؟ قال: لله، ولكتابه، ولرسوله، ولأئمة المسلمين، وعامتهم»⁽²⁾.

وفي كل الأحوال يجوز للقائد أن يأخذ برأي من استشاره، وعدم الأخذ به، وذلك بحسب ما يرى من مصلحة قد تغيب على الناصح⁽³⁾، كما يجوز للقائد أن يجعل مكافأة لمن يدل على مصلحة للجيش، كطريق مختصر، أو مكان به ماء، أو ما حصل عليه من معلومات تفيد جيشه في تحقيق النصر على العدو، وما إلى ذلك⁽⁴⁾.

(1) مسلم مع إكمال المعلم، حديث رقم: (2162).

(2) المصدر السابق، حديث رقم: (55).

(3) ولكن شتان بين قائد يسمع الآراء فيأخذ بأفضلها، وبين قائد يستشير أركانه ثم يتشبه برأيه، ولو كان على خطأ، أو لا يستطيع التمييز بين الخطأ والصواب، فيأخذ بالأسوأ. ينظر قيادة الرسول السياسية والعسكرية، أحمد عرموش 160.

(4) المغني مع الشرح الكبير ابن قدامة 10/407.

الخاتمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على نبينا محمد وعلى آله وصحبه،

وبعد:

فإن النتائج التي يمكن استخلاصها من هذه الوريقات أختصرها في الآتي:

1- أن القيادة ليست بالأمر الهين بحيث تسند لمن يقدر وللمن لا يقدر، بل لا بد من مراعاة حق الله فيها، بحيث نعتبرها عبادة نتقرب بها إلى الله ﷻ، ولا يجوز أن يكلف بها إلا من توفرت فيه صفاتها، وشروطها.

2- من أهم المظاهر التي نشاهدها اليوم _ بعد غياب القيادة الحكيمة للجيش العربي، والإسلامية _ هو انشغال تلك الجيوش، أو إشغالهم بأمور تضعف من حب التضحية والفداء من أجل رفع راية الحق، وذلك إما بالدخول بهم في حروب لا طائل من ورائها سوى الأمجاد الخاصة، والمصالح الشخصية، وإما بصرف الجنود إلى جمع الأموال، وركونهم إلى الدعة والراحة، وتطمينهم بأن العالم اليوم أصبح مكبلاً باتفاقات دولية، تصف المطالبة بالحق وحمانيته نوعاً من أنواع التعدي على الآخرين، وهي في حقيقة الأمر تكييل بمكيالين تمنع الحرب من أجل الحق وتبيحه لمن ليس له حق، وللأسف فإن مثل هذه الحالة يصدق عليها قول القائل:

ترويع امريء في غابة جريمة لا تغتفر وقتل شعب آمن مسألة فيها نظر

3- هذا وإن أهم ما أوصي به في نهاية هذه الدراسة المتواضعة تناول

موضوع القيادة في دراسات مرحلتي الماجستير، أو الدكتوراه، كدراسة فقهية

مقارنة، مع الاستفادة مما وضعه علماء الفقه الإسلامي، والباحثين في مجال التنمية البشرية من نظريات، تخدم ذات الموضوع.

المصادر والمراجع

القرآن الكريم، برواية الإمام قالون عن نافع.

- 1- الأحكام السلطانية، علي الماوردي، دار الفكر، 1422هـ - 2002م.
- 2- إعداد الجيش في عهد الرسول ﷺ، مصطفى كمال، دار الفكر العربي.
- 3- الشرح الكبير أحمد الدردير، مع حاشية محمد الدسوقي ، دار إحياء الكتب العربية.
- 4- الأم، للإمام محمد بن إدريس الشافعي، دار المعرفة، بيروت.
- 5- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، محمد بن رشد (الحفيد) وبهامشه السبيل المرشد، شرح وتحقيق عبد الله العبادي، دار السلام، ط: الثالثة، 1427هـ، 2006م.
- 6- الجامع لأحكام القرآن، محمد القرطبي ، دار الشام بيروت، ط: الثانية.
- 7- الحدود، أحمد بن عرفة مع شرح محمد الرصاع، تحقيق محمد أبو الأجنان، وآخر، دار الغرب الإسلامي، ط: الأولى، 1993م.
- 8- الرسول العربي وفن الحرب، مصطفى طلاس، ط: الثانية، 1397هـ، 1977م.
- 9- سبل السلام ، محمد الصنعاني، تحقيق محمد حلاق، دار ابن الجوزي، ط: الثامنة 1428هـ.

- 10- السيرة النبوية عرض وقائع وتحليل أحداث، علي الصلابي، دار المعرفة، ط:12، 1433هـ، 2011م.
- 11- السيرة النبوية، محمد بن هشام، تحقيق محمد البيومي، مكتبة الإيمان، المنصورة، ط:1، 1416هـ، 1995م.
- 12- الصحاح إسماعيل الجوهري، تحقيق أحمد عطار، دار العلم للملايين، ط: الأولى، 1376هـ، 1956م.
- 13- صحيح البخاري مع فتح الباري، ابن حجر العسقلاني، دار الحديث 1424هـ، 2004م.
- 14- صحيح مسلم مع إكمال المعلم بفوائد مسلم، القاضي عياض اليحصبي، تحقيق: يحيى إسماعيل، دار الوفاء، ط: الثانية، 1425هـ، 2004م.
- 15- قيادة الرسول ﷺ السياسية والعسكرية، أحمد راتب عرموش دار النفائس.
- 16- الكليات، أبو البقاء العكبري، اعتناء: عدنان درويش، ومحمد المصري، مؤسسة الرسالة، ط:2، 1419هـ-1998م.
- 17- اللآلي الحسان في علوم القرآن، موسى لاشين، مطبعة الفجر الجديد.
- 18- لسان العرب ، محمد بن منظور، تحقيق: عامر حيدر، وآخر، دار الكتب العلمية، ط: الأولى، 1426هـ، 2005م.

- 19- المجموع شرح المهذب محي الدين النووي مع تكملة محمد المطيعي، دار عالم الكتب، 2003م.
- 20- مجموعة الفتاوي ، أحمد بن تيمية، تحقيق: عامر الجزائر، دار الوفاء، ط: الثانية، 1421هـ، 2001م.
- 21- معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية ، محمود عبدالرحمن ، دار الفضيلة.
- 22- المغني مع الشرح الكبير على متن المقنع ، لابني قدامة المقدسي ، دار الفكر.
- 23- الموطأ ، للإمام مالك بن أنس، برواية يحيى بن يحيى، المكتبة العصرية ط: الأولى 1421هـ 2000م.

الحكم الشرعي للحوم المستوردة من بلدان غير إسلامية

إعداد الدكتور: المبروك عون سالم عبد القادر

جامعة الجبل الغربي

كلية الآداب والعلوم / بدر

قسم الدراسات الإسلامية

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، حمداً يوافي نعمه ويكافئ مزيده، والصلاة والسلام
الآتمان الأكملان على رسول الرحمة ومعلم الأمة محمد بن عبد الله وعلى آله
وصحبه التابعين لهم بإحسان إلى يوم الدين، وبعد:

فإن الفقه الإسلامي العظيم الذي هو نسيج الإسلام المتين، وشرع الله الحكيم،
والذي صاغ به المسلمون حياتهم في ضوء النصوص الشرعية، فتوحدوا في العبادة
والمعاملة والسلوك، هذا الفقه هو المنطلق الحضاري الرائع للأمة؛ لأنه يبنى لها
أصول عزتها، وقوام حياتها، ويضع لها مخطط عملها في المستقبل.

إن الله الذي خلق هذا الإنسان ونفخ فيه من روحه وأسجد له ملائكته، وتكفل
برزقه، فأحل له الطيبات وحرّم عليه الخبائث، يستحق الشكر الدائم من هذا
الإنسان، والله عز وجل حين أباح للإنسان أن يستمتع بالطيبات، وحظر عليه

الخبائث، إنما أراد له الخير في الدنيا والآخرة، فما من شيء حرّمه عليه إلا وفيه من الأضرار ما لا يعلمها إلا الله، وما من شيء أباحه له إلا فيه ما ينفعه في الدنيا والآخرة.

والمسلم متعين عليه في كل زمان ومكان أن يعلم أحكام دينه ويعمل بها، فعليه أن يعرف الحلال ليقوم به ويعرف الحرام ليبتعد عنه، ولقد كان المسلمون الأوائل يحرصون على التفقه في الدين، قال تعالى: ﴿وَمَا كَانَ الْمُؤْمِنُونَ لِيَنْفِرُوا كَآفَّةً فَلَوْلَا نَفَرَ مِنْ كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَائِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ وَلِيُنذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ﴾ [سورة التوبة آية 123]، وقال صلى الله عليه وسلم: "من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين"⁽¹⁾.

فكانوا يشدون الرحال في طلبه وينفقون الغالي والنفيس في ذلك وفي أثناء الفتوحات الإسلامية وغيرها قد يختلط المسلمون بطوائف و فرق أخرى تختلف عنهم في العقيدة، وكان حتماً أن تتصل تلك الطوائف بالمسلمين، فتنشأ بينهم علاقات ومعاملات شتى، تشتد الحاجة إلى معرفة أحكامها والوقوف على رأي الشريعة فيها، وأهم شيء للإنسان المسلم طعامه وشرابه فلا بد أن يتحرى الحلال فيه، فالجسم الذي ينبت من الحرام النار أولى به، وفي مقدمة الأطعمة الذبائح، ولا بد من معرفة أحكامها لحاجته الماسة إليها في حياته العملية.

(1) أخرجه البخاري في صحيحه، 39/1، رقم 71، باب من يرد الله به خيراً.

والمسلم اليوم يعاني من مشكلات كثيرة في حياته ومنها اللحوم المستوردة التي تملأ الأسواق، فهو يحرص على أن لا يدخل جوفه إلا ما كان حلالاً طيباً، فهل هذه اللحوم مباحة فيأكلها؟ أم هي محرمة فيبتعد عنها؟ والإسلام قد وضع الأحكام الشرعية في عملية ذكاة الحيوان الذي يباح أكله لما للذكاة الشرعية من تأثير كبير على صحة وسلامة هذه اللحوم، لهذه الأسباب وغيرها رأيت الكتابة في هذا الموضوع، واخترت له عنواناً: " الحكم الشرعي للحوم المستوردة من بلدان غير إسلامية" دراسة فقهية، وحصرت البحث في مقدمة وخمسة مباحث وخاتمة على النحو التالي:

المقدمة : تحدثت فيها عن أهمية الموضوع والأسباب التي دفعتني للكتابة فيه، حيث جاءت خطة البحث على النحو التالي:

المبحث الأول: تعريف الذكاة لغة واصطلاحاً.

المبحث الثاني: حكم الذكاة وحكمتها.

المبحث الثالث: شروط صحة الذكاة.

المبحث الرابع: حكم تناول لحوم الخيل.

المبحث الخامس: حكم اللحوم المستوردة من البلدان الأجنبية.

الخاتمة : تناولت فيها أهم ما توصلت إليه من نتائج خلال دراستي لهذا الموضوع.

والمتتبع لهذا البحث سيجد ثبناً للمصادر والمراجع في آخر هذا البحث.

المبحث الأول: تعريف الذكاة لغة واصطلاحاً.

أولاً: تعرف الذكاة لغة:

تعدد تعريف الذكاة في كتب اللغة حيث جاء في المصباح المنير: الشخص ذكي وهو سريع الفهم، فالرجل ذكي على فعيل والجمع أذكىاء، والذكاء بالمد حدة الفهم إذا كان تام العقل سريع القبول⁽¹⁾.

وفي المعجم الوسيط : الذكاء: لهب النار والجمرة الملتهبة وقدرة على التحليل والتركيب والتمييز والاختيار وعلى التكيف إزاء المواقف المختلفة⁽²⁾.
أما الذكاة المقصود منها الذبح وإراقة الدم فهي: الذكاة: الذبح اسم من الذبيحة تذكية إذا ذبحها، وشاة ذكي أدركت ذكاتها⁽³⁾.

وكذلك ذكا قال صلى الله عليه وسلم: «ذكاة الجنين ذكاة أمه»⁽⁴⁾.

والتذكية : الذبح والنحر، يقال : ذكيت الشاة تذكية، والاسم الذكاة، والمذبح ذكي، ومعنى ذكاة الجنين فتكون ذكاة الأم هي ذكاة الجنين فلا يحتاج إلى ذبح مستأنف، وعلى تقدير يذكى تذكية مثل ذكاة أمه فلا بد من ذبح الجنين إذا خرج حياً، وفي حديث الصيد: «كل ما أمسكت عليك كلابك ذكيً وغير ذكي»⁽⁵⁾.

(1) المصباح المنير، للفيومي، 1/209.

(2) المعجم الوسيط، لإبراهيم مصطفى، 1/214، باب الذال.

(3) المغرب في ترتيب المعرب، لابن المطرز، 1/306، الذال مع اللام.

(4) موطأ مالك، رواية محمد بن الحسن، 2/613، باب ذكاة الجنين.

(5) أخرجه أبو داود في سننه، 8/422، رقم 2858.

أراد بالذكي ما أمسك عليه فأدركه قبل زهوق روحه فذكاة في الحلق أو اللبّة، وأراد بغير الذكي ما زهقت نفسه قبل أن يدركه فيذكيه مما جرحه الكلب بسنه أو ظفره⁽¹⁾.

وذكاة الحيوان ذبحه قال تعالى: ﴿وَمَا أَكَلَ السَّبْعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [سورة المائدة آية 4] معناه إلا ما أدركتم ذكاته، وكل ذبح ذكاة، ومعنى التذكية أن تدركها وفيها بقية تشخب مع الأوداج، وتضطرب اضطراب المذبوح الذي أدركت ذكاته⁽²⁾.

هذا في حالة الصيد، أما في حالة الاختيار فإن الذكاة : الذبح أو النحر، ومنها: الشق؛ لأن الشق يسمى ذبحاً أو قطعاً في الحلقوم، فذبح الشيء: شقه وثقبه⁽³⁾.

ثانياً: تعريف الذكاة اصطلاحاً:

لا يختلف المعنى الشرعي للذكاة عن المعنى اللغوي كثيراً، حيث يستعمل في معنى الذبح، لذلك استعرض تعريفات الفقهاء حسب المذاهب فأقول:
الذكاة عن علماء الحنفية: هو الذبح : وهو فري الأوداج ومحلّه ما بين اللبّة واللحيين لقوله صلى الله عليه وسلم: «الذكاة ما بين اللبّة واللحية»⁽⁴⁾.

(1) النهاية في غريب الحديث، لابن الجزري، 411/2.

(2) لسان العرب، لابن منظور، 287/14. ذكا.

(3) القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً لسعدي أبو جيب، ص: 137.

(4) أخرجه البيهقي في سننه، 27849، رقم 18903، باب الذكاة في المقدور عليه.

ومعنى ذلك أن الذكاة تكون ما بين اللبّة واللحيين، وكذلك الذكاة في الحلق واللبّة والنحر فري الأوداج، محله آخر الحلق، ولو نُحر ما يُذبح وذُبح ما يُنحر يحلُّ لوجود فري الأوداج⁽¹⁾.

عند علماء المالكية: الذبح: هو قطع المميز المسلم جميع الحلقوم والودجين من المقدم بمجرد بلا رفع للآلة قبل التمام بنية إحلال المذبوح، ويكون الذبح في الغنم والبقر والوحوش المقدور عليها⁽²⁾.

عند علماء الشافعية: كمال الذكاة بأربع: قطع الحلقوم والمريء والودجين وأقل ما يكفي من الذكاة اثنان الحلقوم والمريء⁽³⁾.

عند علماء الحنابلة: الذكاة هي: ذبح أو نحر مقدور عليه مباح أكله من حيوان يعيش في البر، لا جراد ونحوه، بقطع حلقوم ومريء أو عقر إذا تعذر فلا يباح شيء من الحيوان المقدور عليه، من الصيد والأنعام والطيور إلا بالذكاة⁽⁴⁾.

الخلاصة: بعد استعراض آراء الفقهاء حول الذكاة تبين أنها: قطع الحلقوم والمريء والودجين، أو نحر، أو عقر حيوان مأكول اللحم، وفعل ما يعجل الموت بنية في الجميع وهي السبب الموصل لحل أكل الحيوان البري.

(1) ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، 41/5.

(2) ينظر: الخلاصة الفقهية على مذهب السادة المالكية، لمحمد القروي، ص: 276، الشرح الكبير، لأحمد الدردير، 99/2.

(3) ينظر: الأم، للشافعي، 236/2.

(4) ينظر: الإقناع في فقه الإمام أحمد، للحجاوي، 316/4.

المبحث الثاني: حكم الذكاة وحكمتها:

أولاً: حكم الذكاة :

لا يحل أكل أي جزء من الحيوان البري بدون الذكاة لقوله تعالى: ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أَلْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنزِيرِ وَمَا أُهْلِيَ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ وَالْمُنْخَنِقَةُ وَالْمَوْقُوذَةُ وَالْمُتَرَدِّيَّةُ وَالنَّطِيحَةُ وَمَا أَكَلَ السَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ ﴾ [سورة المائدة آية 4] نلاحظ في هذه الآية الكريمة أن الله سبحانه وتعالى قد ذكر الأشياء المحرمة واستثنى سبحانه وتعالى ما ذكى الإنسان من الحيوانات والاستثناء يفيد اباحة ما ذكى الإنسان من الحيوانات، والاستثناء يفيد الإباحة أي إلا ما ذكيتم فإنه حلالاً طيباً، وقال تعالى: ﴿ يَسْأَلُونَكَ مَاذَا أُحِلَّ لَهُمْ ﴾ [سورة المائدة آية 5] وقال تعالى: ﴿ وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ ﴾ [سورة الأعراف آية 158] والحيوان البري لا يعتبر طيباً إلا بخروج الدم المسفوح وذلك بذكاته⁽¹⁾.

ثانياً: حكمة الذكاة:

مراعاة صحة الإنسان العامة، ودفع الضرر عن الجسم، بفصل الدم عن اللحم وتطهيره من الدم؛ لأن تناول الدم المسفوح حرام بسبب إضراره بالإنسان، لأنه موطن الجراثيم والميكروبات، ولكل دم زمرة أو فصيلة تناسبه، فيمنع الاختلاط بين الدماء، ويعد الدم نجساً تنفيراً منه⁽²⁾.

(1) ينظر: موسوعة الفقه الإسلامي، لوزارة الأوقاف المصرية، 30/1.

(2) ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته، لوحة الزحيلي، 4/292.

قال بعض العلماء: والحكمة في اشتراط الذبح وإنهار الدم تمييز حلال اللحم والشحم من حرامها، وتنبية على تحريم الميتة لبقاء الدم فيها⁽¹⁾.

ومن الحكمة ايضاً: التنفير عن الشرك وأعمال المشركين، وتمييز مأكول الآدمي عن مأكول السفاح وأن يتذكر الإنسان إكرام الله له بإباحة إزهاق روح الحيوان للأكل والانتفاع به بعد موته⁽²⁾.

المبحث الثالث: شروط صحة الذكاة:

ويقصد بهذه الشروط: الأمور التي لا بد من توفرها ليسيى الذبح تذكية، وليكون الحيوان المذبوح مذكياً.

وهذه الشروط تنقسم إلى ثلاثة أقسام:

أ- شروط تتعلق بالذباح.

ب- شروط تتعلق بالمذبوح.

ج- شروط تتعلق بألة الذبح.

أما الشروط التي تتعلق بالذباح نجملها فيما يلي:

1- أن يكون الذباح مسلماً أو كتابياً، والكتابي يقصد به الشخص اليهودي أو

النصراني، فإن كان الذباح غير مسلم وغير نصراني، وذلك بأن كان مرتدّاً، أو

وثنياً، أو ملحدّاً أو مجوسياً لم تحل ذبيحته.

(1) ينظر: المصدر السابق، نفس الصفحة.

(2) ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، 21/177.

ودليل حل ذبيحة المسلم قول الله عز وجل: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [سورة المائدة آية 4] وهو خطاب للمسلمين.

ودليل حل ذبيحة الكتابي قول الله تبارك وتعالى: ﴿وَطَعَامُ الَّذِينَ أَتَوْا
الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ﴾ [سورة المائدة آية 6] ، والمراد بالطعام هنا الذبائح⁽¹⁾.

أما دليل عدم حل ذبيحة الكفار من غير الكتابيين، فما روي أنه صلى الله عليه وسلم «كتب إلى مجوس هجر⁽²⁾ يعرض عليهم الإسلام فمن أسلم قبل منه، ومن أبى ضربت عليه الجزية، على أن لا تؤكل لهم ذبيحة، ولا تنكح لهم امرأة»⁽³⁾. وقالوا هذا مرسل وإجماع أكثر المسلمين عليه يؤكد، فإذا كان هذا هو الحكم بالنسبة للمجوس، فإن المرتدين والوثنيين والملحدين أولى بذلك منهم؛ لأنهم أوغل في الكفر⁽⁴⁾.

2- ألا يذبح لغير الله سبحانه وتعالى، أو على غير اسمه، فلو ذبح لصنم، أو وثن لم تحل الذبيحة، والدليل على ذلك قول الله تبارك وتعالى في ذم معرض ما حرم أكله: ﴿وَمَا أَهْلَ لِعَيْبِرِ اللَّهِ بِهِ﴾ [سورة المائدة آية 4].

(1) ينظر: الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، لمصطفى الخن، 27/3.

(2) هي مدينة كبيرة قاعدة بلاد البحرين، ذات خيرات كثيرة من النخل، والرمان والتين والأترج والقطن ويقال لها شبه رسول الله صلى الله عليه وسلم نبق الجنة، قال صلى الله عليه وسلم: "إذا بلغ الماء قلتين لم يحمل خبثاً" أراد بهما غلال هجر سعتهما خمسمائة رطل. ينظر: معجم البلدان، لياقوت الحموي، 347/1/1.

(3) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، 192/9، رقم 18443.

(4) ينظر: الفقه المنهجي، لمصطفى الخن، 27/3.

أي ما ذبح لغير الله، أو ذكر عند ذبحه غير اسم الله تعالى، فإذا توفر هذان الشرطان في الذابح حلت ذبيحته⁽¹⁾.

الشروط التي تتعلق بالمدبوح:

1- أن يدرك الذابح الحيوان قبل الذبح وفيه حياة مستقرة، والمقصود بالحياة المستقرة أن لا ينتهي الحيوان بسبب مرض أو جرح إلى سياق الموت، بحيث تصبح حركته اضطراباً كاضطراب المدبوح.

2- قطع كل من الحلقوم والمريء والدليل على ذلك حديث رافع بن خديج رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «ما أنهر الدم وذكر اسم الله عليه فكلوه، ليس السن والظفر»⁽²⁾. وشرط ذلك ما ينهر الدم، وإنما يكون ذلك بقطع كل من الحلقوم والمريء، فإن الحياة تنفق بقطعهما وتوجد بسلامتهما.

3- الإسراع بالقطع وبدفعة واحدة ولا يقطع البعض دون الآخر لما فيه من تأخر فوات الحياة، ولا يعذب الحيوان لقوله صلى الله عليه وسلم: «إن الله كتب الإحسان على كل شيء، فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة»⁽³⁾.

(1) ينظر: مسائل أحمد بن حنبل، 1/264.

(2) أخرجه مسلم في صحيحه، 6/78، رقم 5204، باب جواز الذبح بكل ما أنهر.

(3) أخرجه مسلم في صحيحه، 6/78، رقم 5267، باب الأمر بإحسان الذبح.

4- أن لا يكون محرماً، أي قد نص الشارع على تحريمه مثل الخنزير أو صيد الحرم، فلا يحل أن يذكى لقوله تعالى: ﴿أَحَلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةَ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّي الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ إِنَّ اللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ﴾ [سورة المائدة آية 2]، ومعنى هذا أي لا تحلوا الصيد وأنتم محرمون⁽¹⁾.

الشروط المتعلقة بألة الذبح:

1- الذكاة تحل بكل ما ينهر الدم ويحصل به القطع جرحاً كالمحدد من السيف والسكين والرمح والحربة والزجاج والحجر والقصب الذي له حد يصنع ما يصنع السلاح المحدد، فلا تتم الذكية بما يقتل رضخاً بثفله كحجر غير محدد⁽²⁾.

2- أن لا تكون آلة الذبح سنناً ولا ظفراً، لصراحة الحديث في النهي عن الذكاة بالسن والظفر، فإذا اجتمع هذان الشرطان في شيء حلت الذكاة به⁽³⁾.

وجاءت هذه الشرائط مختصرة في الموسوعة الفقهية الكويتية وهي على

النحو التالي:

شروط الذابح:

أ- أن يكون عاقلاً.

ب- أن يكون مسلماً أو كتابياً.

(1) أخرجه البخاري في صحيحه، 2083/5، كتاب الذبائح والصيد.

(2) ينظر: اختلاف الأئمة العلماء، لابن هبيرة، 349/2.

(3) ينظر: نيل الأوطار، للشوكانى، 19/9.

ج- أن يكون حالاً إذا ذبح صيد البر؛ لقوله تعالى: ﴿وَحَرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرْمًا﴾ [سورة المائدة آية 98]، وقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا﴾ [سورة المائدة آية 3]

د- أن يسمي الله تعالى على الذبيحة عند التذكرة والقدرة.

هـ- ألا يهمل بالذبح لغير الله تعالى وزاد علماء المالكية :

1- أن يقطع من مقدم الرأس.

2- ألا يرفع يده قبل تمام الذبح.

3- أن ينوي التذكية⁽¹⁾.

شروط المذبح:

1- أن يكون حياً وقت الذبح.

2- أن يكون زهوق روحه بمحض الذبح.

3- أن لا يكون صيداً حرمياً، وزاد بعض المذاهب الأخرى:

- أن لا يكون مختصاً بالبحر وقد صرح بذلك علماء المالكية.

وبالجملة فإن الذكاة الشرعية تتم بإحدى الطرق التالية:

1- الذبح ويتحقق بقطع الحلقوم والمريء والودجين، وهي الطريقة المفضلة

شرعاً في تذكية الغنم والبقر والطيور ونحوها، وتجاوز في غيرها.

(1) ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، 183/21، شرائط الذابح.

2- النحر ويتحقق بالطعن في اللبة وهي الوهدة التي في أسفل العنق، وهي الطريقة المفضلة شرعاً في تذكية الإبل وأمثالها، وتجوز في البقر.

3- العقر: يتحقق بجرح الحيوان غير المقدور عليه في أي جزء من بدنه سواء الوحشي المباح صيده، والمتوحش من الحيوانات المستأنسة، فإن أدركه الصائد حياً وجب عليه ذبحه أو نحره.

ويشترط لصحة الذكاة ما يلي:

1- أن يكون المذكي بالغاً أو مميزاً مسلماً أو كتابياً يهودياً أو نصرانياً، فلا تؤكل ذبائح الوثنيين واللادينيين والملحدين والمجوس والمرتدين وسائر الكفار من غير الكتابيين.

2- أن يكون الذبح بألة حادة تقطع وتفري بحدتها، سواء أكانت من الحديد أو من غيره مما ينهر الدم، ما عد السن والظفر، فلا تحل المنخنقة بفعل غيرها، ولا الموقوذة: وهي التي أزهقت روحها بضربها بمثقل مثل الحجر أو غيره، ولا المتردية: وهي التي تموت بسقوطها من مكان مرتفع، ولا النطيحة: وهي التي تموت بالنطح، ولا ما أكل السبع: وهو ما افترسه شيء من السباع أو الطيور الجرحة غير المعلّمة المرسلّة على الصيد، على أنه إذ أدرك شيء مما سبق حياً حياة مستقرة فذكي جاز أكله.

3- أن يذكر المذكي اسم الله تعالى عند التذكية، ولا يكتفي بألة تسجيل لذكر التسمية، إلا من ترك التسمية ناسياً فذبيحته حلال.

هذا وقد نهت الشريعة الإسلامية عند الذكاة بالرفق والرحمة بالحيوان قبل ذبحه وفي أثناء ذبحه وبعد ذبحه:

فلا تحدّ آلة الذبح أمام الحيوان المراد ذبحه، ولا يذبح حيوان بمشهد حيوان آخر، ولا يذكّى بآلة غير حادة، ولا تعذب الذبيحة، ولا يقطع أي جزء منها ولا تسلخ ولا تغمس في الماء الحار ولا ينتف الريش قبل إزهاق الروح⁽¹⁾.

المبحث الرابع: حكم تناول لحوم الخيل:

الخيّل هي جماعة الأفراس، اسم جمع لا واحد له، مثل القوم والرهط والنفر، وقيل مفردة خائل، وسميت الخيّل بهذا الاسم الخيّل خيلاً ؛ لاختيالها في المشية⁽²⁾.

وأورد حكم تناول لحومها عند الفقهاء على النحو التالي:

أولاً: قال مالك⁽³⁾ :

إن أحسن ما سمع في الخيّل والبغال والحمير أنها لا تؤكل، والنهي هنا يقصد التحريم؛ لأن الله تبارك وتعالى قال: ﴿وَالْحَيْلَ وَالْبِغَالَ وَالْحَمِيرَ

(1) ينظر: قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي التابع إلى منظمة المؤتمر الإسلامي، إعداد: جميل أبو سارة، 164/1.

(2) ينظر: حياة الحيوان الكبرى، للتدميري، 295/1.

(3) هو مالك بن أنس بن مالك الأصبحي إمام دار الهجرة، ولد سنة 93هـ وأحد الأئمة الأربعة عند أهل السنة، له تصانيف عدة من أشهرها الموطأ، توفي 179هـ الأعلام للزركلي، 207/5.

لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً ﴿ [سورة النحل آية 8] وقال تعالى في الأنعام: ﴿ لِتَرْكَبُوا مِنْهَا وَمِنْهَا تَأْكُلُونَ ﴾ [سورة غافر آية 78].

وقال كذلك: ﴿ فَادْكُرُوا إِسْمَ اللَّهِ عَلَيْهَا صَوَافَّ فَإِذَا وَجَبَتْ جُنُوبُهَا فَكُلُوا مِنْهَا وَأَطْعِمُوا الْقَانِعَ وَالْمُعْتَرَّ ﴾ [سورة الحج آية 34]، حيث قال مالك: البائس هو الفقير وأن المعتز هو الزائر، فذكر الله سبحانه وتعالى الخيل والبغال والحمير للركوب والزينة، وذكر الأنعام للركوب والأكل، وبهذا قد صرح مالك وأصحابه وأبو حنيفة⁽¹⁾ والأوزاعي⁽²⁾ أن الخيل لا تؤكل⁽³⁾. وحثهم من جهة السنة الواردة بنقل الأحاد عن خالد بن الوليد⁽⁴⁾ أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « نهى عن أكل لحوم الخيل والبغال والحمير وكل ذي ناب من السباع »⁽⁵⁾.

(1) هو العثمان بن ثابت التيمي بالولاء، الكوفي أبو حنيفة إمام الحنفية، أحد الأئمة الأربعة عند أهل السنة، انقطع للتدريس والإفتاء وكان قوي الحجّة ومن أحسن الناس منطقتاً، قال الشافعي: الناس عيال في الفقه على أبي حنيفة، توفي سنة 150 هـ، الأعلام، للزركلي، 36/8.

(2) هو عبد الرحمن بن محمد الأوزاعي، إمام الديار الشامية في الفقه والزهد ولد في بعلبك ونشأ في البقاع وسكن بيروت وتوفي بها سنة 157 هـ، الأعلام، للزركلي، 320/3.

(3) ينظر: الاستذكار، لابن عبد البر، 296/5.

(4) هو خالد بن الوليد بن المغيرة المخزومي الصحابي كان من أشرف قريش في الجاهلية، أسلم قبل فتح مكة، فسر به رسول الله صلى الله عليه وسلم تولى قيادة الجيوش الإسلامية، حيث كان خطيباً فصيحاً، قال أبو بكر رضي الله عنه: عجزت النساء أن يلدن أمثال خالد، وأخباره كثيرة، توفي سنة 642م، ودفن بحمص وقيل بالمدينة، الأعلام، للزركلي، 300/2.

(5) أخرجه أبو داود في سننه، 239/2، باب في أكل لحوم الخيل.

وأورد النسائي في باب تحريم أكل لحوم الخيل ما نصه: «لا يحل أكل لحوم الخيل والبغال والحمير»⁽¹⁾.

قال مالك مبيناً وجه استدلاله من ذكر الله تعالى الخيل والبغال والحمير للركوب والزينة وذكر الأنعام للركوب والأكل، وبين وجه الدليل:

- أن لام التعليل تفيد أن الخيل وما عطف عليها لم تخلق لغير ذلك؛ لأن العلة المنصوصة تفيد الحصر، فإباحة أكلها خلاف ظاهر الآية التي هو أولى في الحجية من خبر الأحاد لو صح.

- عطف البغال والحمير على الخيل دال على اشتراكها معهما في حكم التحريم، فيحتاج من أفرد الحكم ما عطف عليه إلى دليل.

- أن الآية سيقت مساق الامتنان فلو كان ينتفع بها في الأكل لكان الامتنان به أعظم، والحكيم لا يمتن بأدنى النعم وهو الركوب والزينة هنا ويترك أعلاها ولاسيما وقد وقع الامتنان بالأكل في المذكورات قبلها في قوله ﴿وَمِنْهَا تَأْكُلُونَ﴾ [سورة غافر آية 78]..

- لو أبيح أكلها لفاتت بها فيما وقع الامتنان به من الركوب والزينة⁽²⁾.

وروى أبو داود والنسائي عن خالد بن الوليد نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم لحوم الخيل والبغال والحمير، لكن ضعفه البخاري والإمام أحمد

(1) أخرجه النسائي في سننه، 202/7.

(2) ينظر: شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، 121/3.

وابن عبد البر وغيرهم لكنه يتقوى بظاهر القرآن⁽¹⁾.

ثانياً: إباحة أكل لحوم الخيل:

وذهب الجمهور والشافعي وأحمد إلى حل أكل لحم الخيل بلا كراهة، واستدلوا بأدلة منها: حديث جابر بن عبد الله⁽²⁾ قال: «نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم خيبر عن لحوم الحمر وأذن لنا في لحوم الخيل»⁽³⁾ وكذلك حديث جابر قال: «ذبحنا يوم خيبر الخيل والبغال ولم ينهانا عن الخيل»⁽⁴⁾.

وروى هشام بن عروة⁽⁵⁾ عن أسماء بنت أبي بكر⁽⁶⁾ قالت: «نحرنا فرساً على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فأكلناه»⁽⁷⁾.

وبهذا قال أبو عمر أما أهل العلم بالحديث، فحديث الإباحة في لحوم الخيل أصح عندهم وأثبت من النهي⁽⁸⁾.

(1) ينظر: شرح الزرقاني على الموطأ، 3/121.

(2) هو جابر بن عبد الله بن عمرو بن حرام بن كعب الأنصاري، أحد المكثرين عن النبي صلى الله عليه وسلم، قيل أنه شهد تسع عشرة عروة، توفي سنة 73هـ الإصابة، 1/434.

(3) أخرجه البخاري في صحيحه، 5/210، رقم 5201، باب لحوم الخيل.

(4) أخرجه أبو داود في سننه، 11/244، رقم 3791، باب في أكل لحوم الخيل.

(5) هو هشام بن عروة بن الزبير بن العوام الأسدي من علماء المدينة ولود ومات بها سنة 146هـ وأخباره كثيرة، الأعلام، للزركلي، 8/87.

(6) هي أسماء بنت أبي بكر الصديق القرشية التيمية، زوج الزبير بن العوام وهي ذات النطاقين، توفيت سنة 73هـ الأعلام، للزركلي، 1/305.

(7) أخرجه البخاري في صحيحه، 5/2101، باب لحوم الخيل.

(8) ينظر: الاستذكار، لابن عبد البر، 5/296.

ووجه الدلالة من هذين الحديثين هو الإخبار بأن الرسول صلى الله عليه وسلم أباح لحوم الخيل في الوقت الذي منعهم فيه من لحوم الحمير فدل ذلك على اختلاف حكمهما⁽¹⁾.

والرأي الراجح في نظر الباحث هو رأي الإمام مالك وأصحابه وأبو حنيفة والأوزاعي بأن الخيل لا تؤكل.

المبحث الخامس: حكم اللحوم المستوردة من البلدان الأجنبية:

إنَّ البحث في اللحوم المستوردة من بلدان غير إسلامية كان من باب الاجتهاد وذلك يرجع إلى أمرين رئيسيين:

الأمر الأول: إن الفقهاء القدامى لم يبحثوا في هذا الموضوع أصلاً؛ لأنه لم يكن واقعاً في عصرهم، فكان لا بد من الاجتهاد بالرأي على ضوء ما تقرر في أحكام هذا التشريع الإلهي، نظراً لتطور وسائل تذكية الحيوانات واختلافها من بلد لآخر، ومن شريعة لأخرى في الوقت الحاضر.

الأمر الثاني: الحاجة الماسة إلى معرفة حكم الشرع في هذه اللحوم التي تستورد وتجلب من بلدان غير إسلامية على ضوء الوسائل التي يستعملها كل بلد منها في ذكاة الحيوان، فالمسلمون اليوم يستوردون من اللحوم ما يتوقف حلّه على توفر الذكاة الشرعية فيه، مثل البقر والغنم والدجاج، وقد وقع المسلمون في

(1) ينظر: المنتقى شرح الموطأ، للزرقاني، 73/3.

حيرة من أمر هذه اللحوم، ومن ثمَّ كثر التساؤل حول هذه اللحوم الوافدة من البلاد غير الإسلامية، هل تحمل صفة الحل أم صفة الحرمة؟ لذلك هناك طرق قديمة وحديثة متداولة في الدول غير المسلمة⁽¹⁾ لإزهاق روح الحيوان، لا بد من التعريف بها لمعرفة هل تعتبر تذكية الحيوان شرعيةً بحيث يمكن الحكم بأن الحيوان الذي وقعت عليه حلالاً أم لا؟ وهذه الطرق هي:

- طريقة قطع الرقبة: وهي عبارة عن قطع رقبة الحيوان بكاملها، وبسرعة فائقة، فإذا كان هذا القطع يقع على مكان الذبح أي ما يسمى بالأوداج فإن جمهور الفقهاء يجيزون هذا الذبح عدا المالكية؛ لأن المقصود قد تمَّ وهي طريقة ناجحة في استنزاف الدم، أما المالكية فقد خالفوا الجمهور، ويقولون بأن قطع الرقبة من القفا ليس طريقاً أو سبباً موصلاً للحل، فلا تعتبر ذكاة شرعية⁽²⁾، ويرد على المالكية: أن المقصود هو إنهار الدم بقطع العروق وقد تمَّ ذلك، فلم يبق لهم وجه لمخالفة رأي، أو اجتهاد الجمهور الذين سدوا الذريعة بشرط قطع العروق وفي الحيوان حياة مستقرة، حتى يكون رفع حياته بالذبح لا بالموت أو الخنق وعلى هذا فإن رأي الجمهور هو الأرجح⁽³⁾.

(1) يقصد بالدول غير المسلمة، أوروبا وأستراليا والبرازيل، وهي غالباً ما يستورد منها اللحم.

(2) ينظر: القوانين الفقهية، لابن جزي، ص: 189.

(3) ينظر: المبسوط، للسرخسي، 6/12، مغنى المحتاج للشرييني، 271/4، المقنع، لابن مفلح،

- لكن الرأي الذي أرجحه هو رأي الإمام مالك مع عدم ذكر اسم الله على الذبيحة.

- طريقة التدويخ: وهي إتمام عملية تدويخ الحيوان إما ما يعرف بالصدمة الكهربائية، وهي طريقة حديثة تستعمل في صغار الحيوانات كالعجول والأغنام والأرانب وكيفية إمرار تيار كهربائي بشدة معينة تؤدي إلى توقف القلب، ولاشك أن هذه الطريقة لا تدمي الحيوان، وإنما تحدث صدمة قد تؤدي إلى شلل في الحيوان قبل موته، وهذا وجب تذكّيته بالشروط التي تقدم ذكرها، أما إذا مات بالصعق الكهربائي فلا يحل أكله⁽¹⁾.

- وإما بطريقة المسدس الواقد الذي يحدث ثقباً في جوف الجمجمة، وهو يؤدي إلى فقدان الوعي بشكل فوري نتيجة تمزق جزء من الدماغ وكان قديماً بما يشبه البلطة تهوي على رأس الحيوان فيفقد الوعي ويضعف القوى وهذه الطريقة البدائية كانت تستخدم للحيوان الكبير، وهي خطوة أولى لذبح الحيوان، ومن الواضح أن الحيوان إذا مات بهذه الطريقة لا يؤكل من حيث أن هذه الطريقة لا تقوم مقام التذكية⁽²⁾.

وهذه الطريقة لا يقرها الشرع؛ لأنها تؤدي إلى تعذيب الحيوان وتعرضه لقسوة لا مبرر لها.

(1) ينظر: فتاوى وتحقيقات، للصادق الغرياني، ص: 137.

(2) ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته، لوهبة الزحيلي، 33/4.

- طريقة استعمال غاز ثاني أكسيد الكربون: وهي مستعملة في معظم الدول الأوروبية وكيفيةها: وضع الحيوان في مكان يحتوي على ثاني أكسيد الكربون، وهذه الطريقة تعتبر خنقاً للحيوان في الغالب، وإذا غلب جانب التحريم لم يحل الحيوان بالطريقة التي تفضي إلى ذلك، فلو خنق بمادة كيميائية، والخنق حبس الدم في العروق، لا إنهاره وهو سر تحريم الميتة والموقوذة والمتردية⁽¹⁾.

- أو بواسطة مادة مخدرة كالنبيج⁽²⁾ بشكل حقن، أو أكل بتقديم مادة مخدرة في طعام الحيوان، وقد ثبت علمياً أن التخدير غير التدويخ من حيث الأثر في الحيوان، فالتخدير إفقاد الشعور بالألم بخلاف التدويخ فهو إفقاد الشعور بالوعي الحقيقي الكامل، فضلاً عن أن التدويخ قد يصحبه شلل في بعض صورته لما يحدثه من صدمة عصبية، وقد يوقف القلب فجأة فيموت الحيوان بالسكتة القلبية، غير أن تكاليف التخدير باهظة جداً ولم يستعمل في الحيوان لاستخلاص لحمه للطعام، ولو كانت عملية التخدير تؤثر في حياة الحيوان بحيث لو ترك بعدها بدون ذبح فقد حياته، فإن الذبح وفتنذ يكون قد ورد على ميتة، فلا يحل أكلها في الإسلام⁽³⁾.

- أو الخنق بالطريقة الإنجليزية: وهي أبرع طريقة في نظر الأوربيين، وتقوم على خرق جدار صدر الحيوان بين الأضلاع، ثم ينفخ بمنفاخ فيختنق الحيوان

(1) ينظر: فتاوى إسلامية، لابن باز وآخرون، 574/3.

(2) التخدير: ضرب من النبات ينتبذ به، أو يقوي به النبيذ، لسان العرب، لابن منظور، 215/2.

(3) ينظر: فتاوى الأزهر، لوزارة الأوقاف المصرية، 117/10.

نتيجة لضغط هواء المنفاخ على رئتي الحيوان، وهذه الطريقة تؤدي إلى موت الحيوان بالاختناق، فالحكم بالتحريم واضح⁽¹⁾.

وهناك طرقاً أخرى لإزهاق روح الحيوان، لغرض تحصيل لحمه للغذاء، فمنها:

تدويخ الدجاج بمدوخ كهربائي، ووضع الدجاج في أماكن شديدة البرودة ليموت فيها، ثم يسحب من الدجاج المجمد حسب الطلب، وطريقة طرق رؤوس الدجاج آلياً، وطريقة قتل أعناق الطيور، ووضع الدجاج في الماء الحار، وكل ذلك يعتبر ميتة محرمة⁽²⁾.

ومن خلال حكم الشريعة الإسلامية يمكن أن تقسم اللحوم المستوردة من البلدان الغير إسلامية إلى ثلاثة أقسام:

أ- إذا كان استيراد اللحوم من بلاد غالبية سكانها من أهل الكتاب، وتذبح حيواناتها في المجازر الحديثة مع مراعاة شروط التذكية الشرعية فهي تعتبر لحوم حلال؛ لقوله تعالى: ﴿وَطَعَامُ الَّذِينَ ءُوتُوا الْكِتَابَ حَلَلٌ لَّكُمْ﴾ [سورة المائدة آية 6].

ب- اللحوم المستوردة من بلاد غالبية سكانها من غير أهل الكتاب فهي محرمة، لغلبة الظن بأن إزهاق روحها وقع ممن لا تحل تذكيته.

(1) ينظر: فتاوى وتحقيقات، للصادق الغرياني، ص: 136.

(2) ينظر: الفقه الواضح، لمحمد بكر إسماعيل، 2/398.

ج- اللحوم المستوردة من بلاد غالبية سكانها من غير أهل الكتاب، إذا تَمَّتْ تذكيتها تذكية شرعية تحت إشراف هيئة إسلامية معتمدة، وكان المذكي مسلماً أو كتابياً فهي حلال⁽¹⁾.

إن الأصل في اللحوم المستوردة التحريم حتى يثبت العكس عملاً بقاعدة:

والأصل في الإبضاع واللحوم والنفس والأموال للمعصوم
تحريمها حتى يجئ الحل فأفهم هداك الله ما يُمل⁽²⁾.

والحل في اللحوم المستوردة من أهل الكتاب، إلا أن يثبت للمسلم أن

الحيوان محرم بعينه، أو ميتة، أو أهل بها لغير الله.

وكيفية العلم بها تثبت بقرائن ومن هذه القرائن:

- أن يكون مورده مسلماً ظاهراً بالعدالة.

- التأكيد على أنه مذكي على الطريقة الإسلامية.

فالقرائن : إما أن تكون قوية فيتقوى بها الحل، وإما أن تكون ضعيفة

فيضعف القول بالحل، وإما أن تكون بين ذلك فيكون الحكم متردداً بين الحل

والحرمة، والذي ينبغي - حينئذ - سلوك سبيل الاحتياط واجتناب ما يشك في

حلّه عملاً بقول الرسول - صلى الله عليه وسلم - « الحلال بين والحرام بين

وبينهما أمور مشتهيات لا يعلمها كثير من الناس فمن اتقى الشبهات استبرأ لدينه

وعرضه ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام كالراعي يرعى حول الحمى

(1) ينظر: قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، إعداد: جميل أبو سارة، 1/164.

(2) ينظر: مجموعة الفوائد البهية على منظومة القواعد البهية، لصالح الأسمرى، 1/13.

يوشك أن يرتع فيه»⁽¹⁾ وقوله صلى الله عليه وسلم: «دع ما يريبك إلى ما لا يريبك»⁽²⁾.

أما عبارة حلال مذبوح على الطريقة الإسلامية الملتصقة على الذبائح المستوردة من البلدان غير إسلامية فقد لا تعني شيئاً، وهي في معظمها مجرد دعاية تجارية لتسويق السلعة، يمكن لكل شركة، بل كل صاحب دكان إصاقتها لمجرد الكسب ونفاق السلعة، فلا يوثق بها، ولا يجوز أكل الذبيحة اعتماداً عليها، إلا إذا كانت هذه الشهادة صادرة من جهة موثوقٌ بها راقبت الذبائح بنفسها ذبيحة ذبيحة، وأسندت الأمر فيها إلى أناس موثوق بدينهم وأمانتهم، وتولوا ذلك بأنفسهم⁽³⁾.

بعد هذا العرض حول اللحوم المستوردة من البلدان الغير إسلامية يمكن التخلص نهائياً من المشكلات الناجمة عن استيرادها ينبغي مراعاة ما يلي:

- العمل على تنمية الثروة الحيوانية في البلاد الإسلامية لتحقيق الاكتفاء الذاتي.

- الاقتصار كلما أمكن على البلاد الإسلامية في استيراد اللحوم.

(1) أخرجه مسلم في صحيحه 3/1219، رقم 1599، باب أخذ الحلال وترك الشبهات.
(2) أخرجه الترمذي في سننه، 4/668، رقم 2518، باب الورع عن رسول الله صلى الله عليه وسلم.

(3) ينظر: فتاوى وتحقيقات، للصادق الغرياني، ص 138.

- تتولى منظمة المؤتمر الإسلامي اختيار جهة إسلامية تتولى مهمة المراقبة للحوم المستوردة، وتكليف مؤسسة تقوم بهذا العمل المباشر في هذا المجال، مع التفرغ التام لشؤونه، ووضع ضوابط ولوائح مفصلة عن شروط الذكاة الشرعية.
- الاستعانة بخبراء فنيين وشرعيين ليتولوا الإشراف على هذه المهمة.
- وضع علامة تجارية عالمية على اللحوم المستوردة في سجل العلامات التجارية المحمية قانوناً.
- يطلب من مصدري اللحوم ومستورديها ضمان الالتزام بشروط التذكية فيما يصدر إلى البلاد الإسلامية، حتى لا يقع المسلمون في الحرام.

الخاتمة:

- في نهاية هذا البحث أوجز ما ظهر لي من نتائج وذلك على النحو التالي:
- الذكاة: ذبح أو نحر مقدور عليه مباح أكله من حيوان يعيش في البر، لا جراد ونحوه.
 - لا يحل أكل أي جزء من الحيوان البري بدون الذكاة. تحريم الدم المسفوح؛ لأنه يسبب ضرراً لجسم الإنسان بفعل الجراثيم والميكروبات التي تعيش فيه.
 - أن يكون الذابح مسلماً عاقلاً، ويذكر الله عند الذبح، وألا يهل بالذبح لغير الله.
 - أن يكون الذبح بآلة حادة تقطع بحدتها سواء أكانت من حديد أو غيره.

- الرفق والرحمة بالحيوان قبل ذبحه وأثناء ذبحه وبعد ذبحه.
- أحسن ما سمع في الخيل والبغال والحمير أنها لا تؤكل.
- الاجتهاد بالرأي في مسائل تذكية الحيوان واختلافها من بلد لآخر ومن شريعة لأخرى في الوقت الحاضر.
- يستورد المسلمون اليوم اللحوم ما يتوقف على حلّه وشرط توفر الزكاة الشرعية فيه مثل البقر والغنم والدجاج.
- كل الطرق المستعملة في أوروبا وغيرها في ذكاة الحيوان من خنق ووقذ وكهرباء وغاز ثاني أكسيد الكربون فهي لا تعتبر ذكاة شرعية لا تؤكل.
- يشترط في مورّد اللحوم إلى البلاد الإسلامية أن يكون مسلماً ظاهراً والعدالة.
- التأكيد على هذه اللحوم أنها مذكاة وفق الشريعة الإسلامية.
- العمل على تنمية الثروة الحيوانية لتحقيق الاكتفاء الذاتي.
- يتم استيراد اللحوم من البلاد الإسلامية فقط.
- الاستعانة بخبراء فنيين وشرعيين للإشراف على عملية الذبح في البلدان الغير إسلامية.
- وختاماً أسأل الله تعالى وحده التوفيق والسداد، وقبول الأعمال، وهو حسبي، لا رب سواه.
- وصلّى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

المصادر والمراجع :

القرآن الكريم برواية الامام قالون عن نافع المدني

- 1- اختلاف الأئمة العلماء، ليحيى بن محمد بن هبيرة الشيباني، تح: السيد يوسف أحمد، ط1، 2002م، دار الكتب العلمية، بيروت.
- 2- الاستذكار، الجامع لمذاهب الفقهاء الأنصار، لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري القرطبي، تح: سالم محمد عطا وآخرون، 2000م، دار الكتب العلمية، بيروت.
- 3- الأعلام، قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء والمستعربين والمستشرقين، لخير الدين الزركلي، ط10، 1992م، دار العلم للملايين، بيروت.
- 4- الإصابة في تمييز الصحابة، لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تح: علي محمد البجاوي، 1992م، دار الجيل، بيروت.
- 5- الأم، لمحمد بن إدريس الشافعي أبو عبد الله، 1393هـ، دار المعرفة، بيروت.
- 6- الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، لشرف الدين موسى بن أحمد بن موسى الحجراوي، تح: عبد اللطيف محمد موسى، دار المعرفة، بيروت.
- 7- الجامع الصحيح سنن الترمذي، لمحمد بن عيسى بالترمذي السلمي، تح: أحمد شاكر وآخرون، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- 8- الخلاصة الفقهية على مذهب السادة المالكية، لمحمد العربي القروي، دار الكتب العلمية بيروت.

- 9- السسن الكبرى، لأحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي، تح: عبد الغفار سليمان ط1، 1991م، دار الكتب العلمية، بيروت.
- 10- الشرح الكبير، لأبي البركات، أحمد بن محمد العدوي، الشهير بالدردير، طبع إحياء الكتب العربية.
- 11- الفقه الإسلامي وأدلته، لوهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق.
- 12- الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، لمصطفى الخن وآخرون، ط4، 1992م، دار القلم، دمشق.
- 13- القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً لسعدي أبو جيب، إعادة الطبعة الأولى، 1998م، دار الفكر، دمشق.
- 14- المبدع شرح المقنع، لإبراهيم بن محمد بن عبد الله بن حمد بن مفلح، 2003م، دار الكتب العلمية، الرياض.
- 15- المبسوط، لشمس الدين أبو بكر محمد بن سهل السرخسي، تح: خليل محي الدين الميس، ط1، 2000م، دار الفكر بيروت.
- 16- المعجم الوسيط، لإبراهيم مصطفى وآخرون، تح: مجمع اللغة العربية، دار الدعوة.
- 17- المغرب في ترتيب المعرب، لأبي الفتح ناصر الدين بن عبد السيد بن علي بن المطرز، تح: محمود فاخوري وآخرون، ط1، 1979، مكتبة أسامة بن زيد، حلب.

18- الموسوعة الفقهية الكويتية، لوزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت،

1428هـ-1427هـ، عدد الأجزاء 45 جزءاً.

19- النهاية في غريب الحديث والأثر، لأبي السعادات المبارك بن محمد

الجزري، تح: طاهر أحمد الزاوي وآخرون، 1979م، المكتبة العلمية، بيروت.

20- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لعلاء الدين الكاساني، ط1، 1982م،

دار الكتاب العربي، بيروت.

21- سنن أبي داود، لأبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني، دار الكتاب

العربي، بيروت.

22- سنن البيهقي الكبرى، لأحمد بن بالحسين بن علي بن موسى أبو بكر

البيهقي، تح: حمد عبد القادر عطا، 1994م، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة.

23- شرح الزرقاني، على الموطأ للإمام مالك، لمحمد بن عبد الباقي بن

يوسف الزرقاني، 1411هـ، دار الكتب العلمية، بيروت.

24- صحيح البخاري، الجامع الصحيح، لمحمد بن إسماعيل البخاري، تح:

مصطفى ديب البغا، ط3، 1987، دار ابن كثير، بيروت.

25- صحيح مسلم، لمسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري، تح:

محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

26- فتاوى إسلامية، لأصحاب الفضيلة العلماء: عبد العزيز بن باز وآخرون،

تح: محمد بن عبد العزيز المسلم، نقلاً عن المكتبة الشاملة، موقع ملتقى أهل

الحديث.

- 27- فتاوى الأزهر، لذكريا البري، ط1، 1980م، وزارة الأوقاف المصرية.
- 28- فتاوى وتحقيقات في مسائل فقهية تكثر الحاجة إليها، للصادق عبد الرحمن الغرياني، ط1، 2003م، دار ومكتبة الشعب، مصراته، ليبيا.
- 29- قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، الدورات من الدورة الأولى في عام 1406هـ إلى الدورة الثامنة عشرة في عام 1428هـ، إعداد: جميل أبو سارة.
- 30- قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية، لمحمد بن أحمد بن جزئي الكلبي الغرناطي، دار العلم للملايين، بيروت.
- 31- لسان العرب، لمحمد بن مكرم بن منظور الأفرريقي المصري، ط1، دار صادر، بيروت.
- 32- مجموعة الفوائد البهية على منظومة القواعد البهية، لصالح بن محمد بن حسن الأسمرى، أعتنى بإخراجها متعب بن مسعود الجعيد، ط1، 2000م، دار الصمعي للنشر والتوزيع.
- 33- مسائل الإمام أحمد بن حنبل، رواية ابن أبي الفضل صالح، 1988م، دار العلمية، الهند.
- 34- معجم البلدان، لشهاب الدين أبي عبد الله ياقوت الحموي، 1977، دار صادر، بيروت.
- 35- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، لمحمد الخطيب الشربيني، دار الفكر، بيروت.

- 36- موسوعة الفقه الإسلامي، لوزارة الأوقاف المصرية.
- 37- موطأ مالك، لمالك بن أنس أبو عبد الله الأصبحي، رواية محمد بن الحسن الشيباني، تح: تقي الدين الندوي، ط1، 1991م، دار القلم، دمشق.
- 38- نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، لمحمد بن علي الشوكاني، تح: علي محمد معوض وآخرون، 2000م، دار الكتاب العربي، بيروت.

الاستحالة الفقهية وأثرها في الانتفاع بالأعيان النجسة دراسة نظرية تطبيقية

إعداد الدكتور: عبد السلام محمد العكاشي

عضو هيئة التدريس بكلية الآداب بجامعة المرقب

تمهيد:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد
وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد:

ففي هذا العصر الذي توسعت فيه قاعدة الإنتاج، وتنوعت وانتشرت فيه
المنتجات مع اختلاف مصادرها، وما يقابل ذلك من انتشار واسع لهذه المنتجات،
وذلك بسبب ما يشهده السوق من اتصال سريع وانتشار واسع، فالعالم اليوم
أصبح وكأنه قرية واحدة، فما ينتج اليوم في أقصى الغرب يمكن أن يعرض في
الغد القريب في السوق في أقصى الشرق.

هذه السرعة في الانتشار، وهذا التنوع في المنتجات وزيادتها زادت معه حيرة
الإنسان المسلم، فبقدر ما فيها من المتعة والتمتع بقدر ما فيها من توجس عند المسلم،
ومصدر هذا التوجس والخوف يعود إلى أصل هذه المنتجات هل هو من حلال أو
من حرام؟ فزادت بذلك التساؤلات عن حكم الانتفاع بها حتى أصبحت هذه

التساؤلاتُ توازي الزيادةَ في توسُّعِ المنتجاتِ لا سيَّما عند من يُقيِّمون في البلادِ غيرِ المسلمة.

وبما أن جوازَ الانتفاعِ - سواء بالأكلِ أو الشربِ أو البيعِ أو الشراءِ أو غيرِ ذلك - متوقِّفٌ على مدى خلوِّ المنتجِ من الحرام، وبما أن بعضَ - بل أغلبَ - المنتجاتِ الواردةِ إلينا من خارجِ بلادِ الإسلامِ مشتملةٌ على موادٍّ من أصلٍ محرَّم فالقولُ بجوازِ الانتفاعِ بها متوقِّفٌ على مدى انقلاَبِها وتحوُّلِها إلى موادٍّ أخرى عند اختلاطِها بغيرها بما قد يرفعُ عنها حكمَ التحريمِ ويثبتُ لها الجوازَ، ولا يتمُّ هذا إلا عن طريق ما عُرِفَ عند العلماءِ بعمليةِ الاستحالةِ.

من هنا جاء اختلافُ العلماءِ في مدى تأثيرِ الاستحالةِ في تحويلِ الأعيانِ من نجسةٍ محرَّمةٍ إلى طاهرةٍ منتفعٍ بها فتناولوها قديماً وحديثاً بالبحثِ والدراسةِ. والاستحالةُ مصطلحٌ معروفٌ منذ القدمِ عند علماءِ المسلمين⁽¹⁾؛ فقد ذكروه عند تناولهم للمسائلِ الفقهيةِ المتعلقةِ بانقلابِ الأعيانِ أو استحالتها، وكانوا أكثرَ ما يذكرونه في مسألةِ تخلُّلِ الخمرِ، أي عند اختلافِهم المعروفِ في طهارةِ الخمرِ

(1) من الفتاوى التي تُعتبرُ أصلاً لبحثِ هذه المسألةِ ما سُئِلَ عنه الإمامُ أحمدُ عن خَبَازٍ خَبَزَ خَبِزاً فَبَاعَ مِنْهُ، ثُمَّ نَظَرَ فِي الْمَاءِ الَّذِي عَجِنَ مِنْهُ، فَإِذَا فِيهِ فَأَرَةٌ، فَقَالَ: "لَا يَبِيعُ الْخَبِزَ مِنْ أَحَدٍ، وَإِنْ بَاعَهُ اسْتَرَدَّهُ... وَيَطْعَمُهُ مِنَ الدُّوَابِّ مَا لَا يُؤْكَلُ لِحْمَهُ، وَلَا يَطْعَمُ مَا يُؤْكَلُ لِحْمَهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ إِذَا أَطْعَمَهُ لَمْ يَذْبَحْ حَتَّى يَكُونَ لَهُ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ عَلَى مَعْنَى الْجَلَالَةِ" ينظر المغني 350/13 ويفهم من هذه الفتوى عدم إعمالِ الاستحالةِ في العينِ النجسةِ. وهو مذهبُ الإمامِ أحمدَ كما سيأتي.

إذا تخلّلت بنفسها أو بفعل فاعلٍ هل تطهرُ أم لا؟ وفي مسألة طهارة الجلدِ بالدباغ، وكذلك مسألة الجلالةِ وغيرها من المسائل الفقهية المشهورة. وسأتناولُ - بعون الله - بعض جوانب هذه المسألة في مبحثين: الأول نظري، والثاني تطبيقي.

المبحث الأول: الدراسة النظرية

كما سبق القول: إن العلماء تناولوا نظرية الاستحالة قديماً وحديثاً من خلال الفتاوى والأحكام التي صدرت عنهم في بعض النوازل، وسيكون الكلام في هذا المبحث عن تناول العلماء لهذه المسألة من الناحية النظرية، وذلك بتتبع بعض نصوصهم في هذه المسألة، وسيكون ذلك من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: تعريف الاستحالة لغةً واصطلاحاً

الاستحالة في اللغة: من التحول وهو التغيير، يقال: استحال الشيء إذا تغير عن طبيعته ووصفه⁽¹⁾.

أمّا الاستحالة في الاصطلاح الفقهي فقد عرفها الفقهاء بعدة تعريفات، فعرفها ابنُ عابدين⁽²⁾ بأنّها:

(1) ينظر: المصباح المنير 79/1 ولسان العرب 11/184

(2) محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي، فقيه الديار الشامية وإمام الحنفية في عصره، له مؤلفات كثيرة منها: رد المحتار على الدر المختار المعروف بحاشية ابن عابدين، توفي - رحمه الله - سنة (1252هـ). له ترجمة في الأعلام 6/42.

"تغيُّر العينِ النجِسةِ وانقلابُ حقيقتِها إلى حقيقةٍ أخرى كانقلابِ الخمرِ خلًّا¹ والخنزيرِ ملحاً² والسرجينِ رماداً"³.

وعرَّفها الحطَّابُ⁴ من المالكيَّةِ بأنَّها: "إزالةُ صفاتِ العينِ النجِسةِ إلى صفاتٍ أخرى مخالفةٍ، وإزالةُ اسمِها إلى اسمٍ آخر"⁵.

وقد حدَّدَ القرافيُّ في فروقه الاستحالةَ تحديداً دقيقاً حيث قال: "اعلم أنَّ إزالةَ النجاسةِ في الشريعةِ تقعُ على ثلاثةِ أقسامٍ: إزالةً، وإحالةً، وهما معاً. ولكلِّ قاعدةٍ من هذه القواعدِ خاصيةٌ تمتازُ بها: أمَّا الإزالةُ فبالماءِ في الثوبِ والجسدِ والمكانِ، وأمَّا الإحالةُ ففي الخمرِ تصيرُ خلًّا، وأمَّا هما معاً ففي الدباجِ؛ فإنَّه إزالةٌ للفضلاتِ المتنجِّسةِ التي توجبُ العصرَ فيخرجُ ما في الجلودِ من ذلك، وأمَّا الإحالةُ فلأنَّ صفةَ الجلودِ تتغيَّرُ عن هيئتها إلى هيئةٍ أخرى..."⁶

(1) رد المحتار 518/1 وينظر: أعمال وبحوث الدورة السابعة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي في مكة المكرمة 217/3 بحثٌ للدكتور عبد الفتاح محمود إدريس بعنوان: (حكم استعمال الدواء المشتمل على شيءٍ من نجسِ العينِ كالخنزيرِ وله بديلٌ أقلُّ منه فائدةً كالهيبارين الجديد).

(2) أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المعروف بالحطاب، فقيه أصولي صوفي، من مصنفاته: مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، وغيرها، توفي - رحمه الله سنة (954هـ). له ترجمة في: شجرة النور ص 270.

(3) ينظر: مواهب الجليل لشرح مختصر خليل 138/1. لأبي عبد الله محمد بن محمد الحطاب - دار الكتب العلمية - ط: الأولى 1416هـ - 1995م.

(4) ينظر: الفروق لأبي العباس أحمد بن إدريس القرافي - وبهامشه أنوار البروق في أنواء الفروق 204/2 - دار الكتب العلمية بيروت لبنان - ط: الأولى 1418هـ - 1998م.

ومن التعريفات المعاصرة لها: "أنها عبارة عن انقلاب عين النجاسة وتحوّلها إلى عين أخرى طبيعياً أو صناعياً (بمعالجة) بحيث تتغيّر خصائص العين كلياً من حيث الاسم والوصف والشكل، ممّا ينتج عنها عين جديدة مختلفة عن العين السابقة⁽¹⁾."

المطلب الثاني: الاستحالة في المصطلح العلمي

عرّف بعض المتخصّصين الاستحالة بأنّها: "كلُّ تفاعلٍ كيميائيٍّ يُحوّلُ المادّةَ إلى مركّبٍ آخرٍ على أنّها ضربٌ من استحالة العين إلى عين أخرى، كتحوّل الزيوت والشحوم على اختلاف مصادرها إلى صابون"⁽²⁾

ذلك أنّ التفاعل الكيميائيّ هو أيضاً عبارة عن تفاعلٍ عدّة موادّ - بعد خلطها - تفاعلاً كيميائياً واتحادها معاً مكونةً مركّباً كيميائياً جديداً له صفاتٌ فيزيائيةٌ وكيميائيةٌ مختلفةٌ عن مكونات الخليط؛ وبذلك تتحوّل الموادُ وتذوبُ خصائصها لتكوّن موادّ جديدةً كتفاعل المعادن أو القلويّات مع الأحماض لتكوين الأملاح.

كما عرّف بعض المتخصّصين الاستحالة بأنّها تحوّلُ المادّةِ إلى مادّةٍ أخرى مختلفةٍ لها صفاتٌ فيزيائيةٌ وكيميائيةٌ نتيجةً للتغيّرات الكيميائية في البناء الجزيئيّ للمادّة كتحوّل الكحول إلى خلّ⁽³⁾.

(1) ينظر: الاستحالة وأحكامها في الفقه الإسلاميّ ص: 86 لـ قذافي عزات الغنאים - دار النفائس - ط: الأولى.

(2) ينظر: المواد المحرمة والنجسة في الغذاء والدواء بين النظرية والتطبيق ص: 16 لـ نزيه حماد. دار القلم الطبعة الأولى.

(3) ينظر: بحث الدكتور عبد الفتاح محمود إدريس مصدر سابق.

إذن فالاستحالة والتفاعل الكيميائيُّ هما بمعنى واحدٍ.
وعند النظر في التعريفات الفقهية والعلمية للاستحالة أو التفاعل الكيميائيُّ
تجدُ أنَّ معناها عندهم لا يبتعدُ عن المعنى اللُّغويِّ للاستحالة، وأنَّهم متَّفِقون
على أنَّ الاستحالةَ هي عبارةٌ عن تغيُّرٍ وانقلابٍ عينِ النجاسةِ إلى عينٍ أخرى
تغيُّراً وانقلاباً كلياً.

المطلب الثالث: الفرقُ بين الاستحالةِ والاستهلاكِ

يُطلقُ الاستهلاكُ على معنيين: أحدهما: تصييرُ الشيءِ هالكاً، فيقال: استهلك
فلانٌ ماله أي أنفقَه، ثانيهما: اختلاطُ العينِ بغيرها على وجهٍ يفوتُ الصفاتِ
الموجودةَ فيها والخصائصَ المقصودةَ منها، بحيثُ تصيرُ كالهالكةِ، وإن كانت
باقيةً كامتزاجِ نقطةِ خمرٍ أو لبنٍ في ماءٍ مائعٍ غالبٍ⁽¹⁾، فالنجاسةُ القليلةُ عند
وقوعها في مائعٍ كثيرٍ طاهرٍ تُستهلكُ فيه ولا يبقى لها أثرٌ، وتذهبُ بذلك جميعُ
صفاتها.

ويرجعُ أصلُ هذا المصطلحِ إلى ما فهمه بعضُ الفقهاءِ من الآثارِ الكثيرةِ
الواردةِ في هذا المعنى وترتَّبَ على ذلك اختلافُهم، ومنها حديثُ القلَّتَيْنِ: «إذا بلغ

(1) المواد النجسة والمحرمة مصدر سابق، وينظر حكم الدواء المشتمل على شيءٍ من نجس العين كالخنزير وله بديلٌ أقلُّ منه فائدةٌ كالهيبارين الجديد. بحثٌ للدكتور وهبة الزحيليِّ ضمن أعمالٍ وبحوثِ الدورة السابعة عشرة للمجمع الفقهيِّ الإسلاميِّ.

الماء قَلْتَيْنِ لم يَحْمِلِ الخَبْثَ»⁽¹⁾ حيث دلَّ هذا الحديثُ وغيرُه من الأحاديثِ والآثارِ على أن المادَّةَ النجِسةَ أو المحرَّمةَ إذا اختلطتُ بماءٍ كثيرٍ أو مائعٍ طاهرٍ غالبٍ فاستهلكتُ فيه دون أن يحملها فيظهر أثرها فيه من لونٍ أو طعمٍ أو رائحةٍ فإنه يبقى على طهارته وحلِّه، ولا تؤثِّرُ فيه تلك المادَّةُ المغلوبةُ المستهلكةُ في تنجيسه أو تحريمه⁽²⁾.

وقد صاغ بعضُ الفقهاءِ هذه المسألةَ والخلافَ فيها في قواعدَ فقهيةٍ، ومن هؤلاء الإمامُ المقرِّي⁽³⁾ حيث يقول: "استحالةُ الفاسدِ إلى فسادٍ لا تُنقلُ حكمه، وإلى صلاحٍ تُنقلُ بخلافٍ يقوى ويضعفُ بحسبِ كثرةِ الاستحالةِ وقَلَّتِها وبعُدِ الحالِ عن الأصلِ وقربه، إلى ما ليس بصلاحٍ ولا فسادٍ قولان، وهذا كله للمالكية"⁽⁴⁾.

- (1) رواه الدارميُّ في سننه 569/1 كتاب: الطهارة، باب: قدر الماء الذي لا ينجس، رقم: (759)، وابن ماجه في السنن بلفظ: «إذا بلغ الماء قَلْتَيْنِ لم ينجسه شيء» 104/1 كتاب الطهارة باب: مقدار الماء الذي لا ينجس رقم: 517.
- (2) ينظر: المواد المحرَّمة والنجِسة في الغذاء والدواء مصدر سابق.
- (3) "أبو عبد الله" محمد بن محمد بن أحمد بن أبي بكر القرشيُّ التلمسانيُّ الشهيرُ بالمقرِّي، من علماء المالكية، قاضي الجماعة بفاس. له مصنفاً منها: القواعد في الفقه اشتمل على 1200 قاعدة. توفي - رحمه الله - سنة 756 هـ وقيل: 758 وقيل: غير ذلك. له ترجمةٌ في وشجرة النور ص: 232 والأعلام 37/7.
- (4) ينظر: القاعدة التاسعة والأربعون 271/1 في كتاب القواعد لأبي عبد الله أحمد بن محمد المقرِّي - مركز إحياء التراث الإسلامي بمكة المكرمة - ط: بلا.

ويقول ابن رجب⁽¹⁾ في قواعده: "العَيْنُ الْمُنْعَمَرَةُ فِي غَيْرِهَا إِذَا لَمْ يَظْهَرْ أَثَرُهَا فَهَلْ هِيَ كَالْمَعْدُومَةِ حَكْمًا أَوْ لَا؟" ثم يقول: "فيه خلافٌ، وينبني عليه مسائلٌ منها: الماءُ الَّذِي اسْتَهْلَكَ فِيهِ النِّجَاسَةُ فَإِنْ كَانَ كَثِيرًا سَقَطَ حُكْمُهَا بِغَيْرِ خِلَافٍ، وَإِنْ كَانَ يَسِيرًا فَرَوَيْتَانِ..."⁽²⁾

ويظهرُ أَنَّ الاسْتِهْلَاقَ يَتَحَقَّقُ بِلَا خِلَافٍ إِذَا كَانَ الْمَاءُ أَكْثَرَ بِالنِّسْبَةِ لِلنِّجَاسَةِ الْوَاقِعَةِ فِيهِ؛ وَالْخِلَافُ إِنَّمَا هُوَ فِيْمَا إِذَا كَانَ الْمَاءُ قَلِيلًا.

والَّذِي أَرَاهُ - وَاللَّهُ أَعْلَمُ - أَنَّ الْقَاعِدَةَ فِي الْمَاءِ مَنْضُبَةٌ؛ فَإِذَا لَمْ تَتَّغَيَّرْ أَحَدُ أَوْصَافِهَا الثَّلَاثَةِ فَالْنِّجَاسَةُ لَمْ تُؤَثِّرْ فِيهِ وَهُوَ بَاقٍ عَلَى طَهَارَتِهِ⁽³⁾، وَلَكِنَّ الْخِلَافَ فِي الْمَائِعَاتِ الْآخَرَى غَيْرِ الْمَاءِ.

ويقول ابن تيمية⁽⁴⁾: "والصوابُ أَنَّهُ مَتَى عَلِمَ أَنَّ النِّجَاسَةَ قَدْ اسْتَحَالَتْ فَالْمَاءُ طَاهِرٌ سِوَاءَ كَانَ قَلِيلًا أَوْ كَثِيرًا، وَكَذَلِكَ فِي الْمَائِعَاتِ كُلِّهَا، وَذَلِكَ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى

(1) أَبُو مُحَمَّدٍ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ عَلِيِّ بْنِ الْمُبَارَكِ، الشَّيْخُ الْإِمَامُ الْعَالِمُ الْعَلَامَةُ الْحَافِظُ الثَّقَةُ الشَّهِيرُ بَابْنِ رَجَبٍ، لَهُ مَصْنُفَاتٌ مُفِيدَةٌ مِنْهَا شَرْحُ جَامِعِ أَبِي عَيْسَى التِّرْمِذِيِّ، وَالْقَوَاعِدُ الْفَقْهِيَّةُ. تُوُفِيَ سَنَةَ 795 هـ. لَهُ تَرْجَمَةٌ فِي شَدْرَاتِ الذَّهَبِ 339/6، وَالْأَعْلَامُ 295/3

(2) يَنْظُرُ: تَقْرِيرُ الْقَوَاعِدِ وَتَحْرِيرُ الْفَوَائِدِ 172/1 الْقَاعِدَةُ الثَّانِيَةُ وَالْعَشْرُونَ. لَزِينِ الدِّينِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ رَجَبٍ - دَارُ ابْنِ عَفَانَ - ط: بِلَا.

(3) يَنْظُرُ - بِتَفْصِيلٍ أَكْثَرٍ - : الْمَوْسُوعَةُ الْفَقْهِيَّةُ 368/39. إِصْدَارُ وَزَارَةِ الْأَوْقَافِ وَالشُّؤُونَ الْإِسْلَامِيَّةِ الْكُوَيْتِ - طِبَاعَةُ ذَاتِ السَّلَاسِلِ الْكُوَيْتِ - ط: الثَّانِيَةُ 1404 هـ - 1983 م.

(4) أَبُو الْعَبَّاسِ. تَقِيُّ الدِّينِ أَحْمَدُ بْنُ عَبْدِ الْحَلِيمِ بْنِ عَبْدِ السَّلَامِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ تَيْمِيَّةِ الْحَرَانِيِّ الْحَنْبَلِيِّ الدَّمَشْقِيِّ. شَيْخُ الْإِسْلَامِ فِي زَمَانِهِ. لَهُ تَصَانِيفٌ كَثِيرَةٌ مِنْهَا: السِّيَاسَةُ الشَّرْعِيَّةُ فِي إِصْلَاحِ الرَّاعِي وَالرَّعِيَّةِ وَمَجْمُوعُ الْفَتَاوَى وَغَيْرِهَا

أباح الطيباتِ وحرَّم الخبائثَ، والخبِيثُ متميِّزٌ عن الطيبِ بصفاته، فإذا كانت صفاتُ الماءِ وغيره صفاتِ الطيبِ دون الخبيثِ وجب دخوله في الحلال دون الحرام⁽¹⁾.

والواضحُ من تناول العلماءِ لمفهومي الاستحالةِ والاستهلاكِ أنَّهما بمعنى واحدٍ، وأنَّ الاستهلاكَ ضَرَبٌ من الاستحالةِ، فهما يلتقيان في زوال صفاتِ العينِ المحرَّمةِ بحيث لا يبقى لها أيُّ أثرٍ من لونٍ أو طعمٍ أو رائحةٍ في العينِ الغالبةِ، ولكنَّهما يفترقان في أنَّ عناصرَ العينِ المحرَّمةِ في الاستحالةِ تتبدَّلُ وتتغيَّرُ؛ أمَّا في الاستهلاكِ فالذي يحدثُ هو اختفاءُ لعناصرِ العينِ المحرَّمةِ في العينِ الطاهرةِ، ويختلفان أيضاً أنَّه في الاستحالةِ تخرُجُ العينُ المستحيلةُ بصفاتٍ جديدةٍ وتحملُ معها اسماً جديداً، أمَّا في الاستهلاكِ فليس هناك استحداثٌ لعينٍ جديدةٍ وإنَّما هو استصحابٌ للعينِ الغالبةِ⁽²⁾.

كثير. توفي رحمه الله سنة 728هـ له ترجمة في. والدرر الكامنة 1/144، الأعلام 144/1.

- (1) ينظر: مجموع الفتاوى 21/21 مجموع الفتاوى لـ تقيِّ الدين أحمد بن تيمية الحرَّانيِّ - دار الوفاء - ط: 2005م.
- (2) ينظر: الانتفاع بالأعيان المحرَّمة ص: 240 لـ جمانة محمد عبد الرزاق أبو زيد - دار النفائس - ط: الأولى.

المطلب الرابع: آراء العلماء في حكم الاستحالة

اختلف الفقهاء في تأثير الاستحالة في الأعيان النجسة والمحرمة غير الخمر، وما إذا كان يترتب عليها طهارة الأعيان النجسة وإباحة تناول الأعيان المحرمة والانتفاع بها أم لا، ولهم في ذلك مذهبان:

المذهب الأول: يرى تأثير الاستحالة في الأعيان النجسة، وذلك بتحويلها إلى طاهرة بعد الاستحالة، وبالتالي جواز الانتفاع بها، وإلى هذا ذهب الحنفية عدا أبا يوسف⁽¹⁾، وبه الفتوى في مذهبهم، وهو المعتمد في مذهب المالكية، وإلى هذا ذهب الإمام وابن تيمية⁽²⁾ وابن القيم⁽³⁾، والزرکشي⁽⁴⁾

(1) يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري الكوفي البغدادي. صاحب الإمام أبي حنيفة وتلميذه، توفي - رحمه الله - سنة (182هـ). له ترجمة في: الأعلام 193/8.

(2) ينظر: مجموع الفتاوى 284/21.

(3) ينظر: إعلام الموقعين عن رب العالمين 3/183 - دار ابن الجوزي - ط: الأولى - لأبي عبد الله محمد بن أبي بكر ابن أيوب المعروف بابن القيم - توفي رحمه الله سنة 751هـ. ينظر ترجمته في: وألدر الكامنة 3/400. والأعلام 5/137.

(4) ينظر: المنشور في القواعد للزرکشي 1/125.. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية. ط: الثانية.

والزرکشي هو: أبو عبد الله محمد بن بهادر الزرکشي الشافعي، عالم بفقهِ الشافعية والأصول، له تصانيف كثيرة منها: البحر المحيط في أصول الفقه والمنثور هذا. توفي - رحمه الله - سنة 764هـ له ترجمة في: طبقات الشافعي لابن شهبة 3/167، والأعلام 6/61.

وقال في فتح القدير⁽¹⁾ معللاً اختيار القول بتأثير الاستحالة: "لأنَّ الشرعَ رتب الوصفَ على تلك الحقيقة، وتنتفي بانتفاء بعض أجزاء مفهومها فكيف بالكل، فإنَّ الملحَ غيرُ الطعامِ واللحم، فإذا صار ملحاً ترتب حكمُ الملح، ونظيره في الشرع: النطفةُ نجسةٌ فتصيرُ علقةً وهي نجسةٌ؛ وتصيرُ مضغَةً فتطهرُ، والعصيرُ طاهرٌ فيصيرُ خمراً فينجسُ؛ ويصيرُ خللاً فيطهرُ، فعرفنا أنَّ استحالة العين تستتبعُ زوالَ الوصفِ المترتبِ عليها".

قال في البحر الرائق⁽²⁾ - وهو يعدُّ المطهَّراتِ -: "... والسابعُ انقلابُ العين، فإن كان في الخمر فلا خلاف في الطهارة، وإن كان في غيره كالخنزير والميتة تقع في المملحة فتصيرُ ملحاً تؤكلُ، والسرقين والعذرة تحترقُ فتصيرُ رماداً تطهرُ..."

ويقول الإمام القرافي: "إنَّ الله تعالى إنَّما حكم بالنجاسة في أجسامٍ مخصوصةٍ بشرط أن تكون موصوفةً بأعراضٍ مخصوصةٍ مستقدرة، وإلاَّ فالأجسامُ كلها متماثلة، واختلافها إنَّما وقع بالأعراض، فإذا ذهبَت تلك الأعراضُ ذهباً كلياً ارتفع الحكمُ بالنجاسة إجماعاً كالدم يصيرُ منياً ثم آدمياً، وإن انتقلت تلك الأعراضُ إلى ما هو أشدُّ استقداراً منها ثبتَ الحكمُ فيها بطريقِ الأولى"⁽³⁾

-
- (1) ينظر: 202/1. شرح فتح القدير لكمال الدين محمد بن عبد الواحد الشهير بابن الهمام - دار الكتب العلمية - ط: الأولى.
- (2) ينظر: 239/1. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لزين الدين المشهور بابن نجيم. المطبعة العلمية. ط: الأولى.
- (3) ينظر: الذخيرة/188.

وقال الحطّابُ من المالكيّة في فأرة المسك: "...لأنّها استحالتُ عن جميع صفاتِ الدمِ وخرجتُ عن اسمه إلى صفاتٍ واسمٍ يختصُّ بها طهرتُ لذلك كما يستحيلُ الدمُ وسائرُ ما يتغذّى به الحيوانُ من النجاساتِ إلى اللحمِ فيكون طاهراً"⁽¹⁾. واستدلَّ أصحابُ هذا المذهبِ بأدلةٍ منها:

القاعدة: أنَّ الأصلَ في الأعيانِ الطهارةُ، وعند استحالةِ العينِ النجسةِ فإنّها ترجعُ إلى أصلها وهو الطهارةُ.

وبقياس استحالةِ الأعيانِ النجسةِ من غير الخمرِ على جوازِ تخلُّله، فكما يجوزُ التخلُّلُ في الخمرِ يجوزُ في غيره.

واستدلُّوا كذلك بقياس الأعيانِ النجسةِ بعد استحالتها على ما هو منصوصٌ عليه، وهو الجلودُ بعد دبعها بجامعِ الطهارةِ في كلِّ منهما.

هذا وقد قال بالاستحالة عددٌ من العلماء المعاصرين⁽²⁾، وصدرت فتاوى وتوصياتٌ من هيئاتٍ شرعيّةٍ معاصرةٍ تقولُ بتأثيرِ الاستحالةِ في الأعيانِ النجسةِ، منها ما صدر عن المنظمةِ الإسلاميّةِ للعلومِ الطبيّةِ في توصياته في الندوةِ الفقهيةِ الطبيّةِ الثامنةِ المنعقدةِ بالكويت سنة 1995م حيث جاء فيها: "الاستحالةُ التي تعني

(1) ينظر: مواهب الجليل 1/138.

(2) ينظر: على سبيل المثال أغلبُ بحوثِ مؤتمِرِ كليّةِ الشريعةِ الأولى (المستجداتُ الفقهية: استحالة النجاساتِ وأثرها في حلِّ الأشياءِ وطهارتها) المنعقدِ في الفترة 2 و 3 ربيع الأول 1419هـ - 25 - 26 تموز 1998م منشورات جامعة الزرقاء الأهلية - الأردن.

انقلاب العين إلى عينٍ أخرى تُغيِّرُها في صفاتها تُحوِّلُ الموادَّ النجسةَ أو المتنجِّسةَ إلى موادَّ مباحةٍ شرعاً⁽¹⁾.

المذهب الثاني: يرى عدمَ تأثيرِ الاستحالةِ في تطهير الأعيانِ النجسةِ، وإنَّما تبقى على نجاستِها وإن مرَّتْ بعمليةِ الاستحالةِ، وإلى هذا ذهب أبو يوسفَ من الحنفيَّةِ والشافعيَّةِ والحنابلةُ إلا أنَّ الشافعيَّةَ يستثنون من هذا الحكم أحوالاً وهي: الجلدُ إذا دُبغ، والخمرُ إذا تخلَّتْ بنفسها.

قال في المهذب⁽²⁾: "ولا يطهَّرُ من النجاسةِ بالاستحالةِ إلا شيان أحدهما: جلدُ الميتةِ إذا دُبغ...، ثانيهما: الخمرُ إذا استحالتْ بنفسها خلا فتطهَّرُ بذلك...".

وقال في مغني المحتاج⁽³⁾: "ولا يطهَّرُ نجسُ العينِ بغسلٍ ولا باستحالةٍ كالكلبِ إذا وقع في ملاحه فصار ملحاً، أو احترق فصار رماداً".

وقال في المغني⁽⁴⁾: "ظاهرُ المذهبِ أنَّه لا يطهَّرُ شيءٌ من النجاساتِ بالاستحالةِ إلاَّ الخمرةَ إذا انقلبتْ بنفسها خلاً وما عداه لا يطهَّرُ كالنجاساتِ إذا احترقتُ وصارتُ رماداً، والخنزيرِ إذا وقع في الملاحه وصار ملحاً، والدخانِ المُترقيِّ من وقودِ النجاسةِ، والبخارِ المتصاعدِ من الماءِ النجسِ إذا اجتمعتْ منه نداوةٌ على جسمٍ صقيلٍ ثم قطر فهو نجسٌ".

(1) ينظر: الانتفاع بالأعيان المحرمة ص: 249

(2) ينظر: المجموع شرح المهذب 592/2

(3) ينظر: 134/1

(4) ينظر: المغني لابن قدامة 97/1

وقال في الروض المربع: (1) "لا يطهرُ متنجسٌ باستحالةٍ، فرمادُ النجاسةِ ودخانها وغبارها وبخارها، ودودٌ جرحٍ، وصراصيرٌ كُفِّ، وكلبٌ وقع في ملاحه فصار ملحاً ونحو ذلك نجسٌ".

وقد استدلل أصحابُ هذا المذهبِ بأدلةٍ منها: ما رواه ابنُ عمرَ وفيه « نهى رسولُ الله ﷺ عن أكلِ الجلالةِ وألبانها» (2) وذلك لأنها تتغذى على النجاسة، فلو كانت النجاسةُ تستحيلُ فيها ما نهى عنها، واستدلوا على مذهبهم أيضاً بأن أجزاء النجاسةِ باقيةٌ في العين المستحيلةِ عنها، فألحقتِ العينُ المستحيلةُ بها أي بالنجاسةِ من كلِّ وجهٍ احتياطاً، وأيضاً لأنَّ الأعيانَ النجسةَ لم تحصل لها النجاسةُ بالاستحالةِ لتطهرَ بها (3).

وممن ذهب إلى هذا المذهبِ من المعاصرين الدكتور عبد الفتاح محمود إدريس والدكتور عبد الناصر أبو البصل (4).

(1) ينظر: الروض المربع بشرح زاد المستقنع 35/1 لمنصور بن يونس البهوتي - دار الكتب العلمية - ط: الثامنة.

(2) أخرجه الترمذيُّ ص: 421 كتاب: الأطعمة، باب: النهي عن أكل لحوم الجلالةِ وألبانها رقم: 1824 وقال عنه: حسنٌ غريبٌ، وأبو داود في السنن ص: 681 كتاب: الأطعمة باب: النهي عن أكل الجلالةِ وألبانها رقم: 3785 والبيهقيُّ في السنن الكبرى 332/9 كتاب: الأضحية، باب: ما جاء في أكل الجلالةِ وألبانها رقم: 19952.

(3) ينظر: بحث الدكتور عبد الفتاح محمود إدريس مصدر سابق.

(4) ينظر: بحثه الموسوم بـ (حكم استعمال النجاساتِ والمحرماتِ في الصناعاتِ الغذائية والتجميليةِ ومدى انطباقِ الاستحالةِ عليها) ضمن أعمالِ مؤتمرِ الشريعةِ الأولِ جامعة الزرقاء ص: 399.

المطلب الخامس: المناقشة والترجيح

بعد هذا العرض المختصر لتناول هذه النظرية عند القدامى والمعاصرين، وبعد النظر الدقيق في أدلة القائلين بإعمال الاستحالة في الأعيان النجسة والقائلين بعدمه يتبين أن لهذه المسألة أهمية كبيرة، وذلك لما يترتب عليها من أثر في تقرير الأحكام الشرعية، وتزداد هذه الأهمية عندما نريد أن نُثبتَ إعمال الاستحالة في محرّمات ورد النصُّ القاطعُ بتحريمها كالميتة والخنزير والدم، أمّا الخمرُ المخللة فأرى أن القياسَ عليها قياسٌ مع الفارق؛ وذلك لأنّ الموادّ الأولية للخمر التي عناها الفقهاء طاهرة، وتحريمها إنّما جاء لعلّة طرأت عليها وهي الإسكار، فعند زوال العلة - كما في التخلل - يرتفع حكم التحريم وترجع إلى أصلها، أمّا عندما نتحدّث عن عينٍ محرّمة أصلاً فالأمر مختلفٌ.

والسؤال الذي يطرح نفسه هنا هو: هل هذه الموادّ المحرّمة تزولُ تماماً وتختفي وتحوّلُ إلى عينٍ أخرى بعد التصنيع، أم يبقى منها ولو أثراً بسيطاً؟ لقد جعل الفريقُ القائلُ بالاستحالة المدارَ في القول بها على مدى تحوّل الموادّ المحرّمة إلى موادّ أخرى تماماً، فإذا كان الأمرُ كذلك فهي إذن الاستحالة الشرعية التي تُبيحُ الانتفاع وهو الذي أرجّحه، هذا من الناحية النظرية.

ولكن من الناحية العملية كيف نُثبتُ أنّ العينَ المحرّمة قد استحالتُ تماماً خاصةً عند التعامل مع عينٍ محرّمة هي من أكثر المصادر المشبّعة بالدهون

كالخنزير؟ فالمتخصصون يؤكدون على أهمية هذه المسألة، وقد ذكر لنا بعضهم أن عمليات التكرير والتنقية للدهون قادرة على الحصول على دهون خالية إلى حد كبير من الطعوم والألوان والرائحة، ولكن ليس من السهل أن تُغيّر من التركيب الأساسي لجزئيات الدهون والزيوت النباتية والحيوانية، وذلك لوجود الأحماض الدهنية المشبعة على ذرة الكربون المتوسطة في جزئيات الجليسيريدات الثلاثية،⁽¹⁾ ففي مثل هذه الظروف يكون من الصعب اليقين بزوال المواد الدهنية تماماً للحكم على المادة الجديدة بحكم جديد، غير أن أهل الاختصاص يرون أن عملية تنقية الدهون تماماً غير مستحيلة بل هي ممكنة ولكن تحتاج إلى ظروف معينة وطرق فصل وتنقية ذات كفاءة عالية، مما يعني أنه إذا مرّت مثل هذه الدهون بمراحل التنقية الدقيقة جداً بحيث يصعب أو يستحيل معها معرفة مصدرها يمكن حينئذ التيقن من استحالتها.

أمّا اليوم وفي ظلّ ما نراه من سباقٍ صناعيٍّ وتجاريٍّ بين الشركات المصنّعة لمختلف المنتجات وبالتحديد التي تدخل في مركباتها نسبة من المحرّمات،

(1) ينظر: بحث للدكتور حامد تکروري والدكتور محمد خميص بعنوان: (استحالة الأعيان النجسة واستعمالاتها في الصناعات الغذائية والدوائية) بحثٌ مقدم ضمن أعمال مؤتمر الشريعة الأولى بجامعة الزرقاء الأهلية - الأردن - ص: 373 وينظر كذلك: مواد نجسة في الغذاء والدواء ص: 33 بحثٌ فقهيٌّ مقارنٌ لـ عبد الفتاح محمود إدريس - دار النشر بدون - ط: الأولى.

أقول: هل هذا الزحفُ الصناعيُّ والتنوعُ اللامحدود من هذه المنتجات التي زادتُ بسبب زيادة الاستهلاكِ والطلبِ يجعل كل هذه المنتجات خاضعةً لمعيار الاستحالة الشرعية للمواد المحرمة الداخلة في تركيبها؟

إجابة على هذا السؤال أقول: نعم، هذا ممكنٌ إذا كان التصنيعُ في بلاد الإسلام أو تحت إشرافٍ ومراقبةٍ هيئاتٍ إسلاميةٍ؛ وأما إذا كانت هذه المنتجات قادمةً من بلادٍ معظمُ غذائها يعتمدُ على المحرّمات مثل الخنزيرِ والميتةِ والدمِ والخمرِ فإنّ ذلك غير ممكن.

إذ إنّ قوماً هذا شأنهم لا تهتمُّهم نسبة المواد المحرمة الداخلة في الإنتاج ومدى استحالتها، فإذا كانوا هم يستحلونها ويتغذون بها، فما الذي يدفعهم إلى الحرص على استحالتها في التصنيع؟! وحتى ما يكتبُ على بعض مغلفاتِ المنتجات القادمة من تلك البلاد من عباراتٍ تفيدُ خلوها من المحرّم لا يعدو أن يكونَ - والله أعلم - دعايةً ترويجيةً لهذه المنتجات.

إنّ مسألةً مثل هذه تحتاج من المسلمين وقفةً جادةً لوضع الحلول المناسبة لها سواءً على مستوى البحث العلمي أو على الواقع العملي، وما اطلعتُ عليه من بعض البحوث القيمة التي يقوم بها رجالٌ حملوا لواءَ البحث في ما يستجدُّ من مسائلٍ إلا دليلٌ على وجود وعيٍ وإحساسٍ بخطر هذه المشكلة.

والخلاصة: أن الاستحالة إذا تحققت بمفهومها عند الفقهاء والمتخصصين

بحيث تنقلب حقيقة المواد المحرمة تماماً إلى مادة أخرى مباحة لها في الاسم والخصائص والصفات، عندئذ يمكن القول بما قاله الإمام الشوكاني⁽¹⁾: "إذا استحال ما هو محكومٌ بنجاسته إلى شيءٍ غير الشيء الذي كان محكوماً عليه بالنجاسة، كالعذرة تستحيل تراباً، أو الخمر يستحيل خلاً، فقد ذهب ما كان محكوماً بنجاسته ولم يبق الاسم الذي كان محكوماً عليه بالنجاسة، ولا الصفة التي وقع الحكم لأجلها، وصار كأنه شيءٌ آخرٌ وله حكمٌ آخرٌ؛ وبهذا تعرف أن الحق قولٌ من قال: بأن الاستحالة مطهرة"⁽²⁾

وبناءً على هذا يمكن الانتفاع بما اشتمل على موادٍ محرمةٍ، وبالتالي يجوز

بيعه، وذلك لتحقق الاستحالة فيه، والله تعالى أعلم.

(1) محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني. من كبار علماء اليمن من أهل صنعاء. له مؤلفات كثيرة أوصلها البعض إلى 114 مؤلفاً منها: نيل الأوطار، والسييل الجرار، وإرشاد الفحول. توفي سنة 1250هـ. له ترجمة في نيل الوطر 297/2. والأعلام 6/298.

(2) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار ص: 35 لـ محمد بن علي الشوكاني - دار ابن حزم - ط: الأولى.

المبحث الثاني: الدراسة التطبيقية

الدهن الخنزيري ومدى تحقق استحالته في التصنيع

من المباحث المهمة المتعلقة بمسألة الاستحالة، ما يحدث اليوم من إدخال بعض مشتقات الخنزير المحرّم في صناعة بعض أنواع الغذاء الوارد، ولأهمية هذا الأمر وانتشاره الواسع في هذا العصر ينبغي التوقّف عنده والبحث فيه، ولهذا اخترت أن يكون المبحث التطبيقي في هذا البحث في بعض أنواع هذه الصناعات، ومدى تأثير الاستحالة فيما يدخل فيها من أجزاء الخنزير، وذلك من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: التعريف بالخنزير

الخنزير حيوانٌ ينتمي إلى فصيلة الثدييات ذوات الأظلاف، وهو حيوانٌ لائحٌ عاشبٌ أي يأكل اللحوم والأعشاب، فهو يجمع بين البهيمة والسبعية، فالذي فيه من البهيمة الظلف وأكل العشب والعلف، والذي فيه من السبعية الناب وأكل الجيف⁽¹⁾، ولفظ الخنزير كما في المخصص⁽²⁾: رباعيٌّ مزيدٌ، وهو مشتقٌّ من الخنزرة، وهي في الشيء الغلظ، ويقال: خنزَرَ أي فعل الخنزير ونظرَ بمؤخّرة

(1) ينظر: الموسوعة الفقهية 32/20

(2) المخصص لأبي الحسن عليّ بن إسماعيل النحوي اللغوي الأندلسي المعروف بابن سيده - دار الكتب العلمية - ط: بلا رقم، ولا تاريخ.

عينه، وجمعُ الخنزيرِ خنازيرُ، والخنازيرُ عِلَّةٌ معروفةٌ، وهي عبارةٌ عن قروحٍ صلبةٍ تحدثُ في الرقبة⁽¹⁾.

والخنزيرُ أنواعٌ مختلفةٌ: منها المُستأنسُ، ومنها المُستوحشُ، وقد عرفه الإنسانُ منذ القدمِ أي بحوالي خمسة آلاف عامٍ قبل الميلادِ.

والخنزيرُ حيوانٌ كسولٌ خمولٌ بليدٌ، لا يحبُّ أن يتجولَ كثيراً وأن يتحركَ من مكانه، ولا يحبُّ ضوءَ الشمسِ، ويفضّلُ العيشَ في الأماكنِ الرديئةِ، ويأكلُ القاذوراتِ والجيفَ وأيَّ شيءٍ يقعُ عليه، وينامُ ولا يحبُّ القتالَ والعراكَ مع غيره. ومن أهمِّ ما اشتهر به من دون بقيةِ عائلةِ ذواتِ الأظافرِ عدمُ غيرتهِ وخاصةً على إناثه وصغارهِ، فإذا هاجمهم هاجمٌ فلا يتحركُ، بل يتركهم لشأنهم!!!⁽²⁾

ولذلك فإنَّ لفظَ خنزيرٍ يُحملُ عندَ كافةِ الناسِ على معاني الخسّةِ والدنائةِ والحقارةِ وانعدامِ المروءةِ، فاستعملوه في السبِّ حتى بين آكليه، فإذا أراد أحدٌ أن يسبَّ أحداً وصفه بالخنزيرِ.

ويتميّزُ الخنزيرُ بتوفّرِ كميةٍ كبيرةٍ من الدهونِ في جسمه، ولا يقتصرُ وجودُ الدهنِ تحت الجلدِ في طبقةٍ خاصةٍ، وإنّما يتخللُ الدهنُ اللحمَ بصورةٍ لا مثيلَ لها لدى الحيواناتِ الأخرى، كما يتميّزُ بالنموِّ السريعِ جداً فعند ولادته يكونُ وزنه

(1) ينظر: والمجلد الثاني السفر الثامن من المخصص ص 74 ، والمعجم الوسيط ص: 259.

(2) سبحان الله... هذا حالُ المأكولِ فكيف يكونُ حالُ الآكلِ؟!!!

أقلُّ من كيلو جرام، فإذا وصل عمره 120 يوماً فإنَّ وزنه يكونُ حوالي 60 كيلو جراماً⁽¹⁾.

هذا وليس من الخنزير الذي ذكرتُ ما يطلقُ عليه خنزيرُ البحرِ أو السمكُ الخنزيريُّ، فهو لا ينتمي إلى هذه الفصيلةِ وإنما هو نوعٌ من الأسماك، ولا علاقة له بالخنزير سوى شكلِ أنفه، فالخنزيرُ من الثديياتِ ذواتِ الأظلافِ؛ والسمكُ الخنزيريُّ نوعٌ من السمك⁽²⁾.

المطلب الثاني: الحكمُ الشرعيُّ للخنزير

الخنزيرُ محرَّمٌ بالإجماع، فقد جاءت الأدلَّةُ صريحةً بتحريمه، وقد قرن ربُّنا - سبحانه وتعالى - تحريمه في كلِّ الآياتِ بتحريمِ الميتةِ والدمِّ، فقال تعالى:

﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أَلْمَيْتَةُ وَالِدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنزِيرِ﴾ [سورة المائدة آية 4]، وقال جلَّ شأنه: ﴿قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أُهْلًا لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ - فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [سورة الأنعام آية 146]، وقال تعالى: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ أَلْمَيْتَةَ وَالِدَّمَّ وَلَحْمَ الْخِنزِيرِ وَمَا أُهْلَ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [سورة البقرة آية 172].

- (1) ينظر: الأسرار الطبيَّة والأحكام الفقهية في تحريم الخنزير ص: 79 ل محمد علي البار وآخرين الدار السعودية - ط: الأولى.
- (2) ينظر: المصدر السابق ص: 18.

ومما ورد في تحريمه من السنّة المطهّرة ما رُوِيَ عن الرسول ﷺ من قوله: «إِنَّ اللَّهَ حَرَّمَ الْخَمْرَ وَثَمَنَهَا، وَحَرَّمَ الْمَيْتَةَ وَثَمَنَهَا، وَحَرَّمَ الْخَنْزِيرَ وَثَمَنَهُ»⁽¹⁾.

وما رواه أبو هريرة⁽²⁾ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: « وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ، لِيُوشِكَنَّ أَنْ يَنْزَلَ فِيكُمْ ابْنُ مَرْيَمَ حَكَمًا عَدْلًا، فَيَكْسِرَ الصَّلِيبَ وَيَقْتَلَ الْخَنْزِيرَ، وَيَضَعَ الْحَرْبَ، وَيَقْبِضَ الْمَالَ حَتَّى لَا يَقْبَلَهُ أَحَدٌ، حَتَّى تَكُونَ السَّجْدَةُ الْوَاحِدَةُ خَيْرًا مِنَ الدُّنْيَا وَمَا فِيهَا»⁽³⁾.

وقوله ﷺ: «إِنَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ حَرَّمَ بَيْعَ الْمَيْتَةِ وَالْخَنْزِيرِ وَالْأَصْنَامِ...»⁽⁴⁾.
وأما الإجماع فقد حكى أكثر من واحد الإجماع على تحريم الخنزير، يقول الإمام ابن العربي⁽⁵⁾: "اتفقت الأمة على أَنَّ لَحْمَ الْخَنْزِيرِ حَرَامٌ بِجَمِيعِ

(1) أخرجه أبو داود في السنن ص: 626 كتاب: البيوع، باب: في ثمن الخمر والميتة رقم: 3485، وقال عنه الألباني: صحيح. والدارقطني في السنن 3/389 كتاب البيوع رقم: 2816.

(2) ينظر: "أبو هريرة" عبد الرحمن بن صخر الدؤسي صحابي جليل كان أكثر الصحابة حفظاً للحديث، توفي - رضي الله عنه - سنة (57هـ). له ترجمة في: الإصابة 12/63.

(3) رواه البخاري في الصحيح ص: 854 كتاب: أحاديث الأنبياء باب: نزول عيسى ابن مريم عليه السلام رقم: 3448 ومسلم في صحيحه ص: 91 كتاب الإيمان باب: نزول عيسى ابن مريم حاكماً بشريعة نبينا محمد ﷺ رقم: 242.

(4) رواه البخاري ص: 533، كتاب: البيوع، باب: بيع الميتة والأصنام رقم: (2236). ومسلم في صحيحه ص: 852، كتاب المساقاة، باب: تحريم بيع الميتة والخمر والخنزير، رقم: (1581).

(5) القاضي أبو بكر محمد بن عبد الله بن محمد المعروف بابن العربي الفقيه المالكي والأصولي المحدث والمفسر، صنّف كتباً في الأصول والحديث

أجزائه⁽¹⁾" وقال القرطبي⁽²⁾ في تفسيره: (3) "لا خلاف أن جملة الخنزير محرمة إلا الشعر فإنه يجوز الخرازة به"

والخنزير من الحيوانات التي لا تطهر وإن ذكّي، أي لا تعمل الذكاة فيه الطهارة، فهو محرّم حياً وميتاً، يقول القرافي⁽⁴⁾: "الذكاة مطهرة لسائر أجزاء الحيوان لحمه وعظمه وجلده وإن كان مختلفاً في إباحة أكله كالحمر والكلاب والسباع على روايتي الإباحة والمنع لإزالة الذكاة الفضلات المستقدرة الموجبة للتنجيس على سائر الوجوه على الحيوان إلا الخنزير"⁽⁵⁾.

والتفسير والتاريخ، توفي - رحمه الله سنة 543هـ. له ترجمة في شجرة النور ص 136. والأعلام 6/203.

- (1) ينظر: أحكام القرآن 1/80. دار الكتب العلمية، ط: الثالثة.
- (2) أبو عبد الله محمد بن أحمد بن فرح الأنصاري الخزرجي القرطبي، له تصانيف كثيرة منها الجامع لأحكام القرآن والتذكرة، توفي - رحمه الله - سنة 671هـ. له ترجمة في طبقات المفسرين لابن السبكي ص 92، والأعلام 5/322.
- (3) الجامع لأحكام القرآن لأبي عبد الله القرطبي: 3/32، مؤسسة الرسالة، ط: الأولى.
- (4) أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن القرافي، الفقيه الأصولي، أحد أعلام المذهب المالكي، له مصنفات قيمة منها الذخيرة، وتنقيح الفصول. توفي - رحمه الله - سنة 684هـ. له ترجمة في الديباج ص: 128. والأعلام 1/94.
- (5) ينظر: الذخيرة 1/165 ذكر الشيخ وهبة الزحيلي في الفقه الإسلامي وأدلته 1/217 آراء العلماء في طهارة الحيوان بالذبح وقال: إن المشهور عند المالكية أنه إذا ذبح ما لا يؤكل كالسباع وغيرها، يطهر لحمه وشحمه وجلده، إلا الأدمي والخنزير، أما الأدمي فلحرمته وكرامته، وأما الخنزير فلنجاسة عينه (ذاته) لكن قال الصاوي والدردير: مشهور المذهب: لا تعمل الذكاة في محرّم الأكل من حمير وبغال وخيل وكلب وخنزير، أما سباع الوحوش وسباع الطير فتطهر بالذبح، وقال الشافعية والحنابلة: لا تؤثر الذكاة في شيء من الحيوان غير

وجميع أجزاء الخنزير داخلة في التحريم الذي ورد في النصوص السابقة وإن كان الذي نصت عليه الآية الكريمة هو لحمه لكنها أطلقت اللحم وأرادت جميع أجزائه مما يؤكل، وإنما ذكر اللحم لأنه المقصود الأعظم من الأكل؛ ولكنه يدخل مع اللحم الشحم والعظم والعصب وغير ذلك، وفي هذا يقول الإمام القرطبي: "قوله تعالى: ﴿وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ﴾ [سورة البقرة آية 172] خص الله تعالى ذكر اللحم من الخنزير ليبدل على تحريم عينه ذكياً أو لم يذك وليعم الشحم وما هنالك من الغضاريف وغيرها"⁽¹⁾.

ولذلك يقول ابن العربي: "اتفقت الأمة أن لحم الخنزير حرام بجميع أجزائه"⁽²⁾.

المطلب الثالث: الحكمة من تحريم الخنزير

لا شك أن المسلم مطالب بامتثال الأوامر واجتناب النواهي دون السؤال عن العلة، ولكن الحديث عن الحكمة من تشريع الأحكام هو ليزداد المؤمنون إيماناً، ويرجع المعاندون عن عنادهم، فالله - سبحانه وتعالى ما حرم لحم الخنزير إلا

المأكول؛ لأن أثر الذكاة في إباحة اللحم هو الأصل، والجلد تبع للحم، فإن لم تعمل الذكاة في اللحم لم تعمل فيما سواه، كذبح المجوسي، أو الذبح غير المشروع، ولا يقاس الذبح على الدباغ، لكون الدبغ مزيلاً للخبث والرطوبات كلها، مطيباً للجلد على وجه يتهيأ به للبقاء على وجه لا يتغير، والذكاة لا يحصل بها ذلك، فلا يستغنى بها عن الذبح. وهذا الرأي هو الأرجح لدي؛ لأن القياس (قياس الذكاة على الدباغ) في التعبديات أمر غير مقبول.

(1) أحكام القرآن 31/3 وينظر: أحكام القرآن للجصاص 153/1

(2) أحكام القرآن لابن العربي 80/1

لِما فيه من أضرارٍ كثيرةٍ معنويَّةٍ وعُضويَّةٍ على الإنسان، ففي تحريمه رحمةٌ من الله بخلقه.

أمَّا المعنويَّةُ فقد ذكرتُ أنَّ ما يتميَّزُ به الخنزيرُ عن غيره من الحيواناتِ من خُبثٍ في الطبعِ وخِسَّةٍ ودَناءَةٍ وعدمِ مروءةٍ، فهذه الصفاتُ الدنيئةُ لا يُستبعدُ أن تنتقلَ من خلال الأكلِ - فالإنسانُ وما يأكلُ أو حتَّى من خلال الاحتكاكِ المباشرِ. يقولُ الإمامُ الرازيُّ⁽¹⁾: "قال أهلُ العلمِ: الغداءُ يصيرُ جزءاً من جوهرِ المُغتذي فلا بدُّ أن يحصلَ للمغتذي أخلاقٌ وصفاتٌ من جنسِ ما كان حاصلًا في الغداء، والخنزيرُ مطبوعٌ على حرصٍ عظيمٍ ورغبةٍ شديدةٍ في المشتَهياتِ، فحرمُ أكله على الإنسانِ لئلاَّ يتكَيَّفَ بتلكِ الكيفيَّةِ"⁽²⁾

وها هو العلمُ الحديثُ باكتشافه لحقائقِ أضرارِ تناوله يؤكِّدُ للمنكرين هذه الحكمةَ الإلهيَّةَ، فقد ثبتَ أنَّه مصدرٌ للعديدِ من الأمراضِ المزمنةِ الفتَّاكةِ التي يُسبِّبها لمستهلكه حتى إنَّ أغلبها يصعبُ علاجهُ والقضاءُ عليه.

ولا نبالغُ إذا قلنا: إنَّ الخنزيرَ أكبرُ مستودعٍ للأمراضِ والجراثيمِ والفيروساتِ الضارَّةِ للإنسانِ، فقد أوصل بعضُ الباحثين اليومَ الأمراضَ التي يُسبِّبها لحمُ الخنزيرِ إلى أربعمئةٍ وخمسين (450) مرضاً، والحقائقُ العلميَّةُ في هذا المجالِ

(1) أبو عبدِ الله محمدُ بنُ عمرَ بنِ الحسينِ بنِ الحسنِ فخرِ الدينِ الرازيُّ القرشيُّ البكريُّ التيميُّ الطبرستانيُّ، صنَّفَ العديدَ من المصنَّفاتِ القيِّمةِ منها تفسيره المعروف بالكبير، والمحصول وغيرها، توفي - رحمه الله - سنة (606هـ). له ترجمة في: طبقات الشافعية 2/66.

(2) مفاتيح الغيب 11/135

يطولُ ذكرُها في هذا المقام، ولكن ما يمكنُ قوله: إنَّ الخنزيرَ - بتركيبته التي خلقه الله عليها - لحمه مشبَعٌ بالدهون السامة؛ وشحمه لا يُهضمُ في جسم الإنسان؛ وهذا أهمُّ مصدرٍ من مصادر الأمراض التي تُصيبُ مستهلكه. ويمكنُ في هذا الصددِ أنْ أذكرَ تصنيفاً عاماً لأنواع الأمراض التي يُسببُها الخنزيرُ، وهي تتمثلُ في الآتي:

- 1 - الأمراض البكتيرية كالسلُّ الرئويِّ والحمى التيفودية وغيرهما.
- 2 - الأمراض الفيروسية كالتهابِ الدماغِ والتهابِ عضلةِ القلبِ والإنفلونزا، وما إنفلونزا الخنازيرِ من وقتنا ببعيدٍ.
- 3 - الأمراض الجرثومية (التوكسو بلازما جواندي) التي تُسببُ الإصابة بالحمى والإنهاك البدنيِّ وتضخمِ الكبدِ والطحالِ.
- 4 - الأمراض الناشئة عن التركيب البيولوجيِّ للحمهِ ودهنهِ وذلك كزيادة نسبة البولييك في الدَّم؛ لأنَّه لا يخرجُ من هذه المادَّة إلا نسبةً قليلةً والباقي تبقى في لحمهِ.

هذه بعضُ الأمراض التي يعترفُ بها حتى مَنْ يتناولُ هذا النوعَ من اللُّحوم، ولم أذكرُها بالتفصيلِ خوفاً الإطالة.

إذنُ الحكمةُ متجليةٌ وعظيمةٌ من تحريمِ لحمِ الخنزيرِ، والمؤمنُ مطمئنٌ بها نفسه، وما على غيرِ المؤمنِ إلا الرجوعُ إلى أوامرِ الدينِ ونواهيه في هذا الجانبِ وغيره.

المطلب الرابع: الانتفاعُ بدهن الخنزيرِ وحكمُ بيعه في الشريعة الإسلامية:

كما سبق القول⁽¹⁾ فقد انعقد إجماعُ الفقهاءِ على تحريم الخنزيرِ بجميع أجزائه، وإن جاء ذكرُ اللحمِ فقط في الآية الكريمةِ فالمقصودُ من التَّحريمِ اللَّحْمُ والأجزاءُ الأخرى وأولُّها الشَّحْمُ، فالشَّحْمُ إذن داخلٌ في التحريمِ الواردِ في الآية الكريمةِ قولاً واحداً، يقولُ الإمامُ ابنُ العربيِّ: "اتفقتِ الأمةُ على أنَّ الخنزيرَ حرامٌ بجميع أجزائه، والفائدةُ في ذكرِ اللحمِ أنَّه حيوانٌ يُذبحُ للقصدِ إلى لحمه، وقد شغفتِ المُبتدعةُ بأن تقول: فما بال شحمه بأيِّ شيءٍ حُرِّم؟ وهم أعاجمٌ لا يعلمون أنَّه من قال لحماً فقد قال شحمًا، ومن قال شحمًا فلم يقلْ لحماً؛ إذ كلُّ شحمٍ لحمٌ، وليس كلُّ لحمٍ شحمًا من جهة اختصاصِ اللَّفْظِ، وهو لحمٌ من جهة حقيقةِ اللَّحْمِيَّةِ..."⁽²⁾

خاصةً وأنَّه في تركيبه جسمُ الخنزيرِ يتخللُ الشَّحْمُ اللَّحْمَ ولا يمكنُ الفصلُ بينهما بأيِّ حالٍ من الأحوال.

يقولُ أحدُ المتخصِّصين:⁽³⁾ "إنَّ لحمَ الخنزيرِ يحتوي على كميةٍ كبيرةٍ من الدهنِ، وإنَّ الدهنَ يوجدُ متداخلاً في خلايا لحمِ الخنزيرِ بكميَّاتٍ كبيرةٍ خلافاً لبقيةِ أنواعِ اللحومِ مثلِ لحمِ البقرِ والغنمِ والدجاجِ والتي يوجدُ فيها الدهنُ بشكلٍ

(1) ينظر: المطلب الثاني من هذا المبحث.

(2) أحكام القرآن 1/80.

(3) نقلا عن الدكتور البار ينظر: كتابه الأسرار الطبية والأحكام الفقهية في تحريم لحم الخنزير ص 80.

نسيج دهني شبه مستقل، ولا يتخلل الخلايا العضلية كما يفعل لحم الخنزير. وهو من الأسباب الرئيسية للأضرار التي يسببها لحم الخنزير.

وبالتأكيد عندما نتحدث عن الشحم فإنما نقصد معه الدهن بأنواعه والذي يُعتبر الشحم مصدره الأساسي.

كما يُعتبر جسم الخنزير من أغنى الأجسام الحيوانية بالدهون وخاصةً تلك الضخمة منها، حيث تُقدر نسبة الدهن في لحم الخنزير بحوالي 50% بينما نسبته في الحيوانات الأخرى أقل بكثير، ففي الضأن مثلاً يُقدر بنسبة 17%، وفي العجول بحوالي 5% وفي الإبل بحوالي 1.8%.

كما يحتوي دهن الخنزير على نسبة كبيرة من الأحماض الدهنية المعقدة، من ذلك أنّ نسبة الكولسترول مرتفعة بأكثر من عشرة أضعاف من نسبة الكولسترول في دهن البقر.

ويحتوي شحم الخنزير على نسبة عالية من الأحماض الدهنية غير المشبعة، ومعروف أنّ هذه الأحماض لا تتحلل بالعصارات الهاضمة عند الإنسان؛ إذ وجد أنّ عصارَةَ البَنكرياس في الإنسان تستطيع أن تُحوّل بسهولة جزئيات ثلاثية الحلوين (الدهون البسيطة) لآكلات الأعشاب، ثم تهضمها وتحوّلها إلى دهن إنساني يترسب في جسم الإنسان، بينما وجد أنّ دهن الخنزير وآكلات اللحوم

عَسِرَةُ الهُضْمِ لَا تَسْتَطِيعُ عَصَارَةُ الْبَنْكْرِيَّاسِ أَنْ تُحَوَّلَهَا إِلَى مُسْتَحَلَّاتٍ دَهْنِيَّةٍ يَسْهُلُ امْتِصَاصُهَا، وَلِذَلِكَ فَهِيَ تُمْتَصُّ عَلَى هَيْئَتِهَا الْخَنْزِيرِيَّةِ أَوْ السَّبْعِيَّةِ⁽¹⁾.

المطلب الخامس: التطبيقات المعاصرة للانتفاع بشحم الخنزير

يَتَّخَذُ شَحْمُ الْخَنْزِيرِ أَشْكَالًا مُخْتَلِفَةً تَرْجِعُ كُلُّهَا إِلَى شَحْمِ الْخَنْزِيرِ الْمَتَّفَقِ عَلَى تَحْرِيمِهِ، وَالْاِخْتِلَافُ إِنَّمَا هُوَ فِي وَجُوهِ الِاسْتِعْمَالِ.

فَالشَّحْمُ الَّذِي يُعْرَفُ بِاسْمِ لَارْد (Lard) يُشْبِهُ فِي شَكْلِهِ الزُّبْدَ، وَيُسْتَخْرَجُ عَنْ طَرِيقِ عَمَلِيَّاتِ إِذَابَةِ الشَّحُومِ، وَيُسْتَعْمَدُ هَذَا النَّوْعُ فِي الْوَقْتِ الْحَاضِرِ فِي أَوْرُوبَا فِي صِنَاعَةِ الْحَلْوِيَّاتِ وَالشُّوْكَوَلَاتَةِ وَالْأَيْسِ كَرِيمِ وَالْجِيلَاتِي، وَقَدْ يُخَلَطُ مَعَ زَيْوتٍ نَبَاتِيَّةٍ أَوْ دَهونٍ حَيَوَانِيَّةٍ أُخْرَى، وَيُضَافُ إِلَيْهِ غَازُ الْهَيْدْرُوجِينِ لِتَحْوِيلِهِ مِنْ زَيْتٍ إِلَى سَمْنٍ مَتَمَاسِكٍ.

وَيُسْتَعْمَدُ اللَّارْدُ كَذَلِكَ فِي صِنَاعَةِ الدَّهونِ الطَّبِيَّةِ وَدَّهونِ التَّجْمِيلِ وَالصَّابُونِ، وَتَخْتَلِفُ أَنْوَاعُ اللَّارْدِ بِاخْتِلَافِ طَرِيقَةِ التَّحْضِيرِ وَكَمِّيَّةِ الدَّهونِ الْمَضَافَةِ إِلَيْهِ⁽²⁾.

وَيَكُونُ شَحْمُ الْخَنْزِيرِ عَلَى شَكْلِ زَيْتٍ، وَهُوَ الزَّيْتُ الصَّافِي الْعَدِيمُ اللَّوْنِ، وَقَدْ يَكُونُ أَصْفَرَ اللَّوْنِ أَحْيَانًا، وَيُسْتَخْرَجُ مِنَ اللَّارْدِ الْمَضْغُوطِ بَعْدَ بَلُورَتِهِ، وَيُسْتَعْمَدُ هَذَا الزَّيْتُ فِي شَحُومِ التَّزْلِيقِ وَفِي صِنَاعَةِ الصَّابُونِ وَتَزْيِيتِ الْآلَاتِ،

(1) ينظر: الأسرار الطبية والأحكام الفقهية في تحريم الخنزير ص: 38 ومن أفواه علماء الغرب المشاهير حقائق عن أضرار لحم الخنزير ص: 63 ل محمد مصطفى مراد - مكتبة الجيل الجديد - ط: الأولى.

(2) ينظر: الأسرار الطبية المصدر السابق ص: 31.

ويدخلُ في صناعة الأصوافِ كمادَّةٍ لأمعةٍ، و في تغذية المضادَّاتِ الحيويَّةِ التي تُستخرجُ من أنواعِ الفطرياتِ، وفي الكبسولاتِ التي تحتوي على المضادَّاتِ. وهناك أنواعٌ من الدهون تُسمَّى الزُبدةَ السطحيَّةَ أو القشريَّةَ، وهي عادة ما توضعُ في البسكويت وأنواعِ الكعكِ والخبزِ والجاتوه، وهذا النوعُ من المأكولاتِ يحتوي في العادة على دهونٍ مختلفةٍ تُمزجُ مع العجينِ وتوضعُ في الزُبدة على الجزء الأول من العجينة فقط، ولا يخلو الأمرُ من أن تكون هذه الدهونُ من أصلٍ خنزيريٍّ.

كما تُستخدمُ دهونُ الخنزيرِ في صناعة أنواعِ الخبزِ والبسكويتِ وغير ذلك، والقائمةُ تطولُ بأنواعِ الأطعمةِ والمنتجاتِ الأخرى التي تدخلُ فيها الدهونُ الخنزيريَّةُ. ولا غرابةً في هذا التوسُّعِ في الانتفاعِ من الدهونِ الخنزيريَّةِ، فالشركاتُ المصنِّعةُ في البلادِ الغربيَّةِ تلجأُ إلى استخدامِ الدهونِ الخنزيريَّةِ؛ لأنَّها رخيصةُ الثمنِ، ومتوفِّرةٌ بكميَّاتٍ كبيرةٍ جداً في تلكِ الدولِ؛ حيث إنَّ الخنازيرَ التي تُذبحُ في المسالخِ فقط في الدولِ غيرِ الإسلاميَّةِ يُقدَّرُ عددها بحوالي 5 مليار رأسٍ من الخنزيرِ حسبِ إحصائيَّةِ إحدى السنواتِ، وهي تفوقُ بكثيرٍ ما يُذبحُ فيها من الأبقارِ والأغنامِ وغيرها⁽¹⁾.

(1) ينظر: المصدر السابق، وأضرار لحم الخنزير للحمويِّ ص: 67 وحكم استعمال النجاساتِ والمحرماتِ في الصناعاتِ الغذائيَّةِ والتجميليَّةِ ومدى انطباقِ الاستحالةِ عليها بحثٌ للدكتور عبد الناصر أبو البصل منشورٌ ضمن أعمالِ مؤتمرِ كليَّةِ الشريعةِ الأولى بجامعة الزرقاء الأهلية بالأردن. ص: 399.

المطلب السادس: المناقشة والترجيح

من الواضح مما سبق أن مُشْتَقَّاتِ الخنزيرِ - والتي منها الدهون - تُحِيطُ اليومَ بالمسلمين من كلِّ جانبٍ، فهي تدخلُ في كثيرٍ من الأغراضِ الحياتيةِ للإنسانِ سواءً كانت متعلِّقةً بالأكلِ أم بغيره، والأخطرُ من هذا هو ما نراه من انتشارِ هذه المُنتجاتِ - التي تدخلُ فيها الموادُ الخنزيريةُ - في أسواقِ المسلمين اليوم.

وقد سبق أن قلتُ: إنَّ هذه الموادَّ ذاتُ أصلٍ نجسٍ، وإنَّ دخولَها في التصنيعِ لا يعني استحالتها شرعيةً، فنحن نتعاملُ مع عينِ نجسةٍ في حال حياتها وموتها، وإجماعُ الفقهاءِ منعقدٌ على نجاستها ونجاسةِ جميعِ أجزائها، وبالتالي تحريمها، فلا يتصورُ الانتفاعُ منها بأيِّ حالٍ.

ويزدادُ الأمرُ وضوحاً في الانتفاعِ بالدهنِ الخنزيريِّ، فإنَّ عملياتِ التَّكْرِيرِ والتَّنْقِيَةِ للدهونِ - كما يذكرُ أهلُ الاختصاصِ - قد تكونُ قادرةً على الحصولِ على دهونٍ خاليةٍ إلى حدِّ كبيرٍ من الطُّعومِ والألوانِ والرائحةِ ولكنها ليس من السهلِ أن تُغَيَّرَ من التركيبِ الأساسيِّ لجزئياتِ الدهونِ في الخنزيرِ والتي تشدُّ في تركيبها عن جميعِ أنواعِ الدهونِ والزيوتِ النباتيةِ والحيوانيةِ وذلك بوجودِ الأحماضِ الدهنيةِ المُشَبَّعةِ على ذرَّةِ الكربونِ المتوسطةِ في جزئياتِ الجليسيريداتِ الثلاثيةِ.

ولذلك نجدُ أنه من السهلِ معرفةُ أصلِ الدهنِ الداخلِ في صناعةِ إحدى

المنتجاتِ، هل هو خنزيريٌّ أم لا؟

يقول أحد المتخصصين: "إن ما يتمُّ صناعياً إنما هو تحليلُ جزئياتِ الدهونِ إلى مكوناتها من الأحماض الدهنية والجليسرين، ومن ثمَّ إعادة تركيبها مع أو بدون إضافة مصادر دهنية أخرى، وفي هذه الحالة سيختلف التركيب الكيماويُّ للدهون، إلا أن جزءاً من المواد المرافقة التي تُعدُّ بالعشرات وبعضها مميّزٌ لدهن الخنزير تبقى عادةً موجودةً في المنتج الجديد بدليل أن دهن الخنزير المكرر يبقى محتفظاً برائحةٍ خاصةٍ مميزةٍ تظهر واضحةً عند تسخينه"⁽¹⁾.

فالدهون الخنزيرية مهماً تغيرت صفاتها الطبيعية أو اختفت رائحتها وطعمها في مواد أخرى فإنه لا يحدث لها أي نوع من الاستحالة، كما أن آثارها كمطعمٍ أو مشروبٍ داخل الإنسان تظلُّ كما هي⁽²⁾.

وقد جاء في توصيات الندوة الفقهية الطبية الثامنة للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت: "إن المواد الغذائية التي يدخل شحم الخنزير في تركيبها دون استحالة عينه مثل بعض الأجبان وبعض أنواع الزيت والدهن والسمن والزبد وبعض أنواع البسكويت والشوكولاتة والآيس كريم هي محرمة، ولا يحلُّ أكلها مطلقاً اعتباراً لإجماع أهل العلم على نجاسة شحم الخنزير وعدم حلِّ أكله، ولانتفاء الاضطرار إلى تناول هذه المواد"⁽³⁾.

-
- (1) ينظر: استحالة الأعيان النجسة واستعمالاتها في الصناعات الغذائية والدوائية للدكتور حامد تكَروري والدكتور محمد حميض. بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر كلية الشريعة الأولى بجامعة الزرقاء بالأردن ص: 371.
- (2) ينظر: مواد نجسة في الغذاء والدواء ص: 34 وما بعدها.
- (3) ينظر: فقه القضايا الطبية المعاصرة ص: 242.

ولا يمكنُ اليومَ في نظري اعتبارُ هذا الانتشارِ الواسعِ للانتفاعِ بالدهونِ الخنزيريةِ مما تُعمُّ به البلوى، فالبدائلُ من الحلالِ موجودةٌ وبكثرةٍ، ولذلك يمكنُ الاستغناءُ عن هذه المنتجاتِ المحضرةِ من المحرَّم الخبيثِ بما هو مُحضَّرٌ من الحلالِ الطيبِ.

نعم إنَّ الانتشارَ الواسعَ - وخاصةً عند من يُقيمون في بلاد الغربِ اليومَ - يسببُ مشكلةً كبيرةً في تناولِ والانتفاعِ بمثل هذه المنتجاتِ لمن يخافُ على دينه، ولكن ليس هناك عذرٌ في الانتفاعِ بمثل هذه المنتجاتِ إلاَّ الضروراتِ الشرعيةِ المعروفةَ والجهلَ بما يحتويه المنتجُ من أجزاءٍ محرَّمةٍ، وحتى عذرُ الجهلِ يكادُ أن ينتفيَ اليومَ، فالقرائنُ ووسائلُ المعرفةِ أصبحتُ كثيرةً وواضحةً يمكنُ للمسلمِ العملُ بها والابتعادُ عن هذه المنتجاتِ، فأغلبُ المنتجاتِ اليومِ يُكتبُ عليها هل تحتوي على أجزاءٍ خنزيريةٍ أم لا؟ فهناك مثلاً رموزٌ باتتُ معروفةً عند الجميعِ بأنَّها تدلُّ على وجودِ أجزاءٍ خنزيريةٍ.

على أنه ينبغي على المسلمِ التنبُّهُ إلى أنه في بعضِ الحالاتِ تلجأُ بعضُ الشركاتِ لكتابةِ عباراتٍ غيرِ صريحةٍ بأنَّ هذا المنتجَ يحوي دهنَ خنزيرٍ مثلاً، كأنُ تكتبَ مثلاً (دهنٌ حيوانيٌّ) Shortening فهذه العبارةُ قد تحملُ شبهةً حرامٍ، أو أنُ تكتبَ عبارةَ (زيتٌ نباتيٌّ) فهذه أيضاً لا تكفي بل لا بدَّ أن يُكتبَ عليها (زيتٌ نباتيٌّ صافٍ) pure vegetable oil.

كما أن بعض الشركات التي تُنتجُ الهامبرجر - التي يحتوي لحمها على نسبةٍ من لحم الخنزير - إذا ذكرتُ أنه مصنوعٌ من لحم البقرِ فقط تكتبُ عليها عبارات مثل: ALL beef hamburger.

وعموماً على المسلم التحريُّ قدرَ إمكانه في معرفة المشتقاتِ الخنزيريةِ وخاصةً في الأطعمة، وعلى الجهات الرسمية مراقبة الوارداتِ للبلاد الإسلامية من المنتجات لمنع دخولِ أيِّ منتجٍ يحوي شيئاً من الخنزير.

والخلاصة: إنَّ شحومَ الخنزيرِ موادٌ نجسةٌ محرمةٌ بنجاسة أصلها الذي أخذتُ منه، فلا يجوزُ الانتفاعُ بها وبيعها، كما لا يجوزُ بيعُ المنتجاتِ التي دخلتُ فيها الدهونُ الخنزيريةُ والانتفاعُ بها لعدم تحققِ الاستحالةِ بمعناها الشرعيِّ، ولتحققِ الضررِ من تناولها والانتفاعُ بها. والله تعالى أعلم.

الخاتمة والتوصيات

بعد هذا العرض المختصر لمذاهب العلماء في تأثير الاستحالة في الأعيان النجسة بالإضافة إلى بعض التطبيقات المعاصرة، خلَّصَ الباحثُ لبعضِ النتائجِ التي يُمكنُ إيجازها في النقاط الآتية:

- أهمية هذه المسألة، وخاصةً في هذا العصر الذي تنوعتُ فيه المنتجاتُ وانتشرت.

- أن الاستحالة الشرعية عند الفقهاء - قديماً وحديثاً - هي انقلابٌ حقيقة المواد المحرمة تماماً إلى مادةٍ أخرى مَبَيِّنَةٌ لها في الاسم والخصائص والصفات.

– الاستهلاكُ ضربٌ من الاستحالةِ فهو اختفاءُ لعناصرِ العينِ المحرّمةِ في العينِ الطاهرةِ، إلا أن الفرقَ بينه وبين الاستحالةِ أنّه في الاستحالةِ تخرجُ العينُ المستحيلةُ بصفاتٍ جديدةٍ، أما الاستهلاكُ فهو اختفاءُ لعناصرِ العينِ المحرّمةِ في العينِ الطاهرةِ.

– إذا تحققتِ الاستحالةُ بمفهومها الشرعيّ تكونُ مؤثّرةً في الحكمِ وناقلةً له من التحريمِ إلى الجوازِ.

– الخنزيرُ محرّمُ الأكلِ والانتفاعِ بالنصِّ وإجماعِ الفقهاءِ، ويشملُ التحريمُ: لحمه وشحمه ودمه وجميعَ أجزائه، إلا الشعرَ فهو مختلفٌ فيه.

– أثبتَ العلمُ الحديثُ أنّ الخنزيرَ مخزّنٌ ضخّمٌ للأمراضِ والفيروساتِ الفتّاكةِ، بالإضافة لما يحمله من خبثٍ معنويّ.

– يحتوي جسمُ الخنزيرِ على أكبرِ نسبةٍ من الدهونِ من بين الحيواناتِ، وهذه الدهونُ من أكثرِ الأنواعِ تعقيداً، مما يجعلُ تنقيتها من الأمورِ الصعبةِ إن لم تكن من المستحيلةِ.

– تعتمدُ الشركاتُ المصنّعةُ للموادِ الغذائيةِ - في البلادِ غيرِ المسلمةِ - على الدهونِ الخنزيريةِ بإدخالها ضمنَ منتجاتها؛ وذلك لتوفّرها ورخصِ ثمنها.

– من أنواعِ المنتجاتِ التي يدخلُ في تركيبها دهنُ الخنزيرِ: بعضُ أنواعِ الحلوياتِ، والشوكولاته، والآيس كريم، والجيلاتي، وبعضُ الدهونِ الطيّبةِ والتجميليةِ. وغير ذلك من الصناعاتِ.

– ثبت علمياً أن الاستحالة لا تعملُ في دهنِ الخنزيرِ لتعقيدهِ وتركيزه، وأنَّ العناصرَ الخنزيريةَ لا تختفي تماماً عند التصنيع. فالاستحالةُ الشرعيةُ لا تتحقَّقُ في الدهنِ الخنزيري.

– فإذا ثبت هذا فلا يجوزُ تناولِ المنتجاتِ التي تحتوي على الدهنِ الخنزيري أو الانتفاع بها.

التوصيات:

– يوصي الباحثُ بأن تعتمد الدولُ الإسلاميةُ في توفيرِ المنتجاتِ على نفسها، أو غيرها من الدول الإسلامية.

– كما يوصي الباحثُ على تشديدِ الرقابةِ على المنتجاتِ القادمةِ من هذه الدول، والتأكد من عدم احتوائها على الدهنِ الخنزيري.

– الاعتمادُ – قدر الإمكان – في الاستهلاكِ على منتجاتِ الدولِ الإسلامية؛ وذلك لضمانِ عدم دخولِ المحرّماتِ في منتجاتها؛ ولما في استهلاكِ منتجاتِ الكفارِ من إغانةٍ وتقويةٍ لهم.

– إلى أن يتحقَّقَ الأمنُ الغذائيُّ من هذه المنتجاتِ الواردةِ يوصي الباحثُ بأن يحتاطَ كلُّ مسلمٍ في الانتفاعِ من هذه المنتجاتِ والتأكدِ من خلوّها من المحرّم. أمّا المقيمون في تلك البلادِ فهم من بابِ أولى.

قائمة بالمصادر والمراجع

1. القرآن الكريم برواية الامام قالون عن نافع المدني.
2. أحكام القرآن - أبو بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي - (ت 543هـ) - دار الكتب العلمية - راجع أصوله وخرّج أحاديثه وعلق عليه محمد عبد القادر عطا - دار الكتب العلمية - بيروت لبنان - ط: الثالثة - 1424هـ - 2003م.
3. أحكام القرآن - الإمام أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص - تحقيق محمد الصادق قمحاوي - دار إحياء التراث العربي ومؤسسة التاريخ العربي بيروت لبنان - ط: 1412هـ - 1992م.
4. الاستحالة وأحكامها في الفقه الإسلامي - قدافي عزات الغنaim - دار النفائس - ط: الأولى 1428هـ - 2008م.
5. الأسرار الطبية والأحكام الفقهية في تحريم الخنزير - محمد علي البار ومعه سفيان محمد العسولي وخالد أمين محمد - الدار السعودية للنشر والتوزيع - ط: الأولى 1406هـ - 1986م.
6. إعلام الموقعين عن رب العالمين - أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب المعروف بابن قيم الجوزية - قرأه وعلق عليه وخرّج أحاديثه وآثاره أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان - دار ابن الجوزي - ط: الأولى 1423هـ.
7. أعمال مؤتمر كلية الشريعة الأول بجامعة الزرقاء الأهلية (المستجدات الفقهية - استحالة النجاسات وأثرها في حلّ الأشياء وطهارتها المنعقد في 25 - 26 تموز 1998م.

8. أعمال وبحوث الدورة السابعة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي في مكة

المكرمة المنعقدة في الفترة ما بين 19 و 24 شوال 1424هـ.

9. أعمال وبحوث الدورة السادسة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي في مكة

المكرمة المنعقدة في الفترة ما بين 21 و 26 شوال 1422هـ.

10. الانتفاع بالأعيان المحرمة من الأطعمة والأشربة والألبسة - جمانة محمد

عبد الرزاق أبو زيد - دار النفائس - ط: الأولى 1425هـ - 2005م.

11. التاج والإكليل لمختصر خليل بأسفل مواهب الجليل - أبو عبد الله محمد

بن يوسف المواق (ت 897) - دار الكتب العلمية بيروت لبنان - ط: الأولى

1416هـ - 1995م.

12. تفسير الفخر الرازي المشتهر بالتفسير الكبير ومفاتيح الغيب - محمد

الرازي فخر الدين بن العلامة ضياء الدين عمر - دار الفكر للطباعة - ط:

الأولى 1401هـ - 1981م

13. تقرير القواعد وتحريير الفوائد - زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن

رجب الحنبلي وبآخره فهرسة كتاب تقرير القواعد وتحريير الفوائد لجلال الدين

أبي الفرج نصر الدين البغدادي - ضبط نصه وعلق عليه ووثق نصوصه وخرج

أحاديثه وآثاره أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان - دار ابن عفان - ط: بلا رقم.

14. الجامع لأحكام القرآن والمبين لما تضمنه من السنة وآي الفرقان - أبو

عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي (ت 671هـ) - تحقيق عبد الله بن

عبد المحسن التركي - مؤسسة الرسالة - ط: الأولى 1427هـ - 2006م.

15. الذخيرة - شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي (ت654هـ) - تحقيق الدكتور محمد حجي - دار الغرب الإسلامي - ط: الأولى 1994م.
16. رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار - لمحمد أمين الشهير بابن عابدين مع تكملة ابن عابدين لنجل المؤلف - تحقيق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود والشيخ علي محمد معوض - دار عالم الكتب الرياض - ط: خاصة 1423هـ - 2003م.
17. الروض المربع بشرح زاد المستقنع - مختصر المقنع - منصور بن يونس البهوتي - دار الكتب العلمية - ط: الثامنة.
18. زاد المعاد في هدي خير العباد لابن قيم الجوزية شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي - تحقيق شعيب الأرنؤوط وعبد القادر الأرنؤوط - مؤسسة الرسالة ومكتبة المنار الإسلامية - ط: السابعة والعشرون 1415هـ - 1994م.
19. سنن أبي داود - تصنيف أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني (ت275هـ) - حكم على أحاديثه وآثاره وعلق عليه العلامة محمد ناصر الدين الألباني - مكتبة المعارف الرياض - ط: بلا.
20. سنن الترمذي - محمد بن عيسى بن سورة الترمذي (ت279هـ) - حكم على أحاديثه وآثاره وعلق عليه العلامة ناصر الدين الألباني - مكتبة المعارف الرياض - ط: بلا.
21. السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار - محمد بن علي الشوكاني -

دار ابن حزم - ط: الأولى 1425هـ - 2004م.

22. الشرح الممتع على زاد المستقنع - محمد صالح بن عثيمين - دار ابن الجوزي - ط: الأولى 1422هـ.

23. صحيح البخاري - لأبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري (256هـ) - دار ابن كثير دمشق - ط: الأولى 1423هـ - 2000م.

24. صحيح مسلم - للإمام أبي الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري (ت261هـ) - دار المغني - ط: الأولى - 1419هـ - 1998م.

25. فتح البر في الترتيب الفقهي لتمهيد ابن عبد البر ومعه فتح المجيد في اختصار تخريج أحاديث التمهيد - رتبه واختصر تخريجه محمد بن عبد الرحمن المغراوي - مجموعة التحف النفائس الدولية - ط: الأولى 1416هـ - 1996م.

26. الفروق أو أنوار البروق في أنواء الفروق - لأبي العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي (684هـ). ومعه إدرار الشروق على أنوار الفروق للإمام أبي القاسم قاسم بن عبد الله ابن الشاط (ت723هـ). وبحاشية الكتابين تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية للشيخ محمد علي المكي المالكي. دار الكتب العلمية بيروت لبنان - ط: الأولى 1418هـ - 1998م.

27. فقه القضايا الطبية المعاصرة دراسة فقهية طبية مقارنة - علي محيي الدين القره داغي وعلي يوسف المحمدي - دار البشائر الإسلامية - ط: الثالثة - 1429هـ - 2008م.

28. القواعد - أبي عبد الله محمد بن محمد المقري (ت758هـ) - تحقيق

- أحمد بن عبد الله بن حميد - مركز إحياء التراث الإسلامي مكة المكرمة - ط: بلا.
29. المجموع شرح المذهب للشيرازي - لأبي زكريا محيي الدين بن شرف النووي - تحقيق محمد بخيت المطيعي - مكتبة الإرشاد جدة - ط: بلا.
30. مجموعة الفتاوى - لشيخ الإسلام أحمد بن تيمية الحراني (ت728هـ) - اعتنى بها وخرّج أحاديثها عامر الجزار وأنور الباز - ط: الثالثة 1426هـ - 2005م
31. المخصص - لأبي الحسن علي بن إسماعيل النحوي اللغوي الأندلسي المعروف بابن سيده (ت458هـ) - دار الكتب العلمية بيروت لبنان - ط: بلا.
32. مسند الدارمي المعروف بسنن الدارمي - الحافظ أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل بن بهرام الدارمي (ت 255 هـ) - تحقيق حسين سليم أسد الداراني - دار المغني للنشر والتوزيع - ط: الأولى 1421هـ - 2000م.
33. المعجم الوسيط - مجموعة من المؤلفين - مجمع اللغة العربية القاهرة - مكتبة الشروق الدولية - ط: الرابعة 1425هـ - 2004م.
34. المغني شرح مختصر المزني - لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الحنبلي (ت 620هـ) - تحقيق الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي والدكتور عبد الفتاح محمد الحلو - دار عالم الكتب الرياض - ط: الأولى 1417هـ - 1997م.
35. من أفواه المشاهير حقائق عن أضرار لحم الخنزير - محمد مصطفى مراد - مكتبة الجيل الجديد - ط: الأولى.
36. المنشور في القواعد للزركشي - بدر الدين محمد بن بهادر الشافعي

(ت794هـ) - حققه الدكتور تيسير فائق أحمد محمود - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - ط: الأولى 1402هـ.

37. المواد المحرمة في الغذاء والدواء بين النظرية والتطبيق - نزيه حماد - دار القلم دمشق - ط: الأولى 1425هـ - 2004م.

38. مواد نجسة في الغذاء والدواء "بحث فقهي مقارن" - للدكتور عبد الفتاح محمود إدريس - ط: الأولى 1417هـ - 1997م.

39. مواهب الجليل لشرح مختصر خليل - لأبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب الرعيني (ت954) - دار الكتب العلمية بيروت لبنان - ط: الأولى 1416هـ - 1998م.

الموسوعة الفقهية - إصدار وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت - طباعة ذات السلاسل الكويت - ط: الثانية 1404هـ - 1983م.

مكافحة الهجرة غير المشروعة في القانون الجنائي الليبي

إعداد الدكتور: مصطفى إبراهيم العربي

أستاذ القانون الجنائي

بكلية القانون بالخمسة جامعة المرقب

مقدمة

اقتضت سنة الله في الكون أن لا تتركز الثروات في بقعة معينة من الأرض، وإنما توزعت هذه الثروات بين بقاعها؛ ليعلم أهل الأرض أن لا غنى لأحدهم عن الآخر، فكل فرد يحتاج إلى غيره، ولا تستقيم له الحياة إلا بالتكامل مع هذا الغير، فهذا يملك معادن في باطن الأرض، وذاك يملك خيرات على ظهرها، وآخر يملك موقعا، وغيرهم يملك عقلا مدبرا، أو جسداً على العمل وبذل الجهد صابراً، وهكذا لم يخص الخالق أحداً منهم بكل الثروات، وإنما بجزء منها؛ حتى تتحقق حكمة الله من كل ذلك، وهي التعارف، والتكامل، والسعي من أجل الرزق، وإعمار الكون، وعبادة الواحد الأحد، وفي هذا يقول عز من قائل ﴿يَأَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتَقْوَىٰ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ﴾ [سورة الحجرات آية 13].

غير أن هذه الحِكم قد لا تتحقق إلا بالسفر والترحال والانتقال من مكانٍ إلى آخر، وهذا يقتضي الاعتراف - من حيث المبدأ - للإنسان بحقه في التنقل والهجرة؛ باعتباره من الحقوق الطبيعية التي ينبغي ألا تُهضم أو تُضام، ولهذا نجد المواثيق الدولية والتشريعات الداخلية تقرّ هذا الحق وتعترف به، ولكن في الحدود التي لا تشكل فيها ممارسته إضراراً بأية مصلحةٍ من مصالح الدول الأساسية، وفي هذا السياق أصدرت ليبيا القانون رقم (19) لسنة 2010م بشأن مكافحة الهجرة غير المشروعة⁽¹⁾؛ محاولةً منها لمنع هذا النوع من الهجرة؛ أي التي تشكل مساساً بمصالح الدول الأساسية، وهي التي يمكن أن يطلق عليها بالهجرة غير النظامية، أو غير القانونية، أو غير المشروعة، ونصوص هذا القانون هي موضوع البحث في هذه الورقة.

أهمية البحث

تتجلى أهمية هذا البحث في كونه ينصب على أحد الموضوعات التي تؤرق بال المجتمع الدولي والوطني على حدٍ سواء؛ وذلك بسبب تنامي حجم هذه الظاهرة (الهجرة غير المشروعة) وتزايد مخاطرها وأضرارها التي تلحق ببعض الدول (دول المصدر أو المنشأ، ودول المقصد، ودول العبور)، وبالمهاجر غير الشرعي في حد ذاته.

(1) مدونة التشريعات الليبية، ع10، س10، 2010م، ص400.

ففي الولايات المتحدة الأمريكية - على سبيل المثال - تشير الدراسات إلى أن عدداً من السّكان الأجانب غير الشرعيين بلغ سنة 2000م (7.3) مليون ساكن، وأن هذا العدد يتزايد كل سنة بنسبة 500.000 مهاجر غير شرعي، وأن نسبة 4 إلى 7% منهم يُحتجزون في سجون الولايات المتحدة؛ بسبب ما يرتكبونه من مخالفاتٍ قانونية، وأن هذه النسبة تكلف الولايات المتحدة ما بين 1.8 و 3.5 بليون دولار سنوياً⁽¹⁾.

وفي ليبيا يكتسي بحث هذا الموضوع أهميةً خاصة؛ بحكم الدور الذي يمكن أن تؤديه هذه الدولة في الحد من ظاهرة الهجرة غير المشروعة من الدول الأفريقية إلى الدول الأوروبية، أو في ازدياد حجمها؛ باعتبارها بوابة العبور من القارة الأفريقية إلى القارة الأوروبية. وتبدو الحاجة ملحةً إلى مثل هذه الدراسة في الوقت الحاضر، بالنظر إلى غياب الجانب الأمني وفقدان سيطرة الحكومة الفعلية على المنافذ الحدودية؛ ما أدى إلى نزوح وتسلل عددٍ كبيرٍ من الأفارقة إلى هذه الدولة واستقرار بعضهم بها بشكلٍ غير قانوني، ومحاولة النسبة الباقية منهم العبور بحراً إلى الدول الأوروبية.

ولهذا، وفي ظل ندرة الدراسات القانونية حول هذا الموضوع في ليبيا، فإن هذه الدراسة هي محاولةٌ جادةٌ - وإن كانت متواضعة - لبحث بعضٍ من

(1) Michael T. Eskey, "Crimes of Illegal Immigrants", Professional Issues in Criminal Justice: A Professional Journal, Vol. 3, No.3, 2008, P44.

الجوانب القانونية المتعلقة بهذه الجريمة، وبيان أحكامها، انطلاقاً من نصوص القانون رقم (19) لسنة 2010م بشأن مكافحة الهجرة غير المشروعة.

خطة البحث والمنهج المتبع في الدراسة

ستتم معالجة هذا الموضوع من خلال تقسيمه إلى مبحثين، بحيث يخصص الأول لدراسة الأحكام المتعلقة بجانب التجريم في الهجرة غير المشروعة، ويخصص الثاني لدراسة الأحكام المتعلقة بالجزاء الجنائي المقرر لها، على أن يسبق هذين المبحثين مبحثٌ تمهيدِيٌّ يخصص لبيان بعض الأفكار التي تعد مدخلاً مهماً لدراسة هذا الموضوع، كالتعريف بهذه الجريمة، وبيان خصائصها، وأسبابها، ومخاطرها.

أما عن منهج البحث، فإنه سيكون مقارناً، حيث سينطلق الباحث في دراسة هذا الموضوع من نصوص القانون الليبي المتعلق بمكافحة هذه الجريمة، ونصوص المواثيق الدولية ذات العلاقة بهذه المكافحة، على اعتبار أنها من الجرائم ذات الطابع الدولي، أي تلك التي لا تمس مصلحة دولةٍ بعينها، وإنما تمس مصالح المجتمع الدولي عموماً.

المبحث التمهيدي

المدخل لدراسة أحكام جريمة الهجرة غير المشروعة

سيتم في هذا المبحث تحديد مفهوم هذه الجريمة، وبيان أسبابها، ومخاطرها، وذلك من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول

مفهوم جريمة الهجرة غير المشروعة

يقتضي تحديد مفهوم هذه الجريمة: تعريفها، وبيان خصائصها، وذلك من خلال الفرعين الآتين:

الفرع الأول

تعريف جريمة الهجرة غير المشروعة

أولاً- التعريف اللغوي

وردت الهجرة في اللغة العربية بلفظين: بكسر الهاء (الهجرة)، وبضمها (الهجرة)، وكلا اللفظين يعني الخروج من أرضٍ إلى أخرى، وأصل المهاجرة عند العرب خروج البدويّ من باديته إلى المدن، فيقال: هاجر الرجل، إذا فعل ذلك⁽¹⁾. وفي قاموس المصباح المنير: الهجرة بالكسر مفارقة بلدٍ إلى غيره⁽²⁾.

ثانياً- التعريف الاصطلاحي

عرّف جانب من الفقه الهجرة غير المشروعة بأنها "قيام شخصٍ لا يحمل جنسية الدولة، أو من غير المرخص لهم بالإقامة فيها، بالتسلل إلى هذه الدولة

(1) ابن منظور، لسان العرب، المجلد 15، دار صادر، بيروت، لبنان، ط6، 2008م، ص23.

(2) العلامة أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير، تحقيق: يحيى مراد، مؤسسة المختار للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ط1، 2008م، ص385.

عبر حدودها البرية أو البحرية أو الجوية، أو بالدخول إلى الدولة عبر أحد منافذها الشرعية، بوثائق أو تأشيراتٍ مزورة⁽¹⁾.

وعرّفها بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو، المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في 15/11/2000م⁽²⁾، وذلك بصدد تعريفه لمصطلح تهريب المهاجرين، بقوله: " يقصد بتعبير (تهريب المهاجرين) تدبير الدخول غير المشروع لشخصٍ ما إلى دولةٍ طرف، ليس ذلك الشخص من رعاياها أو من المقيمين الدائمين فيها، ..."، وحدّد المقصود بتعبير الدخول غير المشروع، بأنه "عبور الحدود دون تقيّد بالشروط اللازمة للدخول المشروع إلى الدولة المستقبلية" (م3/أ، ب من البروتوكول).

وعرّفها المشرع الليبي عن طريق تحديده للمقصود بالمهاجر مرتكب هذه الجريمة، بموجب نص المادة (1) من القانون رقم (19) لسنة 2010م بشأن مكافحة الهجرة غير المشروعة، وذلك بقوله " في تطبيق أحكام هذا القانون يعد

(1) د. محمد فتحي عيد، "التجارب الدولية في مكافحة الهجرة غير المشروعة، بحث مقدم إلى ندوة مكافحة الهجرة غير المشروعة، التي نظمت بجامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، في الفترة من 8 إلى 10/2/2010م، ط1، 2010 م، ص 50.

(2) راجع مركز الوثائق بموقع الجمعية العامة للأمم المتحدة على شبكة المعلومات الدولية، ورابط الموقع هو:

http://www.un.org/arabic/documents/instruments/docs_ar.asp

تاريخ الزيارة : 15 / 2 / 2014 م.

مهاجراً غير شرعي كل من دخل أراضي ليبيا، أو أقام بها بدون إذن أو تصريح من الجهات المختصة بقصد الاستقرار فيها أو العبور إلى دولة أخرى".

ومن مجموع هذه التعريفات يمكن القول بأن الهجرة غير المشروعة هي الدخول - تسلاً أو بوثائق غير قانونية - لدولة ما، بقصد الإقامة فيها، أو العبور من خلالها إلى دولة أخرى، أو الدخول إلى تلك الدولة بوثائق قانونية والبقاء فيها بعد انتهاء صلاحية هذه الوثائق.

الفرع الثاني

خصائص جريمة الهجرة غير المشروعة

تتميز جريمة الهجرة غير المشروعة بخصيَّتين رئيسيَّتين هما: أنها جريمة من الجرائم ذات البعد الدولي، وأنها ترتبط ببعض الجرائم الأخرى أشد الارتباط.

أولاً- البعد الدولي لجريمة الهجرة غير المشروعة

يتمثل البعد الدولي لهذه الجريمة في أمرين هما: أن الفاعل فيها دائماً أجنبي؛ حيث لا يُتصور ارتكابها من وطني؛ أي ممن يحمل جنسية الدولة المهاجر إليها (دولة المقصد أو دولة العبور)، وأن ضررها يتعدى حدود الدولة الواحدة، وسيأتي بيان هذه الأضرار أو المخاطر في حينه.

ثانياً- ارتباط جريمة الهجرة غير المشروعة ببعض الجرائم الخطيرة

ترتبط هذه الجريمة أشد الارتباط بالجريمة المنظمة وجريمة غسل الأموال، حيث ترتكب - في الأغلب الأعم من الحالات - بمساعدة عصابات

إجرامية متخصصة في تهريب المهاجرين غير الشرعيين، وتضم أفراداً على مستوى عالٍ من الكفاءة والقدرة على اختراق نصوص القوانين، وهم يحملون جنسيات مختلفة ويعيشون في أكثر من دولة.

وهذه الجماعات لا شك أنها تجني أموالاً طائلةً من وراء تهريب هؤلاء المهاجرين ومن وراء أنشطتها الإجرامية الأخرى، وهي تحتاج إلى إخفاء حقيقة مصدر هذه الأموال غير المشروعة عن أعين السلطات، وسبيلها إلى ذلك هو غسل هذه الأموال.

وهذا يقتضي تكاتف جهود مختلف الدول من أجل ضمان إقرار سياسة جنائية فاعلة لمكافحةها، ولا شك أن من ضمن أسس نجاح هذه السياسة أن تكون نصوص القوانين المتعلقة بمكافحتها متقاربةً في مختلف هذه الدول، بما يعنيه ذلك من توحيد أسس التجريم والملاحقة الجزائية.

المطلب الثاني

أسباب الهجرة غير المشروعة

الأسباب الدافعة لهذه الهجرة كثيرة، ويمكن تقسيمها إلى ثلاث مجموعات، هي: الأسباب أو الدوافع الاقتصادية، والأسباب أو الدوافع الاجتماعية، وأخيراً الأسباب أو الدوافع السياسية.

الفرع الأول

الأسباب الاقتصادية

يمكن الإشارة إلى أهم هذه الأسباب على النحو الآتي:

- 1- ارتفاع نسبة البطالة، وعدم توافر فرصٍ حقيقيةٍ للعمل والكسب في الدول المصدرة للعمالة⁽¹⁾.
- 2- تدني مستوى الأجور في الدول المصدرة للعمالة، وما يقابل ذلك من ارتفاع في أسعار السلع والخدمات⁽²⁾.
- 3- ارتفاع معدل النمو الاقتصادي وزيادة الطلب على العمل في الدول المستقبلية للهجرة غير المشروعة⁽³⁾، وارتفاع مستوى الأجور فيها.

الفرع الثاني

الأسباب الاجتماعية

يمكن إرجاع هذه الأسباب إلى سببين رئيسيين هما:

(1) د. محمد فتحي عيد، المرجع السابق، ص51.

(2) المرجع السابق، الصفحة نفسها.

(3) Scott H. Decker, Frank Van Gemert, David C. Pyrooz, "Gangs, Migration, and Crime: The Changing Land scape in Europe and the USA", Journal of International Migration and Integration. Vol.10, Issue. 4, 2009, p395.

- 1- انبهار المهاجرين هجرةً غير مشروعة - ولاسيما فئة الشباب - بالحضارة في الدول المستقبلية لهذا النوع من الهجرة، ورغبتهم في الحصول على قدر أكبر من الحرية والانعقاد من القيود الاجتماعية المفروضة عليهم في بلادهم.
- 2- تأثر هؤلاء المهاجرين بالنجاح الذي قد يحققه أقرانهم على المستوى الاقتصادي عند هجرتهم وعودتهم إلى أوطانهم⁽¹⁾.

الفرع الثالث

الأسباب السياسية

تلعب العوامل السياسية دوراً بارزاً في انتشار ظاهرة الهجرة غير المشروعة، ويظهر هذا جلياً في الدول التي تزرع تحت الأنظمة الدكتاتورية، حيث يسود الظلم والاستبداد والاضطهاد السياسي والديني في أشنع صوره، ومن أمثلة ذلك هجرة بعض المضطهدين من الدول الأفريقية ودول الشرق الأوسط والصين إلى الدول الأوروبية، طلباً للجوء السياسي، بعد دخول بعضهم إلى هذه الدول بطرق غير مشروعة⁽²⁾.

ويرتبط بالعامل السياسي العامل الأمني؛ حيث يرتفع معدل الهجرة غير المشروعة في الدول التي تعيش حالة من الانفلات الأمني والاضطراب السياسي

(1) د. محمد محمود السرياني، "هجرة قوارب الموت عبر البحر المتوسط بين الجنوب والشمال"، بحث مقدم إلى الندوة المشار إليها سابقاً، ص175.

(2) Scott H. Decker, Frank van Gemert, David c. Pyrooz, Op. cit, p396.

وفوضى الحروب وويلاتها؛ إذ غالباً ما تهاجر بعض الجماعات إلى الدول المجاورة؛ طلباً للأمن وهرباً من شبح القتل والدمار.

المطلب الثالث

مخاطر الهجرة غير المشروعة

للهجرة غير المشروعة مخاطر عديدة، منها ما يتعلق بمصالح الدول (الفرع الأول)، ومنها ما يتعلق بمصلحة المهاجرين هجرةً غير مشروعة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مخاطر الهجرة غير المشروعة على مصالح الدول

قد تضر الهجرة غير المشروعة بمصالح الدول المستقبلية لمرتكبي هذا النوع من الهجرة (دول المقصد)، ومصالح دول العبور، وقد تضر بمصالح الدول مصدر الهجرة غير المشروعة (دول المنشأ)، وبيان ذلك على النحو الآتي:

أولاً- مخاطر الهجرة غير المشروعة على دول المقصد، ودول العبور

يترتب على الهجرة غير المشروعة، إلحاق الضرر بمصالح هذه الدول على مختلف الأصعدة (الاجتماعية والصحية والاقتصادية والأمنية).

فعلى المستوى الاجتماعي تشكل الهجرة غير المشروعة وسيلةً مهمةً لنقل ثقافة الجاليات المهاجرة، المناقضة - في بعض الأحيان - للثقافة السائدة في تلك المجتمعات، بما يعنيه ذلك من إمكانية اكتساب أفراد هذه المجتمعات لعاداتٍ وقيمٍ غير سوية، وبروز بعض الظواهر السلبية والهدامة، كظاهرة التسول، والتسكع، والبطالة، وعدم المبالاة بنصوص القوانين.

وعلى المستوى الصحي، يلاحظ أن خطر الهجرة غير المشروعة ظاهرٌ أيضاً، حيث يتمثل بالدرجة الأولى في انتشار الأمراض المعدية والأوبئة الفتّاقة بين أفراد هذا المجتمع؛ المصاحبة لدخول المهاجر غير الشرعي، الذي يعتبر - في كثيرٍ من الأحيان - الحامل للفيروسات المسبّبة لهذه الأمراض.

وعلى المستوى الاقتصادي تؤدي الهجرة غير المشروعة إلى العديد من الأضرار أيضاً، منها على سبيل المثال: الخسائر المالية التي تكبدها دول المقصد ودول العبور في سبيل مراقبة الحدود، وضبط المتسللين وتجميعهم، وترحيلهم إلى أوطانهم، ومنها أيضاً الأعباء المالية التي ترهق الاقتصاد المحلي وانخفاض فرص العمل المتوفرة؛ بسبب مزاحمة المهاجرين للمواطنين، في حال نجاحهم في الدخول غير المشروع لتلك الدول واستقرارهم بها، ويضاف إلى ذلك الإنفاق الإضافي الذي تتحمله هذه الدول في سبيل مكافحة الجريمة التي ترتكب من قبل المهاجرين غير الشرعيين، وفي مكافحة الأوبئة والأمراض المعدية الناجمة عن إصابة هؤلاء المهاجرين ودخولهم بطرق غير مشروعةٍ إلى هذه الدول.

وعلى المستوى الأمني فإن أضرار الهجرة غير المشروعة لا تخفى هي الأخرى، حيث ترتفع نسبة الجريمة بارتفاع عدد المهاجرين غير الشرعيين، الذين ما إن يصلوا إلى دولة المقصد حتى تكون أموالهم قد نفذت بسبب إنفاقها في عملية الهجرة غير المشروعة، إضافةً إلى تحرّره من القيود الاجتماعية والأخلاقية المفروضة عليهم في بلادهم، ولهذا فإن الجرائم المتصوّر ارتكابها من قبلهم ترجع إلى فئتين رئيسيتين هما: الجرائم المالية، والجرائم ضد الأخلاق.

بيد أن هذا لا يمنع من انضمامهم للعصابات الإجرامية أو تشكيلها، وارتكابهم لأنماط إجراميةٍ أخرى، كالإتجار في المخدرات والسلاح، وغسل الأموال، والقتل، والإيذاء⁽¹⁾.

الفرع الثاني

مخاطر الهجرة غير المشروعة على المهاجر غير الشرعي

يمكن أن تصنّف هذه المخاطر صنفين: صنفٌ يتعرض له المهاجر هجرةً غير مشروعةٍ أثناء سفره من دولته إلى الدولة التي يقصدها، وصنفٌ يتعرض له بعد وصوله إلى هذه الدولة.

فعن الصنف الأول يمكن القول بأن المهاجر غير الشرعي كثيراً ما يواجه أخطاراً جسيمةً عبر رحلته البحرية أو البرية إلى دولة المقصد؛ حيث يشرف على عملية النقل عصاباتٌ إجراميةٌ متخصصةٌ في هذا المجال، ولا تتم هذه العملية إلا بعد أن يدفع المهاجر مبلغاً من المال إلى هذه العصابات، أو يدفع جزءاً منه ويتعهد بدفع الباقي بعد الوصول، وإذا لم يدفع بعد وصوله ما بقي في ذمته تعرّض للتعذيب والتكيد من أفراد هذه العصابات، إضافةً إلى تعرّضه لحجز حريته. و يتم النقل في العادة عبر قوارب غير صالحةٍ للإبحار لمسافاتٍ طويلة، وأثناء الرحلة كثيراً ما يتعرض المهاجر إلى الضرب والإهانة، وتعرض النساء

(1) راجع: عبد الله مسعود السراني، "العلاقة بين الهجرة غير المشروعة وجريمة تهريب البشر والاتجار بهم"، بحث مقدم إلى الندوة المشار إليها سابقاً، ص 112 وما بعدها.

للاغتصاب، إضافة إلى العواصف التي كثيراً ما تُلحق أضراراً جسدية خطيرةً بالمهاجرين إذا ما نجوا من شبح الموت.

وعن الصنف الثاني من الأخطار، فإنه يمكن القول بأن المهاجر بعد وصوله لدولة المقصد يستعد لمواجهة نوعٍ آخر من الأخطار، فكثيراً ما يُقبض عليه ويتعرض للحجز والتعذيب والمعاملة الفظة، ثم يعاد إلى بلاده، ليخسر كل ما أنفقه من مالٍ في هذه الرحلة، وإذا ما استطاع أن يختفي عن أعين السلطات ويستقرّ هناك، فإنه سيواجه مخاطر من نوعٍ آخر، تتمثل في الشعور بالإحباط والضيق النفسي الناجم عن عملية محاولة التكيّف الصعبة مع القيم الاجتماعية الجديدة التي لم يتعود عليها، إضافةً إلى إمكانية وقوعه كفريسةٍ سهلةٍ قابلةٍ للاستغلال والابتزاز من قبل العصابات الإجرامية، والزج به في مهاوي الجريمة والانحراف من أجل الحصول على المال.

وبهذا نكون قد انتهينا من بحث الموضوعات التي تشكل مدخلاً لهذه الدراسة، ومنتقل الآن لبحث الأحكام المتعلقة بجانب التجريم والجزاء في جريمة الهجرة غير المشروعة.

المبحث الأول

الأحكام المتعلقة بجانب التجريم في الهجرة غير المشروعة

نص المشرع الليبي على صورتين للهجرة غير المشروعة، هما: دخول الأراضي الليبية، والإقامة بها، دون إذنٍ أو تصريحٍ بذلك من الجهات المختصة، بقصد الاستقرار فيها أو العبور إلى دولةٍ أخرى، وذلك بقوله " في تطبيق أحكام هذا القانون يعد مهاجراً غير شرعي كل من دخل أراضي ليبيا، أو أقام بها بدون إذنٍ أو تصريحٍ من الجهات المختصة؛ بقصد الاستقرار فيها أو العبور إلى دولةٍ أخرى " (مادة 1 من القانون رقم 19 لسنة 2010م بشأن مكافحة الهجرة غير المشروعة).

كما نص على تجريم بعض الأفعال التي قد يقوم بها الغير من أجل مساعدة المهاجر غير الشرعي في القيام بإحدى الصورتين السابقتين، حيث قال " يعتبر من أعمال الهجرة غير المشروعة ما يلي:

- أ - إدخال المهاجرين غير الشرعيين إلى البلاد أو إخراجهم منها بأيّة وسيلة.
- ب - نقل أو تسهيل نقل المهاجرين غير الشرعيين داخل البلاد، مع العلم بعدم شرعية وجودهم بها.
- ج - إيواء المهاجرين غير الشرعيين أو إخراجهم أو إخفاؤهم بأيّة طريقة عن تتبع الجهات المختصة، أو إخفاء معلوماتٍ عنهم لتمكينهم من الإقامة في البلاد أو الخروج منها.
- د - إعداد وثائق سفرٍ أو هويةٍ مزورةٍ للمهاجرين، أو توفيرها، أو حيازتها لهم.

هـ - تنظيم أو مساعدة أو توجيه أشخاص آخرين للقيام بأي فعلٍ من الأفعال المنصوص عليها في الفقرات السابقة " (م2 من القانون المشار إليه). ولمعرفة أحكام الجرائم المنصوص عليها في هاتين المادتين يتعين تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، بحيث يخصص الأول لدراسة أحكام التجريم المتعلقة بسلوك المهاجر غير الشرعي، ويخصص الثاني لدراسة أحكام التجريم المتعلقة بمساعدة المهاجر غير الشرعي في ارتكاب جريمة الهجرة غير المشروعة.

المطلب الأول

أحكام التجريم المتعلقة بسلوك المهاجر غير الشرعي

جرّم المشرع الليبي دخول أي أجنبيٍّ إلى الأراضي الليبية، أو إقامته فيها، دون إذنٍ أو تصريحٍ بذلك من الجهات المختصة⁽¹⁾.

(1) يلاحظ أن نظرة المشرع الليبي للمهاجر غير الشرعي واعتباره فاعلاً لجريمة الهجرة غير المشروعة وملاحقته جنائياً جاءت مخالفةً لتوجه المجتمع الدولي حيال هذا الموضوع، حيث يميل إلى اعتباره ضحيةً لهذه الجريمة، أكثر من اعتباره مجرماً، وظهر موقف المجتمع الدولي هذا من خلال نص المادة (5) من بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين، الذي قال فيه " لا يصبح المهاجرون عرضةً للملاحقة الجنائية بمقتضى هذا البروتوكول، نظراً لكونهم هدفاً للسلوك المبين في المادة (6) من هذا البروتوكول ". غير أنه لا يترتب على هذه المخالفة أي بطلان لنصوص القانون الليبي المتعلق بمكافحة هذه الجريمة؛ وذلك لأن المجتمع الدولي لم يصادر - بمقتضى هذا البروتوكول - حقوق الدول المُقررة بموجب القانون الدولي في مكافحة أية جريمةٍ تهدد مصالحها الخاصة، وملاحقة مرتكبيها جنائياً.

يدلّ على ذلك ما نصت عليه المادة (1/19) من البروتوكول المشار إليه، حيث قالت "ليس في هذا البروتوكول ما يمس بسائر الحقوق والالتزامات والمسئوليات للدول والأفراد بمقتضى القانون الدولي، ..."

وللحديث عن الأحكام المتعلقة بهاتين الصورتين، يتعين تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، يخصص أولها لبيان التكييف القانوني لهاتين الجريمتين، وذلك من زاويتين: أولاًهما تحديد تكييفهما كونهما من جرائم السلوك المجرد أو من جرائم السلوك والنتيجة، وثانيتها، تحديد تكييفهما كونهما من الجرائم الوقتية أو من الجرائم المستمرة، ويخصص الثاني لبيان السلوك المحدد لارتكاب هاتين الجريمتين، ويخصص الأخير للحدث عن القصد الجنائي في هاتين الجريمتين.

الفرع الأول

التكييف القانوني لصورتي جريمة الهجرة غير المشروعة

يلاحظ أن هاتين الصورتين (الدخول، والإقامة في الأراضي الليبية، دون إذنٍ من السلطات المختصة بذلك) هما من جرائم السلوك المجرد، وليستا من جرائم السلوك والنتيجة، إذ لا يتصور حصول أي تغييرٍ في العالم الخارجي كأثرٍ مترتبٍ على ارتكابها.

ويترتب على اعتبار هاتين الصورتين من جرائم السلوك المجرد جميع النتائج المترتبة على التمييز بين هذه الجرائم وجرائم السلوك والنتيجة، والتي أسهبت كتب الفقه في بيانها⁽¹⁾.

(1) راجع على سبيل المثال: د. امحمد الرازقي، محاضرات في القانون الجنائي، القسم العام، مكتبة طرابلس العلمية العالمية، طرابلس، ليبيا، ط1، 2013م، ص241. أيضاً: د. موسى

ومن ناحيةٍ ثانيةٍ يلاحظ أن الصورة الأولى لجريمة الهجرة غير المشروعة، وهي الدخول للأراضي الليبية دون إذنٍ رسميٍّ من الجهات المختصة هي جريمةٌ وقتيةٌ وليست مستمرة، فهي تبدأ وتنتهي فور ارتكاب السلوك، وهو الدخول بطريقةٍ غير مشروعة، وذلك على عكس الثانية وهي الإقامة في الأراضي الليبية دون إذنٍ من السلطات؛ إذ يتطلب ارتكابها استمرار السلوك فترةً من الزمن، ولا يرتكب وينتهي في لحظة.

ويترتب على ذلك جميع النتائج المترتبة على التمييز بين الجرائم الوقتية والجرائم المستمرة، والتي نحيل بشأنها إلى كتب الفقه العامة⁽¹⁾.

الفرع الثاني

السلوك المتطلب ارتكابه لجريمة الهجرة غير المشروعة

في قانون مكافحة الهجرة غير المشروعة الليبي

يتضح من خلال الاطلاع على نص المادة الأولى من قانون مكافحة الهجرة غير المشروعة أن هذه الجريمة ترتكب بإحدى صورتين، هما: الدخول غير المشروع للأراضي الليبية، والإقامة بها، دون إذنٍ أو تصريحٍ بذلك من السلطات المختصة.

=

مسعود ارحومة، الأحكام العامة لقانون العقوبات الليبي، ج1، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي، ليبيا، ط1، 2009م، ص193، 194.

(1) لمراجعة هذه النتائج انظر على سبيل المثال: د. محمود نجيب حسين، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط6، 1989م، ص323، 324.

أولاً- الدخول غير المشروع للأراضي الليبية

يلزم لقيام الهجرة غير المشروعة بهذه الطريقة أن يدخل الأجنبي للأراضي الليبية بطريقة غير مشروعة، ويتحقق الدخول غير المشروع بأحد أسلوبيين:

1 - التسلل إلى الأراضي الليبية عبر الحدود أو المنافذ الرسمية، خفيةً عن أعين السلطات. وتفترض هذه الحالة أن المهاجر غير الشرعي لا يحمل مستندات سفرٍ رسمية، أو أنها مزورة، أو منتهية الصلاحية.

2 - دخول الأجنبي إلى الأراضي الليبية بمستنداتٍ رسميةٍ صالحةٍ للسفر، ولكن دون تأشيرة دخولٍ صادرةٍ عن السلطات المختصة الليبية، أو دون إذن دخولٍ من السلطات المختصة بتأمين وتنظيم الدخول والخروج عبر المنافذ الرسمية (المطارات، والبوابات البرية، والمنافذ البحرية).

ثانياً- الإقامة بالأراضي الليبية دون إذنٍ أو تصريحٍ من السلطات المختصة

تفترض هذه الصورة من صورتَي الهجرة غير المشروعة أن يكون المهاجر غير الشرعي قد دخل الأراضي الليبية بطريقةٍ مشروعة، ولكنه أقام بها دون الحصول على إذنٍ بالإقامة من السلطات المختصة، أو كان متحصلاً على هذا الإذن لفترةٍ معينةٍ وانتهت تلك الفترة دون تمديدٍ أو تجديد.

وغني عن البيان أنه يشترط في كلتا صورتَي الهجرة غير المشروعة أن يكون الداخل إلى الأراضي الليبية بطريقةٍ غير مشروعةٍ أو المقيم بها بذات الوصف أجنبياً؛ أي لا يحمل الجنسية الليبية وقت ارتكابه للسلوك، ولو كان عربياً؛ لأن

مصطلح الأجنبي يشمل كل من لا يحمل الجنسية الليبية؛ ولهذا لا تنطبق نصوص قانون الهجرة غير المشروعة على الليبي الداخل إلى الأراضي الليبية، ولو دخلها بجواز سفرٍ منتهي الصلاحية أو مزور التاريخ، أو دخلها من غير المنافذ الرسمية المخصصة للدخول والخروج، غير أن هذا لا يعصم سلوكه من أن تنطبق عليه نصوص تجريمٍ أخرى، كتلك التي تجرم التزوير، أو استعمال الوثائق المزورة.

الفرع الثالث

الركن المعنوي في جريمة الهجرة غير المشروعة

جريمة الهجرة غير المشروعة في صورتها جريمة عمدية، يلزم لقيامها توافر القصد الجنائي، بصورتيه: القصد الجنائي العام، والقصد الجنائي الخاص، وبيان ذلك أن يعلم الجاني بأنه يدخل الأراضي الليبية، أو يقيم بها بطريقةٍ غير مشروعة، وأن تتجه إرادته إلى ارتكاب أحد السلوكين، ولا يشترط أن تتجه الإرادة إلى تحقيق أية نتيجةٍ في كلتا صورتين؛ لأن هذه الجريمة من جرائم السلوك المجرد كما أشرنا إلى ذلك سابقاً، وليست من جرائم السلوك والنتيجة.

ويلزم أيضاً أن يقصد الجاني من وراء ارتكاب إحدى صورتَي السلوك الاستقرار في الأراضي الليبية أو العبور من خلالها إلى دولةٍ أخرى.

ولم يحدد لنا المشرع الليبي مفهوم الاستقرار للقول باتجاه الإرادة إليه، والأمر من الضروريات في فقه القانون الجنائي؛ لأنه يتعلق بمبدأ الشرعية، الذي يفترض أن تكون نصوص التجريم والعقاب واضحةً ومحددة، فما المدة التي يشترط توافرها في البقاء في الأراضي الليبية للقول بأن الشخص قد استقر فيها؟ هل يقصد

بالاستقرار بقاء الشخص في مكانٍ معينٍ طيلة فترة حياته؟ أم يكفي أن يبقى في هذا المكان مدةً دون ذلك؟ وإذا ما قلنا بالرأي الثاني فما هو مقدار هذه المدة؟ وبالرجوع إلى كتب المعجمات اللغوية لم نجد فيها ما يسعفنا للإجابة عن التساؤل المطروح؛ لأنها وإن أشارت إلى المعاني المرادفة لمصطلح الاستقرار، وهي الثبوت والإقامة والهدوء والسكون والطمأنينة، إلا أنها لم تقيده بمدة معينة⁽¹⁾.

المطلب الثاني

أحكام التجريم المتعلقة بالمساعدة

في ارتكاب جريمة الهجرة غير المشروعة

المُطَّلَع على نص المادة (2) من قانون مكافحة الهجرة غير المشروعة المشار إليه سابقاً، سيلاحظ أن المشرع جرم أنماطاً من السلوك التي لا تعتبر من جوهر جريمة الهجرة غير المشروعة، وإنما هي أفعالٌ مساعدةٌ لارتكاب الأجنبي لهذه الجريمة.

وقد نص المشرع الليبي على هذه الأنماط متأثراً ببروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين، الذي حثت بموجبه الجمعية العامة كافة الدول على أن تجرم

(1) راجع على سبيل المثال: ابن منظور، لسان العرب، مرجع سبق ذكره، مج12، ص63. المعجم الوجيز، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، مصر، 2004م، ص496.

هذه الأنماط؛ ضمناً لإقرار سياسة جنائية فعّالة ومتقاربة بين مختلف الدول في مواجهة هذه الجريمة ذات الطابع الدولي⁽¹⁾.

ورغم أن وسائل المساعدة هذه تعتبر أفعالاً مجرماً طبقاً للقواعد العامة في قانون العقوبات الليبي (م100/ بند ثانياً عقوبات)، إلا أن في تكرار المشرع لتجريمها بموجب قانون مكافحة الهجرة غير المشروعة أهمية، تظهر في محاولة المشرع تنبيه القائمين على تطبيق القانون إلى ضرورة إعمال أحكام المساعدة على كل من يقدّم إلى المهاجر غير الشرعي أي عون؛ لتمكينه من الدخول إلى الأراضي الليبية، أو البقاء فيها بطريقة غير مشروعة.

(1) نصت المادة (6) من هذا البروتوكول على ذلك بقولها: "1- تعتمد كل دولة طرف ما قد يلزم من تدابير تشريعية وتدابير أخرى لتجريم الأفعال التالية، في حال ارتكابها عمداً، ومن أجل الحصول بصورة مباشرة أو غير مباشرة، على منفعة مالية أو منفعة مادية أخرى:

(أ) تهريب المهاجرين.

(ب) القيام، بغرض تسهيل تهريب المهاجرين، بما يأتي:

1- إعداد وثيقة سفر أو هوية مزورة.

2- تدبير الحصول على وثيقة من هذا القبيل أو توفيرها أو حيازتها.

(ج) تمكين شخص، ليس مواطناً أو مقيماً دائماً في الدولة المعنية، من البقاء فيها دون تقيد بالشروط اللازمة للبقاء المشروع في تلك الدولة، وذلك باستخدام الوسائل المذكورة في

الفقرة الفرعية (ب) من هذه الفقرة، أو أية وسيلة أخرى غير مشروعة.

2- تعتمد كل دولة طرف ما قد يلزم من تدابير تشريعية وتدابير أخرى لتجريم:

(أ) ...

(ب) ...

(ج) تنظيم أو توجيه أشخاص آخرين لارتكاب جرم من الأفعال المجرمة وفقاً للفقرة (1)

من هذه المادة."

فقد أدرك المشرع الليبي حقيقة أن هذه الجريمة ترتكب - في أغلب حالاتها - بمساعدة عصابات إجرامية منظمة تعمل في أكثر من دولة؛ لهذا قرّر التأكيد على عدم إغفال ملاحقة من يساعد الأجنبي على ارتكاب هذه الجريمة؛ حتى يضمن نجاح سياسته في مكافحتها.

ومما يؤكد ذلك أن المشرع لم يكتف في معاقبتهم بالجزاء الجنائي المقرر للمهاجر غير الشرعي طبقاً للمادة (6) من قانون مكافحة الهجرة غير المشروعة، والمتمثل في الحبس مع الشغل، أو الغرامة التي لا تزيد على ألف دينار، وذلك تطبيقاً لقاعدة من اشترك في جريمة فعليه عقوبتها المنصوص عليها بالمادة (101) عقوبات، وإنما قرّر في حقهم عقوبات خاصة تتراوح بين الحبس، والسجن، والغرامة التي قد تصل إلى خمسين ألف دينار، وذلك على ما سيأتي بيانه في حينه.

وعلى كل حال فإنه يتعين أن لا يفهم من مسلك المشرع الليبي في تكرار النص على تجريم أفعال المساعدة تلك أنه أراد عدم تجريم وسيلتي الاشتراك الآخرين المتمثلتين في التحريض والاتفاق أو عدم العقاب عليهما، وإنما الأمر عكس ذلك، حيث يبقيان على أصلهما من التجريم والعقاب؛ تطبيقاً للقواعد العامة المنصوص عليها بالمواد 100 وما بعدها من قانون العقوبات.

وعلى هذا إذا حرّض شخص (ليبي أو أجنبي) شخصاً أجنبياً على الدخول إلى الأراضي الليبية أو البقاء فيها بطريقة غير مشروعة، فإنه يعد مسؤولاً عن تحريضه أو اتفائه، ويعاقب تطبيقاً للقواعد العامة.

ومهما يكن من أمرٍ، فإنه مما ينبغي معرفته في أحكام المساعدة في ارتكاب هذه الجريمة هو بيان صورها التي نص عليها المشرع في هذا القانون (الفرع الأول)، ثم بيان صورة الركن المعنوي فيها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

صور المساعدة في ارتكاب جريمة الهجرة غير المشروعة

نصت على هذه الصور المادة الثانية من قانون مكافحة الهجرة غير المشروعة من خلال فقراتها الخمسة، ولتبسيط العرض، فإنه ينبغي بيان هذه الصور من خلال الفقرات الآتية:

أولاً- الصور المنصوص عليها بالفقرة (أ)

تتمثل هذه الصور في إدخال المهاجرين غير الشرعيين إلى ليبيا، أو إخراجهم منها بأية وسيلة.

وقد يتم ذلك من قبل أحد الموظفين المعهود إليهم بالعمل في حراسة المنافذ أو نقاط العبور أو الموانئ أو الحدود أو بمراقبتها، وقد يتم ذلك من قبل شخصٍ أو أشخاصٍ يعملون في شكل جماعاتٍ لتهريب المهاجرين غير الشرعيين عن طريق منافذ العبور الرسمية⁽¹⁾، أو غير الرسمية، كتهريبهم في زوارق بحرية خارج موانئ الدولة الرسمية.

(1) سواء تم ذلك بعلم القائمين على تطبيق القانون أو دون علمهم، ولكن بتقصير منهم. وقد جرّم المشرع سلوك الموظف في هذه الحالة، وقرر له عقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنةٍ وغرامةٍ لا تقل عن ألف دينار ولا تزيد على خمسة آلاف دينار، في حال امتناعه عمداً

ثانياً- الصور المنصوص عليها بالفقرة (ب)

تتمثل هذه الصور في نقل أو تسهيل نقل المهاجرين غير الشرعيين داخل البلاد، مع العلم بعدم مشروعية وجودهم بها. ويتم النقل عادةً بوسائل نقلٍ جماعيةٍ من مكان وجود أو تجمع المهاجرين غير الشرعيين إلى أماكن مغادرتهم للبلاد، أي إلى نقاط العبور الرسمية أو غير الرسمية البحرية أو البرية. كما تنطبق هذه الصورة أيضاً على كل من يسهّل نقل المهاجر غير الشرعي، كمن يؤجّر سيارته أو قاربه إلى عصابات نقل المهاجرين بهدف نقلهم. ويعد النقل من الجرائم المستمرة، التي تستغرق بعض الوقت لإتمامه، فقد يستغرق ساعات، وقد يستغرق أياماً.

ثالثاً- الصور المنصوص عليها بالفقرة (ج)

تتجسد هذه الصور في إيواء المهاجر غير الشرعي، أو إخراجه، أو إخفائه بأية طريقة عن تتبع الجهات المختصة، أو إخفاء معلوماتٍ عنه؛ بهدف تمكينه من الإقامة في البلاد، أو الخروج منها.

=

عن اتخاذ الإجراءات القانونية التي يوجب القانون عليه اتخاذها؛ لمنع إتمام عملية الهجرة غير المشروعة، وقرر له عقوبة الغرامة التي لا تقل عن خمسمئة دينار ولا تزيد على ثلاثة آلاف دينار في حال وقوع الفعل منه نتيجة إهمالٍ أو تقصير (م7 من قانون مكافحة الهجرة غير المشروعة).

ويقصد بالإيواء هنا توفير مكانٍ أو منزلٍ للمهاجر غير الشرعي، بحيث يبقى فيه - ليلاً أو نهاراً - مختفياً عن أعين السلطات.

ورغم أن المشرع نص على إخراج المهاجر غير الشرعي في الفقرة (أ) التي سبق الحديث عنها، ونص عليه هنا في هذه الفقرة، إلا أن الباحث يرى أن هناك اختلافاً بين مفهوم الإخراج في الفقرتين، حيث يقصد المشرع بالإخراج في الفقرة (أ) إخراج المهاجر غير الشرعي خارج البلاد، ويقصد بالإخراج في الفقرة (ب) إخراجه من مأواه داخل البلاد حتى يلبي حاجات معيشته اليومية بعيداً عن أعين السلطات.

كما جرم المشرع بموجب الفقرة (ب) الإخفاء، وهو نوعان: إخفاء المهاجر غير الشرعي، أو إخفاء معلومات عن مكان وجوده؛ تمكيناً له من الإقامة في البلاد، أو الخروج منها، وكلا النوعين تتحقق به هذه الصورة. والإيواء والإخفاء يعدّان من قبيل الجرائم المستمرة؛ لأنهما يفترضان استمرار السلوك فترةً من الزمن، على عكس الإخراج فهو من صور الجريمة الوقتية التي تتحقق بمجرد ارتكاب السلوك.

رابعاً- الصور المنصوص عليها بالفقرة (د)

تتمثل هذه الصور في إعداد وثائق السفر أو الهوية المزورة للمهاجر غير الشرعي، أو توفيرها، أو حيازتها له.

ويقصد بإعداد وثائق السفر المزورة تزوير جوازات أو وثائق السفر الخاصة بالأجنبي، إما بإعداد جوازاتٍ أو وثائقٍ سفرٍ ليبية؛ ليدخل بها الأجنبي

على أساس أنه ليبي الجنسية، أو تزوير جواز أو وثيقة سفر الأجنبي بالتغيير في أحد بياناتها وتصييرها صالحة للاستعمال بعد أن كانت منتهية الصلاحية.

كما تتحقق هذه الصورة أيضاً بإعداد وثيقة إثبات هوية مزورة لأجنبي (كالبطاقة الشخصية أو رخصة القيادة)؛ ليستعملها الأجنبي على أساس أنه ليبي الجنسية، عند وجوده بالأراضي الليبية.

ولا يقتصر التجريم بمقتضى هذه الفقرة على إعداد تلك الوثائق فقط، وإنما يمتد ليشمل أيضاً توفيرها أو حيازتها للأجنبي، ويتحقق توفير تلك الوثائق بدفع رشوة مثلاً إلى موظف مختص؛ لمنح الأجنبي وثيقة سفر أو هوية ليبية مزورة.

وتتحقق الحيازة بوجود تلك الوثائق تحت السيطرة الفعلية للحائز، وإن لم تكن تحت بصره وفي متناول يده، بحيث يستطيع أن يقدمها للأجنبي في أي وقت شاء⁽¹⁾.

وتعد حيازة هذه الوثائق المزورة من الجرائم المستمرة، على عكس الإعداد أو التوفير؛ حيث يعتبران من الجرائم الوقتية.

(1) راجع في مفهوم الحيازة في القانون الجنائي: د. محمد رمضان باره، القانون الجنائي الليبي، القسم الخاص، ج2، مطابع عصر الجماهير (سابقاً)، الخمس، ليبيا، ط2، 2002م، ص58 وما بعدها.

خامساً- الصور المنصوص عليها بالفقرة (هـ)

تشمل هذه الصور: تنظيم ومساعدة وتوجيه أشخاص آخرين؛ للقيام بأي فعلٍ من الأفعال المنصوص عليها بالفقرات السابقة.

وقد جرّم المشرع هذه الأنماط متأثراً في ذلك بنص الفقرة الفرعية (ج) من الفقرة (2) من المادة (6) من بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين.

ويبدو أن الغرض من تجريم هذه الأنماط يتمثل في ملاحقة أصحاب رؤوس الأموال الكبيرة، ممن يستثمرون أموالهم في مجال تهريب المهاجرين غير الشرعيين، والذين يطلق عليهم تعبير (رؤوس الثعابين الكبيرة)، حيث يستغلون أفراداً عاديين يشتغلون في شكل جماعات إجرامية صغيرة يرأسها ما يسمى برأس الثعبان الصغير؛ لجمع الأشخاص الراغبين في الهجرة وتأمين نقلهم وتحصيل المبالغ المالية منهم⁽¹⁾.

وفي الصور الثلاثة المذكورة في هذه الفقرة يلاحظ أن مرتكبها لا يتوجه بنشاطه مباشرة للمهاجر غير الشرعي؛ ليتمكنه من الدخول أو البقاء غير المشروع في ليبيا، وإنما يتوجه بنشاطه إلى مرتكب إحدى وسائل المساعدة المذكورة في الفقرات السابقة، فهو شريكٌ في الاشتراك بالمساعدة إن صح التعبير.

(1) راجع: د. محمد فتحي عيد، مرجع سبق ذكره، ص 54.

وينبغي أن لا يفهم من تخصيص المشرع بالتجريم للمساعدة التي يقدمها الشريك غير المباشر للشريك المباشر بالمساعدة، استبعاد تجريم مساهمة الشريك غير المباشر بالتحريض أو الاتفاق، وإنما يعتبر نشاطه مجرمًا أيضاً تطبيقاً للقواعد العامة، وهو ما عليه أغلب الفقه⁽¹⁾، وكل ما هنالك أن المشرع أدرك حقيقة أن هذه الجريمة لا ترتكب - في أغلب حالاتها - إلا باشتراك الغير في ذلك، وأنسب وسائل الاشتراك وأكثرها فعاليةً هي المساعدة، سواء كانت مباشرةً أو غير مباشرة، فأراد المشرع التنبيه إلى ذلك، وضرورة ملاحقة المساعد (المباشر أو غير المباشر) الذي هو في نظره أخطر من الفاعل الأصلي، أي الأجنبي الراغب في الهجرة.

هذه على كل حال جميع صور المساعدة التي نص عليها المشرع الليبي بموجب نص المادة (2) من قانون مكافحة الهجرة غير المشروعة، ومنتقل الآن لبحث صورة الركن المعنوي المتطلب لقيامها.

(1) راجع: د. عوض محمد عوض، قانون العقوبات، القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1998م، ص382.
د. أحمد عوض بلال، مبادئ قانون العقوبات المصري، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، بدون سنة نشر، ص479.

الفرع الثاني

الركن المعنوي المتطلب توافره في صور المساعدة

في ارتكاب جريمة الهجرة غير المشروعة

لما كانت صورتا الهجرة غير المشروعة (الدخول، والبقاء في الأراضي الليبية، دون إذن أو تصريح من السلطات المختصة) من الجرائم العمدية، فإن المساعدة بأية صورةٍ من الصور المذكورة في المادة الثانية من قانون الهجرة غير المشروعة هي سلوكٌ عمديٌّ أيضاً، إذ لا يُتصور أن تكون إلا كذلك⁽¹⁾.

ويتحقق ذلك بتوافر العلم لدى المساعد بنشاط الفاعل، أي أن يعلم المساعد بأن شخصاً أجنبياً يريد الدخول إلى الأراضي الليبية، أو البقاء فيها بطريقةٍ غير مشروعة.

وليس بلازم أن يكون الفاعل (المهاجر غير الشرعي) عالماً بنشاط الشريك ولا بنوع المساعدة التي قدمها له؛ لأن العلم اللازم في قصد الشريك هو علم الشريك وليس علم الفاعل⁽²⁾.

ويتعين أيضاً أن تتجه إرادة الشريك إلى تمكين الفاعل (المهاجر غير الشرعي) من اقتراف جريمته بعناصرها المختلفة⁽³⁾.

(1) وما قيل بشأن المساعدة ينسحب أيضاً على وسيلتي الاشتراك الأخرين (التحريض والاتفاق)، إذ يجب أن يتوافر القصد الجنائي بعنصره (العلم والإرادة) لدى الشريك أيّاً كانت الوسيلة التي استخدمها في الاشتراك.

(2) د. عوض محمد عوض، مرجع سبق ذكره، ص 385.

(3) د. امحمد الرازقي، مرجع سبق ذكره، ص 279.

ولهذا إذا لم تتجه الإرادة إلى تمكين المهاجر غير الشرعي من الدخول غير المشروع إلى الأراضي الليبية، أو البقاء فيها بطريقة غير مشروعة، فإن الاشتراك في هذه الجريمة لن يتحقق، ولا تجوز مساءلة الشريك عن جريمة الهجرة غير المشروعة.

لكن ذلك لا يمنع من مساءلة هذا الشريك عن فعله الذي قام به إذا شكّل جريمة أخرى معاقباً عليها قانوناً، فمن يُعدُّ وثائق سفرٍ أو هويةً مزورةً لأجنبيٍّ سيسأل عن هذا التزوير بموجب نصوص المواد (341) وما بعدها من قانون العقوبات التي تعاقب على تزوير الوثائق، إذ توافرت أركانها، ولم تتجه إرادة المزور إلى تمكين المهاجر غير الشرعي من القيام بجريمته.

ويشترط علاوةً على ذلك أن تتجه إرادة الشريك إلى تحقيق الغاية التي كان يتوخّاها الأجنبي من وراء دخوله أو بقاءه بالأراضي الليبية، وهي الاستقرار فيها أو العبور من خلالها إلى دولة أخرى، وإلا لما قامت في حقه صورة الاشتراك بالمساعدة المنصوص عليها بقانون الهجرة غير المشروعة، أو بطريق التحريض أو الاتفاق تطبيقاً للقواعد العامة، وإن شكّل سلوكه جريمةً مستقلةً بذاتها.

ولهذا فإن من يُسكن أجنبياً في بيته أو مزرعته من أجل أن يقوم له ببعض أعمال البناء مثلاً، فإنه لا يُعدّ - في تصور الباحث - شريكاً بالمساعدة في جريمة الهجرة غير المشروعة، إذا اقتصرَت ارادته على تحقيق هذه الغاية، ولم

تتجه إلى تمكين هذا الأجنبي من الاستقرار في الأراضي الليبية أو العبور من خلالها إلى دولةٍ أخرى.

هذا كل ما يمكن قوله بخصوص الأحكام المتعلقة بجانب التجريم في الهجرة غير المشروعة، ومنتقل الآن لبحث الأحكام المتعلقة بجانب الجزاء في هذه الجريمة.

المبحث الثاني

الأحكام المتعلقة بجانب الجزاء الجنائي

في مكافحة الهجرة غير المشروعة

نص المشرع الليبي على مجموعةٍ من الجزاءات التي يتعيّن توقيعها على مرتكب الهجرة غير المشروعة، أو على من ساعده في القيام بذلك، وتتراوح هذه الجزاءات بين الغرامة والحبس والسجن.

كما نص على إبعاد الأجنبي كتدبيرٍ وقائي، ونص كذلك على المصادرة التي قد تكون عقوبةً، وقد تكون تدبيراً وقائياً مالياً.

ونصّ أيضاً على بعض ظروف التشديد بالنسبة لمن يساعد الأجنبي على ارتكاب هذه الجريمة، وبيّن كذلك كيفية معاملة الجاني في حالة تعدد الجرائم.

وحرصاً منه - أخيراً - على منع وقوع الجريمة، أو على الأقل الحد من آثارها، فقد قرّر تشجيع من يبادر من الجناة بإبلاغ السلطات المختصة عن هذه الجريمة، وذلك بإعفائه من العقوبات المقررة لمكافحتها.

ولدراسة هذه الأحكام، فإن الباحث رأى تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين: بحيث يُخصص الأول لبيان الأحكام الجزائية الخاصة بالأجنبي وبمن يساعده في ارتكاب جريمة الهجرة غير المشروعة، ويُخصص الثاني لمبحث الأحكام الجزائية المشتركة بينها، بحيث يشمل المصادرة باعتبارها تستهدف سحب الأشياء المتعلقة بالجريمة التي توجد بحوزة الأجنبي أو المساعد، و يشمل كذلك الأحكام المقررة لمعاملة الجاني في حالة التعدد، وفي حالة إبلاغه عن الجريمة.

المطلب الأول

الأحكام الجزائية الخاصة بالمهاجر غير الشرعي وبمن ساعده

في ارتكاب الهجرة غير المشروعة

سيقسم هذا المطلب إلى فرعين: يخصص أولهما لدراسة المعاملة الجزائية المقررة للمهاجر غير الشرعي، ويخصص الثاني لدراسة المعاملة الجزائية المقررة للشريك بالمساعدة.

الفرع الأول

الأحكام الجزائية الخاصة بالمهاجر غير الشرعي

نص المشرع الليبي على عقوبتي الحبس مع الشغل، والغرامة التي لا تزيد على ألف دينار، على سبيل التخيير كجزاءين للأجنبي في حال ارتكابه لجريمة الهجرة غير المشروعة، ونص أيضاً على إبعاده من الأراضي الليبية بعد تنفيذه للعقوبة السابقة، وذلك بالمادة السادسة من قانون مكافحة الهجرة غير المشروعة، بقوله "يعاقب الأجنبي المهاجر غير الشرعي بعقوبة الحبس مع الشغل، أو بغرامة

لا تزيد على ألف دينار، وفي جميع الأحوال يجب إبعاد الأجنبي المحكوم عليه في إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون من أراضي الدولة الليبية بمجرد تنفيذه للعقوبة المحكومة بها".

أولاً- عقوبة الحبس مع الشغل

لم يبيّن المشرع الليبي مدة هذه العقوبة في النص المذكور سابقاً، وبالرجوع إلى نص المادة الثانية والعشرين عقوبات يتضح أن الحد الأدنى لهذه العقوبة هو 24 ساعة، وحدها الأعلى هو ثلاث سنوات.

ويقتضي تنفيذ هذه العقوبة تشغيل المهاجر غير الشرعي (المحكوم عليه بها) داخل السجون أو خارجها في الأعمال التي تعينها لوائح السجون، وليس له الحق في أن يطلب تشغيله خارج السجون، إلا إذا كانت مدة العقوبة المحكوم بها لم تتجاوز ستة أشهر، ولم ينص الحكم على حرمانه من هذا الخيار (م23 عقوبات).

ثانياً- عقوبة الغرامة

الغرامة هي إلزام المحكوم عليه بأن يدفع إلى خزانة الدولة المبلغ المقدر في الحكم، ولا يجوز أن ينقص هذا المبلغ عن عشرة قروشٍ بأي حال من الأحوال (م26 عقوبات).

وقد قرّر المشرع عقوبة الغرامة التي لا تزيد على ألف دينار، على سبيل التخيير مع عقوبة الحبس، وليس بالإضافة إليها، وذلك في حق الأجنبي مرتكب جريمة الهجرة غير المشروعة.

والغرامة هي عقوبةٌ أصليةٌ في الجنح، سواء وردت لوحدها أو بالإضافة إلى عقوبة الحبس، على سبيل الوجوب أو التخيير، وذلك تطبيقاً لنص المادة (17 عقوبات)، التي حدّدت العقوبات الأصلية، وعدّت من بينها الغرامة، والمادة (54 عقوبات)، التي عرّفت الجنح بأنها الجرائم المعاقب عليها بالحبس الذي تزيد مدته على شهر، أو الغرامة التي يزيد أقصى مقدارها على عشرة جنيهاً.

وعلى هذا فإن السلوك الذي يأتيه الأجنبي، وهو الدخول غير المشروع إلى الأراضي الليبية أو البقاء فيها بطريقة غير مشروعة هو جنحة، ويتعين إحالتها إلى المحكمة الجزئية، إلا إذا شكّل سلوكه هذا جنائيةً تطبيقاً لنصٍ آخر، كدخوله إلى ليبيا أو خروجه منها بوثائق سفرٍ أو هويةٍ مزورة، حيث سينطبق على سلوكه هذا نص المادة (347 عقوبات) التي تعاقب على استعمال الوثائق المزورة، باعتباره الأشد؛ تطبيقاً لنص المادة (76/أ عقوبات) التي عالجت حكم التعدد المعنوي للجرائم، وسيأتي بيان هذا في حينه عند الحديث عن أحكام التعدد.

ثالثاً- الإبعاد

يعد الإبعاد تدبيراً من التدابير الوقائية الشخصية، وعلى القاضي أن يأمر به في حق كل أجنبيٍّ يصدر ضده حكمٌ بالسجن مدةً لا تقل عن عشر سنوات، وفي الأحوال الأخرى التي ينص عليها القانون، وإن لم يحكم عليه بهذه العقوبة (الفقرة الفرعية 4 من الفقرة 2 من المادة 144، والمادة 158 عقوبات).

وقد أوجب المشرع الأمر به بالنسبة للأجنبي، الذي يرتكب جريمة الهجرة غير المشروعة، سواء حكم عليه بعقوبة الحبس مع الشغل أو بالغرامة

المشار إليها سابقاً، حيث قال "... وفي جميع الأحوال يجب إبعاد الأجنبي المحكوم عليه في إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون من أراضي ليبيا، بمجرد تنفيذه للعقوبة المحكوم بها".

الفرع الثاني

الأحكام الجزائية الخاصة بشريك المهاجر غير الشرعي بالمساعدة

نصّ المشرع على جزاءين كعقوبة توقع على شريك المهاجر غير الشرعي في حال ارتكابه لأي فعلٍ من أفعال المساعدة المنصوص عليها بالمادة (2) من قانون مكافحة الهجرة غير المشروعة، وهذان الجزاءان هما: الحبس والغرامة، وذلك بالنسبة للمساعدة في صورتها البسيطة.

غير أن المشرع قرّر تشديد العقوبة على الشريك بالمساعدة، بحيث قد تصل العقوبة في حقه إلى السجن المؤبد، إذا توافر ظرفٌ من ظروف التشديد المنصوص عليها بهذا القانون.

ولبيان ذلك، يتعين تقسيم هذا الفرع إلى فقرتين: تخصص الأولى لبيان الجزاء الجنائي المقرر للمساعدة في صورتها البسيطة، وتخصص الثانية لبيان الجزاء المقرر للمساعدة في صورتها المشددة.

أولاً: الجزاء المقرر للمساعدة في صورتها البسيطة

يتمثل هذا الجزاء في الحبس الذي لا تقل مدته عن شهرٍ ولا تزيد على سنة، والغرامة التي لا تقل عن خمسة آلاف دينارٍ ولا تزيد على عشرة آلاف دينار (م/4م عقوبات).

وعلى هذا فإن الوصف القانوني للجريمة التي يرتكبها الشريك بالمساعدة هي جنحة.

ثانياً- الجزاءات المقررة للمساعدة في صورتها المشددة

شدّد المشرع الليبي عقوبة الشريك بالمساعدة في ارتكاب جريمة الهجرة غير المشروعة إذا توافر ظرفٌ من الظروف الثلاثة المنصوص عليها بقانون الهجرة غير المشروعة، وهي انتماء الشريك بالمساعدة إلى عصابةٍ منظمةٍ لتهريب المهاجرين، أو كونه ممن عهد إليه بالعمل في حراسة المنافذ، أو نقاط العبور، أو الموانئ، أو الحدود، أو بمراقبتها، أو حصول عاهةٍ مستديمةٍ للمهاجر غير الشرعي، أو موته، نتيجة نقله إلى الداخل أو الخارج.

ويعد الظرفان الأولان من الظروف الشخصية، أي الخاصة بالشريك بالمساعدة، ويعد الأخير من الظروف الموضوعية أو المادية، المتصلة بفعل هذا الشريك.

1 - ظروف التشديد الشخصية

شدّد المشرع عقوبة الشريك - كما أشرنا - في حالتين، هما: انتماء الجاني (الشريك بالمساعدة) إلى عصابةٍ منظمةٍ لتهريب المهاجرين، أو كونه ممن عهد إليه بالعمل في حراسة المنافذ، أو نقاط العبور، أو الموانئ، أو الحدود، أو بمراقبتها، وقرر له في الحالة الأولى عقوبة السجن مدةً لا تقل عن خمس سنوات، والغرامة التي لا تقل عن خمسة عشر ألف دينارٍ ولا تزيد على ثلاثين ألف

دينار، وقرّر مضاعفة العقوبة في حقه في الحالة الثانية، أي الحبس مدةً لا تزيد على سنتين، بعد أن كان حداً الأعلى مدةً لا تزيد على سنة، والغرامة التي لا تقل عن عشرة آلاف دينار، ولا تزيد على عشرين ألف دينار، بعد أن كانت الغرامة التي لا تقل عن خمسة آلاف دينار، ولا تزيد على العشرة آلاف دينار⁽¹⁾.

ومما يجدر التنبيه إليه هنا أن هذين الطرفين يقتصر أثرهما على الشريك بالمساعدة وحده، فلا يمتد أثرهما إلى غيره من الفاعلين أو الشركاء؛ لأن الذي يستمد إجرامه من إجرام الآخر هو الشريك وليس العكس، فالشريك هو الذي يستمد إجرامه من إجرام الفاعل، ويتحدّد الوصف القانوني للجريمة على أساس فعل الفاعل وظروفه، لا على أساس فعل الشريك وظروفه، والفقهاء متفق على ذلك⁽²⁾.

- (1) قرّر المشرع تشديد العقوبة على الشريك بالمساعدة في الحالتين بموجب نص المادة (4) من قانون مكافحة الهجرة غير المشروعة، حيث قال "...، وتكون العقوبة السجن مدةً لا تقل عن خمس سنوات، وغرامة لا تقل عن خمسة عشر ألف دينار ولا تزيد على ثلاثين ألف دينار، إذا ثبت أن الجاني عند ارتكاب الجريمة ينتمي إلى عصابة منظمة لتهريب المهاجرين. وتضاعف العقوبة إذا كان الجاني ممن عهد إليه بالعمل في حراسة المنافذ أو نقاط العبور أو الموانئ أو الحدود بصفة مباشرة أو غير مباشرة أو بمراقبتها".
- (2) راجع: د. محمود نجيب حسني، مرجع سبق ذكره ص 465، ود. عوض محمد عوض، مرجع سبق ذكره، ص 397، ود. علي عبد القادر القهوجي، ود. فتوح الشاذلي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار المهدي للمطبوعات، الإسكندرية، مصر، 2002، ص 494.

2- الظروف المادية أو الموضوعية

نص المشرع أيضاً في قانون مكافحة الهجرة غير المشروعة على تشديد العقوبة على الشريك بالمساعدة، إذا ترتب على نقل المهاجر أو إخراجه موته، أو إصابته بعاهة مستديمة، حيث قال "يعاقب بالسجن وغرامة لا تقل عن عشرين ألف دينار ولا تزيد على خمسين ألف دينار إذا نتج عن نقل الأشخاص المهاجرين غير الشرعيين إلى الداخل أو الخارج عاهة مستديمة، وتكون العقوبة السجن المؤبد إذا ترتب على الفعل حدوث الوفاة " (م 5 من قانون مكافحة الهجرة غير المشروعة).

ويعد هذا التشديد بناءً على هذا الظرف تطبيقاً من تطبيقات المسؤولية المادية أو الموضوعية التي تُشدّد فيها العقوبة على الجاني بالنظر إلى النتيجة الأشدّ جسامة التي حصلت كأثرٍ مترتبٍ على سلوكه. ومن شروط التشديد - وفقاً لهذه الصورة من صور هذا النوع من المسؤولية - أن لا تتجه إرادة الجاني إلى النتيجة الأشدّ جسامة، وإلا سئل عنها بوصف العمد وخضع لعقوبتها، وفقاً للنص الذي يجرّمها ويعاقب عليها⁽¹⁾.

وعلى هذا، لو قصد الشريك بالمساعدة من مساعدته للمهاجر غير الشرعي في ارتكابه لجريمة الهجرة غير المشروعة موته أو إصابته بعاهة

(1) راجع: د. محمد رمضان باره، مرجع سبق ذكره، ص 367.

مستديمة، فإنه سيسأل عن هاتين النتيجتين مسئوليةً عمديةً بموجب النصوص التي تجرم القتل العمد أو الإيذاء الخطير وتعاقب عليه⁽¹⁾.

وحكم هذا النوع من الظروف هو نفس حكم ما سبقه من حيث مدى سريانه على غير من توافر بحقه من الفاعلين أو الشركاء، فلا يسري إلا على من توافر بحقه من الشركاء.

وبهذا نكون قد انتهينا من دراسة أحكام الجزاء الخاصة بالمهاجر غير الشرعي وبالشريك بطريق المساعدة، ومنتقل الآن لبحث الأحكام الجزائية المشتركة بينهما.

(1) وهذا ما يلاحظ - أحياناً - من الناحية العملية؛ حيث يقع المهاجر غير الشرعي فريسةً في شرك العصابات الإجرامية التي توهمه بمساعدته على الهجرة بعد أن تأخذ أمواله، ثم تجبره على السفر بجرماً عبر قوارب غير صالحة للإبحار، وترمي به في عرض البحر بقصد إغراقه والتخلص منه. وفي هذه الحالة سينقلب وضع كل فردٍ من أفراد هذه العصابة - جنائياً - من مجرد شريكٍ في الهجرة غير المشروعة إلى شريكٍ أو فاعلٍ في جريمة القتل العمد، وستنطبق عليه تبعاً لذلك أحكام قانون القصاص والدية، بما يعنيه ذلك من مواجهته لعقوبة الإعدام قصاصاً بدلاً من العقوبات التعزيرية المقررة في قانون مكافحة الهجرة غير المشروعة، إلا إذا عفا أولياء الدم، فتكون العقوبة السجن المؤبد والدية (مادة 1 من القانون رقم 6 لسنة 2003م بشأن أحكام القصاص والدية).

المطلب الثاني

الأحكام الجزائية المشتركة بين

المهاجر غير الشرعي وبين الشريك بالمساعدة

قرّر المشرع الليبي أحكاماً جزائيةً تنطبق على الأجنبي (المهاجر غير الشرعي)، وشريكه بالمساعدة، وهذه الأحكام الجزائية تتمثل في نصه على المصادرة كجزاءٍ لمكافحة الهجرة غير المشروعة، وكيفية معاملة الجاني (الفاعل أو الشريك بالمساعدة) في حالة تعدّد الجرائم، وفي حالة إبلاغه عن الجريمة.

الفرع الأول

أحكام المصادرة كجزاءٍ جنائيّ

لمكافحة جريمة الهجرة غير المشروعة

نصت المادة (10) من قانون مكافحة الهجرة غير المشروعة على هذا النوع من الجزاءات المالية، بقولها "...، وفي جميع الأحوال تحكم المحكمة بمصادرة المبالغ المحصلة من الجريمة، ولو مؤهت أو بدّلت أو حوّلت إلى مصادر مشروعة، كما يُحكم بمصادرة وسائل النقل أو الأشياء والأدوات المستعملة أو التي كانت مُعدّة للاستعمال في ارتكاب الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، إلا إذا ثبتت ملكيتها للغير لحسن النية ...".

ولبحث الأحكام التي يشير إليها هذا النص يتعين تقسيم هذا الفرع إلى ثلاث فقرات، تخصص أولها لمعرفة نوع المصادرة التي وردت بهذا النص، كونها مصادرة كعقوبة أم كتدبير، وتخصص الثانية لمعرفة القانون الواجب التطبيق

في حالة غسل الأموال التي تم الحصول عليها من جرّاء مساعدة الأجنبي في ارتكاب الهجرة غير المشروعة، هل هو نص المادة (10) من قانون مكافحة الهجرة غير المشروعة المشار إليه آنفاً، أم قانون مكافحة غسل الأموال رقم (2) لسنة 2005م⁽¹⁾، وتخصص الأخيرة لبحث المقصود بالغير حسن النية، الذي بثبت ملكيته للأشياء محل المصادرة يمتنع توقيعه.

أولاً- نوع المصادرة المنصوص عليها بقانون مكافحة الهجرة غير المشروعة

المصادرة بوصفها جزاءً جنائياً هي إجراء الغرض منه تجريد شخص من ملكية مال أو من حيازة شيء معين، له صلةً بجريمة وقعت أو يُخشى وقوعها، وإضافته إلى ملك الدولة، قهراً عن صاحبه وبدون مقابل.

وهي تنقسم إلى قسمين: مصادرة كعقوبة، وهي التي ترد على شيء مشروع التداول في ذاته؛ باعتبارها تستهدف إيلاّم الجاني وزجره؛ حتى لا يعود إلى إساءة استخدام هذا الشيء مستقبلاً، ومصادرة كتدبير، وهي التي ترد على شيء محظور التداول في ذاته، فتهدف إلى سحبه من دائرة التعامل؛ نظراً لما يشكله التعامل فيه من خطرٍ يهدد النظام العام في المجتمع⁽²⁾.

(1) للاطلاع على نصوص هذا القانون راجع مدونة التشريعات الليبية، ع 4، س 5، 2005 م، ص 158.

(2) راجع رسالة الماجستير التي أعدها الباحث حول أحكام المصادرة في القانون الجنائي الليبي والمصري، بعنوان: "أحكام المصادرة في القانون الجنائي الليبي والمصري، دراسة مقارنة"، (غير منشورة)، نوقشت بتاريخ 2003م، بكلية القانون بجامعة طرابلس، ص 7.

ويُثار التساؤل هنا حول نوع المصادرة الذي نص عليه المشرع بالمادة (10) من قانون مكافحة الهجرة غير المشروعة، هل هو المصادرة كعقوبة أم المصادرة كتدبير؟

للإجابة عن هذا التساؤل يتعين النظر إلى محل المصادرة المنصوص عليه بالمادة المشار إليها، وبالرجوع إلى هذا النص يلاحظ أن محلّها إما أن يكون مبالغ مالية تم الحصول عليها من الجريمة، وإما أن يكون وسائل نقل (سيارات، حافلات، سفن، قوارب)، أو أشياء أو أدوات استعملت، أو أعدت للاستعمال في ارتكاب جريمة الهجرة غير المشروعة.

وبالنسبة للمبالغ المالية المحصلة من الجريمة لا يتصور أن تكون إلا مشروعة التداول في ذاتها، وبالتالي فالمصادرة المنصبة عليها ستكون عقوبة، وهو حال وسائل النقل أيضاً.

أما بالنسبة لغير ذلك من الأشياء أو الأدوات التي استعملت أو أعدت للاستعمال في ارتكاب الجريمة، فإنه يمكن القول بأن هذه الأشياء قد تكون مشروعة التداول، وقد تكون محظورة التداول، ومثال الأولى وسائل النقل كالحافلات والقوارب، ومثال الأخيرة الوثائق المزورة التي استعملها المهاجر غير الشرعي أو أَعَدّها أو أُعِدّت له للاستعمال في الدخول أو الخروج غير المشروع لليبيا، أو في البقاء فيها بطريقة غير مشروعة، ففي الحالة الأولى تكون المصادرة عقوبة، وفي الحالة الثانية تكون تدبيراً وقائياً.

ويمكن القول بأن المشرع الليبي قد قصد بنص المادة (10) من قانون مكافحة الهجرة غير المشروعة مصادرة النوع الأول من الأموال، أي المشروعة التداول، بدليل أنه اعترف بحقوق الغير حسن النية عليها، بقوله "... إلا إذا ثبتت ملكيتها للغير حسن النية"، فهو لم يجز مصادرتها إذا كانت مملوكةً لهذا الغير، وهذه سمةٌ من سمات المصادرة كعقوبةٍ وليست كتدبير⁽¹⁾.

غير أن هذا لا يعني إهمال مصادرة النوع الثاني من الأشياء، وهي ذات التداول المحظور بالنسبة للكافة، وإنما مصادرتها واجبة الأعمال إذا توافرت شروطها، تطبيقاً للقواعد العامة المنصوص عليها بالمادتين (163، 164 عقوبات).

ثانياً- القانون الواجب التطبيق على جريمة غسل الأموال المحصلة من

المساعدة على ارتكاب الهجرة غير المشروعة

لا شك أن مساعدي الأجنبي في ارتكابه لجريمة الهجرة غير المشروعة سيحصلون على أموالٍ من المهاجرين غير الشرعيين نظير هذه المساعدة، وقد يسعون إلى غسلها؛ إخفاءً لحقيقة مصدرها غير المشروع عن أعين السلطات⁽²⁾، لهذا قرر المشرع ملاحقة هذه الأموال بموجب نص المادة (10) المشار إليه سابقاً،

(1) للاطلاع على سمات أو خصائص المصادرة كعقوبة راجع: رسالة الماجستير التي أعدها الباحث حول موضوع المصادرة، والتي تمت الإشارة إليها سابقاً، ص62 وما بعدها.

(2) للاطلاع على أحكام جريمة غسل الأموال، راجع رسالة الدكتوراه التي أعدها الباحث حول هذا الموضوع، بعنوان: "السياسة الجنائية في مواجهة غسل الأموال في القانون الجنائي الليبي، دراسة مقارنة"، (غير منشورة)، نوقشت بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، 2011م.

بقوله "... وفي جميع الأحوال تحكم المحكمة بمصادرة المبالغ المحصلة من الجريمة، ولو مؤهت أو بدلت أو حُوت إلى مصادر مشروعة...".

غير أن إعمال هذا النص سيتعارض حتماً مع نصوص قانون مكافحة غسل الأموال، التي حاول المشرع من خلالها مكافحة جريمة غسل الأموال، ولهذا فإن التساؤل الذي يُثار يدور حول معرفة أي القانونين واجب التطبيق في حالة اكتشاف جريمة غسل أموالٍ تحصل عليها الجناة من أفعال المساعدة في ارتكاب جريمة الهجرة غير المشروعة، هل نص المادة (10) من قانون مكافحة هذه الجريمة؟ أم قانون مكافحة غسل الأموال؟

ما يراه الباحث هو أن نصوص قانون غسل الأموال هي الأولى بالتطبيق في هذه الحالة؛ لأنها تعتبر في هذه الحالة نصوصاً خاصةً بمكافحة غسل الأموال أياً ما كان مصدر هذه الأموال غير المشروعة، والقاعدة أن النصوص الخاصة هي التي تطبق في حال خضوع إحدى المسائل لعدة قوانين جنائية (مادة 12 عقوبات).

ثالثاً- المقصود بالغير حسن النية المشار إليه بالمادة (10) من قانون مكافحة

الهجرة غير المشروعة

قرّر المشرع بهذا النص حماية حقوق الغير حسن النية، الذي قد تُستعمل الأشياء التي له حقوقٌ عليها في ارتكاب الهجرة غير المشروعة، ويعد هذا احتراماً لمبدأ شخصية العقوبة، الذي يعني أن تقتصر العقوبة على مرتكب الجريمة بصفة الفاعل أو الشريك.

ويُثار التساؤل حول المقصود بهذا الغير حسن النية، هل هو من لم يسهم في ارتكاب الجريمة بصفة الفاعل أو الشريك فقط؟ أم أن العبارة تمتد لتشمل أيضاً ذلك الغير الذي يعلم بأن الشيء الذي له حقُّ عليه يُستعمل في ارتكاب جريمة الهجرة غير المشروعة، ولكن لم يبذل ما في وسعه لفصم عرى العلاقة بين ذلك الشيء والجريمة المرتكبة؟

وقبل الإجابة عن هذا التساؤل يجدر التنبيه إلى أن العبارة التي استخدمها المشرع في قانون مكافحة الهجرة غير المشروعة لحماية حقوق الغير حسن النية من أن تطالها المصادرة بغير مقتضى، لا تختلف في معناها عن العبارة التي استخدمها المشرع في المادتين 163، 164 عقوبات، وهي عدم تطبيق أحكام المصادرة إذا كان المالك شخصاً لا يد له في الجريمة، فمعنى أن لا يكون للمالك يدٌ في ارتكاب الجريمة هو أن يكون حسن النية.

بقي أن نجيب عن التساؤل المطروح حول المقصود بالغير حسن نية أو الذي لم تكن له يدٌ في ارتكاب الجريمة، وللإجابة نقول بأن هناك اختلافاً في الفقه حول هذا الموضوع، بين قائلٍ بأن المعنى المقصود من العبارتين يقتصر على عدم مساهمة الغير (صاحب الشيء) في ارتكاب الجريمة بصفة الفاعل أو الشريك، وقائلٍ - وهذا ما يميل إليه الباحث - بأن المعنى المقصود منهما يمتد ليشمل أيضاً حالة عدم علم صاحب الشيء باستعمال هذا الشيء في ارتكاب الجريمة، ولكنه لم يبذل كل ما في وسعه لمنع استعماله في ارتكابها؛ لأن حسن

النية ومطلق اليد يفيدان ذلك، ولا تقتصر دلالاته على عدم المساهمة في ارتكاب الجريمة بصفة الفاعل أو الشريك فقط⁽¹⁾.

وأخيراً وقبل أن نختم الحديث عن المسائل المتعلقة بالمصادرة كجزءٍ لمكافحة الهجرة غير المشروعة، نود أن نشير إلى أن هذه المصادرة قد تقع على المنقولات وقد تقع على العقارات، ومثال الأولى السيارات والحافلات والقوارب المستخدمة في نقل المهاجر غير الشرعي، والأدوات المستخدمة في التزوير، ومثال الثانية المنازل وما في حكمها من الأماكن التي تستعمل في إيواء المهاجر غير الشرعي أو إخفائه عن أعين السلطات⁽²⁾.

بيد أنه في الحالة الأخيرة، وهي التي ترد فيها المصادرة على العقارات يتعين التقيد بإيقاع المصادرة على الجزء المستخدم من العقار في ارتكاب الهجرة غير المشروعة فقط، ولا يصادر كل هذا العقار، ومثال ذلك أن يستخدم الجنائي

(1) لمراجعة الاختلاف الفقهي حول هذا الموضوع، راجع رسالة الماجستير التي أعدها الباحث حول المصادرة، وقد تمت الإشارة إليها سابقاً، ص55 وما بعدها.

(2) يلاحظ أن المشرع الليبي قد حسم الخلاف الدائر حول مدى إمكانية مصادرة العقارات، حيث قرر إمكانية توقيع المصادرة على هذا النوع من المال في بعض القانونين الجنائيين الخاصة، وبذلك تكون مصادرة العقارات في القانون الليبي جائزة شأنها شأن مصادرة المنقولات. راجع على سبيل المثال نص المادة 1/42 من القانون رقم 7 لسنة 1990م بشأن المخدرات والمؤثرات العقلية، المعدلة « » بالقانون رقم 23 لسنة 2001 م، والمنشور بمدونة التشريعات الليبية، ع 1، س 3، 2002 م، ص52، حيث قالت " يحكم بمصادرة وسائل النقل...، وكذلك العقارات التي اتخذت مكاناً لزراعة أو لتخزين المواد أو النباتات المذكورة ".

وللاطلاع الأكثر تفصيلاً حول هذا الموضوع راجع رسالة الماجستير التي أعدها الباحث حول أحكام المصادرة، وقد سبقت الإشارة إليها، ص 59 وما بعدها.

منزلاً أو ما في حكمه موجوداً بالمزرعة التي يمتلكها؛ لإيواء المهاجر غير الشرعي، أو إخفائه عن أعين السلطات، ففي هذه الحالة يتعين أن تقتصر المصادرة على ذلك المنزل أو ما في حكمه، ولا تمتد إلى كل المزرعة، وإلا فإن القاضي يكون قد طبق عقوبةً لم ينص عليها المشرع، وهي المصادرة التي انصبت على ذلك الجزء من العقار الذي ليست له صلة بالجريمة، وهذا مخالف لمبدأ الشرعية فيما يتعلق بالعقوبة، إذ لا عقوبة بدون نص.

الفرع الثاني

المعاملة الجنائية للجاني في حالة

تعدّد الجرائم وفي حالة إبلاغه عن الجريمة

سيقسم هذا الفرع إلى فقرتين: تخصص الأولى لبيان معاملة الجاني في حالة تعدّد الجرائم، وتخصص الثانية لمعاملته في حالة إبلاغه عن الجريمة.

أولاً- معاملة الجاني في حالة تعدّد الجرائم

التعدّد قد يكون معنوياً، وقد يكون حقيقياً، وكلا النوعين متصورٌ توافره في حق المهاجر غير الشرعي، وفي حق من ساعده على ارتكاب جريمة الهجرة غير المشروعة.

ولبيان حكم النوعين من التعدد في حق المهاجر غير الشرعي ومساعدته،

يتعين تقسيم هذه الفقرة إلى فقرتين فرعيتين على النحو الآتي:

أ - معاملة الجاني في حالة التعدّد المعنوي

قد يتوافر هذا النوع من التعدد في حق المهاجر غير الشرعي، وقد يتوافر في حق من ساعده على ارتكاب الجريمة، ومن أمثلة الحالة الأولى دخول المهاجر غير الشرعي بوثائق سفرٍ مزورة، حيث يشكّل فعله هذا جريمة الهجرة غير المشروعة المعاقب عليها بالمادة (6) من قانون مكافحة الهجرة غير الشرعية، ويشكّل في ذات الوقت جنائية استعمال الوثائق المزورة المعاقب عليها بالمادة (347 عقوبات).

ولم يبيّن المشرع الليبي حكم هذه الحالة في قانون مكافحة الهجرة غير المشروعة، الأمر الذي يفترض معه تطبيق القاعدة العامة المنصوص عليها بالمادة (1/76 عقوبات)، والتي تقضي بوجوب اعتبار الجريمة التي عقوبتها أشد والحكم بعقوبتها دون غيرها، وهي في هذا الفرض جنائية استعمال الوثائق المزورة المعاقب عليها بالسجن مدةً لا تتجاوز خمس سنوات، شريطة أن لا يكون قد اشترك في تزويرها مع علمه بذلك.

وأمام هذه النتيجة المقبولة قانوناً وغير المقبولة عدالة، ليس أمامنا إلا أن ننبّه المشرع إليها، ونحثّه على التدخل وإبطال مفعول المادة (1/76 عقوبات) في مثل هذه الحالة، على اعتبار أن الإدانة في حق المهاجر غير الشرعي يفترض أن تكون إدانة تنبيه، يكفي فيها الجزاء البسيط المتمثل في الحبس البسيط أو الغرامة غير المرهقة؛ باعتباره ضحيةً لمجموعة العوامل الدافعة إلى الهجرة غير المشروعة، ولهذه الهجرة في حد ذاتها. وهذا ما قررتة الجمعية العامة للأمم

المتحدة من خلال المادة (5) من بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين، حيث حثّت مختلف الدول على عدم الملاحقة الجنائية للمهاجرين غير الشرعيين، باعتبارهم هدفاً لعصابات تهريب المهاجرين.

هذا عن التعدد الصوري في حق المهاجر غير الشرعي، أما عن صورة هذا التعدد في حق من اشترك معه بالمساعدة في ارتكاب جريمة الهجرة غير المشروعة، فمثالها إعداد وثيقة سفرٍ مزورةٍ للأجنبي؛ حتى يدخل بها الأراضي الليبية، أو يستعملها في الخروج منها؛ حيث ينطبق على هذا الفعل الفقرة (د) من المادة (2) من قانون مكافحة الهجرة غير المشروعة، وينطبق عليه في ذات الوقت نص المادة (350 عقوبات) التي تجرّم تزوير جوازات السفر.

وبإعمال المادة (1/76 عقوبات) يتعين تطبيق نص المادة الأخيرة؛ لأنها تعاقب على هذه الجريمة بصورةٍ مستقلةٍ بالسجن مدةً لا تتجاوز خمس سنوات، في حين أن قانون مكافحة الهجرة غير المشروعة يعاقب عليها بالحبس مدةً لا تزيد على سنة، وبغرامةٍ لا تقل عن خمسة آلاف دينارٍ ولا تزيد على عشرة آلاف دينار.

هذا إذا لم يتوافر في الجريمة ظرفٌ من ظروف التشديد المنصوص عليها بالمادتين (4 و5) من قانون مكافحة الهجرة غير المشروعة، فإذا توافر أي منها فإن المادتين المشار إليهما هما الأولى بالتطبيق، باعتبارهما يقرران عقوباتٍ أشد من العقوبة المنصوص عليها بالمادة (350 عقوبات) المشار إليها.

ب - معاملة الجاني في حالة التعدد الحقيقي

من المتصور أن تتعدّد الجرائم تعدداً حقيقياً في حق المهاجر غير الشرعي، ومن المتصور أن تتعدّد أيضاً على هذا النحو في حق الشريك بالمساعدة.

ومن أمثلة الفرض الأول أن يزور الأجنبي وثائق سفره أو هويته، ويدخل بهذه الوثائق إلى الأراضي الليبية، أو يخرج منها إلى دولة أخرى بقصد الاستقرار فيها. ففي هذه الحالة يعتبر المهاجر غير الشرعي قد ارتكب جناية التزوير المعاقب عليها بموجب المادة (350 عقوبات)، وارتكب أيضاً - بسلوكٍ منفصل - جريمة الهجرة غير المشروعة المعاقب عليها بموجب قانون مكافحة الهجرة غير المشروعة.

ومن أمثلة الفرض الثاني أن يقوم شخصٌ بدفع رشوةٍ إلى الموظف المختص من أجل تزوير وثائق سفرٍ لأجنبي، ثم يقوم بتشغيله بعد أن دخل الأراضي الليبية تسليلاً عن غير طريق المنافذ الرسمية الحدودية، أي أنه دخل الأراضي الليبية دون استخدامٍ لتلك الوثائق المزورة.

ففي هذا الفرض يعتبر دافع الرشوة مسؤولاً عن جريمتين، هما: جناية الرشوة المعاقب عليها بعقوبة السجن بالمادة (226 عقوبات)، وجنحة تشغيل المهاجر غير الشرعي المعاقب عليها بموجب المادة (3) من قانون مكافحة الهجرة غير المشروعة بعقوبة الغرامة التي تتراوح بين الألف دينارٍ والثلاثة آلاف دينار.

وعن معاملة الجاني في مثل هذه الفروض، فيلاحظ أن المشرع الليبي قد خرج على القاعدة العامة المنصوص عليها بالمادة (76 / 2 عقوبات)، والتي تقضي باعتبار الجريمة التي عقوبتها أشد والحكم بعقوبتها دون غيرها، مع زيادتها إلى حد الثلث؛ حيث نصّ على استحقاق الجاني لعقوبات جميع الجرائم المتعددة في حقه، وذلك بقوله "إذا ارتكبت عدة جرائم متباينة، عوقب الفاعل عن كل جريمة على حدة، ولو توافرت فيها أحكام الارتباط المنصوص عليها في قانون العقوبات" (مادة 9 من قانون مكافحة الهجرة غير المشروعة).

بيد أن ذلك لا يعني بأي حال من الأحوال استبعاد تطبيق القيود المقررة على قاعدة تعدد العقوبات بتعدد الجرائم، والمتمثلة في قيد (جب العقوبات) المنصوص عليه بالمادة (47 عقوبات)، وقيد (عدم تجاوز حد معين للعقوبات السالبة للحرية) المنصوص عليه بالمادة (48 عقوبات)⁽¹⁾.

ثانياً- معاملة الجاني في حالة إبلاغه عن الجريمة

نصّ المشرع الليبي على إعفاء الجاني من العقوبات إذا بادر بإبلاغ السلطات المختصة عن الجريمة، وذلك تشجيعاً منه للجنة؛ حتى لا يرتكبوا الجريمة أو على الأقل حتى يدلوا بمعلومات تحدّ من آثارها أو تؤدي إلى اكتشافها، وذلك بقوله "يعفى من العقوبات كل من بادر بإبلاغ الجهات المختصة بمعلومات مكنت من اكتشاف الجريمة قبل تنفيذها، أو أدت إلى الحد من

(1) راجع: د. محمد رمضان باره، قانون العقوبات، القسم العام، ج2، بدون اسم ناشر، ولا مكان نشر، 2010م، ص111، وما بعدها.

آثارها، أو اكتشاف مرتكبيها، أو القبض عليهم" (مادة 8 من قانون مكافحة الهجرة غير المشروعة).

ويُستفاد من هذا النص أن الإبلاغ عن الجريمة نوعان: إبلاغٌ عنها قبل ارتكابها، وإبلاغٌ عنها بعد ارتكابها، وفي الحالتين يُشترط أن يؤدي هذا الإبلاغ إلى نتيجة، كي يستفيد منه المبلغ، ويعفى من العقاب.

والنتيجة أو الأثر الذي ينبغي أن يترتب على الإبلاغ في الحالة الأولى هو أن تؤدي المعلومات التي يتقدم بها المبلغ إلى الجهات المختصة إلى اكتشاف الجريمة، وفي الحالة الثانية يشترط أن تؤدي هذه المعلومات إلى الحد من آثار هذه الجريمة، كأن تتمكن السلطات من إنقاذ المهاجرين غير الشرعيين الذين غرقت قواربهم في مياه البحر، بسبب الرياح العاتية، أو أن تؤدي إلى اكتشاف مرتكبيها أو بعضهم أو القبض عليهم.

وغني عن البيان القول بأن هذا المانع من العقاب يقتصر أثره على من توافر بحقه من الجناة فقط، إذ لا يستفيد منه غيره، باعتباره من الأسباب الشخصية التي تتعلق بالمبلغ ذاته لا بغيره، والتي تعفي من العقاب فقط ولا تبيح الفعل، والفرق بين الأمرين ظاهر وواضح⁽¹⁾.

(1) د. امحمد الرازقي، مرجع سبق ذكره، ص 163.

وبهذا نكون قد انتهينا من بحث أغلب ما يمكن أن يُثار حول هذا الموضوع من أفكار، ومنتقل الآن لإبداء ما يمكن إبدائه من ملحوظاتٍ وتوصيات.

الخاتمة

من خلال بحث هذا الموضوع، توصل الباحث إلى مجموعة من النتائج والتوصيات، ويمكن إبداء أهمها على النحو الآتي:

أولاً- النتائج

- 1- موضوع الهجرة غير المشروعة من الموضوعات المهمة والدقيقة والمتشعبة، والتي يفترض أن تنال حظّها من الدراسات المعمّقة.
 - 2- ترتبط هذه الجريمة أشدّ الارتباط ببعض الجرائم ذات البعد الدولي، ويوجد هذا الارتباط صداه - على وجه الخصوص - في الجريمة المنظمة، وجريمة غسل الأموال، حيث لاحظت هذه الدراسة أن هذه الجريمة ترتكب - في الأغلب الأعم من حالاتها - بمساعدة عصابات إجرامية منظمة.
 - 3- من خلال الاطلاع على نصوص قانون مكافحة الهجرة غير المشروعة الليبي، تبين أن هذه النصوص قد صيغت على عجل، الأمر الذي أدى إلى وجود بعض الغموض أحياناً، وتطبيق نتائج غير مقبولة عدالةً أحياناً أخرى.
- فعن الغموض لاحظنا أن المشرع لم يحدد لنا المقصود ببعض المصطلحات في إطار التجريم، كمصطلح الاستقرار والإخراج والتنظيم والتوجيه،

الأمر الذي من شأنه أن يشكل إخلالاً بمبدأ الشرعية، الذي يفترض أن تكون نصوص التجريم واضحةً ومحدّدة؛ حتى يمتثل الأفراد لأحكامها.

وعن النتائج غير المقبولة عدالة فمن أمثلتها تطبيق النصوص الخاصة بالعقاب على جريمة استعمال الوثائق المزورة على المهاجر غير الشرعي، باعتبارها الأشد في حال دخوله إلى ليبيا أو خروجه منها بوثائق سفر مزورة، بقصد الاستقرار فيها أو العبور من خلالها إلى دولةٍ أخرى، وذلك تطبيقاً للقاعدة المعمول بها لحل مشكلة التعدد المعنوي في الجرائم.

وهذا في واقع الأمر يخالف مبادئ العدالة، التي تقتضي أن يعامل هذا المهاجر كضحيةٍ للهجرة غير المشروعة، وليس كمجرمٍ خطيرٍ أو محترف.

ثانياً- التوصيات

1. يوصي الباحث أولاً بضرورة الاهتمام بدراسة هذا الموضوع من قبل أساتذة القانون والمشتغلين به، وذلك عن طريق إقامة المؤتمرات والندوات، وورش العمل، وإجراء الدراسات المتخصصة والمعتمّقة حول هذا الموضوع.

2. يوصي الباحث المشرع الليبي بضرورة مراجعة نصوص قانون مكافحة الهجرة غير المشروعة؛ بغية إزالة الغموض الذي اكتنف بعض هذه النصوص، وعلى وجه التحديد إضافة مادةٍ في صدر هذا القانون تكفل بيان المقصود بمصطلحاته.

3. يوصي الباحث بضرورة فتح باب التعاون الدولي وتعزيزه بين مختلف الدول، من أجل تكاثف الجهود في مكافحة هذه الجريمة، وعلى وجه الخصوص

مساعدة الدول المتقدمة تقنياً للدول النامية، عن طريق إمدادها بوسائل التعقب ومراقبة الحدود، والخبرات في مجال تلك مكافحة.

قائمة بأهم المراجع

- أحمد عوض بلال، مبادئ قانون العقوبات المصري، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، بدون سنة نشر.
- امحمد الرازقي، محاضرات في القانون الجنائي، القسم العام، مكتبة طرابلس العلمية العالمية، طرابلس، ليبيا، ط1، 2013م.
- عبد الله مسعود السراني، "العلاقة بين الهجرة غير المشروعة وجريمة تهريب البشر والاتجار بهم"، بحث مقدم إلى ندوة مكافحة الهجرة غير المشروعة، التي نظمت بجامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، في الفترة من 8 إلى 10/2/2010م، ط1، 2010 م.
- علي عبد القادر القهوجي، ود. فتوح الشاذلي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار المهدي للمطبوعات، الإسكندرية، مصر، 2002.
- عوض محمد عوض، قانون العقوبات، القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1998م.
- محمد رمضان باره:
- القانون الجنائي الليبي، القسم الخاص، ج2، جرائم الاعتداء على الأموال، مطابع عصر الجماهير (سابقاً)، الخمس، ليبيا، ط2، 2002م.

- قانون العقوبات، القسم العام، ج2، بدون اسم ناشر، ولا مكان نشر، 2010م.
- محمد فتحي عيد، "التجارب الدولية في مكافحة الهجرة غير المشروعة، بحث مقدم إلى ندوة مكافحة الهجرة غير المشروعة، التي نظمت بجامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، في الفترة من 8 إلى 10/2/2010م، ط1، 2010 م.
- محمد محمود السرياني، "هجرة قوارب الموت عبر البحر المتوسط بين الجنوب والشمال"، بحث مقدم إلى ندوة مكافحة الهجرة غير المشروعة، التي نظمت بجامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، في الفترة من 8 إلى 10/2/2010م، ط1، 2010 م.
- محمود نجيب حسين، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط6، 1989م.
- موسى مسعود ارحومة، الأحكام العامة لقانون العقوبات الليبي، ج1، منشورات جامعة قارونس، بنغازي، ليبيا، ط1، 2009م.
- مصطفى إبراهيم العربي:
- أحكام المصادرة في القانون الجنائي الليبي والمصري، دراسة مقارنة، (رسالة ماجستير غير منشورة)، كلية القانون، جامعة طرابلس، ليبيا، 2003م.
- السياسة الجنائية في مواجهة غسل الأموال في القانون الجنائي الليبي، دراسة مقارنة، (رسالة دكتوراه غير منشورة)، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، 2011م.

-
- Michael T. Eskey, "Crimes of Illegal Immigrants", Professional Issues in Criminal Justice: A Professional Journal, Vol. 3, No.3, 2008.
 - Scott H. Decker, Frank Van Gemert, David C. Pyrooz, "Gangs, Migration, and Crime: The Changing Land scape in Europe and the USA", Journal of International Migration and Integration. Vol.10, Issue. 4, 2009.

الإشكاليات العملية التي تثار حول الإفراج المؤقت عن المتهمين في مرحلة التحقيق الابتدائي

إعداد الدكتور: عبد المنعم محمد الصرامعي

أستاذ ورئيس قسم القانون الجنائي

كلية القانون بالخمسة - جامعة المرقب

المقدمة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله على فضله ونعمائه، والصلاة والسلام على خير أصفياه الذي اختاره واجتباها، وأحبه وارتضاه، وعظمه وكرمه، ورفعته على من سواه، وعلى آله وأصحابه ومن اتبع هداه إلى يوم الدين.

أما بعد، فيثار حول الإفراج المؤقت عن المتهمين في مرحلة التحقيق الابتدائي بعض الصعوبات من الناحية العملية، وبالرغم من وجود دراسات عديدة تناولت هذا الموضوع من جوانب مختلفة، إلا أن أغلبها - تقريبا - يركز على معالجة هذا الموضوع من الناحية النظرية، ولا يتناول المشاكل العملية إلا بشكل

عرضي.

والجديد في هذه الدراسة أنها تنصب على مناقشة بعض الصعوبات التي يمكن أن تثار حول الإفراج المؤقت من الناحية العملية، واقتراح الحلول المناسبة لها ما أمكن. حيث يحاول الباحث من خلال هذا البحث الإجابة على عدد من التساؤلات منها: ما هي حدود سلطة الإفراج المؤقت بالنسبة لكل من قاضي التحقيق والقاضي الجزئي والنيابة العامة؟ وما مدى لزوم حضور المتهم أثناء صدور هذا الأمر؟ وهل يشترط أن يكون هذا الأمر مسبباً؟ وهل يتعين تنفيذ أمر الإفراج فور صدوره؟ أم أن التنفيذ قد يتأخر مدة معينة؟ وما هي أسباب هذا التأخير إن وجد؟

وترتيباً على ما تقدم سيحاول الباحث الإجابة عن التساؤلات السابقة وغيرها من خلال فرعين: يخصص الأول لبحث الإشكاليات المتعلقة بحدود سلطة الإفراج، ويخصص الثاني لبحث الإشكاليات المتعلقة بألية الإفراج والفصل فيه.

ولله الموفق

الفرع الأول

الإشكاليات المتعلقة بحدود سلطة الإفراج

يثار بمناسبة تطبيق نظام الإفراج المؤقت عن المتهمين في مرحلة التحقيق الابتدائي بعض الإشكاليات، فيما يتعلق بحدود سلطة الإفراج الممنوحة لكل من قاضي التحقيق، والقاضي الجزئي، والنيابة العامة، كذلك بالنسبة للسلطة المختصة

بالإفراج بعد الإحالة، وسوف يعرض الباحث لدراسة هذه المسائل تباعاً من خلال النقاط التالية:

أولاً: حدود سلطة قاضي التحقيق⁽¹⁾ في الإفراج المؤقت

نصت المادة 124 من قانون الإجراءات الجنائية الليبي على أن " لقاضي التحقيق في كل وقت سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب المتهم أن يأمر بعد سماع أقوال النيابة بالإفراج عن المتهم إذا كان هو الذي أمر بحبسه احتياطياً "

ويستفاد من النص السابق أن لقاضي التحقيق الإفراج عن المتهم المحبوس احتياطياً بناء على طلب المتهم أو من تلقاء نفسه⁽²⁾، ولو كان ذلك لطلبات النيابة العامة، لأن رأيها غير ملزم لقاضي التحقيق، وإن كان لها أن تطعن في أوامره الصادرة بالإفراج (م 3/139 من قانون الإجراءات الجنائية الليبي).

ولكن قد يثار التساؤل هنا عما إذا كان باستطاعة قاضي التحقيق أن يأمر بالإفراج عن المتهم، إذا كان حبسه قد حصل من الدائرة الابتدائية المشكّلة من ثلاثة قضاة، بناء على استئناف النيابة العامة لأمر الإفراج الصادر عنه.

القاعدة أن قاضي التحقيق يستطيع الإفراج عن المتهم مادام أمر الحبس قد صدر عنه، أو امتدّ هذا الحبس بناء على طلبه، وهو ما ينبغي أن يفهم من عبارة

(1) يسري هذا الحكم أيضاً بالنسبة لمستشار التحقيق في حالة ندبه للتحقيق طبقاً للمادة (3/51) من قانون الإجراءات الجنائية الليبي).

(2) ما يقال هنا بشأن قاضي التحقيق يسري أيضاً على غرفة الاتهام؛ على اعتبار أنها تملك ما يملكه قاضي التحقيق سواء فيما يتعلق بالتحقيق أو الأمر بالحبس ومدته والقواعد المقررة لتمديده وفقاً للمادتين 151، 137 من قانون الإجراءات الجنائية الليبي..

"إذا كان هو الذي أمر بحبسه احتياطياً..." (م 124 من قانون الإجراءات الجنائية الليبي).

أما إذا كانت النيابة العامة قد استأنفت قرار قاضي التحقيق بالإفراج، وقامت الدائرة الابتدائية بإلغاء هذا القرار، وأمرت بحبس المتهم، فهنا ينبغي عدم تمتع قاضي التحقيق بسلطة الإفراج عن المتهم مرة أخرى، وذلك خلال المدة التي أمرت بها هذه الدائرة؛ لأن القول بغير ذلك يجعل استئناف النيابة العامة غير ذي جدوى.

هذا وتجدر الإشارة هنا إلى أنه إذا رأى قاضي التحقيق أن ظروفه قد استجذت في الدعوى مما يتعين معه الإفراج عن المتهم، فهنا ينبغي أن نميز بين فرضين، هما: إذا كان الإفراج وجوبياً، أو جوازياً. ففي الحالة الأولى يتعين على قاضي التحقيق أن يفرج عن المحبوس احتياطياً، لأن عرض الأمر على الدائرة قد يستغرق وقتاً، وهذا لا يخدم مصلحة المتهم.

وفي الحالة الثانية — والتي يكون الإفراج فيها جوازياً — فيتعين هنا عرض الأمر على الدائرة التي أمرت بالحبس؛ لأنها تكون أحق من غيرها في تقدير الإفراج من عدمه.

وبناء على ما تقدم يهيب الباحث بالمشرع الليبي، أن يتدخل تشريعياً لحسم هذه المسألة، كما هو الحال في بعض التشريعات الأخرى كالتشريع المصري⁽¹⁾،

(1) راجع مصطفى مجدي هرجة، المشكلات العملية في الحبس الاحتياطي والإفراج، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 1992م، ص 88.

حيث نصت المادة (144 من قانون الإجراءات الجنائية المصري) على أنه إذا... كان الأمر بالحبس الاحتياطي صادراً من محكمة الجناح المستأنفة منعقدة في غرفة المشورة بناء على استئناف النيابة العامة للأمر بالإفراج السابق صدوره من قاضي التحقيق، فلا يجوز صدور أمر جديد بالإفراج إلا منها"

ونشير هنا إلى أنه كان يحسن بالمشروع المصري، أن يقصر هذا المنع في حدود المدة التي أمرت بها المحكمة بناء على استئناف النيابة العامة فحسب؛ لأن القول بغير ذلك يعد مصادرة لسلطة قاضي التحقيق في الإفراج، بمجرد استئناف النيابة العامة لقرار الإفراج الصادر عنه بداية⁽¹⁾.

ثانياً : حدود سلطة القاضي الجزئي في الإفراج

نصت المادة (1/176) من قانون الإجراءات الجنائية الليبي على أنه: " إذا رأت النيابة العامة مد الحبس الاحتياطي وجب قبل انقضاء مدة الستة الأيام أن تعرض الأوراق على القاضي الجزئي ليصدر أمراً بما يراه بعد سماع أقوال النيابة العامة والمتهم... "

(1) وفي التشريع الإيطالي يفقد المتهم الحق في طلب إعادة النظر في حبسه، إذا تعلق الأمر بقرار صدر عقب الطعن بالاستئناف من جانب النيابة العامة (م 309 / الفقرة الأولى من قانون الإجراءات الجنائية الإيطالي).

لمزيد من التفصيل راجع د. محمد إبراهيم زيد، د. عبد الفتاح الصيفي، ترجمة وتعليق على " قانون الإجراءات الجنائية الإيطالي الجديد" القانون رقم 447 الصادر بتاريخ 16 فبراير 1988 م، القاهرة، دار النهضة العربية، 1990م، ص220-221.

وعلى ذلك فإذا ما طلبت النيابة العامة، مد الحبس من القاضي الجزئي، فله في هذه الحالة أن يرفض الإذن بتمديد الحبس، ويأمر بالإفراج عن المتهم، سواء أكان ذلك بكفالة أو بغير كفالة (م 179 من قانون الإجراءات الجنائية الليبي).

ويثار التساؤل هنا عما إذا كان باستطاعة القاضي الجزئي أن يأمر بالإفراج عن المتهم المحبوس احتياطياً الذي أمر بمد حبسه بناء على طلب النيابة العامة. يذهب اتجاه في الفقه إلى أن الأمر بالحبس له دائماً الحق في الإفراج عن المتهم، الذي أمر بحبسه احتياطياً، حتى وإن لم يكن هو الذي يتولى التحقيق. فالقاضي الجزئي له الحق في الإفراج عن المتهم الذي أمر بتمديد حبسه، سواء أكان ذلك من تلقاء نفسه، أو بناء على تظلم من المتهم، وذلك دون استبعاد سلطة المحقق في الإفراج⁽¹⁾.

ولا شك أن هذا الرأي محل نظر؛ وذلك لافتقاره إلى السند القانوني؛ فسلطة القاضي الجزئي في الحبس والإفراج محددة قانوناً في المادة (176) من قانون الإجراءات الجنائية الليبي)، والتي تنص على أنه: "إذا رأت النيابة العامة مد الحبس الاحتياطي وجب قبل انقضاء مدة الستة الأيام أن تعرض الأوراق على القاضي الجزئي المختص ليصدر أمراً بما يراه بعد سماع أقوال النيابة العامة والمتهم."⁽²⁾.

(1) كل ما هنالك أن القاضي لا يملك إصدار أمر الإفراج إلا بمناسبة عرض القضية عليه لطلب التمديد أو لأي سبب آخر - د. توفيق الشاوي، فقه الإجراءات الجنائية، القاهرة، دار الكتاب العربي، الطبعة الثانية، الجزء 1، 1954م، ص 323.

(2) تتطابق المادة 76 من قانون الإجراءات الجنائية الليبي مع المادة 202 من قانون الإجراءات الجنائية المصري.

وبناء على ذلك يصدر القاضي الجزئي أمره بعد سماع أقوال النيابة العامة والمتهم، وهذا الأمر إما أن يكون بمد الحبس أو الإفراج، ففي الحالة الأولى تكون النيابة العامة هي الجهة الوحيدة المخولة بالإفراج، لأن الدعوى لم تخرج من حوزتها، وعرضها على القاضي كان بمناسبة الإذن بمد الحبس، وبصدور هذا الأمر، تنقطع الصلة بين القاضي والدعوى الجنائية، ما لم تعرض عليه مرة أخرى للنظر في تمديد الحبس من جديد⁽¹⁾.

ثالثاً : حدود سلطة النيابة العامة في الإفراج

وفقاً للمادة (178) من قانون الإجراءات الجنائية، للنيابة العامة أن تفرج عن المتهم في أي وقت، سواء بكفالة أو بغير كفالة، متى كانت القضية لم تخرج من حوزتها. ويظل حق النيابة العامة في الإفراج قائماً ولو كان الإذن بمد الحبس قد صدر من القاضي الجزئي بناء على طلبها، أو كان قد صدر من المحكمة الابتدائية. ويتم الإفراج تلقائياً من النيابة العامة نفسها، أو بناء على طلب من المتهم أو ممن يوكله قانوناً⁽²⁾.

ويصدر أمر الإفراج من عضو النيابة العامة الذي يتولى التحقيق في القضية، أو ممن يكلف باستعمال هذا الحق، وعلى عضو النيابة عند إصداره هذا الأمر أن

(1) د. حسن المرصفاوي، الحبس الاحتياطي وضمان حرية الفرد في التشريع المصري "رسالة دكتوراه"، القاهرة، دار النشر للجامعات المصرية، 1954م، ص 218، 219.

(2) د. عوض محمد عوض، قانون الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2008م، ص 368.

يتأكد من توافر كافة شروطه، كما يتعين أن يتضمن نموذج أمر الإفراج اسم عضو النيابة الذي أمر بالإفراج مديلاً بإمضائه وتاريخ الصدور⁽¹⁾.

رابعاً: السلطة المختصة بالإفراج بعد الإحالة

نظراً لخطورة بعض الجرائم، فقد اتجهت بعض التشريعات إلى إسناد الاختصاص بإحالتها إلى المحكمة المختصة إلى سلطة أخرى غير التي قامت بإجراء التحقيق فيها، ويختلف تشكيل قضاء الإحالة من تشريع لآخر، فبعض التشريعات يسنده إلى هيئة من القضاة يطلق عليها الغرفة الجنحية، كما هو الحال في التشريع المغربي⁽²⁾، ودائرة الاتهام في التشريع التونسي، والهيئة الاتهامية في التشريع اللبناني، وغرفة الاتهام في التشريع الفرنسي؛ حيث يلاحظ أنه في حالة الطعن في قرار محكمة الجنايات في التشريع الفرنسي، فإن غرفة الاتهام هي من تتولى الفصل في طلبات الإفراج، حتى صدور قرار محكمة النقض⁽³⁾. أما في التشريع المصري، فكان مستشار الإحالة هو الجهة المختصة بتقدير الحبس أو

(1) راجع المواد 256-261 من دليل المحقق الجنائي، وزارة العدل - مكتب النائب العام، 2006م، ص 58-59.

(2) د. محمد عياط، حماية حقوق الإنسان في قانون الإجراءات الجنائية في مرحلة ما قبل المحاكمة في التشريع المغربي، تقرير مقدم للندوة العربية لحماية حقوق الإنسان في قوانين الإجراءات الجنائية في العالم العربي التي عقدت في القاهرة من 16 - 20 كانون الأول (ديسمبر) 1989 م، والمنشور ضمن كتاب أعمال مؤتمر "الإجراءات الجنائية في النظم القانونية العربية وحماية حقوق الإنسان"، بيروت، دار العلم للملايين، الطبعة الأولى، 1991م، ص 203.

(3) د. الأخضر بوكحيل، الحبس الاحتياطي في التشريع الجزائري المقارن "رسالة دكتوراه"، كلية الحقوق جامعة القاهرة، "غير منشورة"، 1989م، ص 193 وما بعدها.

الإفراج، عندما يكون هناك قرار بالإحالة إلى محكمة الجنايات، أو إلى المحكمة الجزئية⁽¹⁾، ولكن بعد صدور القانون رقم 170 لسنة 1981م ألغي نظام مستشار الإحالة، وأصبحت الجنح تحال مباشرة إلى المحكمة المختصة، وترفع الدعوى في مواد الجنايات بإحالتها من المحامي العام أو من يقوم مقامه، إلى محكمة الجنايات، بتقرير اتهام تبين فيه الجريمة المسندة للمتهم، وأركانها القانونية⁽²⁾. وقد آل إلى محكمة الجنح المستأنفة اختصاص النظر في طلب الإفراج أو الحبس، إلى أن ترفع الدعوى إلى المحكمة المختصة⁽³⁾.

أما في التشريع الليبي، فيلاحظ أن غرفة الاتهام هي من تتولى سلطة الإحالة، وهي تشكّل في كل محكمة ابتدائية من رئيس المحكمة أو من يقوم مقامه⁽⁴⁾ (م 145 من قانون الإجراءات الجنائية الليبي). وهي تعتبر قضاء تحقيق من الدرجة الثانية، علاوة عن كونها جهة إحالة⁽⁵⁾. فإذا ما أحيلت الدعوى إلى

(1) د. أحمد عبد العزيز الألفي، الحبس الاحتياطي، دراسة إحصائية وبحث ميداني، المجلة الجنائية القومية، العدد 3، نوفمبر 1966م، المجلد التاسع، ص 364.

(2) د. إسماعيل سلامة، الحبس الاحتياطي "دراسة مقارنة" رسالة دكتوراه "جامعة عين شمس"، القاهرة، عالم الكتب، الطبعة الثانية، 1983 م، ص 74 وما بعدها.

(3) د. جلال ثروت، نظم الإجراءات الجنائية، القاهرة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الطبعة الأولى، 1997م، ص 43،429.

(4) إذا رأى رئيس المحكمة عدم إسناد رئاسة الغرفة لنفسه تندب الجمعية العمومية أحد القضاة لرئاستها. المحكمة العليا الليبية، طعن جنائي رقم 12/7 ق، جلسة 1965/5/29م، مجلة المحكمة العليا الليبية، س 1، ع 2، ص 41.

(5) د. محمد الجازوي، غرفة الاتهام في التشريع الليبي والفرنسي (دراسة مقارنة)، منشور ضمن كتاب، دراسات في العلوم الجنائية، بنغازي، جامعة بنغازي، الطبعة الأولى، 1992 م، ص 28.

غرفة الاتهام من النيابة العامة، أو قاضي التحقيق حال ندبه، كانت هي المختصة بالنظر في طلب الإفراج عن المتهم (م 131 / 1 من قانون الإجراءات الجنائية الليبي)،⁽¹⁾ حيث يتعين عليها أن تفصل في الأمر الصادر بالإحالة إلى المحكمة المختصة في استمرار حبس المتهم، أو الإفراج عنه أو القبض عليه وحبسه احتياطياً، إذا لم يكن قد قبض عليه أو كان قد أفرج عنه (م 137 من قانون الإجراءات الجنائية الليبي).

كما ينعقد الاختصاص لغرفة الاتهام في الحبس الاحتياطي أو الإفراج إذا كانت الدعوى قد أحيلت إلى محكمة الجنايات في غير أدوار الانعقاد (م 131 / 2 من قانون الإجراءات الجنائية الليبي). وأخيراً تملك غرفة الاتهام سلطة الإفراج في حالة الحكم بعدم الاختصاص، حيث تكون هي الجهة المختصة بالنظر في طلب الإفراج أو الحبس الاحتياطي، إلى أن ترفع الدعوى إلى المحكمة المختصة (م 131 / 2، 3 من قانون الإجراءات الجنائية الليبي).

(1) وفي هذا السياق قضت المحكمة العليا الليبية في حكم لها بأن : ((مؤدى الفقرة الأولى من المادة 131 من قانون الإجراءات الجنائية أنه في حالة إحالة المتهم على غرفة الاتهام فإن الاختصاص بحبسه أو الإفراج عنه ينعقد لغرفة الاتهام دون سواها ودون أن يقيد القانون بمدة حبس محددة، وكان يبين من أوراق الدعوى أن الطاعن أحيل على غرفة الاتهام محبوساً وأن الغرفة نظرت الدعوى والطاعن محبوساً حتى صدر قرارها بالإحالة مع استمرار حبسه عملاً بأحكام المادتين 153، 158 من قانون الإجراءات الجنائية، وبالتالي فإن قرار الغرفة بحبس الطاعن قد وافق صحيح القانون)). المحكمة العليا الليبية، طعن جنائي رقم 40/946 ق، جلسة 2001/1/9م، "غير منشور".

الفرع الثاني

الإشكاليات المتعلقة بألية الإفراج المؤقت والفصل فيه

الإشكاليات المتعلقة بألية الإفراج المؤقت والفصل فيه، قد تثار قبل صدور أمر الإفراج، ويمكن أن تثار بعد صدوره، وهو ما سيعرض له الباحث في الفقرتين الآتيتين:

أولاً: بعض الإشكاليات التي يمكن أن تثار قبل صدور أمر الإفراج

من هذه الإشكاليات: مدى لزوم حضور المتهم أثناء صدور أمر الإفراج، ومدى وجوب تسبب هذا الأمر، وهو ما نعرض له تباعاً فيما يأتي:

1- مدى لزوم حضور المتهم أمام سلطة الإفراج

كان طلب الإفراج في التشريع الفرنسي يتم في حضور المتهم، ولكن وجد أن ذلك يتطلب مصاريف كثيرة غير مجدية، فتم العدول عن ذلك في سنة (1935م)، حيث أصبح النظر في طلب الإفراج يتم في غير علانية⁽¹⁾.

أما فيما يتعلق بحضور المتهم أمام سلطة الإفراج في التشريع الليبي، فينبغي أن نفرّق بين حالات ثلاث :

الحالة الأولى : وهي التي يتقرر فيها الإفراج من قبل السلطة التي تتولى التحقيق، فهنا لم يتضمن التشريع الليبي نصاً يوجب أن يتم الإفراج في حضور المتهم، إذ لا فائدة في حضوره، طالما وصلت سلطة التحقيق إلى قناعة بأن حبسه

(1) المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

لم يعد ضرورياً، وهو أقصى ما يطمح إليه، ومع هذا فإن حضوره لا يخلو من فائدة، وتظهر هذه الفائدة في الحالة التي قد يستغل فيها أعوان السلطات المختصة بالإفراج - كالكتبة والمحضرين - لتحقيق منافع وأغراض شخصية، كأن يطلبوا مبالغ مالية نظير الإفراج؛ بحجة أن علاقة قوية تربطهم مع عضو النيابة، وأن الإفراج ما كان ليتم لولى هذه العلاقة، وقد أشارت المادة 257 من دليل المحقق الجنائي إلى أن قرار الإفراج يكون في مواجهة المتهم كلما أمكن ذلك⁽¹⁾. الأمر الذي يرى معه الباحث ضرورة إضافة مادة جديدة لقانون الإجراءات الجنائية يكون نصها على النحو الآتي: " يكون صدور قرار الإفراج عن المتهم في حضوره كلما أمكن ذلك".

الحالة الثانية : إذا حصل الإفراج من قبل القاضي الجزئي، أو الدائرة الابتدائية أثناء نظر طلب التمديد، فهنا يلزم حضور المتهم؛ لأن حضوره وجوبي أمام سلطة التمديد لسماع أقواله (م 123،122 من قانون الإجراءات الجنائية الليبي).

الحالة الثالثة : إذا أحيل المتهم إلى محكمة الموضوع وهو في حالة حبس، فإذا ما قررت المحكمة الإفراج عنه، فإن حضوره يكون تلقائياً أثناء حضوره جلسات المحاكمة - وهو الغالب، وذلك دون استبعاد صدور هذا الأمر في غيبة المتهم، وبخاصة إذا تعلق الأمر بحالة من حالات الإفراج الوجوبي.

(1) راجع المادة 257 من دليل المحقق الجنائي، وزارة العدل - مكتب النائب العام، 2006م، ص58.

2-مدى وجوب تسبب أمر الإفراج

لم يتضمن قانون الإجراءات الجنائية الليبي نصاً يوجب على السلطة الأمرة بالإفراج المؤقت ضرورة تسبب هذا الأمر، وهو ما سارت عليه أغلب التشريعات المقارنة، إلا أن الملاحظ أن بعض التشريعات قد أوجبت تسبب أوامر الإفراج، كما هو الحال في التشريع الفرنسي الذي يوجب تسبب أوامر الإفراج الصادرة في مواد الجرح والجنایات دون تفريق⁽¹⁾.

هذا وتجدر الإشارة إلى أنه وإن لم يكن للمتهم مصلحة في أن يتضمن الأمر الصادر بالإفراج عنه أسباباً معينة، فإن الأمر يختلف بالنسبة للنيابة العامة بصفتها ممثلة للمجتمع، وتملك حق الطعن بالاستئناف في أوامر الإفراج الصادرة من القاضي الجزئي أو قاضي التحقيق (3/139، 3/176 من قانون الإجراءات الجنائية الليبي)، لذلك فإنه من الأهمية بمكان، أن تقف النيابة العامة على أسباب الأمر الذي ستقوم باستئنافه، فقد تحجم عن استئنافه أصلاً، إذا وجدت أن قرار الإفراج قد صادف محله⁽²⁾.

كما أنه يتعين من جهة أخرى تسبب قرار رفض طلب الإفراج، حتى يتمكن المتهم من الوقوف على الأسباب التي كانت وراء رفض طلبه، بحيث يكون المجال

(1) عزة كامل المقهور، الحبس الاحتياطي في التشريع الفرنسي " دراسة مقارنة " بحث مقدم للندوة التي عقدت بنقابة المحامين طرابلس بتاريخ 4. 6. 1998م تحت عنوان الحبس الاحتياطي وحقوق الإنسان (بحث غير منشور)،(مكتبة نقابة محامي طرابلس)، ص 12.

(2) د. حسن المرصفاوي، الحبس الاحتياطي، المرجع السابق، ص 247.

أمامه مفتوحاً لولوج باب الطعن بكل سهولة ويسر، و تتحقق هذه الفائدة في ظل التشريعات التي تجيز للمتهم أن يطعن في قرار رفض الإفراج المؤقت، كالتشريع الفرنسي، والإيطالي، والتشيلي، والجزائري⁽¹⁾. ونوصي هنا بإضافة مادة جديدة لقانون الإجراءات الجنائية الليبي بحيث يكون نصها على النحو الآتي: "يكون قرار الإفراج ورفضه مسببا كلما أمكن ذلك".

ثانياً: بعض الإشكاليات التي يمكن أن تثار بعد صدور أمر الإفراج

1- مدى جواز استئناف أمر الإفراج

وفقاً للمادة 3/139 من قانون الإجراءات الجنائية الليبي، فإن النيابة العامة وحدها من لها الحق في استئناف أوامر قاضي التحقيق الصادرة بالإفراج عن المتهمين، وقد ورد تأكيد هذا الحق في المادة 272 من دليل المحقق الجنائي الصادر عن مكتب النائب العام، حيث نصت على ضرورة أن يستأنف عضو النيابة أمر الإفراج الصادر عن القاضي الجزئي إذا رأى ملاءمة ذلك، مع الإشارة إلى أن عضو النيابة المحقق والذي قرر عرض القضية للتمديد هو المعني بالتقرير

(1) جان برادل، حماية حقوق الإنسان أثناء المرحلة التمهيدية الدعوى الجنائية في النظام القانوني الفرنسي، بحث مقدم للمؤتمر الثاني للجمعية المصرية للقانون الجنائي، والمنشور ضمن أعمال المؤتمر بعنوان (حماية حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية في مصر وفرنسا والولايات المتحدة) الإسكندرية، المعهد الدولي للعلوم الجنائية، الطبعة الأولى، 1989م، ص 233، وأيضاً د. إسماعيل سلامة، الحبس الاحتياطي، المرجع السابق، ص 338 وما بعدها، وكذا د. رمضان زرقين، حماية حقوق الإنسان في مرحلة ما قبل المحاكمة في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 133.

بالاستئناف في أمر الإفراج وإعداد مذكرة بأسبابه⁽¹⁾. كما أنه – خوفاً من أن يستغل أمر الإفراج من أعوان عضو النيابة – يتعين على هذا الأخير إحاطة المتهم علماً به من قبله وعدم ترك ذلك لأعوانه⁽²⁾.

أما المجني عليه والمدعي بالحقوق المدنية فلا يملك هذا الحق، حتى ولو تبين أن لهما مصلحة في استمرار حبس المتهم، وهذا الحكم بطبيعة الحال هو امتداد طبيعي لما هو مقرر في نص المادة 132 من قانون الإجراءات الجنائية الليبي⁽³⁾ التي تنص على أنه: " لا يقبل من المجني عليه أو من المدعي بالحقوق المدنية طلب حبس المتهم ولا تسمع منه أقوال في المناقشات المتعلقة بالإفراج عنه".

وفي التشريع المصري يلاحظ أن قانون الإجراءات الجنائية أجاز للنيابة العامة في المادة 2/174 من قانون الإجراءات الجنائية المصري المعدلة بالقانون رقم 145 لسنة 2006م أن تستأنف أوامر الإفراج المؤقت الصادرة عن قاضي التحقيق، وإن كان قد قصر حق الطعن على الجنايات دون الجنح، 2006م⁽⁴⁾، وبذلك تكون سلطة النيابة في الطعن في أوامر الإفراج في التشريع الليبي أوسع نطاقاً منه في التشريع المصري، حيث لا تقتيد النيابة في بلادنا عند استعمال حق

(1) راجع المادة 272-273 من دليل المحقق الجنائي، المرجع السابق، ص 60.

(2) راجع المادة 267 من دليل المحقق الجنائي، المرجع السابق، ص 60.

(3) د. عوض محمد، قانون الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، المرجع السابق، ص 409.

(4) لمزيد من التفصيل راجع د. يحيى، الضوابط المستحدثة للحبس الاحتياطي في ضوء القانون رقم 145 لسنة 2006م المعدل لبعض أحكام قانون الإجراءات الجنائية الصادر بالقانون رقم 150 لسنة 1950، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2007م، ص 122-123.

الطعن بنوع معين من الجرائم، فلها أن تلج طريق الطعن في أوامر الإفراج الصادرة عن قاضي التحقيق، سواء تعلق الأمر بجناية أو جنحة، ولكن مع ذلك يلاحظ أن قانون الإجراءات الجنائية الليبي قد سد على النيابة العامة طريق الطعن في أوامر الإفراج الصادرة عن غرفة الاتهام، وذلك بأن أغفل الإشارة إلى هذه المكنة عند معرض بيانه - في المادتين 167-168 - إلى ما يقبل الطعن من أوامر غرفة الاتهام، ومن ثم لا اجتهد مع صراحة النص، كما أنه لا يجوز القياس على الأوامر الصادرة عن قاضي التحقيق؛ لأن الأوامر الصادرة عنه ليست أصلاً حتى يقاس عليها، وإنما هي استثناء لا يقبل القياس⁽¹⁾.

2- مدى جواز قبول أقوال المجني عليه أو المدعي بالحقوق

المدنية في المناقشات المتعلقة بالإفراج عن المتهم

وفقاً لقانون الإجراءات الجنائية الليبي ليس للمجني عليه أو المدعي بالحقوق المدنية الحق في الطعن في الأوامر الصادرة بالإفراج، سواء كانت صادرة عن النيابة العامة أو قاضي التحقيق أو القاضي الجزئي، بل - كما رأينا في المادة 132 إجراءات جنائية - لم يسمح له النص حتى بمجرد قبول أقوالهما في المناقشات المتعلقة بالإفراج عن المتهم. ولعل ذلك يكون أمراً منطقياً؛ لأن الدعوى الجنائية حق للمجتمع، وأن النيابة وحدها هي الأمانة عليها، وأنها وحدها من يقدر استمرار حبس المتهم من عدمه، ولكن مع ذلك فإن الباحث يرى تعديل نص

(1) د. عوض محمد، قانون الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، ص 417 - 418.

المادة 132 المشار إليه أعلاه بحيث يتيح للمجني عليه والمدعي بالحقوق المدنية أن تسمع أقوالهما في المناقشات المتعلقة بالإفراج، دون أن يكون رأيهما ملزماً للجهة التي يصدر عنها أمر الإفراج؛ وذلك لأن مناقشتهما قد تسهل على هذه الأخيرة مهمتها في إصدار مثل هذا النوع من القرارات.

3- إشكالية تنفيذ أمر الإفراج في بعض الحالات

من الإشكاليات التي قد تثار في هذا الخصوص إذا كان المتهم قد حبس احتياطياً في قضية ورأت سلطة التحقيق حبسه احتياطياً في قضية أخرى، فهنا يقوم عضو النيابة أو قاضي التحقيق بحبسه أيضاً في هذه القضية، وينفذ أمر الحبس الأخير من تاريخ الإفراج عنه في القضية الأولى التي حبس على ذمتها⁽¹⁾. وترتيباً على ما تقدم، وبالرغم من صدور أمر بالإفراج من الجهة المختصة، فإن هذا الأمر لا ينفذ؛ وذلك لبدء سريان أمر سابق بالحبس الاحتياطي على المتهم المفرج عنه.

ويشترط لتأخير التنفيذ في الحالة السابقة أن يتم تجديد أمر الحبس كل ستة أشهر عملاً بالمادة (119 من قانون الإجراءات الجنائية الليبي)، وكذلك أن تكون القضية لاتزال بحوزة السلطة التي أصدرت أمر الحبس⁽²⁾.

(1) راجع المادة 251 من دليل المحقق الجنائي، المرجع السابق، ص 57.

(2) راجع المادة 251 من دليل المحقق الجنائي، المرجع السابق، الصفحة نفسها.

ووفقاً للمادة 261 من دليل المحقق الجنائي فلا يتم تنفيذ أوامر الإفراج في الجرائم الخطيرة إلا بعد إخطار رئيس النيابة بهذه الأوامر مسبقاً⁽¹⁾، وتعتبر هذه القاعدة مجرد قاعدة لتنظيم حسن سير العمل، ومن ثم لا يترتب على مخالفتها البطلان.

4- تأخير تنفيذ أمر الإفراج

قد يرجع تأخير تنفيذ أمر الإفراج لأسباب قانونية، وقد يرجع لأسباب واقعية تملئها بعض الظروف العارضة في أوقات استثنائية.

أ) تأخير التنفيذ لأسباب قانونية:

بعد أن أشارت المادة 3/39 من قانون الإجراءات الجنائية الليبي إلى حق النيابة العامة في استئناف قرارات الإفراج الصادرة من قاضي التحقيق، عاد المشرع ليفسح المجال أمام النيابة العامة كي تمارس هذا الحق، حيث نص في المادة 143 من قانون الإجراءات الجنائية على عدم جواز تنفيذ الأوامر الصادرة بالإفراج المؤقت قبل انقضاء ميعاد الاستئناف المنصوص عليه في المادة 141 إجراءات وهو ثلاثة أيام من تاريخ صدور الأمر، كما لا يجوز تنفيذ الأوامر الصادرة بالإفراج المؤقت قبل الفصل في الاستئناف إذا رفع في الميعاد.

وتشكل هذه القاعدة اجحافاً وتعسفاً لا مبرر له في حق المتهم، حيث باستطاعة النيابة العامة أن تقرر ملاءمة الطعن من عدمه بعد صدور هذا القرار، إذ

(1) راجع المادة 262 من دليل المحقق الجنائي، المرجع السابق، ص 59.

يفترض علمها بوقائع الدعوى الجنائية، وبمدى ملاءمة قرار الإفراج من عدمه، وبخاصة أن المتهم أو محاميه غالباً ما يشير بعض الدفوع أو الإيضاحات حول عدم لزوم استمرار الحبس، والتي قد تؤثر على عقيدة الجهة المختصة بالإفراج. والمحمود في الأمر أن التطبيق القضائي للنص السابق لا يتقيد بوقف تنفيذ قرار الإفراج، ويحرص أعضاء النيابة من الناحية العملية على تقدير ملاءمة الطعن في قرار الإفراج من عدمه مباشرة بعد صدور قرار الإفراج، فإن قدرت النيابة عدم الطعن تأمر عادة بالإفراج عنه، وإذا رأت لزوم استمرار حبس المتهم فإنها تستأنف قرار الإفراج فوراً، ويتم تحديد جلسة لنظر الطعن أمام الهيئة الاستئنافية.

ولكن الأمر من وجهة نظر الباحث يحتاج إلى الحسم من الناحية التشريعية، وذلك بتعديل نص المادة 143 من قانون الإجراءات الجنائية، بحيث يكون على النحو الآتي: " تنفذ الأوامر الصادرة بالإفراج المؤقت فوراً ما لم يتم استئنافها من النيابة العامة، وإذا استأنفتها في الميعاد فلا تنفذ هذه الأوامر قبل الفصل في هذا الاستئناف، وإذا لم يفصل في الاستئناف خلال ثلاثة أيام من تاريخ التقرير به وجب تنفيذ الأمر بالإفراج فوراً".

أ) تأخير التنفيذ لأسباب واقعية:

1- قد يرجع سبب تأخير تنفيذ أوامر الإفراج لأسباب واقعية ترفضها القوانين السارية، ولكن تملئها ظروف وأسباب طارئة يقف القضاء أمامها عاجزاً على أن يقيم العدالة، حيث تأمر النيابة العامة أو الجهات المختصة بالإفراج عن متهمين في قضايا جنائية تكتسي عادة بالصبغة السياسية، ويبقى أمر تلك الجهات

مجرد حبر على ورق، لا يجد إلى التنفيذ سبيلاً لمدة قد تصل إلى شهور أو لسنوات. ويحصل هذا عادة في أعقاب الثورات أو الانقلابات العسكرية، حيث تتعطل فعالية بعض القوانين مؤقتاً؛ ليتم متابعة الحكومات التي تمت الإطاحة بها، وذلك إلى أن تستقر الأوضاع السياسية، وتستكمل أجهزة الدولة بناء نفسها، وتسيطر على مقاليد الأمور داخل البلاد، بالرغم من أن الإعلانات الدستورية التي تعقب الثورات تحاول تفادي مثل هذا النوع من الاختراقات.

الخاتمة

بعد أن تعرضنا لبحث نظام الإفراج المؤقت عن المتهمين في مرحلة التحقيق الابتدائي، اتضح لنا وجود بعض الإشكاليات العملية التي تثار بمناسبة تطبيق نظام الإفراج المؤقت، منها ما يتعلق بحدود سلطة كل من النيابة العامة وقاضي التحقيق والقاضي الجزئي، ومنها ما يتعلق بآلية الإفراج والفصل فيه. ورأينا أن التشريع الإجرائي الليبي لم يعالج الكثير من هذه المشاكل التي قد تثار أثناء التطبيق العملي، ونأتي في ختام هذا البحث لعرض أهم النتائج والتوصيات التي تم التوصل إليها، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: نتائج البحث

1. اتضح للباحث وجد فراغ تشريعي بشأن مدى تمتع قاضي التحقيق بسلطة الإفراج عن المتهم إذا كانت النيابة العامة قد استأنفت قراره بالإفراج، وقامت الدائرة الابتدائية بإلغاء هذا القرار وأمرت بحبس المتهم، وذلك خلال المدة التي أمرت بها هذه الدائرة.

2. عدم وجود نص يسمح بحضور المتهم أمام سلطة الإفراج في التشريع الليبي.

3. لم يتضمن قانون الإجراءات الجنائية الليبي نصاً يوجب على السلطة الأمرة بالإفراج المؤقت ضرورة تسبيب هذا الأمر.

4. وفقاً للمادة 3/139 من قانون الإجراءات الجنائية الليبي فإن النيابة العامة وحدها من تملك الحق في استئناف أوامر قاضي التحقيق الصادرة بالإفراج عن المتهمين.

5. وفقاً لقانون الإجراءات الجنائية ليس للمجني عليه أو المدعي بالحقوق المدنية الحق في الطعن في الأوامر الصادرة بالإفراج، سواء كانت صادرة عن النيابة العامة أو قاضي التحقيق أو القاضي الجزئي، بل إنه وفقاً لنص المادة 132 إجراءات جنائية، لا يجوز قبول أقوالهما في المناقشات المتعلقة بالإفراج عن المتهم.

6. نصت المادة 143 من قانون الإجراءات الجنائية على عدم جواز تنفيذ الأوامر الصادرة بالإفراج المؤقت قبل انقضاء ميعاد الاستئناف المنصوص عليه في المادة 141 إجراءات، وهو ثلاثة أيام من تاريخ صدور الأمر، ولا قبل الفصل في الاستئناف إذا رفع في الميعاد، وهذه القاعدة تتضمن إجحافاً وتعسفاً لا مبرر له في حق المتهم.

7. قد يتأخر تنفيذ أوامر الإفراج - في كثير من الحالات - لأسباب طارئة ترفضها القوانين السارية، ولكن تملئها ظروف وأسباب طارئة يقف القضاء أمامها عاجزاً على إقامة العدالة.

ثانياً: أهم التوصيات والمقترحات

1- يوصي الباحث بتعديل نص المادة 124 من قانون الإجراءات الجنائية بحيث تضاف فقرة ثانية لها يجري نصها على النحو الآتي: "... فإذا كان الأمر بالحبس الاحتياطي صادراً عن محكمة الجرح المستأنفة منعقدة في غرفة المشورة بناء على استئناف النيابة العامة للأمر بالإفراج السابق صدوره من قاضي التحقيق، فلا يجوز صدور أمر جديد بالإفراج إلاّ منها، وذلك خلال المدة التي أمرت بها المحكمة".

2- فيما يتعلق بحضور المتهم أمام الجهة المختصة بالإفراج يوصي الباحث بإضافة مادة جديدة لقانون الإجراءات الجنائية يكون نصها على النحو الآتي: " يكون صدور قرار الإفراج عن المتهم في حضوره كلما أمكن ذلك".

3- يوصي الباحث بإضافة مادة جديدة لقانون الإجراءات الجنائية يكون نصها على النحو الآتي: " يكون قرار الإفراج ورفضه مسبباً كلما أمكن ذلك".

4- خوفاً من أن يستغل أمر الإفراج من أعوان القضاء بالحصول على مكاسب مالية أو غيرها، يوصي الباحث باستحداث نص جديد يوجب فيه على الجهة التي تصدر أمر الإفراج ضرورة إحاطة المتهم علماً به من قبلها وعدم ترك ذلك لأعوان القضاء. ويكون النص الجديد على النحو الآتي: " على الجهة

المختصة بالإفراج عن المتهمين إحاطتهم علماً بهذا الأمر من قبلها وعدم ترك ذلك لأعوانها".

5- يوصي الباحث بتعديل نص المادة 132 من قانون الإجراءات الجنائية بحيث يسمح للمجني عليه والمدعي بالحقوق المدنية أن تسمع أقوالهما في المناقشات المتعلقة بالإفراج، دون أن يكون رأيهما ملزماً للجهة التي يصدر عنها هذا الأمر ؛ لأن مناقشاتهما قد تسهّل على هذه الأخيرة مهمتها في إصدار مثل هذا النوع من القرارات، ويقترح الباحث أن يكون نص المادة 132 من قانون الإجراءات الجنائية على النحو الآتي: "لا يقبل من المجني عليه أو من المدعي بالحقوق المدنية طلب حبس المتهم وتسمع أقوالهما في المناقشات المتعلقة بالإفراج عنه ما أمكن".

6- النص على عدم تعطيل استئناف النيابة العامة تنفيذ أمر الإفراج الصادر من قاضي التحقيق أو القاضي الجزئي، ومن ثم يوصي الباحث بتعديل نص المادة 143 من قانون الإجراءات الجنائية، بحيث يكون على النحو الآتي: "تنفذ الأوامر الصادرة بالإفراج المؤقت فوراً، ما لم يتم استئنافها من النيابة العامة، وإذا استأنفتها في الميعاد فلا تنفذ هذه الأوامر قبل الفصل في هذا الاستئناف، على أن يتم الفصل في الاستئناف خلال ثلاثة أيام من تاريخ التقرير به، وإلا وجب تنفيذ الأمر بالإفراج فوراً".

7- تفادياً لتأخر تنفيذ أوامر الإفراج في بعض الأحيان؛ بسبب بعض الظروف الاستثنائية التي تمر بها البلاد، يحث الباحث وزارة العدل على تشكيل

لجنة قضائية تعمل تحت إشراف المجلس الأعلى للقضاء، وذلك في نطاق كل محكمة استئناف، توكل إليها مهمة متابعة تنفيذ أوامر الإفراج وقبول التظلمات التي تقدم إليها من ذوي الشأن.

قائمة المراجع

أولاً: الكتب والرسائل

- د. الأخضر بوكحيل، الحبس الاحتياطي في التشريع الجزائري المقارن " رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة " غير منشورة، 1989م.
- د. إسماعيل محمد سلامة، الحبس الاحتياطي " دراسة مقارنة" رسالة دكتوراه " جامعة عين شمس"، القاهرة، عالم الكتب، الطبعة الثانية، 1983 م.
- د. توفيق الشاوي، فقه الإجراءات الجنائية، القاهرة، دار الكتاب العربي، الطبعة الثانية، الجزء الأول، 1954م.
- د. حسن المرصفاوي، الحبس الاحتياطي وضمن حرية الفرد في التشريع المصري " رسالة دكتوراه " القاهرة، دار النشر للجامعات المصرية، 1954م.
- د. جلال ثروت، نظم الإجراءات الجنائية، القاهرة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الطبعة الأولى، 1997م.
- دليل المحقق الجنائي، وزارة العدل – مكتب النائب العام، 2006م.

- د. عادل يحيى، الضوابط المستحدثة للحبس الاحتياطي في ضوء القانون رقم 145 لسنة 2006م المعدل لبعض أحكام قانون الإجراءات الجنائية الصادر بالقانون رقم 150 لسنة 1950، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2007م.
- د. عوض محمد، قانون الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2008م.
- د. محمد إبراهيم زيد، د. عبد الفتاح الصيفي: ترجمة وتعليق باللغة العربية على " قانون الإجراءات الجنائية الإيطالي الجديد" القانون رقم 447 الصادر بتاريخ 16 فبراير 1988 م"، القاهرة، دار النهضة العربية، 1990م.
- د. محمد الجازوي، غرفة الاتهام في التشريعين الليبي والفرنسي، (دراسة مقارنة) - منشور ضمن كتاب، دراسات في العلوم الجنائية، بنغازي، جامعة قار يونس، الطبعة الأولى، 1992م.
- مصطفى مجدي هرجة، المشكلات العملية في الحبس الاحتياطي والإفراج، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 1992م.

ثانياً: البحوث والمقالات

- د. أحمد عبد العزيز الألفي، الحبس الاحتياطي دراسة إحصائية وبحث ميداني، المجلة الجنائية القومية، العدد 3 نوفمبر 1966م، المجلد التاسع.
- جان برادل، حماية حقوق الإنسان أثناء المرحلة التمهيدية الدعوى الجنائية في النظام القانوني الفرنسي، بحث مقدم للمؤتمر الثاني للجمعية المصرية للقانون الجنائي، والمنشور ضمن أعمال المؤتمر بعنوان (حماية

حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية في مصر وفرنسا والولايات المتحدة (الإسكندرية، المعهد الدولي للعلوم الجنائية، الطبعة الأولى، 1989م.

• محمد عياط، حماية حقوق الإنسان في قانون الإجراءات الجنائية في مرحلة ما قبل المحاكمة في التشريع المغربي، تقرير مقدم للندوة العربية لحماية حقوق الإنسان في قوانين الإجراءات الجنائية في العالم العربي التي عقدت في القاهرة من 16 - 20 كانون الأول (ديسمبر) 1989 م، والمنشور ضمن كتاب أعمال مؤتمر "الإجراءات الجنائية في النظم القانونية العربية وحماية حقوق الإنسان، بيروت، دار العلم للملايين، الطبعة الأولى، 1991م.

• عزة كامل المقهور، الحبس الاحتياطي في التشريع الفرنسي " دراسة مقارنة"، بحث مقدم للندوة التي عقدت بنقابة المحامين طرابلس، بتاريخ 4. 6. 1998م، تحت عنوان الحبس الاحتياطي وحقوق الإنسان، (غير منشور)، (مكتبة نقابة محامي طرابلس).

• د. رمضان زرقين، حماية حقوق الإنسان في مرحلة ما قبل المحاكمة في التشريع الجزائري، تقرير مقدم للندوة العربية لحماية حقوق الإنسان في قوانين الإجراءات الجنائية في العالم العربي التي عقدت في القاهرة من 16 - 20 كانون الأول (ديسمبر) 1989 م، والمنشور ضمن كتاب أعمال مؤتمر "الإجراءات الجنائية في النظم القانونية العربية وحماية حقوق الإنسان"، بيروت، دار العلم للملايين، الطبعة الأولى، 1991م.

المفهوم القانوني لشرط تمييز العلامة التجارية في القانون الليبي دراسة مقارنة

إعداد الدكتور: جمال عمران المبروك اغنية

عضو هيئة تدريس بقسم القانون الخاص

كلية القانون - جامعة طرابلس

المقدمة

لقد أدى التطور المهول الذي أفرزته الثورة الصناعية، وما رافقها من الاستعمال للآلة في مجال الإنتاج إلى ظهور العديد من الشركات التجارية العملاقة، وازدياد حدة المنافسة التجارية فيما بينها؛ لأجل مواكبة تطور أساليب الإنتاج، وابتكار الوسائل المختلفة لتوزيع وترويج السلع والخدمات، ومحاولة إيصالها إلى الجمهور العريض من المستهلكين في مختلف دول العالم، وكذلك ظهور الإعلانات الدعائية التي واكبت تسويق مختلف السلع والخدمات في شتى مناحي التجارة، حيث إن كل هذا الزخم أدى إلى تبلور الحاجة الملحة للعلامات التجارية التي تكون قادرة على تمييز المنتجات والخدمات المختلفة التي تقدمها الشركات التجارية الرأسمالية.

لذلك تعد العلامات التجارية من أبرز حقوق الملكية الصناعية وأكثرها أهمية، نظراً لما تؤديه هذه العلامات التجارية من دور بارز في مجال التجارة

الداخلية والدولية؛ لأنها في الواقع تمثل كافة أطراف المعادلة التجارية، حيث إنها من جهة تمثل منتج السلعة أو مقدم الخدمة في كل زمان ومكان، لأنها الأداة المثلى للترويج للسلع والخدمات التي ينتجها أو يسوقها أو يقدمها كل هؤلاء.

كما أنها من جهة أخرى تمثل التأثير الحقيقي على سلوك المستهلك أو مرتاد الخدمة نظراً لأثرها العميق على جمهور المستهلكين الذين يميلون لشراء المنتج أو ارتياد الخدمة التي تحمل علامة تجارية معينة دون غيرها من العلامات الأخرى المنافسة، اعتقاداً منهم بأن المنتج الذي يحمل هذه العلامة التجارية هو الأكثر جودة أو أنه السلعة الأصلية، أو أنه الخدمة المتميزة، لذلك كله كان لتمييز العلامة التجارية أهمية قصوى في تقدير القيمة الاقتصادية للعلامة التجارية، والتي تزداد كلما كانت العلامة التجارية ذات تميز وتفرد عن غيرها من العلامات الأخرى المنافسة ومدى ثبات الصورة الإيجابية لهذه العلامة في أذهان الجمهور.

لذا ظهرت إلى الوجود العديد من العلامات التجارية اتخذت أشكالاً متميزة مختلفة، قد جرى العمل على استعمال الحروف، والأرقام، والكلمات وأحياناً الأسماء، أو الألوان، أو خليط متميز ومتجانس بين بعض من هذه الأشكال التي استخدمها التجار لتمييز سلعهم ومنتجاتهم أو خدماتهم.

وفي هذا الصدد عرفت العديد من العلامات التجارية التي تنطلق من خاصية التميز والتفرد - إن جاز لنا التعبير - نالت شهرة كبيرة في مجال المنتجات مثل علامة (كوكا كولا) والتي يعود تاريخها إلى النصف الثاني من القرن التاسع عشر أي عام 1886م وعلامة (كوداك) التي يعود تاريخ ميلادها إلى 1888م وغيرها من العلامات التجارية الأخرى.

كذلك بدأت في التبلور العديد من التشريعات الوطنية التي عنيت بتوفير الحماية القانونية للعلامات التجارية متى كانت على درجة من التمييز والجدة والمشروعية، وذلك نظراً للأهمية العملية والاقتصادية للعلامات التجارية، ومن هذه القوانين قانون العلامات التجارية الليبي رقم (40) لسنة 1956 م والذي ظل معمولاً به إلى أن تم إلغاؤه بموجب القانون رقم (23) لسنة 2010م بشأن النشاط التجاري، حيث إن المشرع الليبي ارتأى ضرورة إدماج النصوص القانونية للعلامات التجارية ضمن أحكام قانون النشاط التجاري وليس كما كان سائداً من وجود قانون خاص ينظم أحكام العلامات التجارية بشكل مستقل.

حيث ضمنت أحكام العلامات التجارية في الكتاب العاشر من المدونة التجارية والمعنون بالعلامات التجارية في الباب الأول منها والذي خصص أربعاً وأربعين مادة قانونية لتفصيل الأحكام المتعلقة بالعلامات التجارية.

كما أن العلامات التجارية كانت مجالاً للعديد من الاتفاقيات الدولية التي عنيت بتنظيم مختلف أحكامها القانونية ومحاولة توفير الحماية الدولية لها، انطلقت معظمها من صفة تمييز العلامة التجارية كمتطلب أساسي لإمكانية تسجيلها وطنياً ودولياً ومن ثم إضفاء الحماية القانونية عليها إلا أن ما يهيم الباحث - ولضرورات هذه الدراسة - اتفاقية باريس للملكية الصناعية لعام 1883م، وكذلك اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية

والمعروفة اختصاراً (بالتريس) ⁽¹⁾ هذه الأخير قد أعطت بعداً جديداً للمفهوم القانوني لتمييز العلامة التجارية كما سيرد بيانه في طيات هذه الدراسة.

لذا سيحاول الباحث تناول شرط تمييز العلامة التجارية من حيث مدى كونه لازماً في تحديد المفهوم القانوني للعلامات التجارية ابتداءً، وما هو المعيار الذي تبناه المشرع الليبي والاتفاقيات الدولية محل الدراسة لإضفاء صفة التمييز على العلامة التجارية؟ وهل يشمل شرط تمييز العلامة التجارية في القانون الليبي الأشكال المستحدثة من العلامات التجارية متى كانت على درجة من التمييز المقصود، وذلك مقارنة بالاتفاقيات محل الدراسة؟ وما مدى إمكانية تبني المعيار المستحدث لمفهوم التمييز والذي قالت به اتفاقية التريس؟.

كل هذه التساؤلات ستكون محل بحث في هذه الدراسة التي نقدمها من خلال خطة منهجية مقسمة إلى مطلبين : نخصص الأول منهما للحديث عن المقصود بالعلامة التجارية وبيان أهميتها، منطلقين في ذلك من المفهوم القانوني لشرط تمييز العلامة التجارية، ونخصص المطلب الثاني للحديث عن المفهوم القانوني لشرط التمييز، سواء في الفقه والقضاء، أو في القانون الليبي، مقارنة بالاتفاقيات الدولية محل الدراسة .

(1) تجدر الإشارة الى أن ليبيا انضمت إلى اتفاقية باريس بتاريخ 1976/05/04 م وذلك بموجب القانون رقم (40) لسنة 1976 أما بخصوص اتفاقية التريس فإن ليبيا لم تنضم - حتى تاريخ إعداد هذه الدراسة - إلى مفاوضات منظمة التجارة العالمية، ولعله يتم الانضمام إلى اتفاقية منظمة التجارة في المدى المنظور أو البعيد.

المطلب الأول

المقصود بالعلامة التجارية وأهميتها

لقد ارتأى الباحث أن يستهل هذه الدراسة بالحديث عن المقصود بالعلامة التجارية وأهميتها، وذلك توطئة للقارئ الكريم لفهم إشكالية هذه الدراسة، حيث سيكون من العسير الوقوف على فكرة تمييز العلامة التجارية ما لم نعلم ما المقصود بها ابتداءً، ثم الحديث عن أهميتها البالغة سواء للمستهلك أو للتاجر أو لمقدم الخدمة، فلولا هذه الأهمية لما حظيت العلامة التجارية بهذا التنظيم التشريعي المحكم، سواء على النطاق الوطني أو الدولي، ولما استحققت الحماية القانونية وطنياً ودولياً، ولما كان لشرط تمييز العلامة التجارية أي فائدة تذكر.

كما أن هناك علاقة وثيقة جداً بين موضوع هذه الدراسة ومجمل التعريفات التي أضفيت على العلامة التجارية، سواء في الفقه، أو القانون، أو الاتفاقيات الدولية، وهو ما سيتضح لنا جلياً عند تناول هذه التعريفات، حيث إن العلامة التجارية باعتبارها أداة لتمييز السلع والخدمات عن غيرها من السلع والخدمات المنافسة هو جوهر دراستنا وإشكاليته، لأن الحديث عن شرط تمييز العلامة التجارية إنما يجد أساسه في تعريف العلامة التجارية، ومن ثم يأتي الحديث عن مفهوم و معيار تمييز العلامة التجارية والذي يمثل جوهر هذه الدراسة كما سيرد بيانه.

لذا سيحاول الباحث - وبإيجاز غير مخل - تناول التعريفات المختلفة التي أضفيت على العلامة التجارية سواء في الفقه أو القانون أو في الاتفاقيات محل الدراسة (الفرع الأول) وتبيان الأهمية البالغة لنظام العلامات التجارية والفوائد المحققة والمرجوة منها (الفرع الثاني).

الفرع الأول : تعريف العلامة التجارية

لقد عرف الإنسان منذ فترة بعيدة فكرة العلامة التجارية، ولكن بصورتها البدائية - إن جاز لنا التعبير- ودون أن يضع لها تعريفاً معيناً، حيث عرفت المجتمعات القديمة استعمال الرموز والرسوم للتعبير عن فكرة العلامة التجارية منذ أربعة آلاف سنة قبل الميلاد، وهو ما أكدته الرسومات والجداريات القديمة التي وجدت محفورة أو منخوطة على النصب الحجرية للحضارات القديمة، حيث كان الفراعنة يقومون بوضع علامة على الماشية لتمييزها وهو ما يعرف (بالوسم)، وهو ما كان يستخدمه أيضاً عرب البادية قديماً، حيث كان لكل قبيلة علامة تميز مواشيها، ومن هذه العلامات رسم حلقة (دائرة) أو (هلال) أو غيرها من العلامات (1).

كما أن صناع الأواني الفخارية في بلاد الإغريق كانوا يميزون منتجاتهم بعلامات معينة ترمز إلى أسمائهم، كذلك الرومان استعملوا علامات خاصة لتمييز بضاعتهم، وإن كانت لا توجد أدلة على أن هذه العلامات والرموز كانت محمية في تلك الحقبة (2).

-
- (1) لمزيد من التفصيل انظر، صلاح زين الدين، العلامات التجارية وطنياً ودولياً - دار الثقافة للنشر، ط1، عمان، 2006 م، ص 24-25، عبد الفتاح بيومي، الملكية الصناعية في القانون المقارن، دار الفكر الجامعي، ط1، 2008م، ص3.
- (2) لمزيد من التفصيل أنظر، حميد محمد علي، الحماية القانونية لحقوق الملكية الفكرية، المركز القومي للنشر، ط1، 2011 م، ص 182، نوري حمو، الموسوعة العلمية في العلامات التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2007، ص10.

ثم في فترة لاحقة حدث تطور نسبي في مفهوم العلامة التجارية في العصور الوسطى، حيث إن الحرفيين رغم عدم الإلمام الكافي بقواعد القراءة والكتابة في تلك الحقبة المظلمة، إلا أنهم كانوا يستخدمون العلامات لتمييز سلعهم ومنتجاتهم من السيوف، أما في القرن الرابع عشر ومع ظهور ما يعرف بنظام الطوائف خصوصاً في فرنسا وإيطاليا، فكان وضع العلامات على المنتجات أمراً إلزامياً لتمييز منتجات كل طائفة عن غيرها من الطوائف، وكذلك بغية تحديد المسؤولية عن المنتجات الرديئة و مساءلة منتجها مدنياً.

وتجدر الإشارة إلى أنه في هذه الحقبة ظهر نوعان من العلامات: أحدهما يدل على الملكية، والآخر يدل على مصدر السلعة، وكان نظام الطوائف يفرض رسوماً على هذه العلامات، ومن يتخلف عن دفع الرسوم يتم إعدام سلعته أو منتجه، كما كان يشترط وضع علامة الصانع إلى جانب علامة الطائفة⁽¹⁾.

إلا إن ما نلاحظه بشأن هذه الفترة من تطور نظام العلامات التجارية هو عدم وضع تعريف للعلامة التجارية على الرغم من معرفة هذه المجتمعات لوظيفة وأهمية العلامات التجارية، باعتبارها تستعمل لتمييز السلع والمنتجات أي أن معرفتهم لشرط تمييز العلامة التجارية لم تكن بالمعنى الفني والقانوني الدقيق لهذا المفهوم في وقتنا المعاصر.

(1) لمزيد من التفصيل انظر، صلاح زين الدين، مرجع سابق، ص25، سميحة القليوبي - الملكية الصناعية، دار النهضة، ط 6، 2007م، ص445، عامر الكسوناني، التزوير المعلوماتي للعلامة التجارية، دار الثقافة للنشر، ط1، 2010، ص19 وما بعدها.

و بعد قيام الثورة الصناعية مع بدايات القرن التاسع عشر وما صاحبها من تطورات كبيرة في شتى مناحي الحياة، وخصوصاً في المجال الاقتصادي بدأ يتبلور التعريف القانوني للعلامة التجارية، وكانت هناك ضرورة عملية وقانونية ملحة لوضع تعريف جامع مانع لفكرة العلامة التجارية، وهو ما أظهرته محاولات الفقه القانوني لإيجاد تعريف للعلامة التجارية، والذي رسخته كذلك أغلب التشريعات والاتفاقيات الدولية المعنية بنظام العلامات التجارية.

حيث عرف جانب من الفقه العلامة التجارية بأنها " كل إشارة أو دلالة مميزة يضعها التاجر، أو الصانع، أو مقدم الخدمة على المنتجات التي يقوم ببيعها، أو صنعها، أو الخدمات التي يقدمها لتمييز هذه المنتجات عن غيرها من السلع والخدمات المماثلة " (2) كما عرفها البعض الآخر بأنها " كل ما يتخذ من تسميات، أو رموز، أو أشكال توضع على البضائع التي يبيعها التاجر، أو يصنعها المنتج، أو يقوم بتوزيعها لتمييزها عن بقية المبيعات، أو المصنوعات، أو الخدمات " (3).

(2) سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص448، وبذات المعنى انظر، نوري أحمد، شرح قواعد الملكية الفكرية، دار وائل للنشر، ط1، 2005م، ص265، محمد حسني عباس، الملكية الصناعية، دار النهضة، 1981م.

(3) سمير جميل الفتلاوي، الملكية الصناعية، دار المطبوعات، 1988م، ص253، وفي ذات المعنى، أنظر. عبد الله حسين، المرجع السابق، ص135، محمد مصطفى عبد الصادق، الحماية القانونية للعلامات التجارية إقليمياً و دولياً، دار الفكر والقانون، ط1، 2011م، ص27.

وذهب البعض الآخر إلى تعريف العلامة التجارية بأنها ⁽¹⁾ «إشارة توسم بها البضائع والسلع والمنتجات والخدمات تمييزاً لها عما يماثلها من بضائع وسلع وخدمات» (1).

وما يلاحظه الباحث بخصوص التعريفات الفقهية للعلامة التجارية، أن هذه التعريفات متقاربة تنطلق من كون العلامة التجارية تمثل الأداة الفعالة التي يمكن من خلالها تمييز البضائع، أو المنتجات، أو الخدمات عن غيرها من المنتجات والخدمات المنافسة، كما أن هذه التعريفات في مجملها تؤكد على ضرورة شرط تمييز العلامة التجارية الذي يمثل جوهر نظام العلامات التجارية، باعتباره المنطلق الأساسي في تحديد مفهوم العلامة التجارية.

أما بخصوص المشرع الليبي، فقد عرف العلامة التجارية في المدونة التجارية⁽²⁾، حيث نصت المادة (1228) على أنها «كل ما يميز منتجاً، أو خدمة عن غيره، ويشمل على وجه الخصوص الأسماء المتخذة شكلاً مميزاً، أو الإمضاءات، والكلمات، والحروف، والأرقام، والرسوم، والرموز والأسماء التجارية، والدمغات، والأختام، والتصاوير، والنقوش البارزة، ومجموعة الألوان التي تتخذ

(1) نعيمة علوش، العلامات التجارية في مجال المنافسة، دار الجامعة الجديدة، ط1، 2013م، ص14، وفي ذات المعنى، مصطفى موسى العطيات، حماية العلامات التجارية إلكترونياً، دار وائل للنشر، ط1، 2011م، ص115، محمود مختار بريري، قانون العلامات التجارية، الجزء الأول، دار النهضة، ط1، 2005، ص236.

(2) القانون رقم (23) لسنة 2010م بشأن النشاط التجاري، المنشور في مدونة التشريعات في 2010/8/21م، ع12، ص726.

شكلاً خاصاً ومميزاً، ويجوز أن تكون العلامة التجارية مركبة من أكثر من عنصر من العناصر المذكورة، كما يجوز أن تكون علامة صوتية⁽¹⁾.

ومن خلال هذا النص، يتضح لنا أن المشرع الليبي قد وسع في مفهوم العلامة التجارية، ليشمل العلامة الصناعية التي يستخدمها المنتج لتمييز منتجاته التي ينتجها، وعلامة الخدمة التي يستخدمها مقدم الخدمات لتمييز خدمته عن منافسيه، بالإضافة إلى العلامة التي يضعها التاجر على السلع التي يقوم بتسويقها، متى كانت هذه العلامة على درجة من التفرد و التمييز الذي من شأنه أن يميز المنتجات والسلع والخدمات عن غيرها من المنتجات والخدمات المنافسة، سواء كانت العلامة التجارية في شكل رسم، أو رمز، أو رقم، أو غيرها من الأشكال التي عدتها المادة (1228).

كما أنه من مظاهر حسن الصياغة القانونية في نص المادة (1228)، أنها جاءت أكثر تفصيلاً ووضوحاً بالمقارنة مع نصوص قانون العلامات التجارية (الملغي) وهو ما يظهر جلياً في الاعتراف بالعلامة التجارية متى كانت تتكون من مجموعة من الألوان التي تتخذ شكلاً مميزاً، أو كانت مركبة من أكثر من عنصر من العناصر التي عدتها المادة المشار إليها، أي (من اسم، أو كلمة، أو رقم، أو حرف أو رمز..... الخ).

فالعلامة التجارية قد تكون عبارة عن مجموعة من الحروف ومثالها العلامة التجارية (T.W.A) التي تميز شركة الطيران الأمريكي والحروف (S.A.S) والتي تميز شركة الطيران الإسكندنافية، وكذلك الحروف (B.M.W) والتي تميز نوعاً معيناً من السيارات الألمانية، وكذلك العلامة (L.M) التي تميز نوعاً من

السجائر كما أن العلامة التجارية قد تتكون من مجموعة أرقام ومثالها العلامة التجارية (555) التي تميز نوعاً من العطور.

كما يمكن أن يكون شكل العلامة التجارية مزيجاً بين مجموعة من الحروف والأرقام، ومثاله العلامة التجارية (Dtut33) لتمييز نوع من العطور، والعلامة التجارية (up7) لتمييز نوع من المشروبات الغازية، وكذلك العلامة التجارية (signal2) لتمييز نوع معين من معاجين تنظيف الأسنان، وقد تكون العلامة التجارية عبارة عن كلمة معينة، ومثال ذلك العلامة التجارية (MARIAGE) لتمييز نوع معين من مساحيق تجميل البشرة.

كما أن العلامة التجارية قد تأتي في شكل رمز معين، ومثاله استعمال رسم الجمل لتمييز نوع من المشغولات الذهبية، وكذلك رسم الجوهرة لتمييز نوع من السيراميك، ورسم الأسد لتمييز نوع من السيارات⁽¹⁾.

كما أن عمومية نص المادة (1228) يمكن أن تشمل وفقاً لرأي الباحث العديد من أشكال العلامات التجارية الأخرى المستحدثة، كعلامة الرائحة، وعلامة الطعم والتي تعتمد على حاستي الشم والتذوق، فلا يوجد ما يمنع من حماية هذا النوع من العلامات التجارية في ليبيا متى توافرت الإمكانيات التقنية لذلك ومتى كانت هذه العلامات متميزة وجديدة ومشروعة .

(1) لمزيد من التفصيل انظر، عبد الله حسين، مرجع سابق، ص 147 وما بعدها، نوري حمد، مرجع سابق، ص 275 وما بعدها، محمد مصطفى عبد الصادق، مرجع سابق، ص 60 وما بعدها، صلاح زين الدين، مرجع سابق، ص 80 وما بعدها.

وتجدر الإشارة إلى أن بعض الدول المتقدمة لديها الإمكانيات الفنية والتقنية لتسجيل الأنواع المستحدثة من العلامات التجارية، ففي الولايات المتحدة تم تسجيل علامة تجارية عبارة عن (رائحة أزهار) الذي يذكر بتفتح زهرة (بلومريا) استعملت لتمييز نوع من خيوط الغزل والتطريز (TTTAB1990).

وفي أوروبا تم تسجيل علامة تجارية عبارة عن رائحة أزهار لتمييز سائل تلميع الأثاث المنزلي، وكذلك تم تسجيل رائحة العشب لتمييز بعض كرات التنس، كما تم تسجيل علامة طعم واحدة - على حد علم الباحث - وذلك في دول (BENELUX) وهي دول هولندا وبلجيكا ولكسنورج، وهذه العلامة هي طعم (العرق سوس) لتمييز نوع معين من الوجبات الغذائية⁽¹⁾.

ومن ثم فإنه خلال نص المادة (1228)، يتبين لنا أن المشرع الليبي قد وسّع من مفهوم أشكال العلامات التجارية بالمقارنة بقانون العلامات التجارية (الملغي)⁽²⁾، حيث إن أشكال العلامات التجارية في المدونة التجارية قد جاء على سبيل المثال لا الحصر، بحيث يشمل بالإضافة إلى أنواع العلامات المذكورة

(1) زيد من التفصيل انظر، حميد محمد علي، مرجع سابق، ص198-199، سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص462-463، محمد حسام لطفي، تأثير اتفاقية الترس على البلدان النامية، دار النهضة، ط1، 1991، ص9.

(2) قانون العلامات التجارية الليبي رقم (40) لسنة 1956م، والذي تم إلغاؤه بموجب القانون رقم (23) لسنة 2010م المعمول به حالياً، وتجدر الإشارة إلى أن نص المادة (1) في القانون الملغي قد عدت هي الأخرى أشكال العلامات التجارية على سبيل المثال لا الحصر، إلا أنها لم تنص صراحة على علامات الصوت كما هو الحال في المدونة التجارية الجديدة والتي كانت أكثر تفصيلاً وتوفيقاً.

أنواعاً أخرى قد يسفر عنها التطور المستقبلي في العلامات التجارية من غير ما تم ذكره كالعلامات التجارية التي تعتمد على حاسة (التذوق أو الشم).

ومن جانب آخر يرى الباحث بأن المشرع الليبي خيراً فعل باعترافه الصريح بعلامات الصوت وكنا نتمنى على المشرع الليبي لو أنه كان أكثر وضوحاً وتفصيلاً بأن أدخل علامات الطعم والرائحة ضمن نص المادة (1228) لمواكبة التطور الحاصل في مجال العلامات التجارية، هذا مع تأكيدنا على أن نص المادة (1228) جاء شاملاً لهذا النوع من العلامات بفضل عمومية النص، وكونه وارداً على سبيل المثال لا الحصر، وذلك بعكس ما يوحى به ذيل المادة (1228) والذي جاء فيه (... كما يجوز أن تكون العلامة صوتية) والذي قد يفهم منه بأن المشرع الليبي لا يعترف إلا بالعلامات ذات التمييز البصري أو السمعي فقط. لذا فإن الباحث يرى بإمكانية شمول أية أشكال تستجد من العلامات التجارية مستقبلاً بشرط أن يكون شكل العلامة المراد تسجيلها على درجة من التمييز والتفرد وضرورة توفر الإمكانات التقنية لتسجيل هذا النوع من العلامات.

ومن الأمثلة على العلامات الصوتية ما تم في الولايات المتحدة الأمريكية من تسجيل لعلامة تجارية صوتية هي عبارة عن صوت الأسد المصاحب لشركة أفلام (MGM) كما أنه في نيوزيلاندا تم تسجيل علامة صوتية لشركة (UNIWWER) وهي عبارة عن صوت الأظافر عند احتكاكها بالأواني المعدنية، كما قامت شركة

نوكيا للهاتف المحمول بتسجيل علامة تجارية صوتية هي عبارة عن نغمة موسيقية لتمييز أجهزة الهاتف النقال التي تنتجها هذه الشركة⁽¹⁾.

أما بخصوص تعريف العلامة التجارية في اتفاقية التربس فقد كان ذلك بموجب المادة (1/15)، حيث نصت على أنه " تعتبر أي علامة، أو مجموعة علامات تسمح بتمييز السلع والخدمات التي تنتجها منشأة ما، عن تلك التي تنتجها المنشآت الأخرى صالحة لأن تكون علامة تجارية...".

وبالتمعن في التعريف الذي أورده هذه الاتفاقية، نلاحظ أنها قد وسعت هي الأخرى في مفهوم العلامة التجارية، لكي تستوعب بالإضافة إلى العلامات التجارية التقليدية - أي تلك التي تعتمد التمييز البصري و السمعي - العلامات التجارية المستحدثة كتلك المتعلقة بالشم، أو التذوق وذلك لإضفاء أكبر قدر من الحماية الدولية لمختلف أنواع العلامات التجارية، متى كانت تتمتع بصفة التمييز الذي من شأنه أن يميز بين مختلف السلع والمنتجات والخدمات، وذلك بأن يجذب انتباه جمهور المستهلكين إلى سلعة، أو منتج معين دون غيره فيقوموا بشراؤه دون سواه، وهو ما يفهم من نص المادة (1/15) المشار إليها آنفاً.

وذلك على الرغم من أن الاتفاقية قد أجازت للدول الأعضاء أن تشترط لتسجيل العلامة التجارية أن تكون هذه العلامة قابلة للإدراك بالنظر وهو ما نقرأه

(1) مزيد من التفصيل انظر، حميد محمد على، مرجع سابق، ص 198 وما بعدها، سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 462 وما بعدها، محمد مصطفى عبد الصادق، مرجع سابق، ص 65.

في ذيل المادة (1/15) من هذه الاتفاقية، والذي جاء فيه ((...كما يجوز لها اشتراط ان تكون العلامة المزمع تسجيلها قابلة للإدراك بالنظر كشرط تسجيلها...)) ويبدو للباحث من خلال هذا النص أن اتفاقية الترس قد راعت بذلك أوضاع الكثير من الدول الأعضاء التي تفتقد التقنية اللازمة لإتمام عملية تسجيل هذا الأشكال من العلامات التجارية الجديدة.

وفي هذا الصدد يذهب الباحث إلى القول بأن اتفاقية الترس أبدت حرصاً كبيراً على ضرورة توفير الحماية الدولية للعلامات التجارية، سواء كانت علامات تسويقية أو إنتاجية أو خدمية، بصرف النظر عن شكل العلامة التجارية محل الحماية فالمهم أن تكون العلامة قادرة على تمييز السلع والخدمات عن غيرها من السلع والخدمات المنافسة.

فالعبارة هنا بكون العلامة تتفرد من حيث شكلها ومظهرها، سواء كان هذا الشكل أو المظهر يدرك بالبصر أو السمع أو التذوق أو الشم، متى توافرت الإمكانيات التقنية القادرة على تسجيل هذا النوع من العلامات في الدول المضيفة للعلامة، وخصوصاً أشكال العلامات التجارية المعتمدة على حاسة التذوق أو الشم.

كما أنه بالتعمن في نص المادة (1/15) من اتفاقية الترس فإن الباحث يرى بأن هدف هذه الاتفاقية هو توفير الحماية الدولية للعلامات التجارية، وخصوصاً إذا علمنا بأن أغلب العلامات التجارية المتداولة في السوق العالمية يملكها مستثمرون ينتمون بجنسياتهم إلى الدول المتقدمة، وهذه الأخيرة كانت وراء إبرام ما يسمى باتفاقية منظمة التجارة العالمية التي تهدف في حقيقتها إلى دعم المصالح التجارية للدول الرأسمالية التي تسيطر على الاقتصاد العالمي.

لذا جاءت نصوص اتفاقية التبرس في مجال العلامات التجارية ذات صياغة عامة وفريدة، تسمح بدخول مختلف العلامات التجارية ضمن إطار الحماية الدولية، وهو ما نلاحظه من خلال نص المادة (1/15) حيث إن الاتفاقية على الرغم من حرصها على توفير الحماية الدولية للعلامات التجارية متى كانت قادرة على تمييز السلع والخدمات وبغض النظر عن الشكل الذي تتخذه العلامة، فإنها أجازت للدول الأعضاء اشتراط أن تكون العلامة قابلة للإدراك بالنظر كشرط تسجيلها، بمعنى جواز استبعاد تسجيل العلامات التجارية ذات التمييز الصوتي (أي السمعي) أو تلك المعتمدة على حاستي التذوق والشم.

وفي هذا الصدد يذهب جانب من الفقه إلى أن اتفاقية التبرس وعلى الرغم من توسعها في مفهوم العلامة التجارية فإن واضعي هذه الاتفاقية يدركون بأنه من الناحية العملية ربما لا يكون بالإمكان تسجيل بعض الأنواع المستحدثة من العلامات التجارية غير المدركة بالنظر، لأن تسجيل مثل هذا النوع من العلامات وعلى الرغم من توافر شرط التمييز فيها - تتطلب إمكانيات تقنية وفنية كبيرة لإمكانية فحص هذه العلامات، ومن ثم فإن إمكانية تسجيلها لا تتوافر عند العديد من الدول الأعضاء، وخصوصاً الدول النامية، لذلك أجازت الاتفاقية للدول الأعضاء رفض تسجيل العلامات التجارية التي لا تدرك بحاسة النظر.⁽¹⁾

(1) مزيد من التفصيل انظر سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 462، حميد محمد علي، مرجع سابق ص 198 وما بعدها.

ويرى الباحث بأن اتفاقية التربس خيراً فعلت تركت مسألة تسجيل هذا النوع من العلامات التجارية الحديثة إلى الدول الأعضاء بشكل جوازي دون أي إلزام، ويبدو أن هذا المسلك من الاتفاقية يأتي في إطار محاولتها لحشد المزيد من تأييد الدول للانضمام إليها، وفي ذات الوقت تقديراً من هذه الاتفاقية لظروف بعض الدول الأعضاء، وخصوصاً النامية منها، والتي لا تمتلك القدرة التقنية والفنية لتسجيل هذا النوع من العلامات التجارية، وإمكانية اكتفاء هذه الدول بتسجيل العلامات التجارية القابلة للإدراك بطريق النظر فقط دون غيرها من العلامات التجارية الأخرى.

الفرع الثاني : أهمية العلامة التجارية

تتمتع العلامة التجارية في وقتنا الحاضر بأهمية بالغة، وخصوصاً مع التطور الكبير الذي شهده عالم التجارة والصناعة الذي خلف مناخاً خصباً لقيام المنافسة التجارية بين التجار، وتسابقهم في تسويق منتجاتهم أو سلعهم المختلفة، أو الترويج للخدمات التي يقدمونها لعموم الجمهور، الأمر الذي يتطلب أن توسم هذه السلع والخدمات بعلامة ذات تمييز في مظهرها الخارجي، وذلك لجذب أكبر عدد من المستهلكين لاقتناء هذه المنتجات أو ارتياد هذه الخدمات.

ومن مظاهر أهمية العلامة التجارية في العصر الحديث، أنها تدعم وتساعد على إنجاح المشروعات الاقتصادية، باعتبارها وسيلة المشروع التجاري للمنافسة مع غيره على المستوى الوطني والدولي على حد سواء، من حيث جذب العملاء، ومن ثم تحقيق العوائد الربحية وهو عماد التجارة الدولية.

كما أن العلامة التجارية تعد قيمة حقيقية تضاف إلى قيمة المحل التجاري، نظراً للانتشار الواسع لاستعمال العلامات التجارية، واتصالها بالحياة التجارية أكثر من غيرها، من حقوق الملكية الصناعية، وذلك بسبب احتدام المنافسة بين التجار وقيام المستهلك بالشراء، اعتماداً على جودة المنتج، أو الخدمة المقدمة مما يتطلب استخدام علامة تجارية مميزة لهذه السلع والخدمات تشد انتباه هؤلاء المستهلكين إليها⁽¹⁾.

هذا بالإضافة إلى أن من شأن استعمال العلامات التجارية على نطاق واسع، أن يدعم - وبشكل إيجابي - الاقتصاد الوطني، من خلال زيادة الأنشطة التجارية في السوق المحلي، مما يؤدي بدوره إلى وفرة الإنتاج، وزيادة في إيرادات الخزينة

(1) لمزيد من التفصيل انظر، عبد الله حسين، مرجع سابق، ص 140-142، وفي ذات المعنى انظر، صلاح زين الدين، مرجع سابق، ص 42، قاسم محمد صالح، دور التصميم الصناعي في الصناعة الحديثة، مجلة اليرموك، ع3، 1995م، ص 24.

العامة للدولة، وتحسين مستوى المعيشة للفرد، وخلق لفرص العمل مما يحارب انتشار البطالة⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن أهمية العلامة التجارية، تكمن كذلك في كونها أداة لازمة بالنسبة للتاجر، أو المنتج، أو مقدم الخدمة لتمييز منتجاته، أو خدماته عن المنتجات والخدمات المنافسة، فهي ذات فائدة كبيرة بالنسبة لكل هؤلاء.

كما أن للعلامة التجارية أهميتها بالنسبة للمستهلك أيضاً، لأنها تمكنه من معرفة نوعية وجودة السلعة، أو المنتج الذي يرغب في شرائه من السوق، والابتعاد عن المنتجات، أو الخدمات الرديئة، وبالتالي فإن المستهلك وبمجرد أن يلقي نظرة على علامة المنتج، أو السلعة، حتى يعرف مدى جودتها وشهرتها، وذلك كله بفضل استعمال العلامات التجارية⁽²⁾.

هذا بالإضافة إلى أن أهمية العلامة التجارية، تظهر جلياً من خلال إذكائها لروح المنافسة المشروعة بين عموم التجار ومقدمي الخدمات، وذلك بحثهم على تحسين جودة ما يقدمونه للجمهور لتحقيق شهرة علاماتهم التجارية سعياً إلى كسب ثقة المستهلك، وهذا كله سيعود بالنفع ولاشك على عموم المستهلكين الذين سيقدمون على شراء سلعة ذات جودة عالية.

(1) لمزيد من التفصيل انظر عبد الله حسين، مرجع سابق، ص142، مصطفى موسى العطيّات، مرجع سابق، ص121 وما بعدها.

(2) صلاح زين الدين، مرجع سابق، ص42، مسلم أبو عواد، الحماية المدنية للعلامات التجارية، منشورات الجامعة الأردنية، 2007م، ص26.

وبالتالي، فإن الاعتداء على العلامة التجارية بأي شكل كان سواء بالتقليد، أو التزوير، أو غيرهما من الممارسات غير المشروعة، من شأنه أن يلحق الأضرار الجسيمة بالتاجر والمستهلك على حدٍ سواء، حيث إن التاجر سيمنى بخسائر مالية كبيرة، نتيجة للمنافسة غير المشروعة، ويلحق الضرر بعلامته التجارية، فتتضرر مصالحه وسمعته التجارية على حساب منتج مقلد، أو مزور، ناهيك عما يتركه من انطباع سلبي في ذهن المستهلك من الشك والريبة في كونه يشتري المنتج الأصلي أو المقلد والمزور.⁽¹⁾

وفي ذات الوقت، فإن أعمال المنافسة غير المشروعة في مجال العلامات التجارية، يلحق الضرر بجمهور المستهلكين، كما سبق وأن أشرنا فإن شراء سلعة مقلدة، أو مزورة، بنفس سعر السلعة الأصلية، يلحق ضرراً مادياً بالمستهلك، كما قد يتعداه إلى إلحاق الضرر بصحة المستهلك، إذا ما كنا نتحدث عن تقليد وتزوير العلامات التجارية في مجال الأدوية، أو الأغذية.

هذا بالإضافة إلى أثر المنافسة غير المشروعة في مجال العلامات التجارية على فرص الاستثمار الأجنبي في الدولة المضيفة للاستثمارات، حيث إن الشركات التجارية الكبرى لن تستثمر في مناخ اقتصادي يستشري فيه التقليد والتزوير للعلامات التجارية.

(1) مزيد من التفصيل انظر، عبد الله حسين، المرجع السابق، ص 142 صلاح سلمان الأسمر، العلامة التجارية في القانون المصري والأردني، التوفيق للطباعة، ط 1، 1990م، ص 24.

وعلى الرغم من الأهمية الكبيرة للعلامة التجارية في الحياة الاقتصادية، فإن البعض⁽¹⁾ يرى بأن هناك سطوة اقتصادية للعلامات التجارية الأجنبية، تؤدي إلى تأثر المستهلك بمثل هذا النوع من العلامات، ومن ثم يقدم على شراء منتجات وسلع هو ليس بحاجة إليها فعلياً، مما يبديد مدخراته المادية.

كما أن من شأن التنافس في مجال العلامات التجارية أن يؤدي من الناحية العملية إلى تغليب سلعة معينة، أو خدمة معينة، على غيرها من السلع والخدمات المنافسة، على الرغم من كون هذه الأخيرة أكثر جودة من الأولى، وخصوصاً في الدول النامية التي تعاني من سطوة الدعاية الإعلامية والإعلانية للعلامات التجارية الأجنبية، والتي تضر ببعض العلامات التجارية الوطنية التي تحاول أن تنافس في السوق الوطني، فيقدم المستهلكون الوطنيون على شراء المنتج صاحب العلامة التجارية الأجنبية، ويعزفون عن شراء المنتج الوطني عالي الجودة تأثراً منهم بالإعلانات الدعائية.

ومما تقدم فإن الباحث يرى أن أهمية العلامة التجارية تعتمد في حقيقتها على مدى قدرة هذه العلامة في توفير التمييز المطلوب للسلعة أو المنتج أو الخدمة التي تستخدم هذه العلامة، بالمقارنة بغيرها من المنتجات والخدمات المنافسة في السوق التجاري، فمتى كانت للعلامة التجارية ذاتية خاصة ومظهر

(1) نوري حمد، مرجع سابق، ص 270، وبذات المعنى انظر، صلاح الدين الناهي، الوجيز في الملكية الفكرية، دار الفرقان للنشر، 1990 م، ط 1، ص 234، عبد الله حسين، مرجع سابق، ص 142.

فريد في جذب عموم المستهلكين إلى هذه السلعة، أو الخدمة، ازدادت أهميتها والحاجة إليها.

ناهيك إذا علمنا بأن صفة تمييز العلامة التجارية هي التي أعطت هذا الزخم الكبير لنظام العلامات التجارية وهذه الأهمية البالغة، الأمر الذي استحققت بموجبه العلامة التجارية شرف الحماية القانونية الوطنية والدولية.

المطلب الثاني

مفهوم شرط تمييز العلامة التجارية

لكي تؤدي العلامة التجارية دورها في الحياة التجارية، لا بد أن تكون لها القدرة التنافسية على تمييز المنتجات والسلع والخدمات التي تمثلها هذه العلامة عن غيرها من المنتجات والخدمات المنافسة في المجال التجاري، لذا حاول الفقه والقضاء البحث في مفهوم شرط تمييز العلامة التجارية (الفرع الأول)، هذا وقد حرص المشرع الليبي في المدونة التجارية على النص على شرط تمييز العلامة التجارية، باعتباره أحد الشروط الموضوعية للعلامة التجارية (الفرع الثاني)، كما أن مفهوم شرط التمييز في العلامة التجارية كان حاضراً في الاتفاقيات الدولية النازمة لموضوع العلامات التجارية (الفرع الثالث).

الفرع الأول : شرط تمييز العلامة التجارية في الفقه والقضاء

لعلّ من نافلة القول وقبل الخوض في المفهوم القانوني لشرط تمييز العلامة التجارية، أن نشير إلى القاعدة العامة التي ترسي مبدأ حرية التاجر، أو المنتج، أو مقدم الخدمة، في اختيار علامته التجارية التي يطمح من خلالها أن تؤدي المهمة

الأساسية للعلامة التجارية وهي تمييز السلع والخدمات بما يحقق جذب انتباه واهتمام جمهور الزبائن إلى السلعة، أو المنتج، أو الخدمة التي يقدمها التاجر لهؤلاء الزبائن، وذلك ترسيخاً لمبدأ المنافسة المشروعة بين التجار، ومن ثم الإقبال على شرائها دون أدنى لبس أو غموض في هويتها.

فالحرية للتاجر في أن يختار أي علامة تجارية تناسبه وتتناسب والعمل التجاري الذي يؤديه، متى كانت هذه العلامة قد استوفت شرط التمييز المقصود، بالإضافة إلى كونها جديدة ومشروعة، بالتالي فإنه لا إلزام على التاجر في اختيار العلامة التجارية لمنتجه، أو سلعته، أو خدمته، وإنما هو أمر اختياري، وهو ما أكدته في هذا الصدد حكم المحكمة العليا الليبية⁽¹⁾، بشأن إرساء مبدأ الحرية في اختيار العلامة التجارية والذي جاء فيه " أن سرد أشكال العلامات التجارية، جاء على سبيل المثال لا الحصر، وعلى ذلك فإن المشرع إذا لم يحصر الأشكال التي يمكن أن تتخذها العلامات التجارية فإنه قد جعل الأصل أن لكل صاحب شأن أن يشكل علامته التجارية كما يشاء، ولا قيد على حريته في هذا الخصوص وتلزم حمايته.. "

هذا بالنسبة لموقف القضاء الليبي والذي كان واضحاً في إعطاء التاجر الحرية المطلقة في اختيار علامته التجارية من عدمه.

(1) حكم المحكمة العليا الليبية، طعن إداري، رقم (19/4)، بتاريخ 10/1/1974م، منشور في مجلة المحكمة العليا، ع3، لسنة 1974م، ص47 وما بعدها.

أما بخصوص اشتراط توافر الصفة المميزة في العلامة التجارية، فذلك يعد من دعائم نظام العلامات التجارية، ومحل اتفاق بين العديد من التشريعات في دول كثيرة، بل محل اتفاق في الاتفاقيات المعنية بنظام العلامات التجارية عموماً. لذا فإن الحديث عن مسألة تحديد معيار لتمييز العلامة التجارية من عدمه، أمر يجب أن يخضع لمعايير منضبطة ودقيقة، وينبغي لتحديد ذلك انتهاج أسلوب متوازن، يراعى فيه النظر إلى كافة مكونات وعناصر العلامة التجارية مجتمعة، وإلى طبيعة السلعة التي تمثلها العلامة، أو طبيعة الخدمة التي تقدم لجمهور الزبائن، وكذلك إلى الظروف التي تتصل بكل سلعة، أو خدمة على حدة، وبالنظر أيضاً إلى مدى الوعي الذي يتمتع به المستهلك واهتمامات الأشخاص المنافسين في ذات المجال التجاري.

وحيث إن صفة التمييز في العلامة التجارية كما يرى جانب من الفقه⁽¹⁾ إنما يقصد بها، أن يكون للعلامة التجارية مظهر خارجي خاص بها، يعطيها ذاتية خاصة مميزة تمنع من الخلط بينها وبين العلامات التجارية الأخرى المنافسة لها، وتجعل من السهل على عموم المستهلكين معرفتها، كأن يتم رسمها بشكل زخرفي يعطيها جمالية مميزة، أو كتابتها بالخط الفارسي، أو يتم حفرها، أو

(1) لمزيد من التفصيل انظر، محمد عبد الرحمن الشمري، حماية العلامة التجارية في ضوء اتفاقية التربس، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2004م، ص166، وفي ذات المعنى انظر، حميد محمد علي، مرجع سابق، ص195 صلاح زين الدين، مرجع سابق، ص96، محمد سلمان محمد، الحماية المقررة للعلامات التجارية في القانون المصري واتفاقية التربس، دار الإسراء للنشر، ط1، 2011م، ص23.

صبتها بشكل بارز ومميز لذا فإن العلامة المجردة من أي صفة مميزة لا تعد علامة تجارية قابلة للتسجيل، ومن ثم لا تحظى بالحماية القانونية المقررة. ولهذا فإن استعمال علامة تجارية عبارة عن شكل شائع ومألوف (كصورة رجل يركب حصاناً)، أو رسم هندسي عادي (كالدائرة أو المربع أو المثلث)، تفقد العلامة التجارية صفة التمييز.

وفي هذا الصدد يذهب أستاذنا الدكتور محمد الجيلاني البدوي، إلى أن العلامة التجارية ما وجدت إلا لاستخدامها في تمييز السلع، والمنتجات، والخدمات، عن غيرها من المنتجات، والخدمات المنافسة، ومن ثم لا بد أن تتمتع العلامة التجارية بالأصالة والانفراد في مظهرها العام، وعدم الاكتفاء بمجرد كلمات وعبارات عامة، أو ألفاظ نوعية، أو وصفية لا تصلح لأن تكون محلاً للعلامة التجارية، لأن ذلك يعد احتكاراً لعبارات وكلمات شائعة الاستعمال لدى عموم التجار.⁽¹⁾

ويذهب جانب آخر من الفقه⁽²⁾ إلى القول بأن المعيار في تحديد مدى تمييز العلامة التجارية، وقدرتها على أن تميز السلع والخدمات التي تمثلها يجب أن ينطلق من النظرة العامة إلى العلامة التجارية بكافة عناصرها، ومكوناتها مجتمعة

(1) محمد الجيلاني البدوي، قانون النشاط الاقتصادي، المبادئ العامة، شركة المناهج للطباعة والنشر، ط1، 2013م، ص310.

(2) لمزيد من التفصيل أنظر، حميد محمد علي، مرجع سابق، ص195، محمد عبد الرحمن الشمري، مرجع سابق، ص167.

لا بالنظر إلى جزء معين منها على حدة، والذي قد يكون مشابهاً مع أحد أجزاء علامة تجارية منافسة أخرى، أي لا يجب تجزئة العناصر والمكونات التي تكوّن بيان العلامة التجارية، كالنظر إلى لون معين، أو حرف معين أو شكل معين من العلامة، بل يجب أن ينظر إلى العلامة كجسم واحد غير قابل للتجزئة، للحكم بوجود صفة التمييز المرجوة.

وهذا ما أكدته كذلك المحكمة العليا الليبية في أحد أحكامها، والذي نقرأ فيه « أن العلامة التجارية متى كانت مركبة من عدة عناصر، كانت العبرة في توافر الصفة المميزة للعلامة، أن تبرز العلامة منظوراً إليها نظرة إجمالية لتعبر تعبيراً خاصاً مميزاً، بغض النظر عما إذا كانت بعض العناصر التي تتكون منها العلامة شائعاً، أو مألوفاً، فالعبرة بالخاصية المميزة وهي بالنظر الإجمالي العام وما يوحي به من تعبير متميز، وليست العبرة بالعناصر الجزئية منظوراً إلى كل منها على حدة» (1).

وفي ذات الاتجاه قضت محكمة النقض المصرية (2) بأنه « ليس الفيصل في التمييز بين العلامتين هو احتواء العلامة على حروف أو رموز مما تنطوي عليه العلامة الأخرى، وإنما العبرة بالصورة العامة التي تنطبع في الذهن نتيجة لتركيب

(1) حكم المحكمة العليا الليبية، طعن إداري، رقم (19/4)، بتاريخ 1974/1/10م، منشور في مجلة المحكمة العليا، ع3، لسنة 1974، ص47.

(2) حكم محكمة النقض المصرية نص رقم (6611) جلية -18 - إبريل - 2000م، منشور في مجموعة أحكام النقض السنة السادسة عشرة، ع1، 2001 م، ص1050.

هذه الصور أو الرموز أو الشكل الذي تبرز به في علامة أخرى بصرف النظر عن العناصر المركبة فيها وعمّا إذا كانت الواحدة منها تشترك في جزء أو أكثر مما تحتويه الأخرى..”

كما أنه وفي إطار البحث عن المفهوم القانوني لصفة التمييز في العلامة التجارية، يجب التركيز على مسألة مدى تأثير العلامة في جمهور المستهلكين، ومدى قوة الصورة التي ارتسمت للعلامة بصورتها الكاملة في أذهانهم، ومدى إثارة هذه العلامة للخلط، أو اللبس لديهم بخصوص أي علامات تجارية منافسة. حيث يذهب البعض⁽¹⁾ إلى أنه لا يوجد ما يمنع من تسجيل العلامة التجارية، ومن ثم توفير الحماية الدولية والوطنية لها، متى كان لها طابع خاص مميز حتى لو كانت تتشابه، أو تطابق علامة تجارية أخرى مسجلة ومحمية، متى كانت هذه الأخيرة تميز سلعة، أو منتجاً، أو خدمة غير منافسة، في أي مجال آخر من مجالات التجارة مخالف لما تستخدم فيه العلامة الأولى، وذلك لانتفاء الحكمة المتمثلة في رفع اللبس، أو الخلط، أو التضليل للمستهلك، أو الزبون لاختلاف السلعة، أو المنتج الذي تغطيه كلتا العلامتين.

فمثلاً علامة (كوداك) التي تميز منتج الأفلام التصويرية، يمكن استخدامها لتمييز منتج آخر (كساعات اليد).

(1) حميد محمد علي، مرجع سابق، ص 197، محمد عبد الرحمن الشمري، مرجع سابق، ص 166 وما بعدها.

كما أن من الفقه⁽¹⁾ من يرى بأن شرط تمييز العلامة التجارية، إنما يقصد به أن تكون العلامة غير شائعة الاستعمال، بأن تكون لها ذاتية خاصة لمنع وقوع العملاء في لبس، أو غموض، بشأن السلع والخدمات التي تمثلها العلامة التجارية مع علامة تجارية أخرى منافسة أو قريبة بالنسبة لها.

وبالتالي يجب أن يكون للعلامة التجارية مظهرٌ خارجيُّ ذو صفة فارقة وقابلة للإدراك، وإلا فإن العلامة التجارية لا يجوز تسجيلها، وتكون غير جديرة بالحماية القانونية المقررة لغيرها من العلامات.

وبالتالي يتضح لنا بأن العلامة التجارية التي تتكون من كلمات، أو عبارات وصفية، تكون خالية من شرط التمييز وهذا ما قضت به محكمة العدل العليا الأردنية⁽²⁾ بقولها: ((إذا كان شكل العلامة التجارية المطلوب تسجيلها هي نتاج صناعي ذات شكل عام وشائع الاستعمال ولم تكن ذات علامة مميزة وفارقة على شكل يكفل تمييز بضائع صاحبها عن بضائع غيره من الناس، فيحق لمسجل العلامات التجارية رفض تسجيلها)).

وكذلك متى كانت العلامة التجارية عبارة عن تسمية جرى العرف التجاري السائد إطلاقها على المنتجات، أو على البيانات الدالة على نوع المنتجات مثل كلمة (نباتي) عند اقترانها بمنتج الزيت، أو السمن، وهو ما قضت به في هذا

(1) عبد الله حسين، مرجع سابق، ص 149.

(2) حكم محكمة العدل العليا، رقم (91/219)، مجلة المحامين الأردنيين، لسنة 1992م، ص 38 10.

الصدد محكمة الاستئناف المختلط المصرية⁽¹⁾ بقولها: ((لا تعتبر تسمية يتعين حمايتها وضع كلمة (good faire) بحروف عربية على نوع من أقمشة القطن، ولا تعتبر علامة تجارية محل لحق خاص لأن العرف جرى في مصر على استخدام هذين اللفظين للدلالة على صنف معين من القطن)).

كما قضت محكمة استئناف الإسكندرية⁽²⁾ بعدم صلاحية لفظ (نباتية) لتمييز نوع من أنواع الزيت أو السمن النباتي؛ لأنه لفظ عام يدل فقط على أن المواد تركيب هذا المنتج هي نباتية وهو ما أكده القضاء الفرنسي⁽³⁾ والذي حكم ببطلان العلامتين (audivision – audiovion) المستخدمتين في تمييز منتج آلة الأفلام المتخصصة في تعليم اللغة بواسطة الصوت والصورة؛ لأن الحروف المكونة لهاتين العلامتين وهما (vision – aud) لا تعدان كونهما الصفة الرئيسية في إنتاج هذه المواد.

-
- (1) استئناف مختلط، جلسة 26 - 5 - 1967 م، السنة التاسعة، ص 359، مشار إليه لدى، محمد مصطفى عبد الصادق، مرجع سابق، ص 59.
- (2) حكم محكمة استئناف الإسكندرية، جلسة 1980/1/29 م، منشور في مجلة التشريع المصرية، السنة الثالثة، ص 212.
- (3) حكم محكمة السين الفرنسية، مشار إليها لدى سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 471.

كما قضت محكمة باريس⁽¹⁾ بعدم جواز تسجيل العلامة (beurre tender) لتمييز منتج من الزبد، وفي قضية أخرى حكم⁽²⁾ برفض تسجيل علامة تشير فقط إلى نوع المنتج وهي عبارة (ggrad chocolat) لتمييز نوع من الشكولاتة. هذا ولا تعتبر علامة تجارية ذات صفة مميزة استعمال الكلمات التي لا تعد كونها مجرد دلالة على صفة المنتج، أو جودته مثال استخدام كلمة (فاين - سوبر - لوكس)، أو تلك الكلمات التي تدل على مصدر السلعة مثل كلمة (البن البرازيلي - الجبن الهولندي).

وهذا ما قضت به محكمة استئناف القاهرة⁽³⁾ وذلك بقولها: ((إن لفظ (معسل) ليس علامة تجارية مميزة بذاتها استأثرت به الشركة المستأنف ضدها عن طريق التسجيل، وإنما هي وصف المدة التي تضاف إلى الدخان، وهي ذاتها مجردة لا توصل إلى أكثر من المطروح في السوق داخل العبوة التي تحمل هذا الاسم وإنما يكون التمييز حيث يقترن هذا اللفظ باسم صاحب العلامة وبرسمها المميز، أو يذكر هذا اللفظ مجرداً إلى جانب الرسم المميز لمنتجات الشركة صاحبة العلامة المسجلة..)) وهو ما قضت به أيضاً محكمة العدل العليا

(1) محكمة باريس، جلسة 9 - فبراير - 2000 م، مشار إليه لدى، سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 471.

(2) لمزيد من التفصيل حول هذا الحكم انظر، صلاح زين الدين، مرجع سابق، ص 93.

(3) حكم محكمة استئناف القاهرة، الدائرة الثامنة التجارية، جلسة 28 - 12 - 1964 م، قضية رقم 280 لسنة 7 ق، ص 254.

الأردنية⁽¹⁾ بقولها: ((إن استخدام كلمة (ستاندرد) وهي كلمة إنجليزية تستعمل عادة في التجارة لتمييز أنواع البضائع أو أصنافها، لذلك لا يجوز تسجيلها كعلامة تجارية لافتقادها شرط التمييز..)).

وفي حكم آخر قضت محكمة العدل العليا الأردنية⁽²⁾ بأنه ((لا يجوز استخدام كلمة (سبيرمنت) (Spearmint) كعلامة تجارية واستعمالها لتمييز نوع من العلكة؛ لأنها تعتبر وصفات لنوع البضاعة، فهي علامة عامة ومجردة، وليس لها صفة فارقة ومميزة))، كما قضت في حكم آخر⁽³⁾ بأن ((استخدام كلمة (مارشال) (Marshal) كعلامة تجارية وهي تدل على لقب عسكري يمنع استخدامها؛ لأنها لا تخرج عن كونها لقباً عاماً قد يؤدي إلى غش الجمهور)).

ويذهب البعض⁽⁴⁾ إلى أن شرط التمييز ينتفي إذا كانت العلامة التجارية تتكون من رسوم، أو صور عادية تفتقد للتمييز المقصود، مثال أن تكون العلامة متكونة من صورة (برتقالة)، لتمييز منتج عصير البرتقال؛ لأن القول بغير ذلك، يعني أن يقوم مالك العلامة المشار إليها باحتكار صورة البرتقالة مثلاً، وهي صورة شائعة يحق للجميع استخدامها، ولكن إذا استطاع التاجر، أو المنتج في هذا المثال من رسم صورة البرتقالة في شكل مميز يعطي منظراً جمالياً، وذاتية خاصة لصورة

-
- (1) حكم محكمة العدل العليا رقم (55/4)، مجلة المحامين الأردنيين، 1977، ص 731.
 - (2) حكم محكمة العدل العليا، رقم (78/75)، مجلة المحامين الأردنيين، ع 3، 1977م، ص 67.
 - (3) حكم محكمة العدل العليا، رقم (77/227)، مجلة المحامين الأردنيين، ع 6، 1977، ص 913.
 - (4) صلاح زين الدين، المرجع السابق، ص 93.

العلامة، ويلفت أنظار جمهور المستهلكين إلى منتج عصير البرتقال مثلاً، وبما يرفع أي لبس وخط قد يقع في ذهن المستهلك حيال منتج وسلعة أخرى منافسة.

وفي هذا الصدد قضت محكمة باريس⁽¹⁾ ببطلان العلامة (otomatic) لتمييز منتجاً من المفروشات لأنه من غير الجائز أن يمتلك تاجر كلمة تستخدم استخداماً عادياً.

كما أن استخدام مجموعة من الألوان المجردة كعلامة تجارية، لا يضيفي على هذه الأخيرة صفة التمييز المقصود، وذلك لانتقاء صفة الأصالة والتمييز، إلا أنه إذا استطاع مالك العلامة أن يقدمها في شكل مجموعة من الألوان الممزوجة والمتداخلة مثلاً، بحيث أظهر العلامة في حلة جمالية مميزة جاز أن تكون محلاً للتسجيل، ومن تم حمايتها قانوناً⁽²⁾، وذلك ما قضت به في هذا الصدد محكمة العدل العليا الأردنية⁽³⁾ بقولها ((يجب على طالب تسجيل العلامة التجارية أن يحدد وبشكل دقيق اللون أو الألوان التي يريد أن يقوم بتسجيلها كعلامة تجارية، بحيث يصبح ذلك اللون جزءاً من العلامة التجارية المراد تسجيلها، أما في حالة

(1) محكمة باريس، جلسة 7 - ديسمبر - 1963 م، مشار إليه لدى، سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 742

(2) محمد الجيلاني البدوي، مرجع سابق، ص 310.

(3) حكم محكمة العدل العليا الأردنية، رقم (88/4)، مجلة المحامين الأردنيين، 1988 م، ص 6.

إذا ما سجلت العلامة دون حصرها بألوان خاصة ومميزة ومحددة بدقة فتعتبر كأنها مسجلة بجميع الألوان)).

هذا ويذهب جانب من الفقه⁽¹⁾، في إطار محاولاته إيجاد معيار يحدد مدى تمييز العلامة التجارية، إلى أن عامل الزمن قد يلعب دوراً حاسماً في تمتع العلامة التجارية بصفة التمييز والتفرد عن غيرها، وذلك متى نشأت العلامة التجارية دون أن تتمتع بشرط التمييز، إلا أن طول استخدام هذه العلامة من قبل المالك لفترة زمنية طويلة من شأنه، أن يضفي عليها شرط التمييز المقصود في العلامة التجارية، حيث إن عامل الزمن يلعب دوراً حاسماً في ترسيخ صورة العلامة التجارية في أذهان جمهور المستهلكين، أو الزبائن بحيث يستطيع هؤلاء أن يميزوا المنتج، أو السلعة التي تمثلها العلامة التجارية عن غيرها، من السلع والمنتجات المنافسة في السوق بعيداً عن أي لبس، أو غموض، أو خلط⁽²⁾.

ومثال ذلك العلامة التجارية (لوكس - LUX) والتي تميز منتج الصابون، حيث إن هذه الكلمة لا تصلح علامة تجارية متميزة، لأنها لا تعد كونها كلمة وصفية للمنتج دالة على جودته وأفضليته على غيره، إلا أنه مع الاستعمال الطويل

(1) حميد محمد علي، مرجع سابق، ص 199-200. وبذات المعنى أنظر، صلاح زين الدين، مرجع سابق، ص 93-94.

(2) لمزيد من تفصيل انظر، وثيقة بعنوان المعايير الخاصة بحماية العلامات التجارية بناء على اتفاقية باريس واتفاق التريس، وثيقه قانونية المنظمة العالمية للملكية الفكرية من إعداد المكتب الدولي للوايبو، 2007م، ص 27 وما بعدها.

لهذه العلامة أصبحت مميزة، ويستطيع جمهور المستهلكين من خلالها تمييز منتج الصابون (LUX) عن غيره من عشرات السلع المنافسة والمشابهة.

إلا إنه ومع تقدير الباحث لهذا الرأي الفقهي لكنه لا يشاطره الرأي فيما ذهب إليه؛ لأنه متى نشأت العلامة التجارية فاقدة لشرط التمييز ابتداءً، فإن الاستعمال الطويل من قبل صاحب العلامة لا يضيفي عليها صفة التمييز وخصوصاً إذا علمنا بأنه يشترط لتسجيل العلامة التجارية أن تكون ذات طابع متفرد و متميز منذ البداية، وذلك لكي تقوم بدورها على أكمل وجه ألا وهو تمييز السلعة أو المنتج أو الخدمة التي تحمل هذه العلامة، فكيف نتصور أن استخدام هذه العلامة لفترة طويلة دون تسجيلها اعتماداً على العامل الزمني إن في ذلك ما يناقض أساساً شرط التمييز باعتباره من الشروط الأساسية لتسجيل العلامة، كما أنه يناقض فكرة العلامة التجارية برمتها وكونها أداة لازمة لتمييز المنتجات والخدمات عن غيرها من المنتجات والخدمات المنافسة، حيث ينتفي هذا الدور إذا كانت العلامة التجارية قد نشأت منذ البداية فاقدة لشرط التمييز المقصود.

وفي هذا الصدد يذهب الباحث إلى أن الاعتداد بوجهة النظر هذه إنما يؤدي إلى انعدام الحاجة إلى شرط التمييز والركون إلى عنصر الزمن فقط، فما علينا إلا أن ندفع بالعلامة التجارية إلى التعامل التجاري والانتظار هل تحقق التمييز المطلوب أم لا، وهذا لا يستقيم منطقاً ولا قانوناً، حيث إن شرط التمييز لازم لإمكانية تسجيل العلامة التجارية، وذلك من الناحية القانونية، أما من الناحية العقلانية فلا يتصور أن تنشأ العلامة فاقدة للتمييز ثم تكسبه لاحقاً.

الفرع الثاني : شرط تمييز العلامة التجارية في القانون الليبي

لقد نص القانون الليبي⁽¹⁾ على شرط تمييز العلامة التجارية، في معرض حديثه عن موانع تسجيل العلامة التجارية، وذلك بموجب نص المادة (1232)، والتي نصت على أنه " لا يسجل علامة تجارية، أو كعنصر منها ما يأتي : العلامات الخالية من أي صفة مميزة، أو المكونة من عبارات، أو ألفاظ أو بيانات ليست إلا التسمية التي يطلقها العرف على المنتجات، أو الرسم، أو الصورة العادية لها....".

ويتضح لنا من خلال نص المادة (1232)، بأن المشرع الليبي قد اشترط تمييز العلامة التجارية لإمكانية تسجيلها، ومن ثم التمتع بالحماية القانونية المقررة، لذا فإن العلامة التجارية التي تتكون من مجرد عبارة عادية، أو لفظ، أو كلمة، أو بيان مما هو شائع استعماله بين أهل التجارة، أو يعتبر من حيث العرف التجاري السائد تسمية شائعة الاستعمال، فإنه لا يصلح أن يكون علامة تجارية. وبناء على ذلك فإن استعمال علامة معينة لا تتميز بأي خصائص فريدة، كالعلامة المتمثلة بتسمية المنتج نفسه، مثال كلمة (تفاح) لتمييز منتج فاكهة التفاح، أو كانت العلامة متمثلة في الدلالة على المنتج ذاته، مثل كلمة (أسبرين) التي أصبحت تستعمل لكافة مسكنات الآلام، ولا تعني مُسكناً بذاته، وبذلك فقدت شرط التمييز المطلوب، وهو ما أكده الفقه والقضاء.

(1) تجدر الإشارة إلى نص المادة (1232) من قانون النشاط التجاري 23 لسنة 2010م قد جاء مطابقاً لنص المادة (5/أ) من قانون العلامات التجارية الليبي (الملغي).

كذلك لا يصلح علامة تجارية استعمال الكلمات الوصفية، كتلك المعلومات التي تشير إلى أوجه استعمال المنتج أو وزنه أو قيمته، ما لم يضاف إليها ما يجعلها ذات صفة مميزة، لذا لا يجوز استعمال كلمات مثل (جاليري - كافتيريا - بوتيك - سوبرماركت) كعلامات تجارية لأنها تمثل مجرد معلومات و لا تحمل أية لمسة مميزة أو متفردة كما بينا في موضوع سابق من هذه الدراسة.

وفي هذا الصدد يرى الباحث أن شرط تمييز العلامة التجارية ليس بالضرورة أن يحمل معنى التمييز النادر أو الخارق للمألوف بل يكفي أن تكون العلامة التجارية المراد حمايتها قانوناً قادرة على تمييز المنتجات والخدمات التي تحمل هذه العلامة عن غيرها من السلع والمنتجات والخدمات المنافسة في ذات المجال التجاري.

هذا وتظل مسألة تحديد مدى تمييز العلامة التجارية من المسائل التي تخضع لسلطة قاضي الموضوع والذي يمكنه أن يؤكد على أن العلامة التجارية محل طلب التسجيل تتمتع بذاتية خاصة، وتتمتع بالتفرد المقصود في مظهرها وشكلها عن غيرها من العلامات التجارية المنافسة لها في ذات الحقل التجاري.

ولعل الحكمة التشريعية التي ابتغاها المشرع الليبي، من خلال نص المادة (1232) المشار إليها، هي أن هذه المسميات لا تعدو كونها تسمية عامة شائعة الاستعمال عرفاً، أو مجرد ألفاظ، أو بيانات نوعية، أو وصفية لا يمكن احتكارها من قبل أي منتج معين، أو تاجر معين، لأنها ذائعة الاستعمال في الحياة التجارية، ويحق لكل تاجر أو منتج سلعة استعمالها، فلا تصلح أن تكون محلاً للعلامة

التجارية المقصودة في التشريع الليبي، و القول بغير ذلك يعني أن يتم احتكار هذه العبارات، أو الكلمات، أو الألفاظ، من قبل شخص واحد، وهي كما نعلم تسميات عامة ولازمة في الحياة التجارية، ولا تمثل أي صفة مميزة للعلامة التجارية وبالتالي كان المنع القانوني.

كما أن هذا القانوني يجد حكمته في كون شيوع هذه التسميات، أو الكلمات، أو الألفاظ من شأنه أن يؤدي إلى تضليل جمهور المستهلكين، بحيث لا يستطيعون تمييز سلعة، أو منتج معين، عن غيره من المنتجات والسلع المنافسة، الأمر الذي قد يهدم بنیان نظام العلامات التجارية، القائم على ضرورة أن تقوم العلامة التجارية بدورها في تمييز السلع والخدمات عن غيرها من السلع والخدمات المنافسة دون أي لبس أو تضليل.

فمثلاً استعمال كلمة (فاين - Fine)، أو كلمة (سوبر Sopur) لا يعتبر استخداماً متميزاً متى تم اتخاذه علامة تجارية، لأن مثل هذه التسميات والكلمات - التي تشير إلى صفة معينة في المنتج، أو درجة جودته أو أفضليته على غيره من التسميات - الشائعة في العرف التجاري - تعد تسميات وصفية ليس ملكاً لتاجر، أو منتج معين على حساب غيره من التجار والمنتجين المنافسين له، والذين من حقهم استعمال هذه الألفاظ أو الكلمات، أو التسميات دون احتكار من أحد على النحو السالف بيانه.

كما أن شرط تمييز العلامة التجارية يمكن قراءته في نص المادة (1228) من القانون الليبي، وإن كانت هذه المادة أقل وضوحاً في تفسيرها لشرط تمييز العلامة

التجارية، حيث نصت في معرض تعريفها للعلامة التجارية على أنه " العلامة التجارية هي كل ما يميز منتجاً، أو خدمة عن غيره، وتشمل على وجه الخصوص الأسماء المتخذة شكلاً مميزاً، والإمضاءات، والكلمات، والحروف، والأرقام، والرسوم، والرموز، والأسماء التجارية، والدمغات، والأختام والتصاوير، والنقوش البارزة، ومجموعة الألوان التي تتخذ شكلاً خاصاً ومميزاً، ويجوز أن تكون العلامة التجارية مركبة من أكثر من عنصر من العناصر المذكورة، كما يجوز أن تكون العلامة صوتية".

ويتضح من خلال هذا النص، أن المشرع الليبي عند تعريفه للعلامة التجارية وصفها بالتمييز وذلك ابتغاء تحقق الحكمة من شرط الصفة المميزة، ألا وهي قدرة العلامة التجارية على تمييز السلعة، أو المنتج، أو الخدمة عن غيرها من المنتجات والخدمات المنافسة، وهذا الأمر لا يتأتى بحال من الأحوال، ما لم تكن العلامة التجارية على درجة من التمييز والذاتية والخصوصية في شكلها الخارجي، لمنع الخلط والالتباس لدى جمهور المستهلكين عند النظر إلى العلامة التجارية وغيرها من العلامات التجارية الأخرى التي تنافسها، فيصبح المستهلك في حيرة من أمره وأيهما العلامة المقصودة؟

ويود الباحث في هذا المقام أن ينوه إلى أن أشكال العلامات التجارية الواردة في نص المادة (1228) المشار إليها إنما وردت على سبيل المثال لا الحصر، أي أن عمومية نص هذه المادة يسمح بإدراج العديد من صور العلامات التجارية، سواء التي تعتمد على حاسة البصر (أي تدرك بالنظر) أو تلك التي تدرك بالسمع

(العلامة الصوتية) هذا بالإضافة إلى العلامات التجارية المستحدثة، كالعلامات التي تدرك بحاسة التذوق (الطعم) أو حاسة الشم.

لذا فإن كل هذه العلامات بالإضافة إلى ما يمكن أن يستحدث مستقبلاً من الممكن استخدامها كعلامات تجارية متى كانت قادرة على تحقيق التمييز المنشود، بأن تكون لها القدرة على تمييز السلع والخدمات التي تمثلها هذه العلامات، ومتى توافرت الإمكانيات الفنية والتقنية القادرة على تسهيل نظم تسجيل هذه العلامات وخصوصاً منها المعتمدة على حاسة (الشم أو التذوق) حيث إن هذه الإمكانيات غير متاحة، وخصوصاً في بلدنا ليبيا وعموم الدول النامية، ولعل ذلك كان وراء سبب عدم تضمين هذا النوع من العلامات التجارية وبشكل صريح ضمن نص المادة (1228) المشار إليها وتم الاكتفاء من قبل المشرع الليبي بالنص صراحة على العلامات التجارية ذات التمييز البصري أو الصوتي.

الفرع الثالث : موقف الاتفاقيات الدولية من شرط تمييز العلامة التجارية

نظراً للأهمية البالغة لشرط تمييز العلامة التجارية، باعتباره من المقومات الأساسية لنظام العلامات التجارية فإن الاتفاقيات الدولية، محل الدراسة، عنيت بشرط الصفة المميزة للعلامة التجارية، وهو ما نلاحظه ابتداء من نصوص اتفاقية الترس في معرض تعريفها للعلامة التجارية، بموجب نص المادة (1/15)، والتي جاء فيها "تعتبر أي علامة، أو مجموعة علامات تسمح بتمييز السلع والخدمات التي تنتجها منشأة ما، عن تلك التي تنتجها المنشآت الأخرى صالحة لأن تكون علامة تجارية...، وحين لا يكون في هذه العلامات ما يسمح بتمييز السلع

والخدمات ذات الصلة، يجوز للبلدان الأعضاء أن تجعل الصلاحية للتسجيل مشروطة بالتمييز المكتسب من خلال الاستخدام... " حيث إن اشتراط صفة تمييز العلامة يمكن أن يفهم من خلال عبارة تسمح (بتمييز السلع....) لأن العلامة التجارية ستكون قاصرة عن تمييز المنتج، أو السلعة التي تمثلها ما لم تتمتع بصفة كونها ذات شكل خارجي مميز وفريد، وذلك لكي يكون باستطاعتها أن تمنع أي خلط، أو غموض، أو لبس يمكن أن يقع فيه جمهور المستهلكين، عند مشاهدتهم للعلامة التجارية مقارنة بالعلامات التجارية الأخرى المنافسة لها في ذات الحقل التجاري.

كما نلاحظ أن اتفاقية الترس كانت أكثر وضوحاً في اشتراطها لصفة تمييز العلامة، كمتطلب ضروري وأساسي لإمكانية تسجيل العلامة التجارية، ومن ثم توفير الحماية القانونية لها، وهو ما جاء في عجز المادة (1/15) والتي نصت على أنه "وحين لا يكون في هذه العلامات ما يسمح بتمييز السلع والخدمات...". ومن ثم ومن خلال نص المادة (1/15) فإن صفة تمييز العلامة التجارية تعد شرطاً لازماً للاعتراف بالعلامة التجارية لأغراض التسجيل والحماية، لذا كان شرط التمييز مثار اهتمام النصوص المتعلقة بنظام العلامات التجارية في اتفاقية الترس.

إلا أن ما يلفت إليه الانتباه في هذا الصدد، أن اتفاقية الترس ومن خلال تبنيتها للمفهوم الموسع للعلامات التجارية، قد استحدثت ما يمكن أن نسميه المفهوم الحديث لشرط تمييز العلامة التجارية، والذي يختلف عن المفهوم

التقليدي لشرط التمييز، حيث اعترفت الاتفاقية بما يسمى (التمييز المكتسب بالاستخدام)، وهو ما نقرأه في ذيل المادة (1/15) المشار إليها آنفاً والذي جاء فيها " وحين لا يكون في هذه العلامات ما يسمح بتمييز السلع والخدمات ذات الصلة، يجوز للبلدان الأعضاء أن تجعل الصلاحية للتسجيل مشروطاً بالتمييز المكتسب من خلال الاستخدام...".

وفي محاولة لفهم ما ترمي إليه اتفاقية التبريس من هذا النص، يذهب جانب من الفقه⁽¹⁾ إلى أن اتفاقية التبريس قد أعطت للدول الأعضاء الحق في هذه الحالة، أن تشترط في تشريعاتها الوطنية - لأغراض تسجيل العلامات التجارية وتوفير الحماية القانونية لها - أن تكون العلامة التجارية قد اكتسبت تمييزاً من خلال الاستخدام، بمعنى أن المنتج، أو الخدمة التي تم وسمها بالعلامة التجارية قد اكتسبت سمعة وشهرة بين جمهور المستهلكين، يجعل من السهولة تمييزها من قبلهم، الأمر الذي تنتفي معه مظنة الخلط، أو اللبس مع غيره من المنتجات والسلع المنافسة.

فتصبح بذلك العلامة التجارية التي لم تكن مميزة منذ البداية قد أضحت تتمتع بتمييز اكتسبته من خلال الاستخدام الطويل لها.

(1) لمزيد من التفصيل انظر، حميد محمد علي، مرجع سابق، ص199، وفي ذات المعنى، جلال وفاء محمدين، الحماية القانونية للملكية الصناعية وفقاً لاتفاقية التبريس، دار الجامعة الجديدة، ط1، 2004 م، ص109، محمد مصطفى عبد الصادق، مرجع سابق، ص201 وما بعدها.

وسعيّاً من اتفاقية التبرس في ترسيخ المعنى المستحدث للمفهوم القانوني لشرط تمييز العلامة التجارية، فإن الاتفاقية لا تشترط الاستخدام الفعلي الطويل للعلامة التجارية (غير المميزة)، كشرط لتسجيل العلامة التجارية و إنما يتم تسجيل العلامة أولاً ثم انتظار ما يسفر عنه الاستخدام الطويل للعلامة، وهو ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة (15) من الاتفاقية، والتي جاء فيها ”..... 3- يجوز للبلدان الأعضاء جعل قابلية التسجيل معتمدة على الاستخدام، غير أنه لا يجوز اعتبار الاستخدام الفعلي للعلامة شرطاً للتقدم بطلب لتسجيلها، ويحظر رفض طلب التسجيل لمجرد أن الاستخدام لم يحدث قبل انقضاء فترة ثلاث سنوات، اعتباراً من تاريخ تقديم الطلب...“.

وبالتالي نلاحظ أن اتفاقية التبرس تتطلب إعطاء فرصة كافية مدتها ثلاث سنوات، تحسب من تاريخ تقديم طلب التسجيل، لكي يتمكن من خلالها مالك العلامة التجارية غير المميزة من استخدامها بشكل مستمر، حتى تنال التمييز المنشود، والذي ستكتسبه من خلال استخدامها في هذه المدة الزمنية، الأمر الذي يعطي جمهور المستهلكين الفرصة أيضاً لتمييز السلع والمنتجات - والخدمات التي تحمل هذه العلامة بشكل ينفي أي غموض أو خلط لديهم مع السلع والخدمات المنافسة.

حيث إن الاتفاقية منعت على الدول الأعضاء فيها أن ترفض تسجيل العلامة التجارية غير المميزة بسبب عدم استيفائها لشرط التمييز، بل تلتزم هذه الدول بتسجيل العلامة التجارية والانتظار مدة ثلاث سنوات، لإمكانية أن تحقق هذه

العلامة التمييز المقصود، وإلا جاز شطب العلامة من سجل العلامات التجارية في الدولة المضيفة، إذا لم تستطع هذه العلامة تحقيق التمييز في الفترة المحددة وهي ثلاث سنوات من تاريخ تقديم طلب التسجيل.

إلا أن ما يجب أن نلفت الانتباه إليه هو أن اتفاقية التريبس و إن كانت قد اعترفت بفكرة تمييز العلامة التجارية المكتسب بالاستخدام إلا أنها جعلت ذلك أمراً جوازياً بالنسبة للدول الأعضاء، وهو ما أكدته المادة (15) في الفقرات (1) و (3) المشار إليهما آنفاً باستخدامها عبارة (يجوز للبلدان الأعضاء....) وبالتالي فإن للدول الأعضاء في الاتفاقية أن تأخذ بفكرة التمييز المكتسب، ولها أن ترفض الأخذ به.

أما بخصوص موقف اتفاقية باريس من شرط تمييز العلامة التجارية، فإنه يجب الإشارة ابتداءً إلى أن اتفاقية باريس لم تضع تعريفاً للعلامة التجارية، ويبدو للباحث أن الاتفاقية آثرت عدم وضع تعريف معين للعلامة، تاركة أمر ذلك إلى الدول الأعضاء حسب قوانينها الوطنية، حيث إن الظروف التي أبرمت فيها اتفاقية باريس، دعت هذه الاتفاقية إلى إعطاء مرونة كبيرة للدول الأعضاء فيها، لتقرير العديد من الأحكام القانونية وفقاً للتشريعات الداخلية لهذه الدول، سعياً من هذه الاتفاقية لحشد المزيد من تأييد الدول للانضمام إليها، وعدم وضع أي أحكام من شأنها أن تؤدي إلى عزوف الدول عن الدخول في هذه الاتفاقية، وذلك بعكس ما كان سائداً من ظروف فترة إبرام اتفاقية التجارة الدولية في عام 1994م،

والمنبثقة عنها اتفاقية التربس التي - كما أشرنا سابقاً - وضعت تعريفاً موسعاً للعلامة التجارية.

وتجدر الإشارة إلى أن اتفاقية باريس وإن كانت لم تضع تعريفاً للعلامة التجارية، إلا أنها بخصوص شرط تمييز العلامة التجارية، فإن الاتفاقية أجازت عدم تسجيل العلامات التجارية التي تفتقد إلى صفة التمييز وهو ما نقرأه في نص المادة السادسة فقرة (5)، بقولها: " لا يجوز رفض تسجيل العلامات التجارية، أو الصناعية، أو إبطالها، إلا في حالات عدة منها..... 5- إذا كانت مجردة من أي صفة مميزة.....".

وبالتالي ووفقاً لاتفاقية باريس للملكية الصناعية، يحق للدول الأعضاء رفض تسجيل العلامات التجارية التي تفتقد إلى عنصر التمييز الذي من شأنه أن يميز السلع والخدمات عن غيرها، من المنتجات والخدمات المنافسة. ومن ثم يتضح لنا بأن اتفاقية باريس كانت السبابة بالمقارنة باتفاقية التربس في إرساء شرط تمييز العلامة التجارية، على الرغم من أن اتفاقية التربس كانت أكثر توسعاً في نظرتها للمفهوم القانوني لشرط تمييز العلامة التجارية على النحو السالف ذكره، كما أن اتفاقية التربس كان لها قصب السبق هي الأخرى في إرساء المفهوم القانوني المستحدث لشرط تمييز العلامة التجارية، بنصها على فكرة التمييز المكتسب بطول الاستخدام للعلامة التجارية، وهو ما لم تنص عليه اتفاقية باريس والقانون الليبي كذلك.

ويود الباحث في نهاية هذا المطلب أن يؤكد على أن فكرة التمييز

المكتسب والتي أرسنتها اتفاقية التربس وأيدها في ذلك جانب من الفقه العربي - على النحو السالف بيانه في مطلبنا الأول- لا تجد تأييداً من قبل الباحث لأن هذه الفكرة لا تستقيم من الناحية المنطقية و القانونية على حد سواء، فمن الناحية المنطقية لا يمكن تصور أن تقوم العلامة التجارية بدورها في تمييز المنتجات والخدمات عن نظيرها من المنتجات والخدمات المنافسة لها إلا إذا كانت على درجة من التمييز، وذلك ابتداءً وقبل التفكير في تسجيل هذه العلامة التجارية ؛ لأن القول بغير ذلك يؤدي إلى هدم البنيان المتين لنظام العلامة التجارية برمته، بحيث لم تعد هناك حاجة لاستعمال العلامة التجارية، فيما إذا كان بالإمكان استخدامها في الحقل التجاري، حتى من دون استيفائها لمتطلب شرط التمييز، ومن ثم لم تعد للعلامة التجارية أية أهمية أو وظيفة تذكر.

كما أن الباحث يرى بأن الاعتراف بفكرة التمييز المكتسب للعلامة التجارية لا يستقيم من الناحية القانونية كذلك ؛ حيث إن شرط التمييز في العلامة التجارية يعد من المتطلبات والشروط الموضوعية للاعتداد بالعلامة التجارية لغايات التسجيل، ومن ثم الحماية القانونية دولية كانت أم وطنية، وهو ما أكدته المواد (1228-1232) من القانون التجاري الليبي، وكذلك المادة (5/6) من اتفاقية باريس للملكية الصناعية 1883م وأدى ذلك إلى عدم تبني كل من القانون الليبي واتفاقية باريس لهذا المفهوم المعيب لشرط التمييز،

ناهيك إذا علمنا بأن اتفاقية باريس تعد الاتفاقية الأم في مجال الملكية الصناعية عموماً والعلامات التجارية خصوصاً، فلو أرادت هذه الاتفاقية تبني فكرة التمييز المكتسب عن طريق الاستخدام لكانت قد فعلت وتبنت ذلك بشكل صريح.

ولكن الباحثُ يُرجعُ سبب تبني اتفاقية الترس لهذه الفكرة إلى محاولة الاتفاقية توفير الحماية الدولية لكافة أنواع العلامات التجارية بما فيها تلك التي لم تستوف بعد شرط التمييز المطلوب، كما لا يفوتنا في هذا المقام الإشارة إلى أن اتفاقية منظمة التجارة العالمية إنما جاءت خدمة للدول المتقدمة الرأسمالية والتي تمتلك غالبية العلامات التجارية المتداولة في السوق العالمي؛ حيث إن ملاك هذه العلامات ينتمون بجنسياتهم إلى هذه الدول التي صنعت هذه الاتفاقية، فليس غريباً أن تدعم هذه الاتفاقية فكرة التمييز المكتسب على النحو السالف بيانه.

الخاتمة

نخلص من خلال هذه الدراسة بأن المشرع الليبي قد وضع مفهوماً موسعاً للعلامة التجارية، ليشمل علامات الإنتاج والتسويق والخدمات، ومعدداً على سبيل المثال لا الحصر أشكالاً للعلامات التجارية، كتلك العلامات التجارية التي تدرك بواسطة النظر، أو تلك التي تدرك بواسطة السمع (العلامات الصوتية) وهذا التوسع في مفهوم العلامة التجارية أدى بدوره إلى التوسع في المفهوم القانوني لشرط التمييز في العلامة التجارية، وهو ما أرسته المادتان (1228) و (1232) من قانون النشاط التجاري.

ومن ثم فإنه يصلح علامة تجارية قابلة للتسجيل وللحماية القانونية أي علامة تستعمل في تمييز السلع أو المنتجات أو الخدمات، فالمهم هنا أن تكون لهذه العلامة القدرة على تمييز السلعة أو الخدمة عن غيرها من السلع والخدمات المنافسة لها في ذات المجال التجاري، بأن يكون لها التأثير على سلوك المستهلك، تمكنه من عدم الخلط أو اللبس بين العلامة التجارية التي تمثل المنتج أو الخدمة محل اقتناء هذا المستهلك وغيرها من العلامات المنافسة، الأمر الذي يعني الاعتراف بأي شكل من أشكال العلامات، ليس فقط الواردة في تعداد المادة (1228) المشار إليها، وإنما بالأشكال الأخرى العلامات التجارية المستحدثة متى توافر فيها شرط التمييز المقصود، كتلك العلامات التي تدرك بحاسة الشم أو حاسة التذوق على النحو المشار إليه في هذه الدراسة.

من ثم فإن شرط تمييز العلامة التجارية أعطى بعداً جديداً للعلامة التجارية، وأضفى عليها تلك الأهمية القانونية والاقتصادية، فلولا شرط التمييز لما كان

هناك مجال للحديث عن أي صورة من صور العلامات التجارية، فالعبرة دائماً بقدرة العلامة التجارية على تمييز المنتج أو الخدمة التي تؤسس بها، بغض النظر عن كون هذه العلامة مما يدرك بالنظر أو السمع أو التذوق أو الشم.

أما بخصوص المعيار الذي تبناه المشرع الليبي بخصوص تمييز العلامة التجارية فقد تبين لنا من خلال هذه الدراسة أن المشرع الليبي يمنع تسجيل العلامة التجارية الخالية من أي صفة مميزة، كتلك العلامات التي لا تعد كونها كلمات أو عبارات عامة تستعمل من قبل عامة التجار في الحقل التجاري، أو تلك التي تمثل ألفاظاً نوعية أو وصفية، والتي لا يحق احتكارها من قبل تاجر بعينه دون بقية التجار.

كذلك العلامات التي تتمثل في عبارات لا تعد كونها التسمية التي جرى العرف التجاري السائد على استعمالها على النحو الوارد بيانه في طيات هذه الدراسة، والذي أكدته المادة (1232) من قانون النشاط التجاري، من ثم فإن المعيار في تحديد مدى تمييز العلامة التجارية هو قدرتها على أن تميز المنتج أو الخدمة التي تمثلها هذه العلامة بالمقارنة مع السلع والخدمات المنافسة لها في ذات المجال التجاري، وذلك بالنظر إلى العلامة التجارية من حيث عناصرها ومكوناتها نظرة إجمالية عامة لتحديد مدى قدرتها على التمييز والتفرد عن غيرها من العلامات التجارية السائدة، وبغض النظر عن الجزئيات الصغيرة الداخلة في تكوين العلامة التجارية كل على حدة، حتى إن كانت شائعة الاستعمال أو مألوفة، والتي قد تشبه علامة تجارية أخرى، هذا ما أكده القضاء الليبي في هذا

الصدد وما استقرت عليه أحكام كل من اتفاقية باريس بموجب نص المادة (5/6) واتفاقية التريس بموجب المادة (1/15).

إلا أن هذا المعيار السائد والمستقر في تحديد مدى تمييز العلامة التجارية سواء في القانون الليبي أو في اتفاقية باريس محل الدراسة أضافت إليه اتفاقية التريس معياراً مستحدثاً، يتمثل في فكرة التمييز المكتسب من الاستعمال الطويل للعلامة التجارية والذي أرسته المادة (1/15) من هذه الاتفاقية، والذي يرى الباحث أنه معيار غير دقيق وغير صالح لتحديد صفة تمييز العلامة التجارية؛ لكونه يناقض البيان القانوني الرصين للعلامة التجارية، والذي يجعل من شرط تمييز العلامة التجارية شرطاً موضوعياً لتسجيل العلامة التجارية، ومن ثم إضفاء الحماية القانونية عليها ؛ لأن القول بغير ذلك يعني السماح بتسجيل العلامة التجارية (التي لا تحمل أي صفة مميزة) والانتظار ردهاً من الزمن للحكم بكونها قد نالت التمييز المقصود من عدمه.

ويرى الباحث بأن المشرع الليبي خيراً فعل بعدم تبني هذا المفهوم المعيب لشرط تمييز العلامة التجارية نظراً لما يؤدي إليه من التناقض السابق الإشارة إليه، والذي يجسد رغبة اتفاقية التريس في حماية العلامات التجارية للدول الرأسمالية بأي شكل من الأشكال ولو كان ذلك بغض الطرف عن متطلب أساسي وضروري كشرط التمييز.

تم بحمد الله

قائمة المراجع

أولاً : الكتب

1. جلال وفاء محمددين، الحماية القانونية للملكية الصناعية وفقاً لاتفاقية التربس، دار الجامعة الجديدة، ط1، 2004 م.
2. حميد محمد علي، الحماية القانونية لحقوق الملكية الفكرية، المركز القومي للنشر، ط1، 2011 م.
3. سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، دار النهضة العربية، ط6، 2007 م.
4. سمير جميل الفتلاوي، الملكية الصناعية، دار المطبوعات، 1988 م.
5. صلاح الدين الناهي، الوجيز في الملكية الصناعية والتجارية، دار الفرقان للنشر، ط1، 1992 م.
6. صلاح زين الدين، العلامات التجارية وطنياً ودولياً، دار الثقافة، ط1، 2006 م.
7. صلاح سلمان الأسمر، العلامة التجارية في القانون المصري والأردني، التوفيق للطباعة، ط1، 1990 م.
8. عامر محمود الكسواني، التزوير المعلوماتي للعلامة التجارية، دار الثقافة للنشر، ط1، 2010 م.
9. عبد الفتاح بيومي، الملكية الصناعية في القانون المقارن، دار الفكر الجامعي، ط1، 2008 م.

10. عبد الله حسين، الوجيز في حقوق الملكية الصناعية، دار وائل للنشر، ط1، 2005 م.
11. قاسم محمد صالح، دور التصميم الصناعي في الصناعة الحديثة، مجلة اليرموك، ع3، 1995م.
12. محمد الجيلاني البدوي، قانون النشاط الاقتصادي، المبادئ العامة، المناهج للطباعة والنشر، ط6، 2013 م.
13. محمد حسن إسماعيل، القانون النموذجي للعلامات التجارية، مجلة المحامين، ع13، 1992 م.
14. محمد حسني عباس، الملكية الصناعية، دار النهضة العربية، 1971 م.
15. محمد سلمان محمد، الحماية المقررة للعلامات التجارية في القانون المصري واتفاقية التربس، دار الإسراء للنشر، ط1، 2011 م.
16. محمد عبد الرحمن الشمري، حماية العلامات التجارية في ضوء اتفاقية التربس، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة، 2004 م.
17. محمد مصطفى عبد الصادق، الحماية القانونية للعلامات التجارية، دار الفكر والقانون، ط1، 2011 م.
18. محمود مختار بريوي، قانون العلامات التجارية، الجزء الأول، دار النهضة العربية، ط1، 2005 م.
19. مسلم عواد، الحماية المدنية للعلامات التجارية، منشورات الجامعة الأردنية، 2007 م.

20. مصطفى موسى العطيات، حماية العلامات التجارية إلكترونياً، دار وائل

للنشر، ط1، 2011 م.

21. نعيمة علوش، العلامات التجارية في مجال المنافسة، دار الجامعة

الجديدة، ط1، 2013 م.

22. نوري حمد، شرح قواعد الملكية الفكرية، دار وائل للنشر، ط1، 2005 م.

23. نوري حمو، الموسوعة العلمية في العلامات التجارية، منشورات الحلبي

الحقوقية، ط1، 2007 م.

ثانياً : المجلات :

1- مجلة التشريع المصرية.

2- مجلة المحامين الأردنيين.

3- مجلة المحكمة العليا الليبية.

4- مجلة اليرموك الأردنية.

ثالثاً : الوثائق القانونية

1- اتفاقية باريس للملكية الصناعية.

2- اتفاقية التريبس.

3- المدونة التجارية الليبية (قانون النشاط التجاري).

4- وثيقة قانونية للمنظمة العالمية للملكية الفكرية (الوايبو).

العدالة الموازية لفض النزاعات [الوساطة كبديل عن الدعوى القضائية]

إعداد الدكتور: أبو جعفر عمر المنصوري

أستاذ مادة المرافعات بكلية القانون / جامعة طرابلس

تقديم:

بدأت الوسائل الودية لحل المنازعات أكثر انتشاراً في العالم المعاصر بعد أن شهدت إقبالاً متزايداً من قبل المتخصصين، وأصبحت بعض الدول تعطي الأولوية لهذه الوسائل من أجل تهدئة المنازعات، والبعد عن تعقيدات حلها بالوسائل القانونية أمام القضاء⁽¹⁾ نتيجة طول المدة التي تصل فيها الدعوى القضائية للحكم البات، كما أن تلك الوسائل البديلة يرجع هدفها ليس تحديد من يربح أو من يخسر بقدر أن الأمر ينحصر في وضع حلول للنزاع بشكل كبير لا يتوافر عند المحاكمة القضائية، إضافة إلي ترسيخ ثقافة الحوار والتعايش واستمرار العلاقات

(1) أسماء أبولود. اللجوء إلي الوسائل البديلة لفض المنازعات مدخل أساسي للنجاعة القضائية، بحث منشور في المجلة المغربية للوساطة والتحكيم السنة 2012، العدد 6، الطبعة الأولى، ص28.

بين الناس والابتعاد عن الخصومة والتواجه أمام المحاكم، ولهذا سميت بالعدالة الموازية⁽¹⁾ من بين هذه الوسائل الودية فكرة الوساطة كحل للمنازعات بعد أن سئم الناس من الذهاب إلي المحاكم، وأصبح الانتقال إلي الوسائل الأخرى البديلة ومن بينها الوساطة أمر أسهل وأضمن في حل المنازعات بالطرق الودية باعتبارها عملية طوعية بطبيعتها⁽²⁾ خاصة في تشريعنا بعد أن أصبح العالم يهتم بهذه الحلول، ويأخذ بها في فض المنازعات قبل ولوجها إلي ساحة القضاء الذي أصبح يعج بالقضايا المتراكمة نتيجة عدة ظروف يمر بها هذا الجهاز لا مجال لذكرها، عليه واجب علينا أن نطرح سؤالاً مهماً مفاده: هل إطار الوساطة كاف لتشجيع على اللجوء إليها لحل المنازعات؟ ذلك على الرغم من أنها غير إلزامية، لا سيما أن مؤسسة التحكيم المتروك لحرية الأفراد أيضاً مازالت لم تعرف إقبالاً كبيراً في بلدنا، مع قدم النصوص القانونية الخاصة بها، إضافة إلي ما تتمتع به فكرة الوساطة⁽³⁾ من مبادئ حكيمة تتجلى في حياد الوسيط، واحترام السرية، ومبدأ التواجهية، والمساواة في المعاملة، وحرية إنهاؤها في أي وقت، وما

(1) نبيل إسماعيل عمر. التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة 2011، ص13.

(2) كمال الهشومي. الاعتماد على الوسائل البديلة لحل النزاعات في إطار إصلاح القضاء، نموذج الوساطة كبديل لحل النزاعات، بحث منشور في المجلة المغربية للوساطة والتحكيم السنة 2012، العدد 6، الطبعة الأولى، ص20،21.

(3) ترجع نشأة الوسائل البديلة لحل المنازعات إلي ما كان يتم من اعتماد العرف والعادة إبتداء من تحكيم للكاهن وشيوخ القبائل وحكمائها وأئمة المساجد، أما الوساطة بشكلها

تتميز به من سرعة وقلة للتكاليف والوعي التام والاختياري من قبل الأطراف بالحلول المتوصل إليها، الأمر الذي يجعلها تختلف عن بعض الوسائل البديلة لحل المنازعات، مثل: التحكيم والصلح و التوفيق.

فالوساطة تعد من الوسائل البديلة لفض المنازعات، وهي نوع من العدالة السريعة في الوقت الحالي، وتلبي متطلبات المجتمع التي لم تعد المحاكم قادرة للتصدي لها، فمع التطور المستمر في عالم المنازعات العادية والتجارية والخدمات أصبح الأمر ملحاً لحلها بطريقة سريعة وفنية وذلك عن طريق الوساطة باعتبارها وسيلة ودية وحيبة لفض المنازعات، وانطلاقاً من تلك المفاهيم والمقاصد لفكرة الوساطة، فإننا سوف نقسم هذا العمل إلى مبحثين، بحيث ينصب الأول على مفاهيم الوساطة، ثم نخصص الثاني لأشكالها ومراحلها لنختتم بنتائجها.

=

الحالي فقد ظهرت في سنة 1947 بموجب القانون الفيدرالي في الولايات المتحدة الأمريكية للوساطة والمصالحة ثم انتقلت الفكرة إلي فرنسا في أواخر الثمانينات من القرن الماضي ثم انتقلت إلي مصر والأردن والمغرب ودولة الامارات العربية المتحدة. عبدالمجيد غميحة، نظام الوساطة الاتفاقية بالمغرب، بحث منشور بالمجلة المغربية للوساطة والتحكيم، السنة 2009، ط2، العدد 4، ص70

المبحث الأول

مفاهيم الوساطة:

تعددت التعريفات الخاصة بالوساطة على مستوى التشريع أو الفقه، إلا أنها أجمعت على كونها وسيلة غير رسمية فهي طوعية يقوم بها أطراف النزاع بعد أن اتفقوا على وسيط تقدم إليهما ببعض الحلول، ويبقى الخيار لهما في قبول هذه المقترحات، فهي إذاً وسيلة ودية لفض المنازعات وحبية؛ لأنها من صنع إرادة الأطراف ومن ثم تميزت بعدة خصائص من بينها الكناية والسرية والحيادية، إضافة إلى المرونة ورضائية تنفيذها، وعلى ذلك فهي تختلف عن بعض الأوضاع المشابهة مثل الدعوى القضائية والصلح، وأيضاً التحكيم والتوفيق، ولهذا سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين بحيث نتناول في الأول تعريف الوساطة وخصائصها أما المطلب الثاني، فسوف يكون مخصصاً لتلك المميزات التي تتميز بها فكرة الوساطة عن بعض الأفكار أو الأوضاع المشابهة.

المطلب الأول :

تعريف الوساطة وخصائصها

سبق أن ذكرنا أن التعريفات الخاصة بفكرة الوساطة اختلفت من تشريع إلى آخر ومن فقه إلى آخر، ولكنها جميعاً تصب في نتيجة واحدة هي حل النزاع بطريقة ودية بعيداً عن ساحة القضاء، كما اقتصت بعدة خصائص تجعلها

تختلف عن باقي حلول المنازعات بالطرق الودية مثل الصلح والتوفيق أو التحكيم وفقاً لما سوف نتناوله.

أولاً: تعريف فكرة الوساطة:

الوساطة هي التوسط أو الوسط بين الشئيين، ويرجع البعض⁽¹⁾ كلمة الوساطة في اللغة إلي التعابير اليونانية القديمة "medius- medium" التي تدور معانيها إلي الوسط أو التوسط، كما كان لدى الرومان دلالات خاصة لهذه الكلمة ومن بينها دلالات جغرافية باستعمالها لتحديد مكان وسط بالاستناد إلي عناصر طبوغرافية في المجال الطبيعي، إلا أن هذه الكلمة ظهرت لأول مرة في مجموعة المعرفة الفرنسية سنة 1693 "encycloedie"، وبالرجوع إلي لسان العرب نلاحظ أن كلمة وساطة تحمل عدة معاني لغوية مختلفة عما يعتقد عند اليونان والرومان، فالوساطة عند العرب تعني الوسط والتوسط بمعنى الاعتدال في القول والفعل والفكر، وأوسط الشيء خياره وأفضله، والوسيط في القوم حبيبهم؛ أي أرفعهم مقاماً وأشرفهم نسباً وأعدلهم بين القوم⁽²⁾.

(1) أحمد الفقيه. قراءة في مشروع قانون الوساطة بالمغرب. جمعية التكامل الاجتماعي للقضاء وموظفي المجلس الأعلى، مطبعة الأمنية، طبعة 2007 ص41.
 (2) ابن منظور لسان العرب، المجلد الخامس عشر، صادر للطباعة والنشر ط2010 بيروت، ص31.

والتشريع الأردني عرف الوساطة بأنها آلية بديلة للتقاضي تهدف إلي فض النزاع عن طريق تدخل شخص ثالث محايد يسمى الوسيط، يعمل على مساعدة أطراف النزاع على التفاوض من أجل الوصول إلي تسوية للنزاع⁽¹⁾.

كما عرفها المشرع المغربي بـ "أنها الاتفاق الذي يلتزم فيه أطراف نزاع ناشئ يعرض هذا النزاع على وسيط، فهو الاتفاق الذي يلتزم فيه أطراف عقد بأن يعرضوا على الوساطة النزاعات التي قد تنشأ عن العقد المذكور"⁽²⁾.

إلا أن التشريع الليبي لم يقدم تعريفا لعملية الوساطة تاركاً مهمة التعريف لأهل الفقه والقضاء، وحسناً فعل باعتبار أن وضع التعريفات ليس من اختصاص المشرع حتي لا يكون حبيس تلك التعريفات، وربما قد يرجع ذلك لعدم وجود قانون خاص ينظم الوساطة.

أما الفقه الحالي فقد تعددت تعاريفه لفكرة الوساطة، حيث أجمعت جملها على أنها عملية غير رسمية يقوم بها طرف ثالث محايد ليست لديه سلطة فرض الحل لمساعدة الطرفين المتنازعين لأجل الوصول إلي تسوية مقبولة⁽³⁾.

(1) أيمن مساعدة. الوساطة كوسيلة لتسوية النزاعات في القانون الأردني، بحث منشور في مجلة أبحاث جامعة اليرموك، سلسلة العلوم الانسانية، المجلد العشرون العدد الرابع 2004 ص 1937، راجع أيضا نص المادة 2 من القانون رقم 12، لسنة 2006 بشأن الوساطة الأردني.

(2) راجع نص الفصلين 59 و60 / 327 من القانون رقم 05-08، من قانون المسطرة المدنية المغربي.

(3) عبد الرحيم صابر ومصطفى كاك، الوساطة وآليات تدبير النزاع، بحث منشور في دليل مدونة الوساطة 2006، المغرب، ص 95.

إذاً هي طريقة طوعية وغير ملزمة لحل المنازعات الخاصة القائمة بين طرفين أو عدة أطراف يتفقون فيها على وساطة طرف ثالث محايد وموضع ثقة؛ لإيجاد حل للخلاف القائم بينهم عن طريق الحوار.⁽¹⁾

ولهذا تعد الوساطة آلية للتصالح بين طرفين متنازعين تتم تحت إشراف شخص محايد في اجتماع سري أساسها الرضا والاختيار⁽²⁾، فهي العقد الذي يتفق فيه الأطراف على تعيين وسيط يكلف بتسهيل إبرام صلح لإنهاء نزاع نشأ، أو قد ينشأ فيما بعد⁽³⁾.

ويرى البعض أنها مساعٍ يقوم بها وسيط محايد بين طرفي النزاع تتمثل في تقديم المساعدة لهما معاً حتي يتمكن كل منهما من تقييم مركزه القانوني والواقعي في النزاع ويكون على بينة من المكاسب والأضرار الكامنة وراء استمرار النزاع⁽⁴⁾، إلا أن الفقه الليبي مازال محتشماً في مثل هذه المسائل بالرغم من

(1) بن سالم أوديغا. إدماج الوساطة في النظامين القانوني والقضائي بالمغرب، بحث مقدم للندوة الجهوية الحادية عشر، العيون 1-2. نوفمبر 2007 جمعية التكافل الاجتماعي لقضاة وموظفي المجلس الأعلى، ص 375.

(2) الحسين بوقيني. مدى إمكانية تطبيق نظام الوساطة بالمغرب، بحث منشور بمجلة المرافعة، العدد 14 لسنة 2004، ص 16.

(3) عبد المجيد عميجه. نظام الوساطة الاتفاقية بالمغرب، بحث منشور بالمجلة المغربية للوساطة والتحكيم العدد 4 سنة 2009، ص 74.

(4) محمد سلام. الطرق البديلة لتسوية النزاعات ودورها في تخفيف العبء على القضاء وتحقيق التنمية الاجتماعية والاقتصادية، الندوة العلمية لكلية الحقوق - فاس 2003، بحث منشور بالعدد الثاني من منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية القضائية، مطبعة فضالة المحمدية، توزيع دار العلم، الرباط، ص 83.

محاولات بعضهم⁽¹⁾ عند تدريسهم لمثل هذه المواضيع في مرحلة الدراسات العليا بكليات القانون، ومع ذلك يمكن القول إن الوساطة عبارة عن مسألة ودية رضائية لفض منازعة بين طرفين أو أكثر عن طريق شخص ثالث محايد يتميز بخصائص خاصة تجعله يقوم بجهد لمساعدة الأطراف في تسوية نزاعهم عن طريق تقريب وجهات النظر واقتراح الحلول دون فرضها عليهم.

ومن خلال هذه التعريفات يتضح أن الوساطة عملية طوعية لا يجوز للوسيط فيها اتخاذ قرار بات في أساس النزاع دون موافقة الأطراف عليه، ومن ثم ينحصر عمل الوسيط في محاولة تقريب وجهات نظرهم وطرح الحلول البديلة أمامهم دون فرض أي منها عليهم، إذاً فأطراف النزاع هم من يضعون النتيجة، أما الوسيط، فمهمته قاصرة على تيسير عملية التواصل بينهم، وحل أي خلاف قد ينشأ أثناء عملية التفاوض بين الطرفين⁽²⁾؛ لذلك تعتبر الوساطة عملية طوعية، وغير ملزمة لأطراف النزاع قد يلجؤون إليها، وقد يتكونها، حتى ولو كانوا قد بدأوا فيها دون أي جزاء⁽³⁾.

-
- (1) الكوني اعبودة، محاضرات لطلبة الدراسات العليا بكلية القانون جامعة طرابلس، ليبيا.
 (2) أحمد أنوار ناجي. الوساطة في منازعات الملكية الفكرية، بحث منشور في مجلة الحقوق المغربية العدد 4، السنة 2012، ص 84.
 (3) بن سالم أودييجا. الوساطة كوسيلة من الوسائل البديلة لفض المنازعات. مطبعة دار القلم بالرباط، الطبعة الأولى، 2009، ص 44.

ثانياً: خصائص الوساطة:

1. الكتابة:

يجب أن يكون الاتفاق على الوساطة مكتوباً حتي يمكن إلزام الأطراف به، خاصة إذا قبلوا نتائجه، لأن الأمر يتطلب وضع الصيغة التنفيذية عليه من المحكمة بعد إتمامه، وسواء أكان عقد الوساطة أو مشاركة الوساطة محرراً بعقد رسمي أو عرفي، ينبغي كتابته حتي يكون حجة على الأطراف إذا ما قبلوا حكم الوسيط بعد تحديد مضمون موضوع النزاع وأسماء الخصوم، والوسيط في ذات العقد، ولكن ينبغي الإجابة على سؤال مهم وهو هل يشترط في الوسيط أية شروط؟ إن الإجابة على ذلك تتلخص في أن جل التشريعات⁽¹⁾ لم تنطرق للمقتضيات المتعلقة بالوسيط فقد يكون هذا الشخص طبيعياً وقد يكون مؤسسة، إلا أن الأمر يرجع إلي القواعد العامة التي نص عليها القانون المدني، فلا يجوز مثلاً أن يكون الوسيط غير متمتع بالأهلية الكاملة أو كان قد حكم عليه في جنابة أو جنحة مخلة بالشرف بالنسبة للوسيط الطبيعي أو الحرمان من الحقوق المدنية، ولهذا يتطلب توافر شروط إبرام هذا العقد من حيث أركانه وشروطه، إضافة إلي عدم تجاوز الوسيط لاختصاصاته، ولكن هل شرط الكتابة يعد شرط انعقاد أم شرط إثبات؟ إن الأمر لا يخرج عن كونه شرطاً للإثبات، بحيث يمكن إثباته

(1) انظر التشريع المغربي حول الموضوع حيث ينص الفصل 58 - 327 من قانون 08.05 على ما يلي (يجب أن يبرم.. اتفاق الوساطة كتابة اما بعقد رسمياً يحرر أمام المحكمة).

بكافة القواعد المقررة في القانون المدني المغربي⁽¹⁾، وهذا ما أكدته المحكمة التجارية بالرباط عندما أشارت إلي أن الفقرة 62 من الفصل رقم 55-327 اشترطت تحرير شرط الكتابة في الاتفاق الأصلي أو في وثيقة تحيل إليه، يتضمن يقين الوسيط أو الوسطاء، والتنصيب على طريقة يقينهم بشرط الكتابة⁽²⁾.

2- حيادية الوسيط:

ونعني بها أن الوسيط يجب أن يكون محايداً، لا يجامل أيّاً من الأطراف في المنازعة التي يتوسط فيها، والحيادية هي النزاهة في أداء الوظيفة عندما يتدخل الوسيط، أو يتم اختياره كوسيط لحل أي منازعة؛ لأن الهدف السامي الذي يقوم به هو التقريب بين وجهات النظر واقتراح الحلول، وعلى الأطراف أن يقبلوا بها، أو يتركوها؛ لأن الأمر لا يقترن بأية جزاءات، اللهم إلا اذا وافق الأطراف على وضع جزاءات واضحة في العقد المبرم بالوساطة⁽³⁾.

3- احترام السرية:

تعد السرية من الأمور المهمة في أداء عمل الوسيط، إذ لا معنى للوساطة إذا تمت المجاهرة بمحتواها، فقد لا يساعد ذلك على وضع الحلول المناسبة

-
- (1) ينص الفصل 64-327 من قانون 08.05 على ما يلي (يجب على المحكمة المحال إليها نزاع في مسألة إبرام الأطراف في شأنها اتفاق وساطة... أن تطرح بعدم القبول إلي حين استنفاد مسطرة الوساطة أو بطلان اتفاق الوساطة).
 - (2) حكم المحكمة التجارية بالرباط، المغرب، الملف عدد 46، 2008/1/11 غير منشور.
 - (3) عبد المجيد اغميحة، نظام الوساطة الاتفاقية في المغرب، بحث منشور في المجلة المغربية للوساطة والتحكيم، العدد 4 لسنة 2009، ص72.

واقترحها على أطراف النزاع إذا سمح بتدخل الآخرين في موضوع الوساطة، خاصة أن تلك المواضيع تتعلق بمسائل الأحوال الأسرية أو التجارية، ولذلك تتطلب الوساطة ضرورة التقيد بشرط السرية حتي يكتب لها النجاح إذا ما قبلها الأطراف⁽¹⁾.

4- مبدأ المواجهة والمساواة بين الخصوم:

إن أهم ما تتميز به الوساطة هو احترام مبدأ المواجهة بين الخصوم بحيث عند حضورهم مجلس التفاوض يتقدم كل منهم وفي مواجهة الآخر بما لديه من مستندات وطلبات مع إرفاق الدليل على صحتها، إضافة إلي ضرورة معاملة الخصوم بنفس المعاملة، فلا يجوز مثلاً أن يطلب من أحد الأطراف عدم الكلام أو السكوت أو عدم الدفاع عن طلباته أو الرد على المستندات المقدمة من الطرف الآخر، فاحترام مبدأ المواجهة يعد من المبادئ التي تقوم عليها الوساطة سواء أكانت اختيارية أم إجبارية؟

5- حق إنهاء سير الوساطة في أي وقت:

من الأمور التي تتميز بها هذه الوسيلة أنها ليست ملزمة للأطراف، فمن حقهم ترك الوساطة واللجوء إلي مؤسسة التحكيم أو الصلح أو اللوج إلي ساحة القضاء إذا ما تبين عدم جدواها؛ لهذا تعتبر مسألة إنهاء الوساطة حق للخصوم، فلهم وحدهم أن يستمروا في حل النزاع عن طريق الوساطة التي اختاروها، ولهم

(1) - إدريس جلام - الوسائل البديلة لحل النزاعات وعلاقتها بالقضاء، بحث منشور في مجلة المحاكم المغربية العدد 12 فبراير 2008 ص 59.

أن يتركوها دون أي جزاءات تترتب على ذلك؛ لأن هذا العقد نشأ بموجب الاتفاق، ولهم أن ينهوه بموجب الاتفاق متى أراد الأطراف ذلك⁽¹⁾.

6- السرعة والمرونة وقلة التكاليف:

إن أهم ما تتميز به الوساطة هي سرعة الفصل في النزاع المعروف على الوسيط الذي يقوم بالتقريب بين وجهات النظر ووضع الحلول المقترحة من قبله، وبالتالي فإن كل ما يُتناول في جلسات الوساطة يتميز بالمرونة بين الأطراف، ويجعلها على وعي تام بالحلول المقترحة لإنهاء النزاع عن طريق الوساطة، إضافة إلى قلة التكاليف وسرعة الفصل في الخصومة بحيث لن تأخذ تلك المدة التي نراها في ساحات القضاء، أو قيمة التكاليف التي قد تكون باهظة على بعض الخصوم، ولهذا لجأت بعض التشريعات إلى الأخذ بمثل هذه المسائل حتي يسهل على الخصوم فض نزاعاتهم بالمرضاة، بدلاً من فض النزاعات بالطرق القانونية العادية أمام القضاء⁽²⁾.

7- رضائية التنفيذ:

تعد الرضائية من بين الخصائص التي تقوم عليها الوساطة سواء أكانت هذه الوساطة اتفاقية أم قضائية؟ فهي رضائية منذ انطلاقتها وعند التنفيذ؛ أي أن مسألة تنفيذ اتفاق الوساطة يجب أن يكون رضائياً دون أي إكراه أو إجبار من أية سلطة

(1) محمد سلام، الطرق البديلة لتسوية المنازعات ودورها في تحقيق العبد على القضاء، مرجع سابق، ص 44

(2) انظر القانون رقم 12 لسنة 2006 الأردني بشأن الوساطة.

كانت، على اعتبار أن الوساطة هي من الوسائل البديلة لفكرة الدعوى التي تقوم على مسألة التنفيذ الجبري، ولهذا يرى الفقه⁽¹⁾ الحديث إبعاد مسألة التنفيذ الجبري على الوساطة، حيث تبقى لإرادة الأطراف حرية تنفيذها أو تركها أو اللجوء إلي المحاكم لحسم النزاع بطريقة قانونية وملزمة لهم.

8- احترام آجال الوساطة:

أشار المشرع الفرنسي⁽²⁾ أن مدة الوساطة ينبغي أن تكون خلال مدة ثلاثة أشهر أي يجب على الوسيط أن يقوم بفض المنازعة خلال مدة ثلاثة أشهر ابتداء منذ تاريخ انطلاق الخصومة وهذا النهج سار عليه المشرع المغربي عندما ذكر في نص الفصل 65 - 327 من قانون 05-08: (للأطراف أن يحددوا للوسيط مدة مهمته دون أن تتجاوز ثلاثة أشهر من التاريخ الذي قبل فيه الوسيط مهمته)؛ أي أنه لم يحدد المدة التي يجب خلالها فض المنازعة عن طريق الوساطة بل جعل أجلها الأقصى ثلاثة أشهر، كما أن كلاً من المشرعين المغربي والفرنسي أجاز تمديد تلك الفترة باتفاق الأطراف لمدة ثلاثة أشهر أخرى؛ إلا أن الخلاف الذي أختص به المشرع الفرنسي أن مدة التمديد لا تكون إلا لمرة واحدة ولنفس الفترة بناء على طلب الوسيط⁽³⁾، بينما نرى أن المشرع المغربي سكت عن ذلك؛ لكونه لم يحدد عدد المرات التي يجوز للأطراف تمديد مهمة الوسيط، مما قد يطيل أمد

(1) زهور الحر، الصلح والوساطة الأسرية في القانون المغربي والقانون المقارن، بحث منشور في

مجلة للوساطة والتحكيم، العدد 4، السنة 2009 ص 127.

(2) راجع نص المادة 3 - 131 من القانون المدني الفرنسي.

(3) زهور الحر. مرجع سابق، ص 128

الوساطة، ويعيب أهم خصائصها، أما المشرع الأردني فقد نص على ضرورة أن يُبَيَّنَّ في النزاع خلال تسعين(90) يوماً على الأكثر، وإذا لم يتمكن الخصوم من ذلك تحال الدعوى إلي المحكمة، كما نص على إمكانية عدم تجاوز الوساطة أكثر من ثلاث ساعات بحسب طبيعة النزاع⁽¹⁾.

المطلب الثاني

تميز الوساطة عن بعض وسائل حل النزاع المشابهة

تتميز فكرة الوساطة عن بعض الأوضاع المشابهة في حل المنازعات التي تعرض على الجهات الرسمية مثل القضاء بعدة أمور، إضافة إلى اختلافها التام عن مسألة التحكيم أو الصلح من حيث القوة الملزمة للأمر الذي يصدره المحكم أو الموفق.

أولاً: الوساطة والدعوى القضائية:

الدعوى القضائية هي رخصة أعطاها المشرع لمن يدعى أنه صاحب حق حتى يستطيع اللجوء إلي ساحة القضاء، وعرض نزاعه على قاضٍ مختص للحكم فيه وفقاً للقانون، فالدعوى هي الحق بالنسبة لمقدم الادعاء في أن يسمع القاضي موضوع هذا الادعاء؛ لكي يقول: إن هذا الحق مؤسس أو غير مؤسس، وبالنسبة

(1) راجع القانون الأردني رقم 12 لسنة 2011 بشأن الموضوع.

للخصم الآخر، فالدعوى هي الحق في مناقشة صحة هذا الادعاء⁽¹⁾. أما الوساطة فهي وسيلة بديلة عن فكرة الدعوى وبعيدة عن فكرة الإلزام، فهي طَوْعِيَّةٌ تقوم على إرادة الأطراف في رغبتها لحل النزاع، ودور الوسيط يقتصر على محاولة تقريب وجهات النظر بين الأطراف، فالوساطة مرنة وغير محكمة بوسائل أو مقيدة بإجراءات معينة، إضافة إلى أنها لا تصبح ملزمة إلا بعد تذييلها بالصيغة التنفيذية باستثناء ما جاء في المادة التجارية التي يصبح فيها العقد ملزماً بمجرد توقيعه من الطرفين⁽²⁾، كما أن الوساطة لا يوجد فيها غالب ومغلوب بل الجميع رابح، وقد تبدأ حتي قبل بداية النزاع في حين أن الدعوى لا تنطلق إلا بعد تسجيلها وقيدتها أمام المحكمة وحضور خصومها أمام القاضي⁽³⁾.

ثانياً: الوساطة والصلح:

الصلح هو عقد يحسم به الأطراف نزاعاً أو يتوقع به نزاعاً محتملاً؛ وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه⁽⁴⁾.

فالصلح من أقدم الوسائل البشرية في تسوية المنازعات باعتماده على العرف الجاري، ويرى بعض الفقهاء⁽¹⁾ أن الوساطة أوسع نطاقاً من الصلح ذلك أن

(1) الكوني عبودة. قانون على القضاء، النشاط القضائي، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، طبعة 1998، ليبيا، ص 16.

(2) أحمد أنوار الناجي. الوساطة في منازعات الملكية الفكرية، مرجع سابق ص 96.

(3) فتحي والي، التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 22.

(4) تنص المادة 547 من القانون المدني الليبي في تعريفها للصلح على أنه ((الصلح هو عبارة عن عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقعان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه)).

الوسيط يتمتع بعدة وسائل لتقريب وجهات نظر أطراف النزاع، أما المصالح، فدوره أكثر تحفظاً واحتشاماً، ولا يتمتع بالصلاحيات الواسعة التي تتوفر عند الوسيط في نشاطه للوساطة، حيث إن المصالح عادة ما يباشر عمله، ويكون ملزماً باحترام مرجعيته الوظيفية عكس الوسيط الذي يعتبر مجرداً من تلك القيود الإجرائية باستثناء الأسرار والخصوصيات التي دارت أمامه، ومع ذلك يمكن القول إن الصلح أيضاً يعد وسيلة فعالة لإنهاء الخصومات بين الناس، ويسهم في وضع حد للنزاع في أقصر الآجال، ويرسخ أيضاً ثقافة الحوار سواء كان هذا الصلح قضائياً أو اختيارياً اتفاقياً⁽²⁾.

ثالثاً: الوساطة والتحكيم:

التحكيم هو قضاء إرادة الأشخاص في الغالب بغية الفصل في نزاع معين عن طريق شخص أو أشخاص يختار أو يختارون لمعارفه أو معارفهم الفنية أو لتجاربههم⁽³⁾، فالتحكيم هو وسيلة بديلة عن الدعوى لفض المنازعات، فهو استثنائي مع ذلك، قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية، وإن كان في الأصل وليد إرادة الخصوم⁽⁴⁾، فأحكام المحكمين مثلها مثل أحكام القضاء تحوز أيضاً

=

- (1) بن سالم أوديغا. الوساطة كوسيلة من الوسائل البديلة لفض المنازعات، مرجع سابق ص21.
- (2) السعدية مجيدي. الصلح في مسطرة الشقاق، بحث منشور في مجلة الحقوق المغربية، العدد الرابع 2012 ص39.
- (3) الكوني اعبودة. مرجع سابق، ص307.
- (4) انظر حكم محكمة النقض المصرية، م521/ 24 جلسة 1978/2/15 السنة 29، مشار إليه عند فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق ص472.

حجية الشيء المحكوم به، إلا أنه يتميز عن الوساطة في كون المحكم يملك السلطة في صنع القرار وإملائه على الأطراف بعد أن يستمع إليهم ويطلع على موافقتهم وعلى الوثائق المقدمة منهم، بحيث يصبح بمثابة حكم بعد تذييله بالصيغة التنفيذية في حين أن الوسيط لا يصنع قراراً لحل النزاع دائماً بل يحاول التقريب والتوفيق بين مواقف الطرفين، واقتراح الحلول باعتبار أن اتفاق التسوية في الوساطة هو من صنع الأطراف، فالوساطة تختلف عن التحكيم في مسألة سهولة الإجراءات، وأيضا عدم إلزامية قبولها حتى بعد انتهائها، على خلاف التحكيم الذي تعتبر أحكامه ملزمة للأطراف إلا إذا اتفق الأطراف على نقضه والاتجاه إلي القضاء مباشرة، كما أن وظيفة الوسيط تقتصر على تيسير التواصل والتفاوض بين الطرفين، لا التحكم فيهما، إضافة إلي أن النتيجة المهمة من الناحية العملية تُوجز في إمكانية قبول الاتفاق الناشئ عن الوساطة للتطبيق بشكل تلقائي ورضائي باعتبارهم الذين توصلوا إليه ولم يفرض عليهم، كما هو الحال في حكم التحكيم الذي ينفرد به المحكم عند إصداره للحكم الذي قد لا يعجب بعض أطراف النزاع، بخلاف الوساطة التي تعتمد على الرضائية ومبدأ حسن التعامل في فض المنازعات بعيداً عن الأشكال العادية التي قررها القانون في حل الخصومات.

رابعاً: الوساطة والتوفيق:

التوفيق هو اتفاق الأطراف على محاولة إجراء تسوية ودية عن طريق الموفق الذي يقع عليه اختيار الأطراف ويكون رأيه غير ملزم⁽¹⁾، فالتوفيق عبارة عن عرض نزاع على شخص آخر محايد أو لجنة مختصة محايدة تتولى الاطلاع على الحجج والمستندات والطلبات المقدمة من أطراف النزاع حيث يقوم ذلك الشخص بتقييم النزاع وإعطاء الرأي القانوني لإنهائه توفيقاً بين الأطراف.

ومن المقرر عادة أن يقوم المشرع بوضع قيد على قبول الدعوى القضائية أمام المحاكم قبل عرضها عليه، مثل عرض بعض المسائل على تلك اللجان الخاصة بالتوفيق خاصة في المسائل المدنية⁽²⁾ بحيث لا يجوز اللجوء إلي ساحة القضاء قبل عرض تلك المنازعات على هذه اللجان الخاصة، وإن كانت هذه اللجان لازالت غير مفعلة في بلادنا؛ نتيجة قلة الفهم والتخصص لمن يعملون فيها، ومع ذلك نجد أن قراراتها غير ملزمة للأطراف، ولكنها شرط سابق لانطلاق الخصومة أمام القضاء، فالتوفيق أداة لفض المنازعات ودياً⁽³⁾.

ومن جهة أخرى فهو وسيلة لتقليل عرض المنازعات البسيطة على المحاكم التي يمكن حلها بسهولة إذا ما صدقت النية بين الأطراف، فهو يساعد على

-
- (1) محمود مختار بربري. التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999 ص16.
 - (2) انظر القانون رقم 4 لسنة 2010 بشأن التوفيق والتحكيم في ليبيا وأيضاً القانون رقم 7 لسنة 2000 المصري بشأن لجان التوفيق.
 - (3) عبد الباسط محمد عبد الواسع الفراس. النظام القانوني لإتفاق التحكيم، دراسة تحليلية مقارنة صنعاء، الطبعة الثانية، 2008، ص12.

تماسك النسيج الاجتماعي بين أطراف المجتمع في حل مشاكلهم ودياً، كما أن أطراف المنازعة يقبلون تنفيذ ما توصل إليه الموفق من حلول مرضي الجميع، أما الوساطة، فهي ليست قيماً على رفع أي دعوى أمام القضاء، كما أنها وسيلة بسيطة للتقريب بين وجهات النظر من أجل الوصول إلي حلول مرضية بين المتنازعين.

المبحث الثاني

أشكال ومراحل الوساطة ونتائجها

للساطة أشكال وصور حددتها بعض التشريعات وأيضاً ما تناوله الفقه في هذا الموضوع، فهناك الوساطة الاختيارية وهي أساس فكرة الوساطة باعتبارها وسيلة ودية لفض المنازعات إلا أن بعض التشريعات نصت على تلك الوساطة الإلزامية وهي ما أشار إليها المشرعان المغربي والأردني، كما أن هذه الفكرة تمر بعدة مراحل لتصل إلى نتائجها، ألا وهي فض المنازعة بين الأطراف بعيداً عن ساحة القضاء، هذا ما سوف نتناوله في المطلبين الآتين حيث نخصص الأول إلى أشكال الوساطة، أما الثاني، فسيكون لمراحلها ونتائجها.

المطلب الأول

أشكال الوساطة

للساطة أشكال وصور متعددة لفض المنازعات إلا أن معظم التشريعات⁽¹⁾ تغلب إحداها عن الأخرى اعتماداً على مسألة هامة، حيث يقال: "تسوية سيئة أفضل بكثير من محاكمة جيدة"؛ ولهذا انتهجت التشريعات الحديثة هذا الطريق، وفضلت الوساطة الاختيارية؛ أي الاتفاقية دون أن تهمل الوساطة الإجبارية التي تأتي عن طريق القضاء.

وبالرغم من أن الوساطة تقوم على صورتين، إلا أننا نرى بساطة الوساطة الاتفاقية عن الوساطة الإجبارية أو القضائية؛ لأن أصحاب النزاع سوف يقبلون في هذه الأخيرة أموراً لم يكونوا مقتنعين بها، ومن ثم يتداخل الأمر مع مسألة أخرى وهي مؤسسة التحكيم، ومع ذلك لا يمكن أن نهمل الوساطة القضائية في بعض الأمور باعتبارها وسيلة لحل المنازعات بالطرق الودية، وعليه سوف نسلط الضوء على هذين النوعين من أشكال الوساطة فيما يأتي.⁽²⁾

(1) انظر التشريع الأردني حول الموضوع (قانون الوساطة لتسوية المنازعات المدنية رقم 12 لسنة 2006).

(2) تنص المادة 3 من قانون الوساطة الأردني على (لقاضي إدارة الدعوى أو قاضي الصلح وبعد الاجتماع بالخصوم أو وكلائهم القانونيين إحالة النزاع بناء على طلب أطراف الدعوى أو بعد موافقتهم إلي قاضي الوساطة أو إلي وسيط خاص لتسوية النزاع ودياً وفي جميع الأحوال يراعى للقاضي عند تسميته للوسيط اتفاق الطرفين ما أمكن).

أولاً: الوساطة الاتفاقية:

تعد الوساطة الاتفاقية إحدى الوسائل الاختيارية غير الإلزامية التي يتم اللجوء إليها في تسوية المنازعات ودياً خلال أي مرحلة من مراحل النزاع؛ لهذا فإن أطراف المنازعة هم من يتولون وضع طريقه وأسلوب الوساطة التي يختارونها بمحض إرادتهم؛ لفهم موضوع المخاصمة ووضع الحلول المناسبة لها، وبعدها يتدخل الوسيط لتقريب وجهات النظر بين الأطراف مع اقتراح الحلول دون إلزامهم بشيء، بعد أن يفتح باب النقاش والحوار من أجل الوصول إلي حل يرضي الجميع من خلال الاقتناع وتبادل الآراء والمفاوضات والمشاورات، فالوساطة الاتفاقية يسيطر على إجراءاتها الأطراف بإراداتهم الحرة دون أي اكراه أو ضغط من الوسيط، كما لا يملك الوسيط فرض الحلول عليهم، ومن ثم لا يمكن اللجوء إليها إلا بعد اتفاق الأطراف عليها، اعتماداً على مبدأ سلطان الإرادة في إبرام العقود وبما لا يخالف المبادئ الأساسية لتوقيع الاتفاقات.

فمثلاً لا يجوز اللجوء إلي الوساطة في مسائل لا يجوز فيها الصلح، كما هو في بعض القضايا الجنائية أو تلك التي تخالف النظام العام أو الآداب العامة أو التعامل في التركة المستقبلية أو ما يتعلق بالأهلية أو بمسائل الأحوال الشخصية، فهذه الأمور لا يمكن أن تجري فيها الوساطة حتي ولو اتفق أطراف النزاع عليها؛ ولهذا يتبين لنا أن قيوداً قانونية تكبل أو تحدد معالم الوساطة ينبغي على الأطراف ضرورة احترامها.

والوساطة يجب أن يكون الاتفاق عليها صريحاً بموجب عقد يأخذ صورة مشاركة الوساطة أو شرط الوساطة، فمشاركة الوساطة هو عقد يبرم بعد نشؤ النزاع، ولو كان ذلك النزاع معروضاً على المحاكم، إلا أن الأمر يتطلب ضرورة إبلاغ هذه الأخيرة به في أقرب الآجال؛ حتى تستطيع وقف الخصومة إلي حين الانتهاء من الوساطة⁽¹⁾.

أما شرط الوساطة، فيتم النص عليه ضمن الاتفاق الأصلي على أن يلتزم الأطراف به، ولا يوجد ما يمنع في الاتفاق على الوساطة أن ينص على إدراج شرط جزائي يجبر الأطراف على احترام اللجوء إليها ليدفع الأطراف إلى تنفيذه، ولما كانت الوساطة الاختيارية تقوم على الإرادة الحرة، فإن من خصائصها السماح بالانسحاب منها لأي طرف في أي لحظة يرى عدم جدواها في استيفاء حقه، إضافة إلي أن الوسيط لا يمكن إجباره على قبول فكرة الوساطة أو القيام بها ما لم تكن إراداته حرة وسليمة وخالية من العيوب .

وهذا الوسيط إما أن يكون شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً (اعتبارياً) حيث يأخذ نفس الأحكام التي أشرنا إليها⁽²⁾.

(1) ينص الفصل 64 / 327 الفقرة الأولى من قانون المسطرة المدنية المغربي على ما يلي: (يجب على المحكمة المحال إليها نزاع في مسألة ابرم الأطراف في شأنها اتفاق الوساطة وفقاً لمقتضيات هذا الفرع أن تطرح بعدم القبول إلي حين استنفاد المسطرة الوساطة أو بطلان اتفاق الوساطة).

(2) رياض فخري. قراءة في النظام القانوني للوساطة الاتفاقية في القانون المغربي، ورقة بحثية مقدمة الي ندوة جامعة محمد الأول، الناظور، بتاريخ 29، 30، 4/2010.

ثانياً: الوساطة الإجبارية:

أشار المشرع الأردني في المادة الثانية من القانون رقم 12 لسنة 2006 المتعلق بالوساطة القضائية إلى ما يلي: (تحدث في مقر محكمة البداية إدارة قضائية تسمى "إدارة الوساطة"، وتشكل من عدد من قضاة البداية والصلح، يسمون "قضاة الوساطة"، يختارهم رئيس محكمة البداية للمدة التي يحددها، ويختار من بين موظفي المحكمة العدد اللازم لهذه الإدارة)

يتضح من هذا النص أن الوساطة القضائية قد تبناها المشرع الأردني من خلال قانون الوساطة المشار إليه، ذلك أن هذه الإدارة تنشأ في مقر محاكم الدرجة الأولى، وأن قضاتها يختارهم رؤساء تلك المحاكم، وتسمى إدارة الوساطة، بحيث لا يجوز نظر الدعاوى أمام القضاء إلا بعد نظرها من هذه الإدارات، فهو قيد لمباشرة الدعوى القضائية، وإلا سوف تفصل المحكمة بعدم القبول في حالة مخالفة ذلك.

وهؤلاء الوسطاء بالرغم أن المشرع الأردني أسماهم قضاة، إلا أن تعيينهم عادة يكون ممن اشتغل في المحاماة قديماً؛ أي له الخبرة اللازمة أو من القضاة المتقاعدين أو خبراء في مجالاتهم على حساب أنفسهم حتي تكون لهم الخبرة الكافية لفض المنازعات، كما أن هذا العمل يقوم على أساس مبدأ المجانية بالنسبة للخصوم، وأن الدولة هي التي تدفع أجور هؤلاء الوسطاء، أما عن الإجراءات التي يطلبها المشرع الأردني أمام محكمة الوسطاء، فهي نفس الإجراءات العادية أمام المحاكم، ويكون ذلك عن طريق كتابة صحيفة دعوى

ودفع رسوم تسجيلها مع بيان رغبة الأطراف في الوساطة القضائية عن طريق التوقيع على اتفاقية أساسية تصبح ملزمة لهم .

وهكذا ينطلق الوسيط القضائي في حل الخصومة عن طريق الحيادية والسرية في عمله، كما أضاف المشرع الأردني⁽¹⁾ عدم جواز تولى قاضي الوساطة نظر الدعوى إذا انتقل إلي المحكمة العادية وعرض عليه نفس الموضوع⁽²⁾؛ أي لا يجوز لقاضي المحكمة العادية أن ينظر في دعوى سبق له أن نظرها لدى محكمة الوساطة؛ لأن الأمر يتعلق بالحيادية والنزاهة، ويجعل قاضي الموضوع الذي سبق له أن نظر ذلك النزاع في حرج من عقيدته، ولهذا لا يمكن لقاضي سبق له أن أبدى رأيه في موضوع أو أدى شهادة أو خبرة أن يفصل في ذات الموضوع حيث إن ذلك قد يمس بحيادية القاضي.

المطلب الثاني

مراحل الوساطة ونتائجها

تمر الوساطة بعدة مراحل ابتداء من اتجاه الإرادة إلى حل النزاع بالطرق الودية واتفاق الأطراف على ذلك، مروراً بتلك الاجتماعات التي يقوم بها الوسيط

(1) راجع قانون الوساطة الأردني رقم 12 لسنة 2006 حول الموضوع.

(2) تنص المادة 85 من قانون الدعاوي المدنية لجمهورية الصين على أن (المحكمة الشعبية عندما تنظر في قضية مدنية عليها أن تقوم بالوساطة وتوضح ما هو صحيح وما هو خطأ على أساس الحقائق ووفقاً لرغبة طرفي القضية).مشار اليه عند عبدالمجيد غميحة، نظام الوساطة الاتفاقية بالمغرب، بحث منشور بالمجلة المغربية للوساطة والتحكيم، مرجع سابق، ص78

مع طالبي الوساطة للوصول إلى النتائج المرجوة من هذا العمل الودي الذي يحسم النزاع بمراضاة الأطراف، حفاظاً على النسيج الاجتماعي سواء أنجح الوسيط في مبادرته أم فشل؟ ولهذا كانت الوساطة دائماً هي الأفضل في تقريب وجهات النظر القائمة بين الخصوم من خلال ما يقوم به الوسيط.

أولاً : مراحل الوساطة.

1. مرحلة الاتفاق على الوساطة والإعداد لها:

تتميز هذه المرحلة بأن كل طرف يعبر فيها عن إرادته الحرة والخالية من أي عيب على القبول والإيجاب باللجوء إلي فكرة الوساطة لحل المنازعة بينهم، حيث يتم كتابة عقد أو اتفاق بالخصوص مبيناً فيه أسماء الخصوم واسم الوسيط وموضوع المنازعة، كما يجب بيان الوساطة في ذات العقد أو في عقد لاحق.

2. مرحلة اجتماع الوسيط مع الخصوم والشروع فيها:

إن الهدف الأساسي من هذه المرحلة كسر الجمود بين الأطراف وخلق جو مناسب يعطي الثقة للأطراف في حل نزاعهم عن طريق الوساطة، ثم تعطى لهم الفرصة في إبداء طلباتهم وتقديم مستنداتهم ورد كل منهما على الطرف الآخر بما يبديه من دافع أو طلبات، كما يجب على الوسيط أن يترك للخصوم فرصة أن يضعوا من تلقاء أنفسهم حلولاً لمنازعتهم قدر الإمكان، وبعدها يتدخل في شرح

مسار الوساطة والتزامات كل من الوسيط وكل طرف من الأطراف⁽¹⁾، وأهداف هذه الوساطة وبيان القواعد التي تحكم سير جلسات الوساطة مثل عدم مقاطعة الحديث والاحترام المتبادل وسرية التفاوض، فإذا وصل الخصوم إلي وضع حلول يرضى عنها الجميع، فبها ونعمت، وهذا هو الأفضل، ويوثق ذلك الاتفاق أمام الوسيط⁽²⁾، ويوقع عليه الأطراف مع الوسيط، أما إذا حصل غير ذلك، فهنا يتدخل الوسيط بوضع الحلول واقتراحها وعرضها على المتخاصمين دون فرض منه؛ لأن مهمته تقتصر على التقريب بين الخصوم مع اقتراح الحلول فقط.

3. مرحلة التفاوض ودراسة النزاع:

إذا لم يتمكن الوسيط من فض المنازعة، يجوز له أن يؤجل تلك الجلسة، ويحدد جلسة أخرى للتفاوض من أجل إعطاء الفرصة للأطراف في مراجعة أنفسهم وتبادل الآراء، وفي هذه المرحلة يبرز دور الوسيط في إعداد الأرضية المناسبة لفض المنازعة، عن طريق عقد اجتماعات فردية أو جماعية بالأطراف؛ يتم التعامل فيها مع مواضيع النزاع وبخاصة تلك التي مازال الأطراف لم يتوصلوا فيها إلي حل مناسب يرضي الجميع.

(1) راجع الفصل 57، 327 من القانون رقم 05-08 المغربي.

(2) كتيب إجراءات الوساطة لدى المحاكم الأردنية، الدليل الإرشادي بالتعاون ما بين وزارة العدل والوكالة الأمريكية للتنمية الدولية USAID وجمعية المحامين والقضاة الأمريكيين، مبادرة سيادة القانون ص 16-17 مشار إليه عند اسماء امولود، اللجوء الي الوسائل البديلة لفض المنازعات مدخل أساسي للنجاحة القضائية، بحث منشور في المجلة المغربية للوساطة والتحكيم، ص 28.

كما يمكن للوسيط أن يُجزئَ النزاع حيث يفصلُ في الجزء الذي تم الاتفاق عليه، ويؤجل الجزء الآخر إلي اجتماعات أخرى هذا إن كان النزاع يقبل التجزئة، أما إذا كان غير ذلك، فمن الواجب أن يتم فض النزاع بشكل حاسم ونهائي مع ضرورة التنبيه على جواز حضور محامي عن كل طرف والسماح له بالترافع وإبداء الطلبات (1).

4. مرحلة الاتفاق وتسوية النزاع:

هي المرحلة النهائية التي ينطق فيها الوسيط بنتائج مهمته بين الأطراف في حل النزاع في جو حميم بعيد عن المشادات والمشاحنات والكرهية كما هو الحال أمام المحاكم؛ لتبدأ مرحلة التنفيذ (2).

ثانياً: نتائج الوساطة:

إن الهدف من الوساطة هو توصل الأطراف إلي حلّ لنزاعهم بمساعدة وسيط وبعيداً عن الإجراءات القضائية المعقدة، وفي جميع الأحوال يجب تحرير محضر

(1) ولهذا يجب أن تتوفر في الوسيط جملة من الصفات منها تميزه بالصبر وحسن الاستماع مع إتاحة الفرصة للأطراف إلي حلول مبتكرة ومفيدة قادر على تشجيع الاتصال وحسن التفاوض المستمر بحيث يظهر الاحترام لكافة الأطراف ولا يكون متحيزاً وله درجة عالية من التنظيم وثقة بالنفس ويهتم بجمع المعلومات ومساعدة الأطراف في حل نزاعاتهم ويعمل على تشجيع الآخرين وله القدرة على التلخيص دون التحيز لأحد قادر على إبداء النزاهة الكاملة وتمييز في جميع المعلومات مع احترام السرية- انظر أسماء أمولود، مرجع سابق ص 29.

(2) ينص الفصل 68- 327 من القانون رقم 05-08، من قانون المسطرة المغربي على ما يلي: (في حال عدم وقوع الصلح لأي سبب من الأسباب فإن الوسيط يسلم وثيقة عدم وقوع الصلح التي تحمل توقيعاً للأطراف).

مبيّن فيه أسماء الخصوم وموضوع النزاع واسم الوسيط وتاريخ الوساطة والمراحل التي مرت بها مع بيان الحلول المقترحة والنتائج التي توصل لها الوسيط، ولا تخرج عن الآتي.

الحالة الأولى: هي الحالة التي ينجح فيها الوسيط في حل النزاع، وتسويته بطريقة ودية وبالسرعة الممكنة، وفي هذه الحالة يحضر محضر بالخصوص يوقع عليه جميع الأطراف مبيناً فيه الحلول التي توصل إليها مع الخصوم مع إعطاء كل طرف نسخة من الاتفاق ليتم التنفيذ بموجبه.

الحالة الثانية: هي الحالة التي يفشل فيها الوسيط لفض النزاع؛ حيث بعد المناقشات والمفاوضات وتأجيل الجلسات ومحاولة التقريب بين وجهات نظر المتنازعين وأيضاً رفضهم للاقتراحات المقدمة منه، عندها يقوم الوسيط بتحرير محضر موقع عليه من جميع الأطراف أيضاً وكذلك الوسيط مبيناً فيه كل مراحل سير الوساطة وأسباب فشل وساطته على أن يسلم كل طرف نسخة من هذا المحضر.

الحالة الثالثة: هي الحالة التي يستطيع فيها الوسيط النجاح في حل جزء من النزاع وهذا الأمر أيضاً جائز، حيث يدون في محضر الاتفاق كل مراحل سير الوساطة والجزء الذي تم الاتفاق على تسويته ودياً مع إبقاء الجزء الذي فشل الأطراف والوسيط في حله، ويسلم كل طرف نسخة من هذا الاتفاق مع إمكانية تأجيل الشق الذي لم يحصل الاتفاق فيه إلي جلسة أخرى لعل الأطراف والوسيط يجدون حلاً فيما بعد إذا ما قبل الأطراف ذلك الاقتراح.

الخاتمة

في ختام هذه الدراسة لفكرة الوساطة، نخلص إلي وجوب تبني المشرع الليبي تلك الوسائل البديلة لفكرة الدعوى كما فعل المشرع الأردني والمغربي، وقبلهما الفرنسي في قانون خاص يتعلق بتنظيم الوساطة، حتي يمكن كسب الوقت والجهد عن طريق فض المنازعات بالطرق الودية، لما لها من محاسن اجتماعية حميدة في ربط الأواصر بين الناس.

وهذه المؤسسة ينبغي أن تلحق برقابة قضائية في نطاق كل محكمة إضافة إلي ضرورة توافر شروط معينة في من يتولى مهمة الوسيط، من بينها الأقدمية والخبرة والسلوك الحسن، إضافة إلي الرغبة الأكيدة في الانتساب إلي هذه المؤسسة حتي تتم المساهمة في حل المنازعات وتقليلها من أروقة المحاكم نتيجة التراكم الكبير في القضايا مع قلة الإمكانيات المادية والمعنوية لها.

كما ينبغي تمكين الوسيط من آليات تجعله قادراً على فهم دوره بما لا يتعارض مع القوانين السارية، وتحديد ضوابط لأتعب الوسيط على غرار باقي المهن الحرة، مع العمل على نشر ثقافة الوساطة عن طريق الإعلام السمعي والبصري، وكذا عقد العديد من الندوات العلمية في المؤسسات العلمية وإدخال مثل هذه المواضيع ضمن مواضيع الدراسة الجامعية إضافة إلي المساهمة في تكوين مركز خاص بالوساطة وتفعيله ودعمه مادياً ومعنوياً مع خلق مراكز للتكوين والتأهيل بالخصوص، وفي إطار تشجيع الأفراد والمجتمع لتطوير وتفعيل دور الوساطة في حل المنازعات ينبغي ضرورة تعزيز عنصر الثقة بين

الأفراد والوسيط، حيث يتلخص هذا العنصر في أن الأطراف يرغبون ويثقون في عدالة بديلة عن طريق وسيط يتمتع بكافة المميزات التي تجعله قادراً على حسم النزاع، إضافة إلي ضرورة دعم المؤسسات لهذه الفكرة في الواقع العملي عن طريق تدخل الدولة و سن التشريعات التي تجعلها تفرض ضرورة اللجوء إلي الوساطة قبل الولوج إلي المحاكم، مع تولي أشخاص لهم صفات تؤهلهم للقيام بهذه الوسيلة، خاصة من القانونيين الذين اشتغلوا في المهن القضائية أو الذين لهم خبرة طويلة في المجال الحقوقي.

المراجع

أولاً: المعاجم:

1. ابن المنظور، لسان العرب، المجلد الخامس عشر، صادر للطباعة والنشر ط 2010 بيروت.

ثانياً: الكتب:

2. الكوني اعبودة/ قانون علم القضاء، النشاط القضائي، الجزء الثاني ط 1998.

3. الكوني اعبودة، محاضرات لطلبة الدراسات العليا بكلية القانون، جامعة طرابلس وأكاديمية الدراسات العليا.

4. بن سالم أبو ديجا/ الوساطة كوسيلة من الوسائل البديلة لفض المنازعات، مطبعة دار القلم، الرباط ط1، 2009.

5. عبد الباسط محمد عبد الواسع / النظام القانوني لإتفاق التحكيم، دراسة تحليلية، الطبعة الثانية 2008.
6. فتحي والي / قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف الإسكندرية ط 2007.
7. محمد مختار بربري / التحكيم التجاري الدولي ،دار النهضة العربية ،القاهرة، 1999.
8. نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية ،2011.

ثالثا: البحوث:

1. أحمد الفقيه، قراءة في مشروع قانون الوساطة بالمغرب، جمعية التكامل الاجتماعي للقضاء وموظفي المجلس الأعلى، مطبعة الأممية طبعة 2007.
2. أحمد أنور ناجي / الوساطة في منازعات الملكية الفكرية، مجلة الحقوق المغربية العدد 4 لسنة 2012.
3. الحسين بوتين، مدى إمكانية تطبيق نظام الوساطة بالمغرب مجلة المرافقة العدد 4 لسنة 2004.
4. ادريس جلال، الطرق البديلة لحل النزاعات وعلاقتها بالقضاء، مجلة المحاكم المغربية، العدد 112، فبراير 2008
5. أيمن مساعد، الوساطة كوسيلة لتسوية الأزمات في القانون الأردني، مجلة أبحاث جامعة اليرموك، المجلد العشرون العدد 4 لسنة 1937.

6. السعدية مجدي/ الصلح في مسطرة الشقاق، مجلة الحقوق المغربية العدد 4 لسنة 2012.

7. عبد الرحيم صابر ومصطفى كالك، الوساطة وآليات تدبير النزاع، منشور في دليل مدونة الوساطة 2006، المغرب.

8. عبد المجيد غميحة، نظام الوساطة الاتفاقية بالمغرب، المجلة المغربية للوساطة والتحكيم العدد 4 لسنة 2009.

9. كمال الهشومي/ الاعتماد على الوسائل البديلة لحل النزاعات في إطار إصلاح القضاء، نموذج الوساطة كبديل لحل النزاعات، المجلة المغربية للوساطة والتحكيم، العدد 6، السنة 2012.

10. زهور الحر، الصلح والوساطة في القانون المغربي والقانون المقارن المجلة المغربية للوساطة والتحكيم، العدد 4، السنة 2009

رابعا: أعمال الندوات:

1. بن سالم أوديغا، إدماج الوساطة بين النظامين القانوني والقضائي بالمغرب، الندوة الجهوية الحادية عشر، العيون 2007.

2. رياض فخري، قراءة في النظام القانوني للوساطة الاتفاقية في القانون، المغربي، ندوة جامعة محمد الأول، الناظور 2010.

3. محمد سلام، الطرق البديلة لتسوية النزاعات ودورها في تخفيف العبء غلي القضاء وتحقيق التنمية الاجتماعية والاقتصادية، الندوة العلمية لكلية الحقوق/ فاس 2003.

حق المحكوم عليه في معاملة إنسانية

إعداد الأستاذة. إبتسام حسن سالم بن عيسى
عضو هيئة التدريس بالقسم الجنائي
بكلية قانون الخمس جامعة المرقب

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿وَإِذَا سَأَلَكَ عِبَادِي عَنِّي فَإِنِّي قَرِيبٌ ۖ أُجِيبُ دَعْوَةَ الدَّاعِ إِذَا دَعَانِ ۗ

فَلْيَسْتَجِيبُوا لِي وَلْيُؤْمِنُوا بِي لَعَلَّهُمْ يَرْشُدُونَ﴾ [سورة البقرة آية 185]

صَلَّى
عَلَيْهِمْ
الْعَظِيمِ

المقدمة

تحرص النظم العقابية الحديثة على إضفاء طابع إنساني على تنفيذ العقوبة، وذلك بتجنب معاملة المحكوم عليهم بأسلوب يهدر كرامتهم أو إنسانيتهم، وعلى ذلك فإن كل تطور حديث يهدف إلى إصلاح المجرم، ويجب أن يقوم على أساس احترام كرامة الإنسان⁽¹⁾.

(1) مدحت محمد عبد العزيز إبراهيم، حقوق الإنسان في مرحلة التنفيذ العقابي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط2، 2008، ص 74.

وقد تضمن إعلان حقوق الإنسان والمواطن، إبان الثورة الفرنسية سنة 1789 عدة مبادئ تنص على احترام كرامة الإنسان ، مانعاً بذلك تعرضه لأي معاملة من شأنها أن تحط من كرامته.

كما جاء ميثاق الأمم المتحدة سنة 1945، متضمناً الاعتراف بحق الإنسان في الكرامة الإنسانية معلناً " نحن شعوب الأمم المتحدة، وقد آلينا على أنفسنا أن نؤكد من جديد إيماننا بالحقوق الإنسانية للإنسان وبكرامة الفرد وقدره".

ثم تلاه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948 الذي جاء في مادته الأولى "يولد جميع الناس أحراراً متساوين في الكرامة" وبعدها توالت الاتفاقيات الدولية والرسائل مؤكدة حق الإنسان بكرامة إنسانية.

لذلك أصبح من الضروري الاعتراف، بانتماء السجين إلى الأسرة البشرية وبأن له حقاً في الكرامة، دون تمييز بينه وبين الإنسان غير المجرم، وبالتالي أصبح للسجين جملة من الحقوق تضمنها جل القوانين العقابية⁽¹⁾.

فهذه القوانين تحظر استخدام العنف ضد المحكوم عليه (المطلب الأول) كما تحظر استخدام القسوة ضده (المطلب الثاني).

(1) في هذا الشأن يقول نبيل مصطفى خليل : إن هناك حقوقاً يعرف الجميع أن طبيعتها لا تقبل التقييد أو الإنقاص سواء على المستوى العالمي أو الإقليمي، وعدم قابلية بعض هذه الحقوق الأساسية للتقييد أو الإنقاص لم يعد حالياً مجرد اتجاه عقائدي بل هو إنجاز الحضارة الفائق، راجع مؤلفه : آليات الحماية الدولية لحقوق الإنسان، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005، ص 80 وما بعدها.

المطلب الأول

حظر استخدام التعذيب ضد المحكوم عليه

إن معاملة المحكوم عليه بصورة تشعره بآلام جسمية ونفسية أمر منبوذ أخلاقياً و مرفوض من قبل الإنسان ؛ ولكن على الرغم من ذلك ، فإن الواقع يكشف في كثير من الأحيان عن وجود مثل هذه الممارسات، وحتى لا تظل هذه الأفعال تمارس دونما قيود تحد منها، فإن الاتفاقيات الدولية والتشريعات الداخلية⁽¹⁾، قد سعت جاهدة من أجل حظرها ، وستتطرق في هذا المطلب إلى

(1) فعلى سبيل المثال، نصت المادة (26) من دستور الإمارات العربية المتحدة على أنه "... لا يعرض أي إنسان للتعذيب أو المعاملة الحاطة بالكرامة"، ونصت المادة (19 / د) من دستور البحرين على أنه " لا يعرض أي إنسان للتعذيب المادي أو المعنوي، أو للإغراء، أو للمعاملة الحاطة بالكرامة، ويحدد القانون عقاب من يفعل ذلك، كما يبطل كل قول أو اعتراف يثبت صدوره تحت وطأة التعذيب أو الإغراء أو لتلك المعاملة أو التهديد بأي منها".

ونصت المادة (36) من الدستور القطري على أنه "... لا يعرض أي إنسان للتعذيب أو للمعاملة الحاطة بالكرامة، ويعتبر التعذيب جريمة يعاقب عليها القانون".

ونصت المادة (3/28) من الدستور السوري على أنه: " لا يجوز تعذيب أحد جسدياً أو معنوياً أو معاملته معاملة مهينة ، ويحدد القانون عقاب من يفعل ذلك".

ونصت المادة (18) من الدستور الصومالي على أن " الإيذاء الجسماني أو المعنوي ضد أي شخص مفروض على حريته الشخصية أي قيد من القيود يعتبر جريمة تستوجب العقاب".

ونصت المادة (20) من النظام الأساسي لسلطنة عمان على أنه: " لا يعرض أي إنسان للتعذيب المادي أو المعنوي أو للإغواء أو للمعاملة الحاطة بالكرامة، ويحدد القانون عقاب من يفعل ذلك..".

ونصت المادة (31) من الدستور الكويتي على أن " لا يعرض أي إنسان للتعذيب أو للمعاملة الحاطة بالكرامة".

ونصت المادة (34) من هذا الدستور على أن: "... يحظر إيذاء المتهم جسمانياً أو معنوياً".

مفهوم التعذيب، وبيان صفة مرتكبه في (الفرع الأول) ثم تجريم استخدامه في (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم التعذيب وصفة مرتكبه

قد اختلفت الصيغ والأفكار التي تطرقت لمفهوم التعذيب كل حسب أسلوب تعبيره والركائز التي ينطلق منها، إلا أنها اجتمعت على النقطة التي تمثل صلب التعذيب، ألا وهي (الألم الجسدي والنفسي) الذي يلحق المحكوم عليه، ولما كان التعذيب عبارة عن سلوك ينتج عنه ألم بالمحكوم عليه، فإنه لا بد أن يكون هذا السلوك صادراً عن شخص ما ، وقد اشترط القانون في مرتكبه صفة معينة.

ولتوضيح ذلك وجب أولاً تحديد مفهوم التعذيب ، وثانياً بيان صفة مرتكب التعذيب.

ونصت المادة (42) من الدستور المصري على أن : " كل مواطن يقبض عليه أو يحبس أو تقيد حريته بأي قيد يجب معاملته بما يحفظ عليه كرامة الإنسان ، فلا يجوز إيذاؤه بدنياً أو معنوياً، كما لا يجوز حجزه أو حبسه في غير الأماكن الخاضعة لقوانين تنظيم السجون..."، نقلاً عن : سعدي محمد الخطيب، حقوق السجناء وفقاً للأحكام والمواثيق الدولية لحقوق الإنسان والديساتير العرفية وقوانين أصول المحاكمات الجزائية والعقوبات وتنظيم السجون وحماية الأحداث، منشورات الحلبي، بيروت، لبنان، ط1، 2010، ص 26 وما بعدها.

أولاً : مفهوم التعذيب

التعذيب لغة هو "العذاب ، ويعني النكال والعقوبة"⁽¹⁾، وقد تطرقت عديد الاتفاقيات الدولية إضافة إلى الفقه الدولي لتعريف التعذيب.

اعتبر التعذيب مصطلحاً عاماً يستعمل لوصف أي عملية تنزل آلاماً جسدية أو نفسية بإنسان ما وبصورة متعمدة ومنظمة كوسيلة لاستخراج معلومات أو الحصول على اعتراف أو لغرض التخويف والترهيب أو كشكل من أشكال العقوبة أو وسيلة للسيطرة على مجموعة معينة تشكل خطراً على السلطة المركزية. تستعمل التعذيب في بعض الحالات لفرض مجموعة من القيم والمعتقدات التي تعتبرها الجهة المعذبة قيماً أخلاقية⁽²⁾.

كما عرف النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية (نظام روما) التعذيب بأنه "جريمة تقوم على إلحاق ألم شديد أو معاناة شديدة جسدياً أو عقلياً للحصول على معلومات أو اعترافات أو إنزال عقوبة أو الترويع أو الإكراه أو لأي سبب يعود لأي شكل من أشكال التمييز"⁽³⁾.

وقد عرفت المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة في الحكم الصادر عن الدائرة الابتدائية في 26 فبراير 2001 في قضية المدعي العام ضد

(1) ابن منظور، لسان العرب، مجلد 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2003، ص 682.

(2) فرانسوا أبو شيه سولينيه، القاموس العالمي للقانون الإنساني، دار العلم الملايين، القاهرة، مصر، ط1، 2006، ص 206.

(3) القانون الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية المادة (8) (2) (أ) (خ) و (ج) (1).

"داريو كوديتس وماريو سر كيز التعذيب بأنه "تعمد إحداث معاناة شديدة أو إلحاق أذى خطير بالجسم أو الصحة، وهذه الجريمة تشكل فعلاً أو امتناعاً متعمداً يتسبب في آلام أو إصابات خطيرة عقلية أو بدنية، شريطة إثبات المستوى المطلوب من الآلام"⁽¹⁾، إن المحكمة في تعريفها لجريمة التعذيب أخذت بنص المادة الثانية من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة.

وعرفت منظمة العفو الدولية التعذيب بأنه "توقيع آلام بصورة قصدية من طرف مرتكب التعذيب على ضحيته بهدف الوصول إلى غايته رغماً عن إرادة الشخص الضحية"⁽²⁾.

وعرفت الجمعية الطبية العالمية في بيان طوكيو لسنة 1975 التعذيب بأنه " يتمثل في الآلام الجسمية والنفسية المسلطة، وتكون مقصودة ومنظمة أو دون أي سبب ظاهر من طرف شخص أو عدة أشخاص قاموا بهذه الأعمال من تلقاء أنفسهم أو تنفيذاً لأوامر تلقوها وللحصول على معلومات أو اعترافات أو تعامل من طرف الضحية أو لأي سبب آخر"⁽³⁾.

أما اتفاقية مناهضة التعذيب لسنة 1984 فقد عرفت التعذيب في المادة الأولى بأنه " أي عمل ينتج عنه ألم أو عذاب شديد ، جسدياً كان أو عقلياً ، يلحق عمداً

-
- (1) النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا، مادة (2).
 - (2) علي الزمالي، مناهضة التعذيب، مذكرة للحصول على الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس، غير منشورة، 2004-2005، ص 4.
 - (3) ميثاق طوكيو، الجمعية الطبية العالمية لعام 1975، منظمة العفو الدولية، الأطباء والتعذيب بين المشاركة والصمود، طبع بفرع تونس، ص 3، ص 159.

بشخص ما، بقصد الحصول من هذا الشخص أو من شخص ثالث على معلومات أو على اعتراف، أو معاقبته على عمل ارتكبه، أو يشتبه في أنه ارتكبه هو أو شخص ثالث، أو تخويله أو إرغامه هو أو شخص ثالث وعندما يلحق هذا الألم أو العذاب به لأي سبب من الأسباب يقوم على التمييز أياً كان نوعه أو يحرض عليه، أو يوافق عليه أو سكت عنه موظف رسمي أو شخص ثالث يتصرف بصفته الرسمية ولا يتضمن ذلك الألم العذاب الناشئ فقط عن عقوبات قانونية أو الملازم لهذه العقوبات أو الذي يكون نتيجة عرضية لها".

يستفاد من هذا النص أن واضعي الاتفاقية قصروا ارتكاب جريمة التعذيب على الموظف صاحب الصفة الرسمية، إلا أنه أثناء النزاعات المسلحة الدولية أو غير الدولية قد يرتكبها غير الموظف الرسمي، فهذه الاتفاقية استندت إليها المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة في أحكامها باعتبارها تدرج في إطار القواعد العرفية الدولية لذلك فهي تشكل قواعد دولية يمكن الاستناد إليها مع قواعد القانون الدولي الإنساني⁽¹⁾.

وتعتبر اتفاقية مناهضة التعذيب لسنة 1984 تويجاً لمجهودات الأمم المتحدة في مناهضة التعذيب بعد إصدارها إعلان مناهضة التعذيب سنة 1975، حيث عرف التعذيب بأنه " أي عمل ينتج عنه ألم أو عناء شديد، جسدياً كان أو عقلياً،

(1) كنوت دورمان، اللجنة التحضيرية للمحكمة الجنائية الدولية، أركان جرائم الحرب، تقديم: أحمد فتحي سرور، القانون الدولي الإنساني، التحقيق على الصعيد الوطني، ط1، 2003، دار المستقبل العربي، د. م، ص 499.

يتم إلحاقه عمداً بشخص ما ، بفعل أحد الموظفين العموميين أو بتحريض منه ، لأغراض مثل الحصول من هذا الشخص أو من شخص آخر على معلومات أو اعتراف ، أو معاقبته على عمل ارتكبه أو يشتبه في أنه ارتكبه أو تخويله أو تخويل أشخاص آخرين ، ولا يشمل التعذيب الألم أو العناء الذي يكون ناشئاً عن مجرد جزاءات مشروعة أو ملازماً لها أو مترتباً عليها في حدود تمشي ذلك مع القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء⁽¹⁾.

يرى بعض الفقهاء أن هذا الإعلان أشمل من اتفاقية مناهضة التعذيب لسنة 1984 فيما يتعلق بالغاية أو المأرب من التعذيب⁽²⁾، كما لم يربط وجود جريمة التعذيب بالموظف ذي الصفة الرسمية وإنما أتى في صيغة مطلقة، في حين أن الاتفاقية قصرت فعل التعذيب على الموظف الرسمي.

وتري اللجنة الدولية للصليب الأحمر المنظمة أن هناك جانبين للتعذيب: أحدهما نفسي ، والأخر بدني ، ولا يمكن فصل أحدهما عن الآخر، وأن التعذيب ينطوي على عنصر ذي دلالة ثقافية⁽³⁾.

(1) إعلان الجمعية العامة، قرار رقم 2453 لسنة 1975، مجموعة حقوق الإنسان صكوك

الدولية، المجلد 1، الجزء الأول، الأمم المتحدة 1993، نيويورك.

(2) حسن سعد، سند الحماية لحق الإنسان في السلامة الجسدية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط2، 2004، ص 352.

(3) اللجنة الدولية للصليب الأحمر، عمل اللجنة الدولية للصليب الأحمر لصالح السجناء، مطبوعات اللجنة الدولية، جنيف، ص 21.

أما في الفقه ، فقد تطرق العديد من الفقهاء إلى تحديد تعريف للتعذيب، ومن ذلك أن "التعذيب بمفهومه الدقيق ينطوي على قدر من الجسامة والخطورة، بحيث يلغي من يمارسه كافة اعتبارات الإنسانية والاحترام الواجب لأدمية الإنسان حين يقوم بممارسة هذه الأفعال"⁽¹⁾.

أما المشرع الليبي فلم يعرف التعذيب، ولم يشترط له درجة معينة من الجسامة، وبذلك فالأمر متروك لتقدير قاضي الموضوع، وتبين ذلك من خلال ما نصت عليه المادة 435 ق.ع.ل والمعنونة كالآتي "تعذيب المسجونين".

وفي السياق نفسه لم يعرف المشرع المصري التعذيب ولم يشترط له درجة معينة من الجسامة، والأمر في ذلك متروك لتقدير محكمة الموضوع، وقد تصدت محكمة جنايات طنطا لتحديد مفهوم التعذيب والمقصود بالمادة 126 ق.ع.م على رأسها " أنه الإيذاء القاسي العنيف الذي يفعل فعله ويفت من عزيمة المعذب، فيحمله على قبول الإدلاء بالاعتراف للخلاص منه"⁽²⁾.

وانطلاقاً من هذه التعريفات ، فإن التعذيب يتخذ صورتين : إحداها بدنية ، والأخرى نفسية، الأولى تتمثل في التعذيب المادي ، والثانية تتمثل في التعذيب

(1) عبد الفتاح بيومي حجازي، المحكمة الجنائية الدولية، دار الفكر الجامعي، القاهرة، مصر، د. ط، 2004.

(2) محكمة جنايات طنطا في 28-7-1927 م، المجموعة الرسمية، ص 28، رقم 115، مشار إليه في بهاء الدين إبراهيم، عصمت عدلي، طارق إبراهيم الدسوقي، حقوق الإنسان بين التشريع والتطبيق، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ط 2005، ص 354.

المعنوي ، وبالتالي فإن التعذيب يتجسد في الآلام والمعاناة التي تلحق الفرد أو الجماعة لغرض محدد.

ثانياً : صفة مرتكب التعذيب

اشترط المشرع الليبي لوقوع جريمة التعذيب، أن يقوم به موظف عمومي وهذا ما نصت عليه المادة 435 ق.ع. ل المعنونة " تعذيب المسجونين "التي تنص على أن " كل موظف عمومي يأمر بتعذيب المتهمين أو يعذبهم بنفسه...".

وقد عرف المشرع الليبي الموظف العام في المادة 16/ 4 ق.ع. ل بأنه " كل من أئيطت به مهمة عامة في خدمة الحكومة أو الولايات أو الهيئات العامة الأخرى ، سواء كان موظفاً أو مستخدماً دائماً أو مؤقتاً ، براتب أو بدونه ، ويدخل في ذلك محررو العقود والأعضاء المساعدون في المحاكم والمحكمون والخبراء والترجمة والشهود أثناء قيامهم بواجباتهم".

ويلزم أن يصدر من الموظف العمومي أحد أمرين : إما فعل التعذيب الذي يقع مباشرة من الموظف العمومي، وإما الأمر به، أي أن يكلف شخصاً آخر بالقيام بفعل التعذيب، وفي كلتا الحالتين يعتبر الموظف العمومي فاعلاً أصلياً في جريمة التعذيب وليس شريكاً.

وما تجدر ملاحظته أن الموظف العمومي في جريمة التعذيب لا يهدر سلوكه الإجرامي مصلحة قانونية واحدة تتمثل في حق الشخص في سلامة جسمه وعدم المساس بكرامته الإنسانية، بل يهدر أيضاً مصالح أخرى كمصلحة العدالة التي تتمثل في حماية حرية المتهم وصون اعترافه من الإكراه المادي والمعنوي،

ومصلحة الإدارة التي تتمثل في عدم تعدي الموظف العمومي حدود وظيفته، وذلك بتعذيب المشتبه فيه أو المتهم أو السجين.

وعلى الرغم من تعدد المصالح القانونية التي تتعرض للعدوان بسبب سلوك الموظف العمومي في جريمة التعذيب فإنه مما لا شك فيه أن المصلحة الغالبة من بين تلك المصالح هي مصلحة الشخص في سلامة جسمه، وعدم الاعتداء على كرامته الإنسانية.

والأمر بالتعذيب من قبل الموظف العمومي يتخذ شكلين، فقد يكون إيجابياً أو سلبياً، فبالنسبة لشكل الأمر بالتعذيب الإيجابي فأصداره يكون كافياً لقيام هذا النوع من الأمر، إذ لا يشترط أن يكون الأمر في شكل معين، قد يصدر الأمر صريحاً مباشرة، وقد يكون ضمناً وذلك بالإشارة إلى علامة متفق عليها مسبقاً⁽¹⁾.

كما يتحقق التعذيب عن طريق الإذن بالتعذيب، وهو أن المرؤوس يبادر ويقترح على الرئيس أن يقوم بفعل التعذيب، فيعبر الرئيس عن عدم اعتراضه أو موافقته، وفي هذه الحالة فالأمر بالتعذيب يصدر بشكل إيجابي أيضاً⁽²⁾.

(1) منية بنت عبد الله ورغي، التعذيب وآليات مناهضته في القانون الجنائي التونسي والاتفاقيات الدولية، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة المرقب، ترونة، 2008 - 2009، ص 82 وما بعدها.

(2) حياة عباس، " التعذيب بين الواقع والقانون"، مذكرة للحصول على شهادة الدراسات المعمقة في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس، 1991 - 1992، ص 124.

أما شكل الأمر بالتعذيب السلبي فالرئيس لم يعد مضطراً لإصدار الأمر بل إنه يعبر عن موافقته لممارسات التعذيب بمجرد عدم الاعتراض على الاعتداءات الواقعة على جسد المجني عليه.

وكتيجة مرتبة على هذه الأفعال المجرمة، قرر المشرع الليبي معاقبة الموظف العام في المادة 435 عقوبات سالفه الذكر، "بالسجن من ثلاث سنوات إلى عشر".

وبالرغم من هذا الموقف الذي يحمده للمشرع الليبي، فإنه يؤخذ عليه عدم تعريفه للتعذيب وعدم تحديده للأفعال التي تعتبر تعذيباً وبذلك يبقى النص غامضاً، فلمن يعود تقدير فعل ما بأنه تعذيب أم أنه ليس كذلك، هل تعود المسألة للسلطة التقديرية للقاضي؟

كما لم يذكر الغاية أو الهدف من التعذيب حتى يمكن تمييزه عن أفعال مشابهة أخرى، وقصر فعل التعذيب على الموظف العمومي فقط إذا أمر به أو قام بالعمل بنفسه.

الفرع الثاني

حظر التعذيب

سعيًا وراء الرقي بالمعاملة الإنسانية وبعيداً عن المساس بقيمة الفرد الإنسان واحتراماً لها وهي متجسدة في ذات المحكوم عليه، ظهر إلى حيز الوجود العديد من الاتفاقيات الدولية والقوانين الداخلية التي تحظر التعذيب باعتباره من

أبرز أساليب المساس بالقيمة الإنسانية للفرد ، الأمر الذي يستلزم البحث في تجريم استخدام التعذيب وفقاً للقواعد العامة (أولاً)، وفي تجريم استخدام التعذيب وفق الأحكام الخاصة (ثانياً).

أولاً: تجريم استخدام التعذيب طبقاً للقواعد العامة

يعتبر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر بتاريخ 10 ديسمبر 1948 أول وثيقة دولية تهتم بحقوق الإنسان، وتهدف إلى ضمان وتعزيز الاحترام والمراعاة العالميين لحقوق الإنسان وحرياته⁽¹⁾. ولن يتم هذا الاحترام إلا بصيانة كرامة الإنسان والحفاظ على سلامته البدنية والعقلية، وهكذا قرر الإعلان في مادته الخامسة أنه " لا يجوز إخضاع أحد للتعذيب ولا للمعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو الحاطة بالكرامة".

والمتمعن في هذا النص يستنتج المنع المطلق للتعذيب، بحيث لا يمكن لأي أحد أن يستخدمه لتحقيق أغراض معينة، ويمكن الاستناد لهذا الإعلان في زمن السلم والحرب ، فالحظر حسب النص حظر مطلق.

غير أن هذا الإعلان يطرح تساؤلاً جوهرياً حول القوة الملزمة للقواعد والمبادئ التي يتضمنها ؛ فمن جهة ليس للإعلان أي قيمة قانونية ملزمة للدول ، ويبقى مجرد توصية صادرة عن الجمعية العامة ، ويسمى "بالقانون اللين"

(1) الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

أو "القانون المتساهل"⁽¹⁾ وهي قيمة معنوية وأخلاقية وغير ملزمة ، باعتباره لا يرقى إلى درجة قواعد القانون الدولي الملزمة..

يضم الإعلان العالمي لحقوق الإنسان مجموعة من المبادئ ، كالحق في الحياة وصيانة الذات البشرية من التعذيب ومبادئ أخرى تُعنى بحماية حقوق الإنسان، ولذلك فإنه حُرِّيَّ بالمجتمع الدولي الالتزام بهذه المبادئ والقواعد التي تتأتى قيمتها القانونية من كونها قواعد أو مبادئ ذات قيمة عرفية ، بل قد تكون قواعد أمرّة⁽²⁾.

وترى منظمة العفو الدولية أن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان يشكل صكاً مرجعياً ربيعاً ينطبق على جميع الدول، لأنه أصبح مرجعاً للمعاهدات الدولية الهادفة لحماية حقوق الإنسان وللعديد من الدساتير الوطنية.

(1) القانون اللين، SOFTLAW.

(2) في حين يرى شارك مالك رئيس المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للأمم المتحدة العربي الوحيد الذي شارك في إعداد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في رده علي الدين لا مأخذ الجد التزام الدول باحترام الإعلان أنه إذا استهزأ المشككون بقرار قيمته أنه توصية للدول الأعضاء فليتذكروا أن قرار تقسيم فلسطين كان أيضاً توصية من قبل الهيئة العامة، وإذا يتمتع الإعلان العالمي حقوق الإنسان بنفس القيمة القانونية التي يتمتع بها قرار 29نوفمبر 1947 بتقسيم فلسطين وإذا وجد قرار 29 نوفمبر قوى عالمية دفعته شوطاً بعيداً نحو التنفيذ، أفلا يمكن أن تعباً إرادات أمام الانتقادات التي وجهت للإعلان وأمام انتهاكات مازالت تمارس في حق الفرد "

- علي ضوى، القانون الدولي العام، دار الكتب الوطنية، بنغازي، ليبيا، 2، سنة 2005، ص 376.

العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966

اعتمد من قبل الجمعية العامة عام 1966 ودخل حيز النفاذ في 23 مارس 1966. ولما كان التعذيب من أوسع مظاهر انتهاك حقوق الإنسان فقد نص في مادته السابعة على أنه " لا يجوز إخضاع أي شخص للتعذيب ولا لعقوبات أو معاملة وحشية لا إنسانية، أو حاطة من قدره ويمنع خاصة إخضاع أي شخص دون رضاه الحر لاختبار طبي أو علمي معين". وبهذا النص فإن العهد حظر التعذيب حظراً تاماً بالإضافة إلى أن العهد يسري في كل الأوقات في السلم والحرب، غير أنه تضمن أحكاماً استثنائية وهي حالة الطوارئ ولكن هذا القيد لا يكون إلا في الإطار الضيق ويشترط أن تكون هذه الإجراءات متوافقة مع الموجبات الأخرى التي يفرضها القانون الدولي⁽¹⁾.

ونصت المادة 4 / 2 على أن التقييد أو الاستثناء لا يشمل بعض نصوص العهد ، ومنها المادة 7 التي تحظر التعذيب ، وعليه فإن تحريم التعذيب يسري في السلم والحرب والاضطرابات.

اتفاقية حقوق الطفل :

نصت المادة 37 من اتفاقية حقوق الطفل على " ألا يعرض أي طفل للتعذيب أو لغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة".

(1) العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، مادة (4) فقرة (1).

وشدّدت هذه الاتفاقية على التزام الدول الأطراف باحترام قواعد القانون الدولي الإنساني المنطبقة عليها في النزاعات المسلحة وذات الصلة بالطفل وأن تضمن هذه القواعد⁽¹⁾ وأقرت بعض التدابير الوقائية لضمان حماية ورعاية الأطفال المتأثرين بنزاع مسلح بالفقرة الرابعة من المادة 38 ويكون ذلك بالالتزام الدول بموجبات القانون الدولي الإنساني بحماية المدنيين.

إن الطفل يمثل حالة خاصة نظراً للاحتياجات التي يتطلبها بالإضافة إلى أن درجة تحمله للآلام والمعاناة التي يتسبب فيها التعذيب وغيرها من المعاملات القاسية ليست بالدرجة التي يتحملها الكبار ، الأمر الذي يفرض على المتحاربين توفير حماية أكبر للأطفال.

اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة لعام 1984 :

قد نصت المادة 1/2 على أن " تتخذ كل دولة طرف إجراءات تشريعية، إدارية وقضائية وغيرها من الإجراءات لمنع اقتراف أعمال التعذيب"، وأكدت الاتفاقية أنه لا يمكن اتخاذ أي ظرف استثنائي كالحرب أو التهديد بالحرب أو احتمال وقوع خطر كالأضطرابات الداخلية لتبرير أفعال التعذيب⁽²⁾.

ونصت الفقرة الثالثة من المادة (2) على أنه "لا يمكن التذرع بأمر سلطة أعلى لتبرير أفعال التعذيب" فالمساءلة القانونية والقضائية توجه للقائم بأفعال التعذيب

(1) اتفاقية حقوق الطفل، مادة 38 / 1.

(2) اتفاقية مناهضة التعذيب، مادة 1 / 2.

حتى ولو أمر من قبل رئيسه والذي بدوره يكون محلاً للتبع القضائي، كما اعتبرت الاتفاقية أن تسليم أي شخص لدولة أخرى يعتقد أنها ستقوم بتعذيبه هو مخالف لأحكام الاتفاقية⁽¹⁾.

كما تعهدت الدول الأطراف في هذه الاتفاقية بتجريم جميع أعمال التعذيب، أو محاولة ممارسة التعذيب أو المشاركة في عمل التعذيب.⁽²⁾ ولتعزيز الحماية من التعذيب أقرت الاتفاقية بالمادة 2/4 توقيع العقوبات اللازمة على مرتكبي جريمة التعذيب.

مما لاشك فيه أن هذه الاتفاقية ملزمة لجميع الأطراف، واعتمدها المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا باعتبارها أصبحت من القواعد العرفية الدولية لحقوق الإنسان.

إعلان مناهضة التعذيب 9 ديسمبر 1975

عرّف هذا الإعلان التعذيب بمادته الأولى، ثم أذن التعذيب بوصفه إنكاراً لمقاصد ميثاق الأمم المتحدة وانتهاكاً لحقوق الإنسان والحريات الأساسية المنصوص عليها في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان "بالمادة الثانية" وأيضاً شدد في "مادته الثالثة" على عدم السماح بالتعذيب لأي دولة في الظروف الاستثنائية، مثل حالة الحرب أو خطر الحروب واتخاذها ذريعة لتبرير التعذيب.

(1) اتفاقية مناهضة التعذيب، مادة 3 / 2.

(2) اتفاقية مناهضة التعذيب، مادة 4 / 2.

كذلك تضمن الميثاق العربي حظراً لأي ممارسة لأفعال التعذيب ؛ إذ شدّد بالمادة 8 / 1 على منع التعذيب ، واعتبره جريمة لا تسقط بالتقادم⁽¹⁾ كما يمكن ملاحقة مرتكبه مهما تقدم الزمن والهدف من ذلك الحماية من التعذيب مستقبلياً ورد الاعتبار لمن مورس ضدهم التعذيب.

كما أكد الميثاق الإفريقي في المادة 5 حماية الإنسان من أفعال التعذيب ، حيث جاء بها " لكل فرد الحق في احترام كرامته الملازمة للشخص البشري وبالاعتراف بشخصيته القانونية، وحظرت كل أشكال الاستغلال والإذلال للإنسان و لاسيما العبودية وتجارة الرقيق والتعذيب الجسدي والمعنوي والعقوبات أو المعاملة الوحشية للإنسانية أو المذلة..".

قد حرّم الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان أفعال التعذيب تحريماً قاطعاً، وقررت الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان منع التعذيب بالمادة الثالثة حيث نصت على أنه " لا يجوز إخضاع أي كان للتعذيب ولا لعقوبات أو معاملة لا إنسانية أو مذلة".

وأيضاً شددت معاهدة حقوق الإنسان الأمريكية على حظر التعذيب واعتباره انتهاكاً لحقوق الإنسان وذلك بالمادة الخامسة من الاتفاقية كما أقرت مجموعة من التدابير والإجراءات لقمع مرتكبي أفعال التعذيب على النطاق الأمريكي.

(1) الميثاق العربي لحقوق الإنسان، مادة 1 / 2.

وتجدر الإشارة إلى وجود اتفاقيات إقليمية متخصصة في الحماية من التعذيب.

حيث أكدت الاتفاقية الأوروبية لمناهضة التعذيب بالمادة 30 على أنه "لا يجوز إخضاع أي أحد للتعذيب ولا للمعاملة أو العقوبة غير الإنسانية أو المهينة للكرامة". كما كرست العديد من التدابير للحماية والوقاية من التعذيب.

كما أقرت اتفاقية الدول الأمريكية لمنع التعذيب والمعاقبة عليه الولاية القضائية الشاملة على التعذيب بين الدول الأطراف في منطقة الأمريكيتين ، وحددت مجموعة من التدابير المتعلقة بمنعه والتحقيق فيه وتقديم المسؤولين عن ارتكابه إلى القضاء ومنح تعويضات إلى الضحايا.

إن تعدد المعاهدات الدولية التي تمنع التعذيب يؤكد إجماع المجتمع الدولي على خطورة هذه الجريمة النكراء ، ويتجلى هذا الخطر خصوصاً في القانون الدولي لحقوق الإنسان الذي يكرس الحماية من التعذيب في زمن السلم وفي وقت الحرب من خلال مجموعة من التدابير الوقائية والعقابية التي تحد من استخدام التعذيب.

والخلاصة أن القانون الدولي يحظر التعذيب بشكل قاطع ، وذلك بموجب ميثاق الأمم المتحدة من خلال تحريمه لاستخدام القوة المسلحة في العلاقات الدولية وبموجب اتفاقيات جنيف لعام 1949 والبروتوكولين الإضافيين لسنة 1977 التي تشكل قواعد القانون الدولي الإنساني علاوة على منعه بمقتضى القانون الدولي لحقوق الإنسان وغايتها هي حفظ وصيانة إنسانية الإنسان ، وحماية

حياته وسلامته الجسدية والعقلية ولذلك فإن اتفاقيات حقوق الإنسان تسري جنباً إلى جنب مع القانون الدولي الإنساني وتعتبر قواعد القانونين ملزمة لجميع الدول الأطراف باعتبارها قواعد أمرة ، إضافة إلى كونها قواعد تهم حقوق الإنسان لا يمكن مخالفتها.

صفوة القول أن الجهود لم تقف عند هذا الحد ، بل أرادت أن تخصص ما هو عام فانتقلت من المبادئ العامة إلى الأحكام الخاصة.

ثانياً : حظر استخدام التعذيب طبقاً للأحكام الخاصة

" يعد حق الكرامة الإنسانية من الحقوق الأساسية للإنسان، وهي تتجسد في كل ما يتصل بقيمة الإنسان في وجوده المادي والمعنوي والعقلي ، وإن كان البشر مختلفين في تكوينهم النفسي والاجتماعي.. إلا أن صفة التكريم تظل ملازمة للوجود الإنساني، ودونما الحاجة إلى البحث في معيارية التحديد للكرامة الإنسانية، فأى مساس أو أي اعتداء على كرامة الإنسان، يعدّ "تعذيباً" وهو مجرم فضلاً عن أنه محرّم"⁽¹⁾.

ولعل جل الاتفاقيات سعت في إطار حمايتها لحقوق الإنسان إلى مناهضة التعذيب بكل أشكاله التقليدية والمستحدثة، حيث حرمت هذا الوباء العالمي، وحددت الأفعال المكونة لجريمة التعذيب، إلا أن الاتفاقيات الدولية تبقى قاصرة لوحدها على تحقيق هذه الحماية الناجعة ضد التعذيب إن لم

(1) ميلود المهدي، محاضرات في حقوق الإنسان، ج2، دار الرواد، طرابلس، ليبيا، ط1، 2007 م،

يعارضها مجهود داخلي للدول، وفي هذا الإطار حثت اتفاقية مناهضة التعذيب الدول على تجريم التعذيب في صلب قوانينها الداخلية، وأن تتخذ الإجراءات المناسبة لذلك على مستوى القواعد الموضوعية والإجرائية.

أولاً. تجريم التعذيب على مستوى القواعد الجنائية الموضوعية

تنص المادة الرابعة من اتفاقية مناهضة التعذيب، "على أن تضمن كل دولة طرف أن تكون جميع أعمال التعذيب جرائم بموجب قانونها الجنائي". وأضافت الفقرة الثانية من نفس المادة أنه "تجعل كل دولة طرف هذه الجرائم مستوجبة للعقاب بعقوبات مناسبة، تأخذ في الاعتبار طبيعتها الخطيرة...".

ويكون التجريم بالنص في صلب القانون الداخلي، على أن التعذيب جريمة معاقب عليها، وعلى أن يقع ضبط مختلف الأركان الضرورية لاكتمال الجريمة، وتمييزها عن بقية الأفعال التي تكون مكونة لجرائم أخرى، مثل الاعتداء بالعنف أو التعدي على الحرية الذاتية دون موجب.

قد يتبادر للذهن أن نص العديد من الدول على تجريم التعذيب جاء بالضرورة إثر مصادقتها على اتفاقية مناهضة التعذيب، ولكن الأمر على العكس من ذلك، فقد تضمنت بعض الدساتير الصادرة بتاريخ سابق تجريماً للتعذيب، ولعل ذلك كان من الأساس تماشياً إما مع مقتضيات المادة الخامسة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وإما استجابة لأحكام المادة السابعة من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.

وفي هذا الإطار منع المشرع الليبي التعذيب⁽¹⁾. فوفقاً لقانون العقوبات يعد التعذيب جنائية معاقبا" عليها بالسجن من ثلاث سنوات إلى عشر (المادة 435 ق.ع. ل) سالفه الذكر، كما جرم قانون العقوبات قبض الموظفين العموميين على الناس بدون حق.

يتضح مما تقدم أن القانون الجنائي الموضوعي حظر التعذيب بنصوص صريحة، حيث جرمه وقرر معاقبة مرتكبه. وللقانون الجنائي الإجرائي أيضاً "دور داعم لحرريات الأفراد ولعدم تعرضهم للتعذيب .

ثانياً : حظر التعذيب وفقاً للقواعد الإجرائية

مما لا شك فيه أن القواعد الجنائية الإجرائية هي تفعيل للقواعد الجنائية الموضوعية، ونظراً لأهمية تجريم التعذيب، يستوجب أن تلعب القواعد الجنائية الإجرائية دورها في اجتثاث هذه الآفة والقضاء عليها، خاصة وأنه من المعلوم أن أفعال التعذيب ترتكب بشكل أكثر حدة وتكراره ضد المتهمين للحصول منهم

(1) هناك دول صادقت على الاتفاقية، إلا أنها تنص في قانونها الداخلي على تجريم التعذيب ، من ذلك القانون البيروني مثلاً قبل 1998 م، مما حدا بلجنة مناهضة التعذيب إلى الإيحاء بتعريف التعذيب كجرم مستقل يعاقب عليه بالعقوبة المناسبة لخطورته، كما شددت لجنة الأمم المتحدة من ناحيتها على أنه بموجب المادة الرابعة من الاتفاقية، فإنه يتوجب جعل أعمال التعذيب جريمة بمقتضى القانون الجنائي الوطني، كما أوصى المقرر الخاص المعني بالتعذيب بتعيين التعذيب وتعريفه في التشريع الوطني باعتباره جريمة محددة في غاية الخطورة تقرير المقرر الخاص المعني بالتعذيب للجلسة 56 للجمعية العامة للأمم المتحدة، فبراير 2001 م، الفقرة 39.

على الاعتراف أو على معلومات أو غير ذلك من طرف المكلفين بإنفاذ القوانين بمناسبة الاعتقال والاستجواب.

لذلك نص المبدأ (21) من مجموعة المبادئ المتعلقة بالاعتقال على أن " يحظر استغلال حالة الشخص المحتجز أو المسجون استغلالاً غير لائق بغرض انتزاع اعتراف منه، أو إرغامه على تجريم نفسه بأية طريقة أخرى، أو الشهادة ضد أي شخص آخر، كما لا يعرض أي شخص محتجز أثناء الاستجواب للعنف أو التهديد أو لأساليب استجواب، تنال من قدرته على اتخاذ القرارات أو من حكمه على الأمور"⁽¹⁾.

كما أوصت لجنة مناهضة التعذيب في السياق نفسه باعتماد تدابير تشريعية، تمنح المشتبه بهم الحق في التزام الصمت، والحق في الفحص الطبي فور اعتقالهم أو بعد كل جلسة من جلسات الاستجواب، وقبل مثلهم أمام قاضي التحقيق أو قبل الإفراج عنهم⁽²⁾.

كما أوصى المقرر الخاص المعني بالتعذيب، بأنه "ينبغي للأحكام القانونية أن تكفل منح المحتجزين إمكانية الحصول على خدمات محام في غضون 24 ساعة من عملية الاحتجاز"⁽³⁾.

(1) تقرير لجنة مناهضة التعذيب، مرجع سابق، ص 22.

(2) تقرير المقرر الخاص المعني بالتعذيب، مرجع سابق ذكره، الفقرة 39 (9).

(3) تقرير المقرر الخاص المعني بالتعذيب، مرجع سابق، الفقرة (39 / و).

وبذلك يجب استبعاد الاعتراف المنتزع تحت التعذيب وعدم الاعتداد به ، وهو ما نصت عليه المادة 15 من اتفاقية الأمم المتحدة لمناهضة التعذيب. وكما هو الحال على المستوى الدولي، اهتم المشرعون في مختلف الدول بإرساء مبادئ وقواعد إجرائية تحول دون المساس بحقوق المتهمين في عدم تعريضهم للتعذيب بمناسبة اتخاذ إجراءات الملاحقة الجنائية أو التحقيق في مواجهتهم، من ذلك ما تضمنه الدستور المصري في مادته الثانية والأربعين التي تنص على أن ((كل مواطن يقبض عليه أو يحبس أو تقيد حريته بأي قيد، تجب معاملته بما يحفظ عليه كرامة الإنسان، ولا يجوز إيذاؤه بدنياً أو معنوياً، كما لا يجوز حبسه أو حجزه في غير الأماكن الخاضعة للقوانين الصادرة بتنظيم السجون)).

إن التزام الدول بهذه القوانين يضمنه استعراض منظم لما اتخذته من إجراءات تنظيم التعامل مع السجناء والمتهمين، من شأن هذا الاستعراض تمكين منفذي القانون من معرفة ضوابط عملهم، حتى لا يتجاوزوا إلى الانتهاكات، وتمكين الأفراد حتى يعلموا مالهم من حقوق، فيعارضون الممارسات اللامشروعة، فعلى الدول إذن ضبط مراجعة دائمة لقواعد وإجراءات التعامل مع الأفراد في أي مرحلة من مراحل الدعوى، حتى لا تتخلل هذه الإجراءات أي انتهاكات لحرمة الفرد وإنسانيته، وحتى لا يسمح لمنفذي هذه القواعد أن يمارسوا التعذيب.

كما لاحظت لجنة حقوق الإنسان " أن الإبقاء على مراجعة منهجية لقواعد الاستجواب والتعليمات والأساليب والممارسات المتعلقة به، وكذلك للترتيبات

المتعلقة باحتجاز الأشخاص الخاضعين لأي شكل من أشكال الاعتقال أو الاحتجاز أو السجن، يشكل وسيلة فعالة لمنع وقوع حالات التعذيب وإساءة المعاملة⁽¹⁾.

المطلب الثاني

حظر استخدام القسوة ضد المحكوم عليهم

إذا كانت عملية الإصلاح والتأهيل تقتضي دائماً القيام بأعمال إيجابية، فإن حظر استخدام القسوة ضد السجنين هو من الأعمال السلبية التي تطبع علاقة السجنين بالمؤسسة العقابية، فقد نصت جميع الصكوك الدولية ذات الصلة بحقوق الإنسان على أنه "لا يجوز تعريض أي شخص للتعذيب أو المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة"⁽²⁾.

وإذا كان هذا الحق مطلقاً وغير قابل للانتقاص منه بالنسبة لكل إنسان فإنه شديد الأهمية بالنسبة للأشخاص المحرومين من الحرية.

ذلك أن العنف لا يرجى معه تقويم سلوك السجنين وإنما قد يؤدي إلى إذكاء عدوانيته تجاه غيره، وعدم تقبله لبرنامج التأهيل، بينما ترسم السياسة العقابية الحديثة أهدافاً ترمي إلى العمل على تقليص الظروف التي يمكن أن تقوم بين

(1) لجنة حقوق الإنسان، نقابة المحامين، طرابلس، ليبيا، 1998، فقرة (11).

(2) المادة (4/10) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، تراجع أيضاً الفقرة 5 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

حياة السجن والحياة الحرة⁽¹⁾، ولا يمكن تحقيق تلك الأهداف إلا بتنمية حس المسؤولية لدى السجناء بوسائل عملية تضمن الاحترام الواجب لكرامتهم البشرية. لذلك فإن أي أسلوب أو محاولة تسعى لإصلاح المحكوم عليه، يجب أن تكون داخل أطر الكرامة الإنسانية، فلا تهدرها أو تنقص منها، مهما كانت الغاية المرجوة من وراء استخدامه، ولذلك فقد حظرت الاتفاقيات الدولية القسوة باعتبارها أسلوباً لهدر كرامة الإنسان أو الانتقاص منها، فهو أمر تنبذه الطبيعة البشرية السوية..

واستناداً إلى هذا الحظر وجب التطرق إلى مفهوم القسوة والعقبات التي تعترض منع استخدامها (فرع أول) ثم إلى بيان صور القسوة (فرع ثانٍ).

الفرع الأول

مفهوم القسوة والعقبات التي تعترض منع استخدامها

نظراً للارتباط والشبه الكبير بين الأساليب العنيفة التي توجه ضد المحكوم عليه أحياناً، والتي تشكل مساساً بشعوره الإنساني، فإنه كان من الضروري أن نوضح بشيء من التفصيل (أولاً) مفهوم القسوة (وثانياً) العقبات التي تعترض منع استخدامها.

(1) سوسن حامي، تأهيل السجن، رسالة ماجستير غير منشورة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس، تونس، 2005-2006، ص 33.

أولاً : مفهوم القسوة في المعاملة العقابية :

لم تتعرض القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء لتعريف مفهوم القسوة، بل منعت بصفة عامة العقوبة الجسدية والعقوبة بالوضع في زنزانة مظلمة وأية عقوبة قاسية أو لا إنسانية⁽¹⁾.

طبقاً لما قضت به القاعدة 31 من القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء " يجب تحريم العقوبة البدنية والعقاب بالوضع في زنزانة مظلمة وكل العقوبات القاسية اللاإنسانية أو المهذرة للأدمية تحريماً تاماً كجزاءات تأديبية".

كما منعت أغلب الاتفاقيات الدولية كالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966 في مادته السابعة، واتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، تعرض أي شخص للتعذيب أو لمعاملة قاسية.

وتجدر الإشارة هنا، إلى أن التعذيب يختلف عن القسوة وعن المعاملة غير الإنسانية، وقد أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة القرار الصادر في 1 ديسمبر 1975 رقم (3452)، والذي عرف التعذيب بأنه " فعل يشكل معاملة أو عقاباً قاسياً أو غير إنساني مقصود يتسم بالجسامة ومن شأنه إذلال المجني عليه ".

في حين أن القسوة هي " كل إيذاء قد يصيب الإنسان، ويمكن أن يكون إيذاءً جسدياً أو معنوياً"، فالاختلاف بين الإيذاء والتعذيب لا يتصل بالمضمون، إنما

(1) بسمة الفضلاوي، حقوق السجين، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة بكلية العلوم القانونية، تونس، 1995 - 1996، ص 31.

بالدرجة، فإذا كان الإيذاء شديداً يصبح تعذيباً، وإذا لم يصل إلى تلك الدرجة يصبح نوعاً من أنواع استعمال القسوة⁽¹⁾.

وقد عرضت على المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في 17 مارس 1978 دعوى رفعها عدد من المتهمين الذين ينتمون إلى إيرلندا الشمالية ضد بريطانيا بسبب تعرضهم أثناء التحقيق لصور من المعاملة اعتبروها نوعاً من التعذيب، وكان من صور هذه المعاملة تعرض المتهمين لخمسة أساليب من القسوة والتي اشتملت على الإجبار على الوقوف، وضع أكياس على الرأس، التعرض لأصوات مزعجة، الحرمان من النوم، الحرمان من الطعام، فقررت المحكمة بأن الأساليب الخمسة عند استخدامها معاً، فإنها تقع في خانة المعاملة اللاإنسانية والتي تشكل انحطاطاً بالكرامة، ورفضت المحكمة اعتبار هذه الأساليب نوعاً من التعذيب.

ثانياً : العقوبات القانونية التي تعترض منع استخدامها:

كان من نتائج الفصل بين السلطات، أن تبنت بعض الدول التي تتبع نظام التفريق بين القضاء العادي والقضاء الإداري، موقفاً يتمثل في عدم التدخل في أعمال الإدارة الداخلية.

فليس من اختصاص القاضي العادي الفصل في المنازعات المتعلقة بأعمال الإدارة، وحتى القضاء الإداري ولئن اختص بإلغاء القرارات الإدارية والتعويض

(1) عبد العزيز سرحان، "الإطار القانوني لحقوق الإنسان في القانون الدولي الجنائي"، دار الهناء للطباعة، د. م، د. ط، 1987، ص 242.

عنها، فإنه ليس من صلاحياته إصدار أوامر إلى الإدارة العقابية لمنع استخدام القسوة أو لتعديل ظروف معينة داخل السجن⁽¹⁾.

أما بالنسبة للقانون الأنجلوسكسوني الذي لا يتبنى نظام التفريق، فإنه يسمح للمحكمة أن تصدر أوامر إلى الإدارة العقابية، كما سار على ذلك القضاء الأمريكي بأن أمر إدارة السجن بتغيير بعض الظروف حتى تتماشى مع القانون والدستور⁽²⁾.

إن طبيعة المنازعات المتعلقة بهذا الموضوع واختلافها عن سائر المنازعات الإدارية، تجعل من اللازم إيجاد قضاء في مجال تنفيذ العقوبات⁽³⁾.

الفرع الثاني

صور القسوة

قد تعددت أساليب المعاملة القاسية ضد المحكوم عليهم، وتنوعت ، وصار رواد هذه الممارسات يتفننون في ابتداع وسائل مبتكرة لها ، فكان منها ما نصت عليه بعض القوانين ونظمتها في لوائحها التنفيذية، ومن هذه الممارسات: أولاً الحبس الانفرادي، ثانياً القيود الحديدية، وهذا ما سنتولى البحث فيه.

(1) بسمة الفضلاوي، مرجع سابق، ص 39.

(2) غنام محمد غنام، حقوق الإنسان في السجن، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1994، ص 45.

(3) بسمة الفضلاوي، مرجع سابق ص 40.

أولاً : الحبس الانفرادي

يعتبر الحبس الانفرادي من أخطر أنواع المعاملة القاسية، وأشدّها وقعاً على نفسية السجين، وقد يصطحب ذلك بعض الانتهاكات المادية كحرمانه من الأكل والشرب أو شد وثاقه.

ومن الأنظمة التي عرفت الحبس الانفرادي في تاريخ السياسات العقابية النظام البنسلفاني والنظام الأوبراني.

ففي النظام البنسلفاني يطبق نظام الحبس الانفرادي، حيث تفرض العزلة على كل المحكوم عليهم بصفة تمنع الاتصال بينهم وذلك سواء في الليل أو في النهار وسط إجراءات أمن مشددة⁽¹⁾.

وقد طبق هذا النظام لأول مرة عندما تم إنشاء سجن بنسلفانيا الشرقي (Eastern Pennsylvania) سنة 1821، وكان الغرض من هذا النظام هو إتاحة الظروف للسجين للتأمل في الجريمة والندم عليها ، كما يمهد لتفريد دقيق انطلاقاً من أن لكل محكوم عليه حياة مستقلة ، غير أن هذا النظام لم يعد سائداً في الوقت الحاضر حيث هجره سجن بنسلفانيا نفسه ، وأهم أسباب التخلي عن هذا النظام تشدده المبالغ فيه لقطع كل سبل الاتصال حتى بين السجين وحارسه، فلا يتكلمان إلا من وراء القضبان، ولا يحصل المحكوم عليه على طعامه إلا من

(1) سوسن حامي، تأهيل السجين، ص 89.

فتحة خاصة بذلك، كما أن سرير النوم ومنضدته وكرسيه يلتصقان بالأرض فلا يمكن تحريكهما⁽¹⁾.

ولهذا النظام تأثيره السيء على السجين، إذ يؤدي إلى تقوية النزعات العدوانية لديه، كالنزعة إلى العنف.

أما بالنسبة للنظام الأوبراني أو النظام المختلط، فهو يركز على العمل الجماعي أثناء النهار والعزلة أثناء الليل، ومن العناصر الأساسية لهذا النظام فرض الصمت على المحكوم عليهم عند اجتماعهم، وذلك لتجنب التبادل الفكري الضار بينهم، من أجل ذلك يطلق عليه في العرف الإنجليزي (تعبير النظام الصامت) **Silent System**

وقد اهتم الفقهاء ورجال القانون بهذا الموضوع، وأبرز ملتقى دولي عقد في 19-10-1985م تحت إشراف الفرع الفرنسي لمنظمة العفو الدولية بعنوان (العزل والتعذيب) أهم المخاطر التي يخلفها الحبس الانفرادي على إرادة المتهم وقدرته الفكرية.

(1) مازن ليلوي راضي، د. حيدر إبراهيم عبد الهادي، مرجع سابق ذكره، ص 179، عبد الرحمن أبو توتة، أصول علم العقاب، منشورات ELGA، فاليتا، مالطا، ص 227 وما بعدها، 2001، فوزية عبد الستار، علم الإجرام وعلم العقاب، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1992، يسر أنور علي، آمال عبد الرحيم عثمان، علم العقاب، ج2، ص 84، دار النهضة العربية، مصر، ط1، د. ن، ث 381. محمود نجيب حسني، دروس في علم الإجرام وعلم العقاب، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط1، د، 1988.

صفوة القول أنّ لجنة حقوق الإنسان اعتبرت "الحبس الانفرادي" للشخص المعتقل أو المسجون يمكن أن يرقى إلى مرتبة الأفعال المحرمة بمقتضى المادة 7 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية أي إلى مرتبة التعذيب⁽¹⁾.

ثانياً: استخدام القيود الحديدية

كان وضع السلاسل والقيود الحديدية بيدي أو بقدمي السجين سائداً في العصور السابقة، فبالرغم من عقوبة السجن، لم يمنع ذلك من تقييده وتكبيله بالأغلال وذلك للحيلولة دون هروبه، إلى أن صرحت القاعدة (33) من القواعد النموذجية لمعاملة السجناء بأنه " لا يجوز إطلاقاً استخدام أدوات الإكراه، مثل حديد الأيدي، والسلاسل الحديدية، وقمصان الكتاف، كجزء تأديبي، كما لا يجوز إطلاقاً استعمال السلاسل أو الحديد كوسيلة من وسائل الإكراه، أما أدوات الإكراه الأخرى ، فلا يجوز استخدامها إلا في الحالات الآتية :

أ. كإجراء احتياطي ضد الهرب أثناء نقل المسجون وأن تنزع منه بمجرد مثوله أمام السلطات الجنائية أو الإدارية.

ب. لأسباب طبية بناء على تعليمات الطبيب.

ج. بناء على أمر مدير السجن في حالة فشل الوسائل الأخرى للسيطرة على

المسجون، وذلك لمنعه من الإضرار بنفسه أو إيذاء غيره أو إتلاف الممتلكات...

(1) التعليق العام 20 على المادة [7] من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الذي تبنته لجنة حقوق الإنسان في جلستها 44 سنة 1992 م.

عليه ، لا يجوز لإدارة المؤسسة العقابية أن تعامل المحكوم عليه معاملة تحط من كرامته أو إنسانيته، كأن تأمر بوضع السلاسل والقيود الحديدية في يده أو في قدمه، حتى ولو كان القصد من ذلك منعه من الهرب، لأن هناك طرقاً كثيرة وأساليب متعددة يمكنها أن تتبعها، وعن طريقها تستطيع أن تحقق كل ما ترنو إليه دون أن تمس كرامته أو إنسانيته⁽¹⁾.

وعليه ، فقد نصت المادة 98 من القانون رقم (5) لسنة 2005م بشأن مؤسسات الإصلاح والتأهيل على أنه "... لمدير المؤسسة أن يأمر بقتل أيدي النزول بحديد لمدة 72 ساعة إذا وقع هياج أو تعد شديد مستمر، أو خيف إلحاقه ضرراً بنفسه أو بغيره، ولمدير المؤسسة -كذلك- أن يأمر بقتل أرجل النزول بحديد إذا خيف هربه أثناء نقله وكان لهذا الخوف أسباب معقولة...".

إن الخوف من هرب المحكوم عليه في ظل مؤسسة عقابية يتميز نظامها بالشدّة والحزم، أمر متوقع ولا غرابة فيه، فإنه يجب على إدارة المؤسسة أن تبحث عن إجراء آخر أو وسيلة أخرى يمكنها عن طريقها تحقيق ذات الغرض المقصود ، دون أن تلجأ إلى استخدام أسلوب القيد الحديدي.

(1) عبد العزيز محسن محمد، حماية حقوق الإنسان في مرحلة تنفيذ الأحكام الجنائية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، د. س، ص 141.

فالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لم يرد به أي استثناء على حظر استعمال القسوة في التنفيذ العقابي، الأمر الذي يعطي للمحكوم عليه حقاً ثابتاً في الكرامة الإنسانية لا يمكن التحايل أو الخروج عليه⁽¹⁾.

الخاتمة

ما من شك، في أن نشوء فكرة حق الإنسان في مرحلة ما بعد المحاكمة، لم تتبلور بوضوح إلا في بداية القرن الماضي، وكان من آثار ذلك تغيير نظرة المجتمع إلى المحكوم عليه من نظرة دونية إلى اعتباره مواطناً قد حاد عن الطريق السوي، مما يعني أنه مازالت لديه كرامة المواطن وحقوقه، وأن له تجاه الدولة الحق في رعايته وتأهيله حتى يتمكن من استرداد مكانته في المجتمع. والمتأمل اليوم في الدساتير والقوانين الوطنية ولوائحها التنفيذية، يلاحظ تقريرها لحق المحكوم عليه، استجابة لما استقرت عليه السياسة العقابية الحديثة من وجوب مراعاة الجوانب الإنسانية، واحترام كرامة المحكوم عليه وأدميته، مع إصلاحه وتأهيله لحياة اجتماعية متوازنة.

ولكن فوق كل ذي علم عليم، والله هو القدير العليم

(1) غنام محمد غنام، حقوق الإنسان في مرحلة التنفيذ العقابي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، طبعة 1988، ص 31، مدحت محمد عبد العزيز إبراهيم، مرجع سابق، ص 81 وما بعدها.

ثبت المصادر والمراجع

أولاً : الكتب العامة

1. أحمد فتحي سرور، القانون الدولي الإنساني، التحقيق على الصعيد الوطني، دار المستقبل العربي، د. م، ط1، 2003.
2. عبد العزيز سرحان، الإطار القانوني لحقوق الإنسان في القانون الدولي الجنائي، دار الهناء للطباعة، د. م، د. ن، د. س، 1987.
3. عبد الفتاح بيومي حجازي، المحكمة الجنائية الدولية، دار الفكر الجامعي، القاهرة، مصر، د. ط، 2004.
4. علي ضوى، القانون الدولي العام، دار الكتب الوطنية، بنغازي، ليبيا، ط2، 2005.
5. نبيل مصطفى خليل، آليات الحماية الدولية لحقوق الإنسان، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، دط، 2005.

ثانياً: الكتب المتخصصة

1. بهاء الدين عصمت عدلي، طارق إبراهيم الدسوقي، حقوق الإنسان بين التشريع والتطبيق، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، د. ط، 2005.
2. حسن سعد، سند الحماية للإنسان في السلامة الجسدية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط2، 2004.

3. سعدي محمد الخطيب، حقوق السجناء وفقاً للأحكام والمواثيق الدولية لحقوق الإنسان والديساتير العرفية وقوانين أصول المحاكمات الجزائية والعقوبات وتنظيم السجون وحماية الأحداث، منشورات الحلبي، بيروت، لبنان، ط1، 2010.
4. عبد الرحمن محمد أبو توتة، أصول علم العقاب، منشورات ELGA، فآليت، مالطا، د. ط، 2001.
5. عبد العزيز محمد محسن، حماية حقوق الإنسان في تنفيذ الأحكام الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، د. ط، 1994.
6. غنام محمد غنام، حقوق الإنسان في مرحلة التنفيذ العقابي، دار النهضة، القاهرة، مصر، د. ط، 1988.
7. غنام محمد غنام، حقوق الإنسان في السجون، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1994.
8. فوزية عبد الستار، علم الإجرام وعلم العقاب، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1977.
9. ما زن ليلوي راضي، أدهم عبد الهادي، حقوق الإنسان، دراسة تحليلية مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، د. ط، 2000.
10. محمود سليمان موسى، علم العقاب ومعاملة المذنبين، قواعده ونظرياته وتطبيقاته في ليبيا، دراسة مقارنة في النظم العقابية المعاصرة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، د. ط، 2004 ف.

11. محمود نجيب حسني، دروس في علم الإجرام وعلم العقاب، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، د. ط، 1988.
12. ميلود المهدي، محاضرات في حقوق الإنسان، ج2، دار الرواد، طرابلس، ليبيا، ط، 2007 م.
13. يسرا أنور علي، آمال عبد الرحيم عثمان، أصول علم العقاب، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، د. س.

ثالثاً: الرسائل

1. بسمة الفضلاوي، حقوق السجين، مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة لكلية العلوم القانونية، رسالة ماجستير، غير منشورة، تونس، 1995 - 1996.
2. حياة عباس، " التعذيب بين الواقع والقانون"، مذكرة للحصول على شهادة الدراسات المعمقة في القانون، رسالة غير منشورة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تونس، 1991 - 1992 ف.
3. سوسن حامي، تأهيل السجين، رسالة ماجستير، غير منشورة، كلية القانون والعلوم السياسية، تونس، 2005 - 2006 ف.
4. علي الزمالي، مناهضة التعذيب، مذكرة للحصول على الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، غير منشورة، جامعة المنار، تونس، 2004 - 2005 ف.
5. منية بنت عبد الله ورغي، التعذيب وآليات مناهضته في القانون الجنائي التونسي والاتفاقيات الدولية، رسالة ماجستير غير منشورة، كلية القانون، جامعة المرقب، ترهونة، ليبيا، 2008 - 2009 ف.

رابعاً : التقارير والمنشورات

أ. التقارير

- لجنة مناهضة التعذيب العامة، الوثائق الرسمية، الدورة 53، الملحق رقم 44، (44، 53) A.
- تقرير المقرر الخاص المعني بالتعذيب للجلسة 56، للجمعية العامة للأمم المتحدة، فبراير، 2001، ف 33.
- تقرير المقرر الخاص للجنة حقوق الإنسان، 08 / 09 / 2003 ف.
- تقرير لجنة حقوق الإنسان، نقابة المحامين، طرابلس، ليبيا، 1998.

ب. المنشورات

- منشورات منظمة العفو الدولية، بعنوان التعذيب، 1984.
- منشورات منظمة العفو الدولية، مكافحة التعذيب، دليل التحركات، ملاحظات المقرر الخاص المعني بالتعذيب من المقرر الخاص، لجنة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان، E/ CN / 7-10، 1997 ف.
- منشورات منظمة العفو الدولية، بعنوان مكافحة التعذيب، دليل التحركات، 2001.

خامساً: الجرائد والمجلات

- صحيفة العدالة، صحيفة شهرية، تصدر عن الإدارة العامة للعلاقات والتعاون باللجنة الشعبية العامة للعدل، يوم الأحد، 14 ذو القعدة، 1/الحرث 1377

و. ر - 2009 مسيحي، العددان، العدد الأول 68 س، الرابعة، العدد الثاني، 72 س،
الخامسة.

سادسا : التشريع الدولي

أ. الاتفاقيات الدولية

- ديباجة ميثاق الأمم المتحدة.
- اتفاقية مناهضة التعذيب 1984.
- اتفاقية حقوق الطفل.
- اتفاقيات جنيف الأربعة لعام 1949.
- الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان 1969.
- الاتفاقية الأمريكية لمنع التعذيب والعقاب عليها سنة 1987.
- الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.
- الاتفاقية الأوروبية لمنع التعذيب والمعاملة أو العقوبة اللاإنسانية أو المهينة 1989.

- البر وتوكلان الإضافيان لعام 1977.

- اتفاقية قواعد الحد الأدنى لمعاملة السجناء لسنة 1955.

ب. المعاهدات الدولية

- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية 1966.

ج. النظم الأساسية

- النظام الأساسي لمحكمة طوكيو.

- النظام الأساسي لمحكمة يوغسلافيا السابقة.
- النظام الداخلي للجنة مناهضة التعذيب.
- د. الإعلانات الدولية
- ديباجة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.
- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.
- إعلان طوكيو الجمعية الطبية العالمية لعام 1975.
- إعلان الجمعية العامة رقم (2453) لسنة 1975، مجموعة حقوق الإنسان، صكوك دولية، المجلد 1، ج1، الأمم المتحدة، 1993، نيويورك، إعلان مناهضة التعذيب، 1975.

هـ. القرارات الدولية

- مجموعة المبادئ المتعلقة بالاعتقال 1955 م.

سابعاً: التشريعات

أ. الدساتير

- الدستور السوري
- الدستور القطري
- دستور الإمارات العربية المتحدة
- الدستور الصومالي
- الدستور البحريني
- الدستور المصري.

- الدستور التونسي 1959.
- ب. القوانين
- قانون الإجراءات الجنائية الليبي.
- قانون العقوبات الليبي.
- قانون مؤسسات الإصلاح والتأهيل رقم 5 ولائحته التنفيذية لسنة 1373 و.ر- 2005 بشأن الإصلاح والتأهيل.
- القانون عدد 52، 2001 م، المؤرخ 14 - 5 - 2001 م المتعلق بنظام السجون في تونس.
- قانون السجون العماني (نظام السجون لسنة 1954) وتعديلاته.
- قانون السجون الكويتي (قانون رقم 26 لسنة 62 وتنظيم السجون "26 / 1962" وتعديلاته).
- القانون المصري لتنظيم السجون رقم 396 لسنة 1956 ولائحته الداخلية.