مخصوص لـ أبو عبد الله حسين الكردي

الكتاب الجامعي في الشريعة والقانون

موانع المسئولية الجنائية

في الشريعة الإسلامية والتشريعات الجزائية العربية

الدكتور
محمد علي إبراهيم الزعبي
الأستاذ المتمرس في الشريعة والقانون

منشورات إقرأ الثقافية

www.iqra.ahlamontada.com

الطبعة الأولى ٢٠١٤

موانع المسؤولية الجنائية

في الشريعة الإسلامية والتشريعات الجزائية العربية

تأليف

الدكتور مصطفى ابراهيم الزلمي

الاستاذ المتمرس في الشريعة والقانون

موانع المسؤولية الجنائية
في الشريعة الإسلامية والتشريعات الجزائية العربية

تأليف : البروفيسور مصطفى ابراهيم الزلمي
الناشر: نشر احسان للنشر و التوزيع
الطبعة الأولى ٢٠١٤ - ١٤٣٥
مدير المشروع: ريدار رؤوف احمد
تصميم : جمعة صديق كاكه
المشرف على الطبع: ياسر يعقوبي

رقم الإيداع : ٢٧٦- ٢٠٠٥
رقم الدولي (ISBN) للمجموعة:
978-600-349-018-5
رقم الدولي (ISBN) للكتاب:
978-600-349-006-2

(رُفِعَ القلمُ عن ثلاثةٍ : عَن المَجنونِ
المَغلوبِ على عَقْلِهِ حتى يَبْرَأَ ،
و عن النائمِ حتى يَستيقِظَ ،
و عنِ الصبي حتى يَحْتَلِمَ)

الحديث الشريف

الفهرس

المقدمة ١٣

فصل تمهيدي ١٥

المانع ١٥

انواع المانع ١٥

الخطأ ١٨

المسؤولية ١٩

المسؤولية الادبية والقانونية ١٩

المسؤولية والمديونية ٢٠

الخطأ الجنائي والخطأ المدني ٢٠

التعدي ٢٢

الموازنة بين المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية ٢٣

أساس المسؤولية الجنائية ٢٧

الصلة بين المسؤولية الجنائية والحكم الشرعي التكليفي ٢٨

الصلة بين الحكم الشرعي الوضعي وموانع المسؤولية الجنائية ٣٣

موانع المسؤولية الجنائية وأسباب الإباحة ٣٤

موانع المسؤولية وموانع العقاب ٣٥

القسم الأول

الموانع الشخصية اللاإرادية ٣٩

الفصل الأول: الجنون (أو العاهة العقلية) ٤١

المبحث الأول: أثر الجنون في المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية ٤٢

أنواع الجنون ٤٢

مدى أثر الجنون في ما يتعلق بالمجنون ٤٤

المبحث الثاني: أثر الجنون في المسؤولية الجنائية في التشريعات الجزائية العربية ٥٧

المدلول القانوني للجنون ٥٧

الجنون بمعناه القانوني الخاص..... ٥٧
الجنون بمعناه العام..... ٥٧
أنواع الجنون بمعناه العام (أو العاهة العقلية)..... ٥٩
موقف التشريعات الجزائية العربية في أثر الجنون (أو العاهة) ٦٣
الموازنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات الجزائية العربية في أثر الجنون
..... ٦٩
الفصل الثاني: أثر الصغر في المسؤولية الجنائية..... ٧٣
المبحث الأول: صغر السن والمسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية..... ٧٣
الفرع الأول: مسؤولية الصغير غير المميز..... ٧٤
طبيعة الدية..... ٧٦
مصدر عدم مسؤولية الصغير غير المميز..... ٧٨
الفرع الثاني: مرحلة التمييز والإدراك الضعيف..... ٧٩
حكم تصرفات الصبي المميز المدنية في مرحلة نقصان الأهلية ٧٩
أثر نقص الأهلية في المسؤولية الجنائية..... ٨٠
جرائم الحدود..... ٨٠
جرائم القصاص والدية ٨١
جرائم التعزير ٨١
نماذج من التطبيقات الفقهية في أثر الصغر والجنون على المسؤولية الجنائية
..... ٨٣
الموازنة بين آراء فقهاء الشريعة في أثر الصغر ٨٦
المبحث الثاني: الصغر والمسؤولية الجنائية في القانون..... ٨٩
الفرع الأول: الصغر والمسؤولية في القوانين غير العربية..... ٩٠
الفرع الثاني: الصغر والمسؤولية الجزائية في التشريعات العربية ٩٣
كيفية معالجة التشريع العراقي لظاهرة جنوح الحدث ٩٧
أحكام هذه الاصناف..... ٩٩
اجراءات الحدث التحقيقية..... ١٠٠
محاكمة الاحداث ١٠٢
التدابير ١٠٣

الموازنة ١٠٥
القسم الثاني
الموانع الشخصية الإرادية ١٠٩
السكر ١١٠
المبحث الأول السكر والمسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية ١١٢
مدى أثر السكر في المسؤولية في الشريعة الإسلامية ١١٩
أولاً/ إذا كان التعاطي بطريقة مباحة ١٢٠
ثانياً/ إذا كان تعاطي المسكر بطريقة غير مباحة ١٢٤
التطبيقات الأصولية والفقهية ١٢٦
المقارنة بين المذاهب الفقهية ١٣٣
الاستثناء ١٣٥
المبحث الثاني: السكر والمسؤولية الجنائية في التشريعات العربية ١٣٦
الصلة بين السكر والعاهة العقلية ١٣٦
أنواع السكر ١٣٧
مشروعية السكر في القوانين ١٣٨
أوجه الشبه والاختلاف بين الشريعة الإسلامية والتشريعات الجزائية الأخرى ١٥٢
القسم الثالث
الموانع الخارجية المؤثرة على الإرادة ١٥٧
الفصل الأول: الإكراه وأثره في الشريعة الإسلامية والقانون ١٦٠
المبحث الأول: الإكراه والمسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية ١٦٠
شروط المُكرِه (بكسر الراء) ١٦٢
شروط المكرَه (بفتح الراء) ١٦٢
شروط المكره عليه ١٦٣
شروط المكرَّه به (المهدد به) ١٦٤
شروط الرهبة ١٦٤
أنواع الإكراه ١٦٥
أولاً / تقسيم الظاهرية للإكراه ١٦٥
ثانياً / تقسيم فقهاء الحنفية للإكراه ١٦٧

أثر الإكراه في المسؤولية الجنائية ١٧٠
القسم الأول / جرائم الحدود ١٧١
القسم الثاني / جرائم القصاص والدية ١٧٤
أهم الفروق بين القصاص والحدود ١٧٦
القسم الثالث / جرائم التعازير ١٧٦
أهم الفروق بين الحدود والتعازير ١٧٧
أثر الإكراه في المسؤولية الجنائية عن الجرائم الحدية ١٧٨
النصوص الفقهية ١٧٨
أثر الإكراه في جرائم القصاص والدية ١٨٩
أنواع جرائم القصاص والدية ١٨٩
أثر الإكراه في المسؤولية الجنائية عن جرائم التعزير ١٩٩
أثر الإكراه في العقود ١٩٩
المبحث الثاني: الإكراه والمسؤولية الجنائية في القانون ٢٠٣
القسم الأول / الإكراه المادي ٢٠٣
مصادر الإكراه المادي ٢٠٤
معيار الإكراه المادي ٢٠٥
شروط الإكراه المادي ٢٠٥
القسم الثاني / الإكراه المعنوي ٢٠٨
الموازنة بين الإكراه المعنوي والإكراه المادي ٢٠٨
النصوص القانونية ٢٠٩
الإكراه والظرف المُشَدِد ٢١٢
أثر الإكراه في العقود في القوانين العربية ٢١٤
أثر الإكراه في الطلاق في القانون ٢١٦
المقارنة بين الشريعة والقانون في أثر الإكراه ٢١٦
الفصل الثاني: الضرورة والمسؤولية الجنائية في الشريعة والقانون ٢١٩
الضرورة لغةً واصطلاحاً ٢١٩
المبحث الأول: الضرورة والمسؤولية في الشريعة الإسلامية ٢٢٢
مصادر مشروعية العمل بمقتضى الضرورة ٢٢٣

الضرورة في القرآن الكريم ٢٢٤
الضرورة في السنة النبوية ٢٢٥
الضرورة في القواعد الشرعية ٢٢٦
أركان وشروط العمل بمقتضى الضرورة ٢٣١
أركان الضرورة ٢٣١
أساس إنعدام المسؤولية في حالة الضرورة ٢٣٤
مدى أثر الضرورة في المسؤولية الجنائية ٢٣٤
الضرورة والإكراه ٢٣٩
أثر الضرورة في المسؤولية المدنية ٢٤٠
الظروف الطارئة ٢٤٤
عناصر نظرية الظروف الطارئة ٢٤٧
الضرورة والوفاء بالنقد ٢٤٩
الضرورة وتحريم الاحتكار ٢٥٢
الضرورة ووجوب تحديد الأسعار ٢٥٣
المبحث الثاني: الضرورة والمسؤولية الجنائية في القانون ٢٥٥
شروط حالة الضرورة في ضوء النصوص ٢٥٧
الضرورة والمسؤولية المدنية في القانون ٢٦١
حكم المسؤولية الاستثنائية عن أعمال الضرورة ٢٦٢
أساس انتفاء مسؤولية المضطر في القانون ٢٦٣
الضرورة ونظرية الظروف الطارئة في القانون ٢٦٥
الضرورة والوفاء بالنقد في القانون ٢٦٨
الموازنة بين الشريعة الإسلامية والقانون في أثر الضرورة ٢٦٨
المبحث الثالث: الضرورة والاعمال الطبية ٢٧٢
تعريف الموت طبياً وشرعياً وقانونياً ٢٧٤
المقارنة والموازنة بين الشريعة والطب ٢٧٨
موقف القانون من بتر وزرع اعضاء بشرية ٢٨٧
المـــــراجع ٣٠١

المقدمة

الحمد لله الرؤوف بعباده القائل: ﴿لَا نُكَلِّفُ نَفْساً إِلَّا وُسْعَهَا﴾[1]، والصلاة والسلام على صاحب رسالة ما خير بين امرين إلا اخذ بايسرهما ما لم يكن إثما[2]، وعلى الآل والأصحاب الذين عبَّدوا لنا طريق الصواب والمآب.

وبعد، فرغم إصابتي بمرض القلب بذلت ما في وسعي لتقديم هذا الجهد المتواضع إلى زملائي الأساتذة وإخواني وأبنائي الطلبة في كليات القانون والشريعة.

وكان من بواعث المقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات الجزائية العربية في موضوع موانع المسؤولية الجنائية ما يأتي:

١. القانون والشريعة الإسلامية صنوان لم يفرق بينهما إلا جهل الإنسان، وقد كانت الوحدة قائمة بينهما حين كان علم هذه الأمة يرفرف على ربع المعمورة.

٢. إعادة هذا التآخي السابق تتطلب إعطاء أهمية للمقارنة بينهما في جميع المواد المنهجية المقررة في كليات القانون والشريعة والبحوث ورسائل الدراسات العليا، على أن لا تقتصر على فروع القانون الخاص لان القرآن الكريم دستور للأسرة البشرية، فصلته بفروع القانون العام اقوى، ومسؤولية هذا المقارنة تقع على عاتق الأساتذة.

٣. الدين والشريعة يختلفان وفق ما جاء في القرآن، فالدين عقيدة وعبادة، والشريعة نظام وحياة، فالدين ينظم حياة الآخرة والشريعة تنظم حياة الدنيا.

فالدين مشترك بين جميع الأمم ورسالات السماء. كما قال تعالى: ﴿لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجاً﴾[3].

---

(١) سورة الانعام:١٥٢.

(٢) عن عروة بن الزبير قال حدثتنا عائشة زوج النبي ﷺ (ما خير رسول الله ﷺ بين امرين الا اخذ ايسرهما ما لم يكن اثما). اخرجه البخاري:٤/٢٣٠ في الادب المفرد برقم ٢٧٤ ومسلم:٧/٨٠.

(٣) سورة المائدة:٤٨.

٤. القرآن دستور خالد، ووظيفة الدستور التصميم والتخطيط لمنهاج الحياة بقواعد كلية، وتحويل عقول المختصين إرجاع الجزئيات إلى تلك الكليات وفق مقتضيات الحياة.

٥. القانون ليس تطبيق نصوص الشريعة وحدها، وإنما هو مجموعة قواعد تستقي من تلك النصوص ومن واقع الحياة ومستلزماتها الحضارية على أن لا تتعارض مع النصوص الصريحة لدستور الله الذي صنع لنا فيه إطارا من الأخلاق وامر العقل البشري أن يتحرك بمقتضى ما تمليه عليه متطلبات الحياة ليأخذ كل فرد نصيبه من الدنيا كما قال سبحانه وتعالى: ﴿وَلَا تَنسَ نَصِيبَكَ مِنَ الدُّنْيَا﴾[1] على أن يكون هذا التحرك مقيداً بحدود ذلك الاطار.

٦. ترك لنا السلف الصالح من فقها، الصحابة والتابعين وأئمة الفقه ثروة ثمينة لو استثمرت لأغنت بلاد العالم باسرها، فهو أشبه بمعدن من الذهب استخراج مُهَذَّبه يحتاج إلى أيد خبيرة وعقول ناضجة وذهنية خالية من كل تعصب مذهبي أو طائفي.

٧. إن فقه الإسلام رغم انه كنز لا يفنى ومصدر خصب لا يستغنى عنه مهما تطورت الحضارات البشرية إلا انه يحتاج إلى إعادة كتابته لتصنيف الراجح من آراء الفقهاء دون تقيد بمذهب معين.

٨. وتقع مسؤولية هذه المهمة على رؤساء الدول الإسلامية بصورة عامة، وعلى رؤساء وملوك الدول العربية بوجه خاص، لان العرب أمة اختارها الله من بين بني البشر لنشر رسالته في كوكب الارض. ولكل مخلص امل وطيد ان ياتي يوم يتحقق فيه هذا الحلم.

المؤلف

---

[1] سورة القصص: ٧٧.

فصل تمهيدي

المانع

وهو وصف ظاهر منضبط يحول دون ترتب الحكم على سببه.

انواع المانع

ينقسم المانع باعتبارات وحيثيات مختلفة الى انواع متعددة ومنها ما ياتي:

من حيث متعلقه: اما مانع الحكم او مانع السبب.

مانع الحكم: هو الذي ليس له تاثير على اصل سبب الحكم، وانما يتعارض معه فيقدم عليه على اساس قاعدة {اذا تعارض المانع والمقتضى يقدم المانع}[1] لأن المانع يتضمن حكمة لو لم يقدم على المقتضى (السبب) لفاتت تلك الحكمة، وعلى سبيل المثل اذا قتل الاب ابنه قتلاً عمداً عدواناً، فالقتل سبب مقتض للقصاص والابوة مانعة منه وحكمة المنع هي: أن كون الأب سبباً لوجود الابن يقتضي أن لا يصير الابن سبباً لاعدامه.

مانع السببية: هو الذي يكون مبطلاً لاصل حقيقته بحيث يحوله من السبب الحقيقي الى سبب صوري، فلا يبقى له تاثير فعلي حتى يترتب عليه الحكم، كالقتل دفاعاً عن النفس او العرض او المال فان حق الدفاع الشرعي يجرد الفعل من صفته الجرمية ويحوله الى المباح في الشرع والقانون، وبذلك لا يبقى للجريمة ركنها الشرعي يقول

---

(1) م٤٦ من مجلة الاحكام العدلية والقاعدة٤٥.

سبحانه وتعالى: ﴿فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾[١] ويقول القانون {لا جريمة اذا وقع الفعل استعمالاً لحق الدفاع الشرعي}[٢].

من حيث كونه عذراً: اما عذر مخفف او عذر مسقط[٣].

العذر المخفف: هو الذي لا يسقط العقوبة بكاملها بل يحولها الى عقوبة اخف، غالباً تكون من جنس العقوبة المقررة للجريمة، ففي هذه الحالة لا يعد العذر مانعا من المسؤولية الجنائية وتسميته مانعاً مبنية على التجوز من حيث انه مانع من اصل العقوبة الكاملة، فناقص الاهلية اذا ارتكب جريمة لها عقوبة محددة، تخفف هذه العقوبة الى حد يتلائم مع خطورة الجريمة وظروف الجاني، واذا كانت العقوبة غير قابلة لتجزئة كعقوبة الاعدام تبدل بعقوبة اخف من جنس اخر. ففي الشريعة الإسلامية، الابوة مانعة من القصاص ولكن ليست مانعة من عقاب الاب القاتل بعقوبة تعزيرية كالحبس.

العذر المعفي: العذر المعفي عن العقوبة يقوم على اساس تخلف ركيزة من ركائز الجريمة كفقدان الادراك والتمييز او الارادة الحرة لدى الجاني، ففي هذه الحالة يتخلف الركن المعنوي (القصد الجنائي) للجريمة فلا يسأل الجاني مسؤولية جنائية.

من حيث مداه: ينقسم الى المانع ابتداءً واستمراراً والمانع استمراراً.

المانع ابتداءً واستمراراً: كالجنون حين ارتكاب الجريمة فانه مانع من المسؤولية الجنائية ابتداءً واستمراراً، فاذا افاق بعد تنفيذه الجريمة لا يسأل جنائياً، لأن العبرة بوقت ارتكاب الجريمة، ليبقى العذر مانعاً بصورة مستمرة، وكذلك الصبي عديم التمييز اذا ارتكب جريمة وقت فقدان تمييزه ثم بلغ رشيداً لا يسأل جنائياً عما ارتكبه في حالة فقدان التمييز.

المانع استمراراً لا ابتداءً: كالجنون الطارئ بعد ارتكاب الجريمة، فمن ارتكب جريمة وهو في حالة التمتع بالأهلية الكاملة للمسؤولية الجنائية ثم طرأ الجنون، فانه لا يكون مانعاً

---

[١] سورة البقرة: ١٩٤.

[٢] م٤٢ من قانون العقوبات العراقي و م٢٩ الاردني و م٧٠ الليبي.

[٣] تنص م١/١٢٨ من قانون العقوبات العراقي على ان {الاعذار اما ان تكون معفية من العقوبة او مخففة لها ولا عذر الا في الاحوال التي يعينها القانون}.

من المساءلة من حيث انه ارتكب جريمة، بدليل انه لو افاق قبل موته يسأل عنها، لكن اذا استمر فانه يكون مانعاً من الاستمرار في الاجراءات الجنائية، وعن تنفيذ الحكم، لكن ليس لهذا الجنون الطارئ الاثر الرجعي فيسأل متى زال هذا المانع.

من حيث طبيعة المانع: اما ذاتي او عرضي.

المانع الذاتي: كالصغر فهو وصف يولد مع ميلاد الصغير ويبقى قائماً بذاته حتى يدخل سن الرشد، ومن ميزاته انه يزول زوالاً بطيئاً اذا عاش الصغير الى مرحلة سن الرشد ولم يطرأ عليه عارض {مانع} آخر، كما انه مانع السبب، فاذا ارتكب جريمة وهو عديم التمييز، لا تعد الجريمة كاملة لتخلف الركن المعنوي {القصد الجنائي}، واذا بلغ رشيداً لا يسأل عما ارتكبه حين فقدان اهليته، ولا تنطبق عليه قاعدة {اذا زال المانع عاد الممنوع}[1]، لانها انما تطبق في حالة نشأة السبب كاملاً.

المانع العرضي: وهو الذي لم يستصحب الشخص وقت ولادته كالجنون الذي حدث له في مرحلة من مراحل حياته، فاذا ارتكب جريمة مقترنة بحالة الجنون يكون مانعاً بصورة مستمرة، ولو زال بعد ارتكابها لانه كان مانع السبب فلم ينشأ كاملاً. لكن اذا ارتكبها قبل اصابته بالجنون وكان كامل الاهلية، ثم جُنَّ بعد ذلك فانه يقطع استمرارية مساءلته وتنفيذ حكمه ما دام مجنوناً.

اما اذا شفي من جنونه وزال فتعود مساءلته، لان الجريمة نشأت كاملة وتنطبق عليها قاعدة {اذا زال المانع عاد الممنوع}.

من حيث مدى تاثيره: ينقسم المانع الى المانع القاصر والمانع المتعدي.

المانع القاصر: هو الذي يقتصر تاثيره على من قام به هذا الوصف وحده ولا يستفيد منه غيره كالجنون والصغر وما في حكمهما، فاذا قام رجل بالغ عاقل مختار مع صغير غير مميز او مجنون بارتكاب جريمة سرقة مثلاً، فان الرجل لا يستفيد من عذر شريكه لانه وصف شخصي لا يستفيد منه غير من قام به، سواء كان هذا الغير فاعلاً او شريكاً او مساعداً في تنفيذ الجريمة.

---

[1] م٢٤ مجلة الاحكام العدلية والقاعدة (٢٥).

المانع المتعدي: هو الذي يستفيد منه كل من ساهم مع الفاعل الأصلي في تنفيذ العملية كحق الدفاع الشرعي، فمن تَعَرضَت حياته او عرضه او ماله للاعتداء الحال المؤكد وقتل المعتدي، ولم يتجاوز حدود دفاعه الشرعي وساهم معه غيره في ذلك، يستفيد من العذر هذا الغير، فلا يسأل لا جنائياً ولا مدنياً، لأن حق الدفاع الشرعي من أسباب الاباحة بالنسبة للكل.

ويمكن ان يقال كقاعدة عامة:

المانع اذا كان وصفاً قائماً بشخص الفاعل لا يفيد غيره من فاعل آخر او شريك او اي مساهم، واذا كان عائداً الى الفعل يفيد غيره.

الخطأ

الخطأ هو الاخلال بواجب شرعي او قانوني مع ادراك المخل اياه، فالخطأ يستلزم الادراك {التمييز} ، لانه يتكون من عنصرين مادي {موضوعي} وهو الاخلال بالواجب، ومعنوي {شخصي} وهو الادراك {التمييز} ، والتعدي لا يتطلب توافر العنصر المعنوي بل يكفي لتحققه كونه عملاً غير مشروع ضاراً، بغض النظر عن اهلية فاعله.

وبناء على ذلك تكون النسبة المنطقية بين الخطأ والتعدي العموم والخصوص المطلق بحسب التحقق، فكلما تحقق الخطأ يتحقق التعدي دون العكس الكلي، فكل فعل ضار صادر عن عديم الاهلية يعد خطأ، لان الخطأ يتوقف على الادراك، فاينما ورد لفظ التعدي في الفقه الإسلامي يكون المراد به هو العمل غير المشروع الضار، سواء اكان فاعله قاصداً في اضراره بالغير ام لا، وسواء اكان كامل الاهلية ام ناقصها ام فاقدها.

المسؤولية

مسؤولية الشخص كونه مطالباً بتبعات تصرفاته غير المشروعة، والتصرفات تكون غير مشروعة اذا كانت مخالفة لواجب شرعي او قانوني، وتكون مخالفة لهما اذا الحقت الضرر بالغير بدون مبرر، والحاق الضرر بالغير بدون مبرر خطا او تعدٍ.

المسؤولية الادبية والقانونية

المسؤولية الأدبية (الخلقية) شعور الشخص بالذنب أمام الله إذا كان مؤمناً به، أو أمام ضميره إن لم يؤمن بالله، نتيجة ما قام به من فعل أو امتناع كان المفروض أن لا يقوم به واساسها الخروج على قواعد الاخلاق.

المسؤولية القانونية تحمل الشخص تبعة خروجه على قواعد القانون.

المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية وهما من انواع المسؤولية القانونية.

المسؤولية الجنائية تحمل الانسان تبعة ما يقترفه من عمل، او امتناع يمس مصلحة المجتمع العامة.

المسؤولية المدنية كون الشخص مطالباً بتبعة ما اقترفه من فعل، او امتناع يضر بالفرد او افراد محدودين.

المسؤولية العقدية والتقصيرية وهما من انواع المسؤولية المدنية.

المسؤولية العقدية هي نتيجة الاخلال بالتزام تعاقدي.

المسؤولية التقصيرية تنشا عن الاخلال بالتزام شرعي او قانوني تجاه الغير.

المسؤولية المدنية تساوي الضمان في الفقه الإسلامي واسباب الضمان ثلاثة عقد وبد واتلاف[1].

---

[1] قواعد ابن رجب (عبد الرحمن بن رجب الحنبلي ت٧٩٥ هـ)، القاعدة٨٩.

المسؤولية المدنية في الفقه الغربي[١] والقوانين المتاثرة به[٢] تتوقف على ثلاثة عناصر هي الخطا + الضرر + علاقة السببية بين الخطا والضرر.

المسؤولية المدنية في الفقه الإسلامي والقوانين المتاثرة به[٣] عناصرها ثلاثة ايضاً وهي: العمل غير المشروع + الضرر + علاقة السببية.

المسؤولية والمديونية

ظن كثير من شراح القانون انهما من عناصر الالتزام، وهذا خطا شائع مبني على عدم التعمق في الصلة بينهما وبين الالتزام.

والالتزام تحمل اداء واجب يترتب عليه انشغال الذمة بحق الغير حتى ينقضي، والمسؤولية المدنية كون المدين مطالباً بحق عليه الوفاء به باختياره، والا فيجبر عليه، والمديونية انشغال الذمة بحق للغير.

وبناءاً على ذلك تكون المسؤولية والمديونية من عوارض الالتزام ومن خواصه، ومن الواضح ان عناصر الشيء ما يتوقف عليها هذا الشيء فهي سابقة عليه في الوجود، واما عوارض الشيء فانها تكون بعد وجوده، فما ذهب اليه معظم شراح القانون من اعتبار المسؤولية والمديونية من عناصر الالتزام ناتج عن خلطهم بين العناصر والعوارض.

الخطأ الجنائي والخطا المدني

الخطا هو الاخلال بواجب شرعي او قانوني مع ادراك للمخل ايماء، والواجبات التي يعد الاخلال بها خطا تحدد بالتشريعات الجزائية بالنسبة للخطأ الجنائي وبها وبالتشريعات المدنية او القواعد العامة او الاتفاقات في الخطأ المدني.

وعلى هذا الاساس تكون النسبة المنطقية بين الخطا الجنائي والخطا المدني بحسب التعلق العموم والخصوص المطلق، فكلما تحقق الخطا الجنائي يتحقق الخطا المدني، لان الاخلال بواجب

---

[١] في القانون الفرنسي فيما يتعلق بالمسؤولية العقدية م١١٤٦-١١٥٥، وفيما يتعلق بالمسؤولية العقدية م١٣٨٢-١٣٨٦.

[٢] القانون المصري م١٦٣، والسوري١٦٤، واللبناني م١٢٢.

[٣] المدني العراقي فيما يتعلق بالمسؤولية العقدية م ١٦٨-١٧٦، والتقصيرية م١٨٦-٢٢٤.

يحدده القانون الجنائي يصدق عليه انه اخلال بواجب قانوني مع ادراك المخل ايـاه، ولكـن اذا كان الواجب محدداً بغير القانون الجنائي يكون الخطأ مدنيا فقط.

وتتفق التشريعات الجزائية الوضعية مع الشريعة الإسلامية في ان الخطـأ الجنـائي اخـلال بواجبات محددة بالنصوص الجنائية، وفي اقرار مبدا الشرعية {لا جريمة ولا عقوبة الا بنص}. والشريعة الإسلامية هي صاحبة هذا المبدأ حيث نص عليه القرآن قبل القانون بمئات السنين في آيات متعددة، منها قوله تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولاً﴾[1] وقوله ﴿وَمَـا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَى حَتَّى يَبْعَثَ فِي أُمِّهَا رَسُولاً يَتْلُو عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا﴾[2] وقولـه ﴿وَلَوْ أَنَّـا أَهْلَكْنَاهُم بِعَذَابٍ مِّن قَبْلِهِ لَقَالُوا رَبَّنَا لَوْلَا أَرْسَلْتَ إِلَيْنَا رَسُولاً فَنَتَّبِعَ آيَاتِكَ مِن قَبْـلِ أَن نَّذِلَّ وَنَخْزَى﴾[3] وقوله ﴿وَإِن مِّنْ أُمَّةٍ إِلَّا خَلَا فِيهَا نَذِيرٌ﴾[4] وغيرها من آيات اخرى، وهـي تدل بصراحة على ان لا جريمة ولا عقوبة الا بنص، سواء أكان نصاً قرآنياً ام نصـاً نبويـاً، أم نصاً وضعياً من السلطة التشريعية الزمنية، لان الشريعة الإسـلامية خولـت ولـي الامـر (رئيس الدولة) بتعاونه مع اهل الشورى ان يعتبر كل فعل مضـر بالمصـلحة العامـة جريمـة يحد لها عقوبة تتلائم مع حجمها وخطورتها، على ان يثبت كل مـن التجـريم والعقـاب في نصوص قانونية يبلغ بها من يخضع لها.

غير ان الفقه والقانون الغربيين والقوانين المتاثرة بهما تختلف مع الفقه الإسـلامي بالنسبة للمسؤولية المدنية من حيث عناصرها كما ذكرنا سابقاً، فالخطأ عنصر في الجنايات ولكن في المسؤولية المدنية التقصيرية لا يشترط وجوده اذا كـان احـداث الضـرر مـن محدثـه بصـورة مباشرة، بل يكفي ان يكون الفعل الذي هو مصدر الضرر عملاً غير مشروع، بـسواء اكـان فاعله مدركاً ام لا، والعمل غير المشروع في الفقه الإسـلامي يسمى التعدي[5].

---

[1] سورة الاسراء:١٥.

[2] سورة القصص:٥٩.

[3] سورة طه:١٣٤.

[4] سورة فاطر:٢٤.

[5] وهذا المعنى هو المقصود من لفظ التعدي في م١٨٦ من القـانون المـدني العراقـي الـتي نصـها {اذا اتلف لحد مال غيره او انقص قيمته مباشرة او تسبباً يكون ضامناً، اذا كـان في احداثه هذا الضرر قد تعمد او تعدى}، وبذلك لا يوجد اي تعارض بين هذه المادة وم١٩١ التي تنص على انه {اذا اتلف صبي مميز او غير مميز او من في حكمهما مـال غيره لزمه الضـمان مـن ماله}، وقد ظن بعض شراح القانون المدني العراقي قيام هذا التعارض لعدم اصابتهم الصواب في تفسير التعدي.

التعدي

هو ارتكاب عمل غير مشروع ضار يلحق الضرر بالغير، سواء اكان فاعله متعمداً قاصداً به اضرار الغير ام غير متعمد، وسواء اكان غير المتعمد مدركاً كامل الاهلية ام ناقصها ام فاقدها، فعديم التمييز كالمجنون والصبي غير المميز ومن في حكمهما اذا اتلف مال او انقص قيمته يجب عليه الضمان ويدفع التعويض من ماله اذا كان له مال، والا فيتولى وليه او وصيه او قيمه بدفع هذا التعويض الى المضرور ثم يرجع على محدث الضرر بما دفعه حين يكون له مال. هذا اذا كان احداث الضرر بصورة مباشرة، اما اذا كان بطريقة غير مباشرة فانه لا يبقى فرق بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي في ضرورة وجود عنصر الخطأ بالمفهوم الغربي.

والجدير بالاشارة ان الخطأ في الفقه الإسلامي بالنسبة للمسائل غير الجنائية، يراد به نفس المعنى اللغوي وهو تصور الشيء على غير حقيقته، وهو بهذا المعنى يرادف الغلط. اما في المسائل الجنائية فهو يقابل العمد. وقد جعله القرآن الكريم تسييماً للعمد في قوله تعالى: ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِ وَلَكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ﴾[1]، فالخطأ في الجنايات ارتكاب فعل جرمي لم يتوافر فيه القصد الجنائي، وعلى هذا قسم فقهاء الشريعة الإسلامية القتل الى ثلاثة أقسام:

أ- **القتل العمد العدوان:** وهو القتل بوسيلة مميتة غالباً مع القصد الجنائي في النتيجة.

ب- **القتل شبه العمد:** وهو القتل بوسيلة غير مميتة غالباً مع القصد الجنائي، كالقتل بخشبة أو حجر أو نحو ذلك.

ج- **القتل الخطأ:** وهو القتل بدون قصد جنائي، كمن رمى شبحاً ظاناً أنه صيد ثم تبين أنه انسان.

ولكل قسم من هذه الأقسام أحكامه الخاصة به مفصلة في الكتب الفقهية وجزاء القتل خطأ هو الدية، وتكون واجبة على عاقلة الجاني ويقابل القتل شبه العمد الضرب المفضي الى الموت في القانون.

---

[1] سورة الأحزاب:٥.

النسبة بين المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية العموم والخصوص من وجه بحسب التحقق. وهما تجتمعان في جرائم الأموال، فمن سرق سيارة وأتلفها أو أنقص قيمتها يحكم عليه بالتعويض إضافة الى عقوبة جريمة السرقة، لأنه اعتدى على حقين، حق عام وحق خاص[1]. وتنفرد المسؤولية الجنائية عن المسؤولية المدنية في الجرائم السياسية وجرائم الإخلال بالأمن في القانون، وجريمة الردة في الشريعة الإسلامية.

وتنفرد المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجنائية في حالت إلحاق الضرر بأموال الغير بدون توافر قصد الإضرار أي (القصد الجنائي).

الموازنة بين المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية

من تَتَبُّعُ لأحكام هاتين المسؤوليتين يجد أن هناك فروقاً جوهرية كثيرة بينهما، أهمها ما يلي:

١- لا تحرك الدعوى في المسؤولية المدنية ضد الخصم إلا من قبل المتضرر أو من ينوب عنه نيابة شرعية أو قانونية أو نيابة إتفاقية. فهي دعوى خاصة لمن يملكها حرية إقامتها كما له غض النظر عنها والنزول عن حقه.

والأمر بخلاف ذلك في المسؤولية الجنائية لما فيها من الاعتداء على الحق العام، فالجاني في المسؤولية الجنائية يعتدي على حقين الحق العام وهو الإخلال بالأمن والاستقرار وحماية الأموال والأرواح والأعراض ونحو ذلك، كما انه اعتدى على الحق الخاص ايضاً، وهو حق المجني عليه. فإذا تنازل المجني عليه عن حقه الخاص يبقى الجاني مطالباً بتبعة اعتدائه على الحق العام، وإذا لم يقم بتحريك الدعوى يقوم نائب المدعي العام بتحريكها. ما لم ينص القانون على خلاف ذلك[2].

وفي الشريعة الإسلامية يجوز تحريك الدعوى من كل انسان بالغ عاقل سواء له مصلحة في ذلك أو لا، لأنه من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر اللذين هما مطلوبان من كل إنسان له مكنة تحريك هذه الدعوى، قال تعالى: ﴿وَلْتَكُن مِّنكُمْ أُمَّةٌ

---

[1] ففي هذه الصورة للمحكمة الجنائية المختصة ان تنظر في القضيتين (القضية الجنائية والمدنية)، فيحكم بالعقوبة والتعويض ايضا بناء على طلب المجني عليه.

[2] كما في جريمة زنا احد الزوجين فانها لا يحركها في القانون الا الطرف البريء من الزوجين.

يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنكَرِ﴾[1] فتحريك الدعوى الجنائية فرض كفاية على مجموع سكان المنطقة التي وقعت فيها الجريمة، فإذا قام بها بعضهم أو واحد منهم سقطت المسؤولية عن الكل، وهذا التحريك يشمل جريمة زنا الزوجين أيضاً، فلا يوجد استثناء في الجرائم بالنسبة الى الشريعة الإسلامية خلافاً للقانون، فالقانون أستثنى بعض القضايا الجنائية من تحريك الدعوى من قبل النيابة العامة كما جاء في المادة الثالثة من قانون أصول المحاكمات الجزائية[2].

٢- **الدعوى الجنائية في القانون تختص بالنظر فيها المحاكم الجنائية دون سواها بخلاف الدعوى المدنية**، فهي تقام أمام القضاء المدني ما لم يكن الضرر ناتجاً عن الجريمة، وإلا فيجوز تحريك الدعوى المدنية أمام القضاء الجنائي، حيث ينظر في الدعوى المدنية بطلب خاص، فإذا أدانته المحكمة الجنائية وثبت أن الضرر المادي نشأ عن الجريمة المرتكبة، وجب الحكم بالتعويض إذا طلب المضرور سواء أكانت الدعوى المدنية مقامة أمام القضاء الجنائي أم القضاء المدني، فالحكم الجنائي في جرائم الأموال يستلزم الحكم المدني بخلاف العكس.

٣- **عنصر الضرر يعتبر ركناً اساساً لقيام المسؤولية المدنية** التي تقوم على ثلاثة عناصر (أو أركان) وهي الخطأ أو العمل غير المشروع والضرر وعلاقة السببية بينهما، فإذا تخلف واحد منها فلا وجود للمسؤولية المدنية، بخلاف المسؤولية الجنائية فهي تقوم دون أن يكون هناك ضرر عام أو خاص بالفعل، كما في حالات الاتفاق الجنائي دون تنفيذ الجريمة، وكما في حيازة السلاح بغير ترخيص، فالقانون يعتبره عملاً جرمياً وان لم يستعمل هذا السلاح في اية جريمة، ونظير هذا موجود في الشريعة الإسلامية، قال تعالى: ﴿وَإِن تُبْدُواْ مَا فِي أَنفُسِكُمْ أَوْ تُخْفُوهُ يُحَاسِبْكُم بِهِ اللّهُ﴾[3]، فالحاسد مثلا يسأل عن حسده وان لم يترتب عليه ضرر يلحق بالمحسود، وكذلك يسأل الإنسان عن كل صفة باطنية اختيارية منافية لقيم الدين الحنيف.

●

---

[1] سورة آل عمران: ١٠٤.

[2] م٢٣ لسنة ١٩٧١م {لا يجوز تحريك الدعوى الجزائية إلا بناء على شكوى من المجني عليه أو من يقوم مقامه قانوناً في الجرائم الاتية: ١-زنا الزوجة أو تعدد الزوجات خلافا لقانون الأحوال الشخصية. ٢-القذف أو السب أو إفشاء الأسرار الى أخره}.

[3] سورة البقرة: ٢٨٤.

٤- في المسؤولية الجنائية الأفعال الجرمية محددة مقدماً، اخذاً بمبدأ الشرعية {لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص}، في حين ان الأفعال الضارة الموجبة للتعويض في المسؤولية المدنية غير محددة وغير محصورة، فكل تصرف غير مشروع يحدث الضرر بالغير يستوجب التعويض، وبوجه خاص في الشريعة الإسلامية التي لا تشترط توافر عنصر الخطأ بالمعنى الغربي للحكم بالتعويض.

وجملة الكلام ان الركن الشرعي ضروري لكل جريمة وعقوبة بخلاف المسؤولية المدنية فإنها تخضع للقواعد العامة ويجوز فيها القياس.

٥- للركن المعنوي (القصد الجنائي) أهمية كبيرة في قيام المسؤولية الجنائية، فلا يسأل الجاني عن جريمة العمد ما لم يتوافر القصد الجنائي لديه، بينما ليس له هذه الأهمية في المسؤولية المدنية، والشريعة الإسلامية لا تعير له الأهمية مطلقاً من ناحية الحكم بالتعويض، فكل من أحدث ضرراً بالغير بطريقة غير مشروعة عليه الضمان سواء أكان متعمداً أم لا، فالمطلوب وجود الضرر الناتج عن التعدي (العمل غير المشروع)، فعدم الأهلية لا يجرد الفعل من كونه تعدياً، كما ان جنون القاتل مثلاً لا يجرد القتل من الصفة الجرمية، وإنما يمنع منه المسؤولية الجنائية.

وبناء على هذا الفرق، قال فقهاء القانون {أساس المسؤولية الجنائية الإرادة الحرة المدركة لأنها مدار القصد الجنائي، فلا يسأل جنائياً عديم الأهلية لعدم الإدراك والإرادة ولا المكره والمضطر لعدم الحرية والاختيار رغم توافر الإدراك}.

٦- الجزاء في المسؤولية المدنية غير محدد مقدماً، لأنه يزيد وينقص حسب حجم الضرر ويخضع ذلك للسلطة التقديرية للقاضي (مع الاستعانة بأهل الخبرة)، في حين ان الجزاء (العقوبة) في المسؤولية الجنائية محدد ومنصوص عليه في القانون الجنائي وفق قاعدة {لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص}، فالعقوبة محددة مقدماً كما وكيفاً، وفي الأقل يحدد الحد الأدنى أو الأعلى وقد يحدد الحدان الأدنى والأعلى، وتُترك السلطة التقديرية للقاضي.

٧- الغرض من الجزاء في المسؤولية المدنية جبر ما حدث من الضرر وإعادة الأمر الى ما كان عليه قبل حدوث الضرر، بخلاف المسؤولية الجنائية فالجزاء فيها لغرض الردع أو الزجر كما هو معروف في التشريعات الجنائية، أما في الشريعة الإسلامية فالغرض من العقاب إصلاح الجاني إضافة الى الردع والزجر.

٨- **الدعوى في المسؤولية المدنية تتعلق بالذمة المالية وليست شخصية**، لذا يجوز أن توجه الى محدث الضرر أو غيره من الولي أو الوصي أو الوارث، ولهذا لا تسقط الدعوى المدنية بوفاة المدين، أما في المسؤولية الجنائية فهي شخصية فلا تحرك إلا ضد الجاني نفسه، ولذا تسقط بوفاته أو بجنونه جنوناً مطبقاً، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾[1] لكن إذا مات المدين تعلق الدين بتركته، ولا يجوز لورثته التصرف في التركة المدينة إلا بعد تسديد الدين، وإذا تصرفوا فيها قبله، يكون التصرف موقوفاً على إجازة الدائن أو على تسديد الدين بناء على قاعدة {لا تركة إلا بعد سداد الدين}، وكذلك إذا جن الجاني قبل الإجراءات القضائية وبعد ارتكاب الجريمة، فإن هذه الإجراءات تتوقف وقد تسقط كما إذا مات الجاني مجنوناً، وإذا حكم عليه بعقوبة ثم جُن يتوقف تنفيذها على الإفاقة وتسقط إذا مات مجنوناً، بخلاف الأمر في المسؤولية المدنية، فالمجنون المجني أو المحدث للضرر سواء أكان قبل جنونه أو حال جنونه، تستمر الدعوى المدنية في حقه وتقام على من ينوب عنه من ولي أو وصي أو غيرهما، كما يتعلق حق الدائن بتركة المدين المتوفى وبمال المفلس (أو المعسر) بعد وضع الحجر عليه، ولا يتحول هذا الدين الى الغير إذا تعلق بمال المدين حال حياته أو بعد مماته.

٩- **في المسؤولية الجنائية لا يعتد بالخطأ المفترض**، فإذا لم يثبت خطأ الجاني فلا قيام للمسؤولية الجنائية بخلاف المسؤولية المدنية، فإن مسؤولية المتبوع مثلاً عن أضرار تابعة مبنية على خطأ المتبوع افتراضاً.

وبعد قيام الثورة الصناعية في أوربا كان العامل في المصانع أو المعامل إذا أصيب بعاهة مستديمة من جراء عمله، يحكم القاضي الفرنسي على صاحب المعمل أو المصنع بالتعويض للعامل المصاب على أساس الخطأ المفترض لأنه لم يخطأ حقيقة، ومن الواضح ان هذا الافتراض غير ضروري في الشريعة الإسلامية التي تبنى الضمان على أساس قيام الضرر سواء وجد الخطأ بركنيه المادي والمعنوي اولا بمان يتحقق الركن المادي فقط.

وبناء على ذلك إذا ارتكب التابع جريمة لا يعاقب المتبوع على أساس الخطأ المفترض لكن قد يعاقب إذا ثبت تقصيره وإهماله في الرقابة على من تحت ولايته.

---

[1] فاطر: ١٨

١٠- المسؤولية المدنية غالباً تقوم على التجاوز على الحق الخاص، لكن المسؤولية الجنائية مبنية على قيام الاعتداء على حق عام، وفي الأقل على الحق المشترك كما في جرائم السرقات والنهب والسلب والقتل. ولذا إذا تنازل المجني عليه عن حقه، يبقى الجاني مطلوباً بالحق العام، فإذا أعفى ورثة المقتول الجاني من حقهم، تبقى المسؤولية الجنائية قائمة بالنسبة للحق العام.

١١- المسؤولية الجنائية تسقط بالموت او أي عارض يعدم الأهلية كالجنون المتصل بالموت بخلاف المسؤولية المدنية فانها تنتقل الى الورثة في حالة تعلق الديون بالتركة.[1]

أساس المسؤولية الجنائية

اختلفت المذاهب الفقهية منذ زمن قديم في تحديد هذا الأساس، ولا فائدة في استعراض هذه الخلافات بعد ان استقر رأي القانون والفقه القانوني على ان أساس المسؤولية الجنائية الإرادة الحرة المدركة (المميزة)، ورتبوا على ذلك ان الجاني إذا كان فاقداً للإرادة، كما في حالتي الصغر والجنون وما في حكمهما لا يسأل جنائياً، وبالتالي لا يعاقب، وإذا كانت الإرادة موجودة ولكن لم تكن حرة كما في حالتي الضرورة والإكراه لا يسأل جنائياً، وقد بينت المواد (م٦٠-٦٤)[2] من قانون العقوبات العراقي النافذ هذه الموانع، مع الإشارة الى عدم الحصر فيها.

ويلاحظ على هذا الاتجاه القانوني ان كل من يتمتع بالإرادة الحرة المدركة لا يسأل جنائياً ما لم يرتكب جريمة، أي فعلاً محظوراً معاقباً عليه قانوناً، لذا نجد بعض شراح التشريعات الجنائية يقيدون الإرادة (بالاثم).

وبناءً على ذلك ان الأساس المنطقي المعقول للمسؤولية الجنائية هو ما أقرته الشريعة

---

[1] هناك فروق أخرى بين المسؤوليتين، للإطلاع عليها، يُنظر مؤلفنا (فلسفة المسؤولية القانونية في ضوء المقولات الأرسطية)، ص٧ وما يليها.

[2] الليبي م٧٩-٨٧، الأردني م٩١-٩٤، اللبناني م٢٣١-٢٣٨، العماني م٩٨-١٠٤، البحراني م٢١-٢٦، السوري م٢٣٠-٢٣٥، الجزائري م٤٥-٥١، الكويتي م١٨-٢٥، القطري م١٨-٢٢، السوداني م٤٩-٥١.

الإسلامية في القرآن الكريم، وهو عبارة عن الخطيئة أو الخِطأ[1] (بكسر الخاء) والخطيئة تتكون من ثلاثة عناصر هي:

النشاط الإجرامي. النتيجة الجرمية. العلاقة السببية بينهما.

والنشاط الإجرامي لا يتحقق إلا بالإرادة الحرة المدركة.

إذن ما اعتبره رجال القانون أساساً للمسؤولية الجنائية هو من شروط عناصر هذا الأساس وليست الإرادة أساساً في حد ذاتها.

الصلة بين المسؤولية الجنائية والحكم الشرعي التكليفي

الحكم التكليفي الشرعي: مدلول خطاب الشارع المتعلق بتصرفات المكلفين على وجه الاقتضاء أو التخيير.

إيضاح التعريف:

الخطاب: ما يخاطب به الإنسان من النصوص الشرعية الآمرة والناهية في القرآن الكريم والسنة النبوية ومدلول هذا الخطاب هو الحكم الشرعي دون الخطاب نفسه.

المكلف: هو الإنسان البالغ العاقل المختار العالم بما يكلف به القادر على التنفيذ.

الاقتضاء: طلب الفعل أو طلب الترك:

أ- طلب الفعل على وجه الحتم والإلزام بحيث يثاب فاعله ويسأل جنائياً تاركه[2] إيجاب وإلزام وأثره الوجوب واللزوم والأول صفة الشارع والثاني صفة التصرفات والمطلوب فعله واجب، والمكلف ملتزم فعليه الوفاء بالتزامه ما لم يكن معذوراً.

ب- طلب الفعل على وجه الأولوية والأفضلية استحباب بحيث يثاب فاعله ولا يسأل جنائياً تاركه. وأثره الندب. والفعل المطلوب مندوب ومستحب.

ج- طلب الترك على وجه الحتم والإلزام تحريم يسأل فاعله[1] جنائياً ويثاب تاركه لما في تركه من المصلحة العامة، وأثره الحرمة، والفعل المطلوب تركه محرم والمطلوب منه الترك ملتزم بالاستمرارية على تركه ما دام الفعل محظوراً.

•

---

(1) قال تعالى: ﴿بَلَىٰ مَن كَسَبَ سَيِّئَةً وَأَحَاطَتْ بِهِ خَطِيئَتُهُ فَأُولَٰئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾ البقرة:٨١، وقال ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَاقٍ نَّحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْئًا كَبِيرًا﴾ الاسراء:٣١.

(2) لأن تركه يشكل جريمة سلبية.

د- **طلب الترك على وجه الأولوية والأفضلية** استكراه وأثره كراهة والمطلوب تركه مكروه ويثاب تاركه ولا يسأل جنائياً فاعله.

هـ- **التخيير** ترك الحرية للإنسان بين فعل الشيء وتركه والحكم إباحة والفعل مباح والفاعل لا يسأل لا عن فعله ولا عن تركه.

وبهذا تنحصر المسؤولية الجنائية في نوعين من الأنواع الخمسة للحكم التكليفي الشرعي وهما: التحريم (أو الحرمة) والإيجاب (أو الوجوب). ونصوص التحريم تسمى ناهية كما تسمى نصوص الإيجاب آمرة. والاحكام الشرعية التكليفية عند علماء الاصول افعال الشارع وهي الايجاب والاستحباب والتحريم والاستكراه والتخيير، وعند الفقهاء صفات تصرفات الانسان وهي الوجوب والندب والحرمة والكراهة والاباحة.

الاستنتاج

نستنتج من تعريف الحكم الشرعي التكليفي ان شروط أهلية للمسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية سبعة وهي:

١- **ان يكون الفاعل للفعل الجرمي انساناً:** فغير الإنسان من كائنات الأحياء والجمادات لا يسأل عما يصدر عنه من الأفعال الضارة، لا مدنياً ولا جنائياً لأن مناط المسؤولية العقل الذي ينفرد به الإنسان وحده. وبهذا الشرط أبطلت الشريعة الإسلامية التشريعات التي كانت تقرر مسؤولية الجمادات والحيوانات[٢].

---

[١] لأن فعله جريمة إيجابية وبناء على ذلك يكون الشرع مصدر الإلتزام، والإنسان المكلف ملتزم والفعل المطلوب أداؤه إيجاباً كما في الواجب، أو سلباً كما في المحرم ملتزم فيه والأداء ملتزم به.

[٢] ومن هذه التشريعات شريعة العبرانيين حيث جاء في سفر الخروج: إذا نطح ثور رجلاً أو امرأة فمات النطيح بسبب النطح يرجم الثور ويحرم أكل لحمه، ومسؤوليته على مالكه، هذا إذا لم يكن الثور معتاداً النطح. أما إذا كان من عادته النطح وأنذر الناس صاحبه فلم يضبطه ولم يعبأ بإنذارهم وأهمل رقابته حتى تسبب في هلاك رجل أو امرأة كان جزاء الثور الرجم وجزاء صاحبه الإعدام.

وجاء في سفر الأويين ان قرب رجل بهيمة حكم عليهما بالموت، وأن قربت امرأة حيواناً وجب قتل المرأة والحيوان. والمراد بالقرب العملية الجنسية.

وعند قدماء اليونان: إذا قتل حيوان إنساناً كان لأسرة القتيل ان ترفع الدعوى على الحيوان امام القضاء ويختار اسرة القتيل قضاتهم من المزارعين بالعدد الذي يشاءون وعند ثبوت

٢- ان يكون بالغاً: ومعايير البلوغ في الفقه الإسلامي تختلف فيها، منها موضوعية ومنها شخصية، والراجح هو ان يبلغ عمره خمس عشرة سنة كاملة غالباً فتختلف البلوغ مانع من المسؤولية الجنائية، وبما ان التخلف امر سلبي والمفروض في المانع هو ان يكون وصفاً ظاهراً منضبطاً عد الفقهاء الصغر (أو القصر) هو المانع لقول الرسول ﷺ: (رُفع القلم عَن ثلاثة: عَن الصبي حَتّى يَبلُغ..) والقلم هو المؤاخذة والمسؤولية الجنائية لأن الصبي يسأل مدنياً إذا احدث ضرراً في مال الغير كما ذكرنا سابقاً.

الجريمة يقضي على الحيوان بالقتيل نتيجة مساءلته الجنائية ويلقى بجثته الحيوان خارج حدود البلاد على ان لا يشمل هذا القتل الناجم عن المبارزة بين الإنسان والحيوان في الألعاب العمومية. وكذلك إذا سقط جماد على إنسان فقتله فمهما كان سبب السقوط سواء أكان ناشئاً عن فعل إنسان أو عن عامل طبيعي فيختار في هذه الحالة أقرباء القتيل أو أقرب الناس اليه أحداً من جيران القتيل قاضياً ليحكم على الجماد بالقذف خارج الحدود، ويستثنى من ذلك الأجرام والنيازك السماوية التي تقع على الإنسان فتقتله اذ لا مسؤولية عليها في هذه الحالة.

وقدماء الرومان أقروا المسؤولية الجنائية لغير الإنسان، ففي تشريع توصابوميبليوس ما يدل على مساءلة الثور وصاحبه والحكم عليهما بالإعدام إذا تسببا بفعلهما أثناء عملية الحرث بنقل الحد الفاصل بين الحقل المحروث والحقل المجاور.

وفي قانون الألواح الأثنى عشرية: تقررت فكرة التخلي عن الحيوان للمجني عليه في حالتين: حالة التسبب في الإتلاف والضرر، وحالة رعي لعشاب الغير، وعند الفرس القدماء أقروا في ديانتهم الزرداشتيه أهلية الحيوان لتحمل المسؤولية الجنائية، ومساءلته جنائياً عند اقترافه جريمة ما.

ينظر موانع المسؤولية الجنائية للدكتور عبد السلام التوجي ص١٢-١٨، وما نقله التوجي ص١٩ من ان بعض فقهاء الشافعية والأمامية قالوا بقتل البهيمة وحرقها وتحريم لحمها إذا مارس إنسان العمل الجنسي لا أساس لصحة هذا الكلام فإذا وجد رأي فهو يمثل صاحبه ولا مكان لهذا القول الخرافي في الفقه الإسلامي. ففي الأنوار للأردبيلي (٤٩٦/٢) (ولا تقتل البهيمة ولا يحرم لحمها ان قتلت). ولم اطلع على ما يؤكد صحة كلام التوجي في الكتب المعتمدة للشيعة الإمامية. وكذلك لا توجه المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي في الشريعة الإسلامية وفي معظم القوانين الحديثة. فالحل والإلغاء بالنسبة للمؤسسات أو الشركات لا يعد عقوبة إلا على سبيل التجوز.

فإذا ارتكب من دون البلوغ جريمة لا يسأل جنائياً ولكن يسأل من يتولى شؤونه إذا ثبت إهماله وتقصيره في تربيته وتوجيهه ورقابته، وقد يعاقب بعقوبة تعزيرية لقوله تعالى: ﴿قُوا أَنفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا﴾[1].

٣- ان يكون عاقلاً: مدار التكليف هو العقل يدور معه وجوداً وعدماً، والعقل نعمة أو ميزة ينفرد بها الإنسان من بين الكائنات، ولذا فرض الله عليه الالتزامات مقابل هذا الحق، لأن العدالة تقضي بأن يكون مقابل كل حق التزام وكذلك العكس، وعلى هذا الأساس قال سبحانه وتعالى: ﴿إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ عَلَى السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ وَالْجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَن يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا الْإِنسَانُ إِنَّهُ كَانَ ظَلُومًا جَهُولًا﴾[2] ليس المراد هو العرض الحقيقي لعدم وجود الإدراك والعقل في تلك الكائنات، وإنما المراد أنه لو فرض ان يكون لهن الإدراك وعرضت عليهن فعلاً لأبين حملها لا إباء تمرد وإنما إباء خوف من مسؤولية تحملها ونتائج عدم الوفاء بأدائها، وحملها الإنسان الصغير بحجمه والكبير بعقله ورغم ذلك فإنه ظالم لنفسه ولغيره من بني البشر إذا أخل بالتزامه وجاهل بنتائج سلبية لهذا الإخلال. والظلوم والجهول من صيغ المبالغة.

فتخلف هذا الشرط (العقل) مانع من موانع المسؤولية الجنائية، ولكن التخلف أمر سلبي لذا قيل الجنون ونحوه، او فقدان الأهلية مانع على أساس ان المانع وصف وجودي، وسبق ان ذكرنا ان الرسول ﷺ قال (رُفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ، وعن المجنون حتى يفيق).

٤- ان يكون مختاراً متمتعاً بالإرادة الحرة حين ارتكابه الجريمة: فالمكره والمضطر لا يسألان جنائياً على الرأي الراجح في الشريعة والقانون، لكن يسألان مدنياً، لأن المسؤولية المدنية لا تتطلب توافر الإرادة الحرة في إحداث الضرر، قال الرسول ﷺ (رفع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه) أي رفعت المؤاخذة الجنائية عن كل شخص يرتكب فعلاً جرمياً وهو يخطئ في ذلك او ناس أو كان تحت ضغط اكراه. وجدير بالذكر ان الارادة الحرة ليست شرطاً في جرائم الاعتداء على النفس وما دون النفس كما يأتي في محله.

---

[1] سورة التحريم:٦.

[2] سورة الاحزاب:٧٢.

٥- ان يكون عالماً بما كلف به أو كان بإمكانه ان يعلم به: فالجهل وهو عدم العلم لمن يكون من شأنه العلم عذر إذا لم يكن الجاهل مقصراً في الوصول الى العلم بما كلف به، ومسؤولية عدم العلم بإحكام الشريعة الإسلامية بالنسبة لسكان الأرض تقع على عاتق المسلمين، والدليل على أن الجهل عذر في الشريعة الإسلامية – خلافاً للقانون- هو قوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَى حَتَّى يَبْعَثَ فِي أُمِّهَا رَسُولاً يَتْلُو عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا﴾[1] وتلاوة الآيات تعني تبليغهم مباشرة بآيات الأحكام.

وبناء على ذلك كل من لم يعلم واجباً أو محرماً ولم يكن باستطاعته ان يعلمهما، فإذا ترك الواجب أو ارتكب المحرم لا يسأل جنائياً.

٦- ان يكون قادراً على ما يكلف به: وعدم قدرته البدنية على ما يكلف به من عمل بدني أو قدرته المالية إذا كان المكلف به مالاً، أو العقلية إذا كان عملاً فكرياً مانع من المسؤولية الجنائية إذا لم يقم بالمكلف به في الحالات المذكورة، وتخلف شرط القدرة أمر عدمي، لذا يكون المانع هو العجز الذي هو وصف وجودي إذا قلنا ان المانع يجب ان يكون وصفاً وجودياً.

والدليل على ان العجز (أو عدم القدرة) مانع من المسؤولية الجنائية هو ما جاء في القرآن الكريم من آيات تدل صراحة على ذلك، منها قوله تعالى: ﴿لاَ يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلاَّ وُسْعَهَا﴾[2] وقوله: ﴿لَا نُكَلِّفُ نَفْساً إِلَّا وُسْعَهَا﴾[3] وقوله: ﴿وَلَا نُكَلِّفُ نَفْساً إِلَّا وُسْعَهَا وَلَدَيْنَا كِتَابٌ يَنطِقُ بِالْحَقِّ﴾[4].

٧- ان يكون الفعل محرماً ومحظوراً بالنص حين ارتكابه: فإذا كان قبل تشريع تحريمه فإن كان جريمة مستمرة لا يسأل عنها لما قبل التشريع والعلم، ويسأل عنها بعد ذلك إذا استمر عليها، وإذا كان عقداً غير مشروع فلا مسؤولية على العاقد قبل التحريم، فالقاعدة الجنائية في الشريعة – كما في القانون- ليس لها الأثر الرجعي.

وفي القرآن الكريم آيات كثيرة تدل على ذلك صراحة منها قوله تعالى: ﴿وَلاَ تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم مِّنَ النِّسَاء إِلاَّ مَا قَدْ سَلَفَ﴾[5] أي يبطل الزواج بالنسبة للمستقبل

---

[1] سورة القصص:٥٩.
[2] سورة البقرة:٢٨٦.
[3] سورة الأنعام:١٥٢.
[4] سورة المؤمنون:٦٢.
[5] سورة النساء:٢٢.

ويفرق بين الزوجين إذا اسلما أو أسلم أحدهما. و قوله تعالى: ﴿وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ الأُخْتَيْنِ إِلاَّ مَا قَدْ سَلَفَ﴾[1] وقوله: ﴿عَفَا اللَّهُ عَمَّا سَلَفَ وَمَنْ عَادَ فَيَنتَقِمُ اللَّهُ مِنْهُ﴾[2] وقوله تعالى: ﴿قُل لِّلَّذِينَ كَفَرُواْ إِن يَنتَهُواْ يُغْفَرْ لَهُم مَّا قَدْ سَلَفَ﴾[3] فكون الفعل غير محرم بالنص وقت ارتكابه يكون مانعا من مسؤولية فاعله إذا تم تحريمه بعد ذلك بالنص وأساس هذا الشرط مبدأ التشريعية {لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص}.

فتخلف كل شرط من هذه الشروط السبعة يعد مانعاً من المسؤولية الجنائية، وبما ان التخلف أمر سلبي يعتبر ما يحل محله من الوصف الوجودي، هو المانع إذا أخذنا برأي القائلين بأن المانع دائماً يكون وصفاً ظاهراً منضبطاً ووجودياً.

الصلة بين الحكم الشرعي الوضعي وموانع المسؤولية الجنائية

الحكم الشرعي الوضعي: هو خطاب الشارع المتعلق بتصرفات الإنسان وبالوقائع التي هي ذات العلاقة مع الإنسان من حيث جعلها سبباً للحكم أو شرطاً له أو مانعا منه، كجعل القرابة سبباً للميراث، ولوجوب نفقة القريب الفقير على قريبه المتمكن مالياً وجعل الجريمة سبباً للعقوبة ونحو ذلك.

وكجعل العقل شرطاً لصحة تصرفات الإنسان ولمساءلته جنائياً ونحو ذلك، مثل جعل الجنون وما في حكمه مما يعدم التمييز والإدراك مانعاً من صحة تصرفات الإنسان ومن مساءلته جنائياً.

فأنواع الحكم الوضعي على الرأي السائد ثلاثة السبب والشرط والمانع، فجميع هذه الأنواع لها صلة بالمسؤولية الجنائية وموانعها، فالجريمة سبب للمسؤولية الجنائية، والأمور السبعة المذكورة في الحكم التكليفي شروط للمسؤولية الجنائية، وتخلفها والوصف الذي يحل محل التخلف مانع من هذه المسؤولية، لكن صلة الحكم الوضعي بالمسؤولية المدنية أكثر لأنها لا تتطلب الإدراك والإرادة الحرة.

---

[1] سورة النساء:٢٣.

[2] سورة المائدة:٩٥.

[3] سورة الانفال:٣٨.

موانع المسؤولية الجنائية وأسباب الإباحة

كلتا الفئتين تتفق في عدم مساءلة الفاعل جنائياً وبالتالي عدم استحقاقه للعقوبة المقررة للفعل الذي قام به، ولكنهما تختلفان في أمور جوهرية أهمها الآتي:

أ. **موانع المسؤولية الجنائية عوارض شخصية ذاتية أو طارئة تؤثر في الإرادة أو الإدراك** أو كليهما، وقد تصيب الإرادة فقط كالإكراه والضرورة، وقد تصيب كليهما معاً كالجنون والصغر، ففاقد الإدراك عديم الإرادة أيضاً، بينما في أسباب الإباحة يتمتع الفاعل بحرية الإرادة والإدراك التام.

ب. **موانع المسؤولية الجنائية لا تمس الفعل المادي ولا تجرده من صفته الجرمية** بل الجريمة تبقى قائمة رغم عدم مساءلة فاعلها جنائياً، في حين ان أسباب الإباحة تجرد الفعل من وصفه الجرمي وتحوله الى عمل مباح.

ج. **في أسباب الإباحة الفاعل يمارس حقه الشرعي والقانوني** بينما في موانع المسؤولية الجنائية الفاعل يعتدي على حق الغير، إلا أنه لا يسأل جنائياً لكونه معذوراً بعذر يبرر عدم مساءلته جنائياً وبالتالي عدم عقابه.

د. **موانع المسؤولية الجنائية لا تعفي الجاني من المسؤولية المدنية** وبوجه خاص في الشريعة الإسلامية، فالمجنون والصبي غير المميز ومن في حكمهما إذا قتلوا شخصاً تجب الدية على عاقلاتهم، وإذا سرقوا مالاً وأتلفوه يجب عليهم التعويض للمسروق منه، في حين ان أسباب الإباحة تعفيه من كلتا المسؤوليتين.

ه. **في أسباب الإباحة ينعدم الركن الشرعي** في حين أنه لا تأثير عليه في موانع المسؤولية الجنائية، وانما اثرها يقتصر على الركن المعنوي (القصد الجنائي)، لذا لا توصف جريمة عديم الأهلية بأنها عمدية لتخلف الركن المعنوي بسبب عدم وجود الإدراك والإرادة.

و. **لا يقتصر أثر أسباب الإباحة في الشخص الذي أباح له الشرع والقانون الفعل** بل يمتد الى كل من يساهم في إتيانه كفاعل أصلي أو شريك، لأنها تتعلق بذات الفعل لا بشخص فاعله، فمن يساهم مع المعتدى عليه في الدفاع الشرعي، أو مع الوالد في تأديب ولده يكون شأنه شان من تعرض للاعتداء على نفسه أو ماله أو عرضه، وشأن الوالد في تأديب ولده، فلا مسؤولية على الكل لا جنائياً ولا مدنياً.

ز. **من حيث الإجراءات** يجب على نائب المدعي العام أو قاضي التحقيق عند وجود أسباب الإباحة حفظ الدعوى لعدم جدوى الإحالة الى المحكمة المختصة، بينما في بعض حالات موانع المسؤولية الجنائية قد يحتاج الأمر الى الإحالة للقضاء لا لمساءلته جنائياً، وإنما للتأكد من وجود العذر كمن يرتكب جريمة ثم يدعي أنه كان مجنوناً حين ارتكبها أو كان مكرهاً، أو مضطراً أو نحو ذلك، وعارضه المجني عليه أو ورثته.

وبناء على هذه الفروق الجوهرية، فإن النسبة المنطقية بين أسباب الإباحة وموانع المسؤولية الجنائية التباين بحسب المفهوم وماهيتهما الشرعية والقانونية.

أما بحسب التحقق فإن النسبة بينهما العموم والخصوص المطلق فأسباب الإباحة أخص مطلقا وموانع المسؤولية الجنائية أعم مطلقاً فكلما تحقق سبب من أسباب الإباحة يتحقق مانع المسؤولية الجنائية، ولكن عكسه الكلي غير صحيح، فقد يتحقق مانع المسؤولية الجنائية ولكنه لا يكون مبيحاً للفعل الجرمي كما في حالات الجنون والصغر والإكراه والضرورة وغيرها من الأمور التي تكون مانعة من المسؤولية فقط ولا تمس أصل الفعل.

موانع المسؤولية وموانع العقاب

مانع العقاب عذر شرعي أو قانوني يعفي الجاني من العقاب أو يخففه أو يبدله كما يأتي تفصيل ذلك في محله. ومن أهم موانع العقاب في الشريعة والقانون ما يأتي:

أ. **توبة الجاني في الشريعة ويقابلها في القانون العذر** الذي يمنحه المشرع للجاني لغاية تتعلق بالمصلحة العامة كتشجيع المجرمين على عدم الاستمرار في سلوكهم الجرمي كما في الاتفاقات الجنائية قبل التنفيذ، فإذا أخبر أحد من المتفقين الجنائيين السلطة العامة بهذه الجريمة قبل علمها بها يعفى من العقوبة المقررة لها.

ب. **العفو** من ولي الأمر (رئيس الدولة) مطلقاً في القانون وفي الجرائم التعزيرية فقط في الشريعة، سواء أكان العفو عاماً أم خاصاً قبل تنفيذ الحكم أو أثناء التنفيذ.

ج. **الشبهة في الشريعة** كما في السرقات بين الأصول والفروع، أو بين الزوجين أو بين الشريكين.

د. **وقف التنفيذ** وهو شبيه بالعفو.

ه. **الصلح بين الجاني والمجني عليه** إذا كان على قيد الحياة، أو بينه وبين ورثة المجني عليه بعد الممات.

و. **فقدان الجاني أهليته** بعد ارتكاب الجريمة بموت أو جنون مطبق مستمر الى الموت.

ز. **الأبوة والأمومة في الشريعة.**

ح. **التقادم** في القانون وقد يلتقي التقادم مع الشبهة كما في تأخر الشاهد عن إفادته في جرائم الحدود.

وهذه الموانع ليست على سبيل الحصر.

وبالموازنة بين مانع العقاب ومانع المسؤولية الجنائية يتبين ان النسبة المنطقية بينهما بحسب المفهوم والماهية التباين لأن ماهية كل واحد منهما تختلف عن ماهية الاخر رغم اتفاقهما في مانعية العقاب، وفي ضوء هذا الاتفاق تكون النسبة بينهما بحسب التحقق العموم والخصوص المطلق، فمانع المسؤولية الجنائية أخص مطلقاً لأنه متى تحقق يصدق عليه أنه مانع للعقاب أيضاً، بخلاف العكس الكلي، فمانع العقاب أعم مطلقاً لأنه يجتمع مع مانع المسؤولية الجنائية ويفترق عنه عندما يكون الجاني مسؤولا عن جريمته، ولكنه لا يعاقب عليها بالعقوبة المقررة لها كما في الحالات الثماني المذكورة.

وتترتب على التباين بينهما في الماهية والمفهوم الفروق التالية:

١. **مانع العقاب ليس له أثر في أركان الجريمة** وسبق ان بيّنا أن سبب الإباحة له الأثر على الركن الشرعي بحيث يزيله كلياً ويحول الفعل الى عمل مباح، وان مانع المسؤولية الجنائية له الأثر في الركن المعنوي (القصد الجنائي)، فيحدث فيه الخلل أو يزيله مع احتفاظ الفعل بصفته الجرمية، بخلاف مانع العقاب فإنه ليس له أي تأثير لا على الركن الشرعي ولا على الركن المعنوي.

٢. **مانع المسؤولية الجنائية كسبب الإباحة** مقترن بوقت ارتكاب جريمة ومستمر حتى تنفيذها وإلا فلا يعد مانعاً، فيسأل الفاعل جنائياً إذا حدث قبل الجريمة وزال في حين ارتكابها، أو تمت الجريمة ثم حدث فإنه لا تأثير له على المسؤولية ذاتها، وإنما يكون مانعاً من استمرار الإجراءات أو التنفيذ بحسب وقت حدوثه. بخلاف مانع العقاب فإنه يحدث بعد ارتكاب الجريمة وتحقق المسؤولية الجنائية، باستثناء الأبوة والأمومة في الشريعة الإسلامية، فإذا قتل الأصل أحد فروعه فالأصلية مانعة من عقوبة القصاص.

٣. **موانع المسؤولية الجنائية شخصية**، إما ان تُعدم الأهلية أو تجعلها ناقصة أو تعيب أرادته، بخلاف موانع العقاب فإنها كما تكون شخصية مثل الأبوة المانعة من القصاص، قد تكون من وسائل الإثبات كما في الشبهة، وقد تكون من ولي الأمر كما في العفو العام والخاص، وقد تكون في القانون والشرع كالقرابة وقد تكون غير ذلك.

٤. **موانع المسؤولية الجنائية تزيل العقاب إزالة كلية** بخلاف موانع العقاب فهي قد تكون معفية من العقاب، وقد تكون مخففة له وقد تكون سبباً لتبديل نوع العقاب بنوع آخر.

٥. **في موانع المسؤولية الجنائية ينظر الى شخص الجاني** فالمانعية مبنية على أساس رعاية العدالة لمصلحة الجاني في الجنون والصغر والإكراه والضرورة، في حين ان الغالب في موانع العقاب رعاية المصلحة العامة.

٦. **موانع العقاب قد تكون معلقة على شروط** فإذا تخلف واحد منها يرتفع مانع العقاب كما في وقف التنفيذ.

٧. **موانع العقاب في الشريعة الإسلامية قد تكون عامة وقد تكون خاصة** في حين ان موانع المسؤولية الجنائية عامة مطلقاً، لا يوجد الفرق بين شخص وآخر، وبين جريمة وأخرى، بخلاف موانع العقاب فمنها عامة، ومنها خاصة.

٨. **في موانع العقاب لا يجوز للقاضي التحقيق**[1] **ان يفصل في الأمر**، بل عليه الإحالة المحكمة المختصة، بخلاف ذلك في موانع المسؤولية الجنائية، وعلى سبيل المثل المجنون أو الصغير غير المميز إذا ارتكب جريمة ورفعت الدعوى الى قاضي التحقيق فعليه غلق القضية وعدم إحالتها الى القضاء المختص لعدم الجدوى في ذلك، ما لم يكن هناك شك في وجود الجنون أو العاهة العقلية أو كان الموضوع يتطلب إصدار الحكم بالتدابير الاحترازية.

٩. **إذا وصلت القضية الى المحكمة في موانع العقاب**، عليها ان لا تحكم ببراءة المتهم بل تحكم بامتناع العقاب شرعاً أو قانوناً، بخلاف موانع المسؤولية الجنائية فالقاضي يصدر الحكم بالبراءة عن المسؤولية الجنائية لا عن التهمة الموجهة إليه، إضافة الى ذلك قد يحكم باتخاذ إجراءات احترازية ضد مرتكب الجريمة كوضع المجنون في

---

[1] في المسؤولية الجنائية الدكتور مصطفى القللي:٢٤١.

مستشفى من المستشفيات العقلية رغم كونه عديم الأهلية وذلك لحماية المجتمع من اضراره ومنعه من العودة الى ارتكاب الجريمة مرة أخرى.

١٠. **مانع العقاب لا يمنع الحكم على المتهم** بالمصاريف وبالنظم الوقائية، بخلاف موانع المسؤولية الجنائية فإنها تمنع ذلك[١].

خطة البحث:

الموانع قد تكون داخلية وقد تكون خارجية، وفي كلتا الحالتين أما ان تجرد الفعل من صفته الجرمية كما في أسباب الإباحة، وأما ان يحتفظ الفعل بوصفه الجرمي ويقتصر دور المانع على المسؤولية الجنائية والعقاب، أو ليس له التأثير على أي ركن من أركان الجريمة، وإنما يقتصر على العقاب كما في الموانع العقابية المحضة، وفي جميع الحالات المانع أما ان يكون إرادياً أو لا إرادياً.

وفي ضوء هذه الشقوقات المتصورة والقائمة في الشريعة والقانون، أوزع دراسة الموضوع من الناحية الشكلية على ثلاثة أقسام:

القسم الأول الموانع الشخصية اللا إرادية
القسم الثاني الموانع الشخصية الإرادية
القسم الثالث الموانع الخارجية المؤثرة على الإرادة

وأترك دراسة القسمين الآخرين (الموانع المبيحة) و (الموانع العقابية) لفرصة أخرى إذا بقيت الحياة وسمحت الحالة الصحية.

---

[١] المرجع السابق.

القسم الأول

الموانع الشخصية اللاإرادية

تنقسم الموانع الشخصية اللاإرادية الى نوعين:

النوع الأول : المانع الداخلي الذاتي

هو الذي يكون من الصفات الذاتية اللازمة للإنسان، يولد مع ولادته ولا ينفك عنه بأي حال من الأحوال، إلا بعد دخوله في مرحلة التمييز وهو الصغر ويتميز بميزات أهمها ما يلي:

أ. **انه من الصفات الذاتية للإنسان** فلا ينفك عنه لا بالعلاج ولا بغيره ما لم يدخل في سن التمييز.

ب. **انه من الصفات العامة** لا يختص به إنسان دون آخر منذ الخليقة في كل زمان ومكان.

ج. **زواله محقق الوقوع** إذا كُتب لهذا الإنسان ان يعيش الى ان يدخل سن التمييز.

النوع الثاني : المانع الداخلي العرضي

وهو الذي لا يكون من الصفات الذاتية اللازمة للإنسان، بل غالباً ما يولد الإنسان سالماً ثم يصاب به لأسباب ذاتية أو خارجية، ونادراً يولد مع ميلاد الإنسان وهو الجنون (أو العاهة العقلية)، ويتميز بميزات هي عكس ميزات المانع الذاتي وأهمها ما يلي:

أ. **ليس من ذاتيات الإنسان** بل يصاب به بعد ان يولد سالماً غالباً لأسباب تكوينية خلقية، أو لأسباب خارجية عارضية.

ب. **ليس عرضاً عاماً** يوجد في كل إنسان وإنما نسبة المصابين بالعاهات العقلية قليلة جداً إذا ما قورنت بالسالمين منها.

ج. **بعد إصابة الإنسان بالعاهة العقلية** فإن زوالها مجهول غير محقق تابع لنوع العاهة وظروف المصاب بها ومدى قابليتها للزوال والشفاء بالعلاج.

وفصص لدراسة كل نوع فصلاً مستقلاً لزيادة الإيضاح والفائدة.

الفصل الأول
الجنون (أو العاهة العقلية)

الجنون لغةً:

من تتبع اللغة العربية وجد ان كل كلمة مشتقة من مادة (جن) تدل على ما هو مستور غير خاضع لحاسة من الحواس الخمس الظاهرة مثل الجن والجنين والجنة والجنون والجنان، ونحو ذلك يقال جَن الشيء يُجنه جناً: (ستر وكل شيء ستر عنك فقد جن عنك)[1]، ومنه قوله تعالى: ﴿فَلَمَّا جَنَّ عَلَيْهِ اللَّيْلُ رَأَى كَوْكَباً قَالَ هَـٰذَا رَبِّي﴾[2]، قال الرازي[3] في تفسير هذه الاية (معنى جن: ستر ومنه الجنة الجن والجنون والجان والجنين والمجن الجنين والمجن – المقبور – والمجنة)، كل هذا يعود الى أصله، أي الستر والاستتار.

الجنون في الاصطلاح :

ان تعريفه تعريفا دقيقاً جامعاً مانعاً علمياً ليس وظيفة الفقيه الشرعي، ولا الفقيه القانوني، ولا من وظيفة المشرع، بل من مهمة الأطباء المختصين في الأمراض العقلية، فعلى القاضي حين وجود الشك في وجود الجنون أو درجته أو نوعه ان يحيل المتهم الى لجنة طبية متخصصة لتحديد ما هو محل الشك والخلاف.

ورغم ذلك فقد تعرض لتعريفه بعض علماء الشريعة الإسلامية وشراح القانون بتعريفات متعددة مختلفة يدور كلها حول محور واحد وهو ان الجنون {اختلال في الدماغ يؤدي الى فقدان التمييز بين الصواب والخطأ}.

ولبعد الاختلافات بين فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون في معالجة هذا الموضوع أوزع دراسته على مبحثين أحدهما للشريعة والآخر للقانون لزيادة الإيضاح.

---

[1] لسان العرب فصل الجيم حرف النون:٢٤٤/١٦.

[2] سورة الانعام:٧٦.

[3] فخر الدين ابن ضياء الدين عمر التفسير الكبير:٤٩/١٣.

المبحث الأول

أثر الجنون في المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية

لم تقتصر معالجة فقهاء الشريعة لأثر الجنون في المسؤولية الجنائية على الجرائم الإيجابية فحسب كما فعل القانونيون، بل تناولوا دراسة هذا الأثر في الجرائم الإيجابية (فعل المحظورات)، والسلبية (ترك الواجبات)، إضافة الى ذلك فإن علماء المسلمين من الأصوليين والفقهاء كانت تعريفاتهم للجنون والعاهات العقلية أضبط وأدق بكثير من تعريفات علماء القانون الذين يعيشون في عصر الاكتشافات العلمية والطبية الحديثة.

وقد عرفه صدر الشريعة[1] بأنه {اختلال العقل بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهج العقل إلا نادراً}.

وعرفه ابن ملك[2] بأنه {آفة تعل الدماغ، تبعث على الإقدام على ما يضاد مقتضى العقل من غير ضعف في أعضائه}.

أنواع الجنون:

قسم علماء الشريعة من الأصوليين والفقهاء الجنون الى أنواع متعددة بحيثيات مختلفة منها:

١- من حيث تكونه أصلي وعرضي (طارئ):

الأصلي: هو ان يبلغ الشخص مجنوناً، وغالباً يكون لنقصان جُبل عليه فلا يرجى شفاؤه وزواله عادة.

العرضي (الطارئ): هو ان يصاب الإنسان بعد البلوغ لأسباب إرادية كالإدمان والتسمم بالكحول، أو لا إرادية كالمفاجآت والاصطدامات والجروح في الدماغ، وهذا النوع يرجى شفاؤه وزواله بالعلاج.

---

(1) عبد الله بن مسعود- التوضيح شرح التنقيح:١٦١/٣.

(2) شرح المنار وحواشيه للعلامة -عز الدين بن عبد العزيز ابن الملك .

٢- من حيث مدى تأثيره كلي وجزئي:

الجنون الكلي: هو الذي يؤدي الى فقد المصاب به تمييزه وإدراكه في كل شيء وفي جميع الحالات.

الجنون الجزئي: يكون من ناحية معينة وفي ما عداها يملك القوى العقلية.

٣- من حيث الاستمرارية مطبق ومنقطع:

المطبق: هو الجنون المستمر سواء كان أصلياً أو عارضياً، وسمي مطبقاً لأنه يستوعب كل أوقات المجنون.

المنقطع (أو المتقطع): هو الذي تتخلله فترات إفاقة.

٤- من حيث الوقت ينقسم الجنون المنقطع الى الممتد وغير الممتد

الجنون الممتد: هو الذي يستغرق وقت الواجب أو يزيد عليه، كمن جن في أول شهر رمضان الى نهايته.

غير الممتد: هو الذي يكون أقل من وقت الواجب.

٥- ومن حيث التزامن لارتكاب الجريمة سابق عليها، أو مقارن معها أو لاحق لها.

السابق: هو الذي يسبق زمن ارتكاب الجريمة.

المتزامن المقترن بارتكاب الجريمة بأن يكون ارتكابها في وقت يكون الجاني مصاباً بالجنون يفقد التمييز والاختيار، سواء أكان متمتعاً بقواه العقلية التامة قبل الجريمة أو بعدها ام لا، فالعبرة بوقت ارتكاب الجريمة لا بما قبلها ولا بما بعدها.

اللاحق وهو ان يحدث للجاني بعد ان ارتكب الجريمة وهو متمتع بوعي وتمييز كاملين، ولهذه الحالة دور مهم إذا لم تكن بعد تنفيذ العقوبة وإلا فلا أثر لكل جنون يحدث بعد التنفيذ، أما قبله فإنه يترتب عليه إيقاف الإجراءات القضائية ضد الجاني، أو إيقاف إصدار الحكم عليه، أو إيقاف تنفيذ العقوبة عليه وذلك بحسب وقت حدوثه، ففي أية مرحلة حدث يتم إيقاف جميع ما يجب ان يُعمل بعدها.

٦- من حيث مفهومه خاص وعام:

الخاص: هو ان يكون المرض العقلي بحيث يولد أثاراً نفسية تنصرف الى الإرادة فتفقدها القيمة الشرعية والقانونية وتجردها من التمييز والاختيار، فهو بهذا المعنى يقابل سائر العاهات العقلية.

العام: كل اختلال يصيب السير الطبيعي العادي لأجهزة الجسم وقواه التي تساهم في تكوين الإرادة وتحديد نصيبها من التمييز وحرية الاختيار، وليس المهم ان يصيب هذا الاختلال المرضي جهازاً معيناً أو عضواً محدداً من جسم الإنسان دائماً، إنما المهم هو ان يصيب قوة تساهم في تكوين الإرادة واستيفاء حظها من التمييز والاختيار، وهو بهذا المعنى يشمل جميع العاهات العقلية كالعته وهو وقوف الملكة الذهنية في نموها نحو النضج الطبيعي، وكالصرع وهو صورة نوبات يفقد المصاب خلالها وعيه، وقد يؤدي ذلك الى ارتكاب الجرائم، وكالشذوذ الجرمي وهو الإصابة باضطرابات نفسية ترجع الى اختلال عقلي أو نقص في النضج العقلي، وكالهستيريا وهو اختلال في توازن الجهاز العصبي واضطراب في العواطف والرغبات، وغير ذلك من الحالات النفسية الشاذة التي لها التأثير المباشر على القوى العقلية، وهو بهذا المعنى العام يشمل كافة العاهات العقلية.

مدى اثر الجنون في ما يتعلق بالمجنون

هناك مسائل وأمور تتأثر بالجنون وأخرى لا تتأثر به كما في التفصيل الآتي:

أولاً: ما لا يتأثر به باتفاق الآراء

أ. لا خلاف في أن الجنون بكافة أنواعه لا تأثير له على أهلية الوجوب للمجنون بقسميها أهلية الوجوب الناقصة التي تثبت للجنين قبل ولادته وهي صلاحيته لأن يكون له بعض الحقوق التي لا تحتاج الى القبول كالميراث والوصية والهبة والنسب.الخ وأهلية الوجوب الكاملة التي تثبت للإنسان بعد ولادته وهي صلاحيته لأن يكون له الحقوق، وان يكون عليه بعض الالتزامات كالنفقة، فعليه نفقة قريبه الفقير أو زوجته[1].

---

[1] فمن ملك مالاً أو حقاً أو ديناً بذمة الغير فإذا جُن لا تأثير له على تلك الحقوق العينية والشخصية، كما له حق التمليك والتملك عن طريق وليه أو الوصي أو القيم أو القاضي.

ب. لا خلاف بين فقهاء المسلمين باستثناء الظاهرية[1] على عدم تأثير الجنون على مسؤولية المجنون التقصيرية، فإذا أتلف مال الغير أو أنقص قيمته، فيجب في ماله التعويض ان كان له المال، وإلا فعلى وليه أو وصيه تسديد هذا التعويض ثم الرجوع عليه بما دفعه حين يكون له المال. لأن هذه المسؤولية تتوقف على ثلاثة عناصر وهي تتوافر في المجنون: العمل غير المشروع + الضرر + علاقة السببية.

ج. لا خلاف في ان الجنون السابق على ارتكاب جريمة المجنون، أو اللاحق لها لا أثر له على مسؤوليته الجنائية، غير ان اللاحق يحول دون الاستمرار في هذه المسؤولية ما دام مستمراً وترجع المساءلة إذا زال.

د. لا خلاف في ان المجنون إذا ارتكب جريمة القتل، تجب الدية على عاقلته لأن القتل يعد خطأ بسبب عدم إدراك المجنون القاتل.

ه. لا خلاف في ان المجنون لا أثر له في حياته الزوجية واستمرارية زواجه، ولكن لزوجته حق المطالبة بالتفريق القضائي إذا وجدت نفسها متضررة من زوجها المجنون.

ثانياً: التصرفات التي تتأثر بالجنون بلا خلاف

أ. لا خلاف في ان الجرائم التي يرتكبها المجنون أثناء جنونه لا يسأل عنها جنائياً وبالتالي لا يعاقب عليها.

ب. لا خلاف في ان الجرائم التي يرتكبها في حالة إفاقته إذا كان الجنون متقطعاً يسأل عنها، غير ان العقوبة لا تنفذ إلا وقت الإفاقة.

ج. لا خلاف في ان الجنون يعدم أهلية الأداء بقسميها الكاملة والناقصة، فالأهلية الكاملة تثبت للإنسان بعد دخوله سن الرشد، وهي صلاحية الإنسان لممارسة كافة حقوقه ولتحمله لكافة المسؤوليات السياسية والمدنية والجنائية.

أهلية الأداء الناقصة تثبت للإنسان بعد دخوله سن التمييز، فتصرفاته الضارة ضرراً محضاً باطلة مطلقاً أجازها الولي أم لم يجزها، وتصرفاته النافعة نفعاً محضاً صحيحة مطلقاً، وافق الولي أم لم يوافق. وتصرفاته الدائرة بين النفع والضرر موقوفة على

---

[1] في المحلى:١٠/٣٤٤ (لا قود على المجنون فيما أصاب في جنونه ولا على سكران فيما أصاب في سكره المخرج له عن عقله ولا على من لم يبلغ ولا على احد من هؤلاء دية ولا ضمان وهؤلاء والبهائم سواء للخبر الثابت (رفع القلم عن الصبي حتى يبلغ وعن المجنون حتى يفيق).

إجازة وليه، أي تنعقد صحيحة، ولكن لا تنتج الآثار من الحقوق والالتزامات إلا بعد الإجازة.

د. لا خلاف في ان الجنون الطارئ بعد ارتكاب الجريمة وقبل تنفيذ العقوبة له الأثر في استمرارية الإجراءات القضائية إذا حدث قبلها، وعلى الحكم إذا كان قبله وعلى تنفيذ العقوبة إذا أصيب به الجاني بعد صدور الحكم عليه وقبل التنفيذ، لكن إذا زال يستمر كل ما توقف بسببه.

ه. لا خلاف في ان المجنون جنوناً مطبقاً إذا شفي وزال جنونه لا يكلف بقضاء ما فاته من العبادات كالصلاة والصيام ونحوهما، لأنه بمثابة الصبي إذا بلغ لا يكلف بقضاء ما فاته قبل البلوغ من العبادات، وكغير المسلم إذا أسلم لا يسأل عن ترك ما وجب وفعل ما حرم، لأن الإسلام يُجبُّ ما قبله، لكن إذا صادفت الإفاقة بعض الوقت من الواجب وكان كافياً لأدائه يجب عليه أداؤه، فإذا حصلت الإفاقة مثلاً في أواخر وقت صلاة الظهر، وكان الباقي من هذا الوقت كافياً لأدائها فيجب عليه أداء هذه الصلاة.

و. لا خلاف في ان على القاضي ان يستعين بأهل الخبرة والمختصين بالأمراض العقلية إذا حصل الخلاف أو الشك في جنون الجاني، وإذا كان الشك مستمراً فأنه يفسر لصالح المتهم.

ز. لا خلاف في ان الجاني المجنون رغم عدم مساءلته جنائياً وعدم عقابه فإنه يجب اتخاذ التدابير الوقائية والاحترازية ضده استبعاداً لأفعاله الضارة من الجرائم وغيرها في المستقبل، لأنه إذا ارتكب جريمة مرة واحدة يتوقع منه تكرارها مرات أخرى.

ح. لا خلاف في ان المجنون إذا ارتكب جريمة بعد زوال الجنون السابق لا يستفيد من هذا الجنون ما لم يثبت طبياً بقاء أثره، فعندئذ يحق للقاضي ان يعتبر هذا الأثر ظرفاً مخففاً.

هذه بعض النقاط المتفق عليها من حيث التأثر وعدم التأثر بالجنون.

ثالثاً: المسائل المختلف فيها في التأثر أو عدم التأثر بالجنون ومنها ما يلي:

١- الاختلاف في وجوب الزكاة في مال المجنون إذا كان له مال هل تجب فيه الزكاة؟، لقد اختلف في هذا الحكم فقهاء الشريعة الإسلامية بين الإثبات مطلقاً وبين التفصيل:

فمنهم من قال تجب الزكاة في مال المجنون والصبي غير المميز مطلقاً[١].

ومنهم من قال بالتفصيل، ففرق البعض بين الجنون الأصلي المستمر والجنون العارض المتقطع، فقالوا لا تجب الزكاة في الحالة الأولى وكذلك في الثانية إذا دام سنة لأنه بمثابة الأصلي، أما إذا لم يستمر سنة كاملة فاكثر فتجب الزكاة في ماله[٢]. وفرق البعض بين النقدين (الذهب والفضة)، وبين غيرهما فقالوا: لا زكاة في النقدين من أموال المجنون بالإجماع، وفي غيرهما قولان فالراجح منهما لا تجب وفي القول المرجوح تجب[٣].

منشأ الخلاف ان الزكاة مؤنة فيها معنى العبادة وهي نسبة منوية تدفع سنوياً للمستحقين، فمن غلب جانب المؤنة على العبادة، قال تجب الزكاة في مال القاصر سواء أكان صغيراً أم مجنوناً أم من في حكمهما، ومن غلب جانب العبادة على الجانب المالي، قال لا تجب الزكاة في مال القاصر لأنه لا تجب عليه العبادة بإجماع الفقهاء.

ومن وجهة نظري يجب التفرقة بين المحصولات الزراعية والحيوانات وغيرها من النقود وأموال التجارة، ففي المحصولات الزراعية والحيوانات تجب الزكاة لأنها من باب خطاب الوضع سبب وجوبها وجود النصاب، وشرطه في الحيوانات حولان الحول بغض النظر عن أهلية المالك. أما إذا كان المال من النقود وأموال التجارة فإنها لا تجب فيها الزكاة، ما لم تستثمر، لأن الزكاة في حالة عدم استثمارها تقضي عليها بالتدريج، وهذا يكون ضرراً بالنسبة للقاصر الذي لا يملك قدرة استبعاد هذا الضرر، والرسول العظيم ﷺ قال: (لا ضرر ولا ضرار)[٤].

---

[١] كالشافعية والظاهرية والمالكية – في الأنوار –للعلامة يوسف الأردبيلي الشافعي:١/١٨٤ (تجب الزكاة في مال الصبي والمجنون لا الجنين. ويجب على الولي الإخراج).

وفي المحلى–لابن حزم الظاهري:٥/٢٠١ (الزكاة فرض على الرجال والنساء والصغار والعقلاء والمجانين من المسلمين لعموم قوله تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِم بِهَا﴾ سورة التوبة:١٠٣، فهذا عموم لكل صغير وكبير وعاقل ومجنون.

وفي الشرح الصغير للدردير في الفقه المالكي:١/١٩٣ (تجب على الحر في المال المذكور ولو غير مكلف كالصبي والمجنون).

[٢] بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني (لابي بكر بن مسعود) الحنفي:٢/٨١٦.

[٣] الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية في فقه الأمامية للجبعي (زين الدين): ١/١٢٠.

[٤] سبل السلام.

٢- الاختلاف في أثر الجنون على من يساهم مع المجنون مساهمة جنائية في ارتكاب الجريمة وهو بالغ عاقل مختار عالم بأن الفعل جريمة، هل يفيده عذر المجنون؟ وبتعبير آخر، هل يعد الجنون مانعاً بالنسبة إليه كما هو مانع بالنسبة للمجنون؟.

انقسم رأي الفقهاء في ذلك فقال بعضهم منهم الحنابلة في الرأي الراجح من مذهبهم، وأبو حنيفة وأصحابه والشافعي في احد قوليه أنه يفيده، حيث قالوا إذا اشترك في القتل صبي ومجنون وبالغ ولم يقتل واحد منهم، أي لا يؤخذ القصاص من الكل، لا من العاقل ولا من عديم الأهلية، بل يجب على العاقل ثلث الدية من ماله وعلى عاقلة كل واحد من الصبي والمجنون ثلث الدية، إضافة الى الكفارة في مالهما، لأن العاقل شارك من لا مأثم عليه في فعله كشريك الخاطئ، ولأن القتل جريمة لا تتجزأ. وقال بعضهم، منهم الأمام مالك والشافعي في قوله الآخر والأمام أحمد في رواية أخرى، يجب القصاص على البالغ العاقل لأن القصاص عقوبة تجب عليه جزاءً لفعله العمد العدوان، ولا ينظر الى فعل شريكه لأن الإنسان إنما يؤخذ بفعله لا بفعل غيره[1].

وهذا الرأي الثاني هو الراجح، يجب العمل به لأن فقدان الأهلية صفة ذاتية وشخصية، والمانع إذا كان شخصياً لا يستفيد فيه من ساهم في الجريمة وهو كامل الأهلية، وبه أخذت التشريعات الجزائية الوضعية.

٣- الاختلاف في أثر الجنون اللاحق في التصرفات الجنائية للمجنون[2] الجنون اللاحق إما ان يطرأ بعد ارتكاب الجريمة قبل الحكم أو يكون بعد الحكم وقبل التنفيذ، ولا خلاف بين الفقهاء في ان جريمة الحد الثابتة بإقرار المتهم تؤجل الإجراءات القضائية وتنفيذ العقوبة فيها الى وقت الإفاقة، وذلك لاحتمال الرجوع عن الإقرار، ومن الواضح ان التراجع في جرائم الحدود الثابتة بالإقرار يؤدي الى حدوث الشبهة والحدود تدرأ بالشبهات[3]. وفيما عدا ذلك تبقى الحالتان، حالة ما إذا طرأ الجنون قبل اتخاذ الإجراءات القضائية (أو أثناءها) وقبل الحكم، وحالة ما إذا طرأ بعد تلك الإجراءات

---

(1) لمزيد من التفصيل ينظر المغني لابن قدامة (عبد الله بن أحمد):٧/٧٧.

(2) لمزيد من التفصيل راجع كشف الأسرار على اصول البزدوي:٤/١٣٨٣ وما بعدها.

(3) في المغني:٧/٦٦٥ (ولو ثبت عليه الحد باقراره ثم جن لم يقم عليه حال جنونه لأن رجوعه يقبل فيحتمل انه لو كان صحيحاً لرجع).

والحكم وقبل التنفيذ وفيها ثلاثة اتجاهات: أحدهما ليس للجنون اللاحق أي تأثير مطلقاً في غير جرائم الحدود، والثاني له التأثير مطلقاً، والثالث فيه التفصيل.

الاتجاه الأول: وهو ما تبناه فقهاء الشافعية والأمامية[1] والحنابلة[2] من ان الجنون اللاحق للجريمة ليس له أي أثر في سير الإجراءات القضائية، واستمرار محاكمة الجاني والحكم عليه بالعقاب وتنفيذه عليه ولو كان كل ذلك في حالة الجنون ما دامت الجريمة ارتكبت في حالة الصحة والإفاقة، وكون الجاني مدركاً مختاراً وذلك للأسباب التالية:

أ. العبرة في المسؤولية الجنائية واستحقاق الجاني للعقاب بوقت ارتكاب الجريمة فما دام الجاني كامل الأهلية حين ارتكابها فلا يشترط استمرار هذه الأهلية الى نهاية المحاكمة وتنفيذ العقوبة ما لم تكن الجريمة حدية ثابتة بإقرار المتهم.

ب. ان جنون اللاحق لا يوقف محاكمة الجاني ومعاقبته بحجة أنه عاجز عن الدفاع عن نفسه لأن الإسلام وفر الضمانات الكافية للمتهم حين محاكمته بحيث تغني عن استعمال حقه في الدفاع عن نفسه لأن المفروض ان القاضي عادل والشهود محل الثقة يزكيهم أهل التزكية، ووسائل الإثبات محددة لكل جريمة، والعقوبة محددة بالنص مقدماً، والحكم يبني على أسس عادلة لا تمس المتهم بما لا يستحقه.

ج. عجز المتهم عن الدفاع عن نفسه لا يحول دون محاكمته ومعاقبته كالأبكم، فإنه يحاكم ويعاقب إذا ارتكب جريمة رغم عجزه عن النطق والدفاع عن نفسه أما إذا كانت الجريمة حدية كجريمة الزنا أو السرقة أو قطع الطريق وغيرها من الجرائم الحدية الأخرى، فإذا ثبت بإقرار المتهم فإن جنونه اللاحق يؤثر في سير عملية القضاء ضده وينتظر الى الإفاقة لإمكان تراجعه، والتراجع في جرائم الحدود يؤدي الى حدوث الشبهة والحدود تدرأ بالشبهات[3].

---

[1] إيضاح الفوائد في شرح القواعد للحلي (محمد بن الحسن) ٤/١٠٠.

[2] في المغني لابن قدامة ٧/١٦٥: (فان قتله وهو عاقل ثم جُنّ لم يسقط عنه القصاص سواء ثبت عليه ببينة أو اقرار لأن رجوعه غير مقبول ويقتص منه في حال جنونه).

[3] ينظر إيضاح الفوائد شرح القواعد للحلي (محمد بن الحسن) ٤/١٠٠.

الاتجاه الثاني: الذي تزعمه المالكية[1]، هو ان الجنون اللاحق لارتكاب الجريمة له الأثر في سير الإجراءات القضائية وإصدار الحكم على الجاني وتنفيذه، شأنه شأن الجنون في وقت ارتكاب الجريمة، فإذا ارتكب جريمة وهو متمتع بكامل الوعي والإدراك ثم طرأ بعد ارتكاب الجريمة، ففي أية مرحلة يطرأ يؤدي الى إيقاف ما يلي تلك المرحلة من الإجراءات أو الحكم أو التنفيذ، فيجب الإيقاف وانتظار الإفاقة إذا حصلت، وإذا طرأ بعد الحكم وقبل تنفيذه فيجب إيقاف التنفيذ الى الإفاقة، وهذا الإيقاف ليس لعجزه عن الدفاع عن نفسه وإنما لأن الأهلية الجنائية كما يشترط توافرها أثناء ارتكاب الجريمة، كذلك يشترط استمرارها بكافة المراحل الى ان ينتهي التنفيذ. ففي أية مرحلة طرأ الجنون يجب إيقاف كل شيء ضده باستثناء الإجراءات والتدابير الاحترازية والوقائية لأن الجنون اللاحق كالجنون السابق والمقارن لا يمنع وضع الجاني في مصح أو مكان للعلاج لوقاية الناس من شره، فالإجراءات الوقائية ومراقبته من ضروريات حماية مصالح الناس.

ويتفق هذا الاتجاه مع ما تمليه التشريعات الجزائية الحديثة، إلا إنها تختلف معه في أساس الإيقاف، فالأساس في الاتجاه المذكور لفقهاء الشريعة الإسلامية هو عدم توافر الأهلية الجنائية المطلوبة في المتهم حين ارتكاب الجريمة، والمطلوب استمرارها الى نهاية كل ما يتعلق بهذه الجريمة من الإجراءات والحكم والتنفيذ. اما الأساس في التشريعات الجزائية الوضعية الحديثة هو عجز المجنون جنوناً لاحقاً عن الدفاع عن نفسه[2].

---

[1] في الخرشي على مختصر خليل وحاشية العدوي٨/٢: (ويجب القصاص على السكران والمجنون اذا جنى في حال إفاقته ثم جن بعد ذلك، ولكن لايقتص منه في حال الجنون بل ينتظر إفاقته إن رجيت وإن أيس منها فالدية من ماله فإن أفاق بعد ذلك اقتص منه إلا أن يكون حكمه حاكم يرى السقوط، أما إذا قتل حال جنونه ففيه ثلاثة أقوال، فقيل هدر (وهذا يتفق مع إتجاه الظاهرية)، وقيل الدية في ماله، وقيل على عاقلته).

[2] تنص م٢٤٧ من قانون تحقيق الجنايات المصري على انه {إذا كان المتهم غير قادر على الدفاع عن نفسه بسبب عاهة في عقله فلا يحاكم حتى يعود إليه من الرشد ما يكفي لدفاعه عن نفسه}.

الاتجاه الثالث: هو التفصيل وهو ما قال به الحنفية[1] كالآتي:

إذا كان الجنون اللاحق للجريمة الطارئ بعدها قبل الحكم يتفق أبو حنيفة مع المالكية في إيقاف جميع الإجراءات القضائية ضد الجاني المجنون الى حين إفاقته، وفي حالة الإفاقة تستأنف تلك الإجراءات.

إذا كان الجنون اللاحق الطارئ بعد الحكم على الجاني وقبل تنفيذه فيؤخذ بالضوابط التالية:

أ- إذا كان الجنون قبل تسليم الجاني الى الجهة المعنية بتنفيذ العقوبة، وكان الجنون متقطعاً، تنتظر الإفاقة وتنفذ العقوبة في حالة الإفاقة.

ب- إذا كان الجنون مطبقاً ولم يسلم بعد الى جهة التنفيذ، سقطت العقوبة وحلت محلها الدية، إذا كانت الجريمة قتلاً موجباً للقصاص.

ج- إذا طرأ الجنون اللاحق بعد الحكم وبعد تسليم الجاني الى جهة التنفيذ، تنفذ العقوبة عليه ولو كان في حال جنونه، لأن العبرة في اشتراط أهلية المسؤولية الجنائية بوقت ارتكاب الجريمة ووقت صدور الحكم على الجاني وقد كان متمتعا بتلك الأهلية في الوقتين المذكورين.

والذي أراه قمينا بالأخذ به من الاتجاهات الفقهية المذكورة هو اتجاه المالكية لأنه أقرب الى العدالة والمنطق والعقل السليم، إضافة الى أنه تطبيق لروح الشريعة الإسلامية، وقد أخذت بهذا الاتجاه القوانين الوضعية، وهذا لا يتعارض مع اتخاذ الإجراءات الوقائية والاحترازية ضد الجاني.

٤- الاختلاف في أثر الجنون في المسؤولية عن العبادات

ما سبق بيانه كان متعلقاً بأثر الجنون في المسؤولية الجنائية عن الجرائم الإيجابية (ارتكاب الأفعال المحظورة)، وهذا الاختلاف خاص بأثر الجنون في المسؤولية الجنائية عن الجرائم السلبية (ترك الواجبات).

المجنون جنوناً متقطعاً فهو ممتد، هل يسأل عن الواجبات التي صادفت وقت جنونه بأن يكلف بقضائها إذا أفاق قبل فوات زمنها الكلي؟

وعلى سبيل المثال: إذا أفاق في النصف الثاني من شهر رمضان فعليه صيام الأيام الباقيات بلا خلاف إذا استمرت الإفاقة بعد رمضان مدة تكفي لهذا القضاء. فهل

---

[1] حاشية ابن عابدين (محمد امين) على الدر المختار شرح تنوير الأبصار:٦/٥٣٢.

يسأل عن قضاء ما فات؟ وفي كل يوم وليلة تجب الصلاة في خمسة أوقات، فإذا أفاق قبل انتهاء أوقاتها بأن صادفت الإفاقة فترة زمنية داخلة ضمن (٢٤) ساعة في أوقات تلك الصلوات، فهل يكلف بقضاء ما فاته من تلك الصلوات الخمس خلال فترة جنونه؟ وهل يسأل جنائياً من الناحية الدينية عن إهمال قضائها؟.

اختلفت اتجاهات الفقهاء في ذلك على ثلاثة آراء:

الرأي الأول: الذي ينسب الى الشافعي وزفر من الحنفية[1] ومن هذا هذهما، ان المجنون كما أنه غير مسؤول عن الجرائم الإيجابية (ارتكاب المحرمات والمحظورات) التي ارتكبها أثناء جنونه، كذلك غير مسؤول عن الجرائم السلبية (ترك الواجبات)، كترك الصلاة والصيام وغيرهما من الفروض، شأنه شأن الصبي غير المميز إذا بلغ في الثلث الأخير من رمضان مثلاً، لا يكلف إلا بصيام بقية الأيام، وإذا بلغ في وقت المغرب، لا يكلف بقضاء صلاة الصبح والظهر والعصر من ذلك اليوم، لأن مسؤولية الإنسان جنائياً تبنى على أساس التمييز والاختيار، وهما معدومان وقت الجنون ويزولان به سواء أكان الجنون أصلياً أم عرضياً حدث بعد الرشد أو قبله، وسواء أكان متقطعاً أم مطبقاً، وسواء أكان ممتداً أم غير ممتد.

وسبق أن ذكرنا أن الممتد هو الذي يستغرق كل وقت الواجب كأن يستمر جنونه كل شهر رمضان وكل أوقات الصلوات الخمس (٢٤) ساعة في كل يوم وليلة. وغير الممتد هو الذي يستغرق بعض وقت الواجب، كأن حصلت الإفاقة أثناء شهر رمضان، أو قبل فوات بعض الصلوات من المدة المحددة لها.

وجُلّ أدلة أصحاب هذا الرأي هو القياس فقاسوا عديم الأهلية بالجنون على عديمها بالصغر، والجامع بينهما هو عدم توافر شرط التكليف الذي هو أساس المسؤولية الجنائية، ثم ان الجنون ينافي القدرة لأنها تحصل بقوة البدن والعقل، والجنون يزيل العقل فلا يتصور فهم الخطاب والعلم به بدون العقل، والقدرة على الأداء لا تتحقق بدون العلم، لأن العلم أخص أوصاف القدرة فتفوت بفوته، وبفوت القدرة يفوت الأداء وإذا فات الأداء عدم الوجوب، إذ لا فائدة من الوجوب بدون الأداء، والجنون يختلف عن الإغماء فالمغمى عليه يجب عليه

---

[1] كشف الاسرار: ٤/١٣٨٤.

قضاء ما مضى من الصوم عند الإفاقة، وكذلك قضاء الصلوات إذا كان الإغماء اقل من يوم وليلة لأن أهليته للمسؤولية الجنائية قائمة لقيام العقل إذ الإغماء لا ينافي العقل بل هو عجز استعمال آلة القدرة كالنوم، فالعقل ثابت كما كان قبل الإغماء[1].

الرأي الثاني: الأصل ان المجنون جنوناً متقطعاً لا يسأل عن ترك الواجبات أثناء جنونه مطلقاً قياسا على فعل المحرمات في حالة الجنون، حيث لا يوجد الفرق بين جريمة وأخرى، فكما أنه غير مسؤول جنائياً عن ارتكاب الجرائم الإيجابية المرتكبة وقت الجنون، كذلك لا يسأل عن الجرائم السلبية، بجامع ان أساس المسؤولية مفقودة في هذين النوعين للجرائم، والسلبية والإيجابية ليس لهما الدور في المساءلة، وعدمها هذا هو الأصل عند أصحاب هذا الرأي، غير أنهم قالوا (يسأل استحساناً عن قضاء ما فاته من الواجبات بعد إفاقته من الجنون غير الممتد)، سواء أكان الجنون أصلياً بأن نشأ مع صاحبه منذ ولادته واستمر بعد البلوغ ام كان عارضاً بأن طرأ بعد البلوغ أو قبله وبنا. على هذا الاستحسان إذا أفاق في العشر الأواخر من رمضان واستمرت الإفاقة بعد نهاية الشهر، فعليه القضاء لبقية الأيام التي صادفت وقت جنونه وذلك للأوجه الآتية:

الوجه الأول/ قياس الجنون غير الممتد على النوم والإغماء بجامع كون كل واحد منهما عذراً عارضاً بعد البلوغ وزال قبل الامتداد فكما ان على النائم والمغمى عليه القضاء إذا استيقظ النائم وزال الإغماء فكذلك يجب على المجنون القضاء بعد الإفاقة مع عدم قيام الحرج في القضاء إذا استمرت الإفاقة بمقدار ما يكفي لهذا القضاء.

ويناقش هذا الوجه بأنه قياس مع الفارق لأن العقل لا يصاب بخلل وآفة مرضية عقلية وقت النوم والإغماء، وانما يتوقف عن العمل بخلاف حالة الجنون.

الوجه الثاني/ بقاء ذمة المجنون أثناء الجنون فيرث ويملك ويتملك، والإرث والملك من باب الولاية على المال، ولا ولاية بدون ذمة، والوجوب

---

[1] المرجع السابق.

متعلق بالذمة، فما دامت باقية وقت الجنون تتعلق بها الالتزامات المدنية والجنائية.

ويناقش هذا الوجه بأنه لو صح هذا الاستدلال للزمت مساءلة المجنون جنائياً عن الجريمة التي ارتكبها وقت الجنون ثم حصلت له الإفاقة واللازم باطل باتفاق جميع الآراء، والمستلزم للباطل باطل أيضاً.

الوجه الثالث/ المجنون أهل للثواب، ويبقى مسلماً بعد إصابته بمالجنون، فيكون أهلاً للوجوب في الجملة لأن الثواب من أحكام الوجوب، ولا حرج في إيجاب القضاء إذا أفاق قبل فوات الأوان.

ويناقش هذا الوجه بما ناقشنا به الوجه الثاني، إضافة الى أن المجنون لا يسأل جنائياً عن الجرائم الإيجابية التي يرتكبها حال جنونه بإجماع الآراء، فلا وجه للتمييز بينها وبين الجرائم السلبية فكما لا يسأل عما حدث حال الجنون بالنسبة للجرائم الإيجابية من فعل المحظورات كذلك لا يسأل فيما يتعلق بالجرائم السلبية من ترك الواجبات.

الرأي الثالث: ذهب الى التفصيل وفرق بين الجنون الأصلي والجنون العارضي بعد البلوغ عاقلاً فلا يسأل عن قضاء الواجبات إذا أفاق وكان جنونه أصلياً سواء أكان ممتداً أم غير ممتد، بخلاف الجنون العارضي فيسأل المجنون جنوناً عارضاً متقطعاً غير ممتد فاته من الواجبات التي أفاق قبل انتهاء زمنها.

وعُمْدَةُ أدلة أصحاب هذا الرأي ان الجنون الحاصل قبل البلوغ حصل وقت نقصان الدماغ على ما خلق عليه من الضعف الأصلي فكان أمراً أصلياً لا يمكن إلحاقه بالعدم كالصيام في الصغر.

أما الجنون الحاصل بعد البلوغ فقد حصل بعد كمال الأعضاء فكان معترضاً على المحل القابل للحوق آفة عارضة فيمكن إلحاقه بالعدم عند انتفاء الحرج الى ما بعد زوال الجنون العارضي، كما في حالة الإفاقة، شأنه شأن النوم والإغماء.

ويناقش هذا الرأي من أوجه منها:

أ. **التفرقة بين الجنون الأصلي والعارضي بعد البلوغ** تحكم وترجيح بلا مرجح ما دام أساس المسؤولية معدوماً حين ارتكاب الجريمة وقت الجنون في الحالتين، وقد أجمع العلماء على انتفاء المسؤولية بانتفاء مدارها الذي هو

التمييز والإدراك والاختيار، أو بتعبير آخر انتفاء الإرادة الآثمة التي سماها القرآن خطأ (بكسر الخاء) وخطيئة.

ب. **التفرقة بين الجرائم الإيجابية والسلبية المرتكبة في حالة الجنون العارضي** تحكم وترجيح بلا مرجح، فلماذا لا يسأل عن الإيجابية ويسأل عن السلبية؟.

ج. **قياس الجنون العارضي** على النوم والإغماء ونحوهما قياس مع الفارق كما ذكرنا سابقاً.

الراي الراجح (الرأي الأفقه) هو الرأي الأول، فالمجنون غير مكلف مطلقاً عما يفعله ويتركه أثناء جنونه، فكما لا يسأل عن كل محظور يفعله كذلك لا يسأل عن أي واجب يتركه ما دام مجنوناً في حالتي الفعل والترك وذلك بمقتضى القرآن، والسنة والإجماع والمعقول:

أ- القرآن الكريم

قال تعالى: ﴿لاَ يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلاَّ وُسْعَهَا﴾، وقال: ﴿وَلَا نُكَلِّفُ نَفْساً إِلَّا وُسْعَهَا وَلَدَيْنَا كِتَابٌ يَنطِقُ بِالْحَقِّ﴾، وغير ذلك من الآيات الدالة صراحة وبطريقة قطعية على ان الإنسان لا يسأل جنائياً عما يرتكبه وهو غير خاضع لإرادة حرة مدركة ليس باستطاعته تحديد ما هي أفعاله وأقواله وصفاتها من المشروعية وعدم المشروعية، وما يترتب عليها من النتائج الإيجابية أو السلبية.

ب- السنة النبوية

قال الرسول: (رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق)[1] والمراد برفع القلم المؤاخذة الجنائية، أما المسؤولية المدنية فإنها لا تتأثر بهذه الأعذار الواردة في هذا الحديث الشريف.

ج- الإجماع

أجمع علماء المسلمين من الأصوليين والفقهاء والفلاسفة على ان العقل شرط أساس للتكليف وتحمل المسؤولية الجنائية، فلا يكلف أي إنسان بحكم تكليفي ما لم تتوافر فيه شروط البلوغ والعقل والاختيار والعلم والقدرة.

---

[1] روي هذا الحديث بالفاظ مقاربة بهذا المعنى وقد اخرجه أصحاب الحديث في مصنفاتهم، منهم: الامام ابن خزيمة في صحيحه: ١٠٢/٢ برقم (١٠٠٣)، ١١٠/٣ برقم (١٧٢١). وأيضاً أخرجه الامام ابن حبان في صحيحه: ٣٥٦/١. كما أخرجه الحاكم في المستدرك.

د- المعقول

العقل السليم يقضي بأنه ليس من العدالة ان يكلف شخص بما لا يكون أهلاً له، فالعدالة الالهية تقضي بعدم مساءلة المجنون عما يتركه من الواجبات حال جنونه وما يفعله من المحظورات وهو مصاب بالجنون لأن الجنون عدم القدرة على التوفيق بين الأعمال ونتائجها وعدم التمييز بين الخير والشر، وعدم تقويم ما يقدم عليه من فعل أو ترك هذه الأمور وغيرها، برهان عقلي قاطع على عدم مسؤولية المجنون جنائياً ما دام مصاباً بالجنون وقت فعل المحظورات، وترك الواجب وعدم المساءلة يستلزم عدم المطالبة بقضاء ما فاته من الواجبات بعد إفاقته.

المبحث الثاني
أثر الجنـون في المسـؤولية الجنائية
في التشريعات الجزائية العربية

المدلول القانوني للجنون:

اتخذ الجنون في القوانين الحديثة مدلولا قانونيا واسعا بحيث لم يعد مقتصراً على المدلول اللغوي والطبي الضيق فحسب، بل اصبح شاملاً لجميع الأمراض والعاهات النفسية والعقلية التي لها التأثير على التمييز والإدراك غير ان لفظ الجنون استعمل في التشريعات الجزائية العربية تارة وحده، وأخرى مع العاهة العقلية، ومن الواضح انه في الصورة الأولى يكون مستعملاً بمعناه العام الشامل لجميع الأمراض والعاهات العقلية، بخلاف الصورة الثانية فإنه يكون مقابلا لها.

الجنون بمعناه القانوني الخاص:

لم أجد له تعريفاً جامعاً مانعاً واضحاً من قبل شراح القانون الجنائي، ومرد ذلك الى ان التعريف بالميزات المذكورة من وظيفة الأطباء المختصين بالأمراض العقلية. ومع ذلك يمكن تعريفه بأنه (اختلال عقلي يترتب عليه العجز عن التمييز بين الخطأ والصواب)، ويبدو أنه قمة الأمراض العقلية فكل مرض عقلي عداه يكون أخف منه.

الجنون بمعناه العام:

هو كل اختلال يصيب السير الطبيعي العادي لأجهزة الجسم أو قواه التي تساهم في تكوين الإرادة وتحديد نصيبها من التمييز وحرية الاختيار[1]، والتشريعات الجزائية العربية

---

[1] الدكتور محمود نجيب حسني المجرمون الشواذ طبعة دار النهضة ص٢٩.

وغير العربية لم تجر على نمط واحد أو متقارب في معالجة أثر الجنون في المسؤولية الجنائية، فمنها ما اقتصرت على ذكر المؤثر (الجنون أو العاهة العقلية) دون بيان أثره فقد التمييز أو الإدراك أو شلل الإرادة الحرة)، أي لم تبين مدى أثر المرض العقلي على خصائص الإرادة وقيمتها القانونية، كقانون العقوبة الفرنسي الذي ينص في (م٦٤) على انه {لا جناية ولا جنحة إذا كان المتهم في حالة جنون وقت ارتكاب الجريمة}، ويعكس ذلك قد يهمل المؤثر ويقتصر على ذكر الأثر كما في م٤٦ من مشروع قانون العقوبات الالماني التي تنص على انه {إذا انتفت عن الفاعل وقت فعله حرية لأرادته لا يسأل جنائياً}.

وأكثرها جمعت بين الأمرين (المؤثر والأثر) في نصوصها القانونية ومنها قانون العقوبات العراقي النافذ[1] الذي نص في (م٦٠) على انه {لا يسأل جزائياً من كان وقت ارتكاب الجريمة فاقد الإدراك لجنون أو عاهة في العقل}، وكذلك المصري (م٦٢) {لا عقاب على من يكون فاقد الشعور أو الاختيار في عمله وقت ارتكاب الفعل اما لجنون أو عاهة في العقل}.

ثم ان بعض القوانين استعملت بدلاً من {لا يسأل} أو {لا يسأل جزائياً} تعبير {لا عقاب} كما في القانون المصري (م٤٧) والعماني (م١٠١).

وبعضها استخدمت تعبير {لا جريمة} كما في القانون السوداني (م٥٠)، ومن الواضح أن الصواب في هذا المجال هو {لا يسأل جزائياً أو ما يرادفه} وأن تعبير {لا عقاب} أو {لا عقوبة} أو {لا يعاقب} لا تستلزم عدم المساءلة الجنائية لأن النسبة المنطقية بين مانع المسؤولية الجنائية وموانع العقاب هي العموم والخصوص المطلق، أي كل مانع للمسؤولية الجنائية مانع للعقوبة دون العكس الكلي.

وكذلك لا يصح في موضوع موانع المسؤولية الجنائية ان يقال {لا جريمة} لأن هذا التعبير يكون لأسباب الإباحة وهي أخص مطلقاً من موانع المسؤولية الجنائية، فكل ما هو سبب الإباحة مانع من المسؤولية الجنائية دون العكس الكلي، وغير ذلك من ما هو سبب الإباحة مانع من المسؤولية الجنائية الجنائية دون العكس الكلي، وغير ذلك من الفروق الجوهرية الأخرى بين التشريعات، كما نتطرق لها لاحقاً بصورة موجزة بإذن الله.

---

[1] رقم١١١ لسنة ١٩٦٥.

أنواع الجنون بمعناه العام (أو العاهة العقلية):

لم تتناول القوانين الجنائية ولا شراح القانون لأقسام الجنـون بمعنـاه الخـاص كمـا تناولهـا فقهاء الشريعة الإسلامية، وقد ورد في بعض التشريعات ذكر الجنون الكلي والجزئي والمطبـق والمتقطع، وتناولها شراح القانون بصورة مختصرة لكن بحثوا أهم أنواع العاهات العقليـة دون تحديد معانيها تحديداً طبياً دقيقاً كما في الآتي:

١- **العته:** وهو لغة نقص العقل، وهذا النقص يكون بدرجات متفاوتة، لذا قسمه علماء الطب العقلي من حيث أحواله الى نوعين:[1]

أ. العته بمعنى عدم تكامل النمو بسبب وراثي لنقص خلقـي، أي ان الشـخص تنقصه ملكة ذهنية معينة من يوم ميلاده، اما باقي مداركـه فتنمـو كمـا تنمو لدى سائر الناس.

ب. العته بمعنى وقوف نمو المدارك، أي ان الشخص تبدأ مداركه في النمو ولكـن يقف نموها بعد سن معينة، فيظل تمييزه مختلطاً ويكـون كالطفـل في تقـديره وتفويه للامور.

ويعد النوع الأول من المعتوهين المتسمين بالخطورة على المجتمع وبوجه خـاص الـذين ينقصهم كل أثر للاحساس الشريف.

وبناء على ذلك قد يكون العته مانعاً من المسؤولية الجنائية إذا كان بدرجـة الجنـون، وقد يكون مخففاً للعقوبة إذا كان للمعتوه بمثابة السفيه أو الصبـي المميز.

وكذلك ميز فقهاء الشريعة الإسلامية بين معتـوه يكـون إدراكـه كالصبـي المميـز فيكون حكم تصرفاته حكم تصرفات الصبـي المميـز، ومعتـوه يكـون إدراكـه دون إدراك الصبـي المميز فيكون حكم تصرفاته حكم تصرفات غير المميز والمجنون.

في التوضيح، العته {اختلال في العقل، بحيث يختلط كلامه فيشبه مرة كلام العقـلاء ومرة كلام المجانين}[2].

٢- **الصرع :** داء عصبـي يتميز بنوبات فجائية من فقدان الوعي تقترن غالباً بالتشنج، وتتفاوت هذه النوبات في شدتها ومعدل ترددهـا وفي الوقـت الـذي تسـتغرقه، وقـد تكون هينة عابرة وقد تكون بالغة الشدة، وقد تقع النوبة بغتة بلا إنذار مسبق وقـد

---

[1] القللي المرجع السابق:٣٧٥.

[2] التوضيح شرح التنقيح لصدر الشريعة: ١٦٦/٣.

ينذر بها حس سابق وهمس غريب يعتري احدى الحواس كالبصر أو السمع أو غيرهما من الحواس الأخرى كأن يرى المريض شبحاً أو يسمع صوتاً أو يشم رائحة ويعقب ذلك مباشرة وقوع المريض صارخاً على الأرض فاقداً وعيه، ويعقب النوبة خور في القوى واستغراق في النوم يصحو منه المريض خالي الذهن من تذكر ما حدث له[١]، وقد يندفع إلى ارتكاب الجريمة والقيام بفعل مخل بالحياء. واعتبر فقها القانون الجنائي من موانع المسؤولية الجنائية[٢].

٣- **الهستيريا:** عصاب من سماته البارزة القابلية الشديدة للإيحاء والتقليد الانفعالي، وضعف الشحنة الانفعالية، وتفكك محتوى اللاشعور ينشأ عن صراع بين الذات الشاعرة والرغبات اللاشعورية المكبوتة ويصيب الذكور والإناث على حد سواء.

وللمرض الهستيري دلالة دفاعية ضد القلق وأحياناً تعريضية رمزية وضرب من ضروب التكيف الناقص، وعلاجه يكون بالاعتماد على التحليل النفسي للقضاء على العقد النفسية وإعادة بناء شخصية المريض وتنمية قدرته على النقد الذاتي وعلى مواجهة مشكلات الحياة بروح واثبة[٣].

ويرى فقهاء القانون الجنائي انها اختلال في توازن الجهاز التنفسي لها التأثير على الشعور والإحساس، وهي لا تعدم الإدراك والتمييز رغم تأثيرها في الإرادة ولذا تعد من الأعذار المخففة للعقوبة وغير مانعة من المسؤولية الجنائية بصورة مطلقة[٤].

٤- **الشيزوفرينيا:** نوع من الأمراض النفسية يتعلق بالهوية القلقة، بحيث لا يستطيع الفرد المصاب بها على حل الخلاف والنزاع بينه وبين رغباته المتضاربة، أو بين الدوافع البيولوجية وبين المحرمات والقواعد الاجتماعية ومن أهم أعراضها:

أ. الانسحاب التدريجي من المجتمع والانطواء في عالم غريب يتميز بالخجل والعزلة الاجتماعية.

ب. قد يقوم المصاب بهجوم عنيف ضد بعض الناس.

ج. اكثر الجرائم التي يرتكبها المصاب بهذا المرض القتل والسرقة[١].

---

[١] الموسوعة العربية الميسرة: ص١١٢٢.

[٢] د. القللي، المرجع السابق: ٣٧٨. د.محمود نجيب حسني، المجرمون الشواذ ص٤٠.

[٣] الموسوعة العربية الميسرة:١٨٧٩.

[٤] د. محمود نجيب الموجز في شرح قانون العقوبات:٤٢٦، د. القللي في المسؤولية الجنائية:٣٧٨.

٥- **التنويم المغناطيسي:** هذا المصطلح هو الشائع على السنة الناس ومثبت في الموسوعات وشروح القانون وغيرها، ورغم ذلك فإنه تعبير خاطئ فالصواب هو التنويم الإيحائي لانه لا مجال للقوة المغناطيسية في هذا الموضوع وانما الدور للإيحاء. والتنويم الإيحائي حالة تشبه النوم الطبيعي ويمكن إحداثها لدى الشخص المسترخي بتكرار بعض الكلمات والحركات الإيحائية أو بالتحديد في نقطة لامعة مما يؤدي الى تعب عضلات العين أو بالضغط على كرة كل عين مع حركات نفسية بطيئة عميقة، ويساعد الجو السيكولوجي الملائم على احداثه كما يحدث بسهولة للشخص الذي تستعمل معه هذه العملية[1].

اختلف شراح القانون الجنائي[2] في ان المسؤولية هل توجه الى المنوم، أو الى النائم إذا ارتكب جريمة تحت تأثير التنويم الإيحائي؟، وأساس الخلاف هو الاختلاف في ان النائم هل يطيع المنوم طاعة عمياء؟، فعندئذ لا يسأل جنائياً عما يرتكبه، وانما المسؤول هو المنوم، وإذا كان بحيث لا يفقد حرية اختياره بل يقدر نتائج الأمر الموعز به اليه، أو باستطاعته ان يزنه قبل تنفيذه، فعندئذ يسأل جنائياً عما يرتكبه وقد يعد التنويم في هذه الحالة ظرفاً مخففاً.

---

[1] د. عبد الجليل الطاهر كتابه (التفسير الاجتماعي للجريمة)، نقلا عن الاستاذ عبد الرحمن الجوراني موانع المسؤولية الجنائية:٧٤. وقد نقل الجوراني قراراً تمييزياً متعلقاً بجريمة ارتكبها شخص مصاب بهذا المرض كما يلي:٥٤/١٢٧٠. بغداد قررت المحكمة الكبرى لمنطقة بغداد في ١٩٥٤/٩/١٥ رقم الاضبارة:٥٤/٢٦٢. عدم مسؤولية المتهم (ج) وفق م٤٢ من ق.ع.ب عن تهمة قتل المدعو (م) في دار السفارة العراقية بواشنطن المسندة اليه وفق م٢١٢ من القانون المذكور لثبوت كون المتهم في حالة فقدان الشعور وابتلائه بمرض عقلي هو الشيزوفرينيا مع الأوهام الاضطهادية وارسل الحكم هذا راسا مع جميع اوراق الدعوى وتفرعاتها كافة الى محكمة التمييز لاجراء التدقيقات التمييزية عليه وطلب المدعي العام الامتناع عن تصديق قرار عدم المسؤولية ولعادة اوراق الدعوى الى محكمتها لاجراء محاكمته مجدداً واكمال النواقص المهمة الاتية). ثم جاء في هذا القرار (ولدى التدقيق والمداولة ظهر ان قرار عدم المسؤولية بالنظر لصراحة التقارير الطبية سواء منها المعطاة في امريكا او في بغداد، حيث جاءت مؤيدة بعضها البعض يصبح القرار المذكور موافقا للقانون قرر تصديقه.

[2] الموسوعة العربية الميسرة:٥٥١.

[3] القللي المرجع السابق:٣٧٩.

وهناك اتجاه ثالث وسط وهو الأخذ بالمعيار الشخصي لكل نائم بالتنويم، فهو قد يكون بإمكانه مقاومة الأوامر التي توجه اليه من المنوم في حين أن في بعض الحالات والظروف المحيطة به لا يستطيع ذلك ولكن لا يوجد أي خلاف في أن الجرائم التي يرتكبها المنوم على شخص النائم، كالاغتصاب وهتك العرض ونحوهما، يسأل عنها المنوم جنائياً ويعد التنويم ظرفاً مشدداً بمثابة الاكراه.

٦- **النوروستانيا (الحور العصبي)** : هي حالة عصبية من أعراضها الشعور بالإنهاك وسرعة الاستثارة الانفعالية والعجز عن تركيز الذهن والملل والهاجس، وقد فقد هذا المصطلح دلالته العملية لأنه لا يوجد لدى المريض أي ضعف عضوي ولا نقص في الوظائف العصبية، ولذلك قل استعماله في الطب العقلي[1]. ورغم ذلك عده شراح القانون الجنائي من الامراض العقلية المخففة ولكن ليست بمعفية عن المسؤولية الجنائية[2].

٧- **اليقظة النومية:** وهي حالة مرضية يقوم المصاب بها حين يستيقظ من نومه بأفعال مختلفة كأنه لا يزال في حلمه. ويرى علماء القانون الجنائي[3] أنه لا يسأل جنائياً إذا ارتكب جريمة وهو في هذه الحالة، لكن إذا علم بحالته هذه، عليه ان يتخذ الاحتياط اللازم لاستبعاد إيذائه للغير، فإذا أهمل هذا الاحتياط وارتكب جريمة يسأل عن جريمة الخطأ.

٨- **حالات عصبية هي مرضية ومنها:**

الصم والبكم هذا المرض قد يحدث بعد ان كان المصاب سالماً وقد يولد معه هذا المرض، ويرى علماء القانون الجنائي[4] أنه يعد في الصورة الاولى مانعاً من المسؤولية الجنائية، لكن في الصورة الثانية يؤخذ بنظر الاعتبار ظروف المصاب وأحواله حين ارتكاب الجريمة، فقد يكون مدركا مميزاً فيكون المرض مخففاً، وقد يفقده تمييزه لعدم نمو مداركه، ففي هذه الحالة يعد من الأعذار المعفية.

---

[1] الموسوعة العربية الميسرة:١٨٥٨.

[2] القللي المرجع السابق:٣٨٠.

[3] القللي المرجع السابق:٣٧٨، د.محمود نجيب حسني –المجرمون الشواذ:٤٤.

[4] القللي:٣٨١، د.محمود نجيب المرجع السابق:٤٧.

الدورة الشهرية (الحيض) للمرأة عندما تدخل المرأة في عادتها الشهرية لا تكون طبيعية مسيطرة على ضبط أعصابها، ولذا اعتبر علماء القانون الجنائي هذه العادة ظرفاً مخففاً إذا ارتكبت جريمة في هذه الحالة.

وقد أشار القرآن الكريم قبل القانون الى هذه الحقيقة في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾[1] الخطاب موجه الى أمة النبي لأنه لم يطلق ولم ينو الإقدام على الطلاق يوماً ما، واللام في قوله (لعدتهن) للتوقيت أي وقت بدء عدتهن وهو وقت طهر لم يمسها فيه، والحكمة في ذلك ان ظرف الحيض ظرف مشجع على الخلاف بين الزوجين ودفع الزوج الى الإقدام على ما هو أبغض الحلال عند الله، وشرع استثناء لحل المشاكل الزوجية المستعصية، وقد قال جماعة من فقهاء المسلمين بعدم وقوع الطلاق إذا كانت الزوجة في العادة ومنهم الجعفرية والظاهرية – عدا داود- والزيدية وبعض الحنابلة[2]، وهم على الصواب لأن الأمر بالشيء نهي عن ضده، والنهي يستلزم فساد المنهي عنه.

موقف التشريعات الجزائية العربية في أثر الجنون (أو العاهة)

تكاد تتفق هذه التشريعات في ان الجنون أو العاهة مانع في موانع المسؤولية الجنائية، أو في الاقل ظرف مخفف في بعض حالات الجنون بمفهومها غير الشامل لجميع الأمراض والعاهات العقلية والعصبية، وفيما يلي نصوص من هذه التشريعات فيما يتعلق بهذا الموضوع:

قانون العقوبات العراقي (م٦٠)

{لا يسأل جزائياً من كان وقت ارتكاب الجريمة فاقد الإدراك أو الإرادة لجنون أو عاهة في العقل}.

وحسناً فعل المشرع العراقي إذ استعمل تعبير {لا يسأل جزائيا}، وجمع بين الجنون والعاهة العقلية رعاية للشمولية كما جمع بين المؤثر (المرض العقلي) وأثره (فقدان الإرادة أو الإدراك).

---

[1] سورة الطلاق:١.

[2] ينظر مؤلفنا الطلاق في شريعة السماء وقانون الارض:٢/١١٥.

المصري (م٦٢)

{لا عقاب على من يكون فاقد الشعور أو الاختيار في عمله وقت ارتكاب الجريمة، اما لجنون أو عاهة في العقل}.

والمشرع المصري لم يكن موفقاً في استعمال تعبير {لا عقاب}، لأن الموضوع يتعلق بالمسؤولية الجنائية، ونفي العقاب لا يستلزم نفي المسؤولية لأن النسبة المنطقية بين مانع المسؤولية وماتع العقاب العموم والخصوص المطلق كما ذكرنا سابقاً، فكل مانع من المسؤولية الجزائية مانع من العقاب دون العكس الكلي.

السوري (م٢٣٠)

{يعفى من العقاب من كان في حالة جنون}.

ويلاحظ على هذه المادة ملاحظات من عدة أوجه منها وقع المشرع السوري فيما وقع فيه المشرع المصري من الخلط بين مانع العقاب ومانع المسؤولية الجنائية، ومنها أنه اقتصر على المؤثر (الجنون) وأهمل الأثر (فقد الإدراك أو الإرادة).

اللبناني (م٢٣١)

{يعفى من العقاب من كان في حالة جنون أفقدته الوعي أو الإرادة}.

ويرد على المشرع اللبناني ما أوردناه على المشرع المصري والسوري من استعمال {الإعفاء من العقاب} بدلاً من {الإعفاء من المسؤولية الجنائية}.

العماني (م١٠١)

{لا عقاب على من ارتكب جريمة وهو في حالة جنون أفقدته الوعي أو الإرادة}.

والمشرع العماني وقع في نفس الخلط بسبب استعمال تعبير {لا عقاب}.

الجزائري (م٤٧)

{لا عقوبة على من كان في حالة جنون وقت ارتكاب الجريمة}.

ويلاحظ على المشرع الجزائري ما اوردناه على القوانين المذكورة من عدم التمييز بين موانع العقاب وموانع المسؤولية الجنائية، علماً ان الجنون من موانع المسؤولية باتفاق جميع الآراء وجميع التشريعات الجزائية في العالم كما يلاحظ عليه انه اقتصر على المؤثر دون ذكر الأثر. هذه الأخطاء التشريعية مردها الجهل بعلم المنطق.

الأردني (م٩٢)

{يعفى من العقاب كل من ارتكب فعلا أو تركا إذا كان حين ارتكابه إياه عاجزاً عن إدراك كنه أفعاله، أو عاجزاً عن العلم بأنه محظور عليه ارتكاب ذلك الفعل أو الترك بسبب اختلال في عقله}.

من الملاحظات على هذا النص القانوني الخلط المذكور بين مانع العقاب ومانع المسؤولية الجزائية. ومن حسناته أنه تطرق للجريمة الإيجابية (فعل المحظورات) والسلبية (ترك الواجبات)، إضافة الى استعمال تعبير عام {اختلال العقل} الشامل لجميع أنواع العاهات العقلية التي لها الأثر في المسؤولية من حيث فقدان الإدراك أو الإرادة، إضافة الى النص على حجز المصاب في مستشفى الأمراض العقلية في المادة اللاحقة.

المغربي (الفصل ١٣٤)

{لا يكون مسؤولا ويجب الحكم بإعفائه من كان وقت ارتكاب الجريمة المنسوبة اليه في حالة يستحيل عليه معها الإدراك أو الإرادة نتيجة خلل في قواه العقلية}.

من ميزات هذا النص انه لم يقع في الخلط المذكور بل استعمل تعبير {لا يسأل} وبين صراحة ان القاضي ليس له السلطة التقديرية في إعفاء أو عدم إعفاء الجاني المصاب بعاهة عقلية، بل يجب عليه الحكم بالإعفاء إذا ثبت ان المتهم كان مصاباً بمرض عقلي يفقده التمييز أو الإرادة وقت الجريمة.

وذكر الجنون بتعبير عام {الخلل في قواه العقلية} حتى يشمل جميع العاهات العقلية المفقدة للإدراك أو الإرادة، إضافة الى النص الصريح على الأثر {فقدان الإدراك أو الإرادة}.

ثم انه نص في هذا الفصل على انه في الجنايات والجنح يحكم بالإيداع القضائي في مؤسسة لعلاج الأمراض العقلية، وفي المخالفات إذا كان خطراً على النظام العام يسلم الى السلطة الإدارية.

الليبي (م٨٣م٨٤)

العيب الكلي في العقل: (م٨٣) {لا يسأل جنائياً، من كان وقت ارتكاب الفعل في حالة عيب عقلي ناتج عن مرض افقده قوة الشعور والإرادة}.

العيب الجزئي في العقل: (م٨٤) {يسأل من كان وقت اقتراف الفعل في حالة خلل عقلي غير مطبق، ناتج عن مرض انقص قوة شعوره وإرادته بقدر جسيم دون ان يزيلها}.

من ميزات التشريع الليبي في هذا الموضوع انه فرق بين الجنون الكلي {المطبق} والجنون الجزئي {غير المطبق أو المتقطع}، وأعتبر الأول من الأعذار المعفية للمسؤولية الجنائية، والثاني ظرفاً مخففاً للعقوبة.

كما نص القانون الليبي (م٨٦) على حكم الأصم الأبكم من أنه {لا يسأل الأصم الأبكم الذي لم تكن له بسبب عاهته قوة شعور وإرادة وقت اقتراف الفعل}.

وإذا كانت قوة الشعور والإرادة منقوصة بشكل جسيم دون ان تكون مفقودة لا يعتبر هذا الوصف مانعاً من المسؤولية الجنائية ولكن يعد ظرفاً مخففاً للعقوبة.

السوداني (م٥٠)

{لا جريمة في فعل يقع من شخص تعوزه وقت ارتكابه الفعل القدرة على إدراك ماهية أفعاله أو السيطرة عليها بسبب من الأسباب الاتية:

أ- الجنون الدائم أو المؤقت أو العاهة العقلية،

ب- السكر الناشئ عن أية مادة تعاطاها رغم إرادته أو على غير علم منه بها}.

ويلاحظ على هذه المادة أنها استعملت تعبير {لا جريمة} وهذا خطأ لا يغتفر، لأن هذا المصطلح يستخدم في أسباب الإباحة، وقد خلط المشرع السوداني بين موانع المسؤولية الجنائية وأسباب الإباحة، فمانع المسؤولية لا يحول الفعل الى المباح حتى يقال {لا جريمة}، فالجنون مثلاً لا يحول جريمة المجنون الى عمل مباح ولا يجرد فعله الجرمي من وصفه الإجرامي، لأن تأثيره يقتصر على الركن المعنوي (القصد الجنائي)، بخلاف سبب الإباحة فإن له التأثير على الركن الشرعي فلا يبقى الفعل محظوراً.

الكويتي (م٢٢)

{لايسأل جزائياً من يكون وقت ارتكاب الفعل عاجزاً عن إدراك طبيعته أو صفته غير المشروعة، أو عاجزاً عن توجيه إرادته بسبب مرض عقلي أو نقص في نموه الذهني أو أية حالة عقلية أخرى غير طبيعية، وإذا قضى بعدم مسؤولية المتهم طبقاً لاحكام الفقرة السابقة، أمرت المحكمة إذا قدرت خطورته على الأمن العام بإيداعه في المحل المعد للمرضى بعقولهم، الى ان تأمر الجهة القائمة على إرادة المحل بإخلاء سبيله لزوال السبب الذي أوجب إيداعه فيه}.

ويتميز هذا النص بشموليته ودقة صياغته.

القطري(م١٩)

{لا مسؤولية جزائية على فعل يقع من شخص تعوزه وقت ارتكابه القدرة على إدراك ماهية أفعاله، أو كان عاجزاً عن توجيه إرادته لسبب من الأسباب الاتية:

أ- الجنون الدائم أو المؤقت أو النقص في النمو الذهني.

ب- السكر الناشئ عن أية مادة تعاطاها رغم إرادته أو على غير علم منه بها}.

فهذا النص كالنص الكويتي يتميز بالشمولية ودقة الصياغة.

الإمارات العربية المتحدة (م٩)

{يعفى من المسؤولية الجنائية...

ج- المجنون جنوناً مطبقاً.

د- المجنون جنوناً غير مطبق، إذا ارتكب جريمة حين إطباق الجنون عليه.

هـ- المعتوه إذا سلبه العته القدرة على تمييز الأشياء وتقدير نتائجها}.

من الملاحظات على هذا النص أنه اكتفى بذكر المؤثر دون بيان الأثر (فقدان الإدراك أو الإرادة). ولكنه يتميز بتناوله الجنون المطبق وغير المطبق، إضافة الى ذكر حكم المعتوه.

البحراني (م١٥)

{١- لا يجوز إدانة أي شخص بجرم ما، إذا كان ذلك الشخص عند ارتكابه للفعل المختص يعاني أي مرض أو نقص أو حالة يؤثر أو تؤثر على عقله بصورة ولدرجة يصبح معهما في ذلك الوقت عاجزاً عن إدراك أفعاله أو عن الإدراك بأنه لا يجوز له ارتكاب الفعل المختص}.

ويلاحظ على هذا النص بأن صياغته غير دقيقة وغير واضحة، إضافة الى التطويل الزائد.

اليماني (م٣٢)[1]

العيب العقلي

{لا يسأل من يكون وقت ارتكاب الفعل عاجزاً عن إدراك طبيعته ونتائجه بسبب:

١- الجنون الدائم أو المؤقت أو العاهة العقلية.

---

[1] رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤.

٢- تناول مواد مسكرة أو مخدرة قهراً عنه أو على غير علم بها أو لضرورة الخ}.

يتمييز هذا النص باختصاره ووضوحه وشموله.

الفلسطيني (م١٠١)

{يعفى من العقاب من كان في حالة جنون}.

ويلاحظ على هذا النص ان فيه خلطاً بين مانع العقاب ومانع المسؤولية الجنائية، إضافة الى ذلك فإنه اقتصر على المؤثر (الجنون) وأهمل الأثر (فقدان الإدراك أو الإرادة).

الموازنة بين هذه القوانين :

نستنتج من عرض النصوص المتعلقة بأثر الجنون أو أية عاهة عقلية اخرى في المسؤولية الجنائية في التشريعات الجزائية العربية النتائج التالية:

أ. اتفقت كافة التشريعات الجزائية العربية رغم اختلاف التعابير – على ان الجنون أو ما في حكمه من العاهات العقلية الأخرى من موانع المسؤولية الجنائية إذا ثبت بداهة أو بقرار من اللجنة الطبية المختصة أن الجاني مصاب بمرض عقلي أفقده التمييز والصواب، وثبت بالبينة أنه ارتكب الجريمة وقت إصابته دون حالة إفاقته إذا كان جنونه متقطعاً.

ب. اقتصرت بعضها على الجنون بمعناه الخاص كالقانون الجزائري واللبناني والسوري، وبذلك تعد أضيق القوانين نطاقاً في مضمار الاعتلال العقلي ودوره في المسؤولية، في حين نجد اكثرها اشارت إضافة الى الجنون الى العاهات العقلية الأخرى التي تعدم الإدراك أو تضعفه.

ج. يتميز بالاتساع والشمولية في التعبير القانون الكويتي، حيث ورد فيه عبارات {مرض عقلي، أو نقص في نموه الذهني، أو أية حالة عقلية أخرى غير طبيعية}، والقانون الليبي الذي تناول بعض الأنواع {العيب الكلي في العقل، والعيب الجزئي في العقل}، وكذلك القانون البحراني الذي عبر عن المرض المانع بعبارة {أي مرض أو نقص أو حالة يؤثر أو تؤثر على عقله}.

د. اقتصرت بعضها على المؤثر فقط (الجنون أو العاهة العقلية الأخرى) بدون ذكر الأثر (فقدان الإرادة والإدراك) كالقانون السوري وقانون الإمارات والفلسطيني وهذا يعد نقصاً تشريعياً أيضاً.

ه. تطرقت بعضها الى بعض من أقسام الجنون (كلي وجزئي) كالقانون الليبي، و(مطبق ومتقطع) كالقانون السوداني والقطري والإماراتي، في حين خلت أكثرها عن أية إشارة الى الأقسام التي تناولها فقهاء المسلمين بالبحث.

و. صياغة بعضها توهم ان العاهات العقلية بضمنها الجنون من موانع العقاب دون المسؤولية الجنائية كالقانون المصري والسوري واللبناني وقانون سلطنة عمان والقانون الجزائري والأردني، وهذا التعبير معيب منطقياً لأن نفي العقاب لا يستلزم نفي المسؤولية الجنائية لأن الأول عم مطلقاً، والثاني أخص مطلقاً ونفي الأعم لا يستلزم نفي الأخص.

ز. استعمل القانون السوداني تعبير (لا جريمة)، وهذا يوهم ان الجنون وما في حكمه من أسباب الإباحة، في حين أن العاهات العقلية بجميع أنواعها ليس لها أي تأثير في الصفة الجرمية للفعل الإجرامي، فكون القاتل مجنوناً مثلاً لا يحول الفعل من كونه جريمة الى كونه مباحاً لأن موانع المسؤولية الجنائية لها التأثير على الركن المعنوي (القصد الجنائي) دون الركن الشرعي.

الموازنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات الجزائية العربية في اثر الجنون:

تتفق التشريعات العربية مع الشريعة الإسلامية في موضوع اثر الجنون في المسؤولية الجنائية من بعض الأوجه وتختلف معها في أوجه أخرى.

أولاً / نقاط الاتفاق :

من أهم النقاط المتفق عليها بين الشريعة الإسلامية والتشريعات الجزائية العربية ما يأتي:

١. اتفقت على ان الجنون الكلي المفقد للإرادة والتمييز مانع من المسؤولية الجنائية، فلا يساق الجاني الى القضاء ولا يحاسب ولا يعاقب إذا ثبتت إصابته بالجنون وارتكابه الجريمة وقت جنونه، وعلى ان الجنون الجزئي (المرض العقلي الجزئي) الذي لم يؤد الى فقد الإدراك وانما ضعفه يكون ظرفاً مخففاً للعقوبة.

٢. اتفقت على وجوب اتخاذ التدابير الاحترازية والإجراءات الوقائية والعلاجية ضد المجنون (أو المصاب بالعاهة العقلية) للمحافظة على مصالح الناس التي من المتوقع ان تتعرض لتجاوزات المصاب بالعاهة العقلية.

٣. اتفقت على مسؤولية من هو المكلف شرعاً أو قانوناً بإدارة شؤون المصاب بالمرض العقلي وبالرقابة والإشراف عليه ما لم يثبت انه لم يكن مهملاً ولا مقصراً في أداء واجبه هذا بعد أخذ التعهد منه من المحكمة المختصة.

٤. اتفقت التشريعات الجزائية وجمهور فقهاء المسلمين على ان عذر الجنون لا يفيد المساهم العاقل الذي شارك المجنون في ارتكاب جريمته، لانه عذر شخصي يتعلق بذات المجنون وليس له اثر سلباً أو ايجاباً بالنسبة لغير المجنون من المساهمين المجرمين الاخرين.

ثانياً / نقاط الاختلاف :

تختلف التشريعات الجزائية العربية عن الشريعة الإسلامية من اوجه كثيرة منها ما يأتي:

١. اقتصرت التشريعات الجزائية باستثناء القانون الاردني على الجرائم الإيجابية من حيث تأثرها بالجنون أو العاهة العقلية أسوة بالتشريعات الجزائية الغربية ولم تتناول الجرائم السلبية وهي ترك واجبات أمر بها الله أمر حتم والزام، بحيث يشاب فاعلها ويعاقب تاركها.

٢. أقرت الشريعة الإسلامية وجوب الدية لورثة المقتول على عاقلة[1] القاتل والكفارة في مال القاتل إذا كان القتل خطأ حتى لا يصبح دم المقتول هدراً، ومن الواضح ان قتل المجنون وكل عديم تمييز خطأ لتخلف الركن المعنوي (القصد الجنائي) فيه بسبب عدم وجود الإدراك. قال تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِناً إِلاَّ خَطَئاً وَمَن قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَئاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ﴾[2].

٣. اجمع فقهاء الشريعة باستثناء فئة لا يعتد برأيها على ان الجنون ليس مانعاً من المسؤولية المدنية، فإذا الحق ضرراً بالغير تقرر مسؤوليته التقصيرية رغم كونه فاقد

---

[1] عاقلة الشخص عشيرته من أقارب أبيه من الذكور فإن لم توجد، فالدية تكون على المؤسسة التي ينتمي اليها القاتل.

[2] سورة النساء:٩٢.

التمييز والإدراك، لأن هذه المسؤولية تتوقف على عناصر ثلاثة وهي متوافرة في المجنون المحدث للضرر وهي العمل غير المشروع + الضرر + علاقة السببية بين العمل غير المشروع والضرر، خلافاً لأكثر التشريعات المدنية العربية التي هي متأثرة بالقوانين الغربية التي لا تقرر مسؤولية عديم التمييز إذا الحق ضرراً بالغير على أساس ان هذه المسؤولية تتوقف على توفر عناصر الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما، والعنصر الأول مفقود لدى كل فاقد التمييز والإدراك لأن الخطأ في الفقه الغربي عبارة عن إخلال بواجب قانوني مع إدراك المخل إياه، وهذا ما لا يمكن تصوره بالنسبة للمجنون ومن في حكمه لعدم تحقق الركن المعنوي للخطأ. لكن في الفقه الإسلامي يعتد بالخطأ بمجرد تحقق ركنه المادي (الاخلال بواجب).

الفصل الثاني
أثر الصغر في المسؤولية الجنائية

لصغر السن أثر واضح في المسؤولية الجنائية في كل من الشريعة الإسلامية والتشريعات الجزائية العربية مع الاختلاف في التفصيل وفي مدى هذا الأثر ومجال تطبيقه، لذا من المفيد دراسة اتجاه كل من التشريعين في مبحث مستقل.

المبحث الأول
صغر السن والمسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية

يختلف أثر الصغر في المسؤولية الجنائية باختلاف المراحل التي يمر بها الصغير من ولادته الى سن البلوغ والرشد لأن الإدراك ينمو بنمو الجسم فهو يمر بمرحلتين رئيستين بالنسبة لما يتعلق بمسؤوليته: مرحلة ما قبل التمييز ومرحلة ما بعد التمييز قبل البلوغ والعقل.

ونتناول دراسة هاتين المرحلتين في فرعين:

الفرع الأول
مسؤولية الصغير غير المميز

عدم مساءلة الصبي غير المميز جنائياً ليس محل الخلاف لا في الشريعة ولا في القانون، لكن ما هو معيار التمييز بين المميز وغير المميز؟، هل المعيار موضوعي أو شخصي؟.

المعتمد هو المعيار الموضوعي الزمني، لكن اختلف في تحديده فقهاء الشريعة فمنهم من قال: هو إكمال السابعة من العمر والدخول في السنة الثامنة، وبهذا أخذت اكثر التشريعات الوضعية العربية. ومنهم من قال انه الدخول في السابعة من العمر لأن الرسول ﷺ أمر الأولياء ان يأمروا أولادهم بالصلاة في السنة السابعة، وبهذا المعيار أخذت مؤسسات التربية، فالطفل بعد إكمال السادسة من عمره والدخول في السابعة له الحق في ان يلتحق باحدى المدارس الابتدائية على أساس أنه وصل مرحلة التمييز.

وهذا المعيار الزمني في الحالتين رغم أنه موضوعي وليس شخصياً فأنه ليس معياراً دقيقاً جامعاً شاملاً صالحاً لأن يؤخذ به بالنسبة لجميع الصغار وفي جميع الظروف بل هو مبني على الغالب لأن الصبي قد يكون له التمييز والإدراك قبل إكمال السابعة من العمر، بل أحياناً قبل الدخول في السابعة، وقد يكمل السابعة وهو لا يزال فاقداً التمييز والإدراك بحسب اختلاف الأشخاص باختلاف تكوينهم الذاتي والصحي والظروف الشخصية والمؤثرات البيئية وغيرها من العوامل الخارجية والداخلية التي لها دور فعال في التمييز وعدمه.

والذي يهمنا هنا هو ان الإجماع قائم بين فقهاء الشريعة وفقهاء القانون على ان كل إنسان لا يسأل جنائياً قبل التمييز، كما ان جميع ما يصدر عنه من التصرفات القولية أو الفعلية المشروعة منها أو غير المشروعة لا يُرتب عليها الشرع ولا القانون أي أثر شرعي أو قانوني من حيث الصحة ومن حيث المساءلة الجنائية، ففي مجال أعماله الجرمية لا يسأل ولا يحاسب ولا يعاقب ولا يتخذ ضده سوى الإجراءات الوقائية والتدابير الاحترازية والطرق الإصلاحية. وبالنسبة لعقوده، جميع عقوده المالية وغير المالية باطلة لا تنعقد ولا تترتب عليها الحقوق والالتزامات.

ورغم كل ذلك ليس للصغر أي أثر في أهلية الوجوب الكاملة له ولا على مسؤوليته المدنية بإجماع فقهاء الشريعة باستثناء الظاهرية حيث لم يفرقوا بين المسؤولية الجنائية

والمدنية في عدم مساءلة عديم التمييز.

فإذا ارتكب الصغير عديم التمييز جريمة لا تقام عليه الدعوة ولا يُساق الى القضاء سواء ارتكبها تلقائياً من قبل نفسه على قصوره العاجز عن تقدير نتائج عمله من دون تحريض أو دفع من الغير، أو كان الارتكاب بتحريض وتوجيه شخص آخر كامل الأهلية، فهو في هذه الحالة بمثابة آلة استخدمت في ارتكاب الجريمة، فالمحرض والدافع هو الفاعل الحقيقي للجريمة المرتكبة من قبل هذا الصبي عديم التمييز، وفي الاصطلاح القانوني يسمى المحرض فاعلاً معنوياً.

ومن الواضح ان الصغر كالجنون وما في حكمهما ليس له أي أثر على الصفة الجرمية للجريمة المرتكبة كما ذكرنا سابقاً، ففقدان التمييز من موانع المسؤولية الجنائية وليس من أسباب الإباحة، رغم أنه يهدم الركن المعنوي للجريمة لعدم توافر الإرادة وبالتالي القصد الجنائي، ولكن يسأل مدنياً عن طريق الولي أو الوصي عن تعويض الأضرار التي يلحقها بالغير بأعماله واتلافاته غير المشروعة، كما يصح تمليكه وتملكه عن طريق الولي أو الوصي لما يتمتع به من أهلية الوجوب الكاملة والذمة المالية، كما يسأل عن طريقهما عن زكاة مال تجب فيه الزكاة عند جمهور فقهاء الشريعة، وكذلك يسأل عن نفقة قريبه الفقير الذي يرث منه إذا كان متمكناً مالياً، وعن نفقة زوجته عند من يرى وجوب النفقة بمجرد انعقاد الزواج الصحيح، وتجب على عاقلته دية قتل يرتكبها أو جرح يحدثه في الغير لأن هذه الأمور التي يسأل عنها وعن نتائجها من الأحكام الوضعية.

والحكم الوضعي لا يتطلب وجود التمييز أو العقل لأنه مبني على ربط المسببات بأسبابها بغض النظر عن أهلية المسبب ويعتبر عمده خطأ لأنه لا قصد له، فلا ينسب اليه العمد أصلاً لأن العمد لا يتصور إلا بالنسبة لمن يتمتع بالتمييز والإدراك، لأن أساس العمد هو القصد الجنائي ولا قصد لمن لا إدراك له.

ونستخلص من كل ما ذكرنا ان كل حكم شرعي أو قانوني يسري سلباً أو إيجاباً على المجنون جنوناً مطبقاً يسري على الصبي غير المميز، وهذا ما أستقر عليه إجماع فقهاء الشريعة، ومن هذه الأحكام المشتركة بين الصبي غير المميز والمجنون ان الدية لا تجب في مال الصبي إذا قتل شخصاً أو أحدث جرحاً في جسم الغير أو أصابه بعاهة مستديمة، وانما تجب على عاقلته لأن هذا الفعل الجرمي حكمه حكم الخطأ لعدم توافر القصد الجنائي بسبب عدم الإدراك وكل خطأ ديته لا تكون من مال الجاني وانما تتحملها عاقلته للأسباب التالية:

١. مواساة القاتل المخطئ إذا كان بالغاً عاقلاً لأنه معذب نفسياً ولا يضاف الى عذابه النفسي عذاب مادي وهو تكليفه بدفع الدية من ماله.

٢. حقن الدماء ودفع المضاعفات المتوقعة عن طريق الانتقام من ذوي المجنى عليه (ورثته وأقاربه أو عشيرته)، ولذلك سمي من يتحمل دفع الدية لورثة المجنى عليه من الأقارب والعشيرة عاقلة وهي مأخوذة من العقل[1]، والعقل بمعنى المانع، حيث سمي العقل عقلاً، لأنه يمنع الإنسان من الأعمال اللامعقولة، وكذلك العشيرة أو الأقارب يرفعون النتائج السلبية ويمنعون المضاعفات التي يمكن توقعها نتيجة هذا القتل أو الجرح أو العاهة التي حدثت بسبب العمل غير المشروع الذي وقع خطأ.

٣. المحافظة على حقوق المجنى عليه وورثته وعدم هدر دمه.

٤. تنبيه أقارب الجاني سواء كان عاقلاً أو عديم التمييز من عصبائه، على ان عليهم قسطاً من المسؤولية حيث لم يتخذوا الحيطة والحذر ضد وقوع ما وقع.

وبناء على هذه الاسرار والحكم في وجوب الدية على العاقلة لا يوجد تعارض بين قوله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾، وبين تحميل العاقلة مسؤولية دية القتل الخطأ أو الجرح أو العاهة خطأ.

طبيعة الدية:

ما هو التكييف الشرعي للدية؟، هل هي عقوبة أو تعويض مالي؟، في هذا التكييف اختلف الفقهاء، فمنهم من اعتبرها تعويضاً مالياً بعيداً عن العقوبة لأن مرتكب الجريمة لم يكن لديه قصد جنائي، وقد قال تعالى: ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِ وَلَٰكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُوراً رَّحِيماً﴾[2]. ومنهم من قال انها عقوبة لأنها محددة مقدماً، والتعويض المالي لا يحدد قبل حدوث الضرر.

والواقع ان الدية ليست تعويضاً محضاً ولا عقوبة محضة، وانما هي تجمع بين الأمرين، فهي تعويض وعقوبة في وقت واحد لما فيها من صفات الأمرين كما في الآتي:

---

[1] أو مأخوذة من عقل بمعنى ربط لأن أقارب الجاني كانوا يربطون ابل الدية حول دار أو خيمة المجنى عليه أو ولي دمه.

[2] سورة الاحزاب:٥.

من صفاتها العقابية:

أ. لا يتوقف الحكم بها على طلب المجنى عليه أو ورثته بخلاف التعويض، فإن القاضي لا يحق له ان يحكم به إلا بعد مطالبة صاحب الحق أو نائبه.

ب. إذا تنازل عنها الورثة تحل محلها عقوبة تعزيرية إذا كان الجاني أهلاً للمسؤولية الجنائية، بخلاف التعويض فلا بديل للتنازل عنه.

ج. انها مقدرة مقدماً من الشارع والتعويض لا يقدر مقدماً لأن حجمه يختلف بحسب حجم الضرر، فلا يحق للقاضي الحكم به إلا بعد ثبوت الضرر وتقديره من قبل أهل الخبرة.

د. لا يختلف مقدار الدية باختلاف الأشخاص وظروف الفاعل بخلاف التعويض، فإنه يخفف لبعض الاعتبارات ككون محدث الضرر عديم التمييز.

من صفاتها وخصائصها التعويضية:

أ. انها مال خاص لورثة المجنى عليه أو لنفسه إذا كان باقياً على قيد الحياة كما في دية العاهة المستديمة، بخلاف الغرامة المالية التي هي عقوبة فإنها تكون للخزانة العامة (بيت المال).

ب. يجوز للمجنى عليه أو ورثته التنازل عنها على أساس انها حق خاص ولو كانت عقوبة محضة لكانت حقاً عاماً فلا يملك ورثته أو هو إذا كان على قيد الحياة التنازل عن الحق العام لأن فاقد الشيء لا يعطيه.

ج. ورد النص في القرآن الكريم وفي السنة النبوية على عدم اثم مرتكب الجريمة خطأ، ففي القرآن قال تعالى: ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِ﴾[1] وقال الرسول ﷺ (رفع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه). فما دام الإثم مرفوعاً لا تكون الدية عقوبة محضة.

د. لو كانت عقوبة محضة لما وجبت على العاقلة لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾[2].

---

[1] سورة الاحزاب:٥.

[2] سورة الانعام:١٦٤.

مصدر عدم مسؤولية الصغير غير المميز:

مصدر عدم مسؤولية الصبي غير المميز هو نفس مصدر عدم مسؤولية المجنون وكل من في حكمه من القرآن الكريم والسنة النبوية والإجماع والمعقول.

١- **القرآن الكريم:** نص القرآن الكريم في آيات كثيرة على عدم تكليف الإنسان بكل ما لا يخضع لاستطاعته البدنية والعقلية والمالية، ومنها قوله تعالى: ﴿لاَ يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلاَّ وُسْعَهَا﴾[1]، فلفظ (نفساً) نكرة واقعة في حيز النفي يفيد العموم.
وتكليف المجنون أو كل عديم تمييز بأي حكم تكليفي غير وارد في الشريعة الإسلامية بمقتضى هذه الآية وأمثالها.

٢- **السنة النبوية:** اكد الرسول ﷺ ما جاء في القرآن الكريم من عدم تكليف الإنسان بما ليس في وسعه وذلك في احاديث كثيرة منها قوله ﷺ (رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن المجنون حتى يفيق، وعن الصغير حتى يبلغ)، والمراد برفع القلم رفع المؤاخذة والمسؤولية الجنائية، اما بالنسبة للمسؤولية المدنية فإن كل واحد من هؤلاء يسأل عن طريق الولي والوصي بالنسبة لعديم الاهلية كما ذكرنا سابقاً.

٣- **الإجماع:** اجمع فقهاء الشريعة الإسلامية في كل عصر من العصور الإسلامية على عدم مسؤولية عديم التمييز ايا كان سبب فقدان تمييزه.

٤- **المعقول:** العقل السليم يقضي بعدم عدالة مساءلة من لا يعي عما يقدم عليه من الجرائم ولا يقدر نتائجها، إضافة الى ان العقوبة في هذه الحالة لا تحقق وظيفتها وهي اصلاح الجاني ومنعه من التكرار والعودة الى الجريمة لعدم ادراك الجاني وعدم شعوره بأثر العقوبة التي يعاقب بها.

---

[1] سورة البقرة:٢٨٦.

الفرع الثاني
مرحلة التمييز والإدراك الضعيف

تبدأ هذه المرحلة على الرأي الراجح بإكمال السابعة من العمر وتستمر الى البلـوغ عنـد جمهور فقهاء الشريعة، ومعيار البلوغ موضوعي عند البعض وهو إكمال الخامسة عشرة من العمر أو الدخول فيها عند بعض وشخصي ايضاً وهـو يكـون بـالاحتلام، ونبـت الشـعر في منبت اللحية أو العانة وهذا المعيار يختلف باختلاف الاشخاص، وقال البعض يبقى الإنسـان ناقص الأهلية الى إكمال الثامنة عشرة من العمر، ومن اصحاب هذا الرأي الحنفية والمالكية وبه أخذ المشرع العراقي كما في (م١٠٦) من القانون المدني القائم.

حكم تصرفات الصبي المميز المدنية في هذه المرحلة (مرحلة نقصان الأهلية):

اختلفت التشريعات العربية في تحديد سن التمييز، ففي التشريعات المدنية العراقية سـن التمييز في القضايا المدنية اكمال السابعة من العمر والقضايا الجنائية اكمـال التاسـعة مـن العمر.

في هذه المرحلة تثبت للإنسان أهلية الاداء الناقصة، أي له حق ممارسة بعض حقوقه المالية في حدود معينة، فتصرفاته الضارة ضرراً محضاً بأن يعطي مالاً ولا يأخذ مقـابلاً لمـا يعطيـه باطلة بطلان مطلقاً اجازها الولي أو لم يجزها، لان الولي لا يملك هـذه الاجـازة لعـدم جـواز مباشرتها منه، فجميع تبرعاته باطلة باستثناء الوصية[1]، وتصرفاته النافعة نفعاً محضاً بأن يأخذ مالاً من الغير ولا يعطي له مقابلاً صحيحة مطلقاً اجازها الولي أو لم يجزهـا، فقبولـه وقبضه للهبة وسائر التبرعات صحيح.

وتصرفاته الدائرة بين النفع والضرر (أي بين الربح والخسارة)، كالمعاوضات موقوفة علـى اجازة الولي، أي تنعقد صحيحة ولكن لا تنتج اثارها من الحقوق والالتزامات إلا بعد اجازة الولي، فتنعقد صحيحة احتراماً لارادته لانه مميز، وموقوفة على اجازة وليه حمايـة لمصـلحته لأنه غير كامل الأهلية، فالتصرف يتم بالارادتين (ارادته وارادة وليه).

---

[1] لأن الموصي لا يفقد ملكية الموصى به إلا بوفاته، لذا لا يتضرر بالوصية اضافة الى ان هذا التبرع يفيده في الاخرة.

أما بالنسبة لضمانه ومسؤوليته التقصيرية فلا يوجد أيّ فرق بينه وبين كامل الأهلية.

أثر نقص الأهلية في المسؤولية الجنائية:

تختلف هذه المسؤولية باختلاف طبيعة الجريمة وعقوبتها. وقد قسم علماء الشريعة الإسلامية الجرائم من حيث الخطورة والطبيعة والعقوبة الى ثلاثة اقسام: جرائم الحدود، وجرائم القصاص والدية، وجرائم التعازير، كما سيأتي تفصيل هذه الاقسام في الفصل الأول من القسم الثالث.

جرائم الحدود:

هي الجرائم التي تم تجريمها وتحديد عقوبتها بالنص وعلى سبيل المثل، قال تعالى في تجريم الزنا: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَى إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا﴾[1]. وقال في عقوبة هذه الجريمة: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ﴾[2]. وسميت جرائم هذا القسم جرائم الحدود لأن كلا من الجريمة والعقوبة حددت بالنص. ولا فرق بين المتزوج وغير المتزوج في عقوبة جريمة الزنا، وذلك بمقتضى نصوص القرآن.[3]

أثر نقص الأهلية في جرائم الحدود:

اجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على ان عقوبات جرائم الحدود لا تطبق إلا على البالغ العاقل المختار، وان نقص الأهلية مانع من موانع المسؤولية الجنائية في جرائم الحدود، لكن تتخذ الاجراءات الوقائية والسبل الاصلاحية ضد الجاني حتى لا يتعود على هذه الجرائم من جهة، ولا تتعرض مصالح الناس لتجاوزات ناقص الأهلية من جهة أخرى. فناقص الأهلية كعديم الأهلية في عدم مساءلة جرائم الحدود، لكن من حيث الاجراءات الاصلاحية، التشديد مع ناقص الأهلية اكثر بالنسبة الى عديم الأهلية.

---

[1] سورة الاسراء:٣٢.

[2] سورة النور: .

[3] لمزيد من التفصيل يُنظر مؤلفنا (لا رجم في القرآن).

جرائم القصاص والدية:

هي جرائم الاعتداء على الاشخاص (على النفس وما دون النفس)، أو بتعبير اخر جرائم الاعتداء على حياة الانسان وسلامته، وهذه الجرائم اذا توافرت اركانهـا وشـروطها وانتفـت موانعها تكون عقوبتها القصاص، وإلا فالعقوبة هي الدية فالدية واجبة في كل اعتداء على النفس إذا تخلف القصد الجنائي بأن كان القتل خطأ أو إذا كانت الوسيلة المستعملة في جريمـة القتل غير مميتة غالباً، كما في القتل شبه العمد أو تصالح ولي الدم مع الجاني علـى الديـة بعد التنازل عن حق القصاص، وفي الصورة الأولى تكون الدية على العاقلة، وفي الصـورتين الثانية والثالثة تكون في مال الجاني وقد تجب الكفارة، اضافة الى القصاص والدية.

اثر نقص الأهلية في جرائم القصاص والدية:

لا خلاف بين فقهاء الشريعة في ان ناقص الأهلية لا يسأل عن القصاص ولكن يسأل عـن عقاب آخر، فلا يوجد مانع في الشريعة الإسلامية من ان يعاقب ناقص الأهلية المعتدي على حياة شخص أو سلامته بدون حق بعقوبة تأديبيـة واصـلاحية تـتلائم مـع سـلوكه الجرمـي، ويخضع ذلك لتقدير ولي الأمر (رئيس الدولة) بتعاون مع أهـل الخبرة في جنـوح الاحـداث بتشريع قانون لمحاسبتهم ومعاقبتهم بما يتلائم مع سنهم وخطـورتهم علـى ان يوضـع الحـد الادنى والاعلى للعقوبات التي تحدد للاحداث الجانحين، ويستعين القاضي حين الحكم بالعقوبة بعلماء النفس والاجتماع ويدرس الظروف المحيطة بالحدث الجانح وخلفيات جريمته.

كما لا خلاف بين فقهاء الشريعة باستثناء الظاهرية على وجوب الديـة علـى عـاقلتهم، لأن كل جريمة من جرائم اعتدائهم على النفس وما دون النفس تعتبر خطأ لعدم وجود قصـد جنائي بسبب عدم وجود الإدراك الكامل.

جرائم التعزير:

التعزير عقوبة ترك تحديدها للسلطة التشريعية الزمنية (رئيس الدولة بتعاون المختصـين من أهل الشورى)، وقد قسم فقهاء الشريعة جرائم التعزير الى ثلاثة أنواع، وسيأتي بحثهـا في موضوع الإدراك.

اثر نقص الأهلية في المسؤولية الجنائية عن جرائم التعازير:

كما لا خلاف في ان نقص الأهلية له الاثر في جرائم الحدود والقصاص والدية بالنسبة للعقوبة المقررة لها، فإذا سرق لا يقطع وإذا قتل لا يؤخذ منه القصاص، كذلك لا خلاف في ان له الأثر في العقوبات التعزيرية المقررة لجرائم التعازير بالنسبة للبالغين العاقلين، فلا يعاقب ناقص الأهلية بنفس العقوبات ولا يعامل معاملة كامل الأهلية، لكن في نفس الوقت لا خلاف في انه يعاقب بعقوبة تأديبية واصلاحية بحيث لا يطلق على ما يتخذ ضده لمنعه من التكرار والعودة لحماية مصالح الناس عقوبة، بل يسمى تدابير تأديبية واصلاحية ايا كانت طبيعتها، بحسب عمر القاصر وطبيعة سلوكه، اضافة الى ذلك لا تشدد العقوبة التأديبية إذا عاد وتكرر منه الفعل الجرمي إلا عند بعض فقهاء الشريعة الإسلامية كما يأتي في محله.

والدليل على التفرقة بين الصبي المميز وغير المميز في ان الأول يعاقب بعقوبة تأديبية اصلاحية بحسب مرحلة سنه، فكل ما كان قريباً من البلوغ والرشد تكون العقوبة اشد والعكس بالعكس، والثاني لا يسأل اصلاً لا جزائياً ولا عقابياً، ولكن يراقب ويمنع من قبل الولي أو الوصي من العودة والتكرار، ووجود حديثين ثابتين عن رسول الله ﷺ احدهما بشأن الصبي غير المميز والثاني بصدد المميز، فقال في غير المميز (رفع القلم عن ثلاثة، عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق)[1]، والحديث يدل دلالة صريحة على عدم المسؤولية الجنائية بالنسبة للصبي غير المميز والمجنون والنائم ما داموا متصفين بتلك الصفات، وقال ﷺ في الصبي المميز: (مُروا صبيانكم بالصلاة لسبع سنين، واضربوهم عليها لعشر سنين – وفي رواية لثلاث عشرة – وفرقوا بينهم في المضاجع)[2]. وهذا الحديث يدل صراحة على جواز عقاب الصبي المميز بعقوبة تعزيرية تأديبية اصلاحية تمرينية.

---

[1] رواه احمد، ومثله من رواية علي ولابي داود والترمذي وقال حديث حسن، نيل الأوطار للشوكاني:١/٣٤٩.

[2] رواه ابو داود نيل الاوطار:١/٣٤٨.

نماذج من التطبيقات الفقهية في اثر الصغر والجنون على المسؤولية الجنائية:

الفقه الحنفي:

يقول الكاساني:[1] اما شروط وجوب التعزير فالعقل (التمييز) فقط فيعزر كل عاقل ارتكب جريمة ليس لها حد مقرر سواء أكان ذكراً أم أنثى، مسلماً أم غير مسلم، بالغاً أم صبياً مميزاً، بعد ان يكون عاقلاً[2]، لأن هؤلاء من أهل العقوبة إلا الصبي العاقل فأنه يعزر تأديباً لا عقوبة، لأنه من أهل التأديب لقوله ﷺ: (مُروا صبيانكم بالصلاة إذا بلغوا سبعاً واضربوهم عليها إذا بلغوا عشراً)، وذلك بطريق التأديب والتهذيب لا بطريق العقوبة لأنها تستدعي الجناية، وفعل الصبي لا يوصف بكونه جناية بخلاف المجنون والصبي الذي لا يعقل لأنهما ليسا من أهل العقوبة ولا من أهل التأديب.

ويلاحظ على قول الكاساني (وفعلهما لا يوصف بالجناية) عدم دقة التعبير، ففعلهما يوصف بالجناية لأن الجنون والصبا ليسا من أسباب الإباحة، ولا يجردان فعلهما الجرمي من الصفة الاجرامية بل هما عذران مانعان من المسؤولية الجنائية. والفعل المرتكب يبقى محتفظاً بصفته الجرمية.

الفقه المالكي:

يقول الخرشي:[3] (من شروط القصاص من الجاني أن يكون مكلفاً غير حربي، فلا يقتص من صبي ولا مجنون، لأن عمدهما وخطأهما سواء). ويلاحظ على كلام الخرشي وغيره من المالكية من ان وصف العمل الجرمي للمجنون والصبي بالعمد والخطأ وصف غير سليم، لأن العمد لا يتصور إلا بالنسبة لمن كان كامل الأهلية يتمتع بإدراك كامل يقدر نتائج تصرفاته وهذا لا يتأتى من المجنون والصبي ولو

---

[1] بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع العلامة الفقيه علاء الدين أبي بكر مسعود الكاساني الحنفي المتوفى عام (٥٨٧هـ) مطبعة لعاصمة القاهرة:٩/٤٢١٩.

[2] بأن لا يكون مجنوناً.

[3] العلامة محمد بن عبد الله بن علي الخرشي على مختصر خليل طبعة بيروت:٨/٣.

كان الصبي مميزاً والخطأ لا ينسب الى من ليس أهلاً للعمد لان التقابل بينهما العدم والملكة فالخطأ يكون لمن له العمد.

ويرى المالكية[1] ان الدية تحملها العاقلة إذا بلغت ثلث مال القاتل فصاعداً، وان كانت اقل من الثلث تكون من مال القاتل الصبي أو المجنون، وان لم يكن لهما مال كان ذلك ديناً عليهما يتبعان به ولم اجد لهم دليلاً مقنعاً لهذا التفصيل.

الفقه الشافعي:

في المهذب[2]، قال الشافعي: في أحد القولين عمدهما (الصبي والمجنون) خطأ لأنه لو كان عمداً لوجب القصاص، فعلى هذا يجب بعمدهما دية مخففة، والثاني ان عمدهما عمد، لأنه يجوز تأديبهما على القتل فكان عمدهما عمداً كالبالغ العاقل فعلى هذا يجب بعمدهما دية مغلظة.

وفيه أيضاً[3]: ولا يجب على الصبي والمجنون حد الزنا لقول النبي ﷺ (رفع القلم عن ثلاثة... الى أخره). وفيه[4] ولا يجب حد السرقة على صبي ولا على مجنون لقول النبي ﷺ (رفع القلم عن ثلاثة..). ويلاحظ على القول بان عمد الصبي والمجنون عمد ما اوردناه بالنسبة للمالكية من عدم صحة نسبة العمد الى عديم الاهلية.

الفقه الحنبلي:

في المغني[5] (لاخلاف بين أهل العلم أنه لا قصاص على صبي ولا مجنون وكذلك زائل العقل بسبب يعذر فيه مثل النائم والمغمى عليه ونحوهما، والاصل في هذا قول النبي ﷺ (رفع القلم عن ثلاثة، عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق).

---

[1] المدونة الكبرى:١٦/١٩٩.

[2] لابي اسحاق (ابراهيم بن علي) الشيرازي مطبعة عيسى البابي، مصر:٢/١٩٦.

[3] المصدر السابق:٢/٣٦٧

[4] المصدر السابق:٢/٢٧٧.

[5] المغني لأبن قدامة (عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة) المقدسي (ت ٦٢٠هـ) مكتبة الجمهورية العربية القاهرة:٧/٤٢٦-٢٦٥.

ولأن القصاص عقوبة مغلظة فلم تجب على الصبي وزائل العقل كالحدود أي عقوبات الحدود، ولأنه ليس لهم قصد صحيح فهم كالقاتل خطأ. وان اختلف الجاني وولي الجناية فقال الجاني كنت صبياً حال الجناية وقال ولي الجناية كنت بالغاً، فالقول قول الجاني مع يمينه إذا احتمل الصدق لأن الأصل الصغر وبراءة ذمته من القصاص، وان قال قتلته وانا مجنون وانكر الولي (ولي الدم) جنونه، فان عرف له حال جنون فالقول قوله أيضاً لذلك، فان لم يعرف له حال جنون (اصابته بجنون سابق) فالقول قول الولي لأن الأصل السلامة.

ما ورد في هذا المرجع يتسم بالوضوح والشمول والدقة والاستدلال بالمنقول (الحديث الشريف) والقياس والمعقول.

الفقه الجعفري:

يقول العاملي[1]: (ومن شروط القصاص كمال العقل، ولا يقتل الصبي ببالغ ولا صبي، بل تثبت الدية على عاقلته بجعل عمده خطأ محضاً الى ان يبلغ وان ميز، لصحيحة محمد بن مسلم عن ابي عبد الله ﷺ قال (عمد الصبي وخطأه واحد)، وعنه ان علياً ﷺ كان يقول (عمد الصبيان خطأ تحمله العاقلة). وفيه أيضاً[2] (فلا قطع على الصبي والمجنون إذا سرق بل التأديب خاصة وان تكررت منهما السرقة لاشتراط الحد بالتكليف). وقيل (يعفى عن الصبي أول مرة فان سرق ثانياً أدب، فان عاد ثالثاً حكت انامله حتى تدمي، فان سرق رابعاً قطعت انامله، فان سرق خامساً قطع كما قطع البالغ). ومستند هذا القول اخبار كثيرة صحيحة[3]، وعليه الاثر ولا بُعد في تعيين الشارع نوعاً خاصا من التأديب لكونه لطفا وان شارك خطاب التكليف في بعض افراده).

ويتسم هذا الكلام من حيث تحديد الجهة المسؤولة عن الدية بالدقة والوضوح، ولكن القول الذاهب الى تشديد معاقبة العائد من الصبي يتعارض مع العدالة ومع الاجماع على عدم توجيه المسؤولية الجنائية الكاملة اليه في أي حال من الاحوال.

---

[1] الشهيد السيد زين الدين العلي العاملي –الروضة البهية:٢/٤٠٧.

[2] المصدر السابق: ٢/٣٧٥.

[3] أي أحاديث الائمة المعصومين.

الفقه الظاهري:

يقول ابن حزم[1] الظاهري: {ولا قود على مجنون فيما اصاب – أي ارتكبه– في جنونه ولا على سكران فيما اصاب في سكره المخرج له من عقله، ولا على من لم يبلغ، ولا على أحد من هؤلاء دية ولا ضمان وهؤلاء والبهائم سواء لقول الرسول ﷺ (رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ وعن المجنون حتى يفيق) والسكران لا يعقل}. ويلاحظ على اتجاه ابن حزم انه فسر كلام الرسول ﷺ تفسيراً واسعاً حيث جعل رفع القلم يشمل كلتا المسؤوليتين (الجنائية والمدنية) على حد سواء، على أساس ان كل عمل غير مشروع إذا صدر ممن يتوافر فيه وصف من الاوصاف المذكورة يكون بمثابة صدوره عن حيوان ما دام العقل الذي هو مناط التكليف غائباً وقت صدوره عنه. اضافة الى ذلك ذكر السكر من الاعذار المانعة من المسؤولية الجنائية والمدنية بصورة مطلقة دون التفرقة بين سكر اختياري غير مشروع، وبين سكر كان تناول السكران للمشروب المسكر بطريقة مشروعة، ثم إذا كانت التسوية بين هؤلاء وبين البهائم مقبولة بالنسبة للمجنون وعديم التمييز فانها غير معقولة بالنسبة للصبي المميز وبوجه خاص إذا كان في مرحلة قريبة من سن البلوغ أو الرشد.

الفقه الأباضي:

في شرح كتاب النيل وشفاء العليل[2]: (وفي بعض آثار اصحابنا ان عمد الصبي والمجنون والأعجم أي الابله اللاحق بالمجنون ولا جنون فيه خطأ وان جنايتهم على العاقلة). وهذا الكلام صريح في عدم مساءلة الصبي والمجنون ومن في حكمهما جنائيا وفي جريمة القتل تجب الدية على العاقلة.

الموازنة بين آراء فقهاء الشريعة في أثر الصغر:

نستنتج من الآراء والتطبيقات الفقهية في المذاهب المستعرضة بصدد أثر الصغر في المسؤولية الجنائية، ان هناك احكاما متفقا عليها واخرى مختلفا فيها:

---

[1] ابو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم المتوفى سنة (٤٥٦هـ)، المحلى–طبعة بيروت:١٠/٣٤٤.

[2] العلامة الامام محمد يوسف اطفش مطبعة ارشاد المملكة العربية السعودية:١٥/١٣٥.

١- الأحكام المتفق عليها:

أ. لا خلاف في ان الصبـي مميزاً أو عديم التمييز لا ينطبق عليه حد من حدود الجـرائم الحدية، فإذا سرق لا يقطع، ولا يعتد بارتـداده، وإذا زنـى لا تطبـق عليـه العقوبـة المقررة لجريمة الزنا وإذا قذف لا يحد وهكذا.

ب. لا خلاف في ان الصبـي لا يقتص منه مطلقاً، مميزاً أو غير مميز وانما تجب الدية على عاقلته على رأي جمهور الفقهاء، علـى أسـاس ان فعلـه لا يوصـف بالعمـد لعـدم الإدراك الكامل.

ج. لا خـلاف في وجـوب اتخـاذ التـدابير الاحترازيـة والاجـراءات الوقائيـة والعقوبـات التأديبية بالنسبة للصبـي المميز إذا ارتكب جريمة منعاً للتكـرار والعـود وحمايـة لمصالح الناس.

٢- الأحكام المختلف فيها:

أ. انفرد الشافعية في أحد قولي الشافعي، والمالكيـة بـالقول بـأن فعـل الصبـي – وكذلك المجنون – يوصف بالعمد، وهذا رأي منتقد لأن العمد هو قصد النتيجـة الجرمية وتقدير نتائج العمل الجرمي الذي يقوم به الإنسان وتقويم العمـل ونتيجتـه وكل ذلك مفقود بالنسبة للصبـي مطلقاً.

ب. انفرد رأي في فقه الامامية بأن العـود يعـد ظرفـاً مشـدداً بالنسـبة للصبـي إذا تكررت منه جريمة السرقة، بحيث تصل العقوبة في المرة الثالثة الى العقوبـة المقـررة لهذه الجريمة بالنسبة للبالغ العاقل المختار، وهـذا الـرأي اضـافه الى تعارضـه مـع المنطق والعدالة يتعارض مع قوله تعالى: ﴿لاَ يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلاَّ وُسْعَهَا﴾[1].

ج. انفرد المالكية بـالقول بالتفصـيل في وجـوب الديـة في مـال الصبـي أو في مـال العاقلة، فتكون على العاقلة إذا بلغت ثلث مـال الجـاني فصـاعداً، وبخـلاف ذلـك تكون في مال الصبـي الجاني وهذا التفصـيل لم أجد سنداً شرعياً يؤيده.

د. انفرد الظاهرية بأن التصـرفات الضـارة الصـادرة مـن الصبـي ولـو كـان مميـزاً والمجنون ومن في حكمه كالتصرفات الضارة التي تصدر من الحيوانات، فهي هـدر لا تترتب عليها المسؤولية الجنائية ولا المسؤولية المدنيـة، وهـذا يتعـارض مـع روح الشريعة الإسلامية التي تقضي بتعويض الضرر الناتج عن العمل غير المشروع أيـاً

---

(1) سورة البقرة: ٢٨٦.

كان مصدره وبالتمييز بين الصبي المميز وغير المميز في التدابير الاحترازية والعقوبات التأديبية بالنسبة للمميز دون عديم التمييز، كما يتعارض مع الفرق الوارد في حديث الأمر للصبيان بالصلاة واستخدام الضرب لمن وصل عمره السنة العاشرة، وعدم جواز ذلك بالنسبة لمن دون هذه السن.

الراجح والأفقه من وجهة نظري المتواضعة هو الآتي:

١. ان الصغر بالنسبة لعديم التمييز مانع من المسؤولية الجنائية وبالنسبة للمميز مانع مخفف، أي لا يعاقب بالعقوبة المقررة للجريمة التي ارتكبها، وليس مانعا من المسؤولية، فهو يسأل ويعاقب عقوبة تأديبية واصلاحية وتزداد هذه العقوبة شدة كلما اقترب القاصر من مرحلة سن البلوغ.

٢. تجب الدية إذا قتل الصبي مميزاً كان أو غير مميز لتحمل محل القصاص، وان هذه الدية تسدد من مال القاصر إذا كان له المال، ومن مال العاقلة دون تحديد النسبة، لأن قتل المجنون والصبي غير المميز وكذلك المميز لا يوصف بالعمد ولا بالخطأ، لأن الخطأ ينسب الى شخص يتصور منه العمد وعلى هذا الأساس لا تكون في مال العاقلة بصورة كلية، لأن الاعتداء لا يوصف بالخطأ ولا في مال الجاني وحده لأنه ليس بعمد ولا شبه عمد.

٣. يجب التعويض المالي في مال القاصر كلما احدث ضرراً بالغير بسبب عمل غير مشروع بغض النظر عن إدراكه وتمييزه.

٤. ان يكون للأحداث قانون خاص وقضاء خاص وتنفيذ خاص، وان تكون عقوباتهم ذات طابع اصلاحي وتأديبي كما فعل المشرع العراقي وحسناً فعل.

المبحث الثاني

الصغر والمسؤولية الجنائية في القانون

يولد الإنسان فاقد الإدراك عاجز التفكير عديم الإرادة، ثم تبدأ مداركه تنمو بنمو جسمه بصورة تدريجية مارة بفترات زمنية ومراحل مختلفة حتى تكتمل الكمال من حيث القدرة على التفكير والإدراك، ففي الشريعة الإسلامية – خلافاً للقانون – أثر الصغر في المسؤولية لم يمر بمراحل متطورة، بل منذ نزول الوحي قال تعالى: ﴿لاَ يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلاَّ وُسْعَهَا﴾[1]، وقال الرسول ﷺ: (رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق).

واجمع فقهاء الشريعة على ان كل ما يزيل الإدراك ويحدث الخلل في العقل بطريقة مشروعة حكمه حكم المجنون من حيث الأثر في المسؤولية، لكن هذا لم يستقر في القوانين الوضعية إلا في عهد قريب بعد تطورات وتعديلات حدثت فيها من لدن الأمم القديمة الى القوانين الحديثة العربية وغير العربية، ولذا سأتناول بحث أثر الصغر في المسؤولية في فرعين: احدهما في التشريعات غير العربية، والثاني في القوانين العربية، مع شيء من التفصيل في القانون العراقي الذي عالج في اعتقادي احكام الاحداث من حيث وضع حد لظاهر جنوح الحدث من خلال رقابة الحدث من الجنوح ومعالجة الجانح وتكييفه اجتماعياً وفق القيم والقواعد الاخلاقية والإسلامية.

---

[1] سورة :٢٨٦.

الفرع الأول
الصغر والمسؤولية في القوانين غير العربية

اقرت تشريعات الامم القديمة مسؤولية الصغير وأهليته للعقاب بناء على الأساسين التاليين:

أحدهما انه من أفراد أسرة، فإذا ارتكب شخص من هذه الأسرة جريمة ما، فالكل مسؤولون عنها مسؤولية جماعية تضامنية بغض النظر عن أهليتهم أو مساهمتهم بالنسبة للجريمة المرتكبة، فالمسؤولية والعقوبة توزعان على جميع أفراد الأسرة على حد سواء بناء على فكرة المسؤولية الجماعية (التبعية).

والثاني مسؤولية الصغير شخصية في حالة كونه هو المقترف للجريمة وقد مرت مسؤولية الصغير بتطورات أهمها هي الآتية:

مسؤوليته مسؤولية جماعية تبعاً للأسرة، فإذا ارتكب أحد من أفراد أسرته جريمة، تسري مسؤوليتها على كل من ينتمي الى هذه الأسرة بغض النظر عن شخصيته وأهليته ومسؤوليته الجنائية، وغالباً كانت العقوبة غرامة مالية تفرض على الكل.

إذا ارتكب الصغير جريمة قد تكون المسؤولية موجهة الى كل الأسرة، جسدية أم مالية، وقد تفرض هذه العقوبات على الصغير وحده فلا تسأل الأسرة عنها.

إذا ارتكب الصغير جريمة يسأل هو بالذات دون بقية افراد الأسرة، وكانت العقوبة غرامة مالية فقط.

إذا ارتكب الصغير جريمة يسأل هو بالذات، لكن العقوبة قد تكون جسدية تتناول شخص الجاني في جسمه أو حريته مع غرامة مالية أو بدونها.

وعللت تلك التشريعات مساءلة الصغير الذي يقترف جريمة بأن فيها اصلاح الاخرين وحماية مصالح الناس، من غير ان تأخذ بنظر الاعتبار أهلية مقترف الجريمة، والمسؤولية الجماعية (التبعية) كانت فكرة سائدة في العصور القديمة والعصور الوسطى[1]، وقد امتدت جذورها الى العهد الحديث ولا تزال مستمرة في الجرائم بين العشائر وفي جرائم امن وسلامة

---

[1] التونجي، موانع المسؤولية الجنائية:٤٠ وما بعدها.

الدولة وفي الحروب، وقد أخذت بالمسؤولية الجنائية الجماعية (التبعيـة) مـن الامـم القديمـة اليونان، والصين، والعرب قبل الإسلام، وبوجه خـاص في جـرائم الاعتـداء علـى المقدسـات الدينية وجريمة الخيانة العظمى (الخيانة الوطنية) وجرائم القتل بـين العشـائر والقبائـل، ولا تزال هذه العقوبة الجماعية قائمة بين العشائر، فقبيلة أو عشيرة المجنـى عليـه تأخـذ الثـأر والانتقام من قبيلة أو عشيرة الجاني صغارهم وكبارهم حتى الرضيع.

وقد اخذ بالمسؤولية الجماعية كل من الامبراطور الروماني اركاديوس[1] في تشريعه الذي أصدره عام ٣٧٥م فيمـا يتعلـق بالجريمـة العظمـى (الخيانـة الوطنيـة)، وأخـذ بهـا أيضـاً الامبراطور جستنيان الذي حكم الدولة الرومانية الشرقية من عام ٥٢٧-٥٦٥م وقد ورد في قانون اركاديوس فيما يتعلق بهذا الموضوع {أن العدالة المطلقـة تقضـي بـأن يصـيب ابنـاء المقترف لجريمة الخيانـة الوطنيـة العقاب الذي يصيب والدهم}.

وفي العصور الوسطى كان القانون الانكليزي يبيح بيع الاولاد لدفع غرامة ماليـة حكـم بها على اباءهم في بعض الجرائم.

ويرى بعض شراح القانون: {أن المسـاءلة الجنائية الجماعية بقيت سـائدة الى مطلـع القـرن السادس عشر، وان العقوبة كانت تفرض على جميع افراد الاسرة صغيرهم وكبيرهم لتخويـف الاخرين واثارة الفزع والرهبة في قلوبهم}.

اجرى ملك انكلترا ادوارد الثالث تعديلا على مسـاءلة الصغير ضمن مجموع الأسرة، بحيـث إذا ولد بعد تطبيق العقوبة على الفاعل لا يسأل وبخلاف ذلك يسأل، ولا أرى مـبرراً عقليـاً ومنطقياً لهذه التفرقة.

حصل تطور آخر لمسؤولية الصغير ولأول مـرة في القـانون الانكليـزي وهـو التفرقـة بـين الصـبي المميز والصبي غير المميز، حيث نص على ان الصغير لا يسأل جنائياً لا اصالة ولا تبعاً، إذا كان عمره حين اقتراف الجريمة أقل من ثماني سـنوات، ويسـأل إذا اكمـل السـابعة ودخل الثامنة مساءلة جنائية شخصية عن الجرائم التي يقترفها.

واخيراً اتفقت القوانين الحديثة في جميع دول العالم علـى عـدم مسـؤولية عـديم التمييـز جنائياً لصغر أو جنون أو نحوهما، لكن اختلفت في أمرين:

أحدهما: في معيار التمييز بين المميز وغير المميز.

---

[1] امبراطور الدولة الرومانية الشرقية من عام ٣٩٥-٤٠٨.

والثاني: في معالجة احكام الاحداث الجانحين بقانون خاص مستقل لأهميته وخطورة هذا الموضوع، أو ادراجها في قانون العقوبات أو في قانون الاجراءات وأصول المحاكمات الجزائية ومن التشريعات الحديثة التي نصت على التدابير والعقوبات المقررة للأحداث الجانحين في القسم العام من قانون العقوبات مع ايراد الاحكام الشكلية في قانون الاجراءات الجنائية (اصول المحاكمات الجزائية) قانون العقوبات اليوناني الصادر عام (١٩٥٠)[١]، والقانون الحبشي (١٩٥٧)[٢]، واليوغسلافي الصادر عام (١٩٥٨)[٣]، والاتحاد السوفيتي في قانون (١٩٦٠)[٤].

ومن التشريعات الحديثة التي أخذت بتنظيم شؤون الاحداث الجانحين بقانون خاص لخطورتها، القانون البرتغالي للأحداث لعام (١٩١١)[٥].

ونفس هذه الاتجاهات المختلفة موجودة في القوانين الجزائية العربية كما يأتي باذن الله واكتفي بهذا القدر من النماذج بالنسبة لأثر الحدث في المسؤولية الجنائية في التشريعات غير العربية من القوانين القديمة وقوانين العصور الوسطى وقوانين العصر الحديث.

---

[١] م١٢١-١٣٣.

[٢] م١٦١-١٨٢.

[٣] م٦-٦٣.

[٤] م-٦٣.

[٥] ينظر د.محمود مصطفى، اصول قانون العقوبات في الدول العربية:٩٧.

الفرع الثاني
الصغر والمسؤولية الجزائية في التشريعات العربية

ظلت البلاد العربية والإسلامية خاضعة لأحكام الشريعة الإسلامية منذ عهد الرسالة الى الخلافة العثمانية، وكانت هذه الشريعة هي القانون الوحيد التي تطبق في جميع مجالات الحياة، وكان المعتمد في التشريع العثماني مذهب أبي حنيفة كمذهب رسمي للقضاء والافتاء بموجب الفرمان الذي اصدره السلطان سليم الأول، ثم صدر قانون الجزاء العثماني عام ١٨٤٠م، ثم عدل عام ١٨٥١، وقد اعتمد هذا القانون في تشريعه وتعديله على أحكام الشريعة الإسلامية، إلا ان التشريع الجزائي العثماني تأثر فيما بعد بالقوانين الغربية، فصدر القانون الجزائي العثماني عام ١٨٥٨م مقتبساً معظم نصوصه من القانون الجزائي الفرنسي، ثم أجريت بعض التعديلات بين عامي ١٩١٠-١٩١٥ بتأثير من التشريع الايطالي.

وفيما يتعلق بأثر الصغر كمانع من المسؤولية الجنائية أو عذر مخفف نصت (م٤٠) من هذا القانون على ان الحدث دون الثالثة عشرة من عمره يعتبر غير مميز، وان عدم تمييزه لا يحتمل بينة العكس وبالتالي لا تفرض عليه عقوبات، بل تستخدم تدابير الحماية لغاية بلوغه الثالثة عشر من عمره، وتدابير الحماية هذه تكون في تسليمه لوالديه أو وليه او وصيه تحت كفالة، وإذا تعذر الأمر أرسل الى دار الاصلاح لغاية بلوغه سن الرشد على الأكثر، وإذا اتم الحدث الثالثة عشرة من عمره ولم يكمل الخامسة عشرة ولم يثبت بلوغه عد صغيراً مميزاً وخفف العقاب عنه.

وبعد انتهاء الدولة العثمانية، استقلت كل دولة عربية بوضع تشريعاتها، وقد اختلفت في معالجة الاحداث الجانحين بالتشريع كالاتي:

أ- بعضها اصدرت القوانين الخاصة بالأحداث الجانحين ومنها:

قانون الاحداث العراقي (رقم ٤٤) لسنة ١٩٥٥.

قانون الاحداث الأردني (رقم ٢٤) لسنة ١٩٦٨.

قانون الاحداث السوري (رقم ١٨) لسنة ١٩٧٤ المعدل بالقانون (رقم ٥١) لسنة١٩٧٩.

قانون تشرد الاحداث المصري لسنة ١٩٧٤.
قانون الاحداث لدولة البحرين ١٩٧٦.
قانون الاحداث المنحرفين في دولة الامارات العربية للتحدة لسنة ١٩٧٦.
قانون الاحداث الكويتي (رقم ٣) لسنة ١٩٨٣.
قانون حماية الاحداث للنحرفين اللبناني (رقم ١١٢) لسنة ١٩٨٣.

ب- وبعضها عالجت احكام الاحداث الجانحين في قوانينها الجزائية ومنها:-

القانون الجنائي المغربي:

الفصول ١٣٨-١٤٠ وجاء في الفصل ١٣٨ {الصغير الذي لم يبلغ سنه اثني عشرة عاماً يعتبر غير مسؤول جنائياً لانعدام تمييزه}، وفي الجنايات والجنح لا يمكن ان يحكم عليه إلا بواحد أو أكثر من تدابير الحماية أو التهذيب المقرر في الفصل ٥١٦ من المسؤولية الجنائية، ومن المخالفات لا يمكن ان يحكم عليه إلا بالتوبيخ.

وفي الفصل ١٣٩ {الصغير الذي اتم عشر سنوات ولم يبلغ السادسة عشرة تعتبر مسؤوليته ناقصة بسبب عدم اكتمال تمييزه}.

قانون العقوبات السوداني:

م٤٩ {في فعل يرتكبه الصغير الذي تقل سنه عن السابعة أو تزيد على السابعة وتقل عن الثانية عشرة إذا لم يبلغ من نضج الإدراك ما يكفي لحكمه على ماهية الفعل الذي يقع منه ونتائجه}.

قانون العقوبات الليبي:

م٨٠ {لا يكون مسؤولاً جنائياً الصغير الذي لم تبلغ سنه الرابعة عشرة، وللقاضي ان يتخذ في شأنه التدابير الوقائية الملائمة إذا كان قد أتم السابعة من عمره وفق ارتكاب الفعل الذي يعد جريمة قانوناً}.

م٨١ {يسأل جنائياً الصغير الذي أتم الرابعة عشرة ولم يبلغ الثامنة عشرة وفق ارتكاب الجريمة وكان له قوة الشعور والإرادة، على ان تخفض العقوبة في شأنه بمقدار ثلثيها}.

القانون التونسي:

م٣٨ {ان الجناية لم يعاقب عليها إذا كان سن المتهم اقل من (١٣) سنة لما ارتكبها} ، ويلاحظ على هذه المادة ان فيها أخطأ علمية، فخلط بين مانع العقاب ومانع المسؤولية الجنائية والاخطأ اللغوية كاستعمال {لم} مكان {لا} ، في حين ان {لم} للنفي في الماضي، و{لا} للنفي في المستقبل، اضافة الى عدم التفرقة بين الحدث المميز والحدث غير المميز وما يجب ان يتخذ في حق كل منهما.

القانون الجزائري:

م٤٩ {لا توقع على القاصر الذي لم يكمل الثالثة عشرة إلا تدابير الحماية أو التربية} ، ومع ذلك فإنه في مواد المخالفات لا يكون محلاً إلا للتوبيخ، ويخضع القاصر الذي يبلغ سنه (١٣-١٨ سنة) اما لتدابير الحماية أو التربية أو العقوبات المخففة، وتناولت م٥٠ نماذج لهذا التخفيف، فنصت على أنه {إذا كانت العقوبة هي الاعدام أو السجن المؤبد فأنه يحكم عليه بعقوبة الحبس من عشر سنوات الى عشرين سنة، وإذا كانت هي السجن أو الحبس المؤقت فإنه يحكم عليه بالحبس لمدة تساوي نصف المدة التي كان يتعين الحكم عليه بها إذا كان بالغا}.

ويفهم من هاتين المادتين ان الحدث في هذا القانون يكون عديم الأهلية إذا كان عمره أقل من (١٣سنة) ويكون ناقص الأهلية من (١٣-١٨سنة)، ففي الحالة الأولى لا يسأل جنائياً، أما الحالة الثانية فهي مخففة للعقوبة ولا تكون مانعة من المساءلة.

قانون سلطنة عمان:

م١٠٤ {لا يلاحق جزائياً من لم يكن عند ارتكابه الجريمة قد اتم التاسعة من عمره إذا كانت سن المتهم غير محققة قدرها القاضي، وتحسب السن في جميع الأحوال بالتقويم الميلادي}.

م١٠٥ {من اتم التاسعة من عمره ولم يتم الثالثة عشرة عند ارتكاب الجريمة، لا يحكم عليه بعقوبة السجن او الغرامة بل يوضع بحكم قضائي في مؤسسة للاصلاح يعينها القاضي مدة لا تتجاوز اتمامه الثامنة عشرة، ويمكن ان يوضع في جلسة المحاكمة ويسلم بعد ذلك الى ولي أمره لقاء سند يتعهد فيه بتربية القاصر والحيلولة دون ارتكابه جريمة أخرى خلال المدة المحددة بالحكم، وإذا أخل الولي

بتعهده يتعرض للعقاب المنصوص عليه في الفصل الخاص من هذا القانون المتعلق بتسييب القصر كما يعهد للقاضي عندئذ تقرير وضع القاصر في مؤسسة للاصلاح عملاً بالفقرة الأولى من هذه المادة}.

م١٠٦ {من أتم الثالثة عشرة من عمره ولم يتم الخامسة عشرة حين ارتكابه الجريمة يعاقب بالسجن اصلاحاً للنفس من ثلاث حتى خمس سنوات إذا كانت الجريمة جناية معاقباً عليها قانوناً بالإعدام أو السجن المؤبد، ومن سنة واحدة حتى ثلاث سنوات في الجنايات الأخرى}.

م١٠٧ {من أتم الخامسة عشرة من عمره ولم يتم الثامنة عشرة عند ارتكابه الجريمة يعاقب بالسجن من خمس سنوات حتى عشر، إذا كانت الجريمة جناية معاقباً عليها قانوناً بالإعدام أو السجن المؤبد، ومن ثلاث الى سبع سنوات في الجنايات الأخرى، اما إذا كانت الجريمة جنحة فيعاقب بالسجن من عشرة أيام حتى سنة}.

القانون اليمني:

م٣١ {لا يسأل جنائياً من لم يكن قد أتم السابعة من عمره وقت ارتكاب الفعل المكون للجريمة وإذا ارتكب الحدث الذي أتم السابعة ولم يبلغ الخامسة عشرة ذلك الفعل، أمر القاضي بدلاً من العقوبة المقررة بتوقيع أحد التدابير المنصوص عليها في قانون الاحداث فإذا كان مرتكب الجريمة قد أتم الخامسة عشرة ولم يتم الثامنة عشرة حكم عليه بما لا يتجاوز نصف الحد الاقصى للعقوبة المقررة قانوناً، وإذا كانت هذه العقوبة هي الإعدام حكم عليه بالحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تزيد عن عشر سنوات، وفي جميع الأحوال ينفذ الحبس في اماكن خاصة تراعى فيها معاملة مناسبة للمحكوم عليهم ولا يعتبر الشخص حديث السن مسؤولاً مسؤولية جزائية تامة إذا لم يبلغ الثامنة عشرة وقت ارتكاب الفعل، وإذا كانت سن المتهم غير محققة قدرها القاضي بالاستعانة بخبير}.

م٣٢ {لا تحل الاحكام المبينة في المادة (٣٢) بحق المجنى عليه أو ورثته في الدية أو الارش في جميع أحوالها وتكون الدية أو الارش على العاقلة وإذا لم تف فمن مال الصغير}[1].

---

(١) يتميز القانون اليمني بانه أخذ بنظام الدية والارش وفق ما جاء في الشريعة الاسلامية.

ويتميز القانون اليمني من بين جميع قوانين العقوبات للبلاد العربية التي عالجت موضوع الحدث الجانح في القانون الجزائي، ولم يفرد له قانون خاص بأنه أقرب الى العدالة التي تدعو اليها الشريعة الإسلامية والتي تقضي برعاية الصغير وحمايته وحماية مصلحته مع رعاية مصالح المجتمع من حماية حقوقهم في الحياة والمال والعرض والطمأنينة، على ان لا تعتبر التدابير عقوبة، بل يجب ان تطبق على أساس انها اصلاحية.

ج- وتنفرد المملكة العربية السعودية بأنها الدولة الوحيدة في العالم العربي باقية على نمط العصور الإسلامية السابقة في تطبيق الشريعة الإسلامية في جميع أنواع الجرائم (جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية وجرائم التعازير)، اما في الاركان والشروط والاحكام الجزائية لهذه الجرائم فإنها متأثرة بالفقه الحنبلي على أساس أنه فقه أهل الحديث.

كيفية معالجة التشريع العراقي لظاهرة جنوح الحدث:

ان أول نص قانوني طبق في العراق بشأن الاحداث الجانحين بعد الشريعة الإسلامية هو م٤٠ من قانون الجزاء العثماني، التي تنص على ان {من لم يكن حين ارتكاب الجريمة قد أتم الثالثة عشرة من عمره يعد فاقد التمييز ولا يسأل عما ارتكبه من الجرائم، غير انه يسلم بحكم محكمة الجنح الى أبويه أو وليه أو وصيه على ان يؤخذ منهم سند تعهد يرسل لأجل التربية الى دار الاصلاح، ويوقف بها مدة لا تتجاوز بلوغه سن الرشد على الكشر، وإذا ارتكب الاولاد الذين سلموا بموجب سند تعهد الى أبويهم أو أوليائهم أو أوصيائهم احدى الجرائم قبل ان يتموا الخامسة عشرة من سنهم، وكان ذلك ناشئاً من تسامح من سلموا اليهم في المراقبة والنظارة أخذ من المامورين برعايتهم غرامة من ذهبة واحدة الى مائة ذهبة}.

ولأول مرة صدر قانون الاحداث رقم٤٤ في ١٠ نيسان ١٩٥٥، وتقرر بموجبه عدم مساءلة عديم التمييز لصغر أو جنون أو ما في حكمهما مساءلة جنائية، ويسأل من يدخل سن التمييز ولم يكمل الثامنة عشرة على ان تكون التدابير التي تتخذ ضده تأديبية وتقويمية لها طابع الاصلاح دون العقاب.

وقد حددت م٢٧ من قانون العقوبات البغدادي الملغى بأن {سن المميز هي التي تزيد عن سبع سنوات وتقل عن خمس عشرة سنة}.

وأخذ بنفس النمط قانون الاحداث رقم١١ لسنة ١٩٦٢، ثم الغي هذا القانون بقانون الاحداث رقم ٦٤ لسنة ١٩٧٢، الذي يقضي {بعدم مساءلة من لم يكمل السابعة}، وحدد الحدث بأنه {من أكمل السابعة ولم يكمل الثامنة عشرة}. ثم حل محله قانون رعاية الاحداث رقم ٧٦ لسنة ١٩٨٣، ونصت م١١٢ من هذا القانون على انه {يلغى قانون الاحداث رقم ٦٤ لسنة ١٩٧٢، وبين في م٣ الاصناف الذين يسري عليهم هذا القانون كالاتي:

اولا – يعتبر صغيرا من لم يتم التاسعة من عمره.

ثانيا – يعتبر حدثا من اتم التاسعة من عمره ولم يتم الثامنة عشرة.[1]

ثالثا – يعتبر الحدث صبيا اذا اتم التاسعة من عمره ولم يتم الخامسة عشرة.

رابعا – يعتبر الحدث فتى اذا اتم الخامسة عشرة من عمره ولم يتم الثامنة عشرة.[2]

خامسا – يعتبر وليا، الاب والام او اي شخص ضم اليه صغير او حدث او عهد اليه بتربية احدهما بقرار من المحكمة

وفي م٢٤:

اولا – يعتبر الصغير او الحدث مشردا اذا :

ا – وجد متسولا في الاماكن العامة او تصنع الاصابة بجروح او عاهات او استعمل الغش كوسيلة لكسب عطف الجمهور بهدف التسول.

ب – مارس متجولا صبغ الاحذية او بيع السكاير او اية مهنة اخرى تعرضه للجنوح، وكان عمره اقل من خمس عشرة سنة.

جـ – لم يكن له محل اقامة معين او اتخذ الاماكن العامة مأوى له.

د – لم تكن له وسيلة مشروعة للتعيش وليس له ولي او مرب.

هـ – ترك منزل وليه او المكان الذي وضع فيه بدون عذر مشروع.

ثانيا – يعتبر الصغير مشردا اذا مارس اية مهنة او عمل مع غير ذويه.

---

[1] يثبت عمر الحدث بوثيقة رسمية، وعند عدم وجودها أو ان العمر المثبت فيها يتعارض مع ظاهر الحال، فعلى المحكمة احالته للفحص الطبي لتقدير عمره بالوسائل العلمية م٤.

[2] وتطبق احكام هذا القانون على الحدث الذي لم يتم الثامنة عشرة من عمره اثناء التحقيق م٥.

وفي م٢٥:

يعتبر الصغير او الحدث منحرف السلوك اذا :

اولا – قام باعمال في اماكن الدعارة او القمار او شرب الخمور.

ثانيا – خالط المشردين او الذين اشتهر عنهم سوء السلوك.

ثالثا – كان مارقا على سلطة وليه.[1]

أحكام هذه الاصناف:

احكام الصغير {لا تقام الدعوى الجزائية على من لم يكن وقت ارتكاب الجريمة قد أتم التاسعة من عمره}[2]. و{اذا ارتكب الصغير فعلا يعاقب عليه القانون فعلى المحكمة ان تقرر تسليمه الى وليه ليقوم بتنفيذ ما تقرره المحكمة من توصيات للمحافظة على حسن سلوكه بموجب تعهد مقترن بضمان مالي}[3].

وبموجب هذا القانون المعيار الموضوعي للتمييز الذي كان في القانون السابق {اكمال السابعة من العمر} اصبح {اكمال التاسعة من العمر}، وبناء على ذلك اينما ورد لفظ الصغير في التشريعات الجزائية العراقية والقضاء الجنائي العراقي يراد به من لم يتم التاسعة

---

[1] وجدير بالذكر أن هذا القانون أجري عليه تعديل في اقليم كوردستان– العراق بقانون رقم(١٤) لسنة ٢٠٠١ كالآتي:

١) يعتبر صغيرا من لم يتم الحادية عشرة من عمره .

٢) يعتبر حدثا من اتم الحادية عشرة من عمره ولم يتم الثامنة عشرة .

٣) يعتبر الحدث صبيا اذا اتم الحادية عشرة من عمره ولم يتم الخامسة عشرة .

٤) يعتبر الحدث فتى اذا اتم الخامسة عشرة من عمره ولم يتم الثامنة عشرة .

٥) يعتبر وليا ، الاب والام او اي شخص ضم اليه صغيرا او حدث او عهد اليه بتربية احدهما بقرار من المحكمة.

[2] أجري عليه تعديل في اقليم كوردستان– العراق بقانون رقم(١٤) لسنة ٢٠٠١ كالآتي: لا تقام الدعوى الجزائية في اقليم كوردستان – العراق على من لم يكن وقت ارتكاب الجريمة قد اتم الحادية عشرة من عمره .

[3] م٤٧.

من عمره، لانه من الناحية العملية يعتبر كل نص سابق[١]، وقد خصص بهذا القانون بناء على القاعدة الاصولية التي تقضي بانه {إذا تعارض نصان يرفع التعارض بالجمع بينهما، فإذا لم يمكن يرجح احدهما على الآخر بمرجح خارجي، يعد اللاحق ملغياً للسابق، وهنا يمكن الجمع بينهما بالتخصيص فيبقى النص المخصص سارياً في غير القضايا الجنائية}.

فكل فعل جرمي يأتيه الصغير الذي لم يكمل التاسعة من عمره لا تحرك الدعوى ضده ولا يسأل جزائياً على الاطلاق. لكن من الناحية التربوية من الضروري الاهتمام به، وبوجه خاص انه في هذه المرحلة من العمر عجينة تقبل كل شكل من الاشكال الهندسية السلوكية ويقتصر دوره التعليمي على التقليد، فكما يتعلم لغة أبويه تلقائياً من غير تعليم كذلك يقلد غيره في كل سلوك رغم انه كامل الخلق والتكوين مزود بكل الملكات والقدرات والحواس، وله ملكة ذهنية تقوم بوظيفتها غريزياً إذا صادفت محل عملها، ولكنه لا يستطيع ان يتحكم فيها وتنظيمها قبل نضجه وقبل ان يتقدم الى دائرة الضوء من احداث الحياة ويصطدم بمجرياتها.

فقدرات الصغير العقلية والعاطفية والبدنية والحسية مكتملة الخلق، لا ينقصها إلا الاصطدام باحداث الحياة. الصدام بين فطرية السلوك وعفوية الحركة من جانب الصغير، وبين المقاييس التربوية والسلوكية التي يصطدم بها في بيته وأسرته ومدرسته هي التي تكون شخصيته وتشكل سلوكه في نهاية المطاف، ان خيراً وان شراً، لذا من الضروري ان يكون أبواه قدوة حسنة له، وان يتربى تحت رعايتهما واشرافهما بمقتضى قوله تعالى: ﴿قُوا أَنفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَاراً﴾[٢].

اجراءات الحدث التحقيقية[٣]:

إذا ارتكب الحدث جريمة ما، تتخذ بحقه الاجراءات التالية:

١. يسلم الحدث فور القبض عليه الى شرطة الاحداث في الاماكن التي توجد فيها شرطة احداث لتتولى احضاره امام قاضي التحقيق او محكمة الاحداث.[١].

---

[١] مثل م٦٤ من قانون العقوبات العراقي (رقم١١١) لسنة ١٩٦٩ التي تنص على انه {لا تقام الدعوى الجزائية على من لم يكن وقت ارتكاب الجريمة قد أتم السابعة من عمره. و م٢/٥٧ من القانون المدني العراقي (رقم٤٠) لسنة ١٩٥١ وسن التمييز سبع سنوات كاملة.

[٢] سورة التحريم:٦.

[٣] في ضوء قانون رعاية الاحداث رقم ٧٦ لسنة ١٩٨٣ المعدل.

٢. يتولى التحقيق في قضايا الاحداث قاضي تحقيق الاحداث، وفي حالة عدم وجوده يتولى قاضي التحقيق او المحقق بذلك [٢].

٣. يجوز اجراء التحقيق غير مواجهة الحدث في الجرائم المخلة بالاخلاق والاداب العامة على ان يحضر التحقيق من يحق له الدفاع عنه. وعلى محكمة التحقيق تبليغ الحدث بالاجراء المتخذ بحقه[٣].

٤. على قاضي التحقيق ان يرسله الى مكتب دراسة الشخصية[٤] إذا كانت الادلة ضده كافية لاحالته على محكمة الاحداث، وكانت ظروف القضية أو حالة الحدث تستدعي ذلك[٥].

٥. يوقف الحدث في الجنايات والجنح لغرض فحصه ودراسة شخصيته أو لتحذر كفيل له، وبوجه خاص يوقف الحدث المتهم بجناية عقوبتها الاعدام إذا اكمل الرابعة عشرة من عمره، ولكن لا يجوز توقيفه في المخالفات[٦].

٦. عذر الحدث سواء كان معفياً أو مخففاً لا يفيد من ساهم معه في ارتكابه الجريمة. فإذا اتهم حدث مع من بلغ سن الرشد بارتكاب جريمة، فعلى قاضي التحقيق تفريق الدعوى واحالة كل منهما على المحكمة المختصة[٧].

---

(١) م٤٨.

(٢) م٤٩.

(٣) م٥٠.

(٤) هذا المكتب مرتبط بمحكمة الاحداث ويتكون من طبيب مختص أو ممارس في الامراض العقلية والعصبية أو طبيب الاطفال عند الاقتضاء، متخصص بالتحليل النفسي أو علم النفس ومن عدد من الباحثون الاجتماعيين. ويجوز أن ينضم اليهم لخرون من المختصين بالعلوم الجنائية أو علوم ذات صلة بشرود الاحداث.م١٢.

(٥) م٥١.

(٦) م٥٢.

(٧) م٥٣.

محاكمة الاحداث :

- تتكون محكمة الاحداث من قاضٍ من الصنف الثالث في الاقل رئيساً وعضوين من بين المختصين بالعلوم الجنائية أو العلوم الاخرى ذات الصلة بشؤون الاحداث، على ان تكون لهما خبرة لا تقل عن خمس سنوات[١].
- وتجرى محاكمة الحدث في جلسة سرية بحضور وليه أو أحد أقاربه ان وجد ومن ترتأي المحكمة حضورهم من المعنيين بشؤون الاحداث[٢].
- لمحكمة الاحداث اجراء المحاكمة من غير مواجهة الحدث في الجرائم المخلة بالاخلاق والاداب العامة، على ان يحضر المحاكمة من يحق له الدفاع عنه وعلى المحكمة احضار الحدث لتبليغه بالاجراء المتخذ بحقه[٣].
- لمحكمة الاحداث ان تقبل للدفاع عن الحدث وليه أو أحد أقاربه أو أحد ممثلي المؤسسات الاجتماعية دون الحاجة الى وكالة خطية، مع مراعاة احكام م١٤٤ من قانون اصول المحاكمات الجزائية[٤].
- لا يجوز ان يعلن عن اسم الحدث او عنوانه أو اسم مدرسته أو تصويره أو اي شيء يؤدي الى معرفة هويته[٥].
- يتحدد اختصاص محكمة الاحداث بالمكان الذي وقعت فيه الجريمة أو قامت فيه حالة التشرد أو انحراف السلوك، أو في المكان الذي يقيم فيه الحدث[٦].
- إذا وجدت المحكمة ان المتهم المحال عليها قد أتم الثامنة عشرة من عمره وقت ارتكاب الجريمة، فعليها احالة الدعوى على المحكمة المختصة[٧].

---

[١] م٥٤.

[٢] م٥٨.

[٣] م٥٥.

[٤] تنص م١٤٤ من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي (رقم٢٣) لسنة ١٩٧١ {يندب رئيس محكمة الجنايات محامياً للمتهم في الجنايات إذا لم يكن قد وكل محامياً عنه، وعلى المحامي المنتدب ان يحضر المرافعة ويدافع عن المتهم وينيب عنه من يقوم مقامه من المحامين وإلا فرضت المحكمة عليه غرامة}.

[٥] م٦٣.

[٦] ٦٥.

[٧] م٦٦.

التدابير :

أهم التدابير التي تتخذ بحق الحدث إذا ارتكب جريمة هي الاتية:

- إذا كان ما ارتكبه الحدث مخالفة يحكم بانذاره في الجلسة بعدم تكرار فعله غير المشروع، أو بتسليمه الى وليه أو أحد أقاربه ليقوم بتنفيذ ما تقرره المحكمة من توصيات لضمان حسن تربيته وسلوكه بموجب تعهد مالي[١].
- إذا كانت الجريمة جنحة يحكم عليها باحدى التدابير الاتية بدلا من العقوبات المقررة لجريمته[٢]:

أ. تسليمه الى وليه أو أحد أقاربه ليقوم بتنفيذ ما تقرره المحكمة من توصيات لضمان حسن تربيته وسلوكه بموجب تعهد مالي.

ب. وضعه تحت مراقبة السلوك وفق أحكام هذا القانون.

ج. ايداعه في مدرسة تأهيل الصبيان ان كان صبياً، ومدرسة تأهيل الفتيان ان كان فتى، مدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد عن خمس سنوات.

د. الحكم عليه بالغرامة المنصوص عليها في القانون.

ه. لمحكمة الاحداث عندما تحكم بتسليم الحدث الى ولي أو قريب ان تقرر وضعه تحت مراقبة السلوك[٣].

إذا ارتكب الصبي جناية[٤] معاقباً عليها بالسجن المؤقت، يحكم عليه بأحد التدابير الاتية بدلاً من العقوبة المقررة لها قانوناً:

١. وضعه تحت مراقبة السلوك وفق احكام هذا القانون.

---

[١] م٧٢.

[٢] م٧٣.

[٣] م٧٣-٧٤.

[٤] الجناية: هي الجريمة المعاقب عليها باحدى العقوبات التالية: الاعدام أو السجن المؤبد اكثر من خمس سنوات الى خمس عشرة سنة.

الجنحة: هي الجريمة المعاقب عليها باحدى العقوبتين التاليتين: الحبس الشديد أو البسيط أكثر من ثلاثة اشهر الى خمس سنوات أو الغرامة.

المخالفة: هي الجريمة المعاقب عليها باحدى العقوبتين التاليتن: الحبس البسيط لمدة من (٢٤) ساعة الى ثلاثة اشهر أو الغرامة لا تزيد مقدارها على ثلاثين ديناراً.

م٢٥-٢٧ قانون العقوبات العراقي النافذ.

٢. ايداعه في مدرسة تأهيل الصبيان لمدة لا تقل عن ستة اشهر ولا تزيد عن ثلاث سنوات، وإذا كان الجاني فتى بدلا من الصبي يكون ايداعه في مدرسة تأهيل الفتيان مدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد على سبع سنوات[١].

إذا ارتكب الصبي جناية معاقباً عليها بالسجن المؤبد أو الاعدام، فعلى محكمة الاحداث ان تحكم عليه بدلاً من العقوبة المقررة لها قانوناً بايداعه في مدرسة تأهيل الصبيان مدة خمس سنوات.[٢]

وإذا كان الجاني فتى فعلى المحكمة ان تحكم عليه بايداعه في مدرسة تأهيل الفتيان مدة لا تقل عن خمس سنوات ولا تزيد عن خمس عشرة سنة.[١]

---

[١] م٧٦-٧٧.

[٢] م٧٦-٧٧.

وقد أجري تعديل على هاتين المادتين(٧٦، ٧٧) بقانون (٢١) لسنة ١٩٩٨ كالآتي:

المادة ٧٦:

اولا – اذا ارتكب الصبي جناية معاقبًا عليها بالسجن المؤبد او المؤقت فعلى محكمة الاحداث ان تحكم عليه باحد التدابير الاتية بدلا من العقوبة المقررة لها قانونًا:

ا – تسليمه الى وليه او احد اقاربه بموجب تعهد مالي تقدره المحكمة بما يتناسب وحالته المالية ليقوم بتنفيذ ما تقرره المحكمة من توصيات لضمان حسن تربيته وسلوكه وعدم ارتكابه جريمة اخرى لمدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على ثلاث سنوات .

ب – وضعه تحت مراقبة السلوك وفق احكام هذا القانون .

جـ – ايداعه في مدرسة تاهيل الصبيان مدة لا تقل عن ستة اشهر ولا تزيد على خمس سنوات.

ثانيًا – اذا ارتكب الصبي جناية معاقبًا عليها بالاعدام فعلى محكمة الاحداث ان تحكم عليه بدلا من العقوبة المقررة لها قانونًا بايداعه مدرسة تاهيل الصبيان مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على عشر سنوات .

المادة ٧٧:

اولا – اذا ارتكب الفتى جناية معاقبًا عليها بالسجن المؤبد او المؤقت فعلى محكمة الاحداث ان تحكم عليه باحد التدابير الاتية بدلا من العقوبة المقررة لها قانونًا:

ا – وضعه تحت مراقبة السلوك وفق لحكام هذا القانون .

ب – ايداعه في مدرسة تاهيل الفتيان مدة لا تقل عن ستة اشهر ولا تزيد على سبع سنوات.

ثانيًا – اذا ارتكب الفتى جناية معاقبًا عليها بالاعدام فعلى محكمة الاحداث ان تحكم عليه بدلا من العقوبة المقررة لها قانونًا بايداعه مدرسة تاهيل الفتيان مدة لا تقل عن خمس سنوات ولا تزيد على خمس عشرة سنة .

لمحكمة الاحداث ان تحكم على الحدث بالغرامة في جناية أو جنحة معاقب عليها بالسجن مدة لا تزيد على سبع سنوات أو بالحبس، إذا ظهر من تقرير مكتب دراسة الشخصية أو من وقائع الدعوى ان من الاصلح للحدث الحكم بالغرامة.[٢]

العبرة بوقت ارتكاب الجريمة في تحديد التدابير، فإذا ارتكب الصبي جريمة واصبح وقت الحكم عليه فتى، يحكم عليه بأحد التدابير الخاصة بالصبي، لكن على المحكمة عند الحكم عليه بتدبير سالب للحرية أن تقرر ايداعه في مدرسة تأهيل الفتيان. وإذا أتم الحدث وقت الحكم عليه الثامنة عشرة من العمر يحكم عليه بأحد التدابير الخاصة بالفتى أو الصبي لكن يكون الايداع في مدرسة الشباب البالغين[٣].

الموازنة:

بالموازنة والمقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات الجزائية العربية من زاوية اثر الصغر في المسؤولية الجنائية يتبين لنا ان هناك أوجه شبه وأوجه خلاف وفيما يلي نماذج منها:

أولاً / أوجه الشبه:

١. لا خلاف بين الشريعة الإسلامية والتشريعات الجزائية العربية في ان الصغير غير المميز لا يسأل جنائياً، فإذا ارتكب جريمة وحده أو مع غيره لا تقام عليه الدعوى الجزائية ولا يساق الى القضاء، ولا يحاسب على ما ارتكبه، لكن على وليه أو وصيه الاهتمام بتحسين سلوكه ومراقبته لاستبعاد عودته وتكرار الجريمة.

٢. لا خلاف في ان كل من بلغ سن الرشد وارتكب جريمة يسأل جزائياً ويحاسب ويعاقب بالعقوبة المقررة لجريمته، ما لم يكن هناك مانع يحول دون ذلك لأن سن الرشد سن التكليف وتحمل المسؤولية الجنائية والمدنية.

---

[١] م٧٧/ثانيا.

[٢] م٧٨.

[٣] م٧٩. لمزيد من التفصيل يراجع قانون رعاية الاحداث العراقي رقم٧٦ لسنة ١٩٨٣.

٣. لا خلاف في ان الصغير المميز إذا ارتكب جريمة يسأل عنها جزائياً، فالصغر في حالة قيام التمييز لا يكون مانعاً من المسؤولية الجنائية، وانما هو عذر مخفف للعقوبة المقررة لجريمته، فهو مانع من العقوبة الكاملة لأن أهليته الجنائية غير كاملة.

٤. لا خلاف في ضرورة اتخاذ التدابير الاحترازية والاصلاحية بشأن الاحداث الجانحين، وهي تختلف باختلاف مراحل عمر الحدث كما ذكرنا نماذج منها من قانون رعاية الاحداث العراقي، ويجب ان تكون هذه التدابير ذات طابع اصلاحي بعيداً عن شائبة الانتقام.

٥. لا خلاف في ان التدابير المحكوم عليها بحق الحدث الجانح يجوز للمحكمة ان تصدر القرار بايقافها إذا ثبت صلاح الجانح وتحسين سلوكه، لأن الغرض من هذه التدابير هو الاصلاح فإذا ثبت تحققه فلا داعي لاستمرارية التدابير وبوجه خاص إذا كانت سالبة للحرية.

ثانياً / أوجه الاختلاف:

١- لم تتفق الآراء لا في الشريعة الإسلامية ولا في التشريعات الجزائية العربية على وضع معيار موضوعي دقيق للتمييز بين المراحل الثلاث، مرحلة عدم التمييز ومرحلة التمييز ومرحلة سن الرشد. فأكثر فقهاء الشريعة استقر رأيهم على ان من أكمل الخامسة عشرة من عمره أو بلغ عاقلاً بالاحتلام أو المظاهر الأخرى يكون أهلاً للمسؤولية الجنائية، في حين قال بعضهم من الحنفية والمالكية ان سن الرشد اكمال الثامنة عشرة من العمر، وبهذا الاتجاه أخذت التشريعات العربية المدنية والجزائية. كما اختلفوا في سن التمييز والحد الفاصل بين المميز وغير المميز.

وكذلك اختلفت التشريعات الجزائية بين السنة السابعة والرابعة عشرة، فالقانون السوداني م٤٩ حدد سن التمييز بالسنة السابعة، والعراقي م٤٧ والعماني م١٠٤ حدداها باكمال التاسعة من العمر، وفي القانون الليبي م٨٠ البلوغ السنة الرابعة عشرة، وكذلك القانون الجزائري م٤٩ يتفق مع الليبي. وخير الآراء وأوسطها والراجح هو المعيار الذي أخذ به المشرع العراقي والعماني من اكمال التاسعة من العمر، رغم ان التحديد الزمني أياً كان فإنه غير دقيق، فرب طفل يكون مميزاً قبل سن التمييز، وقد لا يملك هذا التمييز طفل اخر بسبب الاختلافات في البنية والتكوين الشخصي والمؤهلات الذاتية والمقومات الصحية.

٢- الشريعة الإسلامية لم تمر بالتطورات التي مرت بها التشريعات الوضعية بالنسبة لمعاملة الصغير ومن في حكمه، كما سبق بيان ذلك، فالشريعة منذ البداية قالت في القرآن الكريم: ﴿لاَ يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلاَّ وُسْعَهَا﴾[1]. وقالت على لسان رسولها ﷺ: (رفع القلم عن ثلاث عن الصبي حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق)، و(رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه).
بينما لم يحظ الصغير والمجنون ومن في حكمهما بالحماية القانونية، إلا بعد اعلان حقوق الإنسان والتطور الطويل الذي مرت به التشريعات الوضعية.

٣- عديم الأهلية يسأل مدنياً إذا الحق ضرراً بالغير في الشريعة الإسلامية والقوانين العربية المتأثرة بها بخلاف التشريعات العربية المتأثرة بالفقه الغربي.

٤- عديم الأهلية إذا ارتكب جريمة القتل تجب الدية على عاقلته، حتى لا يصبح دم المجنى عليه هدراً ولا تترتب على هذا القتل مضاعفات، في حين لا نجد في التشريعات العربية باستثناء القانون اليمني وغير العربية – بحسب ما اعلم – ما يعير الأهمية لدم المجنى عليه في حالة عدم مساءلة الجاني جزائياً.

٥- التشريعات الجزائية العربية وغير العربية لا تعير الأهمية للتدابير الاحترازية والوسائل الوقائية إلا بعد وقوع الواقعة، فالطفل قبل جنوحه واتخاذه السلوك الجرمي، القانون لا يتدخل في تربيته وتوعيته وتوجيهه ومحاسبة والديه أو من يتولى شؤونه بعد الوالدين، في حين ان الشريعة الإسلامية اعطت الأهمية للوقاية أكثر من العلاج، وهذه الوقاية لا تقتصر على مراحل حياة الحدث بعد وجوده، وانما تشمل ما قبل وجوده، بل ما قبل قيام الزواج بين والديه، وقد خبرنا الرسول ﷺ بتأثير العامل الوراثي على سلوك الطفل قبل الاكتشافات العلمية لهذا التأثير فقال ﷺ: (اياكم وخضراء الدمن) قالوا: يا رسول الله وما خضراء الدمن؟ قال: (المرأة الحسناء في منبت السوء). وقال ﷺ: (تخيروا لنطفكم فإن العرق نزاع)، وفي رواية أخرى: (تزوجوا في الحجر الصالح فإن العرق دساس)، وكذلك أمرنا الرسول ﷺ بأن يكون معيار المفاضلة لدينا في اختيار شريكة أو شريك الحياة، هو المعيار الديني والاخلاقي فقال:

---

[1] سورة البقرة:٢٨٦.

(تنكح المرأة لأربع: لمالها، ولحسبها، ولجمالها، ولدينها، فاظفر بذات الدين تربت يداك)[١].

ان معيار المفاضلة بين بنت واخرى أو امرأة وأخرى لاختيارها زوجة وشريكة الحياة في المستقبل، وأم الأولاد، اما لأنها صاحبة مال يطمع الشخص في مالها، أو لأنها من ذوات النسب الذي يعده الناس من مفاخر الآباء، أو لجمالها لأن الجمال مطلوب في كل شيء ولا سيما في المرأة، أو لدينها أو اخلاقها الفاضلة وسلوكها الجيد وأكد الرسول ﷺ ضرورة الأخذ بالمعيار الأخير فقال ﷺ (فاظفر بذات الدين تربت يداك)، أي ان لم تظفر بذات الدين لصقت يداك بالتراب، وهذه العبارة كناية عن المذلة والمسكنة التي تجلبها الزوجة ذات السلوك السيء لاولادها أو لزوجها، وكذلك الزوج سيء السلوك لزوجته وأولاده من الانعكاسات السلبية على الحياة الأسرية.

ولم تقتصر أهمية الشريعة على الوقاية في مرحلة الزواج، بل اعطت أهمية كبيرة لمرحلة الرضاعة، فأمر الله الأمهات بارضاع اولادهن بأنفسهن لما في ذلك من الحنان المتبادل والمحبة المتقابلة بين الأم والطفل مما له الأثر الايجابي على السلوك الطفل في المستقبل حين يكبر ويحتك بابناء مجتمعة ويتعامل مع غيره، قال تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾[٢].

واعطى الإسلام أهمية فائقة لمرحلة الحضانة، فاشترط فقهاء الشريعة شروطاً في الحضانة كلها لصالح صلاح الطفل المحضون، ومن هذه الشروط ان تكون الحاضنة متحلية بالأخلاق الفاضلة ومتخلية عن الاخلاق السيئة والرذيلة، وان تكون امينة صادقة لأن المحضون يقلدها في كل شيء، ثم إذا بلغ الطفل سن التمييز يأمره الشرع أمر ندب وتدريب بالصلاة والصيام والتمسك بآداب القرآن والسنة النبوية، وغير ذلك من العبادات التي تقي الإنسان من السلوك الجرمي كما قال تعالى: ﴿وَأَقِمِ الصَّلَاةَ إِنَّ الصَّلَاةَ تَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنكَرِ﴾[٣].

---

[١] وفي رواية اخرى: ان المرأة تنكح على دينها ومالها وجمالها فعليك بذات الدين تربت يداك. رواه مسلم والترمذي وصححه.. نيل الاوطار: ١٩٩/١.

[٢] سورة البقرة: ٢٣٣.

[٣] سورة العنكبوت: ٤٥.

القسم الثاني

الموانع الشخصية الإرادية

من أهم هذه الموانع السكر، ولذا نقتصر عليه في هذا البحث.

السكر

السُكر (بضم السين): لغة وردت بعدة معان[1]. وهو مصدر وفعله متعد ولازم، فهو متعد الى مفعول واحد إذا كان من باب فعل بفعل (نصر بنصر) يقال سكر الإناء: ملأه. وسكر النهر: جعل له سداً، وسكر بصره: حبس من النظر، ويأتي لازماً ايضاً إذا كان من باب فعل يفعل (ذهب يذهب) ويقال: سكر الحوض: امتلأ، وسكر عليه: غضب. وسكر من الشراب نقيض صحا. وسكرة الموت شدته وغشيته وجمعها سكرات، قال تعالى: ﴿وَجَاءَتْ سَكْرَةُ الْمَوْتِ﴾[2]. وسكران مثل عطشان اسم فاعل أو صفة مشبهة، وجمعه سكرى. وسكارى قال تعالى: ﴿وَتَرَى النَّاسَ سُكَارَىٰ وَمَا هُم بِسُكَارَىٰ وَلَٰكِنَّ عَذَابَ اللَّهِ شَدِيدٌ﴾[3]، والمتساكر من يتظاهر بالسكر وهو ليس كذلك.

يقول الفرزدق:

اسكران كان ابن المراغة إذ هجا تميماً بجوف الشام ام متساكر

والسَكر (بفتح السين): الخمر. وللخمر معنيان أحدهما عرفي وهو نوع خاص من المسكرات المتخذة من مواد معينة كالعنب والتمر. والثاني لغوي وهو كل ما يخمر العقل ويغطيه ويحدث فيه الخلل كلياً أو جزئياً ويقال خمره: ستره وخمر الشهادة كتمها. خمر عنه: توارى واستتر خمرت وتخمرت واختمرت المرأة: لبست الخمار.

والخمار ما تغطى به المرأة رأسها، والخمر الستر بصورة عامة. واينما ورد لفظ (الخمر) في القرآن الكريم يراد به معناه اللغوي ومن حمله على المعنى العرفي وقاس عليه سائر المسكرات بجامع الاسكار فقد اخطأ من وجهين:

---

[1] الصحاح في اللغة والعلوم مادة (سكر)لسان العرب لأبن منظور فصل السين حرف الراء.
[2] سورة ق:١٩.
[3] سورة الحج:٢.

أحدهما: تعاطي المسكرات من جرائم الحدود فلا يجوز القياس فيها لأن من ميزات وخصائص هذا القسم من الجرائم ان تجريمها ثابت بالنص، وان عقوبتها محددة بالنص، فلا يحق للمجتهد أو القاضي أو ولي الأمر استحداث جريمة حدية عن طريق القياس.

والثاني: ان المراد بالخمر في الاصطلاح الشرعي هو نفس المعنى اللغوي بدليل قول الرسول ﷺ (كل مُخمِر خمرٌ وكلُ مُسكرٍ حرام)[1].

والسكر في الاصطلاح عرف بتعريفات متعددة[2] كلها تدور حول محور واحد وهو ستر العقل، وحدوث الخلل فيه بسبب تناول مادة مسكرة أياً كانت طبيعتها وموادها الاولية، بحيث يختلط الكلام ويحصل بسببه الهذيان ولا يدرك السكران بعد الصحو والإفاقة ما صدر منه من أفعال.

والسكر عارض من عوارض الأهلية المكتسبة الإرادية ولا يترتب عليه انعدام المسؤولية سواء أكانت جنائية ام مدنية، ما دام تناوله ارادياً واختيارياً مقترناً بالعلم بأن المادة مسكرة وان تعاطيها بنسبة قليلة أو كثيرة محرم، فهذا واضح على تقدير بقاء العقل لأن اساس المسؤولية هو العقل، فما دام باقياً تبقى أهلية المسؤولية. اما على فرض زواله في حالة السكر فيعطى له حكم البقاء، وتبنى عليه المسؤولية حكماً وزجراً عليه لأنه باشر تعاطي المسكر باختياره وهو يعلم تحريمه واسكاره، فيعطى لما يترتب عليه من ارتكاب الجريمة نفس الإرادة والاختيار اعطاء للمباشرة حكم التسبب.

ولزيادة الايضاح والفائدة اتناول دراسة هذا الموضوع في مبحثين أحدهما في الشريعة الإسلامية والثاني في التشريعات الجزائية العربية.

---

[1] رواه ابن عباس- نيل الاوطار للشوكاني (محمد بن علي بن محمد) ١٩٦٨.

[2] في التلويح للامام سعد الدين التفتازاني على التوضيح شرح التنقيح لصدر الشريعة. عبيد الله بن مسعود:٣/٢٠٤: (ومن العوارض المكتسبة: السكر وهي حالة تعرض للإنسان من امتلاء دماغه من الابخرة المتصاعدة اليه فيتعطل معه عقله المميز بين الامور الحسنة والقبيحة).
وفي كشف الأسرار على اصول البزدوي علي بن محمد:٤/١٤٧٢: (هو سرور يغلب على العقل بمباشرة بعض الاسباب الموجبة له. فيمنع الإنسان عن العمل بموجب عقله من غير ان يزيله ولهذا بقي السكران اهلاً للخطاب).

المبحث الأول

السكر والمسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية

جاء الإسلام وكان في كل بيت أو أكثر البيوت تصنع الخمور ويتعاطاها السواد الأعظم من الناس في مجالسهم الخاصة والعامة، بحيث اصبح الادمان على تعاطي المسكرات مرضاً اجتماعياً مزمناً لا يمكن القضاء عليه بغتةً، بل لا بد لمكافحته واستئصال جذوره من اتباع طريقة التدرج واستخدام الحكمة، لذا مهد القرآن الكريم لمواجهة هذا المرض المزمن الخبيث الفتاك الطريق المعبد والسبيل الميسر باتخاذ اربع مراحل لمنعه النهائي، وهذا لا يعني ان الإسلام اقر إباحة تعاطي المسكرات في أية مرحلة من هذه المراحل كما زعم الكثير هذا الزعم الساقط، وخلط بين التدرج والنسخ فاعتبر المرحلة اللاحقة منها ناسخة للسابقة ووجه سقوط هذا الزعم اللامعقول هو تعليل التحريم تعليلاً واضحاً صريحاً في كل مرحلة من المراحل الأربع كما في الايضاح الاتي:

في المرحلة الأولى:

قال تعالى مخاطباً الإنسان في كل زمان ومكان قائلاً: ﴿وَمِن ثَمَرَاتِ النَّخِيلِ وَالأَعْنَابِ تَتَّخِذُونَ مِنْهُ سَكَراً وَرِزْقاً حَسَناً﴾[1]، فالقارئ الدقيق يجد في هذه المرحلة لمسة خفية واشارة عقلية ذكية الى ان المسكرات بكافة أنواعها قبيحة لذاتها، وأساس هذا القبح هو الضرر العقلي والصحي والاجتماعي والاقتصادي المكنون في المادة المسكرة وتعاطيها ومدار حسن وقبح تصرفات الإنسان في الشريعة الإسلامية والعقل السليم في كل زمان ومكان هو النفع والضرر، وكل نافع لذاته أو لغيره حسن لذاته أو لغيره، وكل ضار لذاته أو لغيره قبيح لذاته أو لغيره، وهذا المعنى يؤخذ من عطف الرزق الحسن على السكر الذي يدل دلالة واضحة على ان المعطوف عليه رزق قبيح، لأن العطف للمغايرة، وهذه الآية لا تدل من قريب أو بعيد على اقرار اباحة للمسكرات للتناقض الواضح بين اباحة الشيء وتقبيحه في نفس الوقت، لأن هاتين الصفتين لا تجتمعان في شيء واحد بميزان الشريعة الإسلامية، لأنه لا يمكن ان

---

[1] سورة النحل:٦٧.

يكون شيء واحد حسناً لذاته في وقت وقبيحاً لذاته في وقت آخر، ومن زعم ان هذه الآية ألغت اباحة الخمر ثم نسخت بالمرحلة الأخيرة فقد ارتكب خطأ فاحشاً لا يغتفر.

في المرحلة الثانية:

غير القرآن الكريم أسلوب خطابه في تحريم مسكرات فاعتمد مقابلة أخرى واحال عقل الإنسان الى الموازنة بين النفع والضرر اللذين يحتويهما الشخص من تعاطي المسكرات، أو بين الربح والخسارة في ممارسة هذا التصرف المشين فقال تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِن نَّفْعِهِمَا وَيَسْأَلُونَكَ﴾[1]، والمراد بالإثم في هذه الاية هو الضرر بقرينة مقابلته بالنفع، وهذه الآية لا تدل على تحريم الخمر والقمار فحسب وانما تدل صراحة وبوضوح على تحريم تعاطي كل مادة يكون ضررها أكثر من نفعها، لأن الله لم يجب عن السؤال بيبان الحكم وانما اجاب ببيان علة الحكم فعلة التحريم هي ان الضرر أكثر من النفع، وهذه العلة عامة يدور معها الحكم وجوداً وعدماً، فكل مادة يكون ضررها أكثر من نفعها تكون محرمة تحريماً باتاً لا يقبل الاجتهاد والتأويل، لأنه لا مساغ للاجتهاد في مورد النص، فهذه الآية كما تدل بصورة قطعية على تحريم الخمر والقمار، كذلك تدل بنفس الوضوح على تحريم التدخين، وكل مادة أخرى يكون ضررها أكثر من نفعها وهذه العمومية مأخوذة من حكمة الجواب بعلة الحكم دون الحكم ذاته، حتى لا يقتصر الحكم على الخمر والقمار، وضرر الخمر والقمار والتدخين من الأمور البدهية التي يكون النقاش فيها من باب الجدل والسفسطة والتأويل اللامعقول، فليعلم الناس جميعاً ان التدخين محرم بنص القرآن شأنه شأن الخمر والقمار، فكل رأي بخلاف ذلك يصطدم معه هذا النص القرآني لأن هذا الضرر لا يقتصر على نوع واحد أو جانب دون آخر، وانما يشمل الضرر الصحي والاقتصادي والاجتماعي، كما أثبته العلم الحديث والطب المعاصر.

والضرر المادي من المحسوسات التي لا تقبل النقاش، والضرر الصحي ثابت بالتواتر بشهادة المختصين من الأطباء في العالم، تلك الشهادة التي نسمعها ونقرأها ونراها يومياً عن طريق وسائل الاعلام العالمية المقروءة والمرئية والمسموعة.

والضرر الاجتماعي للتدخين أكثر منه في الخمر والقمار، لأن التدخين لا يضر المدخن وحده، وانما يصاب بهذا الضرر جليسه وبوجه خاص في السيارات والأمكنة المزدحمة التي لا

---

[1] سورة البقرة:٢١٩.

تتوافر فيها التهوية الصحية. ويرى العلماء المختصون ان من يدخن اربعين سيكارة في يوم واحد في مكان فيه طفل رضيع يعتبر الطفل كأنه تناول عشر سكاير.

وقد شعرت دول العالم بخطورة هذا الوحش الحضاري، لذا نجد سنوياً انعقاد ندوات علمية وطبية للنظر في القضايا الصحية العالمية، وبوجه خاص مضار التدخين صحياً ومادياً واجتماعياً، وبعد هذا وذاك، هل هناك شك في ان في التدخين إثماً ونفعاً وإثمه أكبر من نفعه؟

هذا ما يتعلق بالضرر، ولكن ما هو النفع الذي يجنيه السكران من سكره؟

للمسكرات منافع منها مادية ومنها معنوية، وفي الصورتين قليلة جداً إذا ما قورنت باضرارها.

المنافع المادية هي التي يكتسبها أصحاب المعامل والمصانع للمشروبات المسكرات في القطاعين العام والخاص، والأرباح التي يجنيها تاجر الجملة والمفرد لهذه المواد المسكرة، ثم ان الدول التي تستورد أو تصدر هذه المواد اضافة الى الأرباح، فإنها تحصل على الرسوم الكمركية، كما انها تحصل على رسوم اجازات فتح المحلات العامة داخل البلد لتعاطي المسكرات، وغير ذلك من الطرق الأخرى للوصول الى مكسب مالي من وراء تعاطي المسكرات.

ولكن إذا قورنت هذه الفوائد المالية والمادية مع ما تفقده الدولة من روح التضحية والشعور بالمسؤولية لدى الدين يتعاطون المسكرات ويندفعون عليها، نجد ان خسارة الدولة والمجتمع أكبر بكثير من تلك الأرباح، إذ ان تعاطي المسكرات من أهم عوامل انتشار الميوعة وضعف الشعور بالمسؤولية وتعطيل العقول من التفكير فيما يهم البلد والمجتمع من المصالح العامة، وهذه الحقيقة من الأمور الحسية البدهية التي لا تقبل النقاش.

للمنافع المعنوية هي عبارة عن تلك اللحظات اللاشعورية التي يعيش فيها السكران، على أساس ان تعاطي المسكرات يجلب السرور ويهزم الهموم ويدخل السكران في بحبوحة السعادة وعدم التفكير بغير نفسه وبغير تلك الساعة التي يعيش فيها.

وهذا الزعم تعلل به المدمنون ويبررون به تعاطيهم للمسكرات والمخدرات، ولم يقتصر هذا التبرير على الناس العاديين، بل تمسك به العلماء والفلاسفة ممن تعاطوا المسكرات، وقد نسب الى الفيلسوف الفارابي انه قال:

بزجاجتين قطعت عمري ... وعليهما عولت أمري

فزجاجة ملئت بحبر ... وزجاجة ملئت بخمر

فبـــذي أدون حكمتـــي وبذي أزيل هموم صدري[١]

وفي قناعتي الشخصية ان هذا الفيلسوف لا ينزل الى هذا المستوى وكـان[٢] بعيداً عـن هذا المنكر.

وكذلك نسب الى عمر الخيام انه قال في رباعيته المترجمة الى عـدة لغـات ومنهـا اللغـة الفارسية:

مي خوردن من نه ازبراي طرب است

نه براي فســـاد وترك دين وادب است

خـواهم أز بيخـودي بـرارم نفسـي

مي خوردن ومست بودنم زين سبب است[٣]

يعي ليس شربـي الخمر من اجل الطـرب والفسـاد وتـرك الـدين والأدب، وانمـا اريـد ان اتنفس الصعداء وانا ذاهل عن نفسي فشربـي الخمر وسكري لهذا السبب.

وقد رد القاضي عبد الوهاب المالكي[٤] على مثل هذه المزاعم قائلاً:

زعم المدامة شـــاربوها انهـــا تنفي الهمـــوم وتصرف الغما

صـدقوا سرت بعقولهم فتوهموا ان الســـرور لهـم بهـــا تمـا

سلبتهـم اديـــانهم وعقولهـــم ارايت عـــادم ذين مغتمـــا

ومن الواضح ان هموم الإنسان لا تبرر تعاطي المسكرات، أجـل للحيـاة مشـاكل وهمـوم وهي ناتجة من علاقات الإنسان مع الإنسان، لكن لا ينبغي لهذه المشاكل ان تحـول الإنسـان الى وكر لليأس والقنوط والنظرة القاتمة للحياة، فيفكر بالفرار فيها من مسؤولياته تجاه ربه ومجتمعه وأسرته ونفسه ليعيش في زوايا شرب يعشعش فيها الشر والشيطان، فالخمر تشير في الإنسان نشوة محمومة به الى مستوى الحيوانية، وهي تساعد الخيال المريض على حشـد صـور من هباء ووقائع من سراب في رأس شاربها بحيث تـأبى الـنفس الكريمـة ان تصـل الى هـذه النتيجة المزرية التي يؤول اليها شارب الخمـرة، ولهـذا بـل ولأكثـر مـن هـذا قـال تعـالى:

---

[١] رباعيات عمر الحياء:١٦١.

[٢] المرجع السابق.

[٣] المرجع السابق.

[٤] الفروق للقرافي:١/٢١٧.

﴿وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِن نَّفْعِهِمَا﴾[١]، ونبه عقل الإنسان على ان العاقل لا يمارس عملاً يكون ضرره أكثر من نفعه وخسارته تزيد على ربحه.

ومن البدهي ان القرآن الكريم لم يقر اباحة الخمر ايضاً في هذه المرحلة حتى يقال بنسخها في المرحلة الأخيرة كما زعم البعض، فكيف يبيح الله سبحانه وتعالى تصرفاً تكون خسارته أكثر من ربحه، وضرره أكبر من نفعه والله منزه عن ذلك.

في المرحلة الثالثة:

ضيق الشارع الوقت على متعاطي المسكرات حتى يتهيأوا للترك النهائي، فقال سبحانه وتعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَقْرَبُوا الصَّلاَةَ وَأَنتُمْ سُكَارَى حَتَّىَ تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ﴾[٢].

وهذه الآية لا تدل من قريب أو بعيد على إباحة المسكرات وتناولها خارج الصلاة، وانما تدل على ان السكران إذا صلى وهو في حالة سكر فانه يضيف مسؤولية أخرى الى مسؤوليته في تعاطي المسكر، لأنه يخالف النهي الذي يدل على التحريم دلالة قطعية، ثم ان التقليل من الإدمان يهيىء المدمن للترك النهائي.

وتدل هذه الآية على ان السكران مخاطب بالأحكام التكليفية وعلى ان سكره لا يخرجه عن أهلية التكليف، وبالتالي عن المسؤولية الجنائية فهو يسأل عن جميع تصرفاته الضارة التي يرتكبها اثناء سكره مدنية كانت أم جنائية.

يقول صدر الشريعة في تفسير هذه الآية والتعليل بها: السكر من شراب محرم لا ينافي الخطاب لقوله تعالى: ﴿لاَ تَقْرَبُوا الصَّلاَةَ وَأَنتُمْ سُكَارَى﴾[٣]، فهذا الخطاب متعلق بحال السكر فهو لا يبطل الأهلية اصلاً فيلزمه كل الأحكام ويصح كل عباراته، وانما ينعدم به القصد حتى ان تكلم بكلمة الكفر لا يرتد استحسانا لعدم ركنه وهو القصد[٤]، أي إذا تكلم بكلمة الكفر أو فعل فعلاً يجعله كافراً في الحالات الاعتيادية – أي في حالة الصحو – لا يعد مرتداً إذا قال أو فعل ذلك وهو في حالة السكر، لا لأنه زائل العقل وسكران وسكره مانع من مسؤولية ارتداده، وانما التخلف ركن أساس للردة وهو القصد الجنائي واعتقاد الباطل مكان الحق.

---

[١] سورة البقرة:٢١٩.

[٢] سورة النساء:٤٣.

[٣] سورة النساء:٤٣.

[٤] التوضيح شرح التنقيح لصدر الشريعة:٢/٢٠٥.

ويلاحظ على كلام صدر الشريعة ان السكر إذا كان مانعاً مطلقاً (سواء سكر بطريقة مشروعة ام غير مشروعة) من صحة ارتداد السكران حالة سكره لأن القصد ركن من اركان هذه الجريمة، وقد تخلف فيكون مانعاً أيضاً من المسؤولية الجنائية إذا ارتكب جريمة أخرى ايـاً كان نوعها، لأن القصد الجنائي كما أنه ركن معنوي في جريمة الردة فانه أيضاً ركن معنـوي في كافة الجرائم التي تتوقف على ثلاثة اركـان: (الـركن المـادي والـركن الشـرعي والـركن المعنوي)، فإذا تخلف هذا الركن أو أي ركن أخر فلا قيام للجريمة لأن الشيء يفـوت بفـوات أحد أركانه.

فلم يكن صدر الشريعة دقيقاً في تعبيره وتعليلـه، فكـان المفـروض ان يقـول ان الارتـداد يتعلق بالاعتقاديات ومن الأمور التصديقية الباطنية المبنيـة علـى القاعـة القلبيـة وهـي تتطلب الإدراك والوعي الكـاملين والإرادة التامـة في حـالتي الايجـاب (الايمـان) والسـلب (الكفر والارتداد). ثم ان هناك فرقاً واضحاً اخر بين جريمة الردة وسائر الجرائم الاخرى، وهـو ان جريمة الردة ذاتية لا يتعدى مفعولها الى الغير ما لم يقف المرتد ضـد الإسـلام بالفعـل أو القول أو القلم، إضافة الى ذلك فإن هناك مجالاً للاستتابة والتوبة أو التراجع والتدارك بخلاف الجرائم الأخرى في كل ذلك.

المرحلة الرابعة والأخيرة:

هي قمة التدرج والاستقرار التام للحكم والخضوع له وامتثال النهي مـن جميـع المسـلمين بدون اية مخالفة، وتلك المرحلة هي ما نص عليه قوله تعالى: ﴿يَـا أَيُّهَـا الَّـذِينَ آمَنُـواْ إِنَّمَـا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالأَنصَابُ وَالأَزْلاَمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ، إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَن يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاء فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَن ذِكْرِ اللّهِ وَعَنِ الصَّلاَةِ فَهَلْ أَنتُم مُّنتَهُونَ﴾[1].

فهذه الآية تؤكد بصورة واضحة التحريم الوارد في المراحل السابقة، وليست ناسخة لتلـك المراحل كما زعم البعض، لأن الله تعالى لم يقر إباحة المسكرات المحرمة في أية مرحلـة مـن هذه المراحل، بل بعكس ذلك عللل في كل مرحلة تحريمها كمـا ذكرنـا. وبهـذه الآيـة والآيـات السابقة ثبت بصورة قطعية تحريم كافـة المسـكرات والمخـدرات، بغـض النظـر عـن نوعهـا وطبيعتها وموادها الأولية ودرجة سكرها ومدى تأثيرها على العقل البشري، فيحرم كلـها، كثيرها وقليلها ولو كان قطرة واحدة، لأن كل ما يحرم كثيره يحرم قليله.

---

[1] سورة المائدة: ٩٠-٩١.

وهناك من يزعم ان الله لم يحرم المشروبات المسكرات بنص واضح قطعي، حيث لم يرد في القرآن هذا الحكم بتعبير (حرم) كما في قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ﴾[1]، ولا بكلمة (حرمت) كما في قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾[2]. وهذا الزعم ساقط نابع من الجهل وعدم الفهم والآيات المذكورة واضحة في تعليلها، بحيث لا تدع الشك في تحريم كافة المسكرات والمخدرات وبوجه خاص الآيتان الأخيرتان تدلان على التحريم دلالة قطعية من الأوجه السبعة التالية:

أولاً: ان الله تعالى وضع في القرآن الخمر في مصاف القمار والأصنام من حيث الخطورة والحكم، ومن الواضح ان لعب القمار وعبادة الأصنام من الكبائر (الجرائم الخطيرة على المجتمع).

ثانياً: وصف المسكر بأنه رجس، والرجس – بخلاف النجس – يطلق على ما لا يقبل التطهير وإزالة نجاسته وخبثه والضرر المكنون فيه.

ثالثاً: عده من عمل الشيطان. ومن الواضح ان كل عمل من اعمال الشيطان قبيح لذاته وكل قبيح مضر ومحرم كقاعدة من القواعد الشرعية المتفق عليها.

رابعاً: الأمر بالاجتناب بتعبير (فاجتنبوه) ابلغ وأقوى واشد من تعبير اخر من صيغ التحريم مثل (حرمت عليكم الخمر)، لأن هذا التعبير لا يستعمل إلا في الأمور الخطيرة والأمراض المعدية الفتاكة التي تكون سريعة العدوى كالطاعون.

خامساً: عده الله مصدراً للشر والعداوة والبغضاء بسبب أثره الفعال في عقل الإنسان واحداث الخلل فيه بحيث يحول السكران الى عالم اللاشعور واللامسؤولية في زعمه، ويدفعه الى الهذيان والتفوه بكلمات لا تليق بالإنسان.

سادساً: كونه صاداً للإنسان عن ذكر الله عائقاً امام أداء الإنسان لرسالته، وصرف السكران الى عالم لا يتفكر إلا بنفسه، دليل واضح على عدم مشروعيته لأن الإنسان لم يخلق ليأكل ويشرب كالحيوانات، وانما منح العقل وتميز به من سائر الكائنات الحية لأجل اداء رسالته (أمانة) كلف بأدائها.

سابعاً: النهي عن تعاطي كافة انواع المسكرات بصورة قطعية، بتعبير بليغ قوي وهو الاستفهام الانكاري في قوله تعالى: ﴿فَهَلْ أَنتُم مُّنتَهُونَ﴾، وهذا التعبير من الناحية

---

[1] سورة النحل: ١١٥.

[2] سورة النساء: ٢٣.

البلاغية أقوى الزاماً وابلغ أثراً عن كل صيغة من صيغ النهي الاخرى عن المحرمات فهذه الأوجه السبعة من العلل والحكم في هاتين الآيتين لا تترك المجال لأية شبهة في تحريم كافة أنواع المسكرات والمخدرات أياً كان نوعها، لأن المراد بالخمر هو معناه اللغوي كما ذكرنا وليس المعنى العرفي كما زعم البعض.

وبناءً على هذا التحقيق فإن أحكام الآيات الواردة بشأن الخمر تسري على غير الخمور من كافة المخدرات ومنها ما يأتي:

١. **الهروين:** وهو من مشتقات المورفين، ومن آثار الادمان عليه حدوث الاختلال في افرازات الغدد المختلطة والتغير في السلوك الشخصي للمدمن.

٢. **الالفيون:** وهو عصير الخشاش غير الناضج، ومن آثاره الفسيولوجية ان المدمن كلما ازداد استعماله لهذه المادة ازدادت فيه اعراض الانحطاط الجسماني والنفساني. ومن آثاره العقلية والنفسية ان المدمن على تعاطيه يصبح ضعيف الشعور بالقيم والاخلاق والمسؤولية تجاه الغير.

٣. **الكوكائين:** وهو نابت نشأ في امريكا الجنوبية، وكثيراً ما يستغل رؤساء العصابات الأثر الفسيولوجي الذي يسببه الكوكائين للسيطرة على أفراد العصابة لتحقيق اغراضهم الاجرامية، ولذا يقومون باغراء الافراد التابعين لهم بالتعود على استعمال هذه المادة حتى يصلوا الى درجة الادمان، فيخضعوا لما يصدره رئيس العصابة كما تسول له نفسه من الأوامر فيما يتعلق بالاعمال الاجرامية.

٤. **الحشيش:** وهي تعد من فصيلة المواد المسكرة، ويطلق عليها (المسكر الجامد) ويترتب على تناولها كل ما يترتب على تعاطي المسكرات من الآثار والأعراض.

مدى أثر السكر في المسؤولية في الشريعة الإسلامية:

قسم علماء المسلمين من الأصوليين والفقهاء عوارض الأهلية الى قسمين رئيسين: عوارض سماوية (عوارض لا إرادية)، وعوارض مكتسبة (عوارض إرادية).

فالعوارض السماوية هي التي لا دخل لإرادة الإنسان في حدوثها كالجنون والصغر وما في حكمهما.

والعوارض المكتسبة هي التي يكون لإرادة الإنسان دخل في وجودها ومنها السكر، ثم قسموا كل واحد من هذين القسمين الى ثلاثة أنواع:

أ. عوارض تعدم الإدراك والإرادة: كالجنون والسكر الذي يزيل مفعول العقل ويجعله مشلولاً، عاطلاً عن أداء وظيفته، فالسكر لا يزيل العقل كما يزيله الجنون والقول بزوال العقل في حالة السكر الكلي مبني على التجوز.

ب. عوارض تنقص الأهلية: كالصغر في مرحلة التمييز والسفه بعد الحجر، والسكر الجزئي الذي يحدث الخلل في العقل، ولكن لا يعطله كلياً.

ومن الواضح أن هذا النوع لا يعد مانعاً من المسؤولية الجنائية وانما يكون عذراً مخففاً ومانعاً من العقوبة المقررة للجريمة التي يرتكبها ناقص الأهلية ولا يكون مانعاً من مطلق العقوبة.

ج. عوارض ليس لها أي تأثير على العقل: وبالتالي لا تأثير لها على الأهلية، فلا تعدمها ولا تنقصها، وانما تعدد من تصرفات الإنسان المصاب بهذا العارض حماية لحقوق الغير، كمرض الموت فالمريض مرض الموت تبرعاته تخضع لأحكام الوصية، فهي تصح في حدود الثلث وما زاد عليه موقوف على اجازة الورثة بعد وفاة المريض، إذ لا يعتد بالإجازة في حال حياته استبعاداً للاكراه الأدبي.

والذي يهمنا في هذا البحث هو السكر سواء أكان كلياً مزيلاً لآثار العقل ام كان جزئياً، بحيث لا يجعل السكران بمثابة عديم الأهلية وانما يحوله الى مستوى ناقص الأهلية.

وقد قسم علماء المسلمين من الأصوليين والفقهاء طرق تعاطي المسكرات والمخدرات الى الطرق المباحة والطرق المحظورة المحرمة، رغم كون المادة المسكرة والمخدرة محرمة في حد ذاتها مطلقاً في حالتي الاباحة والحرمة، فهذان الحكمان (الاباحة والحرمة) يتعلقان بفعل المسكر وطرق تعاطيه ولا يتعلقان بذاته، لأن الاحكام التكليفية تتعلق بأفعال الإنسان لا بالاعيان.

وفي ضوء ذلك يمكن معرفة أثر السكر في المسؤولية الجنائية في التفصيل الآتي:

أولاً: إذا كان التعاطي بطريقة مباحة:

فإن فقهاء الشريعة الإسلامية اجمعوا على ان السكر في هذه الحالة مانع من المسؤولية الجنائية ومسقط لعقوبة جريمته إذا وصل السكر الى حد ازالة آثار العقل وشله كلياً. اما إذا كان السكر جزئياً ولم يعطل العقل كلياً فانه يعد عذراً مخففاً

ومانعاً من العقوبة المقررة لجريمة السكران شرعاً، ولكن لا يكون مانعاً من المسؤولية الجنائية، شأنه شأن نقص الأهلية بالعوارض الاخرى.

ولكن في الحالتين يبقى السكران مسؤولاً مدنياً مسؤولية تقصيرية عن كل ضرر يلحقه بالغير بدون مبرر اثناء سكره، فالسكر كلياً كان أو جزئياً كأي عارض اخر ليس له أي أثر على المسؤولية المدنية لأن هذه المسؤولية تبنيها الشريعة الإسلامية على ثلاثة عناصر وهي (العمل غير المشروع+الضرر+علاقة السببية بين العمل والضرر)، بغض النظر عن أهلية محدث الضرر فيجب التعويض في ماله، كما ذكرنا سابقاً.

طرق الإباحة: ومن أهم طرق إباحة تعاطي المسكرات ما يأتي:-

الاكراه:

من اكره على تعاطي مسكر أو خدر، فتناوله تحت ضغط هذا الاكراه بحيث أدى الى شلل إرادته واختياره ثم ارتكب أثناء سكره جريمة أياً كان نوعها وطبيعتها وعقوبتها، فإن ثبت أنه كان فاقداً الوعي والإدراك حين ارتكاب الجريمة، لا يسأل جنائياً لا عن عقوبة دنيوية ولا عن عقوبة أخروية، باستثناء الدية إذا كانت الجريمة قتلاً بغير حق لأن عمد السكران خطأ كالمجنون والصبي غير المميز والقتل خطأ جزاؤه الدية، ولكنها لا تجب في مال القاتل وانما تكون على عاقلته.

اما إذا ثبت ان السكر لم يكن كلياً مفقداً للوعي والإدراك، فإنه يعد ظرفاً مخففاً، ولا يعفيه من المسؤولية الجنائية والعقوبة المخففة، ويترك ذلك لتقدير قاضي الموضوع يستعين بالمختصين من أهل الخبرة، وهذا كله يكون فيما إذا توافرت جميع شروط الاكراه، وتم تنفيذ الجريمة في حالة السكر.

ومصدر عدم المسؤولية المكره جنائياً كلياً أو جزئياً هو الحديث الشريف (رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه)، أي رفعت المؤاخذة الجنائية الدنيوية والأخروية عمن يرتكب جريمة تحت ضغط اكراه غير مشروع لعدم تمتعه بالإرادة الحرة المدركة وقت ارتكابها.

حالة الضرورة:

لا يسأل جنائياً من تعاطى مسكراً تحت تأثير قوة قاهرة، أي حالة ضرورية لا إرادية تحتم على المضطر تعاطي المسكر ككونه في حالة عطش أو جوع، بحيث تتعرض حياته

للخطر ويتوقف انقاذها على تعاطي المسكر لسد ذلك العطش أو الجوع، وكذلك إذا غصت لقمة في حلق شخص ولم توجد وسيلة أخرى لانزالها إلا بالمسكر المتوفر المتيسر لدى هذا الشخص، كما في حالة عدم وجود أي سائل آخر مباح كالماء وغيره، فإذا حدث خلل في عقله بهذا السكر الاضطراري، فإن كان الخلل كلياً، لا يسأل جنائياً إذا ارتكب جريمة اثناء سكره، وإذا كان جزئياً يكون عذراً مخففاً مع رعاية الشروط التالية:

أ. ان يتم تعاطي المسكر تحت ضغط الضرورة.

ب. ان يكون تناول المسكر بقدر الضرورة لأن الضرورات تقدر بقدرها.

ج. ان يتم ارتكاب الجريمة وقت السكر، لا بعد صحوه ولا قبل السكر.

د. ان لا يوجد بديل آخر لازالة الضرورة.

ومصدر هذا العذر المانع من المسؤولية الجنائية أو من العقوبة قوله تعالى: ﴿فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾[1].

الجهل:

ومن تناول مسكراً وهو يعلم كونه مسكراً، لكن لا يعلم بتحريمه، ولم يكن باستطاعته ان يعلم ذلك بأن يكون حديث العهد بالإسلام، ولم يعش فترة كافية في بيئة إسلامية، وكان المسكر في اعتقاده من الأمور المباحة.

والجدير بالذكر ان امهات المحرمات كالقتل والزنا والسرقة والنصب وخيانة الامانة وتعاطي المسكرات والظلم ونحو ذلك من التصرفات التي هي ضارة وقبيحة لذاتها لا تختلف احكامها في جميع الاديان السماوية والكتب المقدسة التي لم يطرأ عليها تحريف، لأن منبع هذه الشرائع واحد وهو الوحي والسلطة التشريعية لها واحدة وهي السلطة الالهية، فلا يعقل ان يكون ماء عين واحد ماحاً بالنسبة الى فئة من الناس وحلوا بالنسبة الى فئة اخرى، أو يكون ثمر غصن من شجرة مباحاً وثمر الغصن الاخر من نفس الشجرة محرماً، ولذا لا اعتقد ان المسكرات كانت مباحة في أي دين من الاديان الصحيحة السابقة، لأنها قبيحة لذاتها، والقبح الذاتي لا يتغير بتغير الزمان والمكان.

---

[1] سورة البقرة: ١٧٣.

ومصدر كون الجهل عذراً مانعاً من المسؤولية الجنائية هو القرآن الكريم في آيات كثيرة، منها قوله تعالى: ﴿لاَ يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلاَّ وُسْعَهَا﴾[1]، وقوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَى حَتَّى يَبْعَثَ فِي أُمِّهَا رَسُولاً يَتْلُو عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا﴾[2]، أي يبلغهم بالنصوص المتضمنة لأحكام الاباحة والتحريم، وهذا السماح والتساهل غير موجودين في القانون الوضعي ولا يعد الجهل بالقانون عذراً، إلا في حالات محددة مستثناة بالقانون بنص خاص. والجريمة التي يرتكبها السكران الجاهل بكون المادة محرمة حكمها حكم جريمة ترتكب في حالة السكر الذي يحصل تحت ضغط الاكراه أو الضرورة من حيث التفصيل المذكور.

الخطأ:

والمراد بالخطأ تصور الشيء على غير حقيقته، فإذا تناول شخص مادة مسكرة وهو يجهل انها مسكرة أو مخدرة، ففي هذه الحالة لا يسأل جنائياً، كما في الحالات المذكورة في الفقرات السابقة، ومصدر عدم مسؤوليته جنائياً هو نفس المصدر في حالة السكر تحت ضغط الاكراه، وهو قوله ﷺ (رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه)، اضافة الى قوله تعالى: ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِ وَلَكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ﴾[3].

أي عذر اخر يعتبره الشرع طريقة مباحة لتعاطي المسكرات والمخدرات.

هل تعاطي المسكرات لعلاج المرض يعد عذراً مشروعاً ؟

إذا تعاطى المريض مادة مسكرة أو مخدرة لأجل علاج مرضه بناء على ارشادات وتوجيهات الطبيب المختص المؤمن بتحريم المسكرات والمخدرات بحيث يكون ورعاً يتجنب تناولها في الحالات الاعتيادية، ولم يكن هناك بديل ودواء اخر سوى المسكر او المخدر من نوع خاص، فهل يعد ذلك عذراً مشروعاً وبالتالي يكون مانعاً من المسؤولية الجنائية؟

الجواب عن هذا السؤال هو انه من النادر ان نجد مرضاً في هذا العصر المتطور في الطب الحديث وفي المستقبل القريب أو البعيد، أن لا يكون له علاج آخر سوى تعاطي

---

[1] سورة البقرة:٢٨٦.

[2] سورة القصص:٥٩.

[3] سورة الاحزاب:٥.

المسكرات والمخدرات، ورغم ذلك إذا تحققت تلك الفرضية وكان هناك شخص مصاب بمرض لا علاج له سوى نوع معين من مسكر أو مخدر، فهو مشمول بقوله تعالى: ﴿فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ فَلا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾[1]، أي يكون الحكم في هذه الحالة الاباحة والجواز في حدود الضرورة فقط، غير ان عموم هذه الآية خصص بحديث الرسول ﷺ، فاخرج منه السكر حيث جاء في صحيح مسلم[2]، ان طارق بن سويد الجعفي سأل النبي عن الخمر، فنهاه أو كره ان يصنعها، فقال: انما اصنعها للدواء، فقال ﷺ (إِنَّهُ لَيْسَ بِدَوَاءٍ وَلَكِنَّهُ دَاءٌ). وبناء على هذا الحديث الصحيح من تعاطي المسكرات والمخدر كعلاج لمرضه بناء على اقتراح الطبيب المختص، فسكر ثم ارتكب جريمة في حالة سكره لا يعتبر هذا السكر عذراً مشروعاً وبالتالي لا يكون مانعاً من المسؤولية الجنائية.

ثانياً: إذا كان تعاطي المسكر بطريقة غير مباحة:

كل طريقة تفضي الى السكر وتكون محظورة في الشريعة الإسلامية لا تعفي السكران عن مسؤولية ما يرتكبه من الاعمال غير المشروعة اثناء سكره، شأنه شأن ارتكابه اياها وهو في حالة الصحو، وبذلك يستثنى من وجوب توافر شرطي الإدراك والوعي الكاملين لمساءلته جنائياً، وهذا ما استقر عليه اجماع فقهاء الشريعة الإسلامية من صدر الإسلام الى يومنا هذا، باستثناء الظاهرية وبعض الاقوال الشاذة في المذاهب الاخرى وذلك للأسباب الآتية:

١- السكران يبقى مكلفاً في حالة سكره الذي هو عارض من عوارض الأهلية المكتسبة، لأن الله كلفه بأن لا يقرب الصلاة وهو سكران في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَقْرَبُواْ الصَّلاَةَ وَأَنتُمْ سُكَارَى حَتَّىَ تَعْلَمُواْ مَا تَقُولُونَ﴾[3]. وقد استدل علماء الاصول بهذه الآية على ان السكر بطريقة محظورة لا ينافي الخطاب ولا يبطل الأهلية اصلاً، فيلزمه كل الاحكام ويصح كل عباراته، وانما ينعدم به القصد إذا كان السكر كلياً، ولكن يفترض وجوده استصحاباً لوجوده حين تعاطي

---

[1] سورة البقرة:١٧٣.

[2] ١٥٧٣/٣.

[3] سورة النساء:٤٣.

المسكر، واستثنى من ذلك ارتداده، فإنه لا يعتد به كما ذكرنا سابقاً لأنه يتعلق بالاعتقاديات.

وجه دلالة الآية على بقاء أهلية التكليف في حالة السكر هو ان قوله تعالى: ﴿لاَ تَقْرَبُواْ الصَّلاَةَ﴾ خطاب متعلق بحالة السكر والجملة الحالية ﴿وَأَنتُمْ سُكَارَى﴾ ليس قيداً للخطاب ﴿لاَ تَقْرَبُواْ﴾ حتى يلزم ان يكون الخطاب حال سكرهم بل هو قيد لما تعلق به خطاب المنع، كما ان الحال في مثل صل وانت صاحٍ، ولا تصلِ وانت سكران، وليس قيداً للأمر والنهي وانما هو قيد للمأمور به والمنهي عنه، أي اطلب منك صلاة مقرونة بالصحو وكف النفس عن الصلاة المقرونة بالسكر، فالمعنى انهم خوطبوا في حالة الصحو بان لا يقربوا الصلاة في حالة السكر فيلزم كونهم مخاطبين (مكلفين) بذلك حال السكر فلا يكون السكر منافياً لتعلق الخطاب[1].

٢- السكر عامل مشجع على ارتكاب الجرائم: يقول القرافي[2] تحت عنوان (الفرق الاربعون بين قاعدة المسكرات وقاعدة المرتدات وقاعدة المفسدات)، الفرق بينها ان المتناول من هذه اما ان تغيب معه الحواس اولا، فإن غابت معه الحواس كالبصر والسمع واللمس والشم والذوق، فهو المرقد، وان لم تغب معه الحواس فلا يخلو، اما ان يحدث معه نشوة وسرور وقوة نفس عند غالب المتناول له أو لا، فإن حدث ذلك فهو المسكر وإلا فهو المفسد، فالمسكر هو المغيب للعقل مع نشوة وسرور كالخمر والمزر وهو المعمول من القمح والتبع وهو المعمول من العسل والسكر وهو المعمول من الذرة، والمفسد وهو المشوش للعقل مع عدم السرور الغالب كالبنج، فالمسكر يزيد في الشجاعة والمسرة وقوة النفس والميل الى البطش والانتقام من الاعداء والمنافسة في العطاء واخلاق الكرماء وهذا هو معنى قول الشاعر:

ونشربها فتتركنا ملوكاً واسداً ينهنهنا اللقاء[3]

وكلام القرافي يؤيده الواقع المشاهد، والمشاهدات من البدهيات التي لا تقبل النقاش.

---

[1] التلويح على التوضيح: ٢٠٦/٣.

[2] الفروق للقرافي: ٢١٧/١. مع التصرف.

[3] نهنهه عن الشيء فتنهنهة: كفه عنه وزجره بالفعل والقول فكف.

تنزيل حالة سكره منزلة حالة صحوه زجراً عليه، أي يعد مدركاً لماهية تصرفاته ونتائجها، ومريداً لها في كل ما يعمله حال سكره تنزيلاً لحال سكره منزلة حال صحوه حين تعاطيه المسكر، فما دام كان مدركاً ومريداً ومميزاً وكامل العقل حال تناوله المسكر، فيعد كذلك حال ارتكاب جريمته زجراً له، فيعطى للمباشرة حكم التسبب. يقول التفتازاني[1] (وبالسكر لا يفوت إلا قدرة فهم الخطاب بسبب هو معصية، فيجعل في حكم الموجود زجراً له ويبقى التكليف متوجهاً في حق الاثم ووجوب القضاء بخلاف ما إذا كان بآفة سماوية كالنوم فإنه يصح عذراً دفعاً للحرج).

حماية مصالح الناس وحفظ أرواحهم وأعراضهم وأموالهم

ان مصلحة حماية حقوق الابرياء تتطلب مساءلة السكران جنائياً ومدنياً عن كل فعل محظور يرتكبه وهو في حالة سكره، لأنه لو اعتبر السكر مانعاً من المسؤولية مطلقاً سواء كان التعاطي بطريقة مباحة أو بطريقة محظورة لأدى ذلك الى نتيجة سلبية خطيرة على حياة واعراض واموال الابرياء، لأن كل من اراد ان يرتكب جريمة لتناول المسكر حتى يسكر ويرتكب جريمته في حال سكره، حتى يتخذ السكر ذريعة لعدم مساءلته جنائياً وتخلصه من العقوبة المقررة لجريمته على اساس ان السكر مانع من المسؤولية الجنائية.

القاعدة العامة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية

ان المجرم لا يجوز ان يستفيد من جريمته، وتعاطي المسكرات من جرائم الحدود الثابتة بالقرآن كما ذكرنا في آيات تحريمها، ولو اعتبر السكر مانعاً من المسؤولية الجنائية مطلقاً لاستفاد المسكر الجاني من جريمته وهذا مخالف لتلك القاعدة المتفق عليها.

التطبيقات الأصولية والفقهية:

لزيادة الفائدة والايضاح استعرض نماذج من التطبيقات الاصولية والفقهية المتفق عليها – باستثناء الفقه الظاهري – على عدم كون السكر مانعاً من المسؤولية الجنائية إذا كان تناول المسكر بطريقة غير مباحة كما يأتي:

---

[1] سعد الدين التفتازاني–التلويح:٢/٢٠٦.

المذهب الحنفي:

تناول علماء الحنفية من الأصوليين موضوع السكر في أصولهم بتحليل علمي ادق مما تناوله فقهاء هذا المذهب في فروعهم:

في التوضيح شرح التنقيح[١] ومن عوارض الأهلية، السكر وهو اما بطريقة محظورة، وهو لا ينافي الخطاب لقوله تعالى: ﴿لاَ تَقْرَبُواْ الصَّلاَةَ وَأَنتُمْ سُكَارَى﴾[٢].

في كشف الأسرار[٣] (فإن قيل السكر يعجزه عن استعمال العقل وفهم الخطاب كالنوم والاغماء، فينبغي ان يسقط الخطاب عنه أو يتأخر كالنائم والمغمى عليه، وان لا يصح منه ما تبتنى على صحة العبارة)، قلنا (الخطاب انما يتوجه على العبد باعتدال الحال، واقامة السبب الظاهر وهو البلوغ عن عقل مقامه تيسيراً لتعذر الوقوف على حقيقته، وبالسكر لا يفوت هذا المعنى، ثم قدرته على فهم الخطاب ان فاتت بآفة سماوية يصلح عذراً في سقوط الخطاب أو تأخره عنه لئلا يؤدي الى تكليف ما ليس في الوسع والى الحرج، فأما إذا فاتت من جهة العبد بسبب هو معصية عدت قائمة زجراً عليه، فبقي الخطاب متوجهاً عليه في حق الأثم)، ثم يمضي قائلاً (واذا ثبت ان السكران مخاطب ثبت ان السكر لا يبطل شيئاً من الأهلية لأنها بالعقل والبلوغ، والسكر لا يؤثر في العقل بالاعدام فيلزمه احكام الشرع كلها).

الفقه الحنبلي[٤]:

لم يختلف فقهاء الحنابلة مع الجمهور في ان السكر لا يعد مانعا من المسؤولية الجنائية إذا كان تناوله بطريقة غير مشروعة.

في المغني[٥] (ويجب القصاص على السكران إذا قتلَ حال سكره، لأن الصحابة أقاموا سكره مقام قذفه، فاوجبوا عليه حد القاذف فلولا ان قذفه موجبا للحد عليه لما وجب

---

[١] للعلامة صدر الشريعة (عبيد الله بن مسعود) مع التلويح للأمام سعد الدين التفتازاني وحاشية الفنري وحاشية ملا خسرو وحاشية عبد الحكيم ط/١٣٢٢هـ:٢٠٤/٣.

[٢] سورة النساء:٤٣.

[٣] للعلامة عبد العزيز البخاري على اصول البزدوي:٤١٤٧٤.

[٤] في هذا العرض لم اتبع التسلسل التاريخي للمذاهب الفقهية لاعتبارات تتعلق بالموضوع.

[٥] لأبن قدامة أبي محمد بن عبد الله بن احمد بن قدامة، ت٦٢٠هـ، مكتبة الجمهورية العربية، القاهرة:٦٦٥/٧.

الحد بظنته، وإذا وجب الحد فالقصاص المتمحض حق آدمي أولى، ولأنه حكم لو لم يجب القصاص والحد لأفضى الى ان من أراد ان يعصي الله تعالى شرب ما يسكره ثم يقتل أو يزني ويسرق ولا يلزمه عقوبة ولا مأثم، ويصير عصيانه سبباً لسقوط عقوبة الدنيا والآخرة عنه ولا وجه لهذا وفارق هذا الطلاق لأنه قول يمكن الغاؤه بخلاف القتل). ويلاحظ على كلام ابن قدامة ما يأتي:

أ- القول بأن عقوبة السكر ثابتة بالقياس يصطدم مع مبدأ الشرعية {لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص} الذي قالت به الشريعة الإسلامية قبل القانون بمئات السنين، كما جاء ذلك في آيات كثيرة من القرآن الكريم كما ذكرنا ذلك سابقاً.

والصحيح ان عقوبة السكر بالجلد الى حد اربعين جلدة عقوبة حدية ثابتة بسنة رسول الله ﷺ واضاف اليها الخلفاء الراشدون اربعين اخرى كعقوبة تعزيرية حين وجدوا ان العقوبة الحدية وحدها لم تكن رادعة زاجرة.

ب- اعتبر القصاص حقاً خاصاً محضاً للآدمي في حين انه حق مشترك بين الله (الحق العام) وبين العبد (الحق الخاص)، لأن في القتل اعتداء على حقين إلا ان حق ولي الدم في القصاص هو الغالب، لذا أُلحق في حكمه بحق الآدمي المحض، فلا ينفذ إلا بعد أخذ رأيه وفق ظاهر قوله تعالى: ﴿وَمَن قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَاناً﴾.

ج- اعتبر ابن قدامة عقوبة القذف حق الله المحض، مع انها حق مشترك بين المقذوف وبين الله، لأنه خالف حكم الله من تحريم القذف ولكن حق الله هو الغالب عند الجمهور، ولذا الحق به في حكمه.

د- للحنابلة رأيان أحدهما ان طلاق السكران يقع كما قال به البعض الاخرون من فقهاء الشريعة ذلك زجراً وعقوبة على سكره بطريقة غير مشروعة، لكن الراجح القريب من العدالة ومن روح الشريعة الإسلامية هو عدم وقوع طلاق السكران حال سكره إذا لم يكن كامل الإدراك والوعي لخطورته على حياة الأسرة، لأن القاعدة العامة في الشريعة الإسلامية والقانون أن الجاني لا يعاقب مرتين على جريمة واحدة، فعقوبة السكر محددة بثمانين جلدة ولا يعاقب مرة أخرى باعتبار طلاقه واقعاً رغم فقده التمييز بين ما هو صالح وما هو طالح، ثم ان العقوبة

شخصية في الشريعة والقانون، قال تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾[١]، فلا يجوز تجاوزه الى غير الجاني من الابرياء، في حين ان عقوبة الحكم بايقاع الطلاق تسري على الزوجة البريئة ايضاً، فما هو ذنبها وهي تتحمل النتائج السلبية لهذا الطلاق اكثر بكثير من الزوج، وما هو ذنب الأولاد الابرياء، وهم الضحية الاولى لفرقة الأبوين، ولهذا اتفقت قوانين الاحوال الشخصية للبلاد العربية والإسلامية على عدم وقوع طلاق السكران ما دام فاقداً وعيه الكامل، أخذاً برأي بعض فقهاء الشريعة، وهذا الاتجاه هو الصحيح الصالح للأسرة والمنسجم مع روح الشريعة الإسلامية.

الفقه الشافعي:

لم يختلف فقهاء الشافعية في ان السكر لا يعد مانعاً من المسؤولية الجنائية حين تناول المسكر بطريقة غير مشروعة، بل وسعوا نطاق هذا الموضوع بحيث يطبق في غير المسكرات المحرمة. يقول الباجوري[٢] - من فقهاء الشافعية - (ويجب القصاص على من زال عقله بشرب مسكر متعد في شربه، أي لأنه يعامل معاملة المكلف تغليظاً عليه وان كان غير مكلف على التحقيق، ولئلا يتخذه الناس ذريعة الى ترك القصاص، لأن من رام قتل شخص يتعاطى مسكراً حتى لا يقتص منه والحق بمن تعدى بسكره من تعدى بتعاطي دواء يزيل العقل كالمستثنى من شرط العقل).

فقه الشيعة الامامية:

يبدو ان في هذا الفقه ثلاثة اقوال:

أحدها - يتفق مع الجمهور في ان السكر لا يعد مانعاً من المسؤولية الجنائية، إذا كان تناول المسكر بطريقة غير مباحة.

والقول الثاني- ذر شقين أحدهما يتفق مع الظاهرية في عدم مساءلته لعدم توافر الإدراك والإرادة الحرة عنده في حال سكره. يقول الحلي[٣] (هل يثبت القود -

---

[١] سورة الانعام:١٦٤.

[٢] حاشية الباجوري، للعلامة الشيخ ابراهيم الباجوري على شرح ابن القاسم الغزي على متن الغاية والتقريب لأبي شجاع احمد بن الحسين بن احمد الاصفهاني الشافعي:٢/٢٠٥.

[٣] الشيخ ابو طالب محمد بن الحسن بن يوسف المطهر الحلي-ايضاح الفوائد في شرح اشكالات القواعد. المطبعة العلمية:٤/٦٠٠.

القصاص – على السكران، أقر به عدم الثبوت؟)، وفيه اشكال لاجرائه مجرى العاقل في الاحكام، وجه الاشكال ان الشارع لم يعذر السكران في افعاله بل نزله منزلة الصاحي، ومن حيث ان العمد يعتبر نية القصد الى القتل والسبب والاقوى عندي ثبوت القصاص عليه لان السكران لم يعذره الشارع).

فالأول ينظر الى تخلف النية – القصد الجنائي – والثاني ينظر الى انه يفترض وجود هذا القصد في الجريمة المرتكبة حال السكر، لأنه كان موجوداً بالنسبة لتعاطي المسكر، لذا نزله الشارع منزلة الصاحي.

والقول الثالث- التفصيل كما جاء في تكملة المنهاج[1] للامام الحوئي (لو كان القاتل سكراناً فعليه القود ام لا؟ قولان نسب الى المشهور الأول وذهب جماعة الى الثاني ولكن لا يبعد ان يقال ان من شرب المسكر ان كان يعلم ان ذلك مما يؤدي الى القتل نوعاً، وكان شربه في معرض ذلك فعليه القود، هذا الحكم مضاف الى القاعدة، فإن السكران إذا علم قبل سكره ان شرب المسكر يكون في معرض القتل وانه يؤدي اليه نوعاً فهو بشربه قاصداً للقتل، فيكون القتل يترتب على السكر قتلاً عمداً، واما إذا لم يكن كذلك وكان القتل اتفاقياً لا تجري عليه احكام القتل العمد وانما يترتب عليه الدية).

هذا تفصيل من الامام الحوئي يدل على ان السكران حكمه حكم المجنون إذا لم يتوقع حين تعاطي المسكر انه يرتكب جريمة وقت سكره، فيكون مانعاً من مساءلته جنائياً ومعاقبته ويعد جريمته خطأ فإذا كانت قتلاً تجب الدية فقط لكن لم يبين هل الدية في ماله أو في مال العاقلة.

فقه الظاهرية

يعد الفقه الظاهري مخالفاً في هذا الموضوع للاتجاه السائد في الفقه الإسلامي من ان السكر المتعدي – الذي كان بطريقة غير مشروعة – لا يعد مانعاً من المسؤولية الجنائية والمدنية معاً.

يقول ابن حزم[2] (ذكرنا في مواضيع كثيرة حكم السكران أنه غير مؤاخذ بشيء أصلاً إلا حد الخمر فقط، إلا اننا نذكر عمدة حجتنا في ذلك باختصار، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا

---

[1] ٢/٨٠.

[2] أبو محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم المحلي:١١/١٩٣.

﴿الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَقْرَبُواْ الصَّلاَةَ وَأَنتُمْ سُكَارَى حَتَّىَ تَعْلَمُواْ مَا تَقُولُونَ﴾[1]، فشهد الله تعالى وهو أصدق شاهد على ان السكران لا يدري ما يقول، وإذا لم يدر ما يقول فلا شيء عليه. ولم يتخلف أحد من الأمة في ان امرأ لو نطق بلفظ لا يدري معناه، وكان معناه كفراً أو قذفاً أو طلاقاً فإنه لا يؤاخذ بشيء من ذلك).

ويرد على كلام ابن حزم هذا الذي يعد المؤسس الحقيقي للمذهب الظاهري ملاحظات منها ما يلي:

١. اتجاه مخالف لاتفاق الأمة الإسلامية من صدر الإسلام الى يومنا هذا على ان السكران إذا تعاطى المسكر بطريقة غير مباحة، مسؤول جنائياً ومدنياً عما يرتكبه في حال سكره.

وهناك رأي ضعيف للمالكية والامامية يتفق مع ابن حزم في عدم قيام المسؤولية الجنائية، لكن لم يقل أحد من الفقهاء بأنه غير مسؤول مدنياً أيضاً.

٢. رأي ابن حزم هذا مردود بالأدلة التي استعرضناها في اثبات كون السكر غير مانع من المسؤولية الجنائية والمدنية إذا ارتكب السكران جريمته في حال سكره وهو قد تعاطى المسكر بطريقة غير مباحة.

٣. آية ﴿لاَ تَقْرَبُواْ الصَّلاَةَ وَأَنتُمْ سُكَارَى﴾ تكون دليلاً عليه لأنه كما بينا ذلك في التحقيقات الأصولية التي تؤكد كون السكران مكلفاً حين سكره، وبالتالي مسؤولاً عن الجريمة التي يرتكبها وهو سكران.

٤. اكثر الأدلة التي اعتمدها ابن حزم في كتابه المحلى هي من القياس كما قال في هذا الادعاء (ولم يختلف أحد من الأمة في ان امرءاً نطق بلفظ لا يدري معناه..الخ)، والاستدلال بالقياس عنده باطل وما يبنى على الباطل باطل.

٥. ان السكران عاص بالسكر الاختياري، والعاصي لا يجوز ان يستفيد من معصيته، ومن القواعد الشرعية والقانونية المتفق عليها ان الجاني لا يجوز ان يستفيد من فعله الجرمي.

٦. ليس كل من يتعاطى المسكر يفقد تمييزه واختياره وتقديره لنتائج تصرفاته، لأن كثيراً من الناس يكتسبون المناعة ضد السكر نتيجة استمرارهم على تعاطي المسكرات، فتغلب عليهم النشوة ورغم ذلك لا يفقدون إدراكهم وتمييزهم غالباً.

---

[1] سورة النساء:٤٣.

٧. لو أخذنا برأي ابن حزم لتعرضت أرواح الأبرياء وأموالهم وأعراضهم لاعتداء المجرمين، لأن كل من أراد ان يرتكب جريمة تعاطى المسكر حتى يتخلص من العقاب. وهذا مخالف للشرع والعقل السليم والمنطق.

وبناء على هذه الأسباب وغيرها، فإن رأي ابن حزم الظاهري المذكور مرفوض، ولا يجوز العمل به لأنه مخالف لروح الشريعة واجماع الفقهاء والعدالة والعقل السليم والمنطق.

الفقه المالكي:

لفقهاء المالكية اتجاهان في اعتبار السكر مانعاً من المسؤولية الجنائية وعدم اعتباره، فالمشهور والراجح عندهم هو ما ذهب اليه جمهور فقهاء الشريعة من اعتبار السكران مكلفاً حين سكره وبالتالي مسؤولاً عن نتائج تصرفاته غير المشروعة رغم زوال إرادته وتمييزه ذلك زجراً عليه، لأن فقدانه لإدراكه وتمييزه جاء باختياره وعلمه هذا من جهة، ومن جهة اخرى في اقرار مسؤولية السكران حماية حقوق الناس من اعتداء السكارى عليها حين سكرهم. وفي المنتقى شرح موطأ الامام مالك بن انس للقاضي ابي الوليد سليمان بن خلف الباجي[1] (واما السكران فيقاد منه وان قصده يصح، وهو مكلف ولو بلغ الى ان يكون مغمى عليه، ولا يصح عنه القصد ولا يسمع ولا يرى. قال القاضي أبو الوليد – وهو يقصد نفسه – فعندي لا يلزمه شيء وهو كالعجماء).

ويرد على رأي الباجي (القاضي ابو الوليد) جميع الملاحظات التي اوردناها على رأي ابن حزم الظاهري، بما فيها خطورة هذا الرأي على حقوق الابرياء ومخالفته لاقرارالشارع ان السكر المتعدي لا يعد عذراً، ومعارضته لاتفاق الفقهاء باستثناء الاراء الشاذة التي ذكرناها.

الفقه الزيدي:

يتفق فقهاء الزيدية مع الجمهور في عدم اعتبار السكر مانعاً من موانع المسؤولية الجنائية، إذا كان تناول المسكر بطريقة غير مباحة وارتكب السكران حين سكره جريمة

---

[1] ٧/٧١.

ما. يقول الصنعاني[1] (واما السكران فيقتص منه ولا يعتبر ان يكون المقتص منه مكلفاً حال القصاص، كما في الجناية بل يقتص منه ولو كان حال القصاص زائل العقل)، ويلاحظ على هذا الكلام بأن فيه التناقض بين القول بمسؤولية السكران والقول بأنه غير مكلف، لأن من قال بمسؤوليته الجنائية بنى قوله على أساس انه مكلف مخاطب بالاحكام التكليفية. وفي البحر الزخار[2] (إذا اقر بالقصاص على نفسه وهو سكران اخذ بإقراره واقتص منه).

المقارنة بين المذاهب الفقهية:

بالموازنة بين المذاهب الفقهية المذكورة تتبين اوجه الاتفاق والاختلاف بينها كالآتي:

أولاً / أوجه الاتفاق:

١. لا خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية – باستثناء ابن حزم والباجي – في ان السكر مانع من المسؤولية الجنائية إذا كان تعاطي المسكر بطريقة مباحة.

٢. لا خلاف – باستثناء ابن حزم والباجي – في ان السكر ليس له أي اثر في المسؤولية المدنية والدية، فإذا اتلف السكران مال الغير يجب التعويض في ماله، وإذا ارتكب جريمة القتل في حال سكره تجب الدية في ماله أو مال عاقلته حسب تحديد طبيعة القتل، إذا كان تعاطي المسكر بطريقة مباحة حيث لا يجب القصاص.

٣. لا خلاف في ان تعاطي المسكرات في حد ذاته جريمة نص القرآن الكريم على التجريم بصراحة لا تقبل الجدل والنقاش والاجتهاد.

٤. لا خلاف في ان مساءلة السكران عما يرتكبه حال سكره انما هي استثناء من شروط العقل والتمييز والقصد الجنائي في محاسبة الإنسان على ما يصدر عنه من التصرفات المحظورة، وان حكمة هذا الاستثناء هي حماية ارواح واعراض واموال الابرياء بالزجر والردع عن طريق مساءلة الجاني وعقابه.

---

[1] الامام احمد بن قاسم اليماني–التاج المذهب لاحكام المذهب:٤/٢٦١.

[2] لمذاهب علماء الامصار للمرتضى (احمد بن يحيى):٥/١٩٢.

ثانياً / أوجه الاختلاف

جانب الاتفاق في هذه المسألة أقوى من جانب الاختلاف، حيث يتبين من العرض المذكور لآراء فقهاء الشريعة ان الاختلاف في اثر السكر في المسؤولية الجنائية يقتصر على الاوجه الاتية:

١. قول ابن حزم الظاهري والقاضي الباجي المالكي بعدم مساءلة السكران عما يصدر عنه حال سكره من الاعمال غير المشروعة مطلقاً سواء تعاطى المسكر بطريقة مباحة أو غير مباحة، بحجة تخلف شروط العقل والتمييز والقصد وعدم التفرقة بين تصرفاته وتصرفات العجماء.

وقد بينا ان هذا الاتجاه شاذ بالنسبة لرأي كافة فقهاء الشريعة الإسلامية في مختلف المذاهب الفقهية وانه مرفوض لا يجوز للقاضي ان يعمل به.

٢. للامامية – كما ذكرنا – ثلاثة اتجاهات:

الاتجاه الاول يتفق مع رأي جمهور الفقهاء، فيذهب الى ان السكران يسأل جنائياً ويعاقب بالعقوبة المقررة لجريمته كما لو ارتكبها في حالة صحوه، للأدلة التي استند اليها الجمهور من عدم اعتبار السكر عذراً من الشارع ومن رعاية وحماية حقوق الناس.

الاتجاه الثاني عدم مساءلته جنائياً عن الجريمة العمدية،لأن كل جريمة عمدية تتطلب توافر اركان ثلاثة (الركن المادي والركن المعنوي والركن الشرعي)، فجرائم السكران لا يتوافر فيها الركن المعنوي (القصد الجنائي)، لذا كل جريمة يرتكبها حال سكره تعتبر خطأ، فإذا كانت قتلاً تجب الدية، أي يسأل مدنياً ولكن لا يسأل جنائياً، وكذلك يسأل عن التعويض إذا اتلف مال الغير حال سكره شأنه شأن اتلافاته حال صحوه.

ويلاحظ على هذا الاتجاه انه يفتح الباب امام المجرمين السكارى لكي يتخذوا السكر ذريعة للتخلص من عقوبات جرائمهم وهذا يتعارض مع المعقول والمنقول.

الاتجاه الثالث هو التفصيل كما ذهب اليه الامام الخوئي، وهو انه إذا كان حين مباشرته تناول المسكر يتوقع جريمة ما بقرينة حالية أو مقالية، فكل ما يرتكبه حال سكره يعد عمداً ويسأل عنه كما يسأل لو ارتكبه حال صحوه.

اما إذا لم يتوقع ذلك فلا يسأل إلا عن جريمة الخطأ نظراً الى عدم توافر القصد الجنائي.

ويلاحظ على هذا الاتجاه ان التمييز بين توقع السكران ارتكاب جريمة حال سكره وعدم توقعه، لذلك ليس له معيار موضوعي وانما المعيار شخصي بحيث يخفى على القاضي هذا التمييز، والفرق لأنه عمل نفسي وشخصي لا يطلع عليه إلا صاحبه، فعندئذ يصعب على القضاء الاطلاع عليه ما لم تكن هناك قرينة حالية أو مقالية تدل على ذلك، وبناء عليه يعطى المجال للجاني في ان يدعى بعد ارتكاب الجريمة وصحوه انه لم يتوقع ارتكاب هذه الجريمة حين تعاطي المسكر، وبذلك يخلص نفسه من العقاب وهذا أيضاً مرفوض بالعقل والنقل.

والجدير بالإشارة ان فقهاء المسلمين ركزوا على موضوع القصاص الخاص بجرائم الاعتداء على الاشخاص (جرائم القصاص والدية)، ولكن لم يقصدوا بذلك عدم خضوع بقية جرائم السكران لنفس الأحكام، فالسكران الجاني يسأل عن جميع الجرائم التي يرتكبها حال سكره إذا كان تعاطيه للمسكر بطريقة غير مباحة.

الاستثناء

استثنى فقهاء الشريعة بالاجماع من قاعدة مسؤولية السكران جنائياً عن كل جريمة يرتكبها حال سكره غير المباح جريمة الارتداد كما ذكرنا سابقاً، فإذا تكلم السكران حال سكره بقول يجعله كافراً إذا تكلم به حال صحوه، أو فعل فعلاً يعد كفراً وارتداداً عن الإسلام، ثم تاب وندم بعد صحوه فإنه لا يعتبر مرتداً ولا يخضع لاحكام الردة، ذلك لأن الايمان والكفر موضوعان منوطان بالقناعة القلبية والاعتقاديات، وهي من المسائل الخطيرة التي لا يسأل عنها الإنسان إلا في الحالات الاعتيادية والعقل والوعي الكاملين.

غير ان السكران إذا فعل أو قال ما يدل على ارتداده، فإذا اصر عليه بعد صحوه فإنه يعد مرتداً، ويخضع لجميع احكام المرتد.

المبحث الثاني

السكر والمسؤولية الجنائية في التشريعات العربية

السكر في الاصطلاح القانوني: حالة عارضة ينحرف فيها الوعي وتضعف السيطرة على الارادة نتيجة لمادة ادخلت في الجسم وبوجه خاص المخ[1].

الصلة بين السكر والعاهة العقلية:

هذان العارضان من عوارض الأهلية يتشابهان من حيث الاثار ويختلفان من حيث السبب والطبيعة:

من حيث الأثر يتشابهان من الأوجه الآتية:

١. فقدان أو ضعف التمييز لدى كل من المسكر والمصاب بالعاهة العقلية.
٢. فقدان أو نقص السيطرة على الإرادة بالنسبة لكل منهما.
٣. قد يتطور الادمان على تعاطي المسكرات والمخدرات الى عاهة عقلية.

من حيث الطبيعة يختلفان من الأوجه اتالية:

١. الأصل في العاهات انها غير اختيارية، في حين ان الأصل في السكر انه اختياري غالباً.
٢. العاهات العقلية مرضية ذات استقرار ودوام، فأثرها على نفس المصاب عميق، فشخصية المصاب بعد الاصابة غيرها قبل الاصابة، بينما ان السكر لا يغير شخصية السكران في حالتي السكر والصحو.

ويترتب على هذا الفرق الجوهري ان ما يصدر عن السكران من التصرفات ناتج عن عواطف وانفعالات وعادات كانت له قبل السكر وما يضيفه السكر ليس إلا ظهور تلك الأمور في صورة متضخمة حين تقل سيطرة السكران على ارادته فلا يستطيع التحكم في

---

[1] د.محمود نجيب حسني، الوجيز في شرح قانون العقوبات المصري، القسم العام، دار النهضة العربية:٤٤٢.

شخصيته بخلاف ما تكشف عنه تصرفات ذي العاهة العقلية، فهي ليست تعبيراً عن عناصر شخصية، وعلى هذا الاساس يقول علماء النفس والقانون ان تأثير العاهة العقلية على شخصية المصاب بها كيفي وتأثير السكر على شخصية السكران كمي[1].

أنواع السكر:

كما قسم فقهاء الشريعة السكر الى السكر بطرق مباحة والسكر بطرق غير مباحة، كذلك قسم فقهاء القانون بحيثيات مختلفة الى أنواع اهمها ما يأتي:

اولاً- من حيث السبب ينقسم الى اختياري وغير اختياري:

السكر الاختياري (العمدي) هو ما كان وجوده بسبب اختيار السكران وإرادته الحرة في تعاطي المسكرات وتناول المخدرات يقابله في الشريعة الإسلامية السكر بطريقة غير مشروعة.

السكر غير الاختياري (غير العمدي) هو السكر في احدى الحالتين:

إحداهما ان يتناول المتهم المادة المسكرة أو (المخدرة) قهراً عنه بأن يكون تعاطيه تحت تأثير اكراه مادي أو معنوي ملجئ أو استجابة لضرورة كعلاج مرضي أو التهيأ لاجراء عملية جراحية في حالة الغيبوبة.

والثانية ان يتناول المادة على غير علم منه بها بأن لا يعلم انها مادة مسكرة كأن يقع في الغلط فيتناول معتقداً انها غير مسكرة (أو مخدرة).

ثمرة التقسيم: ان السكر غير الاختياري مانع من المسؤولية الجنائية باتفاق القوانين وفقهاء القانون والقضاء، بخلاف السكر الاختياري فإنه لا يزال محل خلاف هل هو مانع كالسكر غير الاختياري أو غير مانع؟

ثانياً- من حيث الأثر كلي أو جزئي:

السكر الكلي هو الذي يجعل السكران كالمجنون يفقد التمييز والسيطرة على الإرادة.

السكر البسيط (أو السكر الجزئي) هو الذي ينقص التمييز ويضعف الإرادة.

---

[1] المرجع السابق.

ثمرة التقسيم: في حالة كون السكر غير اختياري يكون مانعاً من المسؤولية الجنائية إذا كان كلياً، بينما يكون ظرفاً مخففاً إذا كان جزئياً.

مشروعية السكر في القوانين:

لم تحرم القوانين الوضعية صنع وبيع وشراء وتعاطي المسكرات إلا في حدود معينة وحالات خاصة وبالنسبة لسن معينة لمن يتعاطى المسكرات وبالنسبة لأمكنة تعاطيها، ورغم ذلك فإن جميع الدول في العالم تشعر بخطورة هذا المرض الاجتماعي الفاسد المفسد، فانتشار المسكرات والمخدرات من أكبر الأخطار التي تهدد المجتمع البشري بشر مستطير، حيث ان ضررها لا يقتصر على المدمن وحده فتذهب بصحته وعقله وماله، بل يتعدى الى أولاده فينشأون ضعفاء في قواهم الجسمانية والعقلية، اضافة الى نتائجها السلبية على المجتمع من حيث اتصالها الوثيق بالسلوك الجرمي بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، ورغم عدم تحريمها في القوانين الوضعية تحريماً يضاهي ما في الشريعة الإسلامية فإن هناك قوانين تستهدف وضع حد لأخطار هذا المرض الاجتماعي في الدول الإسلامية وغير الإسلامية.

وقد نص الدستور الامريكي سابقاً على تحريم المسكرات، غير ان امريكا تراجعت عن هذا الاتجاه الصائب لأسباب ترجع الى عشاق السكر، ففتحت الباب امام اباحتها عام ١٩٣٣، وهناك اتفاقيات دولية بشأن تحريم المخدرات والاتجار بها وتهريبها، وقد يصل العقاب في ذلك في بعض الدول الى الاعدام، والاتجاه السائد في بعض الدول العربية هو تحريم كافة أنواع المسكرات والمخدرات، ونأمل ان تأخذ بهذا الاتجاه جميع دول العالم.

اما فيما يتعلق بأثر المسكرات والمخدرات في المسؤولية الجنائية فقد اختلفت الاتجاهات التشريعية، فمنها ما لم تتعرض لهذا الموضوع أصلاً كالقانون الفرنسي والقانون البلجيكي، ومنها ما نصت على ان السكر الاختياري لا يعد مانعاً من المسؤولية الجنائية بخلاف السكر غير الاختياري كالقانون الايطالي السابق (م٤٨) والحالي النافذ (م٩١-٩٥)، وهذا القانون لم يقف عند حد عدم اعتباره عذراً مانعاً من المسؤولية بل يذهب الى أبعد من ذلك، فاعتبره في بعض الحالات ظرفاً مشدداً لعقوبة جريمة ارتكبها السكران اثناء سكره كما في (م٩٤)[1].

---

[1] الدكتور محمد مصطفى القللي، في المسؤولية الجنائية:٣٩١.

ومن القوانين التي نصت على عدم اعتبار السكر الاختياري مانعاً من المسؤولية الجنائية التشريعات الجزائية العربية كما في التفصيل الآتي:

القانون المصري (م٦٢):

اغفل قانون العقوبات المصري القديم بيان حكم السكر من حيث المسؤولية الجنائية متأثراً بالقانون الجنائي الفرنسي، لكن بعد تطور تشريعي في هذا البلد نصت (م٦٢) من قانون العقوبات النافذ على انه {لا عقاب على من يكون فاقد الشعور والاختيار في عمله وقت ارتكاب الفعل لغيبوبة ناشئة عن عقاقير مخدرة أياً كان نوعها إذا اخذها قهراً عنه أو على غير علم منه بها}.

يستخلص من هذا النص ان شروط عدم مساءلة السكران عن جريمة ارتكبها حال سكره اربعة وهي:

١. ان يكون الشخص قد تعاطى عقاقير مخدرة أياً كان نوعها، سواء كانت مشروبات مسكرة بكافة انواعها، أو كانت مواداً مخدرة كالحشيش والأفيون وما اشبه ذلك، وسواء أخذها شرباً أو حقناً أو شماً أو بأي طريق آخر.

٢. ان يكون تناول المادة قهراً عنه أو على غير علم منه بها بأن يكون تحت ضغط الاكراه أو الضرورة أو كان في حالة الجهل أو الخطأ.

٣. ان يؤدي تناول المادة المسكرة أو المخدرة الى غيبوبة وفقد الشعور والاختيار، فإذا لم يفقد شعوره وتمييزه بصورة كاملة، بل ظل متمالكاً لقواه العقلية فأن المسؤولية تظل قائمة، ويجوز للقاضي ان يعتبر حالة السكر البسيط هذه ظرفاً مخففاً للمسؤولية الجنائية، كما يمكن تبعاً لظروف الحال ان تكون سبباً للتشديد.

٤. ان يتم ارتكاب الجريمة في حالة السكر بأن يتناول المادة المسكرة بإرادته ثم غاب عن صوابه وارتكب الجريمة.

ويلاحظ على هذا النص (م٦٢) ما يأتي:

أولاً- ان المشرع المصري استعمل في هذه المادة تعبير {لا عقاب} وهو معيب كما سبق بيانه، لأن نفي العقاب لا يستلزم نفي المسؤولية الجنائية، فربما يسأل الجاني جنائياً عن جريمته ولا يعاقب عليها لمانع من موانع العقاب كايقاف التنفيذ بعد صدور الحكم وكالعفو العام أو الخاص بعد الحكم وقبل التنفيذ وكالصلح ونحو ذلك. فكان المفروض ان يستعمل تعبير {لا يسأل جزائياً أو جنائياً} أو ما

يرادف ذلك، لأن الموضوع يتعلق بموانع المسؤولية الجنائية لا بموانع العقاب، ولأن نفي المسؤولية الجزائية يستلزم نفي العقاب دون العكس.

ثانياً- ان النص خاص بالسكر غير الاختياري، اما الاختياري فلم يرد بيان حكمه بنص صريح، ولذلك أصبح هذا الحكم محل خلاف فقهاء القانون المصريين كالآتي: فمنهم من قال {لا يسأل الجاني الذي ارتكب الجريمة حال سكره، ولو كان السكر اختيارياً شأنه شأن السكر غير الاختياري} لأسباب منها:

أ- في حالة غياب النص يتعين الرجوع الى القواعد العامة وهي تأبى مساءلة السكران عما يرتكبه من الجرائم حال سكره مطلقاً، سواء تعاطى المسكر بطريقة اختيارية أو لا لتخلف ركن من اركان جريمته وهو الركن المعنوي (القصد الجنائي)، ويقول اصحاب هذا الرأي، الأمر واضح بالنسبة للجرائم التي لا يعاقب عليها القانون ما لم يتوافر فيها القصد الجنائي الخاص كالتزوير وهتك العرض ونحوهما، اما بالنسبة للجرائم المعاقب عليها مطلقاً عمدية أو غير عمدية كالقتل والجرح والضرب والحريق وامثالها فإن السكران أيضاً لا يسأل فيها، لأن من لا ينسب اليه العمد لا ينسب اليه الخطأ لأن التقابل بينهما من تقابل العدم والملكة.

فالسكران لا يسأل مطلقاً لا عن عمد ولا عن خطأ، إذ الخطأ يفترض وجود إرادة معتبرة قانوناً اتجهت الى فعل دون نتيجة والسكران لا تتوافر لديه هذه الإرادة لأن فقده الشعور يجرد إرادته من قيمتها القانونية.

ب- ان مسؤولية السكران بسكر اختياري تتطلب نصاً صريحاً في القانون لأنها تخالف القواعد العامة، والمشرع المصري اخذ النص (م٦٢) من القانون الايطالي (م٤٨) والقانون الهندي (م٨٦)، وقد نص هذان القانونان صراحة على المسؤولية العمدية للسكران باختياره، ولم ينقل عنهما المشرع المصري حكم هذا الشق، بل اقتصر على حكم السكر غير الاختياري وهذا يدل على انه أراد مخالفتهما واستبعاد مسؤولية السكران عما يرتكبه حال سكره مطلقاً سواء كان اختيارياً أو غير اختياري[1].

---

[1] ينظر د. القللي، المرجع السابق:٣٩٣، د.محمود نجيب حسني المرجع السابق:٤٤٧، الدكتور محمود مصطفى شرح قانون العقوبات القسم العام:٥٢٥.

ومنهم من ذهب الى التفرقة بين السكر غير الاختياري والسكر الاختياري وقال يسأل في الحالة الثانية دون الأولى.

وجل أدلة اصحاب هذا الرأي ما يأتي:

أولاً- ان المشرع المصري اقر مسؤولية السكران باختياره عن كل ما يرتكبه من جرائم اثناء سكره وفق (م٦٢) من وجهين:

أحدهما اشترط هذا النص لعدم المساءلة ان يكون تعاطي المادة المخدرة (المسكرة) رغم ارادته وقهراً عنه. وتخلف الشرط يستلزم تخلف مشروطه باتفاق الاراء. فإذا تخلف هذا الشرط في جريمة ارتكبها حال سكره يسأل عنها جنائياً.

والثانية لا يشترط ان يكون الحكم المأخوذ من النص منطوقاً صريحاً دائماً بل قد يكون منطوقاً غير صريح، بأن يكون مدلولاً عليه دلالة اشارة أو اقتضاء أو ايماء، كما قد يكون مفهوم موافقة أو مفهوم مخالفة، فإذا ذكر المشرع في نص قيداً معتبراً في الحكم كما في (م٦٢)، فإن تحقق هذا القيد يطبق منطوق النص، وان تخلف يطبق المفهوم المخالف للحكم المنطوق، وقد ذكر المشرع المصري في المادة المذكورة قيداً معتبراً في الحكم وهو {اذا أخذها قهراً عنه أو على غير علم منه بها}، وتخلفه في السكر الاختياري واضح، لذا يطبق المفهوم المخالف وهو مساءلته جنائياً عن كل ما يرتكبه اثناء سكره الاختياري.

ثانياً- ان القول بعدم مسؤولية السكران مطلقاً سواء كان السكر اختيارياً أو غير اختياري فيه الخطورة على المجتمع، وفتح باب للسكارى للاعتداء على حياة الابرياء واموالهم واعراضهم، لذا يسأل عن الجرائم العمدية رغم انعدام القصد الجنائي المباشر لديه.

ثالثاً- ان اساس مسؤولية السكران هو افتراض القانون ان السكران باختياره تتوافر لديه إرادة معتبرة قانوناً استصحاباً لإرادته الحرة في تعاطي المسكر.

رابعاً- ان الأصل هو مساءلة الجاني عن جميع الجرائم التي يرتكبها مطلقاً وأسباب الإباحة، وموانع المسؤولية الجنائية تعد من باب الاستثناء من هذا الأصل، وقد نص المشرع المصري في (م٦٢) على الاستثناء بالنسبة

للسكر غير الاختياري، فيبقى حكم السكر الاختياري على أصله وهو المساءلة الجنائية.

خامساً- ربط المشرع الحكم (عدم المسؤولية) بعلة (السكر الاضطراري)، ومن القواعد العامة ان الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً وبناء على هذه الأدلة فإن القول بأن السكران الجاني لا يسأل عما يرتكبه حال سكره مطلقاً قول مرفوض.

سادساً- ان إرادة المشرع واضحة في ان قصد معاقبة السكران كما لو كان في حالة الإفاقة متى تعاطى المخدر عن علم وإرادة، مفترضاً – افتراضاً لا يقبل اثبات العكس- ان الجاني كان وقت الجريمة مالكاً لشعوره، وعلى ذلك يكون مسؤولاً عن الجرائم كما حددت في القانون سواء أكانت عمدية ام غير عمدية.

سابعاً- القضاء المصري استقر على ان السكران باختياره يسأل عن كل جرائمه، فمتى ثبت ان الجاني قد تعاطى المسكر (أو المخدر) بمحض اختياره فلا يعد سكره في هذه الحالة عذراً معفياً أو مخففاً في مسؤوليته إذا ارتكب جريمة في حال سكره أو التخدير[1].

القانون العراقي:

(م٦٠) {لا يسأل جزائياً من كان وقت ارتكاب الجريمة فاقداً الإدراك أو الإرادة لجنون أو عاهة في العقل، أو بسبب كونه في حالة سكر أو تخدير نتجت عن مواد مسكرة أو مخدرة اعطيت له قسراً أو على غير علم منه بها، أو لأي سبب آخر يقرر العلم أنه يفقد الإدراك أو الإرادة. اما إذا لم يترتب على العاهة في العقل أو المادة المسكرة او المخدرة أو غيرها سوى نقص أو ضعف في الإدراك أو الإرادة وقت ارتكاب الجريمة عُدَّ ذلك عذراً مخففاً}.

(م٦١) {إذا كان فقد الإدراك أو الإرادة ناتجاً عن مواد مسكرة أو مخدرة تناولها المجرم باختياره وعلمه، عوقب على الجريمة التي وقعت ولو كانت ذات قصد خاص كما

---

[1] د.محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام:٥٢٧، د.القللي المرجع السابق:٣٩٦، د.محمود نجيب حسني المرجع السبق:٤٥٠.

لو كانت قد وقعت منه بغير تحذير أو سكر، فإذا كان تناول المسكر أو المخدر عمداً بغية ارتكاب الجريمة التي وقعت منه عدَّ ذلك ظرفاً مشدداً للعقوبة}[1].

ويستخلص من هاتين المادتين ان المشرع العراقي كان موفقاً حيث قسم بوضوح لا لبس فيه أثر السكر (أو التخدير) في المسؤولية الجنائية الى الاقسام الثلاثة الآتية:

القسم الأول/ السكر (أو التخدير) غير الاختياري: وهو ان يكون ناتجاً عن تعاطي المادة المسكرة أو المخدرة رغم ارادته أو على غير علم منه بها، ويعد عذراً قانونياً مانعاً من المسؤولية الجنائية إذا توافرت الشروط الآتية:

١. ان يكون تعاطي المادة المسكرة أو تناول المادة المخدرة رغم إرادة المتهم بأن يتعاطاها قهراً كما في حالتي الاكراه والضرورة، أو على غير علم منه بها كما في حالتي الجهل والخطأ.

٢. ان يترتب على تناول المسكر (أو المخدر) الفقدان الكلي للتمييز والاختيار، فإذا ادى التعاطي الى نقص الإرادة او ضعف الإدراك لا يُعَدُّ معفياً، وانما هو ظرف مخفف للعقوبة، لأنه يرتكب الجريمة وهو يتمتع بقدر من الإرادة والإدراك.

٣. ان تقوم علاقة السببية بين تعاطي المسكر أو المخدر وبين فقدان الإدراك وعدم السيطرة على الإرادة، فإذا انقطعت هذه العلاقة بسبب آخر غير مشروع فلا يعد عذراً مانعاً من المسؤولية الجنائية عن الجريمة التي يقترفها.

٤. ان يكون ارتكاب الجريمة في حالة السكر او التخدير، فإذا كانت سابقة على تلك الحالة أو لاحقة لها، يسأل المتهم مساءلة جنائية كاملة لتوافر الإرادة الحرة والإدراك الكامل.

فإذا توافرت هذه الشروط الأربعة لا يبقى مجال شرعي أو قانوني للمساءلة الجنائية، لأنها تتنافى حينئذ مع العدالة والمنطق والعقل السليم.

---

[1] صدر قرار مجلس الثورة المرقم ١٤٧٧ في ١٩٨٠/٩/١٥ حول عدم اعتبار حالة تناول المسكر بإرادة الفاعل واختياره عذراً مخففاً للعقوبة يستدعي الرأفة، نشر في الوقائع عدد ٢٧٧٩ في ١٩٨٠/٩/٢٩

القسم الثاني/ السكر (أو التخدير) الاختياري: فإذا تعاطى الجاني المسكر أو تناول المخدر بإرادته الحرة وإدراكه التام وعلمه بطبيعة المادة وما يترتب عليها من الآثار، فإنه يسأل جزائياً عن جميع الجرائم التي يرتكبها حين السكر أو التخدير، سواء أكانت جناية أم جنحة أم مخالفة، وسواء أكانت قصدية تتطلب توافر قصد خاص كالسرقة وهتك العرض ونحوهما أم لا كالقتل والجرح وامثالهما، وذلك حماية لحقوق الابرياء في حياتهم وأموالهم وأعراضهم وأمنهم واستبعاداً لإيذاء السكارى والمدمنين لغيرهم، وقطعاً لدابر الذريعة واتخاذ السكر او التخدير وسيلة للتخلص من العقوبة المقررة قانوناً لما يقترفونه من الاعتداءات، اضافة الى ان المجرم يجب ان لا يسمح له ان يستفيد من جريمته.

القسم الثالث/ إذا تناول المتهم المسكر أو المخدر عمداً: ويقصد ارتكاب الجريمة التي اقترفها حين سكره أو تغديره، يعدّ السكر أو التخدير ظرفاً مشدداً، فعلى القاضي ان يحكم عليه بعقوبة اشد من العقوبة المقررة قانوناً لجريمته حين لا يكون الاقتراف مقترناً لا بظرف مخفف ولا مشدد.

القانون السوري (م٢٣٤) واللبناني (م٢٣٥):

{ يعفى من العقوبة من كان حين اقتراف الفعل بسبب طارئ أو قوة قاهرة في حالة تسمم ناتجة عن الكحول أو المخدرات افقدته الوعي أو الإرادة. إذا نتجت حالة التسمم عن خطأ الفاعل كان هذا مسؤول عن كل جريمة غير مقصودة ارتكبها، ويكون مسؤولاً عن الجريمة المقصودة إذا توقع حين أوجد نفسه تلك الحالة بسبب خطئه امكان اقترافه افعالاً جرمية}.

وإذا أوجد نفسه في تلك الحالة قصداً بغية ارتكاب الجريمة، شددت عقوبته وفقاً (م٢٣٥) السوري و (م٢٣٦) اللبناني {إذا اضعفت حالة التسمم الناتجة عن قوة قاهرة او حدث طارئ قوة وعي الفاعل أو لرادته الى حد بعيد امكن ابدال العقوبة او تخفيفها} وفقاً لأحكام (م٢٤١) السوري و (م٢٥١) اللبناني.

ويستخلص من هذين القانونين ما يأتي:

أولاً- فرقا بين السكر الاختياري وغير الاختياري كما هو الاتجاه السائد في التشريعات العربية وغير العربية، فاعتبر الثاني عذراً قانونياً مانعاً من المسؤولية الجنائية – دون الأول – إذا توفرت الشروط التي ذكرناها في القانونين

المصري والعراقي.

ثانياً- خالفا القانون المصري والعراقي واكثر القوانين العربية الاخرى في التفرقة بين الجرائم المقصودة (التي تتطلب القصد الخاص) كالسرقة والاختطاف والقذف، وغير المقصودة التي فيها العمد والخطأ، لذا لا تستلزم وجود القصد الخاص كالقتل والضرب والاتلاف، فاعتبر السكر والتخدير مانعاً عن المساءلة في غير المقصودة مطلقاً، بينما لا يكون مانعاً في الجرائم المقصودة إلا إذا توقع حين تعاطي المسكر أو المخدر بارادته وإدراكه امكان اقترافه أفعالاً جرمية.

وهذا الاتجاه معيب ومنتقد لأنه يؤدي الى نتائج غير منطقية، منها ان السكران يمكن عقابه إذا احدث اصابة بسيطة ولكنه إذا ارتكب جريمة اغتصاب او سرقة أو هتك عرض فلا جناح عليه لعدم توافر القصد، وهذا ما يأباه المنطق والعقل السليم.

ثالثاً- اعتبرا تعاطي المسكرات أو المخدر ظرفاً مشدداً وفق (م٢٤٧)[1] من قانون العقوبات السوري، و (م٢٥٧) من قانون العقوبات اللبناني إذا قصد المتهم حين تناول المادة المسكرة (أو المخدرة) ارتكاب الجريمة.

رابعاً- إذا لم تؤد حالة السكر أو التسمم غير الاختياري الى فقد التمييز والاختيار فيسأل الفاعل المسكر أو المتسمم عن فعله الجرمي، ولكن العقوبة تبدل أو تخفف وفق (م٢٤١) من القانون السوري، و (م٢٥١) من القانون اللبناني[2].

خامساً- استعمل القانونان تعبير {يعفى من العقوبة} وهو تعبير معيب، فالصواب هو ان يقال {يعفى من المسؤولية الجنائية} أو ما يرادفه، لأن الاعفاء من

---

(1) تنص هذه المادة على انه (إذا لم يعين القانون مفعول سبب مشدد (أي لم يحدد العقوبة المشددة للظرف المشدد) أوجب السبب المذكور تشديد العقوبة على الوجه الآتي: يبدل الاعدام بالاشغال الشاقة المؤبدة، وتزداد كل عقوبة مؤقتة من الثلث الى النصف وتضاعف الغرامة) وتطابقها المادة (٢٥٧) من القانون اللبناني.

(2) وتنص هاتان المادتان على انه عندما ينص القانون على عذر مخفف إذا كان الفعل جناية توجب الاعدام أو الاشغال الشاقة المؤبدة أو الاعتقال المؤبد حولت العقوبة الى الحبس سنة على الاقل. إذا كانت جنحة فلا تتجاوز العقوبة ستة اشهر ويمكن تحويلها الى عقوبة تكديرية وإذا كان مخالفة تخفف الى نصف الغرامة.

العقوبة لا يستلزم اعفاءه من المسؤولية، فقد يسأل جزائياً ويحاكم، بل قد يصدر الحكم عليه بالعقوبة ثم يعفى عنها للأسباب المذكورة في قوانين العقوبات.

وكل من القانون الاردني والكويتي والقطري والسوداني كالقانون المصري، اقتصر على حكم السكر غير الاختياري ولم يتناول حكم السكر الاختياري صراحة، وانما اكتفى بالمفهوم المخالف للقيد المعتبر في الحكم المنطوق وهو ان يكون السكر أو التخدير ناتجاً عن مادة مسكرة أو مخدرة أخذها قهراً عنه أو على غير علم منه بها، فإذا تحقق هذا القيد يطبق منطوق النص {اعفاء الجاني من المسائلة الجنائية}، وإذا تخلف يطبق المفهوم المخالف للمنطوق {عدم اعفاء الجاني من المسؤولية الجنائية}.

الأردني:

(م٩٣) {لا عقاب على من يكون فاقد الشعور او الاختيار في عمله وقت ارتكاب الفعل لغيبوبة ناشئة عن الكحول او عقاقير مخدرة أياً كان نوعها إذا أخذها من دون رضاه او على غير علم منه به}.

والمفهوم المخالف للشرط الوارد في نهاية هذا النص ان السكر والتخدير إذا كان باختياره ورضاه وعلمه يسأل مسائلة جنائية عن جريمة يرتكبها اثناء فقدان التمييز أو الاختيار بسبب السكر أو التخدير. ويلاحظ على هذا النص أنه استعمل تعبير {لا عقاب} وهو معيب كما ذكرنا.

الكويتي:

(م٢٣) {لا يسأل جزائياً من يكون وقت ارتكاب الفعل عاجزاً عن إدراك طبيعته أو صفته غير المشروعة، أو عاجزاً عن توجيه إرادته لتناول مواد مسكرة أو مخدرة إذا تناول هذه المواد قهراً عنه او على غير علم منه بها، أو إذا ترتب على تناولها ان اصبح مصاباً وقت ارتكاب الفعل بمرض عقلي. وفي هذه الحالة الاخيرة تسري احكام الفقرة الثانية من المادة السابقة}[1].

---

[1] أي أمرت المحكمة إذا قدرت خطورته على الامن العام بايداعه في المحل المعد للمرضى بعقولهم الى ان تأمر الجهة القائمة على إدارة المحل باخلاء سبيله لزوال السبب الذي اوجب ايداعه فيه.

لم ينص صراحة على حكم السكر الاختياري بل اكتفى بالدلالة عليه عن طريق المفهوم المخالف للشرط الوارد فيه، فإذا تخلف هذا الشرط يسأل المتهم مساءلة جنائية كاملة عن جريمة ارتكبها سكره.

ويتميز هذا القانون بأنه تناول حكم حالة المرض العقلي الناتج عن تعاطي المسكرات والمخدرات، ومن الواضح ان المرض العقلي الكلي يعد مانعاً من المسؤولية الجنائية مطلقاً سواء نشأ عن تعاطي المسكرات أو المخدرات بطريقة مشروعة أو غير مشروعة.

القطري:

(م١٩) {لا مسؤولية جزائية على فعل يقع من شخص تعوزه وقت ارتكابه الجريمة القدرة على إدراك ماهية افعاله وكان عاجزاً عن توجيه إرادته بسبب من الأسباب الآتية: أ.. ب- السكر الناشئ عن أية مادة تعاطاها رغم إرادته أو على غير علم منه بها} فلم يتناول حكم السكر الاختياري اكتفاء بدلالته عليه عن طريق المفهوم المخالف.

السوداني:

(م٥٠) مطابقة لـ (م١٩) القطري ولا فرق في الصياغة، سوى ان القطري استعمل تعبير {لا مسؤولية جزائية} والسوداني استعمل تعبير {لا جريمة}، ومن الواضح ان تعبير النص السوداني خاطئ لأن السكر غير الاختياري ليس سبباً من أسباب الاباحة حتى يقال {لا جريمة} فالسكر أو التخدير كالجنون او الصغر لا يجرد الفعل الجرمي من صفته الجرمية، فالفعل يبقى جريمة ولكن الفاعل لا يسأل عنها لعذره القانوني أو الشرعي.

المغربي:

اقتصر على السكر الاختياري وأهمل صراحة بيان حكم السكر غير الاختياري، ويبدو انه اكتفى بالمفهوم المخالف وإلا فلا يوجد خلاف بين التشريعات العربية وغير العربية في ان السكر غير الاختياري مانع من المسؤولية الجنائية إذا توافرت شروطه التي ذكرناها في القانونين المصري والعراقي، فنص (الفصل ١٣٧) على {أن السكر

وحالات الانفعال أو الاندفاع العاطفي أو الناشئ عن تعاطي المواد المخدرة عمداً لا يمكن بأي حال من الاحوال ان يعدم المسؤولية او ينقصها}.

التونسي:

اقتصر المشرع التونسي على عقوبة من يتعاطى المسكرات لأنها جريمة في حد ذاتها، ولم يتطرق حسب ما اعلم لأثره في المسؤولية، فنص الفصل٣١٧ على {انه يعاقب بالعقوبات المذكورة: أولاً- الاشخاص الذين يتناولون مشروبات كحولية لمسلمين أو لأناس بحالة سكر. ثانياً- كل من وجد بحالة سكر واضح بالطريق العام أو بجميع الأماكن العامة الأخرى}.

ونص الفصل٥٢ على أنه {إذا ارتكب السكر مرة ثانية فالعقاب يكون بالقصى العقوبات المقررة بالفصل٣١٧ من هذا القانون}.

الليبي والسوداني وسلطنة عمان تناول كل واحد من هذه القوانين حكم حالتي السكر الاختياري وغير الاختياري اضافة الى حالة اعتباره ظرفاً مشدداً التي عالجها القانون الليبي والعماني.

الليبي:

(م٨٧) لا يسأل من ارتكب فعلاً وكان وقت اقترافه فاقد الشعور والإرادة لسكر كلي ناتج عن حادث طارئ أو قوة قاهرة أو عن مواد أخذها على غير علم منه بها.

وإذا كان السكر غير كلي، ولكنه كان من الجسامة بحيث انقص قوة الشعور والإرادة دون ان يزيلها يسأل الفاعل وتنطبق في شأنه العقوبة التي يقررها القانون مع ابدالها أو تخفيفها على الوجه المبين في (م٨٤)[1].

(م٨٨) لا يعفى من المسؤولية الجنائية ولا ينقص منها السكر المدبر لارتكاب الجريمة أو لتبريرها وانما بمقدار لا يتجاوز الثلث.

(م٩٠) السكر الاختياري لا يحول دون مسؤولية الفاعل ولا ينقصها.

(م٩١) في ارتكاب الفعل تحت تأثير المواد المخدرة: تطبق احكام المواد ٨٧ و٨٨ و٩٠ أيضاً عندما يرتكب الفعل تحت تأثير المواد المخدرة.

---

[1] تستبدل بعقوبة الاعدام السجن لمدة لا تقل عن عشر سنوات وبعقوبة السجن المؤبد السجن لا تقل عن خمس سنوات، وتخفض العقوبات الاخرى بمقدار ثلثيها.

(م٩٢) في التسمم المزمن لتعاطي الكحول أو المخدرات تطبق احكام المواد ٨٤ و٨٥[1] على الافعال المقترفة في حالة تسمم مزمن ناتج عن تعاطي الكحول.

يستخلص من هذه المواد النتائج التالية:

١. اهتم القانون الليبي بموضوع أثر السكر والتخدير في المسؤولية الجنائية أكثر من بقية القوانين العربية.

٢. فرق بوضوح وبنص صريح بين حكم السكر الاختياري وغير الاختياري واعتبر الثاني مانعاً من المسؤولية الجنائية إذا كان كلياً وظرفاً مخففاً إذا كان جزئياً بخلاف الأول، فلا فرق بين جريمة ترتكب تحت تأثيره وبين جريمة تقترف في حالة الصحو.

٣. فرق بين السكر الاختياري المدبر والاختياري غير المدبر، فاعتبر الأول ظرفاً مشدداً للعقوبة بزيادة لا تتجاوز ثلث العقوبة المقررة قانوناً لجريمته.

٤. نص على ان الجاني الذي اصيب بخلل عقلي نتيجة الادمان على تعاطيه المسكرات والمخدرات وكذلك الاصم والابكم إذا ارتكب الجريمة اثناء هذا الخلل وعوقب بعقوبة مخففة أو مبدلة يقضي عقوبته في محل خاص للعلاج، فإذا تحسنت حالته النفسية والعقلية يتم الافراج عنه مع فرض الرقابة عليه إذا اقتضى الحال.

٥. بين بنص صريح ان السكر والتخدير سواء كانا كليين أو جزئيين متساويان في جميع الاحكام المذكورة.

اليمني:

(م٣٣) { لا يسأل من يكون وقت ارتكاب الفعل عاجزاً عن إدراك طبيعته ونتائجه بسبب تناوله مواداً مسكرة أو مخدرة قهراً عنه أو على غير علم منه بها أو لضرورة، فإذا كان ذلك باختياره أو بخطئه عوقب كما لو كان الفعل قد وقع منه بغير سكر أو تخدير}.

يتميز هذا القانون بأنه فرق بوضوح واختصار بين حكم السكر أو التخدير الاختياري وغير الاختياري، فاعتبر الثاني مانعاً إذا توافرت شروطه دون الأول، غير انه لم

---

[1] أي المصاب بالعيب الجزئي العقلي الناتج عن الكحول أو المخدرات وكذلك الاصم والابكم إذا ارتكب جريمة يقضي مدة العقوبة في محل خاص للعلاج الى ان تسمح لـه حالته برجوعه الى المجتمع.

يتطرق للتفرقة بين السكر أو التخدير الكلي أو الجزئي ولا بين السكر أو التخدير المدبر وغير المدبر[١].

العماني:

(م٦٠٢) {لا عقاب على من ارتكب جريمة وهو بسبب طارئ أو قوة قاهرة في حالة تسمم ناتجة عن المخدرات افقدته الوعي أو الإرادة، وإذا نتجت حالة التسمم عن خطأ الفاعل، يكون مسؤولاً عن كل جريمة غير مقصودة ارتكبها. اما إذا أوجد نفسه في تلك الحالة قصداً بغية ارتكاب جريمته فتشدد عقوبته وفق (م١١٤)[٢].

ويستخلص من هذه المادة ما يأتي:

١. التفرقة بوضوح بين التخدير الاختياري وغير الاختياري، فاعتبر الثاني مانعاً دون الأول.

٢. التفرقة بين التخدير المدبر وغير المدبر، فاعتبر الأول ظرفاً مشدداً. ويلاحظ على هذا القانون:

أ. انه فرق بين الجريمة المقصودة وغير المقصودة أسوة بالقانون السوري واللبناني وتأثر برأي بعض شراح القانون وهذا خطأ لا يغتفر لما ذكرنا من ان في هذه التفرقة نتائج خطيرة على المجتمع، منها ان الجاني في حالة سكره الاختياري إذا احدث جرحاً بسيطاً في جسم انسان، يعاقب لأنه جريمة لا تتطلب القصد الخاص، ولكن إذا قام بجريمة السرقة أو هتك العرض أو الاختطاف فلا يسأل عنها جنائياً لأنها جرائم مقصودة تتطلب القصد الخاص وهو مفقود عند السكران أو المتسمم بالمخدر.

ب. انه اقتصر على الغيبوبة بسبب المخدرات وأهمل أثر المادة المسكرة كالخمر.

ج. استخدم تعبير {لا عقاب} وهو معيب كما ذكرنا.

الاستنتاج والمقارنة:

بالمقارنة مع النصوص القانونية ذات الصلة بأثر السكر أو التخدير في المسؤولية الجنائية من التشريعات الجزائية العربية نستلخص النتائج الآتية:

---

[١] المدبر بأن يكون التعاطي بقصد ارتكاب الجريمة.

[٢] يبدل الاعدام بالسجن المؤبد وتزداد كل عقوبة مؤقتة من الثلث الى النصف.

- لا نجد في هذه القوانين التقارب والتطابق في معالجة هذا الموضوع الخطير باستثناء قانونين (القانون السوري والقانون اللبناني). بينما لو استخدمنا الاستقراء التام أو الناقص، فقمنا باحصائية ميدانية للجرائم واسبابها واثارها لا في الدول العربية فحسب بل في كل دول العالم لوجدنا ان الجرائم بكافة انواعها والوانها هي هي في كل العالم من حيث الخطورة والاثار السلبية على الشعوب والمجتمعات والأفراد، وان اسبابها باستثناء بعض الجزئيات الاقليمية واحدة في كل اقليم وفي كل بلد وهذا مما يدفعنا ان نتساءل:

الى متى تبقى هذه الامة ممزقة في تشريعاتها وانظمتها وسياساتها واقتصادياتها رغم قيام ما بين شعوبها من روابط اقوى من الروابط القائمة بين شعوب الولايات المتحدة الامريكية والاتحاد الأوربي؟

متى تستيقظ هذه الامة من نومها العميق وتشعر بتخلفها وتأخرها من ركب الحضارة البشرية الحديثة؟. متى تسترجع مجدها العظيم الذي كانت تتمتع به في ظل وحدة دستورها (القرآن الكريم) ووحدة قانونها (الشريعة الإسلامية)؟.

- ان اكثر النصوص التي استعرضناها فيما يتعلق بأثر السكر أو التخدير ناقصة من حيث المنطق القانوني، كالنصوص التي فرقت بين الجرائم المقصودة فلا يسأل عنها من لا يملك القصد بسبب السكر أو التخدير حين ارتكابها والجرائم غير المقصودة، وكعدم الشمولية لجميع حالات السكر والتخدير، ومنها هزيلة من حيث الصياغة الفنية القانونية كاستعمال تعبير لا عقاب} أو {لا جريمة} بدلاً من {لا مسؤولية جزائية}.

اعتبار السكران أو المتسمم بالمخدرات غير مسؤول عن الجرائم المقصودة كالسرقة وهتك العرض واختطاف الاناث، كما نص على ذلك القانون السوري واللبناني والعماني بحجة ان السكران أو المتسمم بالمخدرات لا يملك القصد الجنائي حين ارتكاب جريمته، يؤدي الى فتح باب خطير امام المدمنين في تعاطي الكحول والمسكرات. كما انه خروج على الشريعة الإسلامية، واجماع فقهاء هذه الشريعة من ان كل من تعاطى المسكرات أو المخدرات عن قصد أو ادراك وتمييز يعتبر كل من هذا القصد والإدراك والتمييز قائماً حين ارتكابه جريمته حماية للمصالح الجماعية والفردية.

- اكثر هذه النصوص القانونية الجزائية التي استعرضناها لم تتناول جميع حالات السكر، فمنها ما اقتصرت على حكم السكر أو التخدير غير الاختياري كالقانون المصري والكويتي والقطري. ومنها ما اتبعت طريقة معاكسة فاقتصرت على بيان حكم السكر أو التخدير الاختياري، واهملت ما هو أهم وهو أثر السكر أو التخدير غير الاختياري كالقانون المغربي، ومنها ما اقتصرت على حكم تعاطيها فقط دون التطرق لأثارها كالقانون التونسي، ومنها ما اقتصرت على أثر التخدير فأهملت أثر السكر كالقانون العماني مما ادى الى فتح باب الخلاف والاجتهادات المتضاربة لشراح هذه القوانين.
- ان ضروريات ومستلزمات التقدم الحضاري الحديث في جميع المجالات تتطلب وحدة التشريع في كافة القضايا الجنائية والمدنية والإدارية والصحية والعسكرية والاقتصادية والثقافية للبلاد العربية في ظل الشريعة الإسلامية والمصالح المشتركة بين شعوب هذه الأمة، ذلك كجزء من متطلبات مكافحة تمزقها الذي جعل شعوبها فريسة للاعداء الطامعين الناهبين للثروات والخيرات المحلية.
- والشريعة الإسلامية لا تقف حجر عثرة امام الاستعانة بالقوانين الاجنبية، اضافة الى مبادئ وقواعد هذه الشريعة لغرض توحيد التشريعات، لأن جميع القوانين الوضعية من نتاج العقل السليم والعمل بمقتضى العقل السليم أمر به الله سبحانه وتعالى في (٤٩) آية قرآنية.

أوجه الشبه والاختلاف بين الشريعة الإسلامية والتشريعات الجزائية الأخرى:

بالمقارنة بين النصوص القانونية العربية التي عالجت أثر السكر أو التخدير في المسؤولية الجنائية وبين النصوص الفقهية ذات الصلة بهذا الموضوع التي استعرضنا نماذج منها يتبين لنا أن هناك أوجه الشبه والاختلاف:

أولاً / أوجه الشبه:

تتفق القوانين الجنائية العربية في موضوع أثر السكر أو التخدير مع الشريعة الإسلامية في النقاط الآتية:

١. في تقسيم السكر أو التخدير الى الاختياري الذي يسميه علماء الشريعة من الأصوليين والفقهاء السكر أو التخدير بطرق غير مباحة، والى السكر أو التخدير غير الاختياري الذي يسمى السكر، أو التخدير بالطرق المباحة، كما تتفق في أن هذه الطرق منها شخصية كالجهل والخطأ (الغلط) ومنها خارجية كالإكراه والضرورة. ويكون الاختياري غير مانع بخلاف غير الاختياري فإنه يكون مانعاً من المسؤولية الجنائية إذا توافرت الشروط الأربعة التي ذكرناها في القانونين المصري والعراقي.

٢. في تقسيم السكر أو التخدير غير الاختياري الى الكلي والجزئي، ففي الحالة الأولى يكون مانعاً وفي الحالة الثانية يكون ظرفاً مخففاً للعقوبة، غير أن الشرع الإسلامي لم يحدد بالنص العقوبة المخففة أو المبدلة بل ترك هذا التحديد للسلطة التشريعية الزمنية.

٣. وجدير بالإشارة أن القاضي لا يملك سلطة استحداث الجريمة والعقوبة ولكن يملك سلطة التخفيف والتشديد في العقوبات التعزيرية فقط.

٤. في ضرورة وضع المصاب بمرض عقلي نتيجة الإدمان على تعاطي المسكرات وتناول المخدرات في مصح علاجي يقضي فيه العقوبة الى ان يثبت تحسن حالته النفسية والعقلية بتقرير طبي، ثم يتم افراجه للرجوع الى المجتمع شريطة وضع المراقبة عليه إذا اقتضى الحال ذلك، ويكون ولي الأمر مسؤولاً بالدرجة الأولى عن هذه الرقابة.

٥. في اعتبار السكر المدبر ظرفاً مشدداً، فإذا تعاطى المسكر أو تناول المخدر وثبت بقرينة حالية أو مقالية أنه ينوي ارتكاب الجريمة التي اقترفها وقت سكره أو تخديره يعد السكر أو التخدير، ظرفاً مشدداً للعقوبة المقررة لجريمته إذا كانت العقوبة تعزيرية، لأن العقوبة الحدية وعقوبة القصاص والدية لا تتأثر بالظروف المشددة ولا بالظروف المخففة. وكذلك لم يحدد الشرع الإسلامي التشديد كماً وكيفاً بل تركه للسلطة التشريعية الزمنية.

٦. في تعليل مساءلة الجاني مساءلة جنائية عن الجريمة التي ارتكبها في حال سكره أو تخديره رغم فقدان الإدراك والتمييز بأن في ذلك سد الذريعة لاعتداء السكارى على أموال وأرواح وأعراض الأبرياء، وبأن الجاني لا يجوز أن يسمح له بالإفادة من جريمته.

٧. في اعتبار توافر القصد الجنائي لدى الجاني في حالة ارتكاب جريمته رغم فقدان تمييزه وإدراكه استصحاباً للقصد المتوافر في تعاطي المسكر أو المخدر وحماية لحقوق الناس من تعرضها لاعتداء السكارى والمتسممين بالمخدرات والكحول.

ثانياً / أوجه الاختلاف:

تختلف التشريعات الجزائية العربية مع الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بأثر السكر أو التخدير في المسؤولية في نقاط جوهرية منها ما يأتي:

١. عدم تحريم المسكرات بصورة مطلقة بنص صريح في أكثر التشريعات الجزائية العربية وتحريمها في بعض التشريعات، وهي قليلة تقتصر على الحالات العلنية وتعاطيها في المحلات العامة أو بالنسبة للقاصرين أو في مظان إحداث الخلل بالنظام ونحو ذلك، رغم أن القرآن الكريم نص بصورة قطعية على تحريم كافة أنواع المسكرات سراً وعلناً، صنعاً وبيعاً وشراءً وتصديراً واستيراداً، ورغم محاولة الدول غير الإسلامية لمكافحة هذا الداء الخبيث، ورغم أن دساتير الدول الإسلامية تنص على أن دين الدولة الرسمي هو الإسلام، إضافة الى ان القرآن الكريم هو دستور المسلمين، فإنه يجب أن لا تتعارض قوانينهم مع هذا الدستور أخذاً بمبدأ دستورية القوانين.

٢. إغفال التشريعات الجزائية العربية -حسب ما أعلم- موضوعاً مهماً وهو وجوب الدية على عاقلة الجاني لورثة المجني عليه التي فرضها القرآن الكريم، إضافة الى الكفارة بنص صريح واضح فقال سبحانه تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِناً إِلاَّ خَطَئاً وَمَن قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَئاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ﴾[1]، وقد سبق تفصيل موضوع الدية.

٣. عدم اعتبار السكر للعلاج عذراً مانعاً من المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية.

الرأي الراجح:

في الفقه الإسلامي أن السكر لا يكون مباحاً وبطريقة مشروعة إذا كان تعاطي المسكر لغرض العلاج وبتوصية من الطبيب المختص استناداً الى ما روي عن الرسول ﷺ من أن طارق بن سويد الجعفي سأل النبي ﷺ عن الخمر فنهاه عنها

---

[1] سورة النساء / ٩٢.

فقال (إنما أصنعها للدواء)، قال ﷺ ((إنَّهُ لَيسَ بِدَواء ولَكِنَّهُ دَاء))[1]. وفي رواية أبي الدرداء قال رسول الله ﷺ ((إنَّ الله أنزَلَ الدَّاء والدَّواءَ وَجَعَلَ لِكلِّ دَاءٍ دَواء فَتَدَاوَوا وَلا تَتَدَاوَوا بِحَرَام)). وقال ابن مسعود في المسكر أن الله لم يجعل شفاءكم في ما حُرِّم عليكم[2]. فتحريم التداوي بالمسكرات هو ما استقر عليه رأي جمهور فقهاء الشريعة وبذلك خصصت السنة النبوية عموم قوله تعالى: ﴿فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾[3]، خلافاً لما عليه القوانين الوضعية وشرّاح القانون الجنائي من أن السكر للعلاج يعد سكراً غير اختياري وبالتالي يكون عذراً مشروعاً مانعاً من المسؤولية الجنائية.

٤. أكثر التشريعات الجزائية العربية لم تنص صراحة على تحريم المسكرات، وبناء على ذلك لا يعاقب الجاني المسكر سكراً اختياراً إلا على الجريمة التي ارتكبها أثناء سكره ولا يسأل عن جريمة تعاطي المسكر.

٥. اقتصرت معالجة مسؤولية المسكر والمخدر على المسؤولية الجنائية فكان المفروض أن تنص صراحة على أن السكر أو التخدير غير الاختياري مانع من المسؤولية الجنائية فقط، فهو يسأل مدنياً إذا أتلف أو أتلف مال الغير ويكون ضامناً إسوةً بما أقرته الشريعة الإسلامية من إقرار مسؤولية عدم التمييز المدنية.

---

(1) رواه الإمام أحمد ومسلم وأبو داود والترمذي وصححه. نيل الأوطار – للشوكاني: ٢٢٩/٨ تحت عنوان باب ما جاء في التداوي بالمحرمات.

(2) رواه البخاري. المرجع السابق.

(3) سورة البقرة / ١٧٣.

القسم الثالث

الموانع الخارجية المؤثرة على الإرادة

كان تأثير العوارض التي سبق بيانها في القسم الأول والثاني عاماً شاملاً للإدراك والإرادة فهي تفقد كلاً منهما أو تضعفه كالجنون وأية عاهة عقلية أخرى والصغر والسكر.

أما العوارض المعنية بالدراسة في هذا القسم فإن تأثيرها يقتصر على الإرادة فقط دون الإدراك فكل من الإكراه والضرورة لا يفقد الإدراك وإنما يعدم الإرادة الحرة أو ينقصها. ومرد هذا الفرق بين القسمين (الأول والثاني) والقسم الثالث الى النسبة المنطقية بين الإدراك والإرادة بحسب التحقق والانتفاء، هي العموم والخصوص المطلق بينهما غير أنه في حالة التحقق تكون الإرادة أخص مطلقاً والإدراك أعم مطلقاً، فكلما تحققت الإرادة يتحقق الإدراك كما في الانسان البالغ العاقل المختار لكن قد يتحقق الإدراك بدون الإرادة الحرة كما في حالتي الضرورة والإكراه، بينما يكون الأمر عكس ذلك في صورة الانتفاء، فانتفاء الإدراك يكون أخص مطلقاً وانتفاء الإرادة يكون أعم مطلقاً، فإذا انتفى الإدراك تنتفي الإرادة كما في حالة الجنون لكن قد تنتفي الإرادة الحرة مع بقاء الإدراك كما في الإكراه أو الضرورة.

ومن الواضح أن كلاً من الإدراك التام والإرادة الحرة من أهم عناصر المسؤولية الجنائية، فإذا انتفى أحدهما تنتفي المسؤولية الجنائية وإذا ضعف أحدهما تنقص هذه المسؤولية وبالتالي تخفف أو تبدل عقوبة الجريمة.

وجدير بالذكر في هذا المقام أن الضرورة لا تعد سبباً من أسباب الإباحة بصورة مطلقة رغم وجود قاعدة {الضرورات تبيح المحظورات}[1]، لأن هذه القاعدة تعارضها قاعدة أخرى وهي {الأضطرار لا يبطل حق الغير}[2]، فمن أكل مال الغير بدون إذنه تحت ضغط الجوع أو أتلفه لقوة قاهرة يجب عليه الضمان والتعويض. والتعارض بين هاتين القاعدتين يرفع بعمل القاعدة الأولى على المسؤولية الجنائية، فتكون الضرورة مانعة منها وبعمل الثانية على المسؤولية المدنية. وعلى هذا الأساس تبحث الضرورة في باب موانع المسؤولية الجنائية دون أسباب الإباحة. واقترح تبديل القاعدة المذكورة بقاعدة (الضرورات تجيز المحظورات).

---

(١) م٢١ مجلة الأحكام العدلية. وهي قاعدة متفق عليها شرعاً وقانوناً.

(٢) م٣٣ المجلة. وهي أيضاً متفق عليها.

وهناك قاعدة أخرى قد يظن أنها تتعارض مع ما ذكرناه من أن إباحة المحظور في حالة الضرورة لا تعفي الفاعل من الضمان وهي قاعدة {الجواز الشرعي ينافي الضمان}[1]، لكن في الواقع لا وجود لهذا التعارض لأن هذه القاعدة خاصة بحكم حالة استعمال الانسان حقه الشرعي والقانوني، وقاعدة {الضرورات تبيح المحظورات} خاصة بالجواز الاستثنائي للتصرف، بدون أن يكون لها أي أثر في صفة عدم مشروعيته في حد ذاته وعلى هذا الأساس تنتفي المسؤولية الجنائية للعذر وتبقى المسؤولية المدنية التقصيرية لتوافر عناصرها كاملة وهي الفعل غير المشروع + الضرر + علاقة السببية بين الفعل والضرر.

وبالاستقراء نجد أن العوارض التي تؤثر على الإرادة دون الإدراك التي بحثها علماء الشريعة والقانون في باب موانع المسؤولية الجنائية عبارة عن الإكراه والضرورة، لذا نتناول دراستهما في فصلين الأول في الإكراه والثاني في الضرورة.

---

[1] المجلة م٩١.

الفصل الأول
الإكراه وأثره في الشريعة الإسلامية والقانون

وبالنظر لاختلاف الشريعة والقانون من بعض الأوجه في هذا المانع نوزع دراسته على مبحثين.

المبحث الأول
الإكراه والمسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية

الإكراه لغة إما مأخوذ من كره يكره كرهاً وكراهة الشيء ضد حبه أو من أكره فلاناً على الأمر حمله عليه[1].

والمأخذ الأول يتلاءم مع المعنى الاصطلاحي الأصولي للكراهة الذي هو نوع من أنواع الحكم الشرعي التكليفي، وتعرف بأنها طلب ترك الفعل على وجه الأولوية والأفضلية بحيث يثاب تاركه ولا يعاقب فاعله.

أما المأخذ الثاني فهو يتلاءم مع المعنى الاصطلاحي الفقهي والقانوني للإكراه الذي هو نوع من أنواع عيوب الرضا (أو الإرادة) وهذا هو المعنى بدراستنا.

ورد في القرآن الكريم الكَره (بفتح الكاف وضمه)[2]، والغالب أن الأول (ما أكرهك غيرك عليه)، والثاني (ما أكرهت نفسك عليه).

---

[1] لسان العرب – لابن منظور: ٤٣٠/١٧ فصل الكاف حرف الهاء. الصحاح في اللغة مادة (كره): ٣٨٨/٢.

[2] قال تعالى: ﴿وَلِلَّهِ يَسْجُدُ مَن فِي السَّمَاوَاتِ طَوْعًا وَكَرْهًا﴾ سورة الرعد / ١٥.

وفي الاصطلاح للإكراه مفهومان، عام يشمل الإكراه المشروع كإجبار المدين على تنفيذ التزامه، والإكراه غير المشروع كإجبار شخص على قتل إنسان بريء. وخاص بما هو غير مشروع، ويمفهومه العام يعرف بأنه {ضغط من شخص على آخر لحمله على القيام بما لا يرضاه من فعل أو ترك}.

ويمفهومه الخاص يعرف بأنه {ضغط غير مشروع من شخص على آخر يبعث في نفسه رهبةً تدفعه الى القيام بما لا يرضاه من فعل أو امتناع}. وهذا الخاص هو المعني بالدراسة في هذا البحث، لأن الإكراه المشروع لا أثر له في المسؤولية الجنائية، فإكراه الجندي أو الشرطي على قتل من حكم عليه بالإعدام وكان هذا الحكم مستنداً الى دليل شرعي وسبب يجعل دمه هدراً لا أثر له في مسؤولية المنفذ.

عناصر الإكراه المعروف الشائع السائد لدى علماء القانون أن عناصر الإكراه اثنان مادي ومعنوي،

فالعنصر المادي عبارة عن الوسيلة المستخدمة في الضغط على شخص لحمله على القيام بما لا يرضاه.

والعنصر المعنوي عبارة عن الرهبة التي تحدث في نفس المكره نتيجة التهديد والوعيد من المكره.

ولكن هذا التقسيم الثنائي لعناصر الإكراه يتعارض مع القاعدة المنطقية القاضية بأن عناصر الأشياء الخارجة عن ذهن الانسان الموجودة في الواقع هي الجزيئات المكونة لها، كالمواد الأولية المستعملة في إنشاء بناء ما مثلاً، أما عناصر النظريات والمصطلحات في كل علم فهي المفردات المأخوذة في تعريفاتها، وبناء على هذه الحقيقة المنطقية تكون عناصر الإكراه خمسة وهي (المُكْرِه، والمُكْرَه، والمُكْرَه عليه، والمهدد به، والرهبة)، فالأربعة الأولى عناصر مادية ومعاييرها موضوعية، والخامس معنوي ومعياره شخصي وذاتي. ثم ان هذه العناصر لا تكفي لتحقق الإكراه الذي يكون مانعاً من المسؤولية الجنائية بل يجب إضافة الى ذلك توافر شروطها كما في الإيضاح الآتي:

وقال: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِتَالُ وَهُوَ كُرْهٌ لَكُمْ﴾ سورة البقرة / ٢١٦.

شروط المُكرِه (بكسر الراء):

المُكرِه هو من يهدد غيره بخطر إذا لم ينفذ ما يريده، ويشترط فيه أن تتوافر الشروط الآتية:

١. أن يكون مصدر الإكراه هو الإنسان، فإذا كان حيواناً أو قوة قاهرة (واقعة مادية من الطبيعة) يكون الشخص المهدد في حياته أو ماله أو عرضه في حالة ضرورة دون الإكراه، ويأتي الفرق بينهما في مكانه.

٢. أن يكون قادراً على تنفيذ وعيده وتهديده في حالة عدم قيام المكره بتنفيذ المكره عليه من فعل شيء أو امتناع. ويرى بعض الفقهاء كأبي حنيفة (رحمه الله) فيما يتعلق بهذا الشرط (إن الإكراه لا يتحقق إلا إذا كان من السلطان أي صاحب سلطة معترف بها يخضع لها الفرد والمجتمع كرئيس دولة أو من يمثله في تعامله مع الناس). وخالفه صاحباه أبو يوسف ومحمد حيث يتفقان مع الجمهور في أن الإكراه يتحقق من كل ذي قدرة قادر على تنفيذ ما هدد به سواء أكان مصدر قدرته سلطةً أم تغلباً أم شوكة أم غير ذلك.

وعلل الكاساني في كتابه البدائع[1] اختلاف أبي حنيفة مع غيره بأنه مبني على الاختلاف في الزمن والبيئة حيث لم يكن في زمن أبي حنيفة وفي البيئة التي عاش فيها لغير السلطان قدرة تنفيذ التهديد والوعيد، ولكن هذا التعليل يتعارض مع اتجاه صاحبيه وهما عاشا معه في نفس الزمن والبيئة.

وكما لم يشترط جمهور فقهاء الشريعة أن يكون المكره ذا سلطان، كذلك لم يشترطوا أن يكون بالغاً عاقلاً يتمتع بالتمييز المطلق والإدراك الكامل، لأن المعيار هو القدرة على التنفيذ وعلى هذا الأساس يتصور الإكراه من مختل العقل أو ناقصه ما دام قادراً على تحقيق وعيده في حالة امتناع المكره من تنفيذ المكره عليه.

شروط المكرَه (بفتح الراء):

المكرَه من هُدد بخطر حال في شخصه أو عرضه أو ماله أو هُدد بذلك من هو عزيز عليه كولده أو زوجته أو أحد والديه أو أحد أخوته أو أخواته... الخ، ويشترط فيه الشروط الآتية:

---

[1] المرجع السابق: ٤٤٨٩/٩.

١. أن يكون مهدداً بخطر حال يهدده في حياته أو سلامته أو عرضه أو ماله سواء كان التهديد موجهاً إليه بالذات، أو الى شخص عزيز عليه.
٢. أن يكون عاجزاً عن دفعه بهرب أو استعانة بالسلطة أو استغاثة بمن يساعده في مقاومته، فإذا أمكن تخلصه بطريقة من هذه الطرق لا يعد مكرهاً.
٣. أن يغلب على ظنه أنه إذا امتنع عن القيام بما أكره عليه أوقع به المهدد به، فإذا كان التهديد بالخطر مبنياً على أساس موهوم فلا إكراه.
٤. أن لا يصدر منه ما يدل على اختياره بأن لا يعدل الى غير ما وقع عليه الإكراه وأن لا يزيد ولا ينقص مما طلب منه القيام به. وبخلاف ذلك يعد طائعاً وليس للإكراه أي أثر في تصرفه لا مدنياً ولا جنائياً، فكل مظهر من مظاهر اختياره يبطل مفعول إكراهه فيعد كأنه قام بالعمل باختياره التام.

شروط المكره عليه:

وهو ما يطلب المكرِه من المكرَه القيام به من فعل أو امتناع سواء أكان الفعل تصرفاً قولياً أم فعلياً كالجريمة ويشترط فيه الشروط التالية:

١. أن يكون فعلاً معيناً فلو خير بين شيئين بأن قال له المكرِه أفعل هذا أو ذاك وإلا قتلتك، لا يكون إكراهاً على ما ذهب إليه فقهاء الشريعة، لكن هذا الشرط محل نظر، لأن المكره إذا خير بين شيئين فإن كان كلاهما جائزاً فله أن يفعل ما شاء منهما كخصال الكفارة بالنسبة لحنث اليمين، وكإجبار المدين على التنفيذ العيني أو الوفاء بالمقابل. وإن كان أحدهما مباحاً والآخر محرماً، فإذا اختار المحرم فلا يكون الإكراه عذراً مانعاً من مسؤوليته، لإمكان التخلص من المهدد به بفعل ما هو مباح. وإذا كانا محرمين وكان أحدهما أشد ضرراً فعليه اختيار أخفهما، فإذا اختار الأشد لا يعد مكرهاً معذوراً، أما إذا كانا بدرجة واحدة من الضرر والحرمة فالإكراه قائم رغم وجود الاختيار، لأن نطاقه ضيق فلا خيار له خارج هذا النطاق.
٢. أن يحصل به تخلص المكره من المتوعد به، فلو قال أقتل نفسك وإلا قتلتك فليس بإكراه.

٣. أن يكون عملاً غير مشروع، فلو أكره على تنفيذ قصاص أو وفاء دين مستحق الأداء أو أداء واجب آخر دنيوي أو أخروي، فلا يكون الإكراه قائماً بمفهومه الاصطلاحي.

شروط المكرَه به (المهدد به):

يشترط أن يتوافر فيه الشروط التالية:

١. أن يكون خطراً يهدد المكره أو من هو عزيز عليه في حياته أو سلامة جسمه أو عرضه أو ماله على الاختلاف الموجود في هذا الأخير، هل التهديد بإتلاف المال إكراه أو لا ؟

٢. أن يكون مما يحرم على المكره فعله في حالة الاختيار، فلو قال ولي القصاص للجاني اقتل فلاناً وإلا اقتصصت منك لا يعد إكراهاً.

٣. أن يكون خطراً محققاً فلو كان وهمياً فلا يقوم الإكراه.

٤. أن يكون خطراً محدقاً (حالاً)، فلو هدد شخص بخطر في المستقبل لا يعد مكرهاً.

٥. أن يكون خطراً جسيماً، فلو كان ضئيلاً كما في الإكراه غير الملجيء فلا يكون عذراً معفياً من المسؤولية، لكن للقاضي أن يعتبر ظرفاً مخففاً بحسب قوة وشدة الإكراه.

٦. أن لا يكون لدى المكرَه وسيلة أخرى لدفعه سوى المكره عليه، فإذا أمكنه دفعه بطريقة أخرى فلا يكون الإكراه عذراً مانعاً من المسؤولية.

٧. أن لا تقل خطورته عن خطورة المكره عليه، فلا أثر للإكراه في مسؤولية جريمة القتل إذا كان المهدد به إتلاف مال مثلاً إلا من حيث التخفيف.

شروط الرهبة:

وهي عبارة عن خوف المكرَه من الخطر المهدد به في شخصه أو عرضه أو ماله أو في شخص وعرض ومال من هو عزيز عليه، وهي عنصر معنوي والمعيار فيها شخصي، لذا يؤخذ بنظر الاعتبار في تقدير درجة الإكراه حالة من يقع عليه من جنسه وسنه وصحته ومركزه الاجتماعي وغير ذلك من كل ظرف شخصي من شأنه أن يؤثر على إرادته. ويشترط في الرهبة شرطان:

أحدهما أن يكون لها أساس معقول بحيث لا تكون مبنية على مجرد الوهم.

والثاني أن تكون هذه الرهبة هي الباعث الدافع الى فعل المكره عليه.

أنواع الإكراه:

تناول أكثر فقهاء الشريعة موضوع الإكراه مع المسائل الجزئية حسب ما أعلم دون تخصيص باب أو فصل خاص به لبيان أنواعه، من حيث الطبيعة والتأثير باستثناء الفقهين الحنفي والظاهري[1]، حيث عرج فيهما تحت عنوان كتاب الإكراه، وفيما يلي استعراض موجز لما يتعلق بالإكراه وأنواعه في هذين الفقهين.

أولاً / تقسيم الظاهرية للإكراه:

قسم ابن حزم الظاهري الإكراه من حيث طبيعة المكرَه عليه الى نوعين، إكراه على كلام وإكراه على فعل وكل منهما ينقسم الى قسمين:

النوع الأول/ الإكراه على الكلام :

وهو قسمان:

أحدهما: الإكراه على التصرفات القولية المشروعة: فهي باطلة مطلقاً لا تترتب عليها آثارها الشرعية من الحقوق والالتزامات إذا تمت تحت ضغط الإكراه التام، سواء كانت منشئة كالعقود أو مسقطة لحالة شرعية قائمة كالإبراء والطلاق والتنازل عن حق القصاص والشفعة، أو كانت إخبارية كإفادات الشهود والإقرار. فالإكراه في كل تصرف من هذه التصرفات يجعلها باطلة بطلاناً مطلقاً.

والثاني: الإكراه على التصرفات القولية غير المشروعة: كالإكراه على كلام يكفر به الانسان في حالة اعتيادية وكالقذف والكذب، فالفاعل لهذه التصرفات تحت ضغط الإكراه التام لا يسأل جنائياً ولا مدنياً.

يقول ابن حزم (فالإكراه على الكلام لا يجب به شيء، وإن قاله المكره كالكفر والقذف والإقرار والنكاح والرجعة والطلاق والبيع والشراء والنذر والأيمان والهبة وإكراه الذمي الكتابي على الإيمان، وغير ذلك لأنه في قوله ما أكره عليه إنما هو حالٍ للضغط الذي أمر أن يقوله ولا شيء على الحاكي بلا خاف وصن فرق بين الأمرين فقد تناقض قوله)، وقد

---

[1] ينظر بدائع الصنائع: ٩/٤٤٧٩-٤٥١٥، والمحلى: ٨/٣٢٩-٣٣٦.

قال رسول الله ﷺ: ((إنما الأعمالُ بالنيات وإنّما لِكُلِّ امرئٍ مَا نَوَى))، فصح أن كل من أكره على قول ولم يفوه به مختاراً فإنه لا يلزمه.

النوع الثاني/ الإكراه على الفعل:

وقد قسم الى قسمين:

أحدهما: التصرفات غير المشروعة التي تصبح مباحة بالإكراه.

والثاني: التصرفات غير المشروعة التي لا تتأثر بالإكراه فيبقى فاعلها مسؤولاً جنائياً ومدنياً، فيعاقب على ما يوجب العقاب كالجرائم، ويحكم عليه بالتعويض في كل عمل غير مشروع يحدث ضرراً مادياً بالغير بدون مبرر، فوجود الإكراه في هذا القسم وعدمه سيان، وجعل معيار التفرقة بين تصرف غير مشروع يتحول الى المباح بالإكراه، وتصرف لا يتأثر به الضرورة، فكل ما تبيحه الضرورة يبيحه الإكراه وكل ما لا تبيحه الضرورة لا يتأثر بالإكراه.

يقول ابن حزم (والإكراه على الفعل ينقسم الى قسمين، **أحدهما** كل ما تبيحه الضرورة كالأكل والشرب فهذا يبيحه الإكراه، لأن الإكراه ضرورة. فمن أكره على شيء من هذا فلا شيء عليه لأنه أتى مباحاً له إتيانه. **والثاني** ما لا تبيحه الضرورة كالقتل والجرح والضرب وإفساد المال، فهذا لا يبيحه الإكراه. فمن أكره على شيء من ذلك لزمه القود والضمان، لأنه أتى محرماً عليه إتيانه).

ويلاحظ على هذا المعيار أنه غير دقيق لأنه يتوقف على وجود معيار آخر للتفرقة بين ما تبيحه الضرورة وما لا تبيحه وهذا ما لم يبينه لنا ابن حزم.

إضافة الى ذلك فإن هذا التقسيم بالنسبة للتصرفات الفعلية التي لا تبيحها الضرورة ويسأل فاعلها عنها جنائياً ومدنياً يتناقض مع قوله بأن الإكراه في جريمة الزنا مانع من مساءلة الزاني والزانية جنائياً ومدنياً، مع ان الضرورة لا تبيح جريمة الزنا، حيث يقول (فلو أمسكت امرأة حتى زنى بها أو أمسك رجل فأدخل إحليله في فرج امرأة، فلا شيء عليه ولا عليها، سواء انتشر أم لم ينتشر، أمنى أم لم يمنِ، أنزلت هي أو لم تنزل، لأنهما لم يفعلا شيء أصلاً، والانتشار والإمناء فعل الطبيعة الذي خلقه الله تعالى في المرء، أحب أم كره، لا اختيار له في ذلك)[1].

---

[1] المرجع السابق: ٨/٣٣١.

ومن الواضح أن جريمة الزنا لا تبيحها الضرورة والإكراه، فعلى التفرقة المذكورة يجب أن يسأل كل من الزاني والزانية، وكان المفروض أن يفرق ابن حزم في معياره المذكور بين جرائم الحدود وغيرها من جرائم القصاص والدية وجرائم التعازير، ويحصر المعيار في غير جرائم الحدود لأن كلاً من الإكراه والضرورة لا يبيح أية جريمة حدية مع انه مانع من المسؤولية الجنائية عنها.

ثانياً / تقسيم فقهاء الحنفية[1] للإكراه

من حيث خطورة المهدد به ينقسم الى الاكراه الملجيء والإكراه غير الملجيء.

١. الإكراه الملجيء (التام):

هو الذي يكون المهدد به خطورة على الحياة أو سلامة الجسم أو العرض أو المال، وسمي ملجئاً (أو تاماً) لأنه يلجيء المكره ويرغمه على فعل المكره عليه.

وأثره انه يعدم الرضا ويفسد الاختيار بحيث يصبح المكره مجبراً على إتيان المكره عليه فعلاً أو امتناعاً لتفادي الأذى المهدد به، ويعتبر في إتيانه هذا عديم الرضا وفاسد الاختيار، فهو مختار لأنه أهون الشرين، غير إن اختياره فاسد لكونه مجبراً في نطاق ضيق لا حول له ولا قوة خارج هذا النطاق.

٢. الإكراه غير الملجيء (الناقص):

وهو الذي لا يصل فيه التهديد الى تلف النفس أو العضو أو الضرب الشديد الذي يعرض النفس أو العضو للتلف، وأثره أنه يعدم الرضا ولكنه لا يفسد الاختيار.

والجدير بالذكر أن معيار التمييز بين الملجيء وغير الملجيء، رغم انه مادي (موضوعي)، إلا أن الجانب الشخصي للمكره يجب أن لا يهمل وأن يؤخذ بنظر الاعتبار في عد الإكراه ملجئاً أو غير ملجيء، إذ قد يكون الإكراه ملجئاً بالنسبة الى شخص وغير ملجيء بالنسبة الى آخر، وبوجه خاص إذا كان المهدد به يتعلق بالمال فهو ملجيء بالنسبة للفقير وغير ملجيء بالنسبة للغني، وكذلك التهديد بالتشهير

---

(1) ينظر بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع – للعلامة الفقيه علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي مطبعة الامام: ٤٤٧٩/٩. الهداية شرح بداية المبتدىء – لشيخ الإسلام أبي الحسن على بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغيناني: ٢٧٥/٣.

بالشخصية والسمعة وسوء السمعة ملجيء بالنسبة لمن تهمه المحافظة على مركزه الاجتماعي، وغير ملجيء بالنسبة لغيره، وكذلك الضرب والتهديد بالحبس ونحو ذلك، لذا اعتد الفقهاء بالمعيار الشخصي الى جانب المعيار الموضوعي، ثم قسم الحنفية الإكراه مطلقاً بقسميه الملجيء وغير الملجيء باعتبار طبيعة المكره عليه الى الإكراه الحسي والاكراه الشرعي، وهو نفس تقسيم الظاهرية لأن الحسي يرادف الفعلي والشرعي يرادف القولي.

أ. **التصرفات الحسية:** قسموا التصرفات الحسية (أو الفعلية) المكره عليها من حيث الحكم الدنيوي والأخروي الى ستة أنواع ثلاثة للحكم الأخروي وثلاثة للحكم الدنيوي وبما ان الأمثلة مكررة يمكن تلخيصها بثلاثة أنواع:

النوع الأول: التصرف الفعلي المكره عليه يتأثر بالإكراه بحيث يحوله الى مباح كتناول المأكولات والمشروبات المحرمة تحت ضغط الإكراه، مثل تعاطي المسكرات والمخدرات وأكل الميتة والدم ولحم الخنزير وأكل مال الغير بدون إذنه، فإنها كما تباح بالضرورة تباح بالإكراه لقوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلاَّ مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾[1]، وقوله تعالى: ﴿فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِّإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾[2]، فتلك المأكولات والمشروبات تصبح مباحة بالإكراه متى دعت شدة المجاعة إليها، بل قد تجب إذا توقف انقاذ الحياة على تناولها، ويسأل الانسان على تركها لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾[3]، فلا يسأل المكره عنها جنائياً لا في الدنيا ولا في الآخرة.

النوع الثاني: التصرف الفعلي لا يباح بالإكراه ولكن يصبح مرخصاً، فيكون فعله من باب الرخصة للمكره فلا يسأل عن فعله لا في الدنيا ولا في الآخرة، كالإكراه على الكفر فمن أكره على فعل شيء يكفر به الانسان في الظرف الاعتيادي يرخص له فعله رغم عدم مشروعيته، إذا كان قلبه مطمئناً بالإيمان لقوله تعالى: ﴿مَن كَفَرَ بِاللَّهِ مِن بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلاَّ مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ

---

[1] سورة الانعام / ١١٩.
[2] سورة البقرة / ١٧٣.
[3] سورة البقرة / ١٩٥.

﴿وَلَٰكِن مَّن شَرَحَ بِالْكُفْرِ صَدْراً فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِّنَ اللهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾[1]، ويشترط في هذين النوعين أن يكون الإكراه تاماً.

النوع الثالث: ما لا يتأثر بالإكراه أصلاً فلا يباح ولا يرخص بل يبقى محرماً فيسأل عنه المكره جنائياً في الدنيا والآخرة، سواء كان الإكراه تاماً أو ناقصاً كما في جرائم القصاص والدية، فمن أكره على قتل شخص بريء فقتله، يقتص منه في الدنيا وإلا فيكون في الآخرة معاقباً عليه. أي يسأل عنه في الدنيا والآخرة[2]، فإن عوقب بعقوبة مقررة للجريمة تسقط عقوبة الآخرة، ويأتي تفصيل هذا الموضوع في جرائم القصاص.

ب. التصرفات الشرعية (القولية): للحنفية في تأثرها بالإكراه التفصيل الآتي: قالوا التصرفات الشرعية (القولية) نوعان إنشاء وإقرار، والانشاء نوعان، نوع لا يحتمل الفسخ ونوع يحتمله.

فالتصرف الذي لا يحتمل الفسخ لا يتأثر بالإكراه بل ينعقد صحيحاً وينتج آثاره الشرعية فوراً، رغم أنه تم تحت ضغط الإكراه التام، كالطلاق والرجعة والزواج واليمين والنذر والظهار والإيلاء والعفو عن القصاص ونحو ذلك[3]، واستدلوا على ما وصل اليه اجتهادهم من صحة هذه التصرفات بأدلة من القرآن والسنة والعقل لا داعي لاستعراضها، لأن هذا الرأي في اعتقادي اجتهاد خاطيء، لا يجوز العمل به، بل كل تصرف قولي مكره عليه باطل لا يترتب عليه الآثار ما دام قد تم تحت ضغط الإكراه التام.

والتصرف الذي يحتمل الفسخ فاسد عند أبي حنيفة ومحمد وأبي يوسف، لأن الاختيار والرضا ركنان معنويان للتصرف، فإذا تحققا يكون صحيحاً، وإذا تخلفا يكون باطلاً وإذا تحقق الاختيار وفسد الرضا يكون فاسداً[4] والفاسد عندهم منزلة بين الباطل والصحيح ويتحول الى الصحيح متى ما أزيل سبب فساده.

---

(1) سورة النحل / ١٠٦.

(2) بدائع الصنائع: ٤٤٨١/٩ وما بعدها.

(3) بدائع الصنائع: ٤٤٩٣/٩.

(4) المرجع السابق: ٤٥٠٣/٩.

وعند زفر يكون التصرف موقوفاً أي ينعقد ولكن لا ينتج الآثار إلا بعد إجازة المكره بعد زوال أثر الإكراه، وبه أخذ المشرع العراقي في القانون المدني (م١٣٤).

والجدير بالإشارة أن الفاسد بالإكراه كالموقوف يتحول عندهم الى الصحيح بالإجازة من المكره.

هذا كله إذا كان الإكراه على الإنشاء وأما الإكراه على الإقرار فيمنع صحته سواء كان المقر به محتملاً للفسخ أو لم يكن[1].

يُلاحظ على رأي الحنفية أنهم خلطوا بين حقوق العبد وحقوق الله من حيث التأثر بالإكراه أو الضرورة، فالإكراه الملجئ يجعل ما هو محرّم من حقوق الله مباحاً، كالإكراه على الكفر وتعاطي المسكرات ونحو ذلك، بخلاف حقوق العبد، فإن تأثير يقتصر على جعل الفعل المحرم رخصة، كأكل مال الغير أو إتلاف ماله تحت ضغط الإكراه، فمن أكل مال الغير تحت ضغط الجوع أو العطش، فإنه لا يُسال جنائياً، لكن يُسأل مدنياً، فإذا طالب صاحب المال التعويض، فيجب عليه التعويض، لأن حق العبد لا يتحول إلى المباح بضغط الإكراه أو الضرورة، فالإكراه من موانع المسؤولية الجنائية وليس من أسباب الإباحة.

وقد عالجنا هذا الموضوع مفصلا في مؤلفنا (إيضاح الفوائد في شرح القواعد)، تحت قاعدة رقم (٦٧).[2]

أثر الإكراه في المسؤولية الجنائية:

أثر الإكراه في المسؤولية الجنائية يختلف باختلاف طبيعة الجريمة، لذا من الضروري استعراض الأقسام الرئيسة للجرائم في الشريعة الإسلامية بصورة موجزة قبل بيان أثر الإكراه في المسؤولية عنها رغم تعرضنا لها سابقاً بصورة موجزة.

قسم علماء الإسلام من الأصوليين والفقهاء الجرائم من حيث خطورتها والحق المعتدى عليه وتحديد الجرم والعقاب بالنص وعدمه الى ثلاثة أقسام رئيسة، جرائم الحدود، وجرائم القصاص والدية، وجرائم التعازير.

---

[1] المرجع السابق: ٤٥١١/٩.

[2] أيضاح الفوائد في شرح القواعد، ص٢١٤.

القسم الأول / جرائم الحدود:

وهي جرائم الاعتداء على حقوق الله المحضة (الحقوق العامة كجريمة الردة)، أو الحقوق المشتركة بين الله والعبد (الحقوق التي تجمع بين النفع العام والخاص) وحق الله هو الغالب، كجريمة السرقة والزنا والقذف... الخ.

خصائص جرائم الحدود:

تتميز جرائم الحدود من سائر الجرائم بالخصائص التالية:

١. الجريمة والعقوبة ثابتتان بالنص الشرعي[١] (القرآن والسنة النبوية)، فلا تثبت بالإجماع أو القياس أو أي مصدر آخر من مصادر الأحكام الشرعية.

٢. عقوباتها لا تتأثر بالظروف المشددة والمخففة، فعلى القاضي أن يطبقها كما جاء في القرآن والسنة النبوية وأن يتقيد بحرفية النص، وكذلك لا تقبل الصلح بعد رفع الجريمة الى القضاء، ولا تقبل العفو العام والخاص، ولا تقبل التبديل بعقوبة أخرى من جنسها أو غيرها لأنها من حقوق الله، أو حق الله فيها هو الغالب ولا يملك التصرف فيها غير الله، لأن فاقد الشيء لا يعطيه.

٣. لا تنتقل عقوباتها الى الورثة، فإذا كانت عقوبة جسدية تسقط بالموت، كما تسقط بفقدان الأهلية بطريقة أخرى غير الموت، وإن كانت عقوبة مالية كالكفارات فإنها تتعلق بتركة الجاني بعد موته.

٤. لكل بالغ عاقل أن يحرك الدعوى ضد الجاني لأنه من باب الحسبة (الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر)، قال تعالى: ﴿وَلْتَكُن مِّنكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنكَرِ﴾[٢].

٥. الإجراءات القضائية لمحاكمة الجاني والتطبيقات التنفيذية للعقوبة تخضع للسلطة القضائية والتنفيذية ولتصديق ولي الأمر (رئيس الدولة).

٦. عقوباتها متنوعة فهي إما قطع يد كما في السرقة[٣]، وقطع الطريق[٤]،

---

[١] وعلى سبيل المثل في جريمة الزنا التحريم ثابت بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَىٰ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا﴾ سورة الإسراء/٣٢. والعقاب ثابت بالنص كقوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾ سورة النور/٢.

[٢] سورة آل عمران / ١٠٤.

[٣] قال تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا﴾ سورة المائدة / ٣٨.

أو الإعدام كما في الردة بالنسبة للمرتد المفسد[٢] وقطع الطريق إذا قتل[٣]، أو الجلد كما في القذف[٤]، وزنا غير المتزوجين وغير المتزوجات، وتعاطي المسكرا، أو النفي مع الجلد كما في زنا غير المتزوجين وغير المتزوجات[٥]، أو بدونه كما في بعض حالات قطع الطريق، أو عدم قبول شهادة الجاني واعتباره فاسقاً مع الجلد[٦] كما في عقوبة القذف.

٧. عقوبات الجرائم الحدية التي هي مشتركة بين العبد وبين الله، أي تجمع بين الحق العام والحق الخاص كما في جريمة السرقة وجريمة القذف، يجوز فيها العفو والشفاعة والصلح قبل رفعها الى القضاء في الشرح الصغير[٧] للدردير في الفقه المالكي، وعدم سقوط القطع إذا بلغ الإمام (رئيس الدولة)، أو من يمثله في القضاء وهو القاضي، أما إذا لم يبلغ الإمام فيسقط بنحو شفاعة أو هبة المال المسروق للسارق، لأنه تجوز الشفاعة للسارق قبل بلوغ الإمام حيث لم يعرف بالفساد وإلا فلا تجوز الشفاعة فيه.

أي إذا كان للسارق ماضٍ أسود بأن ارتكب جرائم أخر، فلا تجوز الشفاعة له مطلقاً لا قبل رفع القضية الى القضاء ولا بعده.

---

(١) قال تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَاؤُاْ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الأَرْضِ فَسَاداً أَن يُقَتَّلُواْ أَو يُصَلَّبُواْ أَو تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُم مِّنْ خِلافٍ أَو يُنفَوْاْ مِنَ الأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ سورة المائدة / ٣٣.

(٢) قال تعالى: ﴿مَن قَتَلَ نَفْساً بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعاً﴾ المائدة:٣٢

(٣) كما في الآية رقم ٣٣ من سورة المائدة .

(٤) قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لم يَأْتُواْ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلا تَقْبَلُواْ لَهُمْ شَهَادَةً أَبَداً وَأُوْلَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾، النور / ٤.

(٥) قال تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُواْ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ وَلا تَأْخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللهِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾ النور / ٢. وقال الرسول ﷺ: ((البكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة))، نيل الأوطار: ٩٨/٧.

(٦) كما في الآية رقم ٤ من سورة النور.

(٧) ٤٠٣/٢.

يقول ابن فرحون[١] (لا يجوز عفو أحد عن أحد بعد أن يبلغ الامام إلا ابن في أبيه والذي يريد ستراً). قال مالك (إذا زعم المقذوف انه يريد ستراً فعفا إذا بلغ الإمام ولم يقبل الإمام ذلك حتى يسأل عنه سراً، فإن خشي أن يثبت القاذف عليه جاز عفوه وإن أمنَ ذلك عليه لم يجز عفوه).

٨. عقوبات الحدود متداخلة حسب الاختلاف الموجود عند الفقهاء[٢]، فمن ارتكب جريمة الزنا أو تعاطي المسكرات أو السرقة أو القذف عدة مرات، وسيق الى القضاء في المرة الأخيرة يعاقب على هذه المرة فقط، لكن إذا عاد يعود العقاب. والسر في هذا التداخل تسامح الإسلام بالنسبة للحقوق العامة (حقوق الله) من جهة، ووجود الشبهة في المرات السابقة من جهة أخرى. وكذلك يوجد التداخل في العقوبات الحدية المتماثلة رغم اختلاف أسبابها خلافاً للحنفية[٣]،كمن شرب ثم قذف أو العكس ويدخل في عقوبة الإعدام سائر العقوبات خلافاً للإمامية[٤].

---

[١] تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام – للقاضي برهان الدين إبراهيم بن علي أبي القاسم بن محمد بن فرحون المالكي (ت ٧٩٩هـ) بهامش – فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك. مطبعة مصطفى البابي: ٢٦٨/٢.

[٢] في الشرح الكبير – لأبي البركات سيدي أحمد الدردير وحاشية الدسوقي – للشيخ محمد عرفة: ٣٤٧/٤ (وتداخلت الحدود إن اتفق القدر الذي أوجب سبب كل منها اي اتحد الموجب (الحد) كحد قذف وحد شرب ان موجب كل منهما ثمانون جلدة فإذا أقيم عليه أحدهما سقط الأخر ولو لم يقصد الا الأول أو لم يحصل ثبوت لأحدهما الأخر الا بعد الفراغ من الاول. وكذا لو جنى على انسان فقطع يمينه ثم سرق أو العكس فيكفي القطع لأحدهما، أو تكررت موجباتها (بكسر الجيم) كأن يسرق مراراً أو يقذف أو يشرب مراراً فيكفي حد واحد عن الجميع ولو لم يثبت الثاني الا بعد الحد فإن عاد بعده عيد عليه).

[٣] في الاختيار لتعليل المختار – للإمام عبد الله بن محمود أبي الفضل مجد الدين الموصلي: ١٥١/٤ (ومن سرق أو زنى أو شرب غير مرة فحد فهو للكل لأن المقصود الانزجار وانه يحتمل حصوله بالأول فيتمكن من الثاني شبهة عدم المقصود فلا يجب، أما لو زنى وشرب وسرق فإنه يجب لكل واحد حد على حدة لأنه لو ضرب لا حدها ربما اعتقد أنه لا حد من الباقي فلا ينزجر عنها).

[٤] في كتاب الخلاف – للطوسي (الإمام أبي جعفر محمد بن الحسن بن علي) مطبعة تابان طهران: ٤٨٢/٢ (اذا اجتمع حد القذف وحد الزنا وحد السرقة ووجوب القطع وقطع اليد والرجل بالمحاربة ولخذ المال فيها ووجب عليه القود يقتل في غير المحاربة فاجتمع حدان عليه وقطعان وقتل فإنه تستوفي منه الحدود كلها ثم يقتل وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة يسقط كلها

٩. عقوبات جرائم الحدود تسقط بالشبهات لقول الرسول ﷺ ((ادرؤوا الحدُودَ بالشُبهَات مَا استَطَعتُم))، وفي رواية أخرى ((ادفَعُوا الحدُودَ مَا وَجدتُم لَهَا مَدفَعاً))[١].

١٠. لرجوع الشاهد عن شهادته أو المقر عن إقراره أثر في جرائم الحدود، فلا يحق للقاضي أن يحكم بالعقوبة الحدية، كما لا يجوز تنفيذها إذا رجع الشاهد أو المقر عن إفادته وإقراره بخلاف الجرائم الأخر، فالرجوع لا أثر له إذا اقتنع القاضي بوقوع الجريمة. كما ان الإقرار لا يعتد به إذا كان تحت ضغط الإكراه[٢].

القسم الثاني / جرائم القصاص والدية:

وهي جرائم الاعتداء على حياة الانسان وسلامته كجريمة القتل والجرح والضرب..الخ، وتسمى في القانون جرائم الاعتداء على الأشخاص كما تسمى الجرائم غير القصدية لما فيها من العمد والخطأ بخلاف جرائم الحدود، فإن كلها قصدية فلا يوجد فيها الخطأ، فالجريمة اما غير قائمة أو عمدية دائماً.

خصائص جرائم القصاص والدية:

تتميز هذه الجرائم عن الجرائم الأخر بالميزات الآتية:

١. الجريمة والعقوبة محددتان بالنص كجرائم الحدود، حتى قال البعض أن جريمة القصاص من جرائم الحدود.

ويقتل فإن القتل يأتي على الكل) والتشريعات الجزائية الوضعية الحديثة في العالم تتفق مع رأي أبي حنيفة في هذا التداخل فمن ارتكب جريمة عقوبتها الاعدام وأخرى عقوبتها الحبس أو السجن فيكتفي بالإعدام.

[١] رواه ابن ماجة. سنن ابن ماجة – تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي: ٢/٨٥٠.

[٢] في الشرح الكبير: ٤/٣٤٥ (وتثبت السرقة بإقرار ان طاع به كما تثبت بالبينة وإن أكره على الإقرار من حاكم أو غيره ولو بسجن أو قيد فلا يلزمه شيء متهماً أم لا عند ابن القاسم ولو أخرج السرقة لاحتمال وصول المال المسروق إليه من غيره أو عين القتيل الذي أكره على الإقرار بقتله فأقر وأخرجه كما في النقل لاحتمال إن غيره قتله فلا يقطع ولا يقتل إلا ان يقر بعد الإكراه آمناً كما في المدونة) وهذا الاتجاه هو رأي جميع فقهاء الشريعة أن الإقرار تحت ضغط لا يعتد به.

٢. إذا كانت عمدية تكون عقوبتها هي المقابلة بالمثل، فالعقوبة مثل الجريمة كماً وكيفاً لذا سميت القصاص.

٣. ليس لولي الأمر (رئيس الدولة) سلطة العفو العام أو العفو الخاص عن عقوبات جرائم القصاص والدية، لأن هذه العقوبات من الحقوق المشتركة بين ورثة المجني عليه -إذا كان الاعتداء على الحياة-، أو المجني عليه نفسه -إذا كان الاعتداء على ما دون النفس- وبين المجتمع الذي تمثله الدولة والحق الخاص هو الغالب، لأن المأساة التي تحل بأسرة المجني عليه في حالة موته أو بالمجني عليه نفسه في حالة إصابته بعاهة مستديمة أكثر من مأساة المجتمع بفقد عضو من أعضائه، لأن مأساة المجتمع تعوض بعضو آخر، بخلاف مأساة المجنى عليه أو أسرته فإنهما لا يمكن تعويضهما بأي شيء.

٤. لورثة المجنى عليه (أولياء الدم) في حالة وفاته بالجناية عليه ولنفسه في حالة إصابته بعاهة مستديمة نتيجة الاعتداء على سلامته عمداً، العدول عن القصاص الى الدية بدلاً منه، كما له التنازل عن كليهما وفق قوله تعالى: ﴿وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَانًا﴾[1]، والسلطان هو حق تلك الخيارات الثلاثة وذلك وفق قاعدة {الغنم بالغرم} أو {الغرم بالغنم}[2].

٥. يرى جمهور الفقهاء أن القصاص كعقوبة حدية من حيث أنه يسقط بالشبهة[3]، حيث أن التجريم والعقاب في كل من القسمين الأول والثاني ثابتان بالنص[4].

٦. يخضع القصاص للإجراءات القضائية والتنفيذية وتصديق رئيس الدولة، فلا يجوز الثأر والانتقام الفردي فليس لولي الدم حق العقاب قبل مقاضاة الجاني.

---

(1) سورة الاسراء / ٣٣.

(2) مجلة الأحكام العدلية م٨٧.

(3) الدر المختار وتنوير الأبصار ورد المحتار (المعروف بحاشية ابن عابدين): ٥٣٣/٦.

(4) كقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى﴾، سورة البقرة / ١٧٨. وقوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ﴾، سورة المائدة / ٤٥.

أهم الفروق بين القصاص والحدود[١]

يختلف القصاص والحد في أمور سبعة وهي:

١. يجوز للقاضي أن يحكم بعلمه في القصاص دون الحدود.
٢. القصاص يورث لأن الحق الخاص فيه هو الغالب، بخلاف الحدود فهي تسقط بالموت.
٣. يجوز العفو والتبديل في القصاص بخلاف الحدود.
٤. التقادم[٢] لا يمنع قبول الشهادة بالقتل، بخلاف الحد فإن التقادم يمنع قبول الشهادة فيها باستثناء حد القذف فإنه كالقصاص.
٥. القصاص يثبت بإشارة أخرس وكتابته بخلاف الحد.
٦. تجوز الشفاعة في القصاص بخلاف الحد.
٧. لا بد في القصاص من الدعوى بخلاف الحد، فإنه لا يحتاج النظر فيه من القضاء الى رفع الدعوى من أية جهة لما فيه من الحق العام باستثناء حد القذف فانه بحاجة الى رفع الدعوى من المقذوف أو من ينوب عنه.

القسم الثالث / جرائم التعازير:

التعزير عقوبة ترك استحداثها وتحديدها للسلطة التشريعية الزمنية بتعاون مع أهل الشورى، وبناءً على ذلك تكون جرائم التعازير هي تلك الجرائم التي لم ينص القرآن الكريم ولا السنة النبوية على عقوباتها ويمكن تقسيمها الى ثلاثة أنواع:

النوع الأول: كل جريمة حدية فيها الشبهة تتحول تلقائياً الى جريمة تعزيرية كجريمة الزنا إذا لم تثبت بأربعة شهود ولا بإقرار الجاني لكن ثبتت ببينة قانونية معترف بها كشهود أو بالوسائل العلمية الحديثة، فعندئذ تخضع الجريمة لأحكام القانون الوضعي، وكذلك جريمة السرقة بين الأصول والفروع، أو بين الزوجين، أو بين الشريكين ففيها شبهة المحل وتسقط الجريمة الحدية وتحل محلها جريمة تعزيرية تحدد عقوبتها بالقانون الوضعي.

---

[١] الدر المختار المرجع السابق: ٥٤٩/٦.

[٢] وهو مرور زمان يقدره العرف على إدلاء الشاهد أمام القضاء، ففي القصاص تأخر الشاهد عن إفادته لا أثر له بخلاف تأخره في الحدود فانه يؤدي الى الشبهة والحدود تدرأ بالشبهات.

النوع الثاني: كل جريمة نص الشارع على تجريمها، ولكن ترك تحديد عقوبتها كماً وكيفاً للسلطة التشريعية الوضعية كجريمة التجسس، الغصب، الرشوة، الاحتكار ونحو ذلك.

النوع الثالث: لرئيس الدولة بتعاون مع أهل الخبرة من المختصين من أهل الشورى أن يعتبر كل فعل يضر بالمصالح العامة جريمة وأن يحدد لها عقوبة تتلاءم مع حجمها وخطورتها على أن تثبت تلك العقوبة بنص قانوني. وليس لغير ولي الأمر هذه السلطة، فالقاضي لا يملك استحداث الجريمة ولا العقوبة وما شاع بين الناس من ترك العقوبة التعزيرية للقاضي خطأ لا يغتفر، وإنما له سلطة تخفيف وتشديد العقوبات التعزيرية في حالة اقترانها بالظرف المشدد أو المخفف.

أهم الفروق بين الحدود والتعازير:

١. عقوبات الحدود محددة بالنص من الله أو رسوله وعقوبات التعازير مستحدثة من السلطة التشريعية الزمنية.

٢. لا يملك ولي الأمر سلطة التصرف في عقوبات الحدود بأي وجه من الوجوه بخلاف عقوبات التعزير، فإنه يملك سلطة العفو العام أو الخاص والتخفيف والتشديد فيها.

٣. الحدود لا تختلف باختلاف الزمان والمكان والأشخاص بخلاف عقوبات التعزير.

٤. عقوبات الحدود محدودة وحصورة بخلاف عقوبات التعزير.

٥. جرائم الحدود مؤقتة بخلاف جرائم التعزير، فإنها قد تكون مؤقتة كالرشوة وقد تكون مستمرة كالتجسس وحيازة الأموال المسروقة أو المغصوبة.

٦. تنفيذ عقوبات الحدود يحتاج إلى تصديق رئيس الدولة بخلاف عقوبات التعزير.

٧. الحدود تسقط بالشبهات بخلاف التعزير.

٨. جرائم التعزير تكون بالاعتداء على جميع الحقوق العامة والخاصة والبدنية والأخلاقية وغيرها، بخلاف جرائم الحدود كما ذكرنا فلا تكون إلا في الاعتداء على الحقوق العامة أو الحق المشترك ويكون الجانب العام هو الغالب.

أثر الإكراه في المسؤولية الجنائية عن الجرائم الحدية:

كما ذكرنا سابقاً أن جرائم الحدود كلها جرائم عمدية (قصدية) ولا تقبل الانقسام الى العمد والخطأ، كما تقبله جرائم الاشخاص، فكل جريمة حدية لا تتحقق ما لم يتوافر فيها القصد الجنائي الخاص، إضافة الى الأركان العامة لكل جريمة وهي الركن المعنوي والمادي والشرعي، فلا يكفي فيها القصد الاحتمالي، وهذا القصد الخاص يستلزم توافر إرادة حرة مدركة، فكلما انتفت هذه الإرادة ينتفي القصد الخاص.

ومن الواضح أن المكره إكراهاً تاماً يفقد إرادته الحرة، وبالتالي يفقد قصده الجنائي الخاص، وبناءً على هذه الحقيقة إذا كانت الجريمة حدية في حد ذاتها واوتكبت تحت ضغط إكراه ملجيء (تام) لا تتحقق شرعاً جريمة حدية مستوجبة للمساءلة الجنائية، أما لعدم تحقق القصد الجنائي الخاص، أو لحصول الشبهة في تحققها بسبب الإكراه، والحدود تسقط بالشبهات باتفاق جميع فقهاء الشريعة -باستثناء ابن حزم الظاهري- كما يأتي في محله، لذا لا نجد خلافاً فقهياً في الشريعة الإسلامية في أن الإكراه التام مانع من المسؤولية الجنائية عن كل جريمة ارتكبت تحت تأثيره عدا جريمة زنا الزاني التي هي محل الخلاف كما يأتي في محله.

النصوص الفقهية:

نستعرض نماذج من التطبيقات والنصوص الفقهية في المذاهب الإسلامية المدونة والمعترف بها في العالم الإسلامي التي تقرّ أثر الإكراه في المسؤولية الجنائية عن الجرائم الحدية المعروفة وهي الارتداد، السرقة، قطع الطريق، تعاطي المسكرات، القذف والزنا.

أ. **جريمة الردة:** وهي خروج المسلم البالغ العاقل المختار عمداً وعقيدة عن دين الإسلام، بما يدل على كفره من قول أو فعل، ووقف ضد الإسلام وسعى في الأرض فساداً، وتكون عقوبته الإعدام[1] بعد استتابته ومطالبته بالرجوع الى الإسلام، مع إعطاء مهلة له أقصاها ثلاثة أيام. ومصدر هذا الحكم هو قضاء الرسول ﷺ بقتل المرتد ممن دخلوا الإسلام من المشركين وأهل الكتاب ثم ارتدوا وانضموا الى أعداء.

---

(١) إضافة الى عقوبات تبعية منها أنه يفسر جميع أعماله الصالحة إذا مات مرتداً قال تعالى: (وَمَن يَرْتَدِدْ مِنكُمْ عَن دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ)، البقرة/٢١٧.

الإسلام. لكن من لم يقف ضد الإسلام فعقوبته أخروية، لقوله تعالى: ﴿وَمَن يَرْتَدِدْ مِنكُمْ عَن دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُوْلَـئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالآخِرَةِ﴾[1].

واستناداً الى ذلك يرى البعض أن قتل المرتد يكون واجباً إذا وقف موقفاً معادياً للإسلام بالقلم أو اللسان أو العمل بقرينة الظروف التي قضى فيها ﷺ بقتل المرتد، ولأن القرآن لم يذكر صراحة هذه العقوبة الدنيوية. وإضافة الى قضائه ﷺ قال ((مَن بَدَّلَ دِينَهُ فَاقتُلُوه))[2].

ثم إن الإجماع منعقد على قتله بعد استتابته وإمهاله مدة ثلاثة أيام، ولهذه المساءلة والعقوبة شروط، ومن هذه الشروط أن لا يكون الارتداد تحت ضغط الإكراه استناداً الى قوله تعالى: ﴿مَن كَفَرَ بِاللهِ مِن بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلاَّ مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالإِيمَانِ وَلَكِن مَّن شَرَحَ بِالْكُفْرِ صَدراً فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِّنَ اللهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾[3]، لذا أجمع فقهاء الشريعة على هذا الحكم كما في النصوص الفقهية الآتية:

في البدائع[4]: فالمكره على الكفر لا يحكم بكفره إذا كان قلبه مطمئناً بالإيمان.

في تحفة المحتاج[5]: تعقيباً على تعريف الردة بأنها قطع الإسلام بنية الكفر أو قول كفر عن قصد، فلا أثر لسبق لسان أو إكراه، أي لا أثر لارتداد يكون عن سبق لسان أو تحت ضغط إكراه.

في إيضاح الفوائد[6]: ويشترط في عقاب المرتد البلوغ والعقل والاختيار والقصد، والإكراه ينفي الردة.

في المغني[1]: ومن أكره على الكفر فأتى بكلمة كفر لم يصر كافراً لقوله تعالى: ﴿إِلاَّ مَن أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالإِيمَانِ﴾[2].

---

(1) سورة البقرة / ٢١٧.

(2) رواه البخاري رقم: ٣٠١٧ والنسائي: ١٠٤/٧ والترمذي: ١٤٨٣.

(3) سورة النحل / ١٠٦.

(4) بدائع الصنائع: ٤٤٨٤/٩.

(5) تحفة المحتاج بشرح المنهاج – للإمام شهاب الدين أحمد بن حجر الهيثمي الشافعي: ٨٢/٩.

(6) إيضاح الفوائد في شرح إشكالات القواعد – للشيخ أبي طالب محمد بن الحسن بن يوسف بن المطهر الحلي من فقهاء الإمامية، مطبعة رقم: ٥٠١/٤.

في المحلى[٣]: الإكراء قسمان إكره على كلام وإكراه على فعل. فالإكراه على الكلام لا يجب به شيء وإن قاله المكره كالكفر.

بد جريمة السرقة: وهي أخذ مال منقول للغير في حرز مثله خفية بقصد تملكه. فإذا توافرت أركان هذه الجريمة وشروطها وانتفت موانعها يعاقب السارق بقطع اليد، ومصدر هذا الحكم هو قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُواْ أَيْدِيَهُمَا جَزَآءً بِمَا كَسَبَا﴾[٤]، ومن موانع مساءلة السارق جزائياً أن لا يرتكب الجريمة تحت ضغط الإكراه التام باتفاق فقهاء الشريعة الإسلامية كما في النصوص الفقهية التالية:

في الشرح الكبير[٥]: وشرطه -أي شرط قطع يد السارق- التكليف[٦] فلا يقطع صبي ولا مجنون ولا مكره ولا سكران بحلال.

في المنهاج وشرحه[٧]: ولا يقطع صبي أو مجنون لعدم تكليفهما ومكره لشبهة الإكراه.

في المهذب[٨]: ولا يجب -أي حد السرقة- على مكره لقوله ﷺ: ((رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي الخَطَأ والنِسيان وَمَا استُكرِهُوا عَلَيهِ))، ولأن ما أوجب عقوبة الله ﷻ على المختار لم يوجب على المكره ككلمة الكفر.

وكذا في الفقه الحنفي والمالكي.

---

(١) المغني – لابن قدامة أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الحنبلي: ١٤٥/٨.

(٢) سورة النحل / ١٠٦.

(٣) لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم وبعد المؤسس الحقيقي للفقه الظاهري: ٣٢٩/٨.

(٤) سورة المائدة / ٣٨.

(٥) لأبي البركات سيدي أحمد الدردير بهامش حاشية الدسوقي للعلامة محمد عرفة الدسوقي في الفقه المالكي: ١٠١/٨.

(٦) المكلف هو البالغ العاقل المختار العالم بما كلف به القادر عليه.

(٧) المنهاج – للشيخ محي الدين النووي وشرحه للعلامة جلال الدين المحلي وحاشيتي قليوبي وعميرة: ١٩٦/٤.

(٨) للإمام أبي اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي الشيرازي: ٢٦٧/٢.

في إيضاح الفوائد[1]: ويشترط في السارق البلوغ والعقل والاختيار، فلو أكره على السرقة فلا قطع ولا تكون الحاجة عذراً إلا في سرقة الطعام في عام مجاعة فإنه لا قطع حينئذ.

في للخفي[2]: إن القطع -قطع يد السارق- لا يجب إلا بشروط سبعة، الخامس والسادس والسابع كون السارق مكلفاً وثبتت السرقة ويطالب بها المالك بالمعروف وتنتهي بالشبهات، ومن الواضح أن الشبهة قائمة في حالة الإكراه وأن المكلف يجب أن يكون مختاراً.

جـ- جريمة قطع الطريق: وتسمى الحرابة والسرقة الكبرى.

يقول الخرشي[3] (المحارب هو من قطع الطريق ومنع الناس من السلوك فيها وإن لم يقصد أخذ المال).

ويقول الطوسي[4]: (قاطع الطريق المحارب الذي ذكره الله تعالى في آية المحاربة وقطاع الطرق هم الذين يشهرون السلاح ويخيفون السبيل، وبه قال ابن عباس وجماعة من الفقهاء، وقال قوم أهل الذمة إذا نقضوا العهد ولحقوا بدار الحرب وحاربوا للمسلمين، وقال ابن عمر المراد بالآية المرتدون لأنها نزلت في العرينيين).

فقطاع الطريق على أربعة أقسام، لأن الفعل الصادر منهم إما القتل فقط، أو القتل وأخذ المال أو أخذ المال فقط، أو إخافة الناس المارين في الطريق، وعقوبة كل حالة تختلف عن الحالات الأخرى كالآتي:

١. إن قتلوا قتلاً عمداً عدواناً ولم يأخذوا المال، قتلوا.

٢. وإن قتلوا وأخذوا المال، قتلوا وصلبوا.

٣. وإن أخذوا المال ولم يقتلوا، تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أي اليد اليمنى والرجل اليسرى.

---

(1) المرجع السابق: ٥١٧/٤.

(2) المرجع السابق: ٢٤٤/٨.

(3) على مختصر سيدي خليل: ١٠٤/٨.

(4) كتاب الخلاف في الفقه – للإمام أبي جعفر محمد بن الحسن من كبار فقهاء الامامية: ٤٧٧/٢.

٤. وإن أخافوا المارين في الطريق ولم يأخذوا منهم المال ولم يقتلوا، حبسهم الإمام (رئيس الدولة) وعزرهم. ومن تاب منهم قبل إلقاء القبض عليه، سقط عنه الحد[١].

ومصدر هذه الأحكام هو قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَن يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُم مِّنْ خِلَافٍ أَوْ يُنفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَٰلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾[٢].

وتعريف قاطع الطريق أينما ورد في المراجع الفقهية الإسلامية أخذت فيه كلمة مكلف أو التكليف، والمكلف كما ذكرنا هو البالغ العاقل المختار العالم بما كلف به القادر عليه، ومن هذه المراجع تحفة المحتاج بشرح المنهاج[٣] يقول ابن حجر (قاطع الطريق مسلم مكلف أو سكران مختار ولو قناً (أي عبداً) أو امرأة فلا عقوبة على صبي ومجنون ومكره وإن ضمنوا النفس والمال).

د. جريمة تعاطي المسكرات: سبق أن ذكرنا في موضوع أثر السكر في المسؤولية الجنائية ان تعاطيه تحت ضغط إكراه تام مباح، ولا يسأل السكران جنائياً ولا يعاقب لا على الشرب ولا على الجريمة التي يرتكبها وهو سكران.

في تحفة المحتاج[٤]: وحد شاربه إلا صبياً ومجنوناً لرفع القلم منهما وحربياً ومعاهداً لعدم التزامه وذمياً لأنه لم يلتزم بالذمة مما لا يعتقده إلا ما يتعلق بالآدميين وموجَراً أي مسكراً قهراً، إذ لاصنع له وكذا مكره على شربها على المذهب لرفع القلم عنه.

في الهداية[٥]: وإن أكره على أن يأكل الميتة أو يشرب الخمر، إن أكره على ذلك بحبس أو ضرب أو قيد لم يحل له إلا أن يكره بما يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه، فإذا خاف على ذلك وسعه أن يقدم على ما أكره عليه.

---

(١) شرح ابن القاسم الغزي على متن الغاية والتقريب – لأبي شجاع أحمد بن الحسين بن أحمد الأصفهاني بهامش حاشية الشيخ إبراهيم الباجوري الشافعي: ٢/٢٤٧-٢٤٨.

(٢) المائدة / ٣٣.

(٣) المرجع السابق: ٩/١٥٧.

(٤) المرجع السابق: ٩/١٦٨.

(٥) الهداية شرح بداية المبتدئ – لشيخ الاسلام برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني الحنفي: ٣/٢٧٧.

في شرح الخرشي[١]: عرَّف ابن عرفة الشرب بقوله: (شرب مسلم مكلف مختار لا لضرورة ولا لعذر ولا حَد على مكره ولا ذي غصة وإن حرمت).

في المحلي[٢]: من أكره على شرب الخمر أو أكل الخنزير أو الميتة أو الدم أو بعض المحرمات أو أكل مال مسلم أو ذمي، فمباح له أن يأكل ويشرب ولا شيء عليه لأحد ولا ضمان لقوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلاَّ مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾[٣]، وقوله تعالى: ﴿فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ فَلا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾[٤].

واتجاه الظاهرية مرفوض كما سبق تفصيله.

في المغني[٥]: إن الحد إنما يلزم من شربها مختاراً لشربها، فإن شربها مكرهاً فلا حد عليه.

هـ- جريمة القذف: هو بمعناه الخاص اتهام شخص بتهمة ارتكاب جريمة الزنا بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، وأما ما عدا الزنا من كل ما يشين ويسيء السمعة، فإن عقوبته تعزيرية كما في القانون، فالقوانين الوضعية تأخذ بالقذف بمفهومه العام. فالقاذف غيره بتهمة الزنا إذا كان بالغاً عاقلاً مختاراً ولم يثبت التهمة بأربعة شهود يعاقب بثلاث عقوبات، أحداها مادية تمس الجسد وهي ثمانون جلدة، والثانية والثالثة معنويتان تمسان مركز الشخص في المجتمع وهما فقدان أهليته لأداء الشهادة واتسامه بالفسق، ومصدر هذه العقوبات قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُواْ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلاَ تَقْبَلُواْ لَهُمْ شَهَادَةً أَبَداً وَأُوْلَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ۞ إِلاَّ الَّذِينَ تَابُواْ مِن بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُواْ فَإِنَّ اللّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾[٦].

وقد أجمع فقهاء الشريعة على أن الإكراه التام مانع من موانع المسؤولية الجنائية عن القذف، كما في النصوص الفقية التالية:

---

[١] المرجع السابق: ١٠٧/٢.

[٢] المرجع السابق: ٣٣٠/٨.

[٣] سورة الأنعام / ١١٩.

[٤] سورة البقرة / ١٧٣.

[٥] المغني – لابن قدامة (عبد الله بن أحمد المقدسي): ٣٠٧/٨.

[٦] سورة النور / ٤–٥.

في التحفة[١]: شرط حد القاذف التكليف، فلا يحد صبي أو مجنون لرفع القلم عنهما إلا السكران فإنه يحد، والاختيار لا يحد مكره عليه لرفع القلم عنه أيضاً مع عدم التعبير.

في المحلى[٢]: الإكراه قسمان إكراه على كلام وإكراه على فعل، فالإكراه على الكلام لا يجب به شيء وإن قاله المكره كالكفر والقذف والإقرار والزواج والرجعة والطلاق والبيع والشراء والنذر واليمين والهبة وإكراه الكتابي على الإيمان.

في إيضاح الفوائد[٣]: ويعتبر في القاذف البلوغ والعقل والاختيار والقصد، فلو قذف صبي أدب ولم يحد، ولا حد على المكره على القذف ولا الغافل والساهي والنائم والمغمى عليه، وفي السكران إشكال وإن لم توجب فالتعزير منشأ الإشكال: إن شرط ثبوت الحد على القاذف بدلالة اللفظ عليه وقصده والكل منتفٍ في حال السكر والأقوى عندي ثبوت الحد عليه.

و. **جريمة الزنا**: هي الاتصال الجنسي بالدخول بين شخصين[٤] مع توافر الأهلية.

لا خلاف بين فقهاء الشريعة في ان عقوبة هذه الجريمة مائة جلدة بالنسبة لغير المتزوجين وغير المتزوجات، أما بالنسبة إليهم فالعقوبة الإعدام، ومصدر العقوبة الأولى قوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُواْ كُلَّ وَحِدٍ مِنهما مَائَةَ جَلْدَةٍ﴾[٥]، ومصدر العقوبة الثانية قضاء الرسول ﷺ، فقضى برجم ماعز والغامدية بعد أن اعترفا شرعياً، وهذا القضاء ثابت بالتواتر، إضافة الى إجماع فقهاء الشريعة باستثناء الخوارج، حيث ذهبوا الى أن عقوبة الكل مائة جلدة.

وجدير بالذكر أن هذه الجريمة عادة لا يمكن ثبوتها إلا بالاعتراف، لأنه لم يصادف منذ صدر الإسلام الى يومنا هذا أن ثبتت بالشهود الذين نصابهم أربعة رجال عادلين.

---

(١) المرجع السابق: ١٩/٩.

(٢) المرجع السابق: ٣٣٠/٨.

(٣) المرجع السابق: ٥٠١/٤.

(٤) سواء كانا ذكرين أو ذكر وأنثى وسواء كان بالدخول في القبل أو في الدبر، والأهلية بالنسبة للعقوبة أهلية التكليف، وبالنسبة للعملية أهلية التمتع الجنسي.

(٥) سورة النور / ٢.

وقد اختلف فقهاء الشريعة في هذه الجريمة من وجهين، أحدهما هل المراد بالزنا ما يشمل اللواط أو يقابله ولكل حكمه الخاص، والثاني هل الإكراه يعد مانعاً بالنسبة للزاني، ومنشأ الخلاف الثاني الاختلاف في أنه هل أن الانتشار (الانتصاب) يكون قرينة دالة على أن الزاني مختار قاصد الجريمة أو أنه أمر طبيعي يجتمع مع الاختيار وعدمه ؟

الاختلاف في تحديد مفهوم الزنا:

اختلف فيه الفقهاء على ثلاثة اتجاهات، فمنهم من لم يفرق بين القبل والدبر سواء كان دبر ذكر أو أنثى كالشافعية[١] والمالكية[٢]. ومنهم من لم يعتبر الدخول من الدبر زنا سواء كان دبر ذكر أو أنثى كالحنفية[٣]. ومنهم من فرق بين دبر الأنثى ودبر الذكر فاعتبر الأول زنا دون الثانية كالأمامية[٤]، والراجح هو الاتجاه الاول لان القرآن الكريم سمى جميع الحالات المذكورة فاحشة[٥].

الاختلاف في أثر الإكراه في المسؤولية بالنسبة للزاني:

اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن المزني بها تحمت ضغط الإكراه لا تسأل جنائياً، وإنما الخلاف في انها هل تستحق مهر المثل باعتبار أن الدخول المقترن

---

(١) في مغني المحتاج – للشربيني، شرح المنهاج – للنووي: ٤/٤٣ (الزنا إيلاج الذكر بفرج محرم لعينة (عين الإيلاج) خال عن الشبهة مشتهى بوجد الحد ودبر ذكر وأنثى كقبل فيجب الحد بالإيلاج من كل من الدبرين المسمى باللواط الحد على المذهب).

(٢) في الشرح الصغير – للدردير: ٢/٣٩٠ (الزنا الذي فيه الحد إيلاج مسلم مكلف حشفه في فرج آدمي مطيق للوطء، عادة عمداً بلا شبهة وإن كان دبراً لذكر حياً أو ميتاً). وفي الخرشي: ٨/٧٦ (مذهب المدونة إتيان الأجنبية من دبرها يسمى زنى لا لواطاً).

(٣) من الاختيار لتعليل المختار – للإمام عبد الله الموصلي: ٤/١٢٤ (والزنا وطء للرجل المرأة في القبل من غير الملك وشبهة).

(٤) في الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية: ٢/٣٤٧ (الزنا إيلاج البالغ في فرج لمرأة محرمة من غير عقد نكاح ولا شبهة قدر الحشفة عالماً مختاراً وإيلاجه في دبر الذكر لا يعد زنا وإن كان أفحش وأغلظ عقوبة).

(٥) قال تعالى: (وَلا تَقْرَبُواْ الزِّنَى إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلاً)، سورة الإسراء / ٣٢. وقال تعالى: (أَتَأْتُونَ الْفَحِشَةَ مَا سَبَقَكُم بِهَا مِن أَحَدٍ مِن الْعَالَمِينَ)، سورة الأعراف / ٨٠. والمراد بالفاحشة في الآية الأولى الدخول في القبل من غير زواج ولا شبهة، وأما في الآية الثانية فالمراد اللواط مع الذكور.

بالإكراه كالدخول المقترن بالشبهة أو لا؟، ولكنهم اختلفوا في حكم الزاني المكره، هل الإكراه يعفيه من المساءلة الجنائية أو لا؟، فهناك اتجاهان الراجح منهما لا فرق بينه وبين المرأة الزانية في أن الإكراه التام مانع من المسؤولية بالنسبة لكليهما، وفي المرجوح يسأل فيحد كما في النصوص الفقهية الآتية:

في المهذب[1]: ولا يجب الحد على المرأة إذا أكرهت على التمكين من الزنا لقوله ﷺ ((رُفِعَ عَن أُمَتِي الخَطَأ والنِسيان وَمَا استُكرِهُوا عَليه))، ولأنها مسلوبة الاختيار فلم يجب عليها الحد كالنائمة. وهل يجب على الرجل إذا أكره على الزنا؟، فيه وجهان أحدهما وهو المذهب أنه لا يجب عليه لما ذكرناه في المرأة، والثاني أنه يجب لأن الوطء لا يكون إلا بالإنتشار -الانتصاب- الحادث عن الشهوة والاختيار.

في بدائع الصنائع[2]: أما المكره على الزنا فقد كان أبو حنيفة يقول أولاً إذا أكره الرجل على الزنا يجب عليه الحد وهو القياس، لأن الزنا من الرجل لا يتحقق إلا بانتشار الآلة والإكراه لا يؤثر فيه فكان طائعاً في الزنى فكان عليه الحد، ثم رجع وقال إذا كان الإكراه من السلطان لا يجب بناءً على ان الإكراه لا يكون إلا منه، عنده وعندهما (أبي يوسف ومحمد) يتحقق من السلطان وغيره. وينتصر الكاساني لرأي الصاحبين فيقول ليس كل من تنتشر آلته يفعل فكان فعله بناء على إكراهه.

في شرح الخرشي[3]: المكرهة على الوطء لا حدّ عليها اتفاقاً، وأما الرجل المكره على الجماع هل يحد أو لا؟، مذهب المحققين كابن رشد واللخمي وابن العربي لا حدّ عليه وغيرهم يقولون عليه الحد وعليه أكثر أهل المذهب وهو المذهب.

في المغني[4]: إن أكره الرجل فزنى، فقال أصحابنا عليه الحد، وبه قال محمد بن الحسن وأبو ثور لأن الوطء لا يكون إلا بالانتشار والإكراه ينافيه.

---

(١) المرجع السابق: ٢٦٧/٢.

(٢) المرجع السابق: ٤٤٩٠/٩.

(٣) المرجع السابق: ٧٦/٨.

(٤) لابن قدامة المرجع السابق: ١٨٧/٨.

ويلاحظ على هذا الكلام أن صاحب المغني إذا أراد بـ (محمد بن الحسن) محمد الشيباني صاحب أبي حنيفة، فالنسبة خاطئة لما نقلناه آنفاً من بدائع الصنائع من أن محمداً وأبا يوسف ذهبا الى عدم مساءلته.

في الروضة واللمعة[1]: ويتحقق الإكراه على الزنا في الرجل على أصح القولين، فيدرء الحد عنه كما يدرء عن المرأة بالإكراه لها لاشتراكهما في المعنى الموجب لرفع الحكم، ولاستلزام عدمه في حقه التكليف بما لا يطاق، وربما قيل بعدم تحققه في حقه بناء على أن الشهوة غير مقدورة وإن الخوف يمنع من انتشار العضو وانبعاث القوة. ويضعف بأن القدر الموجب للزنا هو تغيب الحشفة غير متوقف على ذلك كله غالباً لو سلم توقفه على الاختيار ومنع الخوف منه.

في المحلى[2]: سبق أن أوردنا رأي ابن حزم حيث قال (فلو أمسكت امرأة حتى زني بها أو أمسك رجل فأدخل أحليله في فرج امرأة فلا شيء عليه أو عليها).

ويستخلص من هذه التطبيقات الفقهية ما يأتي:

١. إن منشأ الاختلاف في التفرقة بين الزاني والزانية من حيث أثر الإكراه هو الاختلاف في ان الانتشار (الانتصاب) هل يتنافى مع الإكراه وبالتالي يعد قرينة على اختيار الزاني حين ارتكاب الجريمة تحت ضغط الإكراه، أو ان الانتشار من مقتضى الطبيعة والغريزة لا صلة له بالاختيار وعدمه.

والرأي الراجح أنه لا تلازم بين عملية الانتشار وعملية الزنا، فقد يتحقق الانتشار بدون القيام بالعملية، كما إنها تتحقق بدون الانتشار، إضافة الى عموم قول الرسول ﷺ ((رُفِعَ عَنْ أُمَتِي الخَطَأ والنِسيان وَمَا استُكرِهُوا عَلَيهِ))، وشموله لكل من الزاني والزانية على حد سواء إذا ارتكبا جريمة الزنا تحت ضغط الإكراه التام.

٢. إن الجرائم الحدية كلها جرائم قصدية، فهي إما عمدية أو لا جريمة، فلا خطأ فيها لأن القصد الخاص أو النية السيئة الآثمة عنصر رئيس في هذه الجرائم،

---

(١) في الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية في فقه الإمامية – للشهيد السعيد زين الدين الجبعي العاملي: ٣٤٩/٢.

(٢) لابن حزم الظاهري: ٣٣١/٨.

فإذا تخلف يتخلف قيام الجريمة، ومن الواضح ان القصد الخاص والإكراه متعارضان لا يجتمعان.

٣. عنصر المكلف مأخوذ في تعريف جميع جرائم الحدود ولو لم يذكر صراحة، والمكلف في الاصطلاح الشرعي هو الانسان البالغ العاقل المختار العالم المكلف به والقادر على القيام به، فما دام لفظ المختار مأخوذاً في تعريف المكلف، والمكلف مأخوذ في تعريف الجريمة الحدية، فلا تتحقق هذه الجريمة بمعناها الشرعي إذا نفذت تحت ضغط الإكراه.

٤. الإكراه يولد الشبهة في الجريمة الحديه لأنه يؤدي الى تخلف الركن المعنوي (القصد الجنائي)، وقد أجمع فقهاء الشريعة سبلستثناء ابن حزم- على ان الحدود تسقط بالشبهات[1].

٥. إن جرائم الحدود هي جرائم الاعتداء على حقوق الله المحضة أو الحقوق المشتركة بينه وبين عباده وحقه هو الغالب، ومن المعروف ان تسامح الإسلام في حقوق الله أكثر من تسامحه في حقوق العباد حين التجاوز عليها.

٦. وأضيف الى هذه الأسباب سبب آخر لم أطلع على مرجع يتطرق له وهو القياس، الذي يعد من أهم الدلائل الشرعية بعد القرآن والسنة النبوية والإجماع، فتقاس كل جريمة حدية فيها الإكراه على جريمة الردة وهي من أكبر الكبائر ومن أخطر الجرائم، فإذا كان الإكراه فيها مانعاً من المسؤولية الجنائية بنص القرآن الكريم: ﴿إِلاَّ مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالإِيمَانِ﴾[2]، فمن باب أولى يكون مانعاً من المسؤولية الجنائية في سائر الجرائم الحدية والجامع بين المقيس والمقيس عليه تخلف القصد الجنائي لدى المكره.

---

(١) عن عائشة (رضي الله عنها) قالت قال الرسول ﷺ ((ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن كان له مخرج فخلوا سبيله فإن الإمام ان يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة)). رواه الترمذي، نيل الأوطار: ١١٨/٧.

(٢) سورة النحل / ١٠٦.

أثر الإكراه في جرائم القصاص والدية:

معرفة هذا الأثر تتطلب معرفة أنواع هذه الجرائم والجزاء المترتب على كل نوع منها، وهذه الجزاءات منها ما هو أخروي وهو الاثم، ومنها ما هو دنيوي، والدنيوي قد يكون بدنياً كالقصاص وقد تكون مالياً، والمالي إما إيجابي كالكفارات، وقد يكون الكفارة الصيام، وأما سلبي وهو الحرمان من الميراث.

فالقصاص بالنسبة للقتل العمد العدوان جزاء أصلي، والدية قد تكون جزاءً أصلياً كما في القتل الخطأ، وقد يكون بديلاً كالاتفاق عليها بدلاً من القصاص، كما ان الحرمان من الميراث جزاء تبعي بالنسبة لجميع أنواع القتل المانع من الميراث.

أنواع جرائم القصاص والدية:

وهي تنقسم الى قسمين رئيسين، جرائم الاعتداء على النفس، والاعتداء على ما دون النفس (أعضاء الجسم)، ونقتصر في دراستنا هذه على القسم الأول لأن كل ما يسري عليه من العناصر والأحكام يسري على القسم الثاني أيضاً.

أنواع القتل:

لم يتفق الفقهاء على تحديد الأنواع التي تستوجب الجزاء، فمنهم من قال بالتقسيم الخماسي، ومنهم من قال بالتقسيم الثنائي، ومنهم من ذهب الى التقسيم الثلاثي.

التقسيم الخماسي:

قسم الحنفية[1] القتل من حيث القصد ووسيلة التنفيذ الى خمسة أنواع، العمد وشبه العمد والخطأ والجاري مجرى الخطأ والقتل بالتسبب.

١. **القتل العمد:** عرّفوه بأنه إزهاق روح إنسان عمداً عدواناً بوسيلة ممزقة لأنسجة خلايا الجسم كالسلاح الناري، وجزاؤه الأصلي هو القصاص، والتبعي هو حرمان القاتل من ميراث المقتول، والبدلي هو الدية باتفاق من ولي الدم والجاني.

---

(1) ينظر: في هذا الموضوع الدر المختار وحاشيته رد المحتار: ٥٢٧/٦ وما بعدها. الهداية: ١٥٨/٤ وما بعدها. تكملة فتح القدير: ٢٠٣/١٠ وما بعدها. البدائع: ٤٦١٦/١٠ وما بعدها.

٢. **القتل شبه العمد:** هو نفس القتل العمد، إلا ان الوسيلة في العمد ممزقة بخلاف وسيلة شبه العمد، وجزاؤه الاثم والكفارة في مال الجاني، والدية المغلظة[1] على العاقلة وشبه العمد في الاعتداء على ما دون النفس عند الحنفية عمد.

٣. **القتل خطأ** والخطأ نوعان: **خطأ في القصد** كأن يرمي شخصاً فيظنه صيداً، فإذا هو آدمي أو يظنه حربياً فإذا هو غير حربي. وجزاؤه في الحالتين الكفارة في ماله والدية على عاقلته، ولا إثم عليه لقوله تعالى: ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِ﴾، وقول الرسول ﷺ ((رُفِعَ عَنْ أُمَتِي الخَطَأ))، أي رفعت المؤاخذة والمسؤولية الجزائية الدنيوية والأخروية عن جريمة يرتكبها الشخص خطأ.

٤. **ما جرى مجرى الخطأ:** وهو عبارة عن قتل يرتكبه الانسان من دون استخدام الإرادة والإدراك، كنائم فوق سطح يقع على شخص فيقتله، وجزاؤه نفس جزاء النوع الثالث.

٥. **القتل بالتسبب:** كأن يحفر شخص بئراً في مكان غير مسموح له بدون إذن، فيقع فيها شخص فيموت نتيجة ذلك. وجزاؤه الدية على عاقلته، فلا إثم عليه إلا بالنسبة الى الحفر، ولذلك لا تجب عليه الكفارة.

ويلاحظ على هذا التقسيم الخماسي أنه غير دقيق من أوجه منها:

أ. **معيار التفرقة بين العمد وشبه العمد:** تكون الوسيلة ممزقة للأنسجة الجسمية في العمد وغير ممزقة في شبه العمد[2]، رغم أنه معيار موضوعي، غير انه ليس سليماً، إذ قد يحصل العمد بطرق أخرى خالية من التمزيق، كالاغراق بالماء والخنق ونحوهما.

ب. **القتل بالتسبب:** قد يكون عمداً عدواناً يوجب القصاص، كمن أراد قتل شخص، فحفر له بئراً فوقع فيها فمات، فليس من العدالة أن يعامل معاملة القاتل خطأ. وقد ذهب الكثير من الفقهاء الى ان جزاءه في هذه الصورة هو القصاص، يقول

---

(١) الدية نوعان مغلظة ومخففة فالمغلظة مائة من الإبل ثلاثون حقة وثلاثة جذعة وأربعون خلفة في بطونها أولادها. والمخففة مائة من الابل عشرون حقة وعشرون جذعة بنت لبون وعشرون ابن لبون وعشرون بنت مخاض فإن عدمت الابل انتقلت الى قيمتها.

(٢) في الدر المختار: ٥٢٧/٦ (هو أن يتعمد ضربه في أي موضع من جسده بآلة تفرق الأجزاء مثل سلاح).

الخرشي[١] (من حفر بئراً في موضع لا يجوز له حفرها فيه كطريق المسلمين، أو حفرها في موضع يجوز له حفرها فيه كبيته، وقصد بذلك الضرر كهلاك شخص معين وهلك فيها ذلك المعين فإنه يقتل به).

جـ. التفرقة بين الخطأ وما يجري مجراه: غير منطقية لعدم توافر القصد الجنائي في الحالتين لا في الفعل ولا في النتيجة (القتل).

التقسيم الثنائي:

قسم المالكية على المشهور القتل الموجب للجزاء الى قسمين، العمد والخطأ[٢] بعد أن اتفق فقهاء الشريعة على أن القتل كما يكون عمداً يكون خطأ، اختلفوا في انه هل بينهما وسط وهو الذي يسمى شبه العمد أو لا، فقال جمهورهم بوجود هذا الوسط، لأن القتل عمد إذا قصد الجاني الفعل والنتيجة معاً، وخطأ ان لم يقصدهما معاً، وشبه عمد إن قصد الفعل دون النتيجة كالضرب المفضي الى الموت.

والمشهور عند المالكية هو أنه لا واسطة بين العمد والخطأ، أي بين أن يقصد الجاني القتل أو لا يقصد، فالأول عمد والثاني خطأ، وينبني على ذلك دخول شبه العمد في العمد لتوافر القصد الجنائي في الفعل[٣]. ويترتب على العمد القصاص وعلى الخطأ الدية على عاقلة الجاني، والكفارة في ماله، وهي تحرير رقبة مؤمنة، فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين، فإن لم يقدر انتظر القدرة[٤].

ويلاحظ على التقسيم الثاني أنه غير منطقي، لأن التسوية بين جريمة يتوافر فيها القصد الجنائي في الفعل والنتيجة وبين أخرى لا يتوافر فيها هذا القصد إلا في الفعل يتنافى مع العدالة والمنطق.

---

[١] المرجع السابق: ٨/٨.

[٢] ينظر الخرشي: ٨/٨ وما بعدها. الشرح الصغير: ٣٥٣/٢ وما بعدها.

[٣] بداية المجتهد ونهاية المقتصد – للإمام ابن رشد: ٣٣٣/٢.

[٤] تبصرة الحكام – لابن فرحون: ٢٣١/٢.

التقسيم الثلاثي:

ذهب جمهور الفقهاء[١] الى التقسيم الثلاثي وهو العمد وشبه العمد والخطأ فقالوا:

القتل العمد: هو إزهاق روح إنسان بوسيلة مميتة غالباً كالسلاح الناري.

وشبه العمد: هو إزهاق روح إنسان بوسيلة غير مميتة غالباً كالخشب والحجر.

والقتل خطأ: هو إزهاق روح إنسان لم يتوافر فيه القصد الجنائي لا في الفعل ولا في النتيجة، كمن رمى إنساناً ظاناً أنه صيد أو رمى بريئاً ظاناً أنه حربي، ثم تبين خلاف ذلك.

ومن الواضح أن أثر الإكراه لا يقتصر على المسؤولية عن القتل وحده، بل كما يشمل كل نوع من أنواعه المذكورة، كذلك يسري على كل اعتداء على ما دون النفس من الجروح والعاهات المستديمة وغيرها من كل أذى يصيب سلامة جسم الانسان، غير ان استعراض أحكام جميع هذه الصور يتطلب الكثير من الوقت والجهد إضافة الى ان التطويل الممل، كما ان الإيجاز مخل، لذا نقتصر على ما يتعلق بالقتل العمد العدوان ليتخذ أساساً ومقيساً عليه لسائر الاعتداءات على النفس وما دون النفس، ونهيب بشيء من التفصيل عن هذا السؤال: من المسؤول عن جريمة قتل عمد عدوان ارتكبت تحت ضغط الإكراه التام؟

الشقوقات المتصورة؟ أربعة: إما أن يقتص من كل من المكرِه والمكرَه، هذا لمباشرته وذاك لتسببه، أو لا يقتص من أي منهما، وإنما تجب الدية مناصفة، أو يقتص من المكرِه (بكسر الراء) دون المكرَه أو عكس ذلك.

لم تتفق كلمة الفقهاء على شق من هذه الشقوقات، بل اختلفوا على أربعة آراء، كلٌ اختار واحداً منها كما في الإيضاح الآتي:

الرأي الأول: هو أن يقتص من كل واحد منهما، وهو مذهب المالكية[٢]، والحنابلة[١] والراجح في المذهب الشافعي[٢].

---

[١] في بداية المجتهد: ٣٣٢/٢ (وأما صفة الذي يجب به القصاص فاتفقوا على انه العمد وذلك أنهم أجمعوا على ان القتل صنفان عمد وخطأ واختلفوا في أنه هل بينهما وسط أو لا وهو الذي يسمونه شبه العمد فقال به جمهور فقهاء الأمصار والمشهور عند مالك نفيه).

[٢] في الخرشي: ٩/٨ (من أسباب القتل الإكراه وهو نسبة بين المكرِه والمكرَه فيقتل المكرِه (بكسر الراء) لتسببه والمكرَه (بفتح الراء) لمباشرته إن لم يمكنه مخالفة الأمر خوف قتله).

واستدل أصحاب هذا الرأي وأنصاره بأدلة منها ما يأتي:

١. إن المكرِه تسبب فيما يفضي الى موت المجنى عليه غالباً بغير حق، فكأنه ألقاه في بئر فيها حيوان مفترس فافترسه، أو ألقاه في ماء، وهو يعلم أنه لا يجيد السباحة ففرق فمات.

أما المكرَه فكان مخيراً بين اختيار المهدد به وبين قتل من أكره على قتله، فاختار الثاني إيثاراً لنفسه وإبقاءً لحياته، مع ان الناس سواسية في حق الحياة لا فضل لأحد على أحد إلا بمبرر مشروع ولا مبرر، إضافة الى ذلك فإنه يقاس على من يقتل شخصاً ليأكل لحمه في حالة المجاعة[٢].

٢. إنهما شريكان في ارتكاب الجريمة، هذا لتسببه، وذا لمباشرته، فالحالة هذه كحالة قتل الجماعة بواحد التي اتفق عليها، وإذا سقط القصاص بصلح أو غيره وجبت الدية كلها تكون مناصفة، فعلى كل واحد منهما نصفها في ماله لا في مال العاقلة.

شروط تنفيذ القصاص على كليهما:

يجب توافر الشروط التالية:

١. أن لا يكون الإكراه ناقصاً، وإلا فيقتص من المكرَه المباشر، فلو هدد بالضرب البسيط أو الحبس البسيط إذا لم ينفذ القتل المأمور به، فيقتص من المكرَه (بالفتح) إذا نفذ القتل، ويعزر المكرِه.

---

[١] في المغني – لابن قدامة: ٦٤٥/٧ (يجب القصاص على المكرِه والمكرَه جميعاً وبهذا قال مالك فوجوبه على المكرِه لأنه تسبب الى قتله بما يفضي إليه غالباً فأشبه ما لو أوسعته حية أو ألقاه على أسد في زبية. أما وجوبه على المكرَه فلأنه قتله عمداً ظلماً لاستبقاء نفسه فأشبه ما لو قتله في المخمصة ليأكله وقولهم: "إن المكرَه ملجأ غير صحيح فإنه ممكن من الامتناع").

[٢] في تحفة المحتاج: ٣٨٨/٨ (ولو أكره على قطع أو قتل لشخص بغير حق كأقتل هذا وإلا قتلتك فقتله فعلى المكره (بكسر الراء) ولو إماماً أو متغلباً القصاص وإن كان المكره نحو مخطئ. ولا نظر الى انه متسبب والمكره مباشر ولا الى ان شريك المخطيء لا قود عليه لانه معه كالآلة إذ الاكراه يولد داعية القتل في المكره غالباً.. وكذا على المكرَه (بالفتح) ما لم يكن أعجمياً يعتقد وجوب طاعة كل أمر أو مأمور الإمام أو زعيم بغاة لم يعلم ظلمه بأمره بالقتل).

[٣] ينظر تحفة المحتاج: ٣٨٩/٨. المغني: ٦٤٥/٧.

٢. أن لا يكون المكرَه صبياً او مجنوناً أو من في حكمهما، وبخلاف ذلك يقتص من المكرِه وحده، لأن المكرَه بمثابة آلة مستعملة في تنفيذ الجريمة.

٣. أن لا يعتقد المكرَه أن الإكراه واجب التنفيذ، لأن هذا القتل في اعتقاده مشروع ومبرر، أو لأن الآمر المكرِه لا يأمر بما هو محرم لمركزه الديني أو الاجتماعي.

الرأي الثاني: هو أنه لا يقتص من أي منهما وهو رأي أبي يوسف من فقهاء الحنفية ولكن قال بوجوب الدية على المكرِه (بكسر الراء) الآمر بالقتل[1].

واستدل بأدلة[2] منها:

أ. ان المكرِه (بكسر الراء) ليس بقاتل حقيقة ونسبة القتل إليه إنما يكون على سبيل المجاز العقلي، وهو نسبة الشيء الى غير ما حقه أن ينسب إليه لعلاقة السببية، فدوره يقتصر على التسبب والقتل بالتسبب في أصول الحنفية لا يوجب القصاص، فإذا لم يجب على المكرَه لا يجب على المكرِه من باب أولى.

ب. واعتبار المكرَه آلة لأن فضل بقاءه على بقاء المجني عليه دليل على ان الفعل الجرمي لم يعد منسوباً للمكرَه وحده، بل ظل الفعل يدور بينهما فحصلت الشبهة والقصاص يسقط بالشبهة، كما في جرائم الحدود لأن جريمة القصاص كجريمة الحدود تحريمها وعقابها ثابتان وعمدان بالنص.

ويلاحظ على هذا الرأي انه رغم تعليله المنطقي فإنه يصطدم مع العدالة والمنطق، لأنه من البدهي انه لولا الإكراه لما حدثت الجريمة، وإذا كان المكرَه المأمور معذوراً الى حد ما من حيث انه اقترف الجريمة للتخلص من خطورة المهدد به، فما هو العذر المخفف لعقوبة المكرِه الآمر بالاعتداء على أرواح الأبرياء بدون مبرر شرعي؟، وعلى أي أساس يبنى تحول القصاص الى الدية؟

والتعليل بأن القتل تم بمساهمة كل منهما، هذا بتسببه وذا بمباشرته مما أدى الى حدوث الشبهة يؤدي الى القول بعدم عقاب الشركاء الذين يساهمون في ارتكاب

---

(1) في بدائع الصنائع: ٤٤٨٨/٩ (وعند أبي يوسف لا يجب القصاص عليهما ولكن تجب الدية على المكره). وفي حاشية ابن عابدين: ١٣٦/٦ (ونفاه أبو يوسف عنهما ولكن أوجب الدية على الآمر في ثلاث سنين لشبهة العدم فإن أحدهما قاتل حقيقة لا حكماً والآخر بالعكس).

(2) في بدائع الصنائع: ٤٤٨٨/٩ (وجه قول أبي يوسف (رحمه الله) أن المكره ليس بقاتل حقيقة بل هو مسبب للقاتل إنما القاتل هو المكرَه حقيقة. ثم لما لم يجب القصاص عليه فلأن لا يجب على المكره أولى).

الجريمة بالعقوبة المقررة لها شرعاً، وهذا يتعارض مع إجماع جمهور الفقهاء على قتل الجماعة بواحد.

ولكل ذلك أرى أن أبا يوسف (رحمه الله) لم يكن موفقاً في رأيه هذا.

الرأي الثالث: لا يعد الإكراه عذراً مانعاً من المسؤولية بالنسبة للآمر المكرِه، فيجب عليه القصاص إذا كانت الجريمة قتلاً عمداً عدواناً دون المأمور المكرَه، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد الشيباني[1] والشيعة الزيدية[2]، والقول المرجوح عند الشافعية[3]، وهذا لا يعني أن المكرَه يعد بريئاً رغم إيثاره، وتفضيل بقائه على المجنى عليه بارتكاب الجريمة المكرَه عليها، بل يعاقب بعقوبة تعزيرية من الحبس أو السجن، رغم أن بعضاً منهم لم يتطرق الى هذه العقوبة التعزيرية حين قال بأن المكرِه الآمر هو وحده يستحق القصاص، ومن الواضح أنه يجب توافر الشروط التي ذكرناها في الرأي الأول لتنفيذ القصاص.

واستدل أنصار هذا الرأي بأدلة منها نقلية ومنها عقلية وأهمها ما يأتي:

أ. من الأدلة النقلية التي استدلوا بها على عدم وجوب القصاص على المكرَه قول الرسول ﷺ: ((**رُفِعَ عَن أُمَّتِي الخَطَأ والنِسيان وَمَا استُكرِهُوا عَلَيهِ**))، أي رفعت المؤاخذة والمسؤولية الجنائية عمن يرتكب جريمة تحت ضغط الإكراه أو الخطأ أو النسيان، فقالوا: العفو عن شيء عفو عن موجبه وهو هنا عقوبة القصاص.

ب. من الأدلة العقلية ما يأتي:

١. **إن القاتل هو المكرِه** من حيث المعنى إنما الموجود من المكرَه (بفتح الراء) صورة القتل فهو بمثابة آلة استخدمت في تنفيذ الجريمة.

---

(١) في بدائع الصنائع: ٤٤٨٨/٩ (أما المكرَه على القتل فإن كان الإكراه تاماً فلا قصاص عليه عند أبي حنيفة ومحمد ولكن يعزر ويجب على المكرِه).

(٢) يتفق فقه الزيدية مع الاتجاه الذاهب الى إلقاء المسؤولية على المكره لأنه الفاعل معنى والمكرَه بمثابة الآلة التي تستخدم في تنفيذ الجريمة وجل أدلتهم حديث ((رُفِعَ عَن أُمَّتِي الخَطَأ والنِسيان وَمَا استُكرِهُوا عَلَيه)).

(٣) في المذهب: ١٧٧/٢ (ولو أكره رجل على قتل رجل بغير حق فقتله وجب القود على المكره (بكسر الراء) لأنه تسبب الى قتله بمعنى يفضي الى القتل غالباً أما المكرَه (بفتح الراء) ففيه قولان أحدهما لا يجب عليه القود لأنه قتله للدفع عن نفسه فلم يجب عليه القود كما لو قصده رجل ليقتله فقتله للدفع عن نفسه والثاني أنه يجب عليه القود وهو الصحيح لأن قتله ظلماً لاستبقاء نفسه فأشبه ما اذا اضطر الى الأكل فقتله ليأكله).

٢. **القياس على إتلاف مال الغير تحت ضغط الإكراه**، فكما أن الضمان يكون على المكرِه (بكسر الراء) إذا أكرَه شخصاً على إتلاف مال الغير بدون حق إكراهاً تاماً، كذلك القصاص يجب عليه لأنه لولاه لما حدثت الجريمة.

٣. **في قصة فرعون** نسب الله ذبح الأبناء واستحياء النساء الى فرعون الآمر بهذا العمل الاجرامي دون المنفذين المباشرين في قوله تعالى: ﴿يُذَبِّحُ أَبْنَآءَهُمْ وَيَسْتَحْيِۦ نِسَآءَهُمْ﴾[1] وهذا يعني أن الفاعل الحقيقي هو الآمر.

٤. **إذا أكرِه شخص** على قطع يد نفسه فله أن يقتص من المكرِه ولو كان صاحب اليد هو القاطع حقيقة لما كان له هذا الحق.

٥. **إن معنى الحياة** أمر لا بد منه في باب القصاص، قال تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِى ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ﴾[2]، ومعنى الحياة شرعاً لا يحصل بشرع القصاص في حق المكرَه واستيفائه منه، لذلك وجب على المكرِه دون المكرَه.

الرأي الرابع: إن الإكراه لا يعد عذراً مانعاً من المسؤولية لا بالنسبة الى المكرِه ولا المكرَه، غير أن مسؤولية المكرَه المباشر لفعل القتل أكثر، لذا يقتص منه ويعزر المكرِه (بكسر الراء) تعزيراً يقارب عقوبة القصاص وهو السجن مدى الحياة، وهذا الاتجاه هو رأي الشيعة الإمامية[3]، وزفر من الحنفية، غير ان زفر لم يتطرق حسب ما أعلم لعقوبة الآمر المكرِه[4]، بخلاف الشيعة الإمامية حيث قالوا بأنه يعزر بعقوبة تعزيرية وهي السجن مدى الحياة.

---

(1) سورة القصص / ٤.

(2) سورة البقرة / ١٧٩.

(3) في كتاب الخلاف في الفقه – الطوسي: ٣٥١/٢ (إذا أكره الأمر غيره على قتل من لا يجب قتله فقال له إن قتلته وإلا قتلتك لم يحل له قتله بلا خلاف فإن خالف وقتل فإن القود على المباشر دون المأمور)، وفي الروضة البهية: ٣٩٩/٢ (لو أكرهه على القتل فالقصاص على المباشر لأنه القاتل عمداً ظلماً إذ لا يتحقق حكم الإكراه عندنا ولو وجبت الدية كما لو كان المقتول غير مكافئ فالدية على المباشر أيضاً دون الآمر فلا قصاص عليه ولا دية ولكن يحبس الآمر دائماً حتى يموت).

(4) في بدائع الصنائع: ٤٤٨٨/٩ (وعند زفر رحمه الله يجب القصاص على المكرَه (بفتح الراء) دون المكرِه). وفي حاشية ابن عابدين: ١٣٧/٦ (وقال زفر يقاد الفاعل لأنه المباشر).

وجُلُّ أدلة هذا الرأي ما يلي:

١. استدل الإمامية بأدلة منها:

أ. قوله تعالى: ﴿وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَانًا﴾[١] وهذا مقتول قتل مظلوماً.

ب. ما روى من أن رجلين شهدا عند علي بن أبي طالب كرم الله وجهه على رجل بالسرقة فقطعه علي، ثم أتياه بآخر وقالا هذا الذي سرق فأخطأنا على الأول فرد شهادتهما على الثاني، وقال (لو علمت أنكما تعمدتما على الأول لقطعتكما).

وجه الدلالة ان علياً قضى بالقصاص على من ألجأ الحاكم الى القطع بالشهادة مع قدرة الحاكم على الامتناع من قتله، بأن يعدل عن النظر والمكرَه أغلظ حالاً من الحاكم، فإنه ملجأ إليه على وجه لا يمكنه إلا قتله خوفاً على نفسه، فإذا كان على الشاهد القود فبأن يكون على المكرَه أولى وأحرى[٢].

جـ. إجماع الصحابة السكوتي لأنهم لم يخالفوا الحكم المذكور لعلي بن أبي طالب.

٢. استدل الحنفية على قول زفر المذكور بأن القتل وجد من المكرَه حقيقة حساً ومشاهدةً، وإنكار المحسوس مكابرةً، فوجب اعتباره منه دون المكره، إذ الأصل اعتبار الحقيقة لا يجوز العدول عنها إلا بدليل[٣].

ويلاحظ على هذا الرأي الرابع أنه غير مقبول من أوجه منها:

أ. عدم قوة الأدلة التي استند إليها أصحاب هذا الرأي حيث لا يثبت بها بصورة قطعية هذا الحكم القاسي على من قام بالفعل بدون رضاء وتحت ضغط تام.

ب. ليس من العدالة والمنطق التسوية في المسؤولية بين من يرتكب جريمة بإرادته الحرة المدركة، وبين من يقوم بمثل هذه الجريمة تحت ضغط إكراه تام.

جـ. قول زفر معيب من وجه آخر، وهو سكوته -حسب ما أعلم- عن مسؤولية من أكرَه شخصاً إكراهاً تاماً ملجئاً على ارتكاب جريمة لا مبرر لها، وبوجه خاص القتل العمد العدوان والسكوت في معرض الحاجة بيان كما تقول القاعدة

---

[١] سورة الاسراء / ٣٣.

[٢] كتاب الخلاف للطوسي: ٣٥٣/٢.

[٣] بدائع الصنائع: ٤٤٨٨/٩.

الفقهية[1]، وهذا يعني براءة المكرِه (بكسر الراء) وإعفاءه من مسؤولية هذه الجريمة، الأمر الذي تأباه روح الشريعة الإسلامية والعدالة والمنطق والعقل السليم.

الرأي الراجح: لا يوجد رأي من الآراء المذكورة يكون قميناً بالترجيح والأخذ به على انفراده، لأن كل واحد منها لا يخلو من عيب أو نقص من وجه أو آخر، لذا من المفضل أن يؤخذ من مجموعها رأي خامس مستقل عنها، وهو إقرار وجوب القصاص على الآمر المكرِه، لأنه هو الفاعل في المعنى لاقتران الجريمة ولولاه لما وقعت، والقتل تحت ضغط الإكراه من باب اجتماع التسبب والمباشرة، وإذا اجتمعا ينسب الحكم الى المتغلب منهما، والمتغلب هنا هو التسبب، لأنه لولاه لما وقعت الجريمة، ولأن المكرَه بمثابة آلة أُستُعملت في تنفيذ الجريمة.

وأما المكرَه فهو لا يخلو من إحدى حالتين:

أ. إذا كان يعتقد أن الآمر لا يحكم إلا بالحق، وأنه ليس من أنصار الظلم لمركزه الديني أو الاجتماعي، فنفذ المكرَه عليه على هذا الاعتقاد رغم انه لم يكن راغباً فيه، فإنه يجب على القاضي بعد التأكد والتثبت من وجود مثل هذا الاعتقاد أن يحكم ببرائته، فلا يسأل لا عن دية ولا عن كفارة، كما لا يسأل عن القصاص، لأن الإكراه عذر مانع من المسؤولية الجنائية في مثل هذه الظروف.

ب. إذا كان يعلم أن الأمر غير مشروع وان المكرَه عليه لا يجوز أي دليل شرعي، فإنه يجب أن يعاقب بعقوبة تعزيرية في حدود معقولة، لأنه لم يقم بالعمل برضاء وحرية إرادته، فالإكراه إذا لم يعفه من المسؤولية بصورة كاملة، يجب أن يُعَدَّ ظرفاً مخففاً للعقوبة، ويجوز أن تكون هذه العقوبة تحميله نصف الدية من ماله.

وبعد هذا التحقيق الدقيق المفصل يتبين لنا خطأ العلامة ابن السبكي في كتابه (جمع الجوامع) ٦٨/١ (والصواب امتناع تكليف الغافل والملجأ وكذلك المكره على الصحيح ولو على القتل).

---

[1] م٦٧ من مجلة الأحكام العدلية.

أثر الإكراه في المسؤولية الجنائية عن جرائم التعزير:

جريمة التعزير إما اعتداء على حق الله أو اعتداء على حق الإنسان.

القسم الأول نوعان، نوع يتحول حكمه الى إباحة، ونوع يتبدل بالرخصة.

النوع الأول/ ما يتحول حكمه بالإكراه التام الى إباحة فلا يسأل المكره لا ديانة ولا قضاء، لا جنائياً ولا مدنياً كتعاطي الدم والمسكرات والمخدرات. وأكل الميتة ولحم الحيوانات والطيور المحرمة والانتفاع بها بطريقة أخرى[1].

النوع الثاني/ يحتفظ الفعل بصفته التحريمية ولا يتحول الى المباح إذا تم تنفيذه تحت ضغط الإكراه التام ولكن يتبدل حكمه من العزيمة الى الرخصة، فلا يسأل المكره أيضاً لا ديانة ولا قضاء، لا جنائياً ولا مدنياً كالكفر (الردة)، فمن فعل أو قال ما يكفر به في الظروف الاعتيادية تحت ضغط الإكراه التام لا يسأل مطلقاً رخصة لا إباحة[2].

القسم الثاني الاعتداء على حقوق العبد تحت ضغط الإكراه، فالإكراه عذر يرفع المسؤولية الجنائية والمدنية في الإهلاك، والمسؤولية الجنائية فقط في الاستهلاك.

أ. في الإهلاك: من أتلف مال الغير تحت ضغط الإكراه التام يكون الضمان على المكرِه دون المكرَه، أما إذا كان الإكراه ناقصاً يكون الحكم بالعكس.

ب. في الاستهلاك: من أكل مال الغير لإكراه أو ضرورة يكون الضمان عليه، لكن لا يسأل جنائياً لعذر الإكراه[3]. والسر في الفرق بين الاهلاك والاستهلاك أنه في الحالة الاولى يرفع به أذى الغير ولا ينتفع بالمكره عليه بخلاف الحالة الثانية.

أثر الإكراه في العقود:

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في أثر الإكراه في العقود على أربعة أقوال وهي:

مانع من الانعقاد ومانع من الصحة ومانع من النفاذ ومانع من اللزوم.

القول الأول: الإكراه في العقود مانع من انعقادها، لأن التراضي عنصر رئيس من

---

(1) لقوله تعالى: (إلاَّ مَا اضطُرِرتُم إليه).

(2) لقوله تعالى: (مَن كَفَرَ بِاللهِ مِن بَعدِ إيمَانِه إلاَّ مَن أُكرِهَ وَقَلبُهُ مُطمَئِنٌّ بِالإيمَانِ).

(3) ينظر بدائع الصنائع المرجع السابق: ٤٤٨١/٩-٤٤٨٨. المحلى - لابن حزم: ٣٢٩/٨-٣٣١.

عناصر العقد، فإذا تخلف بالإكراه يكون المال المكتسب بسببه أكلاً بالباطل، وقد قال سبحانه وتعالى: ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لا تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[1]، ثم ان إرادة العاقد لم تنصرف الى إحداث ما يرتب عليه الأثر الشرعي، إنما أراد بالإقدام على العقد دفع الأذى عن نفسه، وهذا القول هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء. فقال به الشافعية[2] والظاهرية[3] والزيدية[4] وبعض الشيعة الإمامية[5] وبعض المالكية[6] وبعض الحنابلة[7].

القول الثاني: الإكراه مانع من الصحة، فعقد المكرَه فاسد وهو ما قال به الحنفية باستثناء. زفر وبنوا قولهم هذا على أساسين:

أحدهما التفرقة بين الاختيار والرضا كما ذكرنا سابقاً فقالوا: الاختيار مباشرة السبب بإرادة حرة مدركة، والرضا هو الرغبة في ترتب الآثار على السبب الذي بوشر به وهما ركنان معنويان للتصرفات، فإذا تحقق الاختيار دون الرضا يكون فاسداً.

---

(1) سورة النساء / ٢٩.

(2) في فتح المعين بهامش إعانة الطالبين: ٧/٣ (ويشترط في عاقد بائعاً كان أو مشترياً تكليف فلا يصح عقد صبي ومجنون وكذا مكره بغير حق لعدم رضاه). وورد بهذا المعنى في حاشية قليوبي: ١٥٦/٢ وحاشية البجيرمي: ١٧٤/٢ والمهذب: ٢٥/١.

(3) في المحلى: ٣٢٩/٨ (والإكراه على الكلام لا يجب به شيء وإن قاله المكره كالكفر والقذف والإقرار والنكاح والرجعة والطلاق والبيع والابتياع).

(4) ينظر الروض النضير: ٣٠٥/٢.

(5) ينظر تذكرة الفقهاء: ٧/٧.

(6) قوانين الأحكام الفقهية ص٣٧١ وفي هذا المرجع (بيع المكره وشراؤه باطلان). في الموافقات للشاطبي: ٣٢٦/٣ (أن مسائل الإكراه إنما قيل بانعقادها شرعاً بناءً على انها مقصودة للشارع بأدلة أقرّها الحنفية ولا يصح أن يقر أحد بكون العمل غير مقصود للشارع على ذلك الوجه ثم يصححه لأن تصحيحه إنما هو بالدليل الشرعي والأدلة الشرعية أقرب الى تفهيم مقصود الشارع من كل شيء فكيف يقال ان العمل صحيح شرعاً مع انه غير مشروع؟ هل هذا إلا عين المحال؟).

(7) نظرية العقد – لابن تيمية ص١٥٢.

الثاني التفرقة بين أصل العقد ووصفه[1] فقالوا: إذا كان الأصل والوصف مشروعين يكون العقد صحيحاً، وإذا كانا غير مشروعين يكون باطلاً، وإذا كان الأصل مشروعاً والوصف غير مشروع يكون فاسداً.

وقال أبو حنيفة في تعليل وجود العقد الفاسد انه لو أعتبر صحيحاً للزمت التسوية بين المشروع بأصله ووصفه وبين المشروع بأصله وغير المشروع بوصفه، وهذا خلاف العقل والمنطق. ولو ألحق بالعقد الباطل للزمت التسوية بين عقد مشروع بأصله وغير مشروع بوصفه وبين غير المشروع بأصله ووصفه معاً، وهذا أيضاً خلاف المنطق والعقل السليم.

وقال الحنفية ان الفاسد كالعقد الموقوف تلحقه الإجازة ويتحول الى الصحيح تلقائياً بمجرد إجازة المكرَه له بعد زوال أثر الإكراه، كما إن الفاسد لأي سبب آخر يتحول الى الصحيح بإزالة سبب فساده، كالعقد الربوي فإنه فاسد بسبب الفائدة الربوية، فإذا تنازل الدائن عن الزيادة يصبح صحيحاً دون الحاجة الى تجديده، بخلاف العقد الباطل فإذا أزيل سبب بطلانه لا يتحول الى الصحيح بل يجب أن يستأنف من جديد إذا أراد العاقدان ذلك.

القول الثالث: الإكراه مانع من النفاذ فيكون عقد المكره موقوفاً فلا تترتب عليه آثار من الحقوق والالتزامات إلا بعد الإجازة رغم انعقاده صحيحاً بناءً على قاعدة {**إذا تعارض المانع والمقتضي يقدم المانع**} ، فانعقاده صحيحاً يقتضي ترتب الآثار لكن الإكراه مانع من ذلك فيتقدم ويصبح نافذاً بإجازة المكره إذا زال أثر الإكراه عليه،

---

(1) أصل العقد عبارة عن شروط انعقاده فقالوا: شروط انعقاده سبعة وهي موافقة الإيجاب والقبول، وانعقاد المجلس، وتعدد العاقد حقيقة أو حكماً، والبلوغ أو التمييز، وكون المحل معيناً أو قابلاً للتعيين، وكونه مقدور التسليم، وكونه قابلاً للتعامل أي مالاً متقوماً والشروط الثلاثة الاولى لا تحتاج الى وصف مكمل بخلاف الاربعة الباقية فالبلوغ أو التمييز مقصود الرضا ومتركز عليه، والرضا يحتاج الى وصف مكمل وهو خلوه من الإكراه فعقد المكره فاسد وكونه معيناً أو قابلاً للتعيين يحتاج الى وصف يكمله وهو خلوه من الغرر، وكونه مقدور التسليم يحتاج الى وصف يكمله وهو خلوه من الضرر، وكونه متقوماً قابلاً للتعامل يحتاج الى وصفين مكملين وهما خلوه من الربا ومن الاقتران بالشرط الفاسد. وبناءً على ذلك يكون أسباب فساد العقد عند الحنفية خمسة وهي الإكراه والغرر والضرر والربا والشرط الفاسد.

وهذا هو قول جمهور فقهاء الشيعة الإمامية[1] وزفر من الحنفية[2].

وجُلّ أدلة هذا القول: إن التراضي المطلوب في العقود بمقتضى قوله تعالى: ﴿إلاّ أن تكونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ﴾، لا يشترط توافره حين انشاء العقد دائماً بل الضروري هو وجوده مطلقاً سواء حين العقد أو بعده بالإجازة، فإذا تمت الإجازة وتوافرت شروطها ينتج العقد آثاره بالأثر الرجعي، أي من تأريخ إنشائه لا من وقت الإجازة.

القول الرابع: إن الإكراه مانع من اللزوم لأن الرضا شرط اللزوم، فعقد المكره ينعقد صحيحاً نافذاً منتجاً لآثاره من حين إنشائه، إلا انه غير لازم يقبل الفسخ من المكره فهو ان شاء أمضاه وإن شاء فسخه رعايةً لمصلحته.

وهذا القول ما انفرد به جمهور المالكية[3] -حسب ما أعلم-، والجدير بالذكر أن الإكراه كما يكون مانعاً في التصرفات الإنشائية من العقود حسب التفصيل المذكور، يكون مانعاً من صحة التصرفات القولية المسقطة[4] كالطلاق والإبراء والتنازل عن القصاص وحق الشفعة ونحوها، كما يكون مانعاً من التصرفات القولية الإخبارية كالإقرار وإفادات الشهود وهذا البحث ليس موضوع تفصيل تلك التصرفات.

---

(1) في اللمعة والروضة البهية: ٢٧٦/١ (ويشترط في المتعاقدين الكمال برفع الحجر الجامع للبلوغ والعقل والرشد والاختيار إلا ان يرضى المكره بعد زوال إكراهه لأنه بالغ رشيد قاصد الى اللفظ دون مدلوله وإنما منع عدم الرضا فإذا زال المانع أثر العقد كعقد الفضولي).

(2) في الهداية: ٢٧٥/٣ (إذا باع مكرهاً يثبت به الملك عندنا وعند زفر لا يثبت لأنه بيع موقوف على الإجازة، ألا ترى أنه لو اجاز لجاز والموقوف قبل الإجازة لا يفيد الملك).

(3) في شرح الخرشي: ٢٧٥/٣ (شرط لزوم البيع أن يصدر من مكلف وهو الرشيد الطائع فإن صدر من غيره كصبي أو سفيه أو مكره لم يلزم وإن صح).

(4) أي مسقطة لحالة شرعية أو قانونية قائمة.

المبحث الثاني

الإكراه والمسؤولية الجنائية في القانون

لا خلاف بين فقهاء القانون الجنائي الحديث في ان الإرادة الحرة المدركة أساس المسؤولية الجنائية في كافة أنواع الجريمة، خطيرة كانت أم تافهة، وان هذه الإرادة قد تعدمها -حسب التعبير القانوني- ظروف عارضة كلياً وأحياناً تضيّق نطاق اختيارها الى أدنى حد، ويقال لهذه الظروف في الحالة الأولى إكراهاً مادياً، وفي الحالة الثانية تسمى إكراهاً معنوياً.

وبناءً على ذلك قسم فقهاء القانون الإكراه الى قسمين: المادي والمعنوي، كما قسمه فقهاء الحنفية الى الملجيء وغير الملجيء، مع فروق جوهرية بين التقسيمين تأتي في محلها.

القسم الأول / الإكراه المادي:

وهو كما عرّفه البعض[1]: محو إرادة الفاعل لا تنسب إليه فيه غير حركة عضوية أو موقف سلبي مجردين من الصفة الإرادية، وبنوا على هذا التعريف القول بأن الإكراه يمحو الإرادة وبالتالي يمحو الفعل ذاته، إذ الإرادة عنصر أساس فيه، فالحركة العضوية والموقف السلبي غير الارادين لا يقوم بها فعل إيجابي أو امتناع في لغة القانون، وإذا انمحى الفعل زال الركن المادي للجريمة، إذ لا قيام لهذا الركن بغير فعل، ويعني ذلك أن الإكراه المادي ليس مانع المسؤولية، إذ محل البحث في امتناع المسؤولية أن تتوافر الإرادة.

ويلاحظ على هذا التعريف وما رتب عليه ملاحظات منها:

١. **التعريف المذكور خاطيء** رغم المكانة العلمية لصاحبه فهو خاطيء من الناحية المنطقية، لأن المنطق القانوني يقضي بأن للعرِف (بكسر الراء) والمعرَف (بفتح الراء) يجب أن يكونا متحدين بالذات حتى يصح تفسير الأول للثاني وحمله عليه وأن يكونا متغايرين بالاعتبار، حتى لا يلزم حمل الشيء على نفسه وتفسيره بنفسه. وهذه القاعدة المنطقية لا تنطبق على هذا التعريف، لأن الإكراه صفة قائمة بالمكرِه ومحو

---

[1] وهو الدكتور محمود نجيب حسني – الموجز في شرح قانون العقوبات (المصري) القسم العام: ص٤٥٤.

الإرادة صفة المكرَه لأنه صفة قائمة بالإرادة وهي صفة المكرَه والموصوفان متغايران بالذات، فكذلك صفتاهما فالمحو ليس الإكراه وإنما هو أثر من آثاره. لكن هذه الملاحظة يمكن دفعها بأنه اراد المحو من الفعل المتعدى وهو ازالة الأثر لا من الفعل اللازم وهو زوال الأثر.

٢. **إن الإرادة صفة قائمة قابمة** لكل إنسان بالغ عاقل فهي لا تنعدم ولا تمحو من حيث الذات، وإنما تنعدم وتمحو قيمتها القانونية، فهي تتعطل عن العمل ويصيبها الشلل بسبب الإكراه وبالتالي لا يترتب عليها الآثار القانونية التي من شأنها أن تترتب عليها في الحالة الاعتيادية ومنها المسؤولية اجنائية.

٣. **الإكراه ماديا أو معنوياً** لا يمحي الفعل وإنما يجرده من قيمته القانونية وبالتالي لا تترتب عليه الآثار القانونية التي تترتب في ظرف اعتيادي، فالفعل المكره عليه بعد تنفيذه تحت ضغط الإكراه له الوجود بالبداهة، وعلى سبيل المثل من يمسك بيد غيره ويحركها على نحويثبت به بيانات مخالفة للحقيقة في محرر فعل التزوير -والبيان المخالف للحقيقة- موجود حساً ومشاهداً، غير ان قيمته القانونية غير موجودة ، فلا يعتدّ به ولا يترتب عليه الأثر القانوني وبالتالي لا يسأل جنائياً المكرَه الذي قام به تحت ضغط هذا الإكراه المادي.

فهذه التعابير غير الدقيقة من علماء القانون الجنائي والمدني مردها الجهل بقواعد علم المنطق وبعلم البلاغة في اللغة العربية. ولسنا بصدد استعراض التعريفات والتعليق عليها، ولكن أقترح أن يعرف الإكراه المادي بأنه قوة مادية تتسلط على إرادة شخص فتشلها وتعطلها عن مقاومتها فيقدم على ما يخلصه من خطرها خلافاً لرغبته.

مصادر الإكراه المادي:

الإكراه المادي في القانون ليس كالإكراه الملجيء في الفقه الإسلامي يكون مصدره هو الإنسان دائماً، بل كما يكون إنساناً فقد يكون فعل الطبيعة أو فعل حيوان[1].

أ. الإكراه الناشيء عن فعل الطبيعة: كإطفاء العاصفة مصباح السيارة في ليلة ظلماء أثناء سيرها بحيث يؤدي ذلك الى إصابة إنسان في حياته أو جسمه، أو الى

---

(1) الدكتور المقلي-المرجع السابق:ص٤٠١.الدكتور محمود محمود مصطفى-شرح قانون العقوبات القسم العام:ص٤٩٥.

إتلاف مال فلا يسأل السائق جنائياً عما ارتكبه من عمل غير مشروع نتيجة تلك القوة القاهرة، هذا في الجريمة الإيجابية.

ومن أمثلة الجرائم السلبية التي تفرضها على الإنسان قوة قاهرة الفيضان الذي يقطع جسراً فيمنع الشاهد من الذهاب لأداء شهادة يواجب يفرض عليه القانون أداءه ويعاقبه على تركه، ولا يسأل الجاني جنائياً سواء كانت الجريمة إيجابية أو سلبية.

ب- الإكراه الناشيء عن فعل الحيوان: كحالة دابة يزعجها سبب ما فتنتهيج ولا يقوى قائدها على كبحها، ويتسبب من ذلك حدوث إصابات. ومثل كلب عقور يعقر شخصاً فيمنعه من أداء واجب يعاقب القانون تاركه، ففي الحالة الأولى الجريمة إيجابية وفي الثانية سلبية ولا يسأل الجاني في كلتا الحالتين مساءلة جنائية[1].

جـ- الإكراه الناشيء عن فعل إنسان: كمن يقبض على شخص ويوقع ببصمة اصبعه عنوة على عقد مزور أو سند مزور أو يجبره على إفادة مزورة أو يحبسه فيمنعه من القيام بواجب يعاقب القانون تاركه، ففي الحالتين الإيجابية والسلبية لا يسأل الجاني جنائياً.

معيار الإكراه المادي:

الإكراه المادي معيار موضوعي كما هو واضح من الأمثلة والتطبيقات المذكورة، فمتى أثبت المتهم ان ما حدث كان ناشئاً عن إكراه مادي فلا يسأل جنائياً، سواء أكان ما حدث جناية أم جنحة أم مخالفة، وانعدام هذه المسؤولية لا يحتاج الى نص صريح ما دامت الإرادة الحرة المدركة شرطاً أساسياً لقيام المسؤولية الجنائية وهي متخلفة في حالات الإكراه المادي.

شروط الإكراه المادي:

يشترط للاعتداد بالإكراه المادي وبالتالي لأن يكون عذراً مانعاً من المسؤولية الجنائية توافر الشروط التالية:

١. أن يكون السبب الملجيء مما يستحيل عادةً -أي لا عقلاً- توقعه وتجنبه، فإذا كانت

---

[1] الدكتور الفلي – المرجع السابق: ص٤٠١. الدكتور محمود محمود مصطفى – شرح قانون العقوبات القسم العام: ص٤٩٥.

متوقعة بصورة عادية أو كان باستطاعة المكرَه أن يتوقعها ويتفادى الخضوع لها ورغم ذلك لم يفعل شيئاً لتفاديها لا يعد عديم الاختيار كلياً، لأنه كان لإرادته نصيب في خضوعه لهذه القوة القاهرة، وبالتالي لا يكون للإكراه المادي الوجود القانوني الذي يكون عذراً مانعاً من المسؤولية عن الفعل الجرمي الذي ارتكبه تحت ضغط هذه القوة.

وعلى سبيل المثل راكب الدابة الذي يعرف عادتها من جموحها كلما سمعت أصواتاً غير مألوفة لها، إذا استمر على السير بها في طريق مزدحم بالسيارات أو قريب من الأصوات غير المألوفة لها فلم يحسب لعادتها حساباً، فإذا تجمحت في هذا الطريق نتيجة تعرضها لما هو غير مألوف لها، فإن أتلفت شيئاً أو أصابت شخصاً يكون مسؤولاً عن هذا الحادث مدنياً وجنائياً فلا يعد الظرف المتغلب على إرادته عذراً مشروعاً، وبالتالي لا يكون مانعاً من مسؤوليته الجنائية، وكذلك لا يعد عذراً مانعاً من المسؤولية الجنائية عن جريمة يرتكبها بسبب انزلاق سيارة يسوقها بسرعة غير مسموحة في أرض رطبة، لأن حدوث الحادث في مثل هذا الظرف من شأنه أن يتوقع.

٢. **أن يكون من المستحيل عادةً على المتهم** أن يتجنب الفعل أو الامتناع الذي تقوم به الجريمة بأن تكون مقاومة القوة القاهرة بالنسبة إليه مستحيلة عادة ولو كانت ممكنة في حد ذاتها أو بالنسبة لشخص آخر، والمراد بالاستحالة هنا الاستحالة العادية النسبية، فإذا كان باستطاعته مقاومتها أو ردها ليتجنب ارتكاب الجريمة، ورغم ذلك قصر ولم يستعمل شيئاً يحول دون ارتكاب الجريمة عُدَّ مسؤولاً جنائياً عنها، كما لو حبس الجناة الشاهد لمنعه من أداء شهادته ضدهم الذي كان واجباً عليه، ثم تبين أنه كان في استطاعته أن يهرب أو يستعين بالغير ولم يفعل من ذلك شيئاً، فإنه لا يعد مكرهاً بالمفهوم القانوني، لذا لا يعفى من المسؤولية الجنائية عن ترك أداء هذه الشهادة.

وكما في ارتكاب سائق السيارة جريمة دعس بسبب الأنوار الناشئة المتسلطة من سيارة مقبلة، إذ كان بإمكانه التوقف عن السير. وكذلك يسأل عن الجريمة التي وقعت نتيجة انفجار إطار سيارته بغتةً، لأنه من الممكن توقيه بالعناية بالإطارات ما لم يكن صنعها فاسداً، ويسأل أيضاً عن جريمة تنشأ بسبب ما قد تنشره عجلة السيارة من أحجار صغيرة أو حصى تصيب عابر السبيل لإمكان توقيها بالسير على مهل.

٣. **أن لا يكون للمكره إكراهاً مادياً دخل في حدوث تلك القوة القاهرة**، فلو فتح باب غرفة أو حديقة فيها حيوان مفترس فهجم عليه ثم حاول التخلص منه عن طريق ارتكاب عمل جرمي، فإنه يسأل عنه وكذا إذا أشعل النار في محل عام فإصاب شخصاً حين محاولة التخلص من النار، فإنه إضافة الى مسؤوليته عن إشعال النار يسأل جنائياً عما أحدثه من إصابة الغير أو إتلاف مال الغير.

٤. **أن تكون إرادته مشلولة بصورة كلية** وبناءً على هذا الشرط لا يحق لسائق سيارة اعترض طريقه فجأة طفل صغير في مفترق طرق وأراد تفادي دعسه بالصعود على الرصيف فقتل شخصاً أن يدفع بالإكراه المادي، لأن إرادة المتهم في هذه الحالة لا تكون متلاشية، لذا لا يُعد هذا الظرف مانعاً، لكن يمكن اعتباره ظرفاً مخففاً.

الإكراه المادي والقوة القاهرة يشتركان من أوجه ويختلفان من أوجه أخرى.

أ. من أوجه الاشتراك:

١. كون كل واحد منهما مانعاً من المسؤولية الجنائية إذا توافرت شروطه.

٢. كون مانعية كل منهما متوقفة على توافر الشروط الأربعة المذكورة.

ب. من أوجه الاختلاف:

١. **من حيث المصدر:** مصدر الإكراه المادي قد يكون إنساناً وقد يكون طبيعة، وقد يكون حيواناً كما ذكرنا سابقاً، في حين أن مصدر القوة القاهرة يقتصر على الأخيرين، فلا يكون إنساناً إلا في حالة كون هذا الإنسان غير أهل للمسؤولية الجنائية كالمجنون.

٢. **من حيث النتيجة:** في حالة الإكراه المادي يوجد فاعل أصلي مسؤول عن الجريمة على تقدير عدم مانعية الإكراه، بخلاف حالة القوة القاهرة فلا جريمة فيها أصلاً لعدم وجود من يكون أهلاً للمسؤولية الجنائية تنسب إليه الجريمة[1].

ونستخلص مما ذكر النسبة المنطقية بين الإكراه المادي والقوة القاهرة فهي العموم والخصوص المطلق فكل قوة قاهرة إكراه مادي لأنها أخص منه مطلقاً، لكن العكس الكلي غير موجود، فالإكراه المادي أعم مطلقاً فقد تجتمع القوة القاهرة كما في حالة كون المصدر طبيعة أو حيواناً وقد يفترق عنها كما في حالة كون المصدر إنساناً أهلاً للمسؤولية الجنائية.

---

(١) د. محمود محمود مصطفى – المرجع السابق ص٤٩٤. د. محمود نجيب حسني – المرجع السابق: ص٤٥٥.

القسم الثاني / الإكراه المعنوي:

وهو في القانون الجنائي يساوي الإكراه الملجيء في الفقه الإسلامي من حيث المفهوم والشروط، وقد عرّفه شرّاح القانون الجنائي بأنه {ضغط شخص على إرادة آخر لحمله على توجيهها الى سلوك إجرامي}[١]، لذا نكتفي بما ذكرناه سابقاً من شروط الإكراه في الفقه الإسلامي فلا داعي لتكرارها هنا، لكن قد يختلف القانون مع الفقه الإسلامي من حيث آثار الإكراه سواء أكان مادياً أم معنوياً، إضافة الى ذلك فإن فقهاء القانون قسموا الإكراه المعنوي الى صورتين:

الأولى: صورة تفترض استعمال العنف للتأثير على الإرادة كحبس شخص أو ضربه وتهديده باستمرار ذلك حتى يقبل ارتكاب الجريمة، ويلحق بالعنف جميع الوسائل المادية التي تؤثر على الإرادة دون أن تعدمها كإعطاء شخص مادة مخدرة أو مسكرة على نحو لا يفقده الوعي ولكن يقلل منه.

الثانية: تتجرد من العنف ويقتصر الإكره على مجرد التهديد، كتهديد شخص بالقتل إن لم يزور محرراً أو بتهديد أم باختطاف طفلها إن لم توافق على معاشرتها.

والصورة الأولى تقترب من الإكراه المادي من حيث اشتراط استخدام العنف، غير انها تفترق عنه من حيث ان العنف لا يشترط فيه أن يبلغ حد السيطرة على أعضاء جسم المكرَه وتسخيرها في ارتكاب الجريمة، وإنما يقتصر على مجرد التأثير على الإرادة لحملها على اتجاه معين عن طريق التهديد بالإيلام المنتظر إذا لم ينفذ المكرَه عليه المطلوب[٢].

الموازنة بين الإكراه المعنوي والإكراه المادي:

يرى البعض[٣] أن الإكراه المعنوي لا يختلف في طبيعته عن الإكراه المادي وإنما الاختلاف ينحصر في الوسيلة، فهي مباشرة في الإكراه المادي في حين انها غير مباشرة في الإكراه المعنوي، والأصل في التشريعات الجزائية عدم الاعتداد بالوسيلة في تطبيق أحكامها.

---

[١] المرجع السابق: ص٤٥٧.

[٢] المرجع السابق: ص٤٥٨.

[٣] د. محمود مصطفى – المرجع السابق: ص٦٩٦.

ولكن في الواقع يوجد اختلاف جوهري بينهما إضافة الى الاختلاف في الوسيلة، وهو أن المكرَه عليه سلوك معين في الإكراه المعنوي وهو القيام بالفعل المكون للجريمة التي لا يسأل عنها جزائياً لعذر الإكراه، بينما في الإكراه المادي السلوك الجرمي غير محدد مما لم يكن مصدر الإكراه إنساناً، وأما في حالة كون مصدر الإكراه طبيعةً أو حيواناً فإن السلوك الجرمي الذي يتم من المكرَه تحت هذا الإكراه غير محدد مقدماً، بل المكرَه يُقدم على ما يخلصه من خطر يمسه.

إضافة الى ذلك فإن الشروط المطلوب توافرها في الإكراه المادي غير الشروط المطلوبة في الإكراه المعنوي للاعتداد به كمانع.

النصوص القانونية:

لم تعالج قوانين عقوبات البلاد العربية موضوع أثر الإكراه في المسؤولية الجنائية على نمط واحد واتجاه موحد، بل منها ما اقتصر على حالتي الضرورة والدفاع الشرعي وأهمل الإكراه بنوعيه كالقانونين المصري (م٦١)[1] والجزائري (م٤٨)[2]، ومنها ما خصّصَ للإكراه مادة مستقلة عن المواد التي تناولت حالات الضرورة وأسباب الإباحة، كالقانون العراقي حيث تناول اثر الإكراه بنوعيه بصورة مقتصرة في (م٦٢) التي نصت على انه {**لا يسأل جزائياً من أكرهته على ارتكاب الجريمة قوة مادية أو معنوية لم يستطع دفعها**}.

ومن القوانين التي جمعت بين الإكراه المادي والمعنوي القانون السوري (م٢٢٦) واللبناني (م٢٢٧) تحت عنوان القوة الغالبة والإكراه، والعماني (م٩٩) فهذه المواد الثلاث متطابقة في الصياغة التعبيرية وهي {**لا عقاب على من أكرهته قوة مادية أو معنوية لم يستطع الى دفعها سبيلا**}، ويلاحظ أنها استعملت تعبير {**لا عقاب**}، وهو معيب كما ذكرنا سابقاً مراراً.

ومنها ما اقتصر على الإكراه المعنوي كما هو المعروف في الفقه الإسلامي واعتبر ما يرجع الى القوة القاهرة أو الغالبة من باب الضرورة وهذا هو السليم، والجدير بالذكر أنه

---

[1] التي نصها: (لا عقاب على من ارتكب جريمة ألجأته الى ارتكابها ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره ولم يكن لارادته دخل في حلوله ولا في قدرته منعه بطريقة اخرى).

[2] وهي: { **لا عقوبة على من اضطرته الى ارتكاب الجريمة قوة لا قبل له بدفعها** }.

كلما ورد لفظ {التهديد} ومشتقاته يكون المراد بالإكراه الإكراه المعنوي، كما أن تعبير {القوة المادية أو الغالبة أو القاهرة} دليل على ان المراد هو الإكراه المادي.

ومنها ما استثنى من التأثر بالإكراه جريمة القتل، فالإكراه فيها لا يعد مانعاً كما هو رأي بعض فقهاء الشريعة كالقانون الأردني (م٨٨) {لا عقاب على من أقدم على ارتكاب جرم مكرهاً تحت طائلة التهديد وكان يتوقع حين ارتكابه ذلك الجرم ضمن دائرة المعقول الموت العاجل أو الى ضرر بليغ يؤدي الى تشويه أو تعطيل أي عضو من أعضائه بصورة مستديمة فيما لو امتنع من ارتكاب الجرم المكره على اقترافه ويستثنى من ذلك جرائم القتل}.

وهذا القانون اقتصر على الإكراه المعنوي وتضمن بصورة واضحة أركانه وشروطه، ومنها أن يكون الإكراه ملجئاً كما في الفقه الإسلامي ولكنه معيب من حيث انه استعمل تعبير {لا عقاب} رغم انه بصدد موانع المسؤولية الجنائية دون موانع العقاب.

ومنها ما اقتصر على الإكراه المعنوي واستثنى جرائم القتل والجرائم التي تكون ضد الدولة ويعاقب عليها بعقوبة الإعدام، كالقانون السوداني (م٥٣) {فيما عدا القتل العمد والجرائم ضد الدولة المعاقب عليها بالإعدام، لا يعد الفعل جريمة إذا أكره عليه الشخص بتهديدات تجعله عند ارتكابه متخوفاً لأسباب معقولة من موت عاجل يصيبه إذا لم يفعله، وذلك بشرط ألا يكون الشخص بمحض رغبته أو لتخوف قائم على أسباب معقولة من إصابته بأذى أقل من الموت العاجل قد وضع نفسه في مركز جعله عرضةً لمثل ذلك الإكراه}.

ويتميز هذا النص بالوضوح والشمول كالقانون الأردني مع إضافة شرط الى شروط الاعتداد بالإكراه كعذر مانع وهو أن لا يكون للمكرَه (بفتح الراء) دخل في حدوث هذا الإكراه. غير انه معيب من حيث استعمال تعبير {لا يعد الفعل جريمة}، لأن الإكراه ليس من أسباب الإباحة حتى يحول الفعل الجرمي الى المباح وإنما هو من موانع المسؤولية مع احتفاظ الفعل بصفته الجرمية كما هي.

ومن القوانين التي اقتصرت على الإكراه المعنوي مع استثناء جريمة القتل وكل جريمة أخرى تكون عقوبتها الإعدام سواء كانت ضد الدولة أم لا قانون البحرين -المعدل- (م٢٠) {باستثناء القتل والجرائم الأخرى التي تستوجب عقوبة الإعدام فلا يعتبر الفعل جرماً إذا ارتكبه الشخص مكرهاً تحت طائلة التهديد الذي يجعله يندفع بصورة معقولة عند ارتكابه ذلك الفعل الى الموت الحالي أو الضرر البليغ فيما لو لم يرتكبه، ويشترط في ذلك أن لا يكون الشخص الذي ارتكب مثل ذلك الفعل قد عرض نفسه لمثل ذلك الإكراه بمحض

إرادته}. فهذا القانون كالقانون السوداني من حيث المضمون وكذا العيب التشريعي في نفي الصفة الجرمية من الفعل بدلاً من نفي المسؤولية الجزائية، لكن قد يختلف عنه من حيث ان المستثنى فيه أوسع مما استثنى في القانون السوداني، حيث تستثنى كل جريمة عقوبتها الإعدام إضافة الى جريمة القتل.

ومن القوانين التي تناولت الاكراه المادي مع القوة القاهرة والاكراه المعنوي مع الضرورة القانون اليمني[1] تحت عنوان ما يستبعد الركن المادي:

(م٣٥) {لا يرتكب جريمة من وقع منه الفعل المكون لها تحت ضغط اكراه مادي يستحيل عليه مقاومته أو بسبب قوة قاهرة ويكون فاعل الاكراه مسؤولاً عن الجريمة ان وقعت. ويستثنى من ذلك القتل وتعذيب الانسان فلا ترفع المسؤولية فيهما عن المكره ومن اكرهه}.

(م٣٦) { لا مسؤولية على من ارتكب فعلاً اتجأته اليه ضرورة وقاية نفسه وغيره أو ماله ومال غيره من خطر جسيم محدق لم يتسبب هو فيه عمداً ولم يكن في قدرته منعه بواسطة اخرى ويشترط أن يكون الفعل مناسباً مع الخطر المراد اتقاؤه. ولا يعتبر في حالة ضرورة من أوجب عليه القانون مواجهة ذلك الخطر }.

من مزايا هذا القانون:

١. استثنى القتل وتعذيب الانسان من شمولهما بالاعفاء عن المسؤولية بسبب الاكراه المادي والقوة القاهرة.
٢. تناول الشروط المطلوبة لتأثير هذه الاعذار في المسؤولية الجنائية.
٣. اضاف التعذيب الى القتل في الاستثناء وهذا غير موجود في القوانين الاخرى.

من عيوب هذا القانون:

١. ادراج الاعذار المذكورة تحت عنوان ما يستبعد الركن المادي، وهذا خطأ لأن هذه الاعذار تستبعد الركن المعنوي (القصد الجنائي) دون الركن المادي.
٢. أهمل في (م٣٦) الاستثناء الوارد في (م٣٥) في حين الاعذار الاربعة ليست مانعة من المسؤولية الجنائية في جريمة القتل والاعتداء على سلامة الانسان.
٣. اعتبر الاكراه المادي والقوة القاهرة من اسباب الاباحة حيث نص في (م٣٥) على {انه لا يرتكب جريمة..} مع انه حصر اسباب الاباحة سابقاً في استعمال الحق واداء.

---

(١) رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤.

الواجب والدفاع الشرعي وبذلك خلط بين سبب الاباحة وموانع المسؤولية الجنائية.

ومن القوانين التي اقتصرت على الإكراه المعنوي، القانون الكويتي حيث نص في (م٢٤) على انه { لا يسأل جزائياً من يكون وقت ارتكابه الفعل فاقداً حرية الاختيار لوقوعه بغير اختياره تحت تأثير التهديد بإنزال أذى جسيم حال يصيب النفس والمال }.

ويعتبر القانون القطري أقل القوانين العربية دقةً وشمولاً في معالجة أثر الإكراه في المسؤولية الجنائية في (م١٠).

الإكراه والظرف المُشَدِد:

الإكراه كما يكون مانعاً من المسؤولية الجنائية قد يكون ظرفاً مشدداً للعقوبة شأنه شأن السكر، حيث اذا تم تعاطيه بطريقة مباحة يكون مانعاً وإذا تناوله الجاني بقصد ارتكاب جريمته يكون ظرفاً مشدداً.

وقد عالج المشرع العراقي في قانون العقوبات[1] هذا الموضوع في (م٢/٤٤١)[2] و(م٢،٣/٤٤٢)[3] و(م٥/٤٤٤)[4]، واعتبر الإكراه المقترن بالسرقة ظرفاً مشدداً لعقوبتها بالشروط التالية:

١. أن يقع الإكراه المادي على المسروق منه أو على من هو عزيز عليه، فإذا وقع على حيوان أو جماد لا يعد ظرفاً مشدداً، كأن يقوم السارق حين السرقة بقتل كلب للمسروق منه أوتحطيم واجهة دكانه.

٢. أن يكون الإكراه باستعمال العنف أي واقعاً على جسد المجني عليه أو عزيزه، كالضرب وجذب الشعر والدفع بعنف وربط اليدين أو الرجلين وسد الفم وعصب

---

(١) رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩.

(٢) م٢/٤٤١ {إذا حصلت السرقة من شخصين فأكثر بطريق الإكراه.}

(٣) م٢،٣/٤٤٢ {ثانياً- بين غروب الشمس وشروقها من شخصين أو أكثر بطريق الإكراه أو التهديد باستعمال السلاح ويعتبر الإكراه أو التهديد متحققاً ولو ارتكبه الفاعل بعد ارتكاب السرقة بقصد الاحتفاظ بالمسروق أو الفرار به. ثالثاً- إذا حصلت السرقة بإكراه نشأ عنه عاهة مستديمة أو كسر عظم أو أذى أو مرض أعجز المجنى عليه من القيام بأشغاله المعتادة مدة تزيد على عشرين يوماً وإذا نشأ على الإكراه موت شخص فتكون العقوبة الإعدام أو السجن المؤبد}.

(٤) م٥/٤٤٤ {خامساً- إذا أُرتكبت (أي السرقة) مع التهديد بالإكراه}.

العينين وذر الرماد فيهما وزغ القرط عنوةً من أذن المرأة ونحو ذلك.

٣. **رابطة سببية وزمنية بين الإكراه والسرقة:**

أ. **تكون الرابطة السببية قائمة** إذا كان الغرض من الإكراه تهيئة السرقة كضرب المجني عليه لتعطيل مقاومته ثم أخذ ماله أو تسهيل وقوع السرقة، كمن يربط الراعي بشجرة ثم يسوق غنمه، أو تأمين الهروب بالمسروقات، فإذا انتفت هذه الرابطة السببية فلا يعد الإكراه ظرفاً مشدداً، كمن يضرب امرأة بقصد هتك العرض ثم يقوم بسرقة حليها مثلاً.

ب. **الرابطة الزمنية** هي أن يعاصر الإكراه جريمة السرقة أو يسبقها بقليل تمهيداً لارتكابها أو يكون عقب انتهائها، فالمهم أن يكون الإكراه في زمن لا يزال الجاني في حالة التلبس بالشيء المسروق.

هذا بالنسبة للإكراه المادي أما الإكراه المعنوي فقد اعتبره المشرع العراقي ظرفاً مشدداً في حالتين، حالة التهديد باستعمال السلاح، وحالة التهديد باستعمال الإكراه المادي[1].

ومن قوانين العقوبات الاخرى في البلاد العربية التي اعتبرت الإكراه في السرقات ظرفاً مشدداً لعقوبة السرقة، القانون المصري (م٣١٣/٥)، والأردني (م٤٠٠/٥) و(م٤٠١/ج)، والعماني (م٢٨٢/٣)، والكويتي (م٢/٥)، والليبي (م٤٥٠)، واللبناني (م٦٣٦/٥).

غير ان هذه القوانين تختلف من الأوجه التالية:

أولاً من حيث تحديد العقوبة المشددة وهي تتراوح بين عشر سنوات كما في القانون الليبي والأشغال الشاقة المؤبدة كما في القانون المصري.

ثانياً من حيث الشروط الإضافية الى الإكراه وهي تتراوح بين شرط واحد، وهو حصول السرقة من شخصين فأكثر الى الإكراه، كما في (م٤٤١/٢) من القانون العراقي وبين أربعة شروط وهي:

١. أن تتم السرقة ليلاً.
٢. أن ترتكب بمساهمة شخصين فأكثر.
٣. أن يوجد مع السارقين أو مع واحد منهم على الأقل سلاح ظاهر أو مخبأ.
٤. أن يكون الجناة قد دخلوا داراً مسكونة أو معدة للسكنى بواسطة تسور جدار أو كسر باب أو نحوه، أو استعمال مفاتيح مصطنعة أو أية وسيلة أخرى غير مألوفة

---

[1] د. حميد السعدي – شرح قانون العقوبات الجديد: ٢١٧/٢ وما بعدها.

للدخول.

هذه الشروط بمجموعها تكون ظرفاً مشدداً للعقوبة المقررة المشددة إذا ارتكبت السرقة بطريق الإكراه أو التهديد باستعمال سلاحهم كما في القانون الأردني والكويتي والمصري.

ثالثاً من حيث اعتبار الإكراه وحده ظرفاً مشدداً، وقد انفرد بهذا القانون الليبي (م٤٥٠)[1].

أثر الإكراه في العقود في القوانين العربية:

اختلفت القوانين المدنية للبلاد العربية في أثر الإكراه في العقود على ثلاثة اتجاهات، أحدها مانع من الانعقاد والثاني مانع من النفاذ والثالث مانع من اللزوم.

الاتجاه الأول/ المتأثر برأي جمهور فقهاء الشريعة هو ان الإكراه مانع من انعقاد العقد، وعقد المكرَه باطل بطلاناً مطلقاً لا يترتب عليه أي أثر، وقد أخذ به القانون المدني اليمني[2](م١٧٩) {**لا يصح العقد الصادر من شخص مكره عليه ويجب على من وقع منه الإكراه إرجاع ما كان الإكراه عليه**}، ذلك لتخلف ركن من أركانه وهو الرضا، ورضا المكرَه فاسد والفاسد والعدم سيان.

الاتجاه الثاني/ المتأثر برأي الإمامية وزفر من الحنفية، هو أن الإكراه مانع من نفاذ العقد، فالعقد ينعقد صحيحاً لتوافر أركانه وشروط انعقاده، لأن الرضا شرط النفاذ فإذا تخلف يكون العقد موقوفاً على إجازة المكرَه بعد زوال أثر الإكراه.

ومن القوانين التي أخذت بهذا الاتجاه القانون المدني العراقي[3](م١٣٤/١) {**إذا انعقد العقد موقوفاً لحجر أو إكراه أو غلط أو تغرير جاز للعاقد أن ينقض العقد**

---

(١) تحت عنوان السرقة بالإكراه نصت هذه المادة على انه {يعاقب بالسجن مدة لا تتجاوز عشر سنوات وبغرامة لا تقل عن خمسين جنيهاً ولا تتجاوز مائتين كل من استولى على منقول مملوك لغيره بطريق الإكراه. وتطبق العقوبة ذاتها إذا استعمل الإكراه بعد تمام السرقة مباشرة لضمان حيازة الشيء المسروق أو للهرب وتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على اثنتي عشرة سنة إذا توافر مع الإكراه ظرف من الظروف المنصوص عليها في الفقرة الأولى من م٤٤٦}.

(٢) رقم ١٩ لسنة ١٩٩٢.

(٣) رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

بعد زوال الحجر أو ارتفاع الإكراه أو تبين الغلط أو انكشاف التغرير كما لو أن له أن يجيزه}.

والقانون المدني الأردني[1](م١٤١) {من أكرهَ بأحد نوعي الإكراه الملجيء وغير الملجيء على إبرام عقد لا ينفذ عقده ولكن لو أجازه المكره أو ورثته بعد زوال الإكراه صراحة أو دلالة ينقلب صحيحاً}، وتعبير {ينقلب صحيحاً} ليس دقيقاً وكان المفروض أن يقول المشرع الأردني {وينقلب نافذاً} لأنه صحيح قبل الإجازة، وإنما هو موقوف لا ينتج آثاره إلا بعد الإجازة.

الاتجاه الثالث/ إن الإكراه مانع من لزوم العقد لأن الرضا شرط اللزوم، فإذا تخلف ينعقد العقد صحيحاً نافذاً منتجاً لآثاره من الحقوق والالتزامات، غير انه قابل للإبطال وهذا المصطلح في الفقه الغربي والقوانين العربية المتأثرة به مرادف لغير اللازم في الفقه الإسلامي والقوانين المتأثرة به.

ومن القوانين التي أخذت بهذا الاتجاه القانون المدني المصري (م١٢٧) {يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق وكانت قائمة على أساس، وتكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطراً جسيماً محدقاً يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال}.

وتطابق هذه المادة المصرية (م١٢٨) من المدني السوري و(م١٢٧) الليبي و(م٢١٠-٢١١) اللبناني، وجميعها متأثرة بـ (م١١١١) من القانون المدني الفرنسي التي تنص على {إن الإكراه الواقع على من تعاقد يكون سبباً في البطلان}، أي يكون العقد باطلاً بطلاناً نسبياً فينتج الآثار ولكن قابل للفسخ ممن تقرر البطلان لمصلحته.

وقد يظن أن العقد القابل للإبطال في الفقه الغربي يرادف العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، وهذا الظن خاطيء، فهو يرادف العقد غير اللازم في الفقه الإسلامي، لأن العقد القابل للإبطال ينتج الآثار، أما العقد الموقوف فلا ينتج الآثار ولا تترتب عليه الحقوق والالتزامات إلا بعد الإجازة.

---

[1] رقم ٤٢ لسنة ١٩٧٦.

أثر الإكراه في الطلاق في القانون:

إتفقت قوانين الأحوال الشخصية للبلاد العربية على ان طلاق المكره لا يقع، وحسناً فعلت ذلك أخذاً برأي جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية ومن هذه القوانين القانون العراقي (م٣٥/١) والأردني (٨٨/١).

المقارنة بين الشريعة والقانون في أثر الإكراه:

لو أجريت مقارنة التشريعات الجزائية والمدنية بالشريعة الإسلامية في الإكراه وأثره في تصرفات المكرَه (بفتح الراء) لتبين أن هناك نقاطاً وهي محل الاتفاق ونقاطاً أخرى تختلف فيها وجهات نظر شراح القانون الجنائي في البلاد العربية مع وجهات نظر فقهاء الشريعة الإسلامية، ونورد فيما يلي نماذج لكلتا الحالتين:

أولاً / أوجه الاتفاق

القوانين العربية تتفق مع الشريعة الإسلامية في الإكراه وأثره في المسؤولية الجنائية رغم اختلافها في التفصيل، وهذا الاتفاق يكون في النقاط التالية:

١. إن الإكراه له الأثر في المسؤولية الجنائية إذا توافرت أركانه وشروطه.
٢. إن المكرَه إذا كان عديم الأهلية يكون بمثابة آلة التنفيذ، وإن الفاعل للفعل الجرمي هو المكرِه الآمر وهو يتحمل المسؤولية الكاملة.
٣. إن الإكراه أياً كان نوعه لا يعد سبباً من أسباب الإباحة، فالفعل يحتفظ بصفته الجرمية رغم ارتكابها تحت ضغط الإكراه.
٤. الإكراه المعنوي في القانون يتفق مع الإكراه في الفقه الإسلامي بنوعيه الملجيء وغير الملجيء، ولا خلاف في شروطه وأحكامه.
٥. إن الإكراه كما يكون مانعاً في القضايا الجنائية، كذلك يكون مانعاً في المعاملات المالية بحسب التفصيل الذي ذكرناه.
٦. وفي أثره على الطلاق وعدم وقوع طلاق المكرَه.
٧. وتتفق القوانين التي استثنت جريمة القتل من التأثر بالإكراه مع آراء المذاهب التي لا ترى أي أثر للإكراه في العقوبة الكاملة لهذه الجريمة بالنسبة للمكرَه فقط

كما هو رأي بعض، أو بالنسبة لكل من المكرِه والمكرَه كما هو رأي بعض الآخرين.

ثانياً / أوجه الاختلاف

تختلف القوانين العربية مع الشريعة الإسلامية في النقاط التالية:

١. **في تقسيم الإكراه فالفقهاء** في الشريعة منهم من لم يقسمه أصلاً ولكن اشترط لأثره في المسؤولية الجنائية شروطاً، فإذا توافرت فله الأثر وإلا فلا، ومنهم من قسمه الى الملجيء والى غير الملجيء وهو بكلا قسميه يرادف الإكراه المعنوي في القانون. في حين قسمه القانون الى الإكراه المادي والمعنوي. وتقسيم الحنفية أدق بكثير من تقسيم فقهاء القانون الجنائي.

٢. **في الفقه الإسلامي** يعتبر مصدر الإكراه دائماً هو الإنسان، أما إذا كان مصدره هو الحيوان أو الطبيعة فهو من باب الضرورة دون الإكراه.

٣. **لم تتطرق أكثر القوانين العربية للتعويض المالي في حالة إصابة المجني عليه** إضافة الى الجناية ضرراً مالياً، فالمفروض ان الإكراه إذا كان مانعاً من المسؤولية الجنائية فإنه لا يكون مانعاً من المسؤولية المدنية، لأنه لا يحول الفعل الجرمي الى المباح حتى يعفيه من كلتا المسؤوليتين كما في صور أسباب الإباحة.

٤. **لم تتطرق القوانين العربية لموضوع وجوب الدية في حالة عدم تطبيق القصاص** بسبب الإكراه، فالإكراه إذا كان عذراً يعفي القاتل في جريمة القتل من القصاص، فإن لا يعفيه من الدية حتى لا يصبح دم المجني عليه هدراً. فالشريعة الإسلامية أقرت حلول الدية محل القصاص كلما حصل مانع لتطبيقه وتنفيذه.

٥. **قسم فقهاء الشريعة الجرائم الى** جرائم الحدود والقصاص والدية والتعزير وبينوا دور الإكراه وأثره في كل قسم، بحيث تتحقق العدالة بالنسبة للجاني مكرهاً أو مكرَهاً والمجني عليه، وهذا التقسيم لا وجود له في القوانين الجزائية العربية حسب ما أعلم.

٦. **في القوانين الجزائية كل ما أمرت به السلطة التنفيذية** يجب تنفيذه، فتنفيذ أوامر السلطة لا تترتب عليه أية مسؤولية لا جزائية ولا مدنية، فلا يسأل الجندي أو الشرطي أو أي موظف آخر عما ينفذه من أمر سلطة عليا، بل يعتبر عملاً مباحاً لأنه يعد من باب أداء الواجب القانوني ولو كان المأمور به متعارضاً مع نصوص

الشريعة الإسلامية وقواعدها العامة، سواء اعتقد المنفذ أن ما ينفذه مشروعاً شرعاً أو لا، بخلاف ما في الشريعة الإسلامية فإن المنفذ يسأل جنائياً ولو بعقوبة مخففة إذا لم يعتقد أن تنفيذ هذا الأمر واجب أو يعلم أنه ينفذ ما يخالف الشريعة الإسلامية.

٧. **خلط فقهاء القانون الجنائي في الإكراه المادي بين حالتي الضرورة والإكراه،** فاعتبروا القوة القاهرة التي يكون مصدرها الحيوان المفترس أو الطبيعة من الإكراه المادي، رغم أنهم بحثوا حالة الضرورة بصورة مستقلة وهي لا تختلف في حقيقتها مع هذه القوة القاهرة، رغم محاولتها التفرقة بينهما، فالمفروض أن يعتبر إكراهاً كل ضغط يهدد بالخطر يكون مصدره إنساناً، أما إذا كان الخطر المهدد به من حيوان أو طبيعة فالمفروض أن يعتبر ذلك من الضرورة.

الفصل الثاني
الضرورة والمسؤولية الجنائية في الشريعة والقانون

الضرورة لغةً واصطلاحاً:

لغةً الضَرورةُ، والضَارُورةُ، والضَارورُ، والضَارورا: الحاجة. والضارورةُ أيضاً الضرر. والضروري ما تدعو إليه الحاجة دعاءً قوياً. وما أكره عليه الإنسان، وما سُلِبَ فيه الاختيار للفعل والترك.

ورجل ذو ضَارورٍ وضرورةٍ: ذو حاجةٍ اضطر الى الشيء: أُلجيء إليه، ويقال أنه ذو ضرر على الشيء: إذا كان ذا صبر عليه ومقاساة له[١].

في الاصطلاح المنطقي: الضرورة البداهة، والوضوح الذي لا يحتاج الى دليل وتفسير، وقد قسم علماء المنطق علم الإنسان بعد أن عرفوه بأنه {**الصورة الحاصلة من الشيء عند العقل**} الى التصورات[٢] والتصديقات[٣]. ثم قسموا كلاً من التصور والتصديق الى الضروري[٤] وهو الذي لا يحتاج الى دليل وكسب نظري، ويقابل الضرورة الاكتساب أي الإدراك الذي يحتاج الى كسب ونظر ودليل، كإدراك العقل والروح في التصورات وإثبات تهمة المتهم بالبينات في التصديقات، ومن التصور الضروري إدراك الحرارة للنار وغيرها من مصادر الطاقة الحرارية والبرودة للثلج مثلاً، والبياض للورق والظلام لليل والضياء للشمس

---

[١] الصحاح في اللغة والعلوم مادة (ضرر): ٢/١١.

[٢] التصور: إدراك غير النسبة التامة الخبرية على سبيل الإذعان بأن يكون إدراكاً للمفردات المحضة دون ربط بينها مثل الجريمة والتزوير أو ادراكاً للنسبة الناقصة بينهما مثل جريمة التزوير، أو إدراكاً للنسبة التامة الانشائية مثل بعتك هذه السيارة، وزوجتك فلانه. أو كان إدراكاً للنسبة التامة الخبريةعلى سبيل الوهم أو الشك كإدراك أن في كوكب زحل حياة.

[٣] التصديق: هو إدراك النسبة التامة الخبرية على سبيل الإذعان (أي القبول والتسليم، والإذعان أما أن يكون بالضرورة أو بالاكتساب).

[٤] البرهان – للعلامة الشيخ إسماعيل بن مصطفى المعروف بشيخ زاده الكلنبوي المتوفى ١٢٠٥هـ، مطبعة السعادة / مصر: ص١١-١٣.

والنور للقمر.

والقضية الضرورية ما ثبت محمولها لموضوعها سلباً أو إيجاباً بالبداهة مثل الأربعة زوج والكل أعظم من الجزء.

والضروريات في علم المنطق ستة أنواع وهي:

١. **الأوليات** وهي التي يحكم بها كل عقل سليم حكماً جازماً ثابتاً بمجرد تصور طرفي النسبة (الموضوع والمحمول)، كالحكم بامتناع اجتماع النقيضين وارتفاعهما.

٢. **المشاهدات** أي المدركات بإحدى الحواس الخمس الظاهرة كالمرئيات والمسموعات والمشمومات والمذوقات والملموسات.

٣. **قضايا قياساتها معاً** أي تدرك أدلتها مع إدراكها وتسمى فطريات، وهي التي يحكم بها العقل فطرياً بواسطة دليل لازم لتصورات أطرافها كالحكم بزوجية الأربعة لانقسامها بمتساوين.

٤. **المتواترات** المتواتر كل خبر ينقله جماعة يستحيل العقل عادة تواطؤهم على الكذب، مثل لندن عاصمة بريطانيا وموسكو عاصمة روسيا ونحو ذلك.

٥. **المجربات** كالقول بأن الماء يتكون من O + H2.

٦. **الحدسيات** وهي قضايا يحكم بها العقل بواسطة قياس[1] خفي حاصل دفعة بالحدس الذي هو ملكة الانتقال الدفعي من المبادئ إلى المطالب، كالحكم بأن نور القمر مستمد من الشمس بواسطة مشاهدة اختلاف تشكلاته النورية[2].

في الاصطلاح الفلسفي: مفهوم الضرورة لا يبتعد عن المعنى المنطقي. ومذهب الضرورة يطلق على مذهب أون OWEN، الذي يقرر أن الإنسان ظاهرة اجتماعية مخترعة.

الضروري في قضية صادقة لبداهتها أو لقيام البرهان عليها. الضروري عند (كانت) هو الذي لا يمكن أن يكون بخلاف ما هو كائن[3].

في اصطلاح الأصوليين[4]: المصالح الضرورية هي المقاصد الالهية في الأحكام الشرعية التي تقتضيها حياة الأمم والمجتمعات والأفراد، بغض النظر عن الدين والمذهب والجنس واللون واللغة والزمان والمكان، وهي خمس: الدين، الحياة، العرض، المال، والعقل. وسميت

---

(١) المراد هو القياس المنطقي وهو قول مؤلف من قضايا يلزمه لذاته قول آخر.

(٢) للبرهان المرجع السابق: ص٣٧٩ وما بعدها.

(٣) الصحاح في اللغة والعلوم: المرجع السابق.

(٤) الموافقات في أصول الشريعة – للشاطبي (إبراهيم بن موسى) المالكي: ٢/٣٧ وما بعدها.

ضرورية لأنه إذا تخلفت أو اختلت واحدة منها في أي مجتمع اختل نظام حياتهم وسادت الفوضى فيه وتغلب الفساد على الصلاح، ويطلق مصطلح المصلحة الضرورية على حماية المقاصد الخمسة المذكورة، وتحتل حماية الدين الصدار لأن من لا دين له لا يستحق الحياة، فالدين يتكون وجوده من عنصرين باطني (الاعتقاد) وظاهري (العمل الصالح). وفرض لحمايته الجهاد بالمال والنفس واللسان والقلم على كل بالغ عاقل متمكن من القيام بهذه الحماية.

وبالنسبة لحماية النفس وما دون النفس من حيث الوجود شرع الزواج بين الجنسين لبقاء سلالة الإنسان وتكوين النفس، ومن حيث الحماية حرم الاعتداء على النفس وما دون النفس، وشرع حق الدفاع الشرعي وفرض القصاص وحرم الانتحار.

وفي العرض والنسب من حيث الوجود شرعت المعاشرة الزوجية عن طريق الزواج الصحيح، ومن حيث الحفاظ والحماية حرم الاعتداء على العرض والنسب بالقول أو الفعل فحرم القذف والزنا وحددت لهما العقوبة، وفي المال شرع لكسبه أسباب مشروعة وحرم الاعتداء عليه بالسرقة والنهب والسلب والغصب وغيرها من التجاوزات غير المشروعة وحددت لهذه الاعتداءات العقوبات الحدية والتعزيرية.

وفي العقل حرمت المسكرات والمخدرات وحددت لها العقوبات لحمايته[1].

في الاصطلاح الفقهي: الضرورة هي العذر الذي يجوز بسببه إجراء الشيء الممنوع[2].

في الاصطلاح القانوني: مجموعة من الظروف تهدد شخصاً بالخطر وتوحي إليه بطريق الخلاص منه بارتكاب فعل إجرامي معين[3].

أهمية دراسة الضرورة:

لمعرفة الضرورة وعناصرها وأحكامها ودورها في الاجتهادات والفتاوي والتطبيقات القضائية وتحقيق العدالة وحماية للصالح الضرورية أهمية كبيرة، لذا نوزع دراستها على مبحثين يخصص الأول للضرورة في الشريعة الإسلامية والثاني للضرورة في القانون.

---

(1) لمزيد من التفصيل ينظر مؤلفنا أصول الفقه الإسلامي في نسيجه الجديد: ٢/١٦ ومابعدها.

(2) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام – للعلامة علي حيدر: ١/٥. ويلاحظ على هذا التعريف أنه غير مانع لأنه يشمل الإكراه والذي أراه أنه يعرف بأنها قوة قاهرة ذات خطورة تبرر دفعها بمحظور.

(3) محمود نجيب حسني – شرح قانون العقوبات المرجع السابق: ص٤٥٨.

المبحث الأول

الضرورة والمسؤولية في الشريعة الإسلامية

غير خافٍ على ذوي الألباب الملمين بأسرار الشريعة الإسلامية وعلل وحكم أحكامها أن هذه الشريعة -كالشرائع السابقة- جاءت لتحقيق مصالح الإنسان، لأن الله غني مطلق عن عباده وعبادتهم، ولو استغرقت البشرية وقتها في الإلحاد والضلال لما نقصت من عظمة الله مثقال ذرة، وبعكس ذلك لو استغرقت الحياة في العبادة والطاعة لما زادت من عظمة الله وجلالته مثقال ذرة، بل لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت، ويدل على هذه الحقيقة الحصر الوارد في قوله تعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلاَّ رَحْمَةً لِّلْعَلَمِينَ﴾[1]، والرحمة في هذه الآية الكريمة هي المصلحة سواء أكانت عامة أم خاصة، وسواء أكانت مادية أم معنوية دنيوية أم أخروية، إيجابية أم سلبية.

والمصلحة ذات الجانبين: الإيجابي هو جلب المنفعة (أو المنفعة المستجلبة) والسلبي درء المفسدة (أو المفسدة المستدرأة)، إضافة الى ذلك فإن الله أراد بأحكامه وشريعته اليسر في كل شأن من شؤون حياة الإنسان كما قال سبحانه: ﴿يُرِيدُ اللهُ بِكُمُ الْيُسرَ وَلا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسرَ﴾[2]، وقال: ﴿مَا يُرِيدُ اللهُ لِيجعَلَ عَلَيكُم مِّن حَرَجٍ وَلَكِن يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُم﴾[3]، وقال: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيكُم فِي الدِّينِ من حَرَجٍ﴾[4].

ثم إن كل مشقة يواجهها الإنسان لا تخلو من إحدى الحالات الثلاث الآتية:

أ. أما أن تكون اعتيادية لا تعرض صحة الإنسان وحياته وماله وعرضه للخطر فهذه يجب تحملها لأنه لا يخلو شأن من شؤون الحياة من مشقة ما، فلا يستغني بها الحكم الأصلي الذي يسمى عزيمة.

---

(1) سورة الأنبياء / ١٠٧.
(2) سورة البقرة /١٨٥.
(3) سورة المائدة / ٦.
(4) سورة الحج / ٧٨.

ب. وأما أن تكون فوق طاقة الإنسان واستطاعته، فعندئذ لا يكلف بها الإنسان وفقاً لوعده الصادق العادل ﴿لا يُكَلِّفُ اللهُ نَفساً إلاَّ وُسعَهَا﴾[1].

ج. وإن كان بين هاتين الدرجتين بحيث قد تعرض صحة الإنسان أو حياته أو ماله أو عِرضه للخطر، فإنها تكون عذراً مشروعاً لتغير الحكم من العزيمة الى الرخصة، التي هي عبارة عن تحول الحكم من الصعوبة الى السهولة لعذر مع قيام سبب الحكم الأصلي.

وهذه المشقة التي تسمى الضرورة، والضرورة عرّفت بتعريفات متعددة[2]، فهي أما ناقصة تقتصر على حالات خاصة وأما غير واضحة، لذا أعرّفها بأنها {قوة قاهرة تحل بالشخص وتهدده بخطر حال إذا لم يلجأ الى ما يدفع به}.

مصادر مشروعية العمل بمقتضى الضرورة:

يستلهم حكم مشروعية عمل المضطر واعتباره من المجتهد أو المفتي أو القاضي بمقتضى الضرورة عذراً مشروعاً مانعاً من ترتب آثار فعل ارتكب تحت ضغطها وتأثيرها من القرآن الكريم والسنة النبوية والقواعد الشرعية العامة.

ومن الواضح أن القرآن الكريم دستور من الله لعباده للعمل بمقتضاه وهو لم يتناول جميع أحكام الجزئيات لأنها تتغير بتغير الزمان والمكان وتطور الإنسان غالباً وإنما اقتصر على القواعد العامة الكلية الثابتة والخالدة، يتولى المجتهد والمشرع للقوانين الوضعية والقاضي حين تطبيقاته القضائية إرجاع الجزئيات الى تلك الكليات مع مراعاة الظروف المحيطة أو المقترنة بكل جزئية من تلك الجزئيات.

ومن هذه الظروف الضرورة، وقد قام فقهاء الشريعة الإسلامية في كل مذهب فقهي بتقعيد قواعد عامة منها أصولية لاستنباط الأحكام من النصوص الشرعية، ومنها فقهية لتسهيل الوصول الى تلك الأحكام للجزئيات المتناظرة.

---

[1] سورة البقرة / ٢٨٦.

[2] ينظر: كشف الأسرار: ١٥١٨/٤ أحكام القرآن – للجصاص: ٥٤/١ الشرح الكبير – للدردير: ١١٥/٢ القوانين الفقهية: ص١٧٣ المغني – لابن قدامة: ٥٩٥/٨.

الضرورة في القرآن الكريم:

بيّن لنا القرآن الكريم في آيات متعددة أن الضرورة عذر مشروع مانع من المسؤولية الجنائية عن الجرائم التي ترتكب تحت ضغطها وتأثيرها ضد الحقوق العامة والخاصة إذا توافرت شروط هذه الضرورة.

ومن تلك الآيات قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنزِيرِ وَمَا أُهِلَّ[1] بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنِ اضْطُرَّ[2] غَيْرَ بَاغٍ[3] وَلَا عَادٍ[4] فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾[5]، وقوله تعالى: ﴿فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ[6] غَيْرَ مُتَجَانِفٍ[7] لِّإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾[8]، وقوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم[9] مَّا حَرَّمَ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾[10]، وقوله تعالى: ﴿قُل لَّا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَن يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَّسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا[11] أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ فَمَنِ اضْطُرَّ[12] غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ

---

(١) الإهلال في الذبيحة رفع الصوت بالتسمية وكان المشركون يسمون الأوثان والمسلمون يسمون الله.

(٢) أصله اضترر فادغمت الراء وقلبت التاء طاء لأجل الضاد.

(٣) أي ليس له الدخل في حدوث هذه الضرورة بطريقة غير مشروعة. وهذا من شروط العمل بالضرورة.

(٤) أي غير متجاوز حدود الضرورة لأن الضرورات تقدر بقدرها وهذا هو الشرط الآخر للعمل بالضرورة.

(٥) سورة البقرة / ١٧٣.

(٦) المخمصة: المجاعة التي ألجأته الى أكل شيء مما حرم عليه فأكله.

(٧) جنف عن الطريق: عدل عنه. والمراد هنا أن لا يكون هو المسبب لحدوث هذه المخمصة بطريقة غير مشروعة بأن سافر الى مكان بقصد تحقيق غاية غير مشروعة أو تهاون في مزاولة عمل مشروع وكسب مباح لتأمين عيشه وعيش من عليه نفقته مما أدى به الى مواجهة مخمصة فعدم تدخل المضطر في حدوث الضرورة شرط في الشرع الإسلامي والقانون الوضعي لاعتبار الضرورة عذراً مشروعاً مانعاً من المسؤولية الجنائية.

(٨) سورة المائدة / ٣.

(٩) أي بين في القرآن عن طريق القواعد العامة كل ما هو محرم على الإنسان لما فيه ضرر مالي أو صحي أو عقلي أو اجتماعي أو نحو ذلك وتولى النبي ﷺ بيان تلك القواعد.

(١٠) سورة الانعام / ١١٩.

(١١) أي أو إلا أن يكون فسقاً وفسر هذا الفسق بقوله (أهل لغير الله به).

(١٢) أي أصابته الضرورة.

وَحِيمٌ﴾[1]، وقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنزِيرِ وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾[2].

في هذه الآيات وأمثالها أعطانا سبحانه وتعالى نماذج لتبدل حكم المحرمات في الظروف الاعتيادية من الحرمة الى الجواز، بل الى الوجوب في حالة الضرورة لنهتدي بها ونقيس عليها غيرها إذا توافرت أركان القياس، لأن القياس وسيلة من وسائل إرجاع الجزئيات الى كليات القرآن.

وعدول القاضي أو المجتهد عن العمل بالحكم الأصلي الذي يسمى العزيمة الى الحكم الاستثنائي الذي يسمى الرخصة لضرورة أو غيرها، يسمى في اصطلاح علماء الأصول الاستحسان وأمرنا القرآن باستعماله كلما دعت الحاجة إليه. وقد يكون اللجوء الى الرخصة واجباً إذا ترتب عليها إنقاذ الحياة لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾[3]، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ﴾[4].

الضرورة في السنة النبوية:

من الواضح أن الاستشهاد بالسنة النبوية على حكم نص عليه القرآن الكريم هو من باب التأكيد، لأنه وظيفة من وظائف السنة النبوية، وهناك أحاديث كثيرة في المراجع المعتمدة من كتب الحديث يستنتج منها بوضوح أن الضرورة عذر مانع من المسؤولية الجنائية، أو مخفف للعقوبة في أكثر الجرائم التي ترتكب تحت تأثيرها ومن هذه الأحاديث:

أ. عن عقبة بن وهب بن عقبة العامري قال: سمعت أبي يحدث عن الفجيع العامري أنه أتى رسول الله ﷺ فقال: ما يَحِلُّ لنا من الميتة؟. قال ﷺ ما طعامكم؟، قلنا نغتبق ونصطبح، قال أبو نعيم فسره لي عقبة: قدح غدوة وقدح عشية. قال: (ذاك والى الجوع) فأحل لهم الميتة على هذه الحال[5].

ب. وفي نيل الأوطار[6] تحت عنوان باب الميتة للمضطر.

---

(1) سورة الأنعام / ١٤٥.

(2) سورة النحل / ١١٥.

(3) سورة البقرة / ١٩٥.

(4) سورة النساء / ٢٩.

(5) رواه أبو داود في سننه: ٣٥٩/٣. وقال: الغبّوة من آخر النهار والصبوح من أول النهار.

(6) ١٦٩/٨ وما بعدها.

١. عن أبي واقد الليثي قال: قلت يا رسول الله إنّا بأرض تصيبنا مخمصة فما يحل لنا من ميتة؟ فقال ﷺ: ((إذا لَم تَصطَبِحُوا[1] وَلَم تَغتَبِقُوا[2] لَم تَحتَفِئوا بِهَا بَقلاً[3] فشأنكم بِهَا)).

٢. عن جابر بن سُمرة أن أهل بيت كانوا بالحرة مُحتاجين قال فماتت عندهم ناقة لهم أو لغيرهم فرخص لهم رسول الله ﷺ في أكلها قال: ((فَعَصمتم بَقِيةَ شِتائِهُم أو سَنَتَهم))[4].

← وفي لفظ (رواية)

إن رجلاً نزل الحرة ومنعه أهله وولده فقال رجل إن ناقة لي ضلت فإن وجدتها فأمسكها فوجدها فلم يجد صاحبها فمرضت، فقالت امرأته إنحرها فأبى فنفقت[5]، فقالت إسلخها حتى نقدر[6] شحمها ولحمها ونأكله، فقال: حتى أسأل رسول الله ﷺ فأتاه فسأله فقال هل عندك غنى يغنيك[7] ؟ قال لا قال: فكلوه، قال فجاء صاحبها فأخبر الخبر فقال هلا كنت نحرتها؟ قال أستحييت منك[8] فهذه الأحاديث تدل على حل أكل الميتة للمضطر ويقاس على الميتة سائر المحرمات.

الضرورة في القواعد الشرعية:

القاعدة لغة لها معانٍ متعددة وهي من البيت أساسه، وبهذا المعنى ورد في القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿وَإِذ رَفَعَ إِبرَهِيمُ القَوَاعِدَ مِنَ البَيتِ وإِسمَعِيلُ﴾[9].

---

(1) الاصطباح: هنا أكل الصبوح وهو الغداء.

(2) الغبوق: أكل العشاء.

(3) أي تقتلعوا من الحفاء، والمراد من الحديث أنه ليس لكم أن تصطبحوا وتغتبقوا وتجمعوهما مع الميتة.

(4) رواه أحمد، المرجع السابق: ٨/١٧٠.

(5) أي ماتت.

(6) بفتح النون وسكون القاف وضم الدال بمعنى طبخه في القدر وفي رواية أبي داود نقدد اللحم بدالٍ مهملة من مكان الراء.

(7) أي تستغني به يكفيك ويكفي أهلك وولدك عنها.

(8) رواه أبو داود: ٣/٣٥٨. المرجع السابق: ٧/١٧٠. مسند الإمام أحمد: ٥/٢١٨.

(9) سورة البقرة / ١٢٧.

في الاصطلاح قضية كلية تتضمن الحكم بنسبة محمولها إيجاباً أو سلباً الى جميع ما يندرج تحت موضوعها من الجزئيات، فهي إما موجبة كلية مثل {العرف محكم}، أو سالبة كلية مثل {لا مساغ للاجتهاد في مورد النص}. وكل منهما إما بسيط وهي التي حكم فيها بثبوت شيء لشيء آخر، أو نفيه عنه دون شرط أو قيد، وتسمى في علم المنطق القضية الحملية البسيطة مثل {الضرر يزال}، و{الضرر لا يزال بمثله}، أو مركبة وهي التي علق الحكم فيها بنسبة المحمول الى الموضوع على تحقق شرط مثل {الأمر إذا ضاق اتسع}، ومثل {لا جريمة إذا وقع الفعل دفاعاً عن النفس}.

والقواعد الشرعية منها نصية ومنها اجتهادية، فالنصية أما نفس النص الشرعي، لأن كل آية من آيات الأحكام وكل حديث من أحاديث الأحكام قاعدة شرعية عامة، كما في قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ﴾[1]. وقول الرسول ﷺ: ((لا تبعْ مَا لَيسَ عِندَكَ))، أو مستقاة من النص الشرعي كقاعدة {تسقط الحدود بالشبهات}، وهي مأخوذة من الأحاديث النبوية منها قوله ﷺ: ((إدفَعُوا الحُدُودَ مَا وَجَدتُم لَهَا مَدفَعاً))[2].

والقواعد الشرعية الاجتهادية منها أصولية يستعين بها المجتهد أو القاضي في استنباط الأحكام الشرعية الفرعية من أدلتها التفصيلية، كقاعدة كل نص مطلق يجري على إطلاقه ما لم يثبت تقييده، ومنها فقهية وظيفتها تسهيل معرفة أحكام الجزئيات المتناظرة كقاعدة {اليقين لا يزول بالشك}.

والقواعد الشرعية في الفقه الإسلامي بمثابة النظريات العامة في الفقه الغربي، ولذا جمعوا بين الجزئيات والكليات في دراسة أحكام الوقائع والتصرفات، وفيما يلي نماذج من القواعد الشرعية المتعلقة بالضرورة:

١. قاعدة {المشقة تجلب التيسير}[3]

المشقة هي الصعوبة ولها ثلاث درجات لأنها إما أن تكون فوق طاقة الإنسان أو تكون خاضعة لها.

---

[1] سورة النساء / ١٣.

[2] سنن ابن ماجة – تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي: ٢/٨٥٠.

[3] م١٧ مجلة الأحكام العدلية.

الأولى لا يكلف بها الإنسان أصلاً طبقاً لقوله تعالى: ﴿لا يُكَلِّفُ اللهُ نَفْساً إِلاَّ وُسْعَهَا﴾[1]. والثانية أما أن يكون من شأنها أن تعرض سلامة الإنسان للخطر أو لا، والثانية يجب تحملها وليس لها أي تأثير على الحكم الأصلي (العزيمة)، لأن كل عمل مهم في الحياة يتطلب قدراً من الجهد والمشقة.

وفي الصورة الاولى يبدل الحكم الصعب بالسهل وهذا التبدل يسمى {رخصة}، وتعرف بأنها تبدل الحكم من الصعوبة الى السهولة لعذر مع قيام سبب الحكم الأصلي، وتعريفها بأنها تغير الحكم الى آخره خطأ شائع لأن حكم الله قديم لا يتغير، وإنما يبدل حكم بحكم آخر كلما دعت الحاجة الى ذلك، ونظائره في الشريعة الإسلامية كثيرة لأنها دين اليسر ومن صورة تبديل الصيام بالفدية في قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الَّذِينَ يُطِيقُونَهُ فِدْيَةٌ طَعَامُ مِسْكِينٍ﴾[2]، ومن زعم أن هذه الآية منسوخة فقد أخطأ[3].

٢. قاعدة {الأمر إذا ضاق إتسع}[4]

أي إذا حصل ضيق ومشقة في فعل لدى الإنسان لأسباب ذاتية أو خارجية، يجب إيجاد رخصة وتوسعه لذلك الضيق فلإزالة المشقة والضيق تجوز الأشياء غير الجائزة في ظروف إعتيادية، وهذه القاعدة تؤكد مضمون القاعدة السابقة {المشقة تجلب التيسير}.

٣. قاعدة {لا ضرر ولا ضرار}[5]

أي لا يجوز الضرر، أي الإضرار إبتداءً، ولا الضرار، أي إيقاع الضرر مقابلة لضرر، هذه القاعدة خاصة بالقضايا المالية والجرائم التعزيرية، لأن الضرار هو مقابلة بالمثل موجود في جرائم القصاص لقوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ... ﴾[6].

---

(١) سورة البقرة / ٢٨٦.

(٢) سورة البقرة / ١٨٤.

(٣) يراجع التبيان برفع غموض النسخ في القرآن: ص١١٧.

(٤) م١٨ المجلة.

(٥) ويرى كثير من علماء الحديث أن هذه القاعدة حديث من الأحاديث النبوية.

(٦) سورة المائدة / ٤٥.

٤. قاعدة {الضرر يزال}

وتنبني على هذه القاعدة تطبيقات فقهية تتطلبها الحاجات الضرورية المالية منها جواز خيار التعيين، خيار الرؤية، خيار النقد، خيار الغبن أو التغرير، رد المبيع بخيار الشرط، الحجر على السفيه والمفلس، والشفعة، والإجبار على قسمة الأموال المشتركة، وكل ذلك أجيز استثناءً لغرض إزالة الضرر[١].

٥. قاعدة {الضرورات تبيح المحظورات}[٢]

عموم هذه القاعدة غير مراد لأن الضرورات لا تبيح كل المحظورات، بل يجب أن تكون المحظورات دون الضرورات من حيث النتائج السلبية، أما إذا كانت أكثر من الضرورات أو كانت مساوية لها فلا تكون الضرورة عذراً مانعاً فيها من المسؤولية الجنائية عنها، فالضرورة قد تجيز للمضطر الجائع أكل مال الغير مع تحمل مسؤولية ضمانه ووجوب التعويض، ولا تبيح المحظورات ولكن تجعله رخصة، وقد لا يتأثر المحظور بالضرورة كجريمة القتل كما سبق بيان ذلك.

ولذا اقترح تعديل هذه القاعدة بالآتي: {الضرورات تجيز المحظورات} حتى تشمل حالات الرخصة والاباحة لأن الرخصة لا تنافي الضمان بخلاف الاباحة.

٦. قاعدة {الضرر لا يزال بمثله}[٣]

وكذا لا يزال بأكثر منه من باب أولى ولكن يزال بأخف منه، فلا يجوز قتل نفس لوقاية نفس أخرى، لأن الناس سواسية في الإسلام كأسنان المشط، فقد حرّم الله قتل كل نفس بغير الحق، قال تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾[٤].

٧. قاعدة {الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف}[٥]

قطع عضو من أعضاء جسم الإنسان المصاب بالسرطان جائز إذا خيف إنتشاره في بقية أعضاء الجسم، ويجوز الإجهاض لإنقاذ حياة الأم، لأن شخصية الأم كاملة

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام: ٣٣/١.
(٢) م٢١ المجلة.
(٣) م٢٥ المجلة.
(٤) سورة الأنعام / ٧٥.
(٥) م٢٧ المجلة.

وشخصية الجنين ناقصة.

٨. قاعدة {يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام}[١]

تجوز عقوبة الجاني لحماية أرواح الأبرياء وأعراضهم وأموالهم، رغم أن العقوبة في حد ذاتها ضرر بالنسبة للمحكوم عليه وأسرته، وتجوز التضحية بأرواح بعض من القوات المسلحة في حالة تعرض البلد للعدوان لدفع ورفع هذا العدوان الذي هو من الضرر العام.

٩. قاعدة {إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما}[٢]

بتر الأعضاء البشرية من الأموات أو من في حكم الأموات لزرعها في إنسان كان على قيد الحياة وهو مضطر يتوقف إنقاذ حياته على هذا الزرع جائز رخصة، لأن مفسدة الموت أعظم ضرراً من مفسدة البتر فيدفع الأعظم بالأخف بالشروط والضوابط التالية:

١. قيام ضرورة ملحة تدعو الى ذلك.

٢. توافر قرار وإشراف لجنة مختصة من الأطباء في إحدى المستشفيات الصالحة للعملية.

٣. عدم التجاوز عن حدود الضرورة وعدم العبث بجثة الميت، لأن الضرورات تقدر بقدرها.

٤. وجود إذن مسبق من المتوفى بوصية أو تبرع، والوصية جائزة بالمال وغير المال، وفي حالة عدم وجود هذه الوصية أو التبرع يؤخذ بإذن ورثته للضرورة وإلا فهم لا يملكون ذلك.

٥. أن لا يكون هذا العضو المبتور مقابل عوض، لأن الإنسان ذاته وكل عضو من أعضائه غير قابل للتعامل لأنه كرّمه الله كما قال تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِيٓ ءَادَمَ﴾[٣].

---

(١) م٢٦ المجلة.

(٢) م٢٨ المجلة.

(٣) سورة الإسراء / ٧٠.

١٠. قاعدة {الضرر يدفع بقدر الإمكان}

فإذا أمكن دفع الضرر أو رفعه بوسيلة أخف ضرراً فلا يجوز استخدام وسيلة أشد ضرراً.

أركان وشروط العمل بمقتضى الضرورة:

يستنتج من النصوص والقواعد الشرعية المذكورة وغيرها أن الضرورة لا تكون عذراً مانعاً من المسؤولية الجنائية إلا بعد توافر الأركان والشروط التالية:

أركان الضرورة:

تتوقف الضرورة على الأركان الأربعة الآتية:

الركن الأول (المضطر) وهو الإنسان المعرض لضرر جسيم.

الركن الثاني (الخطر المحدق).

الركن الثالث (محل الخطر) وهو مصلحة من المصالح الضرورية الخمس.

الركن الرابع (الفعل اللازم لدفع الخطر).

ولكل ركن من هذه الأركان شروط يجب توافرها في كل ضرورة مانعة من المسؤولية الجنائية.

شروط المضطر:

من أهم الشروط التي يجب أن تتحقق في الشخص الذي يواجه الخطر وهو من يسمى المضطر الشرطان التاليان:

١. **أن يكون المضطر فهو ملزم شرعاً** بتحمل الخطر أو الضرر الجسيم بأن لا يكون عليه واجب شرعي يلزمه بتحمل الخطر أو الضرر الجسيم، فمن وجب عليه القصاص مثلاً لا يصح أن يقادم تنفيذه عليه ولا أن يهرب منه ولا أن يساعده أحد على الهرب من تنفيذ العقوبة بحجة أنه في حالة الضرورة، ولا يجوز للمجاهد أو الجندي الفرار من ساحة المعركة بعذر تعرض حياته لخطر القتل أو الأسر، وقد نص القرآن الكريم على هذا الشرط في قوله تعالى: ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُواْ إِذَا لَقِيتُمُ الَّذِينَ كَفَرُواْ زَحْفًا فَلَا

تُوَلُّوهُمُ الأَدْبَارَ وَمَن يُوَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُ إِلاَّ مُتَحَرِّفاً[1] لِّقِتَالٍ أَوْ مُتَحَيِّزاً[2] إِلَى فِئَةٍ فَقَدْ بَآءَ بِغَضَبٍ مِّنَ اللهِ وَمَأْوَاهُ جَهَنَّمُ وَبِئْسَ الْمَصِيرُ﴾[3].

٢. أن لا يكون لإرادة المضطر دخل في حلول الخطر فمن يتعمد إحداث الخطر فهو متجانف للإثم فلا يعد مضطراً، وقد نص القرآن على هذا الشرط في قوله تعالى: ﴿فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِّإِثْمٍ فَإِنَّ اللهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾[4]، وفي المضطر المسافر العاصي بسفره كأن يذهب من بلده الى بلد آخر، أو من منطقةٍ الى أخرى بقصد القيام بعمل غير مشروع، خلاف لفقهاء الشريعة في اعتبار اضطراره عذراً أو لا، فمنهم من لم يفرق بين العاصي بسفره وغيره في الاستفادة من عذر الضرورة التي يواجهها في الطريق كالحنفية[5]، ومنهم من لم يعتبر ضرورة العاصي عذراً مانعاً من المسؤولية كالمالكية[6] والظاهرية[7].

شروط الخطر:

الخطر (أو الضرر الجسيم) هو ركن أساس في قيام حالة الضرورة ويشترط فيه توافر الشرطين التاليين:

١. أن يكون جسيماً ولزوم هذا الشرط من البدهيات لدلالة لفظ الضرورة عليه، لأنها لا تتحقق إلا بهذا الشرط، وقد نص القرآن عليه في قوله تعالى: ﴿فَمَنِ اضْطُرَّ﴾ أي أجأته الضرورة، والضرورة صيغة مبالغة أي الضرر البالغ الذي يؤدي الى التلف أو الهلاك، والمعيار هو أن يعتقد المضطر ذلك وكان اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة.

---

(1) أي منعطفاً لقتال بأن يريهم الفرّة مكيدة وهو يريد الكرة.

(2) أي منضماً الى فئة (جماعة) من المسلمين يستنجد بها.

(3) سورة الأنفال / ١٥-١٦.

(4) سورة المائدة / ٣.

(5) شرح فتح القدير: ٣٥١/٢ وما بعدها.

(6) شرح الخرشي: ٥٧/٢ وللمالكية في هذه المسألة رأيان أحدهما يتفق مع الحنفية.

(7) المحلى: ٣٣١/٨ (ومن كان في سبيل معصية كسفر لا يحل أو قتال لا يحل فلم يجد شيئاً يأكله إلا الميتة أو الدم أو خنزيراً أو لحم سبع أو بعض ما حرم عليه لم يحل له أكله حتى يتوب).

٢. أن يكون الخطر حالاً أي يشترط لأجل إباحة المحظورات للمضطر أن يكون الخطر الذي يهدده خطراً حالاً، فمن ارتكب فعلاً محرماً لخطر غير موجود حالاً في اعتقاد غير مبني على أسباب معقولة، بأن كان مبنياً على الوهم أو الشك يعتبر الفاعل باغياً، وقد قال تعالى: ﴿فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ﴾، فالخطر المستقبل لا يعتبر ضرورة مانعة من المسؤولية الجنائية لاحتمال وقوعه وعدم وقوعه، ولا يجوز بناء الأحكام على الاحتمال.

شروط محل الخطر:

يشترط أن يكون محل الخطر الذي يتوجه إليه التهديد ويتعلق به مصلحة من المصالح الضرورية وهي (الدين والحياة والعرض والمال) لأن هذه المصالح ضرورية بالنسبة لكل فرد ومجتمع وأمة من سكان الأرض، وهي المقاصد الرئيسة للشريعة الإسلامية، فالعبادات التي كلف بها الإنسان والعقوبات التي قررت للجرائم كلها وسائل وقائية وعلاجية لحماية هذه المصالح.

شروط الفعل الذي يدفع به الخطر:

يشترط للإعتداد بالفعل الذي يستعمل لدرء الخطر توافر الشرطين التاليين:

١. أن يكون هذا الفعل لازماً لدفع الخطر بحيث لا يمكن دفعه بوسيلة أخرى أخف منه، واستعمال هذا الفعل في نظر فقهاء الشريعة ليس حقاً فحسب وإنما هو واجب، فإذا مات المضطر بالخطر دون أن يفعل ما ينقذه كان آثماً ويسأل ديانةً، ولو لم يسأل قضاء لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾ [1].

٢. أن يكون متناسباً مع الخطر بأن يقتصر المضطر على الحد الأدنى من دفع الأذى، بأن يقترف من الفعل المحرم ما يكفي لأن يحول بينه وبين الهلاك أو التلف.

فإن تعدى المضطر أو من يتعاون معه في دفع الخطر فإن فعله في حدود ما تجاوز فيه يكون خارجاً عن كونه مشمولاً بعذر الضرورة، وقد نص القرآن الكريم على هذا الشرط في قوله تعالى: ﴿فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ﴾ [2]، فمن تجاوز الحدود المطلوبة يعتبر متعدياً.

---

[1] سورة النساء / ٢٩.

[2] سورة النحل / ١١٥.

أساس إنعدام المسؤولية في حالة الضرورة:

اختلف فقهاء القانون في تحديد هذا الأساس كما يأتي في محله، ولكن فقهاء الشريعة اتفقوا على ان الأساس هو إزالة الضرر طبقاً للنصوص والقواعد الشرعية العامة المتعلقة بالضرورة، وقد ذكرنا نماذج منها كقاعدة {لا ضرر ولا ضرار} وقاعدة {الضرر يزال}.

مدى أثر الضرورة في المسؤولية الجنائية:

سبق أن بينا أن فقهاء الشريعة قسموا الجرائم الى ثلاثة أقسام جرائم الحدود والقصاص والدية والتعازير، فكما أن أثر الإكراه يختلف بالنسبة لهذه الأقسام كذلك يختلف أثر الضرورة فيها كما في الإيضاح الآتي:

أولاً: أثر الضرورة في جرائم الحدود والتعازير:

لا خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية[1] في أن الضرورة إذا توافرت أركانها وشروطها تكون مانعة من المسؤولية الجنائية في جرائم[2] الحدود وجرائم التعازير، فلا يسأل جنائياً ولا قضاءً ولا ديانةً، لأن الحدود والتعازير شرعت للمحافظة على المصالح الضرورية الخمس (الدين والحياة والعرض والمال والعقل)، فإذا تعرضت واحدة منها لخطر محدق يتوقف الخلاص منه على اقتراف جريمة أقل ضرراً من هذا الخطر، فجاز دفع الخطر بارتكاب الفعل الجرمي على أساس إزالة الضرر المأمور بها شرعاً، وانما الخلاف في حكم دفع هذا الخطر المحدق بارتكاب الفعل المحرم، هل هو مباح أي حق من حقوق المضطر إن شاء استعمله وإن شاء أهمله، أو هو واجب عليه لأن حياته ليست ملكاً خاصاً له، وإنما هي مشتركة بينه وبين المجتمع أو فيه التفرقة بين حق الله (الحق العام) وحق العبد (الحق الخاص)؟. وفيه آراء ثلاثة:-

---

(1) ينظر في تفصيل هذا الموضوع كشف الإسرار من أصول الحنفية: ١٥١٨/٤ وما بعدها. فتح القدير: ٢٨٨/٤ وما بعدها. المحلى: ١٧٦/١ وما بعدها. شرح الخرشي: ٣٣٦/٣ وما بعدها. المغني: ٥٩٦/٨ وما بعدها.

(2) من الواضح أنه لا يتصور قيام حالة الضرورة الملجئة التي تدفع الإنسان الى ارتكاب جريمة القذف والردة والبغي والحرابة وإنما يتصور ذلك بالنسبة لجرائم السرقة وتعاطي المسكرات والمخدرات والزنا.

الرأي الأول [1] إن حكم دفع خطر الضرورة عمل مباح تركت الحرية فيه للمضطر فله أن يدفع الخطر بما هو أقل منه خطورة، كما له أن يتحمل نتائج الضرورة والخطر الذي يحل به من موت أو إصابة بعاهة مستديمة أو نحو ذلك واستدل أنصاره بأدلة منها:

أ. قوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلاَّ مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ [2]، فحكم المستثنى من المستثنى منه المحرم هو الإباحة، إذ الاستثناء من الشيء يثبت ضد حكم المستثنى منه للمستثنى.

ويمكن أن يناقش هذا الدليل بأن المباح يتحقق ضمن الواجب أيضاً، وبأن ضد حكم المستثنى منه كما يكون إباحة، كذلك قد يكون فرضاً أو مندوباً.

ب. قوله تعالى: ﴿فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [3]، وجه الدلالة أن التعقيب بقوله تعالى: ﴿فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾، يشعر بأن المضطر المرتكب للفعل المحرم لدفع الخطر المحدق عنه مذنب، لأن الغفران إنما يكون حيث يوجد الذنب، وبناءً على ذلك إذا امتنع المضطر عن دفع الخطر فلا يكون آثماً وبالتالي لا يكون دفعه واجباً. ويناقش بأن المضطر ليس مذنباً إذا دفع اضطراره بالشروط المطلوبة في الضرورة المانعة من المسؤولية الجنائية بدليل نفي هذا الاثم في قوله تعالى في آية أخرى: ﴿فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [4]، فليس غفرانه ورحمته للذنب وإنما للإذن بدفع الضرر بالقدر اللازم.

جـ. الضرورة لا تجرد الفعل المحرم من صفة الحرمة حال الضرورة، لكن أجيز دفع الخطر به بناء على قاعدة {إذا تعارضت مفسدتان أو محظوران يختار الأخف ضرراً لدفع الأشد}، وبناءً على ذلك إذا امتنع المضطر عن دفع الخطر لا يكون آثماً.

---

[1] وهو رأي بعض فقهاء الحنابلة (المغني – لابن قدامة: ٥٩٥/٨). وأبي يوسف من الحنفية (المبسوط: ٤٨/٢٤). ووجه للزيدية (البحر الزخار: ٣٥١/٢ وما بعدها).

[2] سورة الأنعام / ١١٩.

[3] سورة النحل / ١١٥.

[4] سورة البقرة / ١٧٣.

الرأي الثاني[1] إن حكم دفع خطر الضرورة هو الوجوب فيجب على المضطر دفعه بما هو أقل خطورة فإذا امتنع عن ذلك يكون آثماً أمام الله أي يسأل ديانةً. واستدل أصحاب هذا الرأي بأدلة منها ما يلي:

أ. ترك دفع الخطر الذي يعرض حياة المضطر لخطر الموت أو إصابته بعاهة مستديمة يعد عملاً انتحارياً منهياً عنه بنص القرآن الكريم في آيات منها قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمْ﴾[2]، والممتنع عن دفع الخطر عن نفسه يعتبر قاتلاً لنفسه بصورة غير مباشرة. ومنها قوله تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُواْ بِأَيْدِيكُمْ إِلَى ٱلتَّهْلُكَةِ﴾[3].

ويلاحظ على هذا الدليل أنه من قبيل الاستدلال على إثبات الأعم بما هو الأخص، فالدعوى عامة والدليل خاص وهذا يتعارض مع قواعد علم المنطق لأن الخطر الناجم من الضرورة لا يهدد الحياة دائماً، بل قد يهدد الدين أو العرض أو المال أو العقل، لأن المصلحة الضرورية التي تجب المحافظة عليها ليست دائماً هي الحياة.

ب. قياس حالة الضرورة على حالة الاختيار، فكما يجب على الإنسان أن يحافظ على حياته بتعاطي ما هو من ضروريات استمرارها، فكذلك يجب الدفاع عنها كلما تعرضت لخطر الفناء، ويرد على هذا الدليل بما أوردناه على الدليل السابق من أنه استدلال بالأعم على إثبات الأخص وهو مخالف لقواعد المنطق.

الرأي الثالث[4] هو التفصيل بالتفرقة بين كون الجريمة المرتكبة لدفع الخطر اعتداء على حقوق الله (الحقوق العامة)، أو على حقوق العبد (الحقوق الخاصة).

---

(1) وهو ما تبناه فقهاء المالكية (حاشية الدسوقي: ١١٥/٢) والإمامية (من لا يحضره الفقيه ص٢٩٩و٤٠٠) والظاهرية (المحلى: ٣٤٣/١١) وإحدى الروايتين للحنابلة (المغني: ٥٩٦/٨).

(2) سورة النساء / ٢٩.

(3) سورة البقرة / ١٩٥.

(4) وهو رأي الحنفية: باستثناء أبي يوسف – في التحرير – لكمال الدين محمد بن عبد الواحد وشرحه تيسير التحرير – للعلامة محمد أمين: ٢٣٢/٢ (فيجب الرخصة هنا كما يجب شرب الخمر وأكل الخنزير لدفع الهلاك). ومن الواضح أن شرب الخمر من جرائم الحدود وأكل الخنزير من جرائم التعزير في الظروف الاعتيادية وكلتا الجريمتين من جرائم الاعتداء على حقوق الله.

وقالوا في الحقوق الخاصة الفعل المحرم الذي يدفع به الخطر يصبح مباحاً، ولكن يجب عليه الضمان لأن المساس بحق العباد ولو كان في حالات اضطرارية ظلم، لما فيه من إلحاق الضرر بهم والإمتناع عن الظلم وإضرار الغير عزيمة، بخلاف حقوق الله فإن في مساءلة الاعتداء عليها نوعاً من السماح الذي لا يوجد في الاعتداء على الحقوق الخاصة، وعلى هذا الفرق اشترط فقهاء الشريعة في قبول التوبة رد المظالم بالنسبة لمن اعتدى على الحقوق الخاصة دون الحقوق العامة.

ثانيا: أثر الضرورة في جرائم النفس:

أثر الضرورة في جرائم القتل والجرح والضرب يختلف عن أثرها في سائر الجرائم في الشريعة الإسلامية، خلافاً للرأي السائد في التشريعات الجزائية الوضعية من عدم التفرقة بين جرائم النفس والمال، فمن حاول النجاة من حريق فيجري بغير احتياط ويتسبب في موت شخص أو إصابته، لا يسأل عن الوفاة والإصابة في القانون[1]، وبعكس هذا الإتجاه القانوني فإن الشريعة الإسلامية تنظر الى الأنفس نظرة واحدة فتتساوى الأنفس أمام حكمها في جميع الظروف والأحوال الاعتيادية والاستثنائية، لذا لا تعتبر الضرورة عذراً مانعاً من المسؤولية الجنائية في جرائم النفس (جرائم القصاص والدية).

فليس للمضطر في أيّ ظرف كان أن يقتل غيره أو يجرحه في سبيل إنقاذ نفسه من الهلاك أو لدفع الخطر عن سلامته، كما لا يجوز للمضطر أن يتناول طعام مضطر آخر لينقذ نفسه على حساب هلاك هذا المضطر لعموم قوله تعالى: ﴿وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِناً مُّتَعَمِّداً فَجَزَآؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِداً فِيهَا وَغَضِبَ اللهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَاباً عَظِيماً﴾[2].

وعموم هذا النص لم يخصص بدليل يخرج المضطر من كونه مشمولاً بالعقوبة المقررة فيه. وعلى سبيل المثال لو واجه ركاب قارب خطر الغرق بسبب ثقل حمولته، لا يجوز لهم إلقاء واحد منهم أو أكثر لتخفيف الحمولة، لأنه لا مفاضلة بينهم حتى يفضل بعضهم على بعض، قال سبحانه تعالى: ﴿يَـٰأَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَـٰكُم مِّن ذَكَرٍ وَأُنثَىٰ وَجَعَلْنَـٰكُمْ شُعُوباً وَقَبَآئِلَ لِتَعَارَفُوۤاْ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللهِ أَتْقَـٰكُمْ إِنَّ اللهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ﴾[3]، وأكد الرسول ﷺ هذه المساواة البشرية في خطبة حجة الوداع بقوله ﷺ: ((كلكم من آدمَ وآدم من تُراب)).

---

[1] محمود محمود مصطفى – شرح قانون العقوبات / القسم العام: ص٥٠٣.

[2] سورة النساء / ٩٣.

[3] سورة الحجرات / ١٣.

ومن تطبيقات القواعد الشرعية العامة ما جاء في الفرق الخامس بعد المائتين في كتاب الفروق للقرافي[١] بين قاعدة ما يضمن بالطرح من السفن وبين قاعدة ما لا يضمن {**وإن لم يكن في السفينة غير الآدميين لم يجز رمي واحد منهم لطلب نجاة الباقين وإن كان ذمياً**}.

ومن التطبيقات الفقهية ما جاء في حاشية الدسوقي من أنه {**يجوز الطرح من السفينة عند خوف غرقها ويوزع ما طرح على مال التجارة فقط. ولا سبيل لطرح الآدمي ذكراً كان أم أنثى حراً أو عبداً مسلماً أو كافراً للإجماع على أنه لا يجوز إماتة أحد من الآدميين لنجاة غيره**}[٢].

ويستنتج مما ذكرناه ومن غيره أن الضرورة لا تعد عذراً مانعاً من المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية بالنسبة لجرائم الأشخاص (جرائم الاعتداء على النفس وما دون النفس)، غير إنه يمكن اعتبارها عذراً مخففاً بأن تكون مانعة من القصاص، ولكن لا يكون مانعاً من مساءلة المضطر من الدية والعقوبة التعزيرية لتفضيله بقاءه وسلامته على بقاء وسلامة الضحية.

وأما ما جاء في المراجع الفقهية من أن من يضطر الى ماء أو طعام أن يطلب ذلك من صاحبه، فإن امتنع فللمضطر أن يقاتله إذا لم يجد غيره، فإنه ليس مبنياً على أساس أن الاضطرار في هذه الحالة عذر مشروع مانع من المسؤولية الجنائية في جرائم النفس، وإنما هو من باب عقاب متمرد تمرد على قواعد الشريعة الإسلامية الآمرة بالتعاون على البر والتقوى، وبعقابه إذا امتنع عن ذلك ومنها قوله تعالى: {**أَرَءَيْتَ الَّذِي يُكَذِّبُ بِالدِّينِ، فَذَلِكَ الَّذِي يَدُعُّ الْيَتِيمَ، وَلَا يَحُضُّ عَلَى طَعَامِ الْمِسْكِينِ، فَوَيْلٌ لِّلْمُصَلِّينَ، الَّذِينَ هُمْ عَن صَلَاتِهِمْ سَاهُونَ، الَّذِينَ هُمْ يُرَآءُونَ، وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ**}[٣] الماعون كل ما ينتفع به. والمراد أن من لديه شيء ينتفع به وهو زائد عن حاجته ويحتاج إليه غيره وبوجه خاص إذا كان الغير مضطراً فامتنع ومنع منه، فهو مستحق للويل والويل الهلاك ويدعى به لمن وقع في هلكة يستحقها.

ومنها قوله تعالى: {**وَتَعَاوَنُواْ عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُواْ عَلَى الإِثْمِ وَالعُدْوَانِ وَاتَّقُواْ اللهَ إِنَّ اللهَ شَدِيدُ العِقَابِ**}[٤]، وهناك مئات الأوامر من القرآن الكريم بالتعاون في سد

---

[١] ٩/٤ وفيه (ويبدأ بطرح الأمتعة ثم البهائم لشرف النفوس).

[٢] حاشية الدسوقي على الشرح الكبير – المرجع السابق: ٢٧/٤.

[٣] سورة الماعون / ١–٧.

[٤] سورة المائدة / ٢.

حاجة الغير وبالتضامن في دفع الأذى وفي التكافل الاقتصادي، فمن يملك فائضاً من مال زائداً عن حاجته عليه أن يدفعه لمن يحتاج إليه[1].

فجواز الاعتداء على نفس من يملك طعاماً أو ماءً زائداً عن حاجته ويمتنع عن دفعه لمن يطلبه وهو في حالة الاضطرار، ليس لظرف الضرورة إنما لتحرم الممتنع وخروجه عن القواعد الشرعية الآمرة بتقديم العون لمن يحتاج إليه.

الضرورة والإكراه:

هذان العارضان يتفقان من أوجه ويختلفان من أوجه أخرى.

أ. يتفقان في الآتي:

١. **كل واحد منهما عذر شرعي** مانع من المسؤولية الجنائية إذا توافرت أركانه وشروطه.

٢. **كلاهما من العوارض الخارجية** وليس من العوارض الذاتية كالجنون والصغر.

٣. **كل منهما يقتصر أثره** على الإرادة دون الإدراك فهما من عيوب الإرادة.

ب. يختلفان فيما يلي:

١. **من حيث المصدر** مصدر الإكراه في الفقه الإسلامي -خلافاً للقانون- هو الإنسان المتمتع بالإدراك التام والإرادة الحرة بينما مصدر الضرورة إما قوة قاهرة أو حيوان أو إنسان عديم الأهلية كالمجنون.

٢. **من حيث العمل الجرمي** الذي يدفع به خطر الإكراه والضرورة، ففي الإكراه محدد لأنه هو الذي يريده المكرَه بخلاف حالة الضرورة، فالمضطر لم يتحدد لديه مقدماً ما يلزم أن يرتكبه ليدفع به خطر الضرورة.

٣. **من حيث العناصر** فأركان وشروط كل واحد منهما مختلفة في بعضها كما هو واضح مما ذكرنا سابقاً فيما يتعلق بهذه العناصر.

---

[1] ينظر: نظرية الضرورة في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي – للدكتور يوسف قاسم مطبعة جامعة القاهرة: ص٢٨٧ وما بعدها.

أثر الضرورة في المسؤولية المدنية:

سبق أن بينا في مقدمة هذا الكتاب أهم الفروق الجوهرية بين المسؤوليتين الجنائية والمدنية، ومن هذه الفروق الاختلاف في الجزاء، والجزاء في المسؤولية الجنائية هو العقاب، وفي المسؤولية المدنية هو التعويض، وان الغرض من العقاب هو الردع والزجر والإصلاح، بينما الغرض في التعويض الجبر وإزالة الضرر المالي وإعادة الحالة الى ما كانت عليه سابقاً بدفع تعويض المال المتلف بمثله إن كان مثلياً وبقيمته إذا كان قيمياً.

والمسؤولية المدنية أما عقدية، وهي التي تنشأ عن الإخلال بالتزام تعاقدي، وأما تقصيرية وهي الناشئة عن الإخلال بواجب شرعي (أو قانوني)، وكلتا المسؤوليتين (التقصيرية والعقدية) قد تتأثر بالضرورة، لذا من المفيد دراسة كل واحدة بمعزل عن الأخرى من حيث مدى التأثر بالضرورة وبما أن تطبيقات التقصيرية أكثر، أقدمها بالبحث:

أولاً: مدى تأثر المسؤولية المدنية التقصيرية بالضرورة:

المسؤولية التقصيرية في الفقه الغربي والقوانين العربية المتأثرة به كالقانون المصري تتوقف على ثلاثة عناصر وهي الخطأ + الضرر + علاقة السببية بين الخطأ والضرر، وفي الفقه الإسلامي والقوانين المتأثرة به كالقانون المدني العراقي تتوقف أيضاً على ثلاثة عناصر وهي العمل غير المشروع (أو التعدي) + الضرر + علاقة السببية.

وعنصر الخطأ غير معتبر في الفقه الإسلامي من حيث عنصره المعنوي[1] لتحقق المسؤولية التقصيرية وهي تثبت لعديم الأهلية كما تثبت لكامل الأهلية أو ناقصها، بخلاف ما عليه في الفقه الغربي لأن الخطأ الذي هو أحد عناصر المسؤولية التقصيرية يتطلب الإدراك الكامل، لأنه عبارة عن الإخلال بواجب قانوني مع إدراك المخل إياه. وتأثر المسؤولية التقصيرية بالضرورة وعدمه ليس محل اتفاق فقهاء الشريعة بل اختلفوا بين إقراره وعدمه على آراء أهمها أربعة:

الرأي الأول: ذهب الى أن الضرورة لا تكون مانعة من المسؤولية المدنية التقصيرية بل يجب على المضطر تعويض ما يتلفه بإهلاك أو استهلاك تحت ضغط الضرورة، وهو

---

(1) من الواضح أن الخطأ في الفقه الغربي يتكون من عنصرين مادي وهو إخلال بواجب قانوني ومعنوي وهو إدراك المخل إياه.

رأي جمهور فقهاء الشريعة بمذهبهم الشافعية[١] والحنابلة[٢] وبعض الإمامية[٣] وبعض الحنفية[٤] وبعض المالكية[٥].

واستدل أنصار هذا الرأي بأدلة أهمها ما يلي:

١. إن الضرورة ليست سبباً من أسباب الإباحة حتى في حالة وجوب تناول الجائع للمضطر طعام الغير بدون إذنه لإنقاذ حياته، فالضرورة لا تجرد الفعل غير المشروع في ذاته من صفة عدم المشروعية، لتبقى عناصر المسؤولية التقصيرية قائمة. والجدير بالذكر أن إطلاق المباح على المحظور في ذاته والجائز للضرورة في قاعدة (الضرورات تبيح المحظورات) من باب التجوز فما يسمى مباحاً ليس إلا رخصة.

٢. إن إهلاك أو استهلاك مال الغير بدون إذنه في حالة الضرورة فيه إذن الشارع فقط، دون إذن المالك وسقوط الضمان في الحق الخاص يتوقف على توافر الإذنين[٦].

---

(١) في المنهاج وحاشية قليوبي: ٢٦٣/٤ (لو وجد المضطر طعام غائب أكل منه وغرم قيمة ما أكله. ولو وجد المضطر طعام حاضر غير مضطر ولم يجد غيره من ميتة ولا غيرها لزم صاحبه إطعام المضطر... وإنما يلزمه إطعام بعوض ناجزٍ وإلا فبنسيئة). وجاء نفس المضمون في تحفة المحتاج: ٣٩٣/٩.

(٢) في قواعد ابن رجب: ص٣٧ القاعدة (من أتلف شيئاً لدفع أذاه لم يضمنه، وإن أتلفه لدفع أذاه به ضمنه ولو صال عليه حيوان آدمي فدفعه عن نفسه بالقتل لم يضمنه، ولو قتل حيواناً لغيره في مخمصة ليحيي به نفسه ضمنه).

(٣) في الروضة البهية وشرح اللمعة الدمشقية: ٢٩٢/٢ (ولا يجوز أكل الميتة بل يأكل الطعام ويضمنه لمالكه).

(٤) حاشية ابن عابدين: ١٩٩/٦ (بمنزلة جائع في مفازة ومع صاحبه طعام له أخذه كرهاً ثم يضمنه ولا إثم عليه).

(٥) في المنتقى شرح موطأ الامام مالك بن أنس – للقاضي أبي الوليد سليمان بن خلف الباجي: ١٤٠/٣–١٤١ (وإذا أكل المضطر الى الميتة مال غيره فقد قال الشيخ أبو القاسم يأكل منه ويضمن لأنه أتلف مالاً لغيره لمنفعة نفسه فكانت عليه قيمته كغير المضطر فإن اضطراره إنما يتعلق بإباحة أكله دون إسقاط عوضه).

(٦) في الفروق – للقرافي: ١٩٥/١ (الفرق الثاني والثلاثون قاعدة الإذن العام من قبل صاحب الشرع في التصرفات وبين قاعدة إذن المالك الآدمي في التصرفات في أن الأول لا يسقط الضمان – أي في الحقوق الخاصة– والثاني يسقطه. وسر الفرق هو أن الله تعالى تفضل على عباده فجعل

٣. **قاعدة {الضرر يزال}** تقتضي وجوب التعويض عن الضرر الذي أحدثه المضطر، فهي عامة تشمل حالات الضرورة والحالات الاعتيادية.

٤. **إن المضطر يقوم بإهلاك واستهلاك** مال الغير لمصلحة نفسه والمحافظة على حياته من غير أن يكون لمالك المال المتلف تقصير في حدوث الضرورة.

٥. **الإجماع على التفرقة** بين حالة الضرورة وحالة الدفاع الشرعي، فمن أتلف شيئاً لدفع أذاه لم يضمنه، وإن أتلفه لدفع أذاه به ضمنه.

الرأي الثاني: هو أن الضرورة مانعة من المسؤولية المدنية التقصيرية كما هي مانعة من المسؤولية الجنائية، وهو رأي بعض فقهاء المالكية[1]، وقول مرجوح في فقه الإمامية[2]. واستدل أنصار هذا الرأي بأدلة أهمها ما يأتي:

١. **الجواز الشرعي لما أتلفه** ينافي الضمان ويناقش بأن هذه القاعدة تعارضها قاعدة **{الاضطرار لا يبطل حق الغير}**، وبيان المراد بقاعدة **{الجواز الشرعي ينافي الضمان}** هو الجواز الأصلي الذي هو عزيمة، بخلاف الجواز الشرعي الاستثنائي الذي هو رخصة.

٢. **أن المضطر أتلف المال** إهلاكاً أو استهلاكاً أداء لواجب فرضه عليه الشرع وهو دفع خطر الموت عن نفسه بما قام به، قال تعالى: **﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ﴾**[3] فلو لم يتناول الطعام أو لم يتلف المال لمات آثماً، والقواعد الشرعية تأبى فرض التعويض على من يقوم بأداء الواجب رغم ترتب ضرر الغير عليه.

ويناقش بأن هناك فرقاً واضحاً بين أداء الإنسان لواجب لمصلحته الشخصية وأداء واجب للمصلحة العامة، فالثاني ينافي التعويض دون الأول.

ما هو حق لهم بتسويغه وتملكه وتفضله لا ينقل الملك فيه إلا برضاهم ولا يصح الإبراء منهم إلا بإسقاطهم ولذلك لا يسقط الضمان في إتلافه إلا بإذنهم في إتلافه أو بالإذن في مباشرته على سبيل الأمانة كما إن ما هو حق لله تعالى صرف لا يتمكن للعباد من إسقاطه والإبراء منه بل ذلك يرجع الى صاحب الشرع فكل واحد من الحقين موكول لمن هو منسوب له ثبوتاً وإسقاطاً).

(١) في المنتقى، المرجع السابق: ١٤١/٣ (وقيل لا ضمان عليه فيما اضطر إليه).

(٢) في الروضة شرح اللمعة الدمشقية، المرجع السابق: ٢٩٢/٢ (وقيل أنه حينئذ لا يضمن الطعام للإذن في تناوله شرعاً بغير عوض).

(٣) سورة النساء / ٢٩.

الرأي الثالث: ذهب الى التفصيل بالتفرقة بين مضطر متمكن مالياً وقادراً على دفع القيمة أو المثل للمال المتلف بعد إتلافه تحت ضغط الضرورة، فيجب الضمان عليه وبين مضطر فقير لا يملك ما يدفع به التعويض فلا يجب عليه شيء.

وفي هذا الرأي جمع بين الرأيين السابقين وهو معتدل وممن قال به ابن حزم الظاهري[1] وعلل قوله هذا بأنه أتى مباحاً إتيانه. ويناقش هذا التعليل بأن فيه نوعاً من التناقض، لأنه إذا اعتبر هذا دليلاً لعدم الضمان فيجب أن لا يكون ضامناً أيضاً في حالة وجود ما يسد به التعويض لأنه أتى بما هو مباح إتيانه.

الرأي الرابع: ما ذهب إليه بعض فقهاء الحنفية[2] من التفرقة بين الضرورة العامة والخاصة، فإن أتلف المضطر مالاً لدفع خطر ضرورة عامة لا يكون ضامناً، لأنه عمل يقتضي قاعدة {**إذا تعارضت المصلحة العامة والمصلحة الخاصة تقدم الأولى على الثانية**}، وهي قاعدة عامة تنطبق على حالات الضرورة وغيرها.

ونرى **رأياً خامساً:** يجمع به محاسن الآراء الأربعة السابقة وهو التفصيل الآتي:

إذا طالب صاحب المال المتلف المضطر بالتعويض فيجب عليه التعويض إذا كان متمكناً مالياً وكان الإتلاف لمصلحة المضطر فقط، ولم يكن لصاحب المال دخل في حدوث الضرورة، وإن لم يطالب به مع علمه أو طالب ولكن كان المضطر فقيراً غير متمكن، أو كان لصاحب المال دخل في قيام الضرورة لا يجب التعويض.

ثانياً: مدى تأثر المسؤولية المدنية العقدية بالضرورة:

ومن أهم تطبيقات هذا التأثر هو نظرية الظروف الطارئة، لذا أقتصر عليها لأننا بصدد دراسة المسؤولية الجنائية دون المدنية، ولنظرية الظروف الطارئة صلة وثيقة بنظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية، ومن الشواهد على هذه الحقيقة ما يأتي:

أ. يقول الفقيه القانوني الفرنسي الكبير الأستاذ لامبير في المؤتمر الدولي للقانون المقارن الذي انعقد بمدينة لاهاي عام ١٩٣٢ {نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي تعبر بصورة

---

[1] في المحلى: ٣٣٠/٨ (فإن كان المكره على أكل مال مسلم له مال حاضر فعليه قيمة ما أكل لأن هكذا هو حكم المضطر فإن لم يكن له مال حاضر فلا شيء عليه).

[2] في الدر المختار تنوير الأبصار وحاشية ابن عابدين: ١٩٩/٦ (ركب دار غيره لأطفاء حريق وقع في البلد فانهدم شيء بركوبه لم يضمن لأن الحريق عام فكان لكل دفعه ولو هدم دار غيره بغير أمره، أو أمر السلطان ضمن).

أكيدة وشاملة عن فكرة يوجد أساسها في القانون الدولي العام في نظرية الظروف المستفيضة، وفي القضاء الإداري الفرنسي في نظرية الظروف الطارئة، وفي القضاء الإنكليزي فيما أدخله من المرونة على نظرية إستحالة تنفيذ الالتزام تحت ضغط الظروف الاقتصادية التي نشأت بسبب الحرب، وفي القضاء الدستوري الأمريكي في نظرية الحوادث المفاجئة}[1].

ب. يقول الفقيه القانوني المصري الكبير الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري (رحمه الله) {إن نظرية الظروف الطاقة عادلة ويمكن للمشرع المصري في تقنينه الجديد أن يأخذ بها استناداً الى نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية وهي نظرية فسيحة المدى خصبة النتائج متسع لنظرية الظروف الطاقة}، ثم يقول {إن نظرية الضرورة من النظريات الإسلامية في الشريعة الإسلامية وهي تماشي أحدث النظريات القانونية في هذا الموضوع}.

جـ. جاء في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري الجديد ما خلاصته: قد استمد المشروع من الشريعة الإسلامية كثيراً من نظرياتها العامة وكثيراً من أحكامها التفصيلية، فمن أهم ما اقتبسه من النظريات العامة: النزعة المادية والموضوعية التي تميز بها الفقه الإسلامي، ونظرية التعسف في استعمال الحق، ومسؤولية عديم التمييز التي تأخذ بها التقنينات الجرمانية دون التقنينات اللاتينية. وحوالة الدين التي تخلفها التقنينات اللاتينية وتنظمها التقنينات الجرمانية متفقة في ذلك مع الشريعة الإسلامية، وقد أخذ المشروع بها إتباعاً للشريعة الإسلامية، ومبدأ الحوادث غير المتوقعة (أي نظرية الضرورة)[2].

الظروف الطارئة:

هي الظروف التي تطرأ على العقد بعد إبرامه وقبل تنفيذه من شأنها أن يختل بها التوازن بين الالتزامات المتبادلة الناشئة عن العقد، وقد عالج فقهاء الشريعة الإسلامية هذا الموضوع في أبواب مختلفة ومناسبات متعددة ومواضع متفرقة، غير انها من الصعب

---

[1] مجلة القانون والإقتصاد ب٢ ع٥، القسم الإفرنجي مقال باللغة الفرنسية: ص٣٠٢-٣٠٣ نقلاً عن الدكتور عبد السلام الترمانيني، نظرية الظروف الطارئة: ص٣٥.

[2] القانون المدني، مجموعة الأعمال التحضيرية، مطبعة دار الكتاب العربي: ٢٠/١.

الإحاطة بأبعاد عناصرها وأحكامها كنظرية مستقلة قائمة بذاتها تنطبق على ما صدقها من الجزئيات، لأن فقهاء الشريعة لم يهتموا بوضع نظريات عامة كما هو ديدن القوانين الوضعية، بل درسوا كل مسألة بمعزل عن نظائرها بدقة متناهية لتحقيق العدالة التي هي الغاية الرئيسة من تطبيق النصوص والقواعد العامة، ومن الواضح أن لكل مسألة ظروفها الخاصة وخلفيات معينة لها التأثير المباشر على حكمها.

إضافة الى ذلك فإنهم وضعوا قواعد كلية تضاهي النظريات القانونية، وظيفتها جمع شمل الجزئيات المتشابهة المتناظرة المندرجة تحتها لتسهيل الوصول الى أحكامها، ورغم أنهم لم يستعملوا مصطلح {نظرية الظروف الطارئة} إلا أنهم تناولوا تعابير مرادفة لها كمصطلح {الأعذار} و{الطوارئ} و{الجوائح}[1]، وغرضها ومن الواضح أن العبرة بالمعاني لا بالألفاظ والمباني.

أسس النظرية في القرآن الكريم:

المتتبع لآيات القرآن الكريم يجد أن عشرات منها تناولت صراحة أو ضمناً أسس فكرة الظروف الطارئة ومن هذه الآيات:

- قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالإِحْسَانِ﴾[2]، والعدل هو إعطاء كل ذي حق حقه والمساواة في المكافآت إن خيراً فخير وإن شراً فشر، والإحسان هو أن يقابل الخير بأكثر منه والشر بأقل منه، والتخفيف من تفريط العدل[3] والعدل يكون بتطبيق القاعدة الشرعية، والإحسان يتم بتطبيق القاعدة الأخلاقية، وبالعدل تتحقق المساواة بين الناس وبالإحسان يتكامل التآخي بينهم.
- وقوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلاَ يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾[4].
- وقوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾[5].

---

(1) البائحة لغة: المصيبة ومنها ما يصيب المحصولات من الثروة الزراعية من ثمار الأشجار والمزروعات.

(2) سورة النحل / ٩٠.

(3) الكشاف – للزمخشري، جار الله محمود بن عمر: ٢٤١/٢.

(4) سورة البقرة / ١٨٥.

(5) سورة الحج / ٧٨.

ويستنتج من هذه الآيات وغيرها أن أسس نظرية الظروف الطارئة دفع الضرر ورفع الحرج بالعدل والإحسان ممن يتعرض لهما لظروف طارئة تهدده بخطر محدق وخسارة فادحة.

سند تطبيق النظرية في السنة النبوية:

لو راجعنا أقضية الرسول ﷺ وأقواله لوجدنا أنه قضى وأمر بتعديل التزامات تعاقدية أو إنقضائها بسبب ظروف طارئة تأثرت بها تلك الالتزامات، ومنها قوله ﷺ: ((لو بعتَ من أخيكَ ثمراً أصابتهُ جَائِحَةٌ فَلا يَحِلُ لكَ أن تأخُذ منهُ شيئاً بِمَ تأخذ مَالَ أخيكَ؟))[1].

هذا الحديث يدل على أن الالتزام في حالة الهلاك الكلي لمحل العقد، وأما في حالة هلاك جزئي يؤدي الى إلحاق خسارة فادحة بالطرف المضرور، فإن الالزام يتعدل ولا ينقضي، وفي حالة الإنقضاء وإنفساخ العقد، الخسارة تكون على البائع، ومنها ما رواه مالك في الموطأ تحت عنوان {الجائحة في بيع الثمار والزرع} (ابتاع رجل ثمر حائط في زمان رسول الله ﷺ فعالجه وقام فيه حتى تبين له النقصان[2]، فسأل رب الحائط أن يضع له أو أن يقيله، فحلف أن لا يفعل، فذهبت أم المشتري الى رسول الله ﷺ فذكرت له ذلك، فقال رسول الله ﷺ: ((تَأبَى أن لا يَفعلَ خيراً؟))[3]، فسمع بذلك رب الحائط فأتى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله هو له)[4].

---

[1] رواه مسلم، وفي رواية له أن النبي ﷺ أمر بوضع الجوائح. سبل السلام: ٦٢/٣، يقول الصنعاني (الإمام محمد بن إسماعيل): وفي هذا الحديث دليل على أن الثمار التي على رؤوس الشجر إذا باعها المالك وأصابتها جائحة (وهو آفة تصيب الزرع) أن يكون تلفها من مال البائع وأنه لا يستحق على المشتري في ذلك شيئاً.

[2] أي تبين النقصان بجائحة طرأت عليها. يقول الباجي شارح الموطأ: ٢٣١/٤ (قوله فأتى رب الحائط (البستان) وسأله أن يضع عنه (أي يعدل التزامه) أو يقيله (أي يفسخه أو يعيده بنفس الثمن حسب الاختلاف الموجود في تكييف الإقالة هل هي بيع أو فسخ) يحتمل وجهين أحدهما أنه سأله ذلك على وجه الرغبة إليه وما جرت به العادة أن يستوضع الناس بعضهم بعضاً عند المتاجرة... والثاني أن يكون إنما سأله أن يضع عنه بقدر الحاجة التي تثبت له على وجه استدعاء الحق).

[3] هذا الكلام من الرسول ﷺ إنكار لحلفه أن لا يفعل خيراً ولا يقبل تعديل الالتزام ولا فسخ العقد وإعادة العاقدين الى ما كانا عليه قبل العقد.

[4] موطأ الإمام مالك بشرح المنتقى: ٢٣١/٤.

ومن الآثار في الموطأ (عن مالك أنه بلغه أن عمر بن عبد العزيز (ﷺ) قضى بوضع الجائحة، وقال مالك: وعلى ذلك الأمر عندنا)[1].

ويستنتج مما ذكرنا من الأسس والأسانيد أن أثر الظروف الطارئة على العقود أما تعديل الالتزام بحيث يدفع عن المدين الخسارة الفادحة أو فسخ العقد.

عناصر نظرية الظروف الطارئة:

تتركز نظرية الظروف الطارئة على ركنين: أحدها قيام إلتزام تعاقدي خال عن الغرر حين نشأته، والثاني حدوث ظرف طارئ غير متوقع من شأنه أن يتأثر به الالتزام، بحيث يلحق خسارة فادحة بالمدين إذا قام بتنفيذه دون تعديل.

ويشترط في الركن الأول توافر ما يلي:

١. **أن يكون الالتزام تعاقدياً** أي ناشئاً من العقد، فإذا كان تقصيرياً فإنه لا يتأثر بالظروف الطارئة، فمن أحدث ضرراً في مال الغير يجب عليه تعويض يعادل حجم الضرر، فبعد الحكم به واستقراره في ذمة المدين لا يتأثر هذا الالتزام بأي ظرف طارئ يجعل التنفيذ عليه مرهقاً.

٢. **أن لا يكون العقد من عقود الغرر** فنظرية الظروف الطارئة لا تنطبق على العقود الاحتمالية[2] كعقد التأمين وعقود المضاربة، وبيع الثمار قبل إنعقادها والزرع قبل نباته بثمن جزاف، ونحو ذلك، فلا تسمع في مثل هذه العقود دعوى الغبن ولا دعوى الخسارة المرهقة من حادث غير متوقع، لأن الأساس الذي بنيت عليه هو غبن إحتمالي وخسارة متوقعة يتحملها أحد العاقدين.

---

(١) المرجع السابق.

(٢) العقد الاحتمالي هو الذي يتوقف فيه قدر التزامات أحد الطرفين على حادث غير محقق من شأنه أن يزيد أو ينقص من قدر هذه الالتزامات، ففي عقد التأمين على الحياة لا يبين وقت التعاقد مدى الأقساط التي ستستحق في ذمة المؤمن له إذا مات مبكراً فلا يدفع إلا أقساطاً قليلة، ولا مدى إلتزامات المؤمن من وقت حلولها ويعتبر إحتمال الكسب والخسارة في العقد الاحتمالي أمراً جوهرياً. بخلاف العقد محدد القيمة كعقد البيع فإن كلاً من طرفيه يستطيع أن يحدد وقت انعقاده القدر الذي يأخذ والذي يعطيه.

٣. **أن لا يكون الالتزام قد تم تنفيذه أو انقضى بسبب آخر غير الوفاء**، فإذا حدث ظرف طارئ بعد التنفيذ وكان من شأنه أن يتأثر به قبل التنفيذ ليس للمدين حق مطالبة التعديل أو استرداد بعض مما تم تنفيذه كاملاً.

ولا يشترط في العقد الذي تنطبق فيه نظرية الظروف الطارئة أن يكون مستمر التنفيذ فقط، كعقد الإجارة كما يزعم الكثير، بل تنطبق النظرية إضافة الى هذا العقد على العقد دوري التنفيذ كمتعهد المستشفيات والوحدات العسكرية بتقديم المستلزمات الطعامية من اللحوم والفواكه والحليب ونحو ذلك، وعلى العقد فوري التنفيذ بحسب طبيعته، لكن اتفق المتعاقدان على تأجيل التنفيذ، وكذا على العقد واجب التنفيذ في الحال من غير تأجيل، إلا أنه طرأت ظروف طارئة بعد إبرامه وقبل تنفيذه، لأن العلة قائمة في جميع هذه الصور من العقود والحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً.

ويشترط في الركن الثاني ما يأتي:

١. أن يكون الظرف الطارئ حادثاً إستثنائياً بحيث يكون توقعه نادراً كالحرب والزلزال والفيضان، والجراد وسائر الآفات السماوية غير المتوقعة.

٢. أن يكون الظرف الطارئ مفاجئاً فلو أبرم العقد في وقت كانت تنذر فيه الحالة بنشوب الحرب بحيث يستطيع الشخص العادي أن يتوقع قيامها فإن النظرية لا تنطبق على هذه الحالة.

٣. أن يجعل الظرف الطارئ تنفيذ الالتزام مرهقاً[1] للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة فإذا جعل التنفيذ مستحيلاً فلا تنطبق النظرية بل ينفسخ العقد تلقائياً، وإذا لم تكن الخسارة فادحة فيجب على المدين تنفيذ إلتزامه دون تعديل.

ولا يشترط في الشريعة الإسلامية أن يكون الظرف الطارئ حادثاً عاماً كما إشترطه القانون، والدليل على ذلك النصوص الشرعية التي أوردنا نماذج منها من القرآن الكريم والسنة النبوية، وهذا الإتجاه هو الأقرب الى العدالة، ونأمل أن تأخذ به القوانين الوضعية وبوجه خاص قوانين البلاد الإسلامية، فالمدين الذي هلك محصوله في حريق خاص به أو في حريق أهلك محصول عدد قليل من الناس، يستفيد من هذه النظرية ويستطيع القاضي إذا عرضت عليه الواقعة أن يقضي بتطبيق نظرية الظروف الطارئة بمقتضى الشريعة الإسلامية.

---

(١) معيار الإرهاق شخصي فقد يكون الأمر بالنسبة الى مدين مرهقاً وغير مرهق بالنسبة لغيره. وقد ذهب البعض الى أنه موضوعي ونحو ٣/١ الصفقة فأكثر.

الضرورة والوفاء بالنقد:

من البدهي أن الشخص المعنوي كالشخص الطبيعي يتأثر بالظروف الداخلية والخارجية، فكما أن الإنسان يتطور من الحسن الى الأحسن ومن الفاضل الى الأفضل، أو بعكس ذلك يتغير من الأحسن الى الحسن أو من الحسن الى السيء ومن السيء الى الأسوء لعوامل لا دخل لإرادته فيها غالباً، كذلك الشخص المعنوي (القانوني) يتأثر بظروف إستثنائية غير متوقعة تنعكس آثارها السلبية على المجتمع الذي يمثله هذا الشخص المعنوي (الدولة) إقتصادياً وصحياً وثقافياً وغير ذلك من مظاهر الحياة في شتى الحالات.

ونظير ذلك ما حدث في العراق بعد فرض الحصار من انخفاض القوة الشرائية للدينار العراقي بحيث ما كان سعره قبل الحصار ديناراً واحداً أصبح الآفاً فأكثر منذ ١٩٩١، وبعد أن حصل انتعاش إقتصادي واستعاد الدينار العراقي عافيته وارتفعت قوته الشرائية نسبياً، واجه الشعب العراقي في الحالتين ظروفاً غير متوقعة، فشعر الذين بذمتهم حقوق الناس المالية بنوع من الإرهاق في تنفيذ إلتزاماتهم، وعلى سبيل المثال من اشترى سيارة بعشرين مليون دينار لغرض تجاري ثم نزل سعرها فجأة الى خمسة ملايين، أي ربع القيمة فأصبح تنفيذ إلتزام المشتري بدفع الثمن الذي لا يزال بذمته مرهقاً. فما هو موقف الشريعة الإسلامية من هذه المشاكل الاقتصادية في ضوء قواعدها العامة وتطبيقاتها في ظل تلك الظروف الطارئة؟

فإذا راجعنا المراجع الفقهية الإسلامية نجد إن أمثال هذه القضايا غير محسومة بصورة قطعية، ففيها خلافات، ومنشأ الخلاف التأثر بالبيئة والظروف التي عاشوا فيها من جهة، وبالتقليد وعدم التقيد بحرفية قول الرسول العظيم ﷺ ((على اليَدِ ما أخذت حَتى تَردهُ))، والأخذ بعمومه أو تخصيصه بالنصوص والقواعد الشرعية الأُخر من جهة أخرى.

وفي رأينا المتواضع يجب على ولي الأمر بتعاون مع أهل الخبرة التدخل في مثل هذه الحالات لمعالجتها، بتشريع خاص يتولى تعديل الالتزامات المرهقة أسوة بالالتزامات الخاضعة لنظرية الظروف الطارئة التي عالجتها التشريعات القائمة، وفي حالة غياب النص على القاضي تطبيق هذه النظرية والقيام بتعديل الالتزام المرهق بما يستلام مع روح الشريعة والعدالة على أن يأخذ بنظر الاعتبار الضوابط الآتية:

١. رعاية الظروف المالية لكل من الدائن والمدين في نسبة التعديل.
٢. عدم وجود تقصير من المدين في تأخير تنفيذ إلتزامه بدون عذر.

٣. رد المبيع الذي لم يدفع ثمنه بعد ولم يطرأ عليه تغيير مع تعويض عادل مناسب عن مرهق إذا ثبت ضرر البائع نتيجة هذه الصفقة.

وتعديل الالتزام المرهق في جميع الظروف الراهنة غير متوقعة لها سندها الواضح في القرآن الكريم والسنة النبوية والاجتهادات الفقهية لأئمة الفقه كما يلي:

أ. في القرآن الكريم آيات كثيرة يستنتج منها هذا الحكم منها قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالإِحْسَانِ﴾ [١] وسبق بيان المراد من العدل والإحسان. وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُم مِّن ذَكَرٍ وَأُنثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا﴾ [٢]، أي لتتضامنوا وتتعاونوا وتتكافلوا في رفع الحرج ودفع الضيق والسماح ونحو ذلك، وقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ﴾ [٣]، فقبول الدائن تعديل إلتزام مدينه المرهق في مقدمة التعاون على البر.

ب. وكذلك نجد الحكم في أقوال الرسول ﷺ منها: ((لا يؤمنُ أحدُكم حتى يُحبَّ لأخيه مَا يُحبُّ لِنفسِه))، ومنها: ((مَثَلُ المُؤمنينَ في تَوادِهم وتعاطُفِهم وتَراحُمِهم كَمَثَلِ الجَسَدِ الواحد إذا اشتكى منهُ عُضوٌ تداعَى لهُ سائرُ الجَسَدِ بالسَّهَرِ والحُمَّى))[٤].

ج. من أقوال كبار فقهاء الشريعة الإسلامية رحمة الله على أرواحهم الطاهرة ما جاء في رسالة ابن عابدين تحت عنوان تنبيه الرقود على مسائل النقود[٥] من أنه قال: (وفي المنتقى إذا غليت الفلوس قبل القبض أو رخصت قال أبو يوسف (صاحب أبي حنيفة): قولي وقول أبي حنيفة في ذلك سواء وليس له غيرها، ثم رجع أبو يوسف وقال عليه قيمتها من الدراهم يوم وقع البيع ويوم وقع القبض ثم يمضي قائلاً: وقال (أي أبو يوسف) ثانياً (أي في قوله الذي رجع إليه) عليه قيمتها من الدراهم يوم البيع والقبض وعليه الفتوى. وقد نقله شيخنا في بحره وأقره حيث صرح بأن الفتوى عليه في كثير من المعتبرات فيجب أن يقول عليه إفتاءً وقضاءً).

---

[١] سورة النحل / ٩٠.

[٢] سورة الحجرات / ١٣.

[٣] سورة المائدة / ٢.

[٤] مسند الإمام أحمد بن حنبل وبهامشه منتخب كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال، دار صادر للطباعة والنشر / بيروت: ٤/٢٧٠.

[٥] مجموعة رسائل ابن عابدين الإمام العلامة خاتمة المحققين محمد أمين الشهير بابن عابدين الطبعة الأولى دار سعادات: ٢/٦٠.

وهذه الفتوى لأبي يوسف والعلامة ابن عابدين وغيرهما من كبار الفقهاء يتفق مع روح الشريعة الإسلامية وأخذ بروح التكافل الاجتماعي والاقتصادي.

أما قول الرسول ﷺ: ((عَلَى اليَّدِ مَا أَخَذَت))، فإن عمومه يخصص بنصوص أخرى، لأن نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية يخصص عموم بعضها ببعض لأنه ما من عام إلا وله خصص على الأقل غالباً، ونظائره كثيرة منها تخصيص عموم قوله ﷺ: ((لاَ تَبِعْ مَا لَيسَ عِندَك))[1] بحديث إجازة السلم[2] ومنها قوله ﷺ: ((لا ضمانَ على مُؤتَمَن))، حيث خصصه فقهاء الصحابة وفي مقدمتهم سيدنا علي بن أبي طالب (ﷺ) بالمصلحة العامة وقضوا بضمان الأجير المشترك رغم أن يده يد أمانة.

إضافة الى كل ما ذكرنا فإن من قواعد أصول الفقه الإسلامي إن مثل الشيء ما يساويه صورةً ومعنىً فإذا فقد أحد هذين العنصرين يتحول من كونه مثلياً الى القيميّ ومن الواضح ان كل عملة متداولة إذا تغيرت قوتها الشرائية بالزيادة أو النقص فقد عنصر المعنى وبذلك يجب البدء في الوفاء بالالتزامات الى القيمة.

---

(1) عن حكيم بن حزام قال قلت يا رسول الله يأتيني الرجل فيسألني عن البيع ليس عندي ما أبيعه منه ثم ابتاعه من السوق فقال لا تبع ما ليس عندك. رواه الخمسة. نيل الأوطار: ١٧٥/٥.

(2) عن ابن عباس (ﷺ): ((قال قدم النبي ﷺ المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين فقال: من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم)) رواه الجماعة. وهو حجة في السلم في منقطع الجنس حالة العقد. السلف لغة أهل العراق، والسلم لغة أهل الحجاز وشرعاً بيع موصوف في الذمة كمن يبيع جزءاً من محصولاته قبل أوانها على أن يسلمها في وقت موسمها، المرجع السابق: ٢٥٥/٥.

الضرورة وتحريم الاحتكار:

الاحتكار هو الإدخار للمبيع وطلب الربح بتقلب الأسواق[١].

حكم الاحتكار:

تحريم الاحتكار ثابت بالقرآن والسنة والأثر والإجماع والمعقول:

أ. **القرآن الكريم** كل ما يضر بالمجتمع حرمه القرآن ومن الآيات الخاصة بحكم الاحتكار قوله تعالى: ﴿وَمَن يُرِدْ فِيهِ بِإِلْحَادٍ بِظُلْمٍ نُّذِقْهُ مِنْ عَذَابٍ أَلِيمٍ﴾[٢]، قال كثير من العلماء والمفسرين لهذه الآية ومنهم يعنى بن أمية أن رسول الله ﷺ قال ((احتكار الطعام بمكة إلحاد))[٣].

ب. **السنة النبوية** ثبتت في المراجع المعتمدة أحاديث كثيرة بشأن تحريم الاحتكار منها:

١. عن عمر بن الخطاب ﷺ قال رسول الله ﷺ: ((الجالبُ مَرزوقٌ والمُحتكرُ مَلعُونٌ))[٤].

٢. عن سعيد بن المسيب عن عمر بن عبد الله العدوي أن النبي ﷺ قال: ((لا يَحتكرُ إلا خاطِيءٌ))[٥].

٣. عن ابن عمر ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ ((مَن احتكرَ طَعاماً أربعينَ يوماً يُريدُ بِهِ الغَلاءَ فقَد بَرِيءَ مِنَ اللهِ وبَرِيءَ اللهُ منهُ))[٦].

جـ. آثار الصحابة

١. **عن علي بن أبي طالب** ﷺ أنه مرّ بشط الفرات فإذا كدس طعام لرجل من التجار حبسه ليغلي به فأمر به فأحرق[٧].

---

(١) المنتقى شرح موطأ الإمام مالك: ٥/١٥.
(٢) سورة الحج / ٢٥.
(٣) الطبراني: ٢/٥٨٥، الجامع الصغير: ١/٢.
(٤) السنن الكبرى للبيهقي: ٦/٣٠.
(٥) صحيح مسلم: ٥/٥٦، سنن أبي داود: ٢/٢٤٣، سبل السلام: ٣/٣٢.
(٦) ينظر التخريج في جواهر الأخبار: ٣/٣١٩.
(٧) الروض النضير: ٣/٥٨٥.

٢. عن عبد الرحمن بن قيس عن حبيش قال (أبي حبيش): أحرق لي علي بن أبـي طالب بيادر بالسواد كنت احتكرتها، لو تركها لربحت فيها مثل عطاء. الكوفة[١] والبيادر جمع بيدر وهو الموضع الذي يدس القمح ونحوه فيه ويداس بالنورج.

د. الإجماع أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية من صدر الإسلام الى يومنا هذا على تحريم الاحتكار للمواد التي تتطلبها الحاجات الضرورية للناس.

هـ. المعقول العقل السليم يقضي بأن من واجبات السلطة مكافحة الاحتكار والأمر ببيع الأموال المحتكرة بسعر السوق، وبإنزال العقوبة على المحتكرين أسوة بما فعل سيدنا علي بن أبي طالب ﷺ في حالات الضرورة والحاجة الماسة الى الأموال المحتكرة.

الضرورة ووجوب تحديد الأسعار:

الأصل ترك الحرّ لإرادة التجار والباعة وأصحاب المنتوجات الصناعية والحيوانية والزراعية في البيع والشراء، لتشجيعهم على الانتاج وتداول السلع في كل مكان، كما أن السلطة ليس لها تحديد الأسعار إذا ارتفعت نتيجة لقلة الإنتاج والقحط، فكل ارتفاع خاضع لقانون العرض والطلب لا يجوز التدخل فيه، لأن ارتفاع الأسعار في هذه الحالة ناشئة عن زيادة الطلب وقلة العرض، وليس مصدره الاستغلال والجشع وكسب الأرباح الفاحشة على حساب المستهلكين.

والدليل على ذلك أنه لما غلا[٢] السعر في المدينة المنورة قال الناس يا رسول الله غلا السعر فسعر لنا قال رسول الله ﷺ: ((إنَّ اللهَ هُوَ المُسعِّرُ القَابِضُ[٣] الباسِطُ[٤] الـرَّزَاقُ إنِّـي لأرجُو أن ألقَى اللهَ وَليسَ أحدٌ مِنكُم يُطلبنِـي بِمظلَمَـةٍ في دَمٍ وَلا مـالٍ))[٥]. فهذا الحديث الشريف يدل على أن التسعير مظلمة فإذا كان مظلمة فهو محرم. هذا ما قاله الرسول

---

(١) المحلى: ٦٥/٩.

(٢) أي ارتفع عن معتاده.

(٣) أي المقتر.

(٤) أي الموسع.

(٥) قال الصنعاني في سبل السلام: ٣٢/٣ (رواه الخمسة إلا النسائي وصححه ابن حبان وأخرجه ابن ماجة والدارمي والبزار وأبو يعلى من حديث أنس وإسناده على شرط مسلم وصححه الترمذي).

العظيم ﷺ عندما كان الإنتاج قليلاً وطلب الناس أكثر من العرض ولم يكن منشأ الاستغلال والجشع. ولكن لما تغيرت النفوس وظهر الجشع والاستغلال والغش وتغلب الجانب المادي على الجانب الروحي وروح الإيثار، أفتى الفقهاء بوجوب تدخل السلطة وفي مقدمتهم الإمام مالك[1] (رحمه الله) إمام دار الهجرة النبوية، لأنه كلما حلت الضرورة بالفرد والمجتمع، على الدولة التدخل لرفعها ودفع آثارها، وبوجه خاص إذا تعلقت الضرورة بالأزمات الاقتصادية كالتي مر بها الشعب العراقي في سنوات الحصار الجائر الذي فرضته الدول الجائرة.

وعلى السلطة الزمنية أن لا تقف موقف المحايد في هذه الحالات الضرورية وأن لا تسمح لتجار هذه الأزمات والظروف الاستثنائية أن يجنوا أرباحاً فاحشة على حساب بؤس البائسين وحاجة المستهلكين، لأن كل إجراء تفرضه الحاجة الضرورية للمجتمع لكي تتخذ ضد الطامعين الجشعين المستغلين عمل مباح -إذا لم يكن واجباً- تبيحه الشريعة الإسلامية على أساس الضرورة والحاجة.

---

[1] ينظر المنتقى شرح الموطأ: ٥/١٨-١٩.

المبحث الثاني
الضرورة والمسؤولية الجنائية في القانون

لم يعرّف القانون الضرورة لأن تعريف المصطلحات ليس من وظيفة المشرع وإنما يتولاه فقهاء وشرّاح القانون، وإذا تتبعنا شروح التشريعات الجزائية العربية نجد أن الشرّاح منهم من خلط بينها وبين الاكراه المعنوي، فجعل الثاني مرادفاً أو أساساً لها كالأستاذ الدكتور القللي[١]، حيث يقول في بحث أثر الضرورة في المسؤولية الجنائية {المبحث الثاني الاكراه المعنوي وحالة الضرورة}، ثم يذكر أمثلة لا صلة لها بالاكراه المعنوي[٢]، وبعد ذلك يستعرض النظريات التي حددت الأساس الذي يرجع إليه تبرير إنعدام المسؤلية الجنائية في حالة الضرورة، فيقول: {ومنها الرأي الذاهب الى أن الأساس هو الإكراه المعنوي}[٣].

ومنهم من يجعلها صورة للإكراه المعنوي كالدكتور محمود محمود مصطفى حيث يقول {الضرورة هي أن يجد الإنسان نفسه أو غيره مهدداً بضرر جسيم على وشك الوقوع فلا يرى سبيلاً للخلاص منه إلا بإرتكاب الفعل المكون للجريمة، وقد يوجه إليه الخطر عمداً بقصد إلجائه إلى ارتكاب هذا الفعل، وهذه صورة الإكراه المعنوي وتدخل في الضرورة بمعناها العام}[٤].

ومن الواضح أن الضرورة في مثل هذا المقام قسيم الإكراه بنوعيه وقسيم الشيء مباين له ولا يجوز أن يراد بها معناها العام.

ومنهم من يقول {وقد جرى الفقه السائد على اعتبار وصفي الاكراه المعنوي والضرورة

---

[١] محمد مصطفى القللي – في المسؤولية الجنائية المرجع السابق: ص٤٠٣.

[٢] منها: أشرف زيد على الهلاك جوعاً فسرق رغيفاً ليسد به رمقه، اشتعلت النار في مسرح ودفع زيد أحد النظارة وهو يحاول النجاة فقتله أو أصابه بجراح بالغة، تعلق زيد مع آخر بخشبة من حطام سفينة غرقت ودفع زيد ذلك الشخص لينجو على ظهر الخشبة إذ لا تحتمل إلا واحداً ومات ذلك الشخص الآخر، ص٤٠٣.

[٣] المرجع السابق: ص٤٠٦

[٤] شرح قانون العقوبات (المصري) القسم العام الطبعة العاشرة مطبعة جامعة القاهرة/ص٤٩٦.

متقاربين يمكن أن يحل أيهما محل الآخر من باب التجوز في التعبير لأن أركانهما متداخلة وأثرهما واحد، ذلك هو امتناع مسؤولية الجاني[1].

إضافة الى ذلك فقد اختلفت التشريعات الجنائية الوضعية في نظرها الى حالة الضرورة ودورها في المسؤولية، فمنها ما اعتبرها من أسباب الإباحة كالقانون الإسباني (م٦٠) والقانون السوفيتي (م٢٢) والقانون الفرنسي (م٦٤)، غير أن هذا القانون لم يأت بنص خاص بحالة الضرورة لكن القضاء الفرنسي توسع في تفسير هذه المادة[2]، وفسر لفظ {القوة} بما يشمل حالة الضرورة.

وفي مشروع تنقيح قانون العقوبات الفرنسي أعتبرت حالة الضرورة كحالة الدفاع الشرعي من أسباب الإباحة.

وبعضها اعتبر حالة الضرورة من موانع المسؤولية الجنائية كالقانون الإيطالي (م٥٤) والقانون السويسري (م٣٤) والقانون الألماني (م٥٤)، ومنها ما لم يتناول حالة الضرورة بنص خاص بل اقتصر على حالة الاكراه كقانون العقوبات العماني (م٩٩).

ومنها ما لم يتطرق لكل من الاكراه والضرورة بل اقتصر على العوارض الذاتية كالجنون والصغر، وفيما يلي نماذج من النصوص الجزائية العربية الخاصة بحالة الضرورة وشروطها وأثرها:

قانون العقوبات المصري (م٦١)

{لا عقاب على من ارتكب جريمة ألجأته الى ارتكابها ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره ولم يكن لإرادته دخل في حلوله ولا في قدرته منعه بطريقة أخرى}.

قانون العقوبات العراقي (م٦٣)

{لا يسأل جزائياً من ارتكب جريمة ألجأته إليها ضرورة وقاية نفسه او غيره او ماله او مال غيره من خطر جسيم محدق لم يتسبب هو فيه عمداً ولم يكن في قدرته منعه بوسيلة أخرى وبشرط أن يكون الفعل المكون للجريمة متناسباً والخطر المراد اتقاؤه ولا

---

[1] الدكتور عباس الحسني – شرح قانون العقوبات العراقي الجديد القسم العام مطبعة الأزهر/ بغداد: ص١٨٠.

[2] التي تنص على أنه {لا توجد جريمة عندما يكون المتهم في حالة جنون لحظة ارتكاب الفعل أو عندما يكون مكرهاً بقوة ليس في إمكانه مقاومتها}.

يعتبر في حال ضرورة من أوجب القانون عليه مواجهة ذلك الخطر}.
وتطابقه (م٨٩-٩٠) القانون الأردني، و (م٢٢٩-٢٣٠) اللبناني، و (م٢٢٨-٢٢٩) السوري، وكذلك (م٢٥) الكويتي، باستثناء الشرط الأخير {ولا يعتبر في حالة الضرورة من أوجب القانون عليه مواجهة ذلك الخطر}.
غير ان صياغة القانون العراقي أدق بالنسبة لاستعمال مصطلح {لا يسأل جزائياً} بدلاً من {لا عقاب}، لأن القوانين المذكورة المطابقة في المضمون والمحتوى للقانون العراقي استعملت تعبير {لا عقاب}، وهو معيب كما ذكرنا سابقاً لأن عدم العقاب لا يستلزم عدم المساءلة جنائياً بخلاف العكس.

شروط حالة الضرورة في ضوء النصوص:

يستنتج من النصوص المذكورة في قوانين العقوبات لبعض البلاد العربية أنه يجب لاعتبار الضرورة مانعة من المسؤولية الجنائية توافر الشروط التالية:

١. قيام خطر تتوافر فيه الشروط الآتية:

أ. أن يهدد النفس أو المال سواء نفس ومال الفاعل أو غيره ويدخل في الخطر على النفس كل خطر يهدد الانسان في حريته أو عرضه أو سمعته أو اعتباره، فلا مسؤولية على من يغلق عليه الباب بقوة قاهرة فلا يجد وسيلة لتخلصه سوى كسر الباب. وكذلك لا يسأل جنائياً طبيب قام بعملية الإجهاض لإنقاذ حياة أم الجنين، والأصل أن يكون الخطر حقيقياً ولكن طبقاً للقواعد العامة في الخطر يصح أن يكون الخطر الوهمي سبباً للاعفاء من المسؤولية متى كانت هناك أسباب معقولة تدعو الشخص المتوسط الى الاعتقاد بقيام خطر جدي[1].

ب. أن يكون الخطر جسيماً خلافاً لحالة الدفاع الشرعي حيث لا يشترط هذا الشرط فيه، والسر في هذا الفرق هو أن الجريمة في حالة الضرورة تقع على بريء بينما في الدفاع الشرعي تقع على معتدٍ. وجسامة الخطر من حيث التوافر وهدمه تخضع للسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع آخذاً بمعيار الشخص المتوسط الذي يوجد في ظروف المتهم[2]. والخطر الجسيم عادة هو الذي يهدد الانسان في حياته أو إصابته

---

(١) د. محمود مصطفى – المرجع السابق: ص٤٩٤.
(٢) المرجع السابق: ٤٩٨. القللي – المرجع السابق: ص٤١٦.

بأذىً بليغ، فإن كان الذي ينجم عن الخطر ضئيلاً فإنه لا يبرر الإعفاء من المسؤولية، فالخوف من البرد لا يجيز سرقة غطاء ما لم يكن هناك خوف على الحياة، وكذلك الجوع لا يبرر السرقة ما لم يهدد الجائع بالموت، ومع ذلك فإن المعيار في تقدير الجسامة شخصي، لذا من الصعب على القاضي التمييز بين الجسامة وعدمها غالباً ما لم تكن هناك قرينة خارجية.

جـ. أن يكون الخطر حالاً بأن يكون الضرر واقعاً أو على وشك الوقوع فلا قيام للضرورة إذا كان الضرر قد وقع ولم يستمر، أو كان بعيداً بحيث يمكن توقيه بوسيلة أخرى غير الجريمة، فلا يجوز للفقير أن يسرق مال الغير بدافع أن يسد به حاجته الماسة في المستقبل.

٢. أن لا يكون لإرادة الفاعل دخل قصداً في حلول الخطر المحدق:

وينبني على هذا الشرط عدم الإعفاء من المسؤولية الجنائية بحجة عذر الضرورة، كالفتاة التي تحمل سفاحاً إذا أجهضت نفسها أو قتلت الطفل بعد الوضع خشية العار، أما إذا حملت السفاح نتيجة اغتصابها فلا تسأل جنائياً في القانون إذا أجهضت نفسها. وكذلك لا يعفى من المسؤولية الجنائية من سبب في نشوب حريق في محل ثم اضطر الى قتل شخص أو جرحه في محاولة للنجاة من الحريق، ولا من قدم رشوة بحجة أنه فعل ذلك للتخلص من عقوبة إخفاء أشياء مسروقة.

وخلاصة الكلام:

ليس لأي إنسان أن يرتكب فعلاً محرماً ثم يقترف جريمة في سبيل النجاة مما أحدثه بأيديه. ويشترط أن يكون دخله في حلول الخطر دخلاً متعمداً، أما إذا نشأ الخطر عن أهمال الجاني أو عدم اتخاذه الاحتياط اللازم فلا يمنعه ذلك من أن يدرأ مسؤوليته عن الجريمة التي يرتكبها دفعاً لهذا الخطر حالة الضرورة[1].

٣. أن لا يكون من قدرة الجاني منع الخطر بأي طريقة أخرى:

أي تكون الجريمة هي الوسيلة الوحيدة لتفادي الضرر، بأن لا تكون هناك وسيلة أخرى لدرء هذا الخطر، لأن إجازة الجريمة عند الضرورة أمر استثنائي لا يلجأ إليه إلا

---

(١) القللي–المرجع السابق:ص٤١٨. محمود محمود مصطفى–المرجع السابق:ص٥٠١. الحسني–المرجع السابق:ص١٨١.

عند قيام ضرورة قصوى، وإن هذه الضرورة تقدر بقدرها فيجب الدفع بأقل ما يمكن من التضحية، فإذا نشب الحريق في محل عام مثلاً وكان بالإمكان إطفاؤه فلا يجوز هدم الدار المجاورة لغرض هذا الإطفاء.

ومن وجهة نظر بعض فقهاء القانون الجنائي أنه إذا دعت الضرورة الى تضحية نفس لوقاية نفس أخرى ولم يكن هناك وسيلة أخرى فالإعفاء واجب. فمن قتل آخر لينجو بحياته فلا عقاب عليه[1] وهذا مخالف للشريعة الإسلامية لأنه لا فضل لنفس على أخرى.

٤. أن لا يكون لهذا الخطر سند مجبر في القانون:

فإذا كان الخطر مشروعاً فلا يجوز الدفع بالضرورة كالعسكري الملزم بمواجهة العمليات الحربية، والشرطي الملزم بمواجهة الخطورة الناشئة عن مكافحة المجرمين، فلا يحق لأحد من هؤلاء وأمثالهم دفع هذه المخاطر عن غير الأسلوب الذي يصرح به القانون. وكذلك من أتهم بإعطاء صكوك بلا رصيد لا يجوز له أن يحتج بحالة الضرورة الناشئة عن دعوى إشهار الإفلاس التي أقيمت ضده.

وقد علل شراح القانون الجنائي اعتبار هذا الشرط الرابع، بأن القانون إذا كان يلزم الجاني بمواجهة الخطر ومكافحته بأساليب ليس من بينها الفعل المرتكب، وبأن لا يكون له إذا ما ارتكبه أن يحتج بحالة الضرورة، فإن هذا الإلزام يعني استبعاد القانون هذه الحالة في ظروف معينة فيكون هذا الاستبعاد بمثابة قيد وارد على النص العام الذي حدد شروط الضرورة[2].

٥. أن يكون الخطر أشد من خطر الجريمة التي دفع بها:[3]

فإذا توافرت هذه الشروط الأربعة فلا يسأل الجاني عن جريمة الضرورة سواء أكانت من جرائم النفس أم من جرائم المال، وسواء أكانت عمدية أم لا.

---

[1] يقول الأستاذ القللي: ص٤١٩ (فمن قتل آخر لينجو بحياته فلا عقاب عليه وهذا هو الحل الذي يستقيم مع نص م٦١ من قانون العقوبات المصري وإن يكن من الوجهة النظرية أو التشريعية لا يوافق عليه بنص الكتابة).

[2] الحسني – المرجع السابق: ص١٨٥.

[3] فإذا كان خطر الجريمة المرتكبة أكثر من الخطر الذي دفع بها أو كان مساوياً له في الدرجة والضرر يسأل الجاني جنائياً.

هذا هو المبدأ السائد في التشريعات الجنائية الوضعية بل ذهبت بعضها الى اكثر من ذلك وعلى سبيل المثل ان (م٣٤) من قانون المانيا الأتحادية لسنة ١٩٧٥ تنص على {ان حالة الضرورة سبب لاباحة أية جريمة لدفع أي خطر على نفس الانسان أو ما له أو نفس الغير أو ماله}. وكذلك القانون الاسباني (م٦٠) والسوفيتي (م٢٢) واخذ نفس الاتجاه الفقه والقضاء الفرنسيان في تفسير (م٦٤) من قانون العقوبات الفرنسي، رغم عدم وجود نص خاص في هذا القانون يعالج حالة الضرورة كما ذكرنا.

ويترتب على اعتبار حالة الضرورة سبباً من أسباب الاباحة النتائج التالية:

١. حالة الضرورة تزيل عن الفعل أو الامتناع المكون للجريمة الصفة الجرمية، فيعد العمل الاجرامي مشروعاً مباحاً بعد ان كان محرماً، فالمستفيد من هذا الظرف يبدو كأنه يباشر حقاً أو يؤدي واجباً.

٢. شريك الفاعل المضطر يستفيد من حالة الضرورة لأنها على هذا الاعتبار عذر موضوعي (مادي) يتعلق بالفعل ذاته لا بشخص الفاعل، فيصير مباحاً فلا يسال الجاني جنائياً سواء كان أصيلاً أو شريكاً.

٣. إذا عد الفعل الجرمي المرتكب تحت ضغط الاكراه مباحاً لا يسال الفاعل مدنياً كما لا يسأل جنائياً عن الافعال الضارة بالغير، ولكن رغم ان الفقه والقضاء الفرنسيين ذهبا الى ان الضرورة من اسباب الاباحة، إلا ان بعض شراح القانون الفرنسيين[1] قالوا: بمساءلة الفاعل مدنياً مسألة غير كاملة (مخففة) ومنهم سافنيه يقول {ان العدالة تستوجب توزيع الضرر بين الفاعل والغير المضرور لعدم تقصير الاخير فهو الضحية البريئة، فمن العدل الا يتحمل هو وحده العبء كله ولا يحرم من التعويض عن كل الاضرار التي لحقت به}.

هذا على الاتجاه القانوني الذاهب الى ان الضرورة إذا توافرت شروطها تكون من أسباب الاباحة.

اما على الاتجاه السائد القائل بأنه مانع من المسؤولية الجنائية فإن أهم النتائج التي تترتب على جريمة اقترفت تحت ضغط الضرورة هي الآتية:

١- لا يسأل الجاني جنائياً بغض النظر عن طبيعة الجريمة كما ذكرنا سابقاً.

---

(١) يوسف قاسم المرجع السابق:٢٦٣.

٢- الفعل الجرمي يبقى محتفظاً بصفته الجرمية رغم انها ارتكبت في حالة الضرورة، فأثر الضرورة يقتصر على اعفاء الجاني من المساءلة الجنائية والعقاب، وعلى هذا الأساس يجب ان يسأل مدنياً عن الاضرار المالية مسؤولية تقصيرية لتوافر عناصرها الثلاثة وهي الخطأ + الضرر + علاقة السببية، ورغم ذلك فإن هذه المساءلة المدنية ليست محل اتفاق القوانين التي اقرت ان الضرورة مانعة من المسؤولية الجنائية وليست من اسباب الاباحة كما يأتي.

٣- شريك المضطر لا يستفيد من ظرف اضطراره لأن الضرورة إذا لم تكن من أسباب الاباحة تكون صفة شخصية متعلقة بشخص الفاعل دون الفعل.

الضرورة والمسؤولية المدنية في القانون:

الأصل ان انتفاء المسؤولية الجنائية لا يستلزم انتفاء المسؤولية المدنية[1] لاختلاف الغرض في كل منهما، فالغرض من تطبيق العقوبة الجنائية الزجر والردع، بينما المقصود من المسؤولية المدنية مجرد التعويض واصلاح الضرر وجبر ما فات.

والنصوص الجنائية وظيفتها تحريم الافعال الضارة وتحديد العقوبات بما يتلائم مع حجم الجريمة ويتناسب معها مدى خطورة الجاني والأمر برعاية الظروف المحيطة بكل من الجاني والمجنى عليه والجريمة. وبناء على هذا الواقع القانوني يجب الرجوع في اثر الضرورة على المسؤولية المدنية في القانون الى النصوص القانونية المدنية.

وبما ان الموضوع يتعلق بموانع المسؤولية الجنائية في بحثها هذا نقتصر على نماذج من نصوص القوانين العربية التي لا تختلف معها سائر القوانين المدنية في البلاد العربية من حيث المبادئ الرئيسة.

---

[1] كما ان انتفاء المسؤولية المدنية لا يستلزم انتفاء المسؤولية الجنائية فالنسبة المنطقية بينهما العموم والخصوص من وجه وهما تجتمعان في جرائم الاموال ففي جريمة السرقة مثلاً على القاضي اضافة الى حكمه بالعقوبة المقررة للجريمة ان يحكم على السارق بالتعويض للمال المسروق إذا تعذر رده للمسروق منه لتلفه أو خروجه من يد السارق. وتتحقق المسؤولية الجنائية بدون المدنية في جرائم الاخلال بالامن والاستقرار كما تتحقق المسؤولية المدنية بدون الجنائية في الاضرار بالغير ماليا بدون توافر القصد الجنائي.

القانون المدني المصري م١٦٨ والسوري م١٦٩ والليبي م١٧١ واليمني٣١٢:

{من سبب ضرراً للغير لتفادي ضرر اكبر محدق به أو بغيره لا يكون ملزماً الا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسباً}.

وبعض القوانين كالمدني الاردني م٢٦٢ اقتصرت على حالة الدفاع الشرعي.

واكثر القوانين المدنية دقة القانون المدني العراقي م٢/٢١٣ {فمن سبب ضرراً للغير وقاية لنفسه أو لغيره من ضرر محدق يزيد كثيراً على الضرر الذي سببه لا يكون ملزماً الا بالتعويض الذي تراه المحكمة مناسباً}.

شروط تطبيق حالة الضرورة في المسؤولية المدنية:

لتطبيق حالة الضرورة في المسؤولية المدنية يشترط توافر الشروط الاتية:

١.ان يكون هناك خطر حال يهدد النفس أو المال من حيث المسؤولية المدنية، أي يكون الشخص الذي سبب الضرر مهدداً هو أو غيره بخطر حال سواء كان هذا الخطر مما يهدد النفس أو المال.

٢.ان لا يكون لإرادة الشخص دخل في إيجاد هذا الخطر، وإلا كان مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه بالغير تولياً لهذا الخطر مسؤولية كاملة مبنية على القواعد العامة لا على حكم المواد القانونية المذكورة.

٣.ان يكون الضرر الذي أريد تفاديه اكبر من الضرر الذي وقع، وإلا أعتبر الفعل الضار خطأ وموجباً للمسؤولية المدنية التقصيرية وفقاً للقواعد العامة، لأن الرجل العادي لا يسمح لنفسه ان يلحق بغيره ضرراً جسيماً لينجو هو من خطر أخف.

حكم المسؤولية الاستثنائية عن اعمال الضرورة:

يستنتج من النصوص المدنية المذكورة ان المضطر المرتكب للفعل الضار تحت ضغط الضرورة غير مخطئ إذا توافرت الشروط الثلاثة المذكورة، لذا ترك تقدير تعويض هذا الضرر للقاضي الموضوع بحسب ما يراه مناسباً في كل حالة من الحالات التالية:

أ. إذا وجد القاضي ان الفاعل قد تمكن باحداث الضرر بالغير من تجنب الضرر الاكبر الذي يهدده، ألزمه بتعويض كل الضرر الذي سببه للغير ويرجع عليه المضرور

بدعوى الاثراء بلا سبب[1].

ب. وإذا وجد أنه رغم احداث الضرر بالغير لم يتمكن إلا من تجنب بعض الضرر الذي كان يهدده، جاز له ان يقتصر التعويض على قيمة الضرر حصل تجنبه فعلاً، أي قدر الفائدة التي عادت عليه من احداث الضرر بغيره. ويرجع عليه بدعوى الاثراء بلا سبب.

ج. وإذا ان الفاعل لم يتمكن رغم الحاق الضرر بالغير من تفادي شيء من الخطر الذي كان يهدده، امكنه اعتبار الفاعل مخطئاً في تقدير الضرورة وعده مسؤولاً عن الضرر كله، ويرجع عليه بدعوى المسؤولية التقصيرية، لأنه تبين ان الخطر المراد تفاديه مساو للضرر الذي وقع أو دونه في الجسامة، وفي هذه الحالة لا يجوز لشخص ان يلحق بغيره ضرراً ليتفادى خطراً لا يزيد على هذا الضرر، ومن فعل ذلك كان متعدياً وتتحقق مسؤوليته التقصيرية كاملة.

د. وإذا كان الشخص قد احدث ضرراً بغيره لوقاية شخص ثالث من ضرر اكبر، للقاضي ان ينظر الى نبل الباعث الذي دفع الفاعل الى وضع حد للخطر وتحويله من شخص الى آخر، وان يرتب على هذا النظر اعفاء الفاعل من كل مسؤوليته والالتزام بالتعويض اكتفاء بحق من اصابه الضرر في الرجوع على من حصلت وقايته من ضرر اكبر بدعوى الكسب دون سبب (أو الاثراء بلا سبب)[2].

أساس انتفاء مسؤولية المضطر في القانون:

سبق ان ذكرنا ان فقهاء الشريعة اتفقوا على ان أساس انتفاء مسؤولية المضطر هو ازالة الضرر الاشد بالضرر الاخف في حدود الضرورة، لأن الضرورات تقدر بقدرها. وبخلاف ذلك لم تتفق كلمة شراح وفقهاء القانون الجنائي على تحديد أساس لانتفاء هذه المسؤولية بل اختلفوا على آراء أهمها ما يأتي:

أ- رأي يقول بأن الأساس هو العودة للقانون الطبيعي لأن القانون الوضعي حل محله لينظم شؤون الناس وحاجاتهم بشكل أوفى وأدق، فهو وان حل محله إلا انه لم يلغيه،

---

[1] أي لا بدعوى المسؤولية التقصيرية وكذلك في الحالة الثانية الفقرة (ب).

[2] الدكتور سليمان مرقس: لصول الالتزامات:٣٧٩ وما بعدها الدكتور السنهوري: الوسيط:١/٩٠٠ وما بعدها.

وبناء على ذلك متى عجز القانون الوضعي تحقيق الغاية منه عادت الى القانون الطبيعي قوته، ففي ظل القانون الطبيعي خيرات الطبيعة ملك مشترك لبني الانسان جميعاً، ولكل فرد ان يأخذ منها حاجته، ثم ادخل القانون الوضعي الملكية الفردية لتنظيم الحياة المالية، فإذا ضاقت الحال بالفرد بحيث اصبح العدم يهلكه ولم تتداركه رحمة بني جنسه، تبين عجز القانون الوضعي عن تحقيق الغاية، فعندئذ يسمح له القانون الطبيعي ان يأخذ من مال الغير ما يسد به حاجته وينقذه من الهلاك، وما يأخذه ليس إلا جزاءاً من الملك المشترك بين الجميع، وقد كان رجال الكنيسة في مقدمة القائلين بهذه الفكرة حين برروا عدم عقاب السارق على سرقته في وقت القحط والعوز الشديد، ولذا لم يقولوا باسقاط مسؤولية المضطر في حالة ازهاق روح لانقاذ روحه أو روح اخرى، لأن القانون الطبيعي لم يبح ذلك يوماً ما. ثم توسع اتجاه انصار هذا الرأي في القرن السابع عشر فقالوا بانتفاء المسؤولية كلما دعت الضرورة لارتكاب جريمة سواء اكانت ضد المال أو ضد النفس[1].

ويلاحظ ان هذا الرأي يتفق مع الشريعة الإسلامية بالنسبة لحالات اعتداء المضطر على الاموال لانقاذ حياته، وعدم عقاب السارق في حالة الضرورة، غير انه يختلف معها بالنسبة لجرائم الاشخاص وتحميل المضطر المسؤولية المدنية إذا زال عذره، حيث ذهب جمهور فقهاء الشريعة الى وجوب التعويض بحسب التفصيل الذي سبق بيانه.

ب- **وذهب رأي الى ان الاساس هو الاكراه المعنوي** لأن المضطر وان كان لارادته دور في اختيار أهون الشرين، إلا ان مجال حرية اختياره ضيق الى ادنى حد وطبيعة ارادة الإنسان تحت تأثير غريزة حب البقاء مسوقة الى ارتكاب الجريمة، وان كان يبدو في الظاهر انها حرة في ذلك فهي في الواقع مكرهة على اتيان الجريمة.

ومن عيوب هذا الاتجاه انه يجمع بين حرية الاختيار والاكراه، وانه لا يبرر انتفاء المسؤولية إذا وقعت الجريمة من شخص اخر غير من يحيط به الخطر ولم تربط الاثنين صلة وثيقة كالأبوة والبنوة، اضافة الى انتفاء مسؤولية المكره اكراهاً معنوياً يحتاج الى اساس يبرره.

ج- **وذهب رأي آخر ان الاساس هو عدم فائدة العقاب** وهي الردع فالجريمة المرتكبة تحت ضغط الضرورة لا فائدة في معاقبة مرتكبها لأنه لم يقدم عليها رغبة وبخبث وإرادة

---

[1] القللي المرجع السابق:٤٠٦.

آثمة[1]. ويلاحظ على هذا الرأي ان فائدة العقاب لا تنحصر في الردع ولو سلم جدلاً انها هو وحده، فإن الردع مفيد بالنسبة لمن يقضي على حياة شخص بريء لانقاذ حياة نفسه. وبوجه خاص إذا قلنا ان اساس العقاب هو العدالة سواء وجدت الفائدة أو لا.

د- ويرى البعض ان الاساس هو تضارب المصالح فأساس امتناع عقاب المضطر على جريمته التي دفع بها الخطر المحدق الذي واجهه هو افضلية حق الحياة، فالحياة هي الحق الأول والأسمى وهي تحوي الحقوق الشخصية وأي مساس بها يقضي على تلك الحقوق كافة، إذ لا وجود لها إذا انعدمت الحياة ولذا إذا تعارض حق شخص في الحياة مع حق آخر في الملكية وجبت تضحية الملكية فهو ضئيل بالنسبة الى الحق في الحياة، اضافة الى ان حق الملكية يعوض بخلاف حق الحياة[2].

ومن أهم عيوب هذا الرأي هو انه يتعارض مع قواعد المنطق القاضية بأن الدعوى العامة لا تثبت بدليل خاص، فالقول بأنه إذا تعارضت مصلحة الحياة مع مصلحة المال تقدم الأولى على الثانية قول لا يختلف فيه اثنان لا في الشريعة الإسلامية ولا في القانون، بل هذا هو أساس انتفاء مسؤولية المضطر في الشريعة الإسلامية ومبرر لجواز انقاذ الحياة بمال الغير بدون اذنه على اساس تقديم الأهم على المهم، غير ان دعوى انصار هذا الرأي هي عدم مسؤولية المضطر في جميع الجرائم التي يقترفونها في حالة الضرورة ولو كانت للمصالح والحقوق المتضاربة متساوية، كقتل المضطر لإنسان بريء لإنقاذ حياة نفسه أو اتلاف مال الغير للمحافظة على ماله، ولو كانت الدعوى خاصة بحالة تضارب المصالح غير المتكافئة لاتفق هذا الرأي مع الشريعة الإسلامية.

الضرورة ونظرية الظروف الطارئة في القانون:

القانون لا يختلف مع الشريعة الإسلامية في ان الصلة وثيقة بين الضرورة ونظرية الظروف الطارئة، إلا انه يختلف معها في اشتراط كون الظرف الطارئ عاماً، وان الظرف الطارئ الخاص بالمدين لا يبرر لا فسخ العقد ولا تعديل الالتزام المرهق، ومن الواضح ان شرط عمومية

---

[1] المرجع السابق: ٤٠٨.

[2] المرجع السابق.

الحادث الاستثنائي يخالف مبدأ العدالة الذي قامت عليه النظرية، كما ان القوانين الوضعية اختلفت في اثر النظرية من فسخ العقد أو تعديل الالتزام الناشئ عنه. إضافة الى اختلافها في الأخذ بأصل النظرية وعدم الأخذ بها، ثم ان النظرية مرت بتطور في القانون بخلاف الشريعة الإسلامية التي اقرتها منذ البداية على أساس الضرورة والتوازن في الالتزامات كما ذكرنا، وفيما يلي استعراض موجز لهذه الحقائق.

ظهر أساس النظرية في القانون الكنسي، فهو لم يضع نظرية مستقلة للظروف الطارئة وانما استحدث قواعد لحماية الطرف الضعيف في العقد، وهي مستمدة من المبادئ المسيحية الداعية الى التراحم والتآخي ليسلم المجتمع من الضغائن والاحقاد، ولذا نهى عن الاثراء غير المشروع والغبن الفاحش وعن كل ما يخل بالتساوي في العقد لأنه نوع من الربا المحرم.

وقد تبنى انصار مدرسة بارتون هذه الفكرة في القرن الثاني عشر وصاغوا منها مبدأ تغير الظروف، الذي يعني ان العقد يقوم على شرط مضمر بين العاقدين يجعل بقاءه منوطاً ببقاء الظروف التي ابرم في ظلها، فإذا تغيرت وجب تعديل العقد لإزالة الحيف الناشئ من هذا التغير.

ثم حصل الخلاف بين قبول ورفض النظرية، ومن أشد البلاد عناداً في رفض النظرية فرنسا حرصاً على التماسك بحرية التعاقد، غير ان القضاء الاداري الفرنسي أخذ بنظرية الظروف الطارئة وطبقها اثناء الحرب العالمية الاولى بسبب تبدل الظروف الاقتصادية وتأثيرها في تنفيذ عقود التزام المرافق العامة، ورغم ذلك اختلف الفقهاء الفرنسيون بين فريقين، فريق يخاصمها وفريق آخر يناصرها، غير ان تبدل الاوضاع الاقتصادية اثر الحربين العالميتين اضطر المشرع الفرنسي الى اصدار قوانين لحالات خاصة تتضمن حلولاً تقوم على اساس تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

ومن البلاد التي قبلت تطبيق نظرية الظروف الطارئة بطريق الاجتهاد القضائي المانيا - بعد ان خسرت الحرب العالمية الأولى- بتأثر الظروف الاقتصادية التي تبدلت بعد الحرب واستقر رأي القضاء الألماني على اقرار النظرية على اساس مبدأ حسن النية، الذي يتطلب تعديل العقد في حالة تغير الظروف. كما أخذ الاجتهاد القضائي في سويسرا حذو المانيا في تعديل العقد دون فسخه على أساس مبدأ العدالة وحسن النية.

وقد أخذ القضاء الانكليزي بمبدأ العدالة الذي طبقه على حالات قريبة من الحالات التي تطبق فيها نظرية الظروف الطارئة كالآتي:

١. إذا كان الشيء المتعاقد عليه قد تلف بعد ابرام العقد.

٢. إذا ثبت ان الطرفين قد تعاقدا بقصد الحفاظ على الشيء كما بدا لهما حين ابرام العقد ثم زالت هذه الحالة.

٣. إذا تأخر التنفيذ بسبب لم يكن متوقعاً حين ابرام العقد أو طال أمد التأخير بحيث أدى الى تبدل طبيعة التنفيذ تبدلاً تاماً[1].

ومن القوانين التي تضمنت قوانينها تنظيم احكام النظرية بنصوص خاصة، القانون البولوني (م٢٦٩)، والايطالي (م٤٦٧)، واليوناني (م٣٨٨)، والمصري (م١٤٧)، والسوري (م١٤٨)، والعراقي (م١٤٦)، والليبي (م١٤٧)، والكويتي (م١٤٦)، والأردني (م٢٠٥)، واليمني (م٢١٤)، ونصوص هذه المواد متطابقة تقريباً وكلها تنص على الآتي {إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدي وان لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للمحكمة تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان ترد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك}.

ويلاحظ ان هذه القوانين كلها اشترطت لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ان تكون هذه الظروف عامة لا تخص المدين وحده، وان للقاضي سلطة تقديرية وليس ملزماً بتعديل الالتزام، كما ليس له صلاحية فسخ العقد، فهذه الامور الثلاثة اضافة الى مخالفتها للشريعة الإسلامية فإنها تصطدم مع العدالة.

ومن القوانين العربية التي لم تأخذ بنظرية الظروف الطارئة في جميع الحالات، قانون الموجبات والعقود اللبناني، وانما أخذ ببعض تطبيقاتها في عقد الايجار فنص في (م٥٦٢) على فسخ العقد عند هلاك المأجور أو تعيبه أو تلفه أو حرمان المستأجر من الانتفاع به أو بعضه إذا اصبح غير صالح للاستعمال المعد له ولم يكن ذلك من خطأ أحد المتعاقدين، وفي هذه الحالة لا يجب على المستأجر ان يدفع من البدل الا بقدر انتفاعه من المأجور كما نص في (م٥٦٣) على تخفيض البدل في حال تعيب المأجور في جزء منه وأدى ذلك الى نقصان المنفعة على ان يكون تخفيض البدل بنسبة الضرر الحاصل.

فالمشرع اللبناني في هذا المجال لتطبيق النظرية يتفق مع الشريعة الإسلامية في انه لا يشترط ان يكون الظرف الطارئ عاماً كما اشترطه بقية قوانين البلاد العربية حسب ما أعلم.

---

[1] الدكتور عبد السلام الترمانيني– نظرية الظروف الطارئة:٣٣.

ومن هذا العرض الموجز يتبين لنا بوضوح ان الصلة وثيقة بين الضرورة ونظرية الظروف الطارئة في كل من الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية.

الضرورة والوفاء بالنقد في القانون:

يبدو ان اتجاه القانون في هذا الموضوع يتفق مع اتجاه بعض فقهاء الشريعة الإسلامية في ان هذا الوفاء لا يتأثر بفكرة الضرورة، وفيما يلي نصوص بعض قوانين البلاد العربية الخاصة بهذا الموضوع.

تنص (م١٣٤) من القانون المدني المصري على انه {إذا كان محل الالتزام نقوداً التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون ان يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي أثر}، وتطابقها (م١٣٥) من القانون المدني السوري، و (م١٣٦) من المدني الليبي.

الموازنة بين الشريعة الإسلامية والقانون في أثر الضرورة:

بالموازنة والمقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات الجزائية والوضعية، ان هناك قدراً مشتركاً بينهما وهو ان تصرفات الإنسان جنائية كانت ام مدنية تتأثر بالضرورة بصورة كلية أو جزئية حسب التفصيلات التي استعرضناها في المبحثين السابقين ولكن الشريعة الإسلامية تتميز من تلك التشريعات بميزات في هذا الموضوع منها ما يأتي:

أولاً: ان الشريعة الإسلامية تبنى تأثر تصرفات الإنسان بحالات الضرورة على أسس ومبادئ ثابتة في نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية، وهي لا تختلف باختلاف الاشخاص، ولا تتغير بتغير الزمان والمكان ومن هذه الأسس:

١. لا ضرر ولا ضرار[1].
٢. الضرر يزال.
٣. الضرورات تبيح المحظورات.
٤. الاضطرار لا يبطل حق الغير.

---

[1] لا ضرر: أي لا يجوز الحاق أي ضرر مادي أو معنوي مالي أو جسمي بالغير بدون حق. لا ضرار: أي لا تجوز مقابلة الضرر بالضرر فلا يرفع الضرر بمثله باستثناء جرائم القصاص. فمن أصيب بضرر من الغير فله حق تعويض هذا الضرر ولا يجوز ان يقابله بمثله.

٥. الضرر يدفع بقدر الامكان.

٦. الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف.

٧. إذا تعارضت مفسدتان روعي اعظمها ضرراً بارتكاب أخفهما.

بينما لحد الآن لم تستقر القوانين ولا آراء شراح القانون على تحديد اساس واضح ثابت لانتفاء المسؤولية كلياً أو جزئياً في حالات الضرورة.

ثانياً: مقاصد الشريعة الإسلامية هي المصالح البشرية كما قال تعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾ [1]، والرحمة هي المصلحة، والمصلحة هي المنفعة المستجلبة أو المضرة المستدرأة، سواء كانت المصلحة مادية أو معنوية دنيوية أو أخروية، وهذه المصالح منها ضرورية لا يستقيم نظام أي مجتمع في العالم إذا اختلت واحدة منها، وهي مصلحة الدين والحياة والعرض والمال والعقل، ومنها مصالح خاصة تتعلق بحاجيات الإنسان في الحياة ومستلزمات المعيشة بدون حرج وضيق وازمات في علاقات الإنسان مع الإنسان في كافة المجالات، ومنها مصالح كمالية (أو تحسينية) تتعلق بما يجب ان يكون عليه الإنسان من التحلي بالأخلاق الفاضلة والتخلي من الصفات التي لا تليق بمكانة الإنسان ومركزه من بين الكائنات الحية.

ووضع علماء الشريعة الإسلامية ضوابط عامة للتوفيق بين هذه المصالح في حالة قيام التعارض بينها ومنها:

أ- **إذا تعارضت مصلحة حماية الدين مع مصلحة حماية الحياة تضحي بالثانية في** سبيل الأولى، لأن الحياة بدون الدين لا تساوي شيئاً، فمن لا دين له لا التزام له، ومن لا التزام له لا يستحق ان يكون عضواً في المجتمع.

ب- **إذا تعارضت مصلحة الحياة أو مصلحة المال** مع مصلحة حماية العرض تقدم الثانية، لأن من لا عرض له لا كرامة له، ومن لا كرامة له لا يستحق الحياة.

ج- **وإذا تعارضت مصلحة حماية الحياة مع مصلحة حماية المال** تقدم الأولى، لأن الحياة إذا زالت لا تعوض بخلاف المال.

د- **وإذا تعرضت المصالح الضرورية والحاجية والتحسينية** تقدم الأولى على الثانية والثالثة، والثانية على الثالثة بحسب الأهمية ودورها في حياة الإنسان ونظام المجتمع.

---

[1] سورة الانبياء:١٠٧.

في حين لا نجد مثل هذه التقسيمات للمصالح والضوابط لرفع التعارض بينهما في القوانين الوضعية.

ثالثاً: بالنسبة لأثر الضرورة في الجرائم قسم فقهاء الشريعة الجرائم الى ثلاثة اقسام، جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية وجرائم التعازير.

فالقسم الأول يتأثر بالضرورة بالاجماع، لأنها على الأقل تعد شبهة والحدود تدرأ بالشبهات، ولأنها جرائم ضد الحقوق العامة (حقوق الله) أو الجانب العام منها هو الغالب على الجانب الخاص، والسماح في الاعتداء على الحق العام أكثر من السماح في الاعتداء على الحق الخاص.

وبالنسبة للقسم الثاني لا تكون الضرورة في جرائم هذا القسم عذراً معفياً، انما يكون عذراً مخففاً لأنه لا فضل لأحد على أحد إلا بالتقوى، فالناس سواسية كأسنان المشط فالكل من آدم وآدم من تراب، فالمعدن المصنوع منه كل إنسان هو التراب، لذا لا تجوز التضحية بروح شخص في سبيل انقاذ روح شخص آخر.

أما القسم الثالث فالجرائم التي تتعلق بحقوق الله كتعاطي المسكرات والمخدرات وأكل الميتة وغيرها من المحرمات في الظروف الاعتيادية تتحول الى أعمال مباحة في حالات الضرورة، وهي تكون من باب الرخصة فلا تترتب عليها أية مسؤولية لا جنائية ولا مدنية.

وأما جرائم الاعتداء على اموال الناس في حالات الضرورة فإن الضرورة تعتبر عذراً معفياً من المسؤولية الجنائية لكن يبقى الفاعل مسؤولاً مدنياً مطالباً بتعويض ما أهلكه أو استهلكه في سبيل انقاذ نفسه، لأن الاضطرار لا يبطل حق الغير.

بينما لا نجد في القوانين الوضعية مثل هذه التقسيمات الدقيقة والضوابط الواضحة.

رابعاً: الشريعة الإسلامية لا تفرق بين الظروف الطارئة العامة والخاصة بالمدين الملتزم المرهق لأن العلة واحدة وهي الارهاق والحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً، لأن الغاية واحدة وهي الرحمة بحق المدين المرهق وانقاذه بتعديل الالتزام على الأقل إذا لم يفسخ العقد اضافة الى ذلك، فإن الأساس واحد وهو مبدأ العدالة، في حين ان القوانين الوضعية لم تعر الاهمية لا للعلة ولا للغاية ولا للأساس، فاشترطت لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ان يكون الظرف الطارئ عاماً، فإذا كان خاصاً بالمدين فلا مجال لتطبيقها، فعلى المدين ان يتحمل الثقل كله.

ثم ان فقهاء الشريعة – كالحنفية – طبقوا نظرية الظروف الطارئة على الوفاء بالنقود في حالات تقلبات القوة الشرائية للعملة المتداولة في بلد المدين، خلافاً للقانون فلا نجد – حسب ما اعلم – قانوناً عالج هذا الموضوع لانقاذ المدين من الارهاق الذي قد يكون فوق طاقته ومكنته المالية.

خامساً: لا نجد قانوناً – حسب معلوماتي – عالج موضوع الاحتكار وتحديد الاسعار في العالم العربي والإسلامي رغم ان شريعة هذا العالم تدعو السلطة بالتدخل لرفع ظلم التجار وازالة غبن المستهلكين، ولنا أمل وطيد ان يتدارك المشرعون هذا النقص التشريعي.

المبحث الثالث

الضرورة والاعمال الطبية

يتضمن هذا المبحث الأجوبة على الأسئلة التي وجهت إليّ من نقابة الأطباء (فرع نينوى)، وكلفت بالاجابة عنها من الوجهة الشرعية والقانونية لمناسبة ندوة (الطب بين الشرع و القانون) التي انعقدت في محافظة نينوى في ١٦ ربيع الأول ١٤١٤، الموافق ١٩٩٣/٩/٢، وكان لي شرف المساهمة فيها. ولصلتها الوثيقة بالمسؤولية الجنائية وحالات الضرورة جعلتها خاتمة البحث.

- الأسئلة -

س١- تعريف الموت طبياً وشرعياً وقانونياً.

س٢- الانعاش الاصطناعي، وسائله الطبية، متى ومن المسؤول عن ايقاف الاجهزة الصناعية، واعلان موت المريض؟.

س٣- الحاجة الى بتر وزرع اعضاء بشرية لانقاذ حياة المريض.

س٤- الموقف من المريض الذي يرفض هو أو ذووه العلاج، على الرغم من تحقق تعرضه لأخطار شديدة.

س٥- مناقشة طبية وشرعية وقانونية لوسائل منع الحمل المختلفة.

س٦- مناقشة انهاء الحمل لأسباب طبية. متى يقوم الطبيب بالموافقة على انهاء الحمل وما رأي الشرع والقانون؟.

- الأجوبة -

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله القائل ﴿سَنُرِيهِمْ آيَاتِنَا فِي الْآفَاقِ وَفِي أَنفُسِهِمْ﴾[1]، والصلاة والسلام على خاتم الانبياء الذي ارشدنا الى ان الحكمة ضالة المؤمن اينما وجدها فهو احق بها. وعلى آله واصحابه الذين كانوا نجوم الهداية وشموس الاضاءة لطريق الوصول الى الحق والعدل.

---

[1] سورة فصلت:٥٣.

اما بعد فإن اجوبة هذه الأسئلة تتطلب مقدماً معرفة النقاط التالية:

أولاً: من الناحية الشرعية والقانونية يستخرج حكم كل مستجد من النصوص، فإن لم يتيسر فيها يلجأ الى التطبيقات الفقهية والسوابق القضائية. وان لم يوجد فيها يلجأ الى القواعد العامة.

ثانياً: القرآن الكريم دستور الله لعباده وتعديل للدساتير الالهية السابقة. والدستور لا يتطرق للتفصيلات والجزئيات، وانما وظيفته التخطيط والتصميم ووضع القواعد الكلية والأسس العامة وتحويل عقول المختصين بارجاع الجزئيات الى تلك الكليات. فالقرآن صنع للإنسان اطاراً من الاخلاق ثم قال للعقل البشري تحرك داخل هذا الاطار الاخلاقي في ضوء متطلبات الحياة وتطورها شريطة عدم الخروج عنه.

ثالثاً: لو استغرقت الأسرة البشرية في السجدة لله منذ الخليقة الى نهاية الحياة في هذا الكوكب لما زادت من عظمة الله ذرة، وكذلك لو استغرقت في الزندقة والالحاد لما نقصت من عظمته ذرة.

ومن هنا نعلم ان جميع الدساتير الالهية بضمنها القرآن الكريم نزلت لمصلحة بني الإنسان والمصلحة ذات الجانبين، **الجانب الايجابي** جلب المنفعة **والجانب السلبي** درء المضرة أو المفسدة، وقد نص القرآن على ذلك وحصر الغاية من رسالة محمد ﷺ على مصلحة الإنسان فقال ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾ [1]، والرحمة هي المصلحة الدنيوية والاخروية والمادية والمعنوية الايجابية والسلبية.

رابعاً: علمنا القرآن ان لأكثر القضايا التي تواجه البشر حكمين: حكماً في الحالات الاعتيادية ويسمى عزيمة، وحكماً للظروف الاستثنائية ويسمى رخصة.

وعلى سبيل المثال قال تعالى: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنزِيرِ وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [2]، جعل حكم أكل الميتة ولحم الخنزير وتعاطي الدم التحريم في الحالة الاعتيادية، والجواز والحل في الظروف الاستثنائية.

وفي هذا توجيه للإنسان الى ان له الحق في كل ظرف استثنائي ان يعدل عن الحكم الأصلي للواقعة الى حكمها الاستثنائي عند الحاجة الماسة والضرورة، لأن دين الله

---

[1] سورة الانبياء:١٠٧.

[2] سورة النحل:١١٥.

ليس فيه حرج ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [1] ولأنه دين اليسر ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾ [2].

خامساً: الشريعة الإسلامية دين الفطرة ودين العلم والعمل، منذ نصف قرن اعيش معها ومنذ اكثر من ربع قرن اعيش مع القانون، فلم أجد فيها ما يصطدم مع العلم والواقع والفطرة البشرية، ولم أجد رأياً صائباً في القانون إلا وقد سبق اليه فقهاء الشريعة الإسلامية، فالشريعة الإسلامية تنظيم وتطبيق، فالتنظيم الممثل بالقواعد الكلية ثابت واما الذي يتغير بتغير الزمان والمكان فهو التطبيق.

سادساً: في حالة تضارب المنافع أو المنافع مع المفاسد أو المفاسد مع المفاسد على عقول المختصين اللجوء الى الموازنة والمقارنة لترجيح جانب على أوفق المعايير والضوابط التي وضعها علماء الأصول وفقهاء الشريعة.

سابعاً: اجوبتنا للأسئلة المعنية تكون في ضوء هذه النقاط المذكورة.

تعريف الموت طبياً وشرعياً وقانونياً:

تعريف كل شيء عبارة عن بيان حقيقته، وهذا يتوقف على معرفة ذاتياته أو على الأقل معرفة خواصه الذاتية، لأن التعريف كما يقول علماء المنطق اما حد تام إذا كان بالفصل والجنس القريبين، أو حد ناقص إذا كان بالفصل القريب والجنس البعيد، أو رسم تام إذا كان بالجنس القريب والخواص أو رسم ناقص إذا كان تعريفاً بالخواص مع الجنس البعيد أو بالخواص فقط.

ولحد الآن – حسب ما اعلم – لا نجد من عرف الموت الا بالشق الرابع والأخير، وهو التعريف بالخواص لأن الذاتيات التي تدخل في حقيقة الموت لا تزال مجهولة لدى علماء الشريعة والطب ورجال القانون.

والتعريف الدارج المتعارف لدى العامة والخاصة الذي أخذ به فقهاء الشريعة {أن الموت مفارقة الروح البدن}. هذا التعريف البسيط إذا نظرنا اليه من الزاوية الفقهية والعرفية واللغوية نراه بدهياً ومناقشة البدهيات يرفضها المنطق والعقل السليم.

---

[1] سورة الحج:٧٨.

[2] سورة البقرة:١٨٥.

وإذا نظرنا اليه من الناحية التحليلية والعلمية والفلسفية نجد انه تعريف بالمجهول وبما هو أخفى من معرفه وهو الموت، والتعريف بالاخفى مرفوض منطقياً، إذ من شروط صحة التعريف ان يكون أجلى وأوضح من معرفه، لأن العقل والعلم لم يصلا بعد الى اكتناه ما أخذ به في التعريف من لفظتي {المفارقة والروح}.

ما هي المفارقة وما هي اللحظة الفاصلة بين الحياة والموت على وجه الدقة؟

هذا السؤال حسب ما اعلم لحد الآن لم يتم الجواب عنه إلا عن طريق آثار الموت وعلاماته ومظاهره الخاصة، أي عن طريق الاستدلال بالأثر على المؤثر، وهذا الاستدلال يعتبر برهاناً لمياً وحجة قاطعة إذا كانت جميع مقدماته بدهية (أو يقينية)، اما إذا كانت ظنية أو مكونة من الظنية واليقينية فإن النتيجة حتماً وهي حقيقة الموت تكون ظنية لأن النتيجة تابعة لأخس مقدماتها، كما يقول علماء المنطق.

وبما ان الحياة يقينية لا نستطيع ان نحكم بزوالها استناداً الى آثار وعلامات ظنية أو مشكوك فيها، لأن القاعدة الشرعية والقانونية تقول: {اليقين لا يزول بالشك}.

ما هي الروح؟

هذا هو الجزء الاخر المأخوذ به في تعريف الموت، بأنه مفارقة الروح البدن وهي لا تزال مجهولة لدى الإنسان لأن العلم النظري يكتسبه الإنسان اما عن طريق النص أو الحس أو العقل.

والنص القرآني يقول: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الرُّوحِ قُلِ الرُّوحُ مِنْ أَمْرِ رَبِّي وَمَا أُوتِيتُم مِّنَ الْعِلْمِ إِلاَّ قَلِيلاً﴾ [1]، اما الحس فهو لا يدرك سوى الماديات.

الروح كما يقول العلماء والفلاسفة جوهر مجرد غير مادي لا يخضع لإدراك الحواس والعلم التجريبي.

اما العقل:

فهو يكتسب المجهولات التصورية والتصديقية من المعلومات التصورية والتصديقية، وهذه المعلومات لدى علماء الشريعة والطب هي آثار وعلامات الموت، التي هي مظنة الخطأ والصواب. ورغم هذا وذاك فإن فقهاء الشريعة لم يألوا جهداً في سبيل تحديد الحياة والموت والحد الفاصل بينهما.

---

[1] سورة الاسراء: ٨٥.

فقالوا: الإنسان يتكون من عنصر مادي وهو الجسد (أو البدن) وعنصر معنوي وهو الروح، ولا يكتسب وصف الإنسانية بواحد منهما بدون الآخر.

والجسم اطار مادي عارضي قابل للحدوث والفناء والتجدد والزوال، وهو كمصباح معد للإضاءة لكنه لا يضيء ما لم تستقر فيه الروح.

والروح بعد الحلول في الجسد تسري فيه سريان الماء في الوردة أو سريان الدهن في حبة الزيتون. ويظل باقياً في الجسد ما دامت اعضاؤه صالحة لأداء وظيفتها وريثما غدت غير صالحة تفارق الروح البدن.

وقسم علماء الشريعة صلة الروح بالجسد الى خمسة ادوار لكل دور أحكامه الخاصة:

الدور الأول تعلق الروح بالجسد قبل الولادة.

الدور الثاني تعلقها به بعد الولادة في حالة اليقظة.

الدور الثالث تعلقها به في حالة النوم ويسمى النوم الوفاة الصغرى لغياب الوعي والإدراك اثناءه، قال تعالى: ﴿وَهُوَ الَّذِي يَتَوَفَّاكُم بِاللَّيْلِ﴾[1].

الدور الرابع تعلقها به بعد ان تفارقه بالموت.

الدور الخامس تعلقها به يوم تبعث الاجساد في العالم الآخر.

وقال فقهاء الشريعة يعرف الموت بآثاره وعلاماته ومنها ما يلي:

١. انقطاع النفس.
٢. اشخاص البصر.
٣. استرخاء القدمين وعدم انتصابهما.
٤. انفصال الزندين (أو الكعبين).
٥. اعوجاج الأنف.
٦. انفراج الشفتين.
٧. انخساف الصدغين.
٨. امتداد جلدة الوجه وعدم الانكماش.
٩. برودة البدن.
١٠. وغير ذلك مما ذكروه في محله[1].

---

[1] سورة الانعام: ٦٠.

الموت طبياً:

تعريف الموت طبياً ليس من اختصاصي، لكن اتطرق له لغرض المقارنة والموازنة بين وجهتي نظر الشريعة والطب.

قال علماء الطب الموت هو موت الدماغ. وهو يغزو البدن بثلاث مراحل:

الأولى توقف القلب والرئتين.

الثانية موت خلايا الدماغ.

الثالثة للموت الحلوي وهو موت جميع خلايا الجسم.

والى عهد قريب لم يكن للموت معيار طبي سوى توقف القلب والرئتين، لكن بعد التقدم العلمي ووقوع حوادث رجع الإنسان فيها بعد توقف القلب والرئتين الى الحياة، ثبت عدم دقة هذا المعيار وحل محله موت الدماغ، وأول جهة طبية تبنته هي المدرسة الفرنسية عام ١٩٥٩ واعقبتها المدرسة الامريكية ١٩٦٤.

ويرى علماء الطب ان الدماغ يتكون من ثلاثة اجزاء:

١. المخ: وهو مركز التفكير والذاكرة والاحساس.

٢. المخيخ: وظيفته توازن الجسم.

٣. جذع المخ: وهو المركز الأساس للتنفس والتحكم في القلب والدورة الدموية.

ولحد الآن علماء الطب متفقون على عدم عودة الحياة الى الإنسان الذي مات دماغه بخلاف توقف القلب والرئتين فبالإمكان عودتهما الى العمل قبل موت الدماغ، من يدري ربما ياتي يوم يثبت فيه عدم صحة هذا المعيار أيضاً.

آثار وعلامات موت الدماغ عند علماء الطب

١. الاغماء الكامل.

٢. عدم التنفس بعد ابعاد جهاز الانعاش.

٣. عدم انفعالات منعكسة.

٤. عدم الحركة الإرادية (الاختيارية).

٥. اختفاء الموجات الكهربائية الصادرة عن المخ في تخطيط المخ.

---

(٩) انظر في هذا الموضوع المراجع الفقهية التالية: الخرشي:٢/١٢٢، المجموع:٥/١٢٥، المغني لابن قدامة:٢/٤٥٢، حاشية ابن عابدين:١/١٨٩، المنثور في القواعد للزركشي:٢/١٠٧.

٦. توقف الدورة الدموية للمخ.
٧. اتساع حدقتي العينين وعدم استجابتهما للضوء.
٨. هبوط الوظائف الحيوية للمخ وجذعه.
٩. وغير ذلك من الآثار الأخرى .

المقارنة والموازنة بين الشريعة والطب:

أولاً: ربط علماء الطب الموت والحياة بأمر مادي محسوس وهو الدماغ واعتبروا توقفه عن العمل موتاً للإنسان وصلاحه للعمل حياة له، وهم قد يكونون على حق في تفسير جميع الخطوات المادية التي تتم داخل الجسد، لكن الذي لا يقرون عليه هو انهم ينسبون النتائج النهائية من كافة التصرفات الإنسانية الى ذلك العضو المادي الذي يسمى المخ.

ومن الواضح ان التصرفات الإرادية للإنسان فيها عنصر معنوي وهو الإرادة، ومن سنن الحياة ﴿وَلَن تَجِدَ لِسُنَّةِ اللَّهِ تَبْدِيلاً﴾ [1]، ومعهودات هذا الكون ان المادة تنتج عنها مادة مثلها ولا يمكن ان تنتج المعاني والمعنويات، والنتيجة المنطقية لهذه الحقيقة الكونية هي ان هناك مخلوقاً غير مادي في جسد الإنسان وهو الذي سماه القرآن الروح.

ومن هنا خلط علماء الطب بين الروح والمخ فنسبوا الى المخ ما هو من وظائف الروح، وأساس هذا الخلط هو طغيان التفسير المادي وتعميمه على كل الظواهر.

ثانياً: يبدو ان هناك خلطاً آخر بين الحياة الإنسانية والحياة الخلوية، وتعتبر الحياة الإنسانية محصلة لحياة خلايا الدماغ وبقية خلايا اعضاء الجسم.

في حين ان الحياة الخلوية موجودة في النباتات والحيوانات كما هي موجودة في الإنسان. والحياة الخلوية (أو النباتية) تتكون من ثلاث قوى: القوة الغاذية بها يتغذى ذو الحياة النباتية. والقوة المنمية بها ينمو. والقوة المولدة بها يتكاثر، وهذه الحياة موجودة في الجنين قبل حلول الروح في جسده بزهاء اربعة اشهر، وقد تبقى بعد مفارقة الحياة بالأجهزة الصناعية لفترة زمنية.

---

[1] سورة الاحزاب.

ورغم هذه الاختلافات الظاهرة بين الشريعة والطب، إلا انه بالإمكان التوفيق بينهما والتقاؤهما في النقاط الجوهرية التالية:

١. مصدر إدراك مختلف مدركات الإنسان في الشريعة هو الروح وفي الطب هو المخ وبالإمكان التوفيق بينهما، بأن مصدر الإدراك هو الروح عن طريق استعمال المخ.
٢. منظم الحركات الإرادية في الشريعة هو الروح، وفي الطب هو المخ، والتوفيق بينهما يكون باعتبار الروح منظماً بالاستعانة بالمخ.
٣. الحركة الإرادية من أهم الادلة الظنية في الشرع على وجود الروح في الجسد، وفي الطب على صلاحية المخ للعمل. والتوفيق بينهما يكون باعتبار الحركة الإرادية دليلاً على اتصال الروح بصلاحية المخ.
٤. غياب الحس والحركة الإرادية في الشرع علامة مفارقة الروح الجسد، وفي الطب علامة موت المخ، والتوفيق بينهما اعتبار موت الدماغ علامة مفارقة الروح.
٥. الحركة اللاإرادية لبعض اعضاء الجسم لا تقوم في الشرع حجة على بقاء الروح، وفي الطب على صلاحية المخ، والتوفيق بينهما ان الحركة اللاإرادية لا تقوم حجة لا على الحياة ولا على الممات.
٦. في الشريعة يمر الجنين بفترة حياتية قبل حلول الروح في جسده، وفي الطب يمكن فصل بعض الاعضاء عن الجسد مع الاحتفاظ بحياة خلاياها، والتوفيق بينهما ان حياة الخلايا الجسدية غير الروح فبالإمكان اجتماعهما وافتراقهما.

اما الموت قانونياً فإن المشرع العراقي سبق اغلب التشريعات الوضعية في الأخذ بمعيار موت الدماغ، فنصت الفقرة (ب) من المادة الثانية من قانون عمليات زرع الاعضاء البشرية (م٨٥) لسنة ١٩٨٦ على جواز أخذ الاعضاء من المصاب بموت الدماغ، وحسب الأدلة العلمية الحديثة المعمول بها التي تصدر بتعليمات. وصدرت التعليمات (رقم٣) لسنة ١٩٨٧ فعرفت الفقرة الأولى منها موت الدماغ بأنه حالة الفقدان اللاعائد للوعي المصحوب بالفقدان اللاعائد لقابلية التنفس التلقائي والانعدام التام للأفعال الانعكاسية لجزع الدماغ[1].

---

[1] الفقرة١ من التعليمات رقم٣ لسنة ١٩٨٧ الصادرة بموجب احكام المادة السادسة من قانون عمليات زرع الاعضاء البشرية رقم ٨٥ لسنة ١٩٨٦ نشرت التعليمات في الوقائع العدد ٣١٨٠ في ١٩٨٧/١٢/١٤.

س/ ما الانعاش الصناعي، ووسائله الطبية، متى ومن المسؤول عن ايقاف الاجهزة الصناعية واعلان موت المريض؟

الجواب: بالنسبة للشق الأول من السؤال (الانعاش، ووسائله الطبية) ليس من اختصاصي، بل هو من اختصاص الأطباء.

اما بالنسبة للحكم الشرعي والقانوني لإيقاف الأجهزة الصناعية والمسؤولة عنه فالجواب يتعلق بالجواب عن سؤال آخر وهو: هل الانعاش الصناعي يعمل على استمرار الحياة أو على اطالة الموت؟ وهذا يتطلب بيان الحكم في الحالتين:

أولاً: حالة عمل الاجهزة الصناعية لفرض استمرار الحياة واعادتها الى حالتها الطبيعية:

فإذا اصيب شخص بتوقف القلب أو المتنفس نتيجة لاصابة الدماغ بصدمة، أو اصيب بجلطة قلبية أو اضطراب تنفسي أو نحو ذلك، وأدخل في غرفة الانعاش (العناية الطبية المكثفة)، واستخدمت له الاجهزة الصناعية لتزويد المخ بالدم والاوكسجين وبصورة خاصة المدة الزمنية الواقعة بين موت المخ ومدة توقف القلب لا تستغرق بضع دقائق كما هو واضح لدى السادة الأطباء. في هذه الحالة توجد صورتان:

الصورة الأولى عودة التنفس وانتظام ضربات القلب الى الحالة الطبيعية، فعندئذ للطبيب ايقاف الاجهزة الصناعية لتحقق السلامة وزوال الخطر.

الصورة الثانية حاجة المريض الى الاجهزة لأنه لم يسترجع بعد حالته الصحية وهو معرض لخطر الموت في حالة ايقاف الاجهزة.

ففي هذه الصورة ايقاف الاجهزة الصناعية يعتبر قتلاً بالتسبب إذا مات المريض بهذا الايقاف، فإذا نفذ الطبيب التزامه القانوني أو التعاقدي بتركيب اجهزة الانعاش الصناعي على المريض، فلا يجوز رفعها قبل التأكد من موته أو عودة حالته الطبيعية، ففي القانون لا توجد جريمة بالترك ما لم يكن هناك التزام قانوني أو تعاقدي على عاتق فاعل الترك خلافاً للشريعة الإسلامية. ففي الشريعة الإسلامية انقاذ حياة الغير فرض كفاية في حالة تعدد المنقذين، وفرض عين في حالة عدم التعدد.

ولا يقبل من الطبيب الاعتذار بأن هناك مرضى اخرين ينتظرون الجهاز، لأنه لا فرق بين إنسان وآخر، ما دام كل واحد منهم معصوم الدم فلا يجوز التضحية بحياة

واحد في سبيل آخر، لأن القاعدة الشرعية والقانونية تقول: {الضرر لا يزال بمثله}، ولا يجوز ايقاف الجهاز لغرض استعماله لمريض آخر افضل منه من حيث النفع العام للمجتمع، لأن الجانب الديني والإنساني والأخلاقي يجب ان يقدم على كل الجوانب والاعتبارات الأخرى، قال الرسول ﷺ: (الناسُ سواسيةٌ كأسنانِ المشط)، وقال: (كلكم من آدم وآدم من تراب).

س/ ما الحكم إذا اتخذت اللجنة الطبية المختصة المشرفة على المريض بأن هذا المريض سيموت حتماً بعد ساعة أو يوم، هل يجوز ايقاف الاجهزة الصناعية قبل الموت؟

الجواب: كلا لأن الايقاف إماتة لإنسان حتى قبل اجله، فيعتبر قتلاً بالتسبب، يقول الزركشي[1] بعد ان قسم الحياة الى ثلاثة اقسام: الحياة المستمرة، والحياة المستقرة، وعيش المذبوح.

الحياة المستقرة هي الحياة المعرضة لخطر الموت، ولكن حركة اعضاء الجسد لا تزال اختيارية وإرادية، ويمثل لذلك فيقول: لو طعن إنسان وقطع بموته بعد ساعة أو يوم وقتله إنسان وجب القصاص لأن حياته مستقرة وحركته الاختيارية موجودة.

س/ ما الحكم في هذه الحالة (حالة اليأس من الشفاء) لو كان هناك مريض آخر يمكن إنقاذ حياته في الظن الغالب بهذه الأجهزة، هل ترفع من هذا الميئوس منه وتستخدم لإنقاذ ذاك؟

الجواب: من الصعب الاجابة على هذا السؤال بالإيجاب. لكن قال فقهاء الشريعة:إذا تعارضت مصلحتان أحداهما محققة والأخرى محتملة تقدم المحققة، ومثلوا لذلك بحكم القاضي بموت الزوج المفقود لمصلحة زوجته، فمصلحتها محققة ومصلحة بقاء الزوج على قيد الحياة محتملة، فتقدم الأولى على الثانية.

س/ ما الحكم لو تم ايقاف الاجهزة الصناعية بالنسبة لهذا المريض الميئوس منه بدافع الشفقة والرحمة وبطلب من ذويه؟

الجواب: يعتبر قتلاً بدافع الشفقة شرعاً وقانوناً، وقانون العقوبات العراقي في (م١٢٨/١) يعتبر الباعث الشريف عذراً مخففاً للعقوبة.

---

[1] بدر الدين محمد بن بهادر وهو من كبار فقهاء الشافعية-المنثور في القواعد:١٠٦/٢.

ثانياً: حالة عمل الاجهزة الصناعية لاطالة الموت وتأخير اعلانه

هذه الحالة تكون بعد موت الدماغ واستمرار عمل القلب والرئتين بالاجهزة الصناعية، وتخرج استعادة الحياة عن الطاقة البشرية طبقاً لما اثبته علم الطب الحديث.

س/ هل ايقاف الاجهزة الصناعية يعتبر قتلاً يعاقب عليه فاعله شرعاً وقانوناً؟

الجواب: كلا لأن القتل ازهاق روح إنسان كان على قيد الحياة فلا يصدق عليه تعريف القتل، وهذه الحالة يسميها فقهاء الشريعة عيش المذبوح، وحركة اعضاء الجسد فيها غير اختيارية، ولها امثلة كثيرة في الفقه الإسلامي من باب المساهمة الجنائية بأن يشترك اثنان على التعاقب في قتل واحد.

يقول الزركشي في المرجع المذكور: {لو اعتدى على إنسان وفصلت عن جسده أحشاؤه من الجهاز التنفسي وغيره فقتله واحد لا يقتص منه، لأنه ليس بقتل في الحقيقة بل قتل مقتول}، لكن يعزر للقصد الجنائي وفعله العدائي، فيعتبر جريمة مستحيلة.

ويقول فقهاء القانون يعاقب على جريمة الشروع في هذه الحالة، لكن بالنسبة للطبيب لا تعتبر جريمة ولا يسأل لا مدنياً ولا جنائياً ما لم يكن لديه القصد السيء، فيسأل عندئذ عن هذا القصد فقط.

س/ في هذه الحالة ما هو حكم ايقاف الاجهزة الصناعية؟

الجواب:

<u>أولاً</u> من المفضل عدم رفع الاجهزة واستمرارها الى نهاية الحالة، وهي لا تستغرق بطبيعة الحال مدة طويلة في حالة توافر الضوابط التالية:

١. إذا لم يكن هناك مريض آخر ينتظر الجهاز ويتوقف إنقاذه على استعماله له.
٢. إذا لم يكلف استمرار هذه الاجهزة الصناعية نفقات باهظة.
٣. إذا كان أهل المريض يفضلون عدم ايقاف الاجهزة، لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً.
٤. إذا اقتضت ضرورة إنقاذ حياة مريض آخر بتر وزرع العضو الحي حياة نباتية.

<u>ثانياً</u>: من المفضل ايقاف الاجهزة الصناعية مع رعاية الضوابط التالية:

١. إذا كانت الاجهزة قليلة شحيحة وكان هناك مرضى آخرون ينتظرونها.
٢. إذا كان الاستمرار يكلف المريض وأهله نفقات باهظة، وبوجه خاص إذا كانت النفقات من مال المريض فإن حق الورثة يتعلق بها.

٣. ان يتم اعلان الموت وايقاف الاجهزة بقرار لجنة طبية مختصة، لأنه لخطورة الموضوع لا يجوز للطبيب ان يقتنع برأيه الفردي بعدم امكان عودة المريض للحياة الطبيعية.

س/ الحاجة الى بتر أو زرع اعضاء بشرية لانقاذ حياة المريض؟

الجواب: لما رشح الرسول ﷺ معاذ بن جبل ليتولى شؤون المسلمين في اليمن امتحن عقليته القضائية وملكته الفقهية في معالجة الأمور قائلاً: كيف تقضي إذا عرض عليك قضاء؟، قال: أقضي بكتاب الله، قال: فإن لم تجد في كتاب الله تعالى؟، قال: بسنة رسول الله، قال: فإن لم تجد في سنة رسول الله ولا كتاب الله؟، قال اجتهد رأيي ولا آلو. فضرب رسول الله ﷺ صدره وقال: الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسول الله[1]، ومنذ ذلك التاريخ أصبح هذا التسلسل الطبيعي الشرعي خطة للرجوع الى مصادر الاحكام.

فالقرآن أولاً والسنة النبوية ثانياً والاجتهاد ثالثاً، فالقرآن كما قلنا دستور تضمن الكليات وخول عقول المختصين بارجاع الجزئيات الى تلك الكليات.

والسنة بيان للقرآن وتجد فيها بعض المصادر فيما يتعلق بهذا الموضوع، كأمره بالتداوي أمر وجوب، والزرع من التداوي. وكاقراره بالسنة التقريرية زرع العضو المعدن من الذهب والفضة ونحوهما في الجسم، ولسنا من أهل الاجتهاد حتى نقول نجتهد برأينا، لذا نرجع الى ما تركه فقهاء الشريعة من رؤية فقهية عظيمة، لو استثمرت بصورة صحيحة لأغنت العالم كله في تنظيم الحياة، ولو كتب لهؤلاء الفقهاء ان يعاصروا هذه المستحدثات العلمية لما ترددوا لحظة في بيان احكام لها تتلاءم مع متطلبات وتطورات الحياة، بحيث لا تتعارض مع روح النصوص الشرعية، ولكن لم يتركوا لنا في هذا الباب سوى القواعد الشرعية الكلية التي استخلصوها من نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية ومنها ما يلي[2]:

١. الضرورات تبيح المحظورات.

٢. الضرورات تقدر بقدرها.

---

[1] رواه ابو داود الطيالسي:١٤٥٢، ومن طريقة البيهقي في السنن الكبرى:١١٤/١٠، ورواه الامام احمد في مسنده:٢٣٦/٥و٢٤٢، ورواه الطبراني في المعجم الكبير:١١٩/١٠/١.

[2] وتكرار هذه القواعد لصلتها بالموضوع والتكرار مليح.

٣. الضرر يزال.

٤. الضرر لا يزال بمثله.

٥. إذا تعارضت مصلحتان يرجح أعظمهما.

٦. إذا تعارضت مفسدتان يختار أهونهما شراً وضرراً.

٧. إذا تعارضت المصلحة والمفسدة، يكون درء المفسدة أولى من جلب المصلحة، ما لم يكن تفويت هذه المصلحة أكثر فساداً وضرراً وهذه الأمور كلياً تدرك بالعقل السليم، يقول عز الدين بن عبد السلام في كتابه قواعد الاحكام في مصالح الأنام[1]، معظم مصالح الدنيا ومفاسدها معروف بالعقل وذلك معظم الشرائع ودرء المفاسد المحضة عن نفس الإنسان. وعن غيره محمود حسن وان تقديم ارجح المصالح فأرجحها محمود حسن، ويقول: (وأما ما لم يكن تحصيل مصلحته إلا بإفساد بعضه، كقطع اليد المتآكلة حفاظاً للروح إذا كان الغالب السلامة فإنه يجوز قطعها)[2].

وينبغي على ما ذكرنا امكان الوصول الى الحكم الشرعي لبتر وزرع اعضاء بشرية في ضوء تلك القواعد الكلية. الشقوقات المتصورة لمصادر الاعضاء المطلوب زرعها في جسم المريض لإنقاذ حياته خمسة: وهي الجماد، والحيوان، والإنسان الحي، والإنسان الميت، والإنسان في حكم الميت.

أولاً: زرع اعضاء معدنية كالمصنوعة من البلاتين مثلاً في جسم المريض لا نقاش في جوازه لأنه طبق في عهد الرسالة.

ثانياً: بتر وزرع اعضاء حيوانية في جسم المريض فيه التفصيل الآتي:

١. **إذا كان الحيوان يباح أكله:** فزرع العضو المأخوذ منه حياً أو مذبوحاً مباح مطلقاً قياساً على أكله للمباح من باب أولى، اما المأخوذة من ميتته فإنه لا يباح إلا في حالة الضرورة قياساً على أكله عند الضرورة ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنزِيرِ وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾[3].

---

[1] ١/٥.

[2] ١/٥.

[3] سورة النحل: ١١٥.

٢. **زرع اعضاء حيوان لا يباح أكله كالخنزير والكلب والهرة ونحو ذلك:** لا يجوز إلا في حالة الضرورة وعدم وجود البديل، ويجوز عند الحاجة الضرورية للآية المذكورة آنفاً. يقول الامام عز الدين: {إذا اجتمعت المفاسد المحضة فإن امكن درؤها درأنا، وان تعذر درأ الجميع درأنا الاكسد فالأفسد}[1].

ثالثاً: بتر وزرع اعضاء بشرية من الاحياء.

١. **نقل عضو في مكان من جسم الإنسان لزرعه في مكان آخر منه:** لا اعتقد ان يكون جوازه محل نقاش كأخذ بعض جلد يده لزرعه في وجهه لغرض التجميل أو أخذ وريد ساقه لزرعه في قلبه عند الحاجة.

٢. **بتر عضو شخص لزرعه في آخر:** الأصل هو عدم الجواز ولكن استثناء من هذا الأصل ورخصة دعت اليها الضرورة الشرعية من الممكن القول بجوازه في ضوء القواعد الشرعية العامة إذا توافرت الشروط والضوابط التالية:

أ- ان تكون هناك ضرورة تحتم القيام بهذا العمل لانقاذ حياة المريض.

ب- ان يكون للعضو المنوي بتره نظير يقوم بوظيفته ولو بدرجة اقل كالكلية والعين بخلاف ما لا نظير له كالقلب والكبد فإنه لا يجوز مطلقاً برضاه أو بدونه لأن بتر عضو تتوقف عليه الحياة قتل بغير حق وقال الله تعالى: ﴿وَلاَ تَقْتُلُواْ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللّهُ إِلاَّ بِالْحَقِّ﴾[2] ولأن اذنه وحده غير كاف لأن حياته مشتركة بينه وبين ربه ومجتمعه ولأنه بمثابة الانتحار وهو محرم بلا خلاف.

ج- ان يكون للمتنازل كامل الأهلية خالياً من عوارض الأهلية كالسفه والعته بعيداً عن عيوب الإرادة كالإكراه والتغرير والغلط والاستغلال.

د- اذن الشارع لأن حياته مشتركة وهذا الاذن موجود لحالات الضرورة.

هـ- ان يكون التنازل بدون مقابل حفاظاً على كرامة الإنسان واستبعاداً للتجارة بأرواح الابرياء، وبوجه خاص بأرواح الفقراء والقاصرين فالله سبحانه وتعالى كرم الإنسان[3] فلا يجوز التعامل بأعضائه.

---

[1] قواعد الاحكام في مصالح الانام المرجع السابق:١/٣٩.

[2] سورة الاسراء:٣٣.

[3] قال تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُم مِّنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلاً﴾ سورة الاسراء:٧٠.

و- ان يتم البتر والنزع بقرار لجنة طبية مختصة وباشرافها وفي المستشفى التي تتوافر فيها متطلبات نجاح العملية للمريض ومنع المضاعفات بالنسبة لصاحب العضو المتنازل.

رابعاً: بتر ونزع الاعضاء البشرية من الاموات

الاصل عدم الجواز لحرمة الإنسان في الحياة والمماة وأكد الرسول ﷺ ذلك في قوله: (كسر عظم الميت ككسر عظم الحي)، لكن يمكن القول بالجواز استثناء من هذا الاصل رخصة بالشروط والضوابط التالية:

١. قيام ضرورة ملحة تدعو الى ذلك.

٢. قرار واشراف لجنة مختصة في احدى المستشفيات الصالحة للعملية.

٣. عدم التجاوز عن حدود الضرورة وعدم العبث بجثة الميت لأن الضرورات تقدر بقدرها.

٤. وجود اذن مسبق من المتوفي بوصية أو تبرع والوصية جائزة بالمال وبغير المال.

فلا يقال ان من شروط الوصية ان يكون الموصى به مالاً متقوماً وعضو المريض غير متقوم لكرامته وفي حالة عدم ذلك يؤخذ باذن ورثته للضرورة وإلا فهم لا يملكون هذه الاعضاء وفاقد الشيء لا يعطيه، على ان يكون الاذن بدون مقابل.

خامساً: بتر ونزع اعضاء بشرية ممن هم في حكم الاموات وهؤلاء ثلاثة أصناف:

الصنف الأول- من كان مهدر الدم لارتكابه جريمة توجب عقوبة الاعدام. ويشترط في جواز بتر ونزع اعضاء هذا الصنف كافة الشروط والضوابط المطلوبة لبتر ونزع اعضاء الاحياء الذين ليسوا في حكم الاموات، عدا ما يتعلق بسلامة حياتهم.

الصنف الثاني- من أصبح في حكم الاموات بقوة قاهرة رغم سلامة جميع اعضائه وصحته الكاملة وعدم كونه مهدر الدم، يقول الزركشي:[1] (وقد تكون الحواس سليمة والحياة مستقرة والحركة اختيارية ويعطى الإنسان فيها حكم الاموات كالواقع في بحر لا ينجو منه وتاب في هذه الحالة فإنه لا

---

[1] المنثور في القواعد المرجع السابق:٢/١٠٦.

تقبل توبته ويقسم ماله وتنكح نساؤه)[1]، لكن من الناحية العلمية هذه الحالة نادرة لأنه إذا امكن أخذ عضو منه امكن انقاذه من الغرق في البحر.

الصنف الثالث- من مات دماغه مع الاحتفاظ بالحياة الصناعية النباتية لبعض اعضائه، وهذا الصنف هو محل النقاش والخلاف، وفي هذه الحالة يعمل بالموازنة والمفاضلة بين المصالح والمفاسد وإذا ثبت رجحان المصالح في ضوء القواعد الشرعية والمعلومات الطبية يمكن القول بجواز البتر والنزع استثناء ورخصه بالشروط والضوابط التالية:

١. صدور قرار نهائي من لجنة طبية مختصة محايدة بموت الدماغ واستحالة عودة الحياة اليه في حدود الطاقة البشرية ولكن الله على كل شيء قادر.
٢. صدور قرار من اللجنة المذكورة بتوقف انقاذ حياة المريض على العضو المنوي بتره وبعدم امكانه الحصول على البديل.
٣. الاذن المسبق من صاحب العضو بوصية أو تبرع حين وجود وعيه وإدراكه الكاملين ويكتفي باذن الأهل في حالة الضرورة القصوى.
٤. ان يكون العضو بدون مقابل ولا باس إذا كان هناك رد للجميل دون شرط مسبق.
٥. ان يكون البتر في حدود الحاجة لأن الضرورات تقدر بقدرها.

موقف القانون من بتر وزرع اعضاء بشرية:

نسبة كثير من دول العالم شرعت قوانين خاصة نظمت عمليات بتر وزرع الاعضاء البشرية وهناك مشروع القانون العربي الموحد لعمليات زرع الاعضاء البشرية وضع بدعوة من الامانة العامة لإدارة الشؤون الاجتماعية وادارة الشؤون الصحية والبيئية لمجلس وزراء الصحة العرب رقم (١٩) في الدورة (٤٩) تشرين الأول/١٩٨٣.

---

(١) أي بعد انتهاء عدتهن.

موقف المشرع العراقي :

أولاً: قانون العقوبات النافذ القائم اعتبر المساس بجسم الإنسان في غير الاحوال المرخص بها قانوناً جريمة جنائية يعاقب عليها قانوناً.

ثانياً: يوجد حالياً في العراق – حسب ما اعلم – قانونان نافذان لهذا الشأن أحدهما:

قانون مصارف العيون رقم (١١٣) لسنة ١٩٧٠ الذي يقتصر على معالجة نوع واحد من عمليات نقل وزرع الاعضاء البشرية وهي عمليات ترقيع قرنية العين، وحدد ذلك بمستشفيات معينة كابن الهيثم، وقرر ان يحتفظ بالعيون المستأصلة لصرفها عند الحاجة، وحددت المادة الثانية من هذا القانون خمسة مصادر للحصول على العيون الصالحة، ثلاثة تتعلق باستئصال العيون من الموتى، والاخران هما عيون الاشخاص الذين يوصون بها ويتبرعون بها، وعيون الاشخاص الذين يتقرر طبياً استئصال عيونهم.

والقانون الثاني الرقم (٨٥) لسنة ١٩٨٦ هو قانون زرع الاعضاء البشرية وتنظيم عمليات استئصال الاعضاء البشرية كافة من المتبرعين مع رعاية الشروط التالية:

١. رضاء المتنازل كامل الأهلية باختياره التام كتابة.
٢. ان يتم الاستئصال لغاية علاجية.
٣. ان يكون التنازل بدون مقابل.
٤. وجود مصلحة علاجية راجحة.
٥. عدم وجود وسيلة طبية أخرى لهذه المعالجة غير عملية البتر والزرع.

س/ ما الموقف من المريض الذي يرفض هو أو ذووه العلاج على الرغم من تحقق تعرضه لاخطار شديدة؟

الجواب: موقف الشريعة الإسلامية والقانون من هذا المريض هو اجباره واجبار ذويه على العلاج بالقوة ومعاقبتهم في حال اصرارهم على الرفض، اما في الشريعة فللأدلة الآتية:

١- نهى القرآن الكريم نهياً قاطعاً عن مثل هذا التصرف واعتبره عملاً محرماً يجب الإنسان على تركه، لأن التحريم هو طلب ترك الفعل على وجه الحتم والالزام.

- قال تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾ [1] وهذا الرفض من المريض

---

[1] سورة البقرة:٩٥.

وذويه يعتبر اهلاكاً للمريض من حيث النتيجة والمآل ما دام معرضاً لاخطار شديدة.

- قال تعالى: ﴿وَلاَ تَقْتُلُواْ أَنفُسَكُمْ﴾[1] وهذا الرفض لقتل النفس بالتسبب.

٢- أمر الرسول العظيم ﷺ أمر وجوب والزام بالتداوي.

٣- المحافظة على الحياة واجبة وهي من الضروريات الخمس التي تسمى المقاصد الضرورية في الشريعة الإسلامية، وهي محافظة الدين ومحافظة الحياة ومحافظة المال ومحافظة العرض ومحافظة العقل.

٤- اجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على ان الانتحار محرم يعاقب الفاعل المنتحر عليه في الدنيا، إذا حاول الانتحار، أو في الآخرة إذا انتحر وهذا الرفض بمثابة الانتحار.

٥- ان حق الإنسان في نفسه ليس حقاً خاصاً لصيقاً بشخصه كما ظن بعض رجال القانون، بل حق مشترك بين الله وبين العبد (أو بين المجتمع وبين الفرد).

وقسم علماء الإسلام الحقوق الى ثلاثة اقسام:

القسم الأول/ حقوق الله المحضة (أو الحقوق العامة) وهي حقوق ذات نفع عام نسبت الى الله لخطورتها وأهميتها، كحق عقاب الزاني والزانية والسارق والسارقة، ومن خصائص ومميزات الحقوق العامة (أو حقوق الله): انها لا تقبل التنازل والعفو والصلح ولا تنتقل الى الورثة، ويطالب بها كل إنسان بالغ عاقل لانه من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

القسم الثاني/ حقوق العبد المحضة (الحقوق الخاصة) كحق الإنسان في بيته وسيارته وبستانه، ومن ميزاته: انها تقبل التنازل أو الصلح والعفو وتنتقل المالية منها الى الورثة ولا يطالب بها إلا أصحابها أو من ينوب عنهم.

القسم الثالث/ الحقوق المشتركة بين الله وبين العبد (بين المجتمع وبين الفرد) فإن كان جانب النفع العام هو الغالب تلحق بالحقوق العامة في احكامها كحق الطبيب في ممارسة مهنته، فالحق العام فيه هو الغالب لهذا يجبر على ممارسة مهنته عند الحاجة، وكحق الإنسان في حياته فإنه حق مشترك بينه وبين الله أو بين المجتمع ولا يستطيع ان يتنازل عنها أو يعرضها للخطر.

---

[1] سورة النساء: ٢٩.

اما في القانون فإن هذا الرفض من المريض وأهله بمثابة الانتحار، وقد اجمعت القوانين الوضعية بضمنها قانون العقوبات العراقي (م٤٠٨) على ان الانتحار أو محاولتها او المساعدة عليها جريمة يعاقب عليها.

س/ مناقشة طبية وشرعية وقانونية لوسائل منع الحمل المختلفة؟

الجواب عن حكم منع الحمل:

منع الحمل نوعان: دائمي، ووقتي ولكل نوع وسائله المتفرقة وغاياته المختلفة.

النوع الأول / المنع الوقتي

للمنع الوقتي وسائل منها تستعمل من قبل الزوج كالقذف خارج المهبل أو في كيس مربوط بالقضيب، ومنها من قبل الزوجة كاستعمال ادوية للمنع، ومنها من الطبيب كشد الرحم بصورة وقتية أو نحو ذلك، والوسيلة الوحيدة التي كانت مستعملة في عهد الرسالة وأئمة المذاهب الفقهية: العزل، والعزل: هو ان يجامع الرجل زوجته فإذا اقترب الانزال نزع وانسحب ليتم الانزال المنوي خارج المهبل.

حكم منع الحمل بالعزل في الشريعة الإسلامية :

أولاً: لا خلاف بين الفقهاء في ان الحمل إذا كان ذا خطورة على حياة المرأة يجوز منعه بصورة وقتية.

ثانياً: لا خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية في ان الاصل في الإسلام هو عدم المنع، والمنع استثناء. للأدلة التالية:

١. الغاية الاساسية من الزواج ليست اشباع الرغبات الجنسية وانما الانجاب لاستمرارية بني نوع الإنسان.

٢. المنع لسبب اقتصادي منهي عنه ومحرم بآيات قرآنية كثيرة، منها قوله تعالى: ﴿وَلاَ تَقْتُلُواْ أَوْلاَدَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلاَقٍ نَّحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْأً كَبِيراً﴾[1] والمني يسمى ولداً باعتبار المستقبل.

٣. خلق الله الأولاد زينة للحياة، قال تعالى: ﴿الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا﴾[2].

---

[1] سورة الاسراء:٣١.

[2] سورة الكهف:٤٦.

٤. أمر الرسول بتزوج الولود أي كثيرة الأولاد فقال: (...تزوجوا الودود الولود فاني مكاثر بكم الانبياء يوم القيامة)[١]، وتصرف كثرة ولادة المرأة قبل زواجها باقاربها.

ثالثاً: حكم منع الحمل المؤقت من حيث هو بغض النظر عن مبررات المنع وعدمه مسألة خلافية اختلف فيها فقهاء الشريعة على ثلاثة آراء:

الرأي الأول: محرم في الشريعة مطلقاً أياً كانت وسيلته واسبابه وهذا ما تبناه فقهاء الظاهرية -وبوجه أخص ابن حزم الظاهري[٢]- ودافعوا عنه بادلة عقلية ونقلية منها حديث جدامة بنت وهب قالت: حضرت رسول الله ﷺ في اناس سألوه عن العزل فقال: (ذلك الوأد الخفي)[٣] والوأد دفن البنت وهي حية مأخوذة من قول تعالى: ﴿وَإِذَا الْمَوْءُودَةُ سُئِلَتْ بِأَيِّ ذَنبٍ قُتِلَتْ﴾[٤].

الرأي الثاني: جائز في الشريعة مطلقاً وهو رأي اكثر فقهاء الشافعية وجل ادلتهم هو ما رواه محمود عن عطاء عن جابر انه قال: (كنا نعزل والقرآن ينزل)، وفي رواية سفيان: (كنا نعزل والقرآن ينزل لو كان شيئاً ينهي عنه لنهانا عنه القرآن)[٥]، وفي حديث آخر: (كنا نعزل على عهد رسول الله ﷺ فبلغ ذلك نبي الله فلم ينهنا)[٦] وسكوته دليل على الجواز ولو كان محرماً عنه، وفي صحيح مسلم[٧] احاديث أخرى اكثرها تدل على الجواز ولا مجال لذكرها واحاديث الجواز أقوى واكثر من احاديث المنع.

الرأي الثالث: هو التفصيل وهو ما اقره جمهور فقهاء الشريعة فقالوا: إذا تم باتفاق الزوجين جائز وبدون موافقة الزوجة لا يجوز لأنه حق مشترك بينهما، فلا يجوز

---

[١] نيل الاوطار:٦/١١٨.

[٢] ينظر المحلى:١٠/٧٠ وفيه (ولا يحل العزل عن حرة ولا عن امة برهان ذلك عن عائشة ام المؤمنين عن جدامة بنت وهب اخت عكاشة قالت: حضرت رسول الله ﷺ في اناس سألوه عن العزل فقال رسول الله ذلك الوأد الخفي وقرأ (وإذا المؤدة سألت بأي ذنب قتلت)).

[٣] سبل السلام:٣/١٩٠.

[٤] سورة التكوير:٨-٩.

[٥] صحيح مسلم:٢/١٠٦٥.

[٦] صحيح مسلم المرجع السابق العدة على احكام الاحكام شرح عمدة الاحكام:٤/٢٧٩.

[٧] ينظر:٢/١٠٦١.

للزوج ان يستبد به بارادته المنفردة واستدلوا بما رواه عمر بن الخطاب من انه قال: (نهى رسول الله ﷺ ان ينعزل (أي الزوج) عن الحرة إلا باذنها)[1]، فقالوا: هذا الحديث يدل بمفهومه المخالف على جوازه باذن الزوجة. وكذلك يستدل به عن طريق القياس على ان المنع المؤقت جائز باتفاق الطرفين سواء اكانت الوسيلة من الزوجة كاستعمال ادوية منع الحمل ام من الطبيب كشد الرحم.

موقف القانون من منع الحمل بصورة وقتية:

لم أجد في جميع قوانين عقوبات البلاد العربية ما يمنع هذا النوع من المنع باستثناء قانون العقوبات اللبناني الذي حرم منع الحمل مطلقاً واعتبره جريمة يعاقب عليه.

وفي رأينا المتواضع ان المنع المؤقت كالمنع الدائم جائز للضرورة وغير جائز بدونها وفي ذلك جمع بين الادلة المتعارضة.

النوع الثاني / منع الحمل بجعل أحد الزوجين عقيماً بصورة دائمية وهذا ما يسمى التعقيم .

التعقيم للرجال طريقة قديمة لمنع الحمل أو لمنع المباشرة الجنسية ومن اشهر وسائلها الخصاء[2] وقد استعمله البابليون والاشوريون والفرس لأولاد الاسرى الذين كانوا يعتبرون عبيداً، والمصريون للزنوج المجلوبين من السودان وغيرها، ثم انتقلت هذه العادة الى اليونانيين والرومانيين. والخصاء يمنع الرجل من الممارسة الجنسية، وكان يتم بطرق وحشية بدائية همجية منها قطع الخصيتين ويكون بسلهما أو رضهما. ومنها قطع قضيب الرجل الذي يسمى الجب، وكان كثير منهم يموتون أثناء العملية وكان الغرض حرمانهم من ممارسة الجنس اضافة الى انه كان يعتبر عقوبة للزاني عند المصريين وللسارق عند الاشوريين وللخونة عند البابليين والفرس. وقد استعمله المسيحيون في القرون الوسطى لأولادهم ليصبحوا رهباناً ثم انتقلت هذه العادة الى بعض البلاد الأخرى في الشرق الاوسط.

والشريعة الإسلامية اعتبرت الخصاء جريمة يعاقب عليها لأنه تعذيب لا يحل ان ينزل بإنسان أو حيوان وقد نهى عنه الرسول العظيم ﷺ.

---

[1] نيل الاوطار المرجع السابق:٦/٢٢١.

[2] خصى يخصي خصياً والخصي الذي سلت خصيتاه، الخصية من عضو الجسم يعرف بالبيضة جمعه خصى.

صور التعقيم في العصر الحديث:

ينقسم التعقيم باعتبار غايته الى ثلاث صور[١]:

الصورة الأولى/ التعقيم العلاجي: إذا ثبت طبياً ان الحمل يعرض حياة المرأة للخطر يجوز اجراء عملية لها تجعلها عقيماً مدى الحياة ما دامت الخطورة مستمرة، وفي هذه الصورة إذا تم التعقيم برضاء الزوجة أو من ينوب عنها من ذويها، وتم القرار من الأطباء المختصين لا يسأل الطبيب والزوجة وكل من ساهم في العملية لا في الشريعة ولا في القانون لا جزائياً ولا مدنياً ما دامت الضرورة الصحية للمرأة تقتضي ذلك ولا يوجد البديل، عملاً بالقاعدة الشرعية إذا تعارضت مصلحتان يقدم الأهم وإذا تعارضت مضرتان أو مفسدتان يختار أهونهما شراً لندفع أخطرهما. وفي غير البلاد الإسلامية اقره القضاء في فرنسا وانكلترا والولايات المتحدة باعتباره عملاً مبرراً بالضرورات الصحية واباحه بعض البلاد كايطاليا بالقانون[٢].

الصورة الثانية/ التعقيم لتنقية العرق: وهو اجباري بموجب القانون في البلاد التي تأخذ به كالدنمارك والسويد والنرويج وفلندا وبعض الولايات الكندية، وظهرت هذه الصورة في الربع الثاني من القرن العشرين لتطبيقها على المجرمين المعتادين والمنحرفين جنسياً والمصابين بالصرع واصحاب العقول المريضة.

واباحتها المانيا النازية بالقانون سنة ١٩٣٣ للقضاء على دابر بعض الذين يشوهون نقاء العرق الالماني على حد زعمهم ولكن الفكرة الغيت بعد الهزيمة الهتلرية في الحرب العالمية الثانية[٣].

موقف الشريعة الإسلامية من هذه الصورة هو الرفض والتحريم لانها وسيلة غير مشروعة يقصد بها تحقيق غاية غير مشروعة، وهذا غير جائز وفق قاعدة سد الذرائع، وإذا كيفنا التعقيم في حالة عدم وجود ضرورة تبيحه بالعاهة المستديمة،

---

[١] الدكتور عبد الوهاب (المسؤولية الطبية الجزائية) مجلة الحقوق والشريعة التي تصدرها كلية الحقوق والشريعة بجامعة الكويت العدد ٢ السنة (٥) ١٩٨١: ص١٨٦ وما بعدها.

[٢] مرسوم تشريعي صادر ١٢/آذار/١٩٤٢-الدكتور عبد الوهاب المرجع السابق.

[٣] لمزيد من التفصيل ينظر رسالة الماجستير (الاجهاض) للدكتور جاسم لفتة.

فإنه يخضع لعقوبة هذه الجريمة في البلاد العربية. اضافة الى انه لا يوجد نص قانوني عربي وإسلامي يجيزه.

الصورة الثالثة/ التعقيم لغرض تحديد النسل: وهو تعقيم اختياري يسعى اليه بعض الناس لباعث يختلف باختلاف الاشخاص. وهو مشكلة هذا العصر بسبب الانفجار السكاني في العالم وأخذت بعض الدول ذات النمو السكاني كالهند وايطاليا والصين ومصر تشجع عليه.

موقف الشريعة الإسلامية وهو تحريم التعقيم بصوره الثلاث ما لم تلم ضرورة تجعله خاضعاً لقوله تعالى: ﴿فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ فَلا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾[1]، وللقاعدة الشرعية المجمع عليها (الضرورات تبيح المحظورات)، لأن هناك نوع اخر من منع الحمل يمكن اللجوء اليه لحل المشكلة وهو المنع المؤقت بوسيلة واقية حتى إذا زال العذر يرجع الحكم الى اصله.

موقف القانون:

كما ذكرنا آنفاً لا يوجد في قوانين البلاد العربية نص يحرم منع الحمل باستثنا. قانون العقوبات اللبناني النافذ الذي نص في م٥٣٧ على ان {من اقدم باحدى الوسائل المنصوص عليها في الفقرتين الثانية والثالثة من م٢٠٩ على وصف أو اذاعة الاساليب الآلية لمنع الحمل أو عرض ان يذيعها بقصد الدعوة لمنع الحمل عوقب بالحبس ثلاثة اشهر الى سنة وبالغرامة من ٢٥-١٠٠ ليرة} ونص في م٥٣٨ منه على انه {يعاقب بالعقوبة نفسها من باع أو عرض للبيع أو اقتنى بقصد البيع أي مادة من المواد المعدة لمنع الحمل أو سهل استعماله باية طريقة كانت}.

نرى هذا القانون قد بالغ في منع الحمل، وقرر عقاب من هيأ وسائله، وهذا عقاب على الجريمة قبل الشروع لعله كان متأثراً باتجاه الكنيسة التي تعتبر منع الحمل محرماً بصورة مطلقة في كافة انواعه.

س/ انهاء الحمل (الاجهاض) لاسباب طبية. متى يقوم الطبيب بالموافقة على انهاء الحمل؟ وما رأي الشرع والقانون؟

الجواب: انهاء الحمل (أو الاجهاض) ظاهرة اجتماعية بالغة الخطورة تهدد سنوياً ملايين الاحمال، وتزهق ارواح الالاف من الامهات اولات الاحمال. وقد حرمته كافة الاديان

---

[1] البقرة : ١٧٣

السماوية والقوانين الوضعية القديمة الاشورية والبابلية والفراعنة والرومانية واليونانية والديانة الهندية والبوذية، والاكثرية الساحقة من القوانين الوضعية الحديثة. وأخذت عقوبات الاجهاض تتطور من القسوة الى التخفيف والالغاء حسب ما تقتضيه الضرورات الصحية والاقتصادية والاجتماعية.

ويتنازع حكم الاجهاض الشرع والقانون والطب، ومنشأ الخلاف المفاضلة بين الحقوق والمصالح المتضاربة: حق المرأة في رفض الأمومة، وحق الجنين في التكامل والمرور بمراحل الحياة الطبيعية للإنسان، وحق المجتمع في تكوين الجيل الجديد والتردد في ترجيح مصلحة على أخرى.

اضف الى ذلك ما يكتنفه لفظ الاجهاض أو تعبير انهاء الحمل من الغموض، حيث لم يعرف لحد الآن -حسب ما اعلم- هذا المصطلح من قبل فقهاء الشريعة وعلماء الطب ورجال القانون تعريفاً دقيقاً يبين محل الجرم وحجم العقاب في جميع المراحل التي يمر بها الجنين في تكامله من نطفة الى ولادة، باستثناء تفريق بعض فقهاء الشريعة بين حكم ما قبل الروح وما بعدها، وبوجه خاص بعض فقهاء الجعفرية في اعطاء كل مرحلة من مراحل الحمل عقوبة خاصة[1] وباستثناء تمييز قانون العقوبات السوداني م٢٦٢ بين حكم ما قبل تحرك الحمل وما بعده.

ومن الواضح ان الإنسان كما جاء في القرآن يمر بتسع مراحل ست منها تكون حين هو جنين في بطن امه: في الأولى سلالة من طين (أي مني (حيمن) وبييضة مكونان من غذاء متكون من طين وتراب)، وفي الثانية نطفة بعد اللقاح، وفي الثالثة علقة (قطعة دم جامدة)، وفي الرابعة مضغة (قطعة لحم بمقدار ما يمضغ)، وفي الخامسة عظام (مرحلة تكون العظام)، وفي السادسة (شد العظام باللحم)، وفي السابعة (تحول من الحياة النباتية والحيوانية الى الحياة الإنسانية بحلول الروح في الجسد)، وهذا حسب ما جاء في الحديث الشريف يكون بعد مضي (١٢٠) يوماً بعد لقاح البييضة بالحيمن، وفي الثامنة موت بعد الحياة، وفي التاسعة حياة ابدية بعد الموت.

وقد نص القرآن الكريم على هذه المراحل في قوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنسَانَ مِن سُلَالَةٍ مِّن طِينٍ، ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَّكِينٍ، ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَاماً فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْماً ثُمَّ أَنشَأْنَاهُ خَلْقاً آخَرَ

---

[1] كما يأتي بيانه.

فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ، ثُمَّ إِنَّكُمْ بَعْدَ ذَلِكَ لَمَيِّتُونَ، ثُمَّ إِنَّكُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ تُبْعَثُونَ﴾[1] .

أنواع الاجهاض

الاجهاض بوجه عام نوعان: طبيعي لا دخل لإرادة الإنسان فيه كما في حالة المرض أو الضعف أو نحوهما، فهو شرعي وقانوني لانه لا يخضع لتجريمهما، وغير طبيعي وهو ما يكون بتدخل إرادة الإنسان مباشرة أو تسبباً في حدوثه وهذا النوع الثاني قسمان: علاجي واجرامي.

القسم الأول/ الاجهاض العلاجي:

وهو ايقاف سير الحمل في أحد ادواره قبل الوقت الطبيعي لولادته، وذلك لأسباب طبية ككونه وسيلة وحيدة لانقاذ حياة الأم بشهادة الأطباء المختصين المتمتعين بالثقة. وهذا القسم –في اعتقادي المتواضع– مشروع في الشرع والقانون لأسباب كثيرة أهمها ما يلي:

١. حياة الأم حقيقة وحياة الجنين تقديرية فترجح الأولى في المفاضلة على الثانية حين تعارضهما في البقاء.

٢. بقاء حياة الأم بعد الاجهاض أمر واصل الى حد الظن الغالب لدى الأطباء المختصين وبقاء حياة الجنين بدون الاجهاض مع خطورة حياة الأم أمر مشكوك فيه، فإذا تعارض الظن الغالب والشك يقدم الظن باجماع علماء الشريعة ورجال القانون.

٣. الشخصية الشرعية والقانونية للأم حقيقية وواقعية وللجنين فرضية بل في نظر القانون معدومة قبل الولادة، وقد نصت الفقرة الأولى من م٣٤ من القانون المدني العراقي النافذ على أنه {تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً وتنتهي بموته}.

٤. أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية – باستثناء فقهاء الجعفرية – على ان عقوبة (دية) انهاء حياة الحمل (الجنين) عمداً أو خطأ ٥٪ من عقوبة (دية) انهاء حياة الإنسان بعد الولادة، فدية الإنسان بعد الولادة في القتل مائة من الإبل أو ما يعادلها في

---

[1] سورة المؤمنون:١٢-١٦.

الرأي السائد في الفقه الإسلامي، في حين دية الجنين خمس من الأبل أو ما يعادلها.

ولهذه الأسباب وغيرها إذا قررت اللجنة الطبية المختصة ان انقاذ حياة الأم متوقف على انهاء الحمل استناداً الى الادلة الطبية ووافقت الأم أو من ينوب عنها في حالة عدم كمال أهليتها، فإن اجراء العملية الطبية لإنهاء الحمل عمل مشروع شرعاً وقانوناً، ولا يسأل الطبيب الذي يتولى هذه العملية الطبية أية مسؤولية جنائية أو مدنية عما يترتب عليها من الاثار" لانه يمارس واجبه الشرعي والقانوني فانقاذ حياة الأم واجب وكل ما يتوقف عليه الواجب واجب وفق القواعد العامة لأصول الفقه الإسلامي، ولا جريمة ولا عقوبة على اداء الواجب. وقد نصت م٣٩ من قانون العقوبات العراقي على انه {لا جريمة إذا وقع الفعل قياماً بواجب يفرضه القانون}.

القسم الثاني/ الاجهاض الاجراضي:

يعتبر الاجهاض جريمة يعاقب عليها شرعاً وقانوناً إذا توافرت فيه الاركان الاربعة التالية: وجود الحمل، واستعمال وسائل من شأنها انهاء الحمل، وانفصال الحمل من الأم، والقصد الجنائي. وهذه اركان الاربعة منها متفق عليها، ومنها مختلف فيها على النحو الآتي:

الركن الأول- وجود الحمل: اعتبر جميع فقهاء الشريعة وجوده ضرورياً للمساءلة قضاءً وديانةً، وفي حالة عدم وجوده فإن كان للفاعل قصد جنائي يسأل ديانة فقط، وإلا فلا يسأل لا ديانةً ولا قضاءً، ومن الجدير بالذكر ان فقهاء الشريعة لا يقسمون الشروع في الجريمة وانما يقسمون الجريمة الى الجريمة التامة والناقصة.

وقوانين العقوبات العربية مختلفة في اعتبار هذا الركن، فالقوانين المتأثرة بالمذهب الشخصي في اعتبار الجريمة المستحيلة شروعاً اقرت عقوبة الفاعل على الشروع في حالة عدم وجود الحمل كالتونسي (م٢١٤) والجزائري(م٣٠٤) والمغربي (م٤٤٩)، واعتقد ان العراقي كذلك في (م٤١٩) بدلالة (م٣٠) رغم ان بعض الشراح يرون انه لم ياخذ بالشروع في الاجهاض لانه ركز على اجهاض المرأة الحبلى، ونص المشرع المصري (م٢٦٤) على انه {لا عقاب على الشروع في الاسقاط}.

الركن الثاني- الذي يسمى الركن المادي: استعمال وسائل من شأنها ان تؤدي الى الاجهاض، كالعقاقير واستعمال العنف والعملية الجراحية. والمشرع العراقي

(م٤٢٧/١) عمّم هذه الوسائل فقال {بأية وسيلة كانت}، فيشمل الوسائل النفسية كالتخويف والتخرف.

الركن الثالث- انفصال الجنين من أمه: هذا ما اقره جمهور فقهاء الشريعة خلافاً للظاهرية، فقال ابن حزم[1]: لم يرد هذا في حديث الرسول ﷺ حين بين عقوبة اسقاط الجنين. وعلل الجمهور رأيهم بأنه في حالة عدم انفصاله يحصل الشك في وجوده، ولا تبنى الاحكام على الشك[2].

ورأيهم بالنسبة الى زمنهم أحوط، ولكن رأي الظاهرية بالنسبة الى هذا العصر أصوب، لامكان معرفة وجود وعدم وجود الحمل قبل الانفصال بالوسائل العلمية الحديثة. لذلك لم تعط القوانين الوضعية أهمية لهذا الركن فالمهم انهاء الحمل والجنين سواء انفصل من أمه ام لا كما في حالة موت الأم.

الركن الرابع- القصد الجنائي: لم يعط فقهاء الشريعة اهمية لهذا الركن، بل قالوا: الاجهاض كالقتل في العمد وشبه العمد والخطأ، وفي جميع الحالات العقوبة الدية إلا انها تكون من مال الجاني في حالة وجود القصد الجنائي، وعلى عاقلته عند عدم وجوده. غير ان فقهاء المالكية اشترطوا لاعتبار الاجهاض جريمة يعاقب عليها ان تكون الوسائل المستعملة فيه غير مشروعة، وإلا فلا جريمة ولا عقوبة[3].

عقوبة الاجهاض في الشريعة:

في الشريعة الإسلامية العقوبة مالية فقط، وللورثة لا للخزانة العامة وهي الدية لكن هل هي عقوبة أو تعويض؟

فمن الفقهاء من قال ان الدية عقوبة، ومنهم من قال: انها تعويض، والرأي الراجح من وجهة نظرنا انها ذات صفة ازدواجية، فيها صفات وميزات العقوبة من حيث انها مقدرة بالنص ويحل محلها عند التنازل عقوبة تعزيرية، ولا تحتاج الى تحريك الدعوى من ذوي

---

[1] المحلى: ٢٨/١١.

[2] ينظر في هذا الموضوع: الشرح الصغير مع الصاوي:٣٦٨/٢، والمغني لابن قدامة:٧٩٩/٧-٨١٦، فتح القدير:٣٠٤/١٠، الخلاف للطوسي:٤٠٧/٢.

[3] الشرح الصغير للدردير مع الصاوي:٣٦٨/٢.

العلاقة، ولا تختلف باختلاف الاشخاص. وفيها صفات التعويض من حيث انها للورثة وقد تكون على العاقلة وجواز التنازل عنها[١].

ودية الجنين ليست كاملة بل ٥٪ من دية المقتول بعد الولادة، لكن إذا انفصل حياً بالاجهاض ثم مات به تجب الدية الكاملة، وهي على الرأي السائد في الفقه الإسلامي مائة من الإبل أو ما يعادلها، فعليه دية الجنين خمس من الإبل أو ما يعادلها لعدم وجود الغرة في هذا العصر[٢].

وإذا أدى الاجهاض الى موت الأم، فالراجح في الفقه الإسلامي يعتبر موت الأم جريمة مستقلة ولكل عقوبة مستقلة، خلافاً للقانون حيث يعتبر موت الأم ظرفاً مشدداً للاجهاض. وفقهاء الجعفرية -خلافاً للجمهور- جعلوا لكل مرحلة من مراحل الحمل عقوبة خاصة لاسقاطه[٣].

عقوبة الاجهاض في القانون:

اختلفت عقوبة الاجهاض في قوانين البلاد العربية بين التشديد والتخفيف، وبين الحبس والسجن العادي والاشغال الشاقة، اضافة الى العقوبات التبعية كحرمان الفاعل من ممارسة المهنة.

وعقوبة الاجهاض في قوانين عقوبات البلاد العربية تتراوح بين (٤) سنوات الى (٣٠) سنة حسب الظروف المشددة والمخففة، وعلى سبيل المثل في القانون المغربي (م٤٤٩) تكون من (١٠-٢٠) سنة وفي حالة العود من (٢٠-٣٠) سنة.

من الظروف المشددة: موت الحامل بالاجهاض، وكون الفاعل طبيباً أو صيدلياً أو من معاوني الطبيب كالممرضة، والعود.

ومن الظروف المخففة: رضاء الحامل، أو كون اجهاض منها نفسها، أو كان اجهاض صيانة للعرض والشرف كما في حالة كون الجنين ثمرة غير مشروعة. نصت على ذلك (م٣٢٤) من

---

[١] ينظر المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية للمؤلف: ص١٢٢.

[٢] الغرة عبد أو جارية أو قيمتها.

[٣] الطوسي في كتابه الخلاف:٢/٤٠٩، وفي الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية:٢/٤٤٤ دية متلف الجنين (١٠) دنانير (عملة معدنية ذهبية) وفي اسقاط النطفة (٢٠) ديناراً وفي العلقة(٤٠) وفي المضغة (٦٠) وفي العظام (٨٠)، وبعد تمام الخلق فقبل الروح (١٠٠) دينار وبعدها دية كاملة رغم عدم ولادته.

القانون الاردني و (م٣٩٤) من القانون الليبي. ولم يفرق بعض القوانين بين حالتي الرضا وعدمه كالقانون الجزائري (م٣٠٤)، وفي بعض القوانين كالقانون المغربي (م٤٥٥) يعاقب المحرض على الاجهاض.

وفي بعضها يعاقب كل من يقوم ببيع وسائل الاجهاض كما في القانون الكويتي (م١٢٧) والسوري (م٥٢٦)، وبعض القوانين نصت على اباحة الاجهاض في حالة الضرورة كانقاذ حياة الأم. فنصت (م٤٥) من قانون العقوبات المغربي على انه {لا عقاب على الاجهاض إذا استوجبته ضرورة انقاذ حياة الأم من الخطر متى قام به طبيب بعد اخطار سلطة ادارية}، ونصت على نفس هذا الحكم (م٢٦٢) من قانون العقوبات السوداني و (م١٧٥) من القانون الكويتي و (م٣٠٨) من القانون الجزائري و (م١٧٤) من القانون القطري.

ومن المؤسف ان المشرع العراقي في م (٤١٧، ٤١٨، ٤١٩) اهمل كثيراً من هذه الاحكام حين معالجة جريمة الاجهاض.

وبعد هذا الجهد المتواضع الذي قدمته باخلاص لكل من يهمه معرفة صلاحية الشريعة الإسلامية لكل زمان ومكان وفي كل مجال من مجالات الحياة اتضرع الى الله العليم الحكيم ان لا يسألني جنائياً عما أخطأت فيه كما وعدنا بقوله الكريم: ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِ﴾[1] وقوله العظيم: ﴿لاَ يُكَلِّفُ اللّهُ نَفْساً إِلاَّ وُسْعَهَا﴾[2] صدق الله العظيم.

ربِّ زدني علماً والحقني بالصالحين

---

[1] سورة الاحزاب:٥.

[2] سورة البقرة:٢٨٦.

المـــراجع

تفاسير القرآن الكريم

- الكشاف للزمخشري.

جار الله محمود بن عمر.

- تفسير الفخر الرازي التفسير الكبير.

الامام محمد الرازي فخر الدين ابن ضياء الدين (٥٤٤-٦٠٤هـ)

- مجمع البيان في تفسير القرآن.

الشيخ ابي علي الفضل بن الحسن الطبرسي - طبعة بيروت.

الحديث الشريف وشروحه

- صحيح مسلم.

الامام أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري (ت٢٦١هـ).

- فتح الباري شرح صحيح الامام ابي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري.

الامام احمد بن علي بن حجر العسقلاني (٧٧٣-٨٥٢هـ)

- نيل الاوطار شرح منتقى الاخبار من احاديث سيد الاخيار.

الشوكاني محمد بن علي بن محمد مطبعة الحلبي.

- المنتقى شرح موطأ الامام مالك بن انس.

تأليف القاضي ابي الوليد سليمان بن خلف الباجي الاندلسي (ت-٤٩٤هـ) - مطبعة السعادة مصر ١٣٣١هـ.

- سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع ادلة الاحكام للحافظ ابن حجر العسقلاني.

تأليف الامام محمد بن اسماعيل الصنعاني (ت١١٨٢هـ) - مطبعة عاطف.

الفقه الحنفي

- الاختيار لتعليل المختار.

الامام عبد الله بن محمد مجد الدين الموصلي (ت٦٨٣هـ) - مطبعة محمد علي صبيح.

- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع.

الفقيه علاء الدين ابو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي - نشر زكريا علي يوسف.

- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق.

الامام فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي - الطبعة الثانية.

- حاشية ابن عابدين (رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار).

العلامة محمد امين الشهير بابن عابدين - مطبعة البابي الحلبي.

- فتح القدير.

الامام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام (ت ٦٨١هـ).

- مجموعة رسائل ابن عابدين.

العلامة محمد امين.

الفقه المالكي

- بلغة السالك لاقرب المسالك للشيخ احمد الصاوي على الشرح الصغير لسيدي احمد الدردير.
- تبصرة الحكام في اصول الاقضية ومناهج الاحكام للقاضي برهان الدين ابراهيم بن علي بن محمد بن فرحون المالكي (ت-٧٩٩هـ) بهامش فتح العلي المالك.
- حاشية الدسوقي للعلامة الشيخ محمد عرفه على الشرح الكبير لأبي البركات سيدي احمد الدردير، مطبعة عيسى البابي.
- شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل بن اسحاق (بهامشه حاشية الشيخ علي العدوي)، للعلامة أبي عبد الله محمد بن عبدالله بن علي الخرشي.

الفقه الشافعي

- تحفة المحتاج لشرح المنهاج، للامام شهاب الدين احمد بن حجر الهيتمي الشافعي.
- حاشية الباجوري، للعلامة الشيخ ابراهيم الباجوري على شرح ابن القاسم الغزي على متن الغاية والتقريب لأبي شجاع احمد بن الحسين بن احمد الاصفهاني، مطبعة عيسى البابي.
- المجموع، للنووي الامام ابي زكريا محي الدين بن شرف النووي.
- قواعد الاحكام في مصالح الانام، للعلامة عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، طبعة دار الجيل.
- مغني المحتاج، للشيخ محمد الشربيني الخطيب على متن المنهاج لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي، مطبعة مصطفى محمد.
- المنثور في القواعد، للزركشي (بدر الدين محمد بن بهادر الشافعي).

الفقه الحنبلي

- المغني لابن قدامة أبي محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة المقدسي الحنبلي (ت٦٣٠هـ).

فقه الامامية

- ايضاح الفوائد في شرح اشكالات القواعد للشيخ ابي طالب محمد بن الحسن بن يوسف المطهر الحلي، المطبعة العلمية قم.
- كتاب الخلاف في الفقه للامام أبي جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي من كبار فقها الامامية، مطبعة تابان طهران.
- الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية للشهيد السعيد زين الدين الجبعي العاملي.

الفقه الظاهري

- المحلى، لابن حزم الظاهري أبي محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم (ت٤٥٦هـ).

فقه الزيدية

- التاج المذهب لاحكام المذهب للامام احمد بن قاسم اليماني.

القوانين

- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
- قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩.
- قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقية رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١.
- قانون رعاية الاحداث العراقي رقم ٧٦ لسنة ١٩٨٣.
- قانون عقوبات جمهورية اليمن الديمقراطية الشعبية رقم ٣ لسنة ١٩٧٦ .
- قانون العقوبات الجزائية / المملكة الأردنية الهاشمية رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠.
- قانون العقوبات الجنائية / الجمهورية اللبنانية، طبعة ١٩٨١.
- قانون العقوبات الجنائية / الجمهورية العربية السورية، طبعة ١٩٨١.
- قانون العقوبات الجزائري لسنة ١٩٦٦.
- قانون العقوبات التونسي لسنة ١٩٧٦.
- قانون العقوبات السوداني، طبعة ١٩٧٤.
- قانون دولة الامارات العربية، طبعة ١٩٨٠.
- قانون العقوبات المغربي، طبعة ١٩٧٦.
- قانون العقوبات البحرين المعدل لسنة ١٩٥٥.
- قانون العقوبات الجنائية في سلطنة عمان ١٩٧٤.
- قانون العقوبات القطري، طبعة ١٩٧٤.
- قانون العقوبات / الجماهيرية العربية الليبية الشعبية الاشتاكية، طبعة ١٩٨٠.
- قانون الجزاء الكويتي رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠.
- قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧.
- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٨٤.
- القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦.
- مجلة الاحكام العدلية، الطبعة الخامسة ١٩٦٨.

الشروح والمؤلفات القانونية الحديثة

- الوسيط، الدكتور عبد الرازق السنهوري.
- المسؤولية الجنائية، الدكتور محمد مصطفى القللي.
- الموجز في شرح قانون العقوبات – القسم العام، الدكتور محمود نجيب حسني.
- المجرمون الشواذ، الدكتور محمود نجيب حسني.
- شرح قانون العقوبات – القسم العام، الدكتور محمود محمود مصطفى.
- شرح قانون العقوبات العراقي الجديد، الدكتور حميد السعدي.
- اصول قانون العقوبات في الدول العربية، الدكتور محمود محمود مصطفى.
- شرح قانون العقوبات العراقي – القسم العام، الدكتور عباس الحسني.
- موانع المسؤولية الجنائية، الدكتور التونجي.

- نظرية الضرورة في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي، الدكتور يوسف قاسم.
- اصول الالتزامات، الدكتور سليمان مرقس.
- نظرية الظروف الطارئة، الدكتور عبد السلام الترمانيني.
- الاجهاض (رسالة ماجستير)، الدكتور جاسم لفتة.
- المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة بالقانون، الدكتور مصطفى الزلمي.

المراجع في اصول الفقه

- التوضيح شرح التنقيح لصدر الشريعة (عبيد الله بن مسعود) مع التلويح للعلامة سعد الدين التفتازاني وحاشية الفنري وحاشية ملا خسرو وحاشية عبد الحكيم، طبعة ١٣٢٢هـ.
- التلويح للعلامة سعد الدين التفتازاني على التوضيح شرح التنقيح لصدر الشريعة عبيد الله بن مسعود.
- كشف الأسرار على اصول البزدوي علي بن محمد.
- الفروق للقرافي، شهاب الدين أبي العباس احمد بن ادريس بن عبد الرحمن الصنهاجي.
- الموافقات في اصول الشريعة، للشاطبي ابراهيم بن موسى المالكي.
- اصول الفقه الإسلامي في نسيجه الجديد، الدكتور مصطفى الزلمي.

المراجع في علم المنطق

- البرهان للعلامة الشيخ اسماعيل مصطفى المعروف بشيخ زاده الكلبنوي.
- تهذيب المنطق للعلامة السعد التفتازاني بشرح الحبيصي للشيخ عبيد الله بن فضل.