

Üçilbölgelöðull ábæ

من أجمل تواصيل فاصل بين الباحثين في الشرع والثانوين

المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكاك / 87 يناير 2020

- ٠ الاعتداء على المعلومة الالكترونية.
 - ٠ سلطة التشريع في الإسلام والدساتير.
 - ٠ جريمة القذف عبر شبكة المعلومات.
 - ٠ ميراث الجدات ، دراسة فقهية مقارنة.
 - ٠ جرائم الخطأ شبه العمد وعقوبتها.
 - ٠ حظر التعذيب في الشريعة والقانون.



العدد السادس والثمانون : يناير 2020

قواعد النشر وشروطه:

- المشاركة بمقالات مناسبة لشخصية المجلة تراعي ضوابط البحث العلمي الأكاديمي.(ترسل في ملف word).
 - إرسال نبذة من السيرة الذاتية لكاتب المقال.
 - ألا يكون المقال مشتركاً أو سبق نشره على شبكة الإنترنت.
 - ألا تقل صفحات المقال عن عشر صفحات (ما يقارب 3000 كلمة).
 - كتابة المهمش بتقنية (word) لكل صفحة على حدة .
 - إرفاق صورة لصاحب المقال.(اختياري).
 - المراجعة اللغوية للمقال قبل إرساله.
 - ترسل المساهمات إلى البريد الإلكتروني sldg55@gmail.com
 - كل المقالات المنشورة تعبر عن آراء كاتبها ولا تعبر بالضرورة عن رأي مجلة الفقه والقانون.

اللجنة العلمية الاستشارية لمجلة الفقه والقانون :

- الدكتور صلاح الدين دكداك : مدير مجلة الفقه والقانون.
 - الدكتور نور الدين الناصري : أستاذ جامعي بكلية الحقوق بسطات.
 - الدكتور أحمد خرطة : أستاذ نظام التوثيق بجامعة محمد الأول بوجدة.
 - الدكتور محمد كولفرني : أستاذ بكلية الشريعة بأكادير.
 - الدكتور عمر العسري : أستاذ بكلية الحقوق السويسري بالرباط.
 - الدكتور الميلودبوطريكي : أستاذ القانون الإداري بكلية الناظور.
 - الدكتور إحياء الطالبي: أستاذ بكلية الآداب والحقوق بأكادير.

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.be.ma

ردہ 2336 -0615 :

بسم الله الرحمن الرحيم

العدد السابع والثمانون : لشهر يناير 2020

محتويات العدد :

1. كلمة العدد 87 لشهر يناير 2020 بقلم مدير مجلة الفقه والقانون الدكتور : صلاح الدين دكداك 03.....

✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

2. تجريم الاعتداء على المعلومة الإلكترونية ذات الطابع الشخصي بين الواقع والمأمول : الدكتور محمد فتحي شحاته إبراهيم دياب ، أستاذ القانون الجنائي المساعد ، جامعة حائل كلية الشريعة والقانون ، قسم القانون - المملكة العربية السعودية.....06.....

3. سلطة التشريع في الإسلام واتجاهات الدساتير العربية في هذه المسألة (الدستور اليمني أنموذجا) : الدكتور توفيق أحمد علي السنبا尼 ، أستاذ الفقه المقارن والدراسات الإسلامية المشارك بكلية التربية والألسن بعمان ، جامعة عمران الجمهورية اليمنية.....27.....

4. جريمة القذف عبر شبكة المعلومات الدولية بين الفقه الإسلامي والقوانين الجنائية الوضعية (دراسة مقارنة) : الدكتور توفيق بن علي بن أحمد الشريف ، أستاذ الفقه المقارن المشارك بجامعة أم القرى بالمملكة العربية السعودية.....42.....

5. ميراث الجدات - دراسة فقهية مقارنة بقوانين الأحوال الشخصية : الدكتور أحمد عبد القادر محمد البهبي ، أستاذ مساعد بكلية الدراسات القضائية والأنظمة ، جامعة أم القرى بجدة المكرمة- المملكة العربية السعودية.....65.....

6. جرائم "الخطأ شبه العمد" وعقوباتها في القانون الجنائي المغربي (بحث مقارن بالفقه الإسلامي) : الدكتور محمد محمود بن الصديق ، باحث موريتاني - خريج الجامعة المغربية.....95.....

7. حظر التعذيب في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي : الحسن الكريبي ، طالب بسلك الدكتوراه ، مختبر الدراسات الفقهية والقضائية وحقوق الإنسان بكلية الشريعة ، جامعة سيدي محمد بن عبد الله ، فاس - المملكة المغربية.....123.....

ترتيب المقالات يخضع لاعتبارات فنية

كل المقالات المنشورة تعبر عن آراء كاتبها ولا تعبر بالضرورة عن رأي مجلة الفقه والقانون

كلمة العدد السابع والثمانين لشهر يناير 2020



بقلم مدير مجلة الفقه والقانون

الدكتور : صلاح الدين دكاك

Email : Sldg55@gmail.com

لسم الله الرحمن الرحيم والصلوة والسلام على أشرف المرسلين وبعد ، نضع بين أيديكم العدد السابع والثمانين لشهر يناير 2020 من مجلة العفة والفنون الدولية ، وفدى شمل العدد الجديد العديد من الدراسات وألبيات الهمامة من عدّة هيئات وجامعات وكليات ومراكز ومعاهد بحث عربية عريقة ونخص بالذكر :

- كلية الشريعة والفنون جامعة حائل - المملكة العربية السعودية.

- جامعة أم القرى بالمملكة العربية السعودية.

- كلية التربية والألسن بعمران ، جامعة عمران - الجمهورية اليمنية.

- كلية الشريعة - جامعة سيدى محمد بن عبد الله ، فاس - المملكة المغربية.

بشكر الجميع الباحثين بالعالم الذين أكرمنا بتوجيهاتهم وبحوثهم ودراساتهم الأكاديمية الفيضة الرصينة، وساهموا في مزيد من التقارب والتواصل والتفاعل بين الباحثين في العلوم الشرعية والفنونية .

ومن بين المواقف الفيضة التي ناقشها العدد الجديد ما يلى :

- تجريم الاعتداء على المعلومة الإلكترونية ذات المحتوى الشخصى بين الواقع والمأمول.
- سلامة التشريع فى الإسلام واتجاهات الدساتير العربية فى هذه المسألة (الدستور اليمنى أنموذجًا).
- جريمة الغش عبر شبكة المعلومات الدولية بين العفة الإسلامية والغوانين الجنائية الوضعية (دراسة مقارنة).
- ميراث الجدات دراسة فقهية مقارنة بفوائين الأحوال الشخصية.
- جرائم الخطف شبه العمدة وعقوباتها فى القانون الجنائى المغربي (بحث مقارن بالعفة الإسلامية).
- حظر التعذيب فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى.

ختاما لا ننسونا من دعائكم وتوجيهاتكم، وجعلنا على الفدير مثل البنيان المرصوص يشد بعضه بعضا.

مع تحيات المدير المسؤول
الدكتور صلاح الدين دكداك

www.majalah.be.ma

✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

جامعة بنى سويف

2020

تجريم الاعتداء على المعلومة الإلكترونية ذات الطابع الشخصي بين الواقع والأصول



د. محمد فتحي شحاته إبراهيم دياب
جامعة حائل كلية الشريعة والقانون
قسم القانون - المملكة العربية السعودية

المقدمة :

لا يوجد شك في أن الثورة المعلوماتية التي سببتها أنظمة وبرمجيات الحاسوب تعد ثمة هذا القرن، فقد قلبـتـ الكثـيرـ منـ المـوازـينـ والمـفـاهـيمـ والمـبـادـئـ الـتيـ استـقـرـتـ فـيـ المـيـادـينـ الـقـانـوـنـيـةـ وـالـقـاـفـيـةـ وـالـاـقـتـصـادـيـةـ⁽²⁾ـ،ـ ماـ يـنـبـغـيـ مـوـاجـهـهـ هـذـاـ التـطـورـ الـهـائـلـ بـنـفـسـ حـجـمـهـ وـتـأـثـيرـهـ،ـ وـهـذـاـ يـعـنيـ إـيجـادـ القـوـاعـدـ وـالـأـحـکـامـ الـقـادـرـةـ عـلـىـ حـمـاـیـةـ حـقـوقـ وـمـصـالـحـ الـأـفـرـادـ وـالـجـمـاعـاتـ فـيـ ظـلـ رـيـاحـ التـغـيـرـ الـعـاصـفـةـ الـتـيـ سـبـبـهـاـ الـاستـخـدـامـ الـوـاسـعـ لـلـمـعـلـومـاتـيـةـ بـأـدـوـاتـهـاـ الـمـخـلـفـةـ؛ـ لـأـنـ الـمـبـادـئـ وـالـأـحـکـامـ الـتـيـ تـضـمـنـتـهـاـ الـقـوـانـينـ الـحـالـيـةـ شـرـعـتـ فـيـ ظـلـ وـعـيـ عـلـمـيـ وـتـقـنـيـ مـحـدـودـ الـتـطـورـ قـيـاسـاـ عـلـىـ الـوـضـعـ الـحـاضـرـ،ـ لـذـاـ فـهـيـ بـالـتـأـكـيدـ غـيرـ قـادـرـةـ عـلـىـ مـوـاـكـبـةـ الـمـتـغـيـرـاتـ الـجـدـيـلـةـ وـاسـتـيـعـابـ حـرـكـةـ الـحـيـةـ السـرـيـعـةـ⁽³⁾ـ.

وقد ظهرت مخاطر لحريات الأفراد بسبب جمع معلومات شخصية عن الأفراد قبل ظهور وانتشار أجهزة الكمبيوتر والاستعانت بها في تخزين هذه المعلومات. وزادت هذه المخاطر مع انتشار استعمال الكمبيوتر. وتزداد خطورة جمع هذه المعلومات الشخصية من ظهور شركات خاصة تعمل في مجال الأمن وتقوم بتجميع الأفراد لوضعها تحت تصرف من يريد أن يعرفها نظير دفع مقابل مالي. فقد أصبح وجود هذه المعلومات الشخصية مهددة للحياة الخاصة بالنسبة للفرد العادي وكذلك بالنسبة للشخصيات العامة. إذا التهديد للحياة الخاصة يتحقق سواء كانت هذه المعلومات كاذبة أو كانت صحيحة، مادام صاحب الشأن يعترض على من يقوم بجمعها وتخزينها أو يقوم بتزويد الآخرين بها بدون مبرر قانوني مقبول.

(1) أستاذ القانون الجنائي المساعد.

(2) د. محمد شلال العاني، الحماية الجنائية للبيانات المعالجة الكترونياً، مجلة الفكر الشرطي، مركز بحوث الشرطة، القيادة العامة لشرطة الشارقة، الإمارات، المجلد 11، ع 1، أبريل 2002م، ص 211.

(3) د. مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات، القسم الخاص، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، دار الفكر العربي - القاهرة، 1981-1982م، ص 11 وما بعدها.

كما أنه إذا كانت الحالة الصحية للشخص تدخل في عموم حياته الخاصة إلا أن إقامة نظام للمعلومات يشمل الحالة الصحية للأشخاص أصبح أمراً شائعاً ومستحباً. فوجود نظام للمعلومات يساعد في تشخيص الأمراض. كما أن الطب لم يعد عملاً فردياً يقوم به طبيب واحد وإنما أصبح العلاج يتم من خلال فريق طبي مما يستلزم وجود نظام للمعلومات يستعين به أعضاء الفريق الطبي⁽¹⁾.

ويمكن تأصيل إدخال المعلومات الصحية إلى الحاسوب الآلي بأن ذلك يقوم بناء على رضاء المريض من أجل مصلحته وعلاجه، فالحاسوب الآلي أصبح من أوبران الطب أو من مساعدي الطبيب.

فهل تظل الغلبة للإنسانية وحماية الحياة الخاصة باعتبار أنه يمكن اتخاذ وسائل أخرى للمكافحة والحماية بعيدة عن الحاسوب الآلي الذي يهدد بانتشار المعلومات مما يجعل من هؤلاء المرضى طائفة من المبودين في المجتمع.

ومن ثم يجب الفصل بين المعلومات الطبية التي تدخل إلى الحاسوب الآلي، والمعلومات التي تظل في الملف أو ذاكرة الطبيب. فلا يصح إدخال كل المعلومات دون تمييز إلى الحاسوب الآلي وذلك لحماية هذه المعلومات من خاطر الحاسوب الآلي وحماية السرطاني.

• تعريف المعلومة :

تعتبر المعلومة شيئاً غير مادي يصلح لأن يكون محلاً للحقوق المالية وعلى الأخص حق الملكية. وتقوم وكالات الأنباء ببيع ما تحصل عليه من معلومات أو أخبار.

والمعلومة قد تكون منتجًا أو سلعة مستقلة سابقة على الخدمة التي قد تكون المعلومة محلاً لها. فالمعلومة تتميز وتنفصل عن الشكل المادي الذي تمثل فيه، كتابة أو صوتاً أو صورة، وعن الخدمة التي تكون محلاً لها فهي بالضرورة سابقة على وجودها على لحظة تقديمها في صورة خدمة مثلاً. فالمعلومة شيء غير مادي متميزة ومستقلة لا يختلط بشكل تقديم المعلومة ولا بالخدمة التي تكون محلاً لها. ومن ثم فالمعلومة هي تعبر يستهدف جعل رسالة قابلة للتوصيل إلى الغير، بفضل علامة أو إشارة من شأنها أن توصل المعلومة للغير. فالتعبير وتوصيله إلى الغير يحقق وظيفة المعلومة وهي انتقال أو نقل المعرفة⁽²⁾.

• المقصود بالبيانات الشخصية :

يقصد بالبيانات الشخصية أو الإسمية تلك البيانات التي تتعلق بشخص معين⁽³⁾. ولا يشترط في هذه البيانات أن تكون متعلقة بالحياة الخاصة للأفراد. بل إنه يكفي أن تتعلق بالحياة المهنية للفرد أو حتى حياته العامة أو انتساباته السياسية أو النقابية المعروفة⁽⁴⁾. وإذا تعلقت المعلومات الخاصة للأفراد بأصوله العنصرية وحالته الطبية وسابقه القضائية، فإن هناك حظراً يفرضه القانون وليس مجرد تنظيم لعملية جمع تلك المعلومات.

(1) د. نشوى رافت إبراهيم أحمد، حماية الحقوق والحرمات الشخصية في مواجهة التقنيات الحديثة، "البيانات الشخصية، المراسلات والمحادثات الشخصية، الحق في الصورة"، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2011م-2012م، ص 112.

(2) د. حسام الدين كامل الأهوازي، الحماية القانونية للحياة الخاصة في مواجهة الحاسوب الإلكتروني، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق- جامعة عين شمس، مجلد 32 ، العدد 1 و 2، يونيو 1990م، ص 4.

(3) د. حسام الدين كامل الأهوازي، الحماية القانونية للحياة الخاصة في مواجهة الحاسوب الإلكتروني، مؤتمر جامعة الكويت حول "القانون والحاسب الآلي"، مطبوعات جامعة الكويت ومجموعة الكويت للتقدم العلمي، 1994م، ص 113.

(4) د. محمد عبد المحسن المقاطع، نحو صياغة لمفهوم الحياة الخاصة للأفراد وضمانتها في مواجهة تهديدات الكمبيوتر، مؤتمر جامعة الكويت حول "القانون والحاسب الآلي"، مطبوعات جامعة الكويت ومجموعة الكويت للتقدم العلمي، 1994م، ص 188.

ومن ثم فإن القوانين التي تنظم جمع معلومات عن الأشخاص وبرمجتها بواسطة الكمبيوتر لا ترمي فقط إلى حماية الجانب الداخلي من حياته الخاصة فقط، بل إلى احترام كل ما يتعلق به، احتراماً لحرি�ته الشخصية وليس اقتصاراً على حياته الخاصة⁽¹⁾.

• شروط المعلومة الإلكترونية لكي تعتبر ذات طابع شخصي :

يشترط في المعلومة الإلكترونية لكي تعتبر ذات طابع شخصي أن تكون سراً يستحق الحماية:

- أن تكون هذه الأسرار ذات صلة بالشخص.

- أن تحظى بحرص صاحبها في إبقاءها سرية بعيدة عن علم الغير.

- أن يكون من شأن الاعتداء على سريتها هذه احتمال الإضرار المادي أو المعنوي بصاحبها⁽²⁾.

• مخاطر الكمبيوتر على المعلومة الإلكترونية ذات الطابع الشخصي فيما يلي :

- تجمع الكثير من المؤسسات الكبرى والشركات الحكومية الخاصة الكثير عن الأفراد من بيانات متعددة ومفصلة تتعلق بالوضع المادي أو الصحي أو التعليمي أو العائلي أو العادات الاجتماعية أو العمل ... أخ، وتستخدم الحاسوب شبكات الاتصال في تخزينها ومعالجتها وتحليلها والربط بينها واسترجاعها ومقارنته ونقلها⁽³⁾، وهو ما يجعل فرص الوصول إلى هذه البيانات على نحو غير مأذون به أو بطريق التحايل أكثر من ذي قبل، ويفتح مجالاً أوسع لإساءة استخدامها أو توجيهها توجيهاً منحرفاً أو خطأً أو مراقبة الأفراد وتعرية خصوصياتهم أو الحكم عليهم حكماً خفياً من واقع سجلات البيانات الشخصية المخزنة⁽⁴⁾.

- قد ينطوي النقل الرقمي للبيانات على عنف يستهدف حياة الأفراد وسلامتهم وإثارة الفوضى وإشاعة وتعطيل الأداء الطبيعي لنظم السيطرة والرقابة الإلكترونية⁽⁵⁾.

- سهلَ انتشار النقل الرقمي للبيانات استراق السمع والتجسس الإلكتروني. ففي مجال نقل البيانات" تتبدى المخاطر المهددة للخصوصية في عدم قدرة شبكات الاتصال على توفير الأمان المطلق أو الكامل لسرية ما ينقل من بيانات وإمكانية استخدام الشبكات في الحصول بصورة غير مشروعة عن بعد على المعلومات.

- قد يقع اتلاف معلوماتي بتدمير وatalaf وتخريب المعلومات المخزنة بالنظام المعلوماتي ويتحقق ذلك بتدمير واتلاف وتخريب المعلومات المخزنة بالنظام المعلوماتي بحيث تصبح بلا معنى، ولا يمكن الاستفادة منها⁽⁶⁾.

(1) د. غنام محمد غنام، دور قانون العقوبات في مكافحة جرائم الكمبيوتر والإنترنت وجرائم الاحتيال المنظم باستعمال شبكة الكمبيوتر، دار الفكر والقانون- المنصورة، 2010م، ص 99.

(2) د. أسامة العبيدي، حماية الحق في الحياة الخاصة في مواجهة جرائم الحاسوب الآلي والإنترنت، المجلة العربية للعلوم الأمنية، مجلد 23، ع 46، ص 56.

(3) د. محمود أحمد طه، المواجهة التشريعية لجرائم الكمبيوتر والإنترنت، دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون بالمنصورة، 2012م، ص 60.

(4) د. هشام فريد رستم، قانون العقوبات ومخاطر تقنية المعلومات، ط 1، مكتبة الآلات الحديثة بأسيوط، 1994، ص 180.

(5) د. يونس محمد العزب، الإطار القانوني للإرهاب الإلكتروني واستخدام الإنترت لأغراض الإرهابية، بحث من مجلد استعمال الإنترت في تمويل الإرهاب وتجنيد الإرهابيين، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 1433 هـ-2012م، ص 158.

(6) د. عبد الحق حميش، حماية المستهلك الإلكتروني، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفي بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي، الإمارات العربية المتحدة، 10-12 مايو 2003م، ص 1267؛ د. عبد الفتاح بيومي حجازي، مكافحة جرائم الكمبيوتر والإنترنت في القانون العربي النموذجي، دار الفكر الجامعي، 2006م، ص 40؛ د. محمد نصر محمد عوض القطري، دراسة تطبيقية على الحماية الجنائية من الاتلاف المعلوماتي، مجلة الفكر الشرطي، المجلد الرابع والعشرون، العدد 93، أبريل 2015م، ص 144.

- باتت المعلومات الشخصية التي كانت فيما قبل منعزلة متفرقة، والتي كان التوصل إليها صعب ومتعدد، ثم أصبحت في بنوك المعلومات مجمعة متكاملة سهلة المنال⁽¹⁾.

- احترام رغبة الأفراد في عدم إطلاع الغير على بيانات خاصة بهم أو عدم تعميم المعلومات التي تمسهم. فمكان إقامة الشخص وعنوانه وطبيعة عمله ومستوى تعليمه وديانته ومقدار دخله ورقم تليفونه وحالته الاجتماعية من حيث كونه متزوجاً أو غير ذلك، ومن حيث وجود أو عدم وجود أبناء له وحالة صحيفته الجنائية وغيرها من المعلومات الخاصة لها طابع شخصي مادام صاحبها لا يرغب في إطلاع الغير عليها⁽²⁾.

• هل تعتبر حماية المعلومة الشخصية جزء من حماية الحياة الخاصة :

لا تدخل حماية البيانات الشخصية كلها في إطار حماية الحياة الخاصة؛ وذلك على أساس أن البيانات الشخصية ليست كلها من عناصر الحياة الخاصة للفرد، إذ أن هناك بعض البيانات الشخصية تعتبر من عناصر الحياة الخاصة وهناك بيانات أخرى لا تعتبر من عناصر الحياة الخاصة⁽³⁾. ومن ثم فإن مفهوم البيانات الشخصية هو أي معلومة تتعلق بشخص طبيعي محدد هويته أو من الممكن تحديد هويته؛ ولعل هذا ما دفع المشرعين في كثير من الدول إلى أن يضع تشرعاً خاصاً بحماية البيانات الشخصية بعيداً عن حماية الحياة الخاصة⁽⁴⁾.

• اختلاف المعلومات الشخصية عن المعلومة المتعلقة بسمعة الأفراد وشرفهم :

قد تتعلق المعلومة الشخصية بسمعة الأفراد واعتبارهم، وقد لا تتعلق. فرقم تليفون منزل أحد الأشخاص لا يتعلق بسمعته واعتباره، أما سبق صدور حكم جنائي ضده فإنه يُعد أمر يتعلق بسمعته واعتباره. وقد أورد قانون العقوبات التقليدي من الأحكام ما يحمي سمعة الأفراد واعتبارهم ضد من يُسند إليهم - وخاصة بشكل علني - أمور لو صحت لاستوجب احتقارهم لدى بني وطنهم⁽⁵⁾. أما المعلومات الشخصية، فإنها تحتاج إلى تلك الحماية الجنائية التي لا تكفلها القواعد التقليدية في قانون العقوبات لأنها لا تمس الشرف والاعتبار، ولأنه لم يتم نشرها بطريق من طرق العلانية، ولأنها ليست معلومات ذات طابع سري. لذا لا يبقى سوى إدخال نصوص خاصة لتحقيق تلك الغاية⁽⁶⁾.

• أهداف الدراسة :

يرجع هذا الاهتمام إلى ما للحق في الخصوصية من ارتباط وثيق بمسألة أخرى بعيدة الأثر في حياة الفرد في المجتمع الذي يعيش فيه إلا وهي حريته وما يتربّ عليه من صون لكرامته واحترام أدميته، فلا يتطفّل عليه المتّهّل فيما يرغب في الاحتفاظ به لنفسه، ولا تنتهي خصوصيته.

كما هدفت مراعاة التوازن بين مصلحة الفرد في صون أسرار حياته الخاصة والحفاظ قدر الإمكان على معلوماته الشخصية وبين مصلحة المجتمع في المساس بهذه الأسرار وكشفها في بعض الحالات الموجبة لذلك.

(1) د. محمود أحمد طه، المواجهة التشريعية لجرائم الكمبيوتر والإنترنت، نفس المرجع السابق، ص 61.

(2) د. غنام محمد غنام، دور قانون العقوبات في مكافحة جرائم الكمبيوتر والإنترنت وجرائم الاحتيال المنظم باستعمال شبكة الكمبيوتر، نفس المرجع السابق، بند 57، ص 101.

(3) د. سامي عبد الواحد التهامي، الحماية القانونية للبيانات الشخصية، دراسة القانون الفرنسي، القسم الأول، مجلة الحقوق الكويتية، مجلد 35، ع 3، سبتمبر 2011م، ص 380.

(4) على سبيل المثال: قانون حماية البيانات الأمريكي 1997، وقانون حماية البيانات الشخصية السويدي 1998.

(5) د. محمد عبد اللطيف عبد العال، مفهوم الشرف والاعتبار في جرائم القيذف والسب، دار النهضة العربية، 2002م، بند 1، ص 5، هامش 1.

(6) د. غنام محمد غنام، دور قانون العقوبات في مكافحة جرائم الكمبيوتر والإنترنت وجرائم الاحتيال المنظم باستعمال شبكة الكمبيوتر، نفس المرجع السابق، بند 59، ص 101 وما بعدها.

• إشكاليات البحث :

معرفة ما هو موقف النظام السعودي والتشريعات المقارنة من ، و محل و نطاق و صور النشاط الإجرامي لجريمة الاعتداء على المعلومة الإلكترونية ذات الطابع الشخصي.

• منهج البحث :

لقد اعتمدنا في تناولنا لهذا البحث على منهج تأصيلي تحليلي كما يلى:

تناولت هذا البحث بالاستناد إلى النهج الوصفي القائم على الاستقراء والتحليل، حيث قمت بدراسة المسائل القانونية الجزئية أو الفرعية المتشابهة دراسة معمقة، وذلك بغرض الكشف عن القاسم المشترك بينها.

كما اتبعت المنهج الاستنباطي (التحليلي)، حيث كنت أنطلق من قاعدة عامة لنقوم بتطبيقها على بعض القضايا، حيث استندت إلى القواعد العامة في القانون الجنائي لنرى إمكانية تطبيقها على توضيح صور النشاط الإجرامي لجريمة الاعتداء على المعلومة الإلكترونية ذات الطابع الشخصي.

ومن ثم ولعدم كفاية القواعد العامة في القانون الجنائي السعودي؛ لجأت إلى الاستعانة بعض القوانين المقارنة؛ لتوضيح مدى الحاجة إلى نصوص خاصة تغطي الظواهر التقنية الجديدة في عالم الحواسب الآلية وخاصة الاعتداء على المعلومة الإلكترونية ذات الطابع الشخصي.

• خطة البحث :

يتبيّن مما أسلفنا، أن أربعة مسائل ستكون هي دعامات هذا البحث، وهي تتساوى في تقديرى من حيث الأهمية بما يستوجب أن نخصص لكل منها مبحثاً مستقلاً كما يلى:

المبحث الأول : موقف النظام السعودي والتشريعات المقارنة من تجريم الاعتداء على المعلومة الإلكترونية ذات الطابع الشخصي.

المبحث الثاني : محل جريمة الاعتداء على المعلومة الإلكترونية ذات الطابع الشخصي.

المبحث الثالث : نطاق تجريم الاعتداء على المعلومة الإلكترونية ذات الطابع الشخصي في التشريع الفرنسي.

المبحث الرابع : صور النشاط الإجرامي لجريمة الاعتداء على المعلومة ذات الطابع الشخصي.

المبحث الأول : موقف النظام السعودي والتشريعات المقارنة من تجريم الاعتداء على المعلومة الإلكترونية ذات الطابع الشخصي :

تبينت موقف التشريعات المقارنة حول مدى تحريكها لهذه الصورة التي تنطوي على اعتداء على سرية المعلومة الشخصية، والتي يمكن تصنيفها إلى :

أولاًً : تشريعات أصدرت قوانين خاصة أقرت فيها حماية جنائية خاصة إزاء هذه الاعتداءات التي تنطوي على حرمة الحياة الخاصة.

حيث أصدرت المملكة العربية السعودية الآتي :

1 - نظام التعاملات الإلكترونية لسنة 2007 ، حيث جرمت فيه الأفعال الآتية :

أ- ممارسة نشاط مقدم خدمات التصديق دون الحصول على ترخيص من الهيئة.

ب- استغلال مقدم خدمات التصديق المعلومات التي جمعها عن طالب الشهادة لأغراض أخرى خارج أنشطة التصديق، دون موافقة كتابية أو إلكترونية من صاحبها.

ج - إفشاء مقدم خدمات التصديق المعلومات التي اضططلع عليها بحكم عمله، ما لم يأذن له صاحب الشهادة - كتابياً أو الكترونياً - بإفشاءها، أو في الحالات التي يسمح بذلك نظاماً.

2 - أصدرت المملكة العربية السعودية نظام خاص بجرائم الكمبيوتر عام 2007، حيث ورد في المادة الثالثة العقاب على التجسس على النظام كما يلي:

يعاقب بالسجن مدة لا تزيد عن سنة وبغرامة لا تزيد على خمسين ألف ريال، أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل شخص يرتكب أيّاً من الجرائم المعلوماتية الآتية ومنها، التصنّت على ما هو مرسّل عن طريق شبكة المعلوماتية أو أحد أجهزة الحاسب الآلي - دون مسوغ نظامي صحيح - أو التقاطه أو اعتراضه.

كما نص التشريع العماني في المادة 52 من قانون المعاملات الإلكترونية⁽¹⁾ على أنه مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون الجزاء العماني أو أي قانون آخر، يعاقب بالسجن مدة لا تتجاوز سنتين وبغرامة لا تتجاوز خمسة آلاف ريال عماني أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من ...- اخترق أو اعترض معلومات أو بيانات مشفرة أو قام بفض شفترها عمداً دون مسوغ قانوني، وتضاعف العقوبة إذا كانت المعلومات أو البيانات تتعلق بسر من أسرار الدولة ... قام عمداً بطريقة غير مشروعة بنشر أو تسهيل نشر أو استعمال سجل إلكتروني أو توقيع إلكتروني أو فض شفتره. وتضاعف العقوبة إذا كان مرتكب الجريمة أميناً على ذلك السجل أو التوقيع بمقتضى مهنته أو وظيفته".

ثانياً : تشريعات عدلت قوانينها العقابية بما من شأنه شمولها بالتجريم لهذه النوعية من الاعتداءات.

أصدر المشرع الفرنسي قانون العقوبات في عام 1992 أقر في المادة (22/226) حماية البيانات الشخصية المخزنة على الكمبيوتر دون اشتراط أن تكون هذه البيانات سرية بطبيعتها، كما لم يشترط أن يكون من أطلع عليها بصورة غير مشروعة متنميًا إلى طوائف الأمانة على الأسرار التي ورد ذكرها في المادة 13/226 التي جرم فيها إفشاء الأسرار المودعة في بنوك المعلومات والمخوذه بطريقة مشروعة من له حق الاطلاع عليها، وذلك في الحالات التي يتم الحصول فيها على هذه المعلومات بشكل مشروع ضماناً لعدم إفلات الجاني في هذه الحالة من العقاب. كما نصت المادة 18/226 عقوبات على تجريم من يقوم بتخزين معلومات إسميه في ذاكرة الآلة دون موافقة صريحة من صاحب الشأن متى كانت تلك المعلومات تظهر بصورة مباشرة أو غير مباشرة الأصول العرقية أو الآراء السياسية أو الفلسفية أو الدينية أو الانتماءات النقابية أو الأخلاق الشخصية وذلك في غير الحالات الواردة بالقانون⁽²⁾.

ثالثاً : تشريعات التزمت الصمت مكتفية بالنصوص التجريمية⁽³⁾.

التزمت بعض التشريعات الصمت إزاء تجريم الاعتداء على المعلومة الإلكترونية ذات الطابع الشخصي، ومنها المشرع المصري، حيث تحمل سياسته في مواجهة استخدام الإنترنت كوسيلة لارتكاب الجرائم التقليدية في تطبيق النصوص الجنائية التقليدية على هذه الجرائم⁽⁴⁾، تأسيساً على أن القاعدة العامة هي أن جميع الوسائل التي ترتكب بها الجريمة في نظر القانون سواء إلا ما استثنى بنص خاص⁽⁵⁾.

(1) صدر قانون المعاملات الإلكترونية العماني بالمرسوم الملكي 69/2008.

(2) د. محمود أحمد طه، المواجهة التشريعية لجرائم الكمبيوتر والإنترنت، نفس المرجع السابق، ص 63.

(3) مثل المشرع المصري اكتفى في كثير من الأحيان بالنصوص التقليدية ولكن مثل هذه النصوص لم تعد تكفي لمعالجة ما يطرأ على الساحة الإلكترونية من ظواهر جديدة.

(4) يقصد بالنصوص التقليدية الموجودة بقانون العقوبات. د. غمام محمد غنام، عدم ملائمة القواعد التقليدية في قانون العقوبات لمكافحة جرائم الإنترت، بحث في مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، كلية الشريعة والقانون، الإمارات العربية المتحدة، المجلد الثاني، 1- 3 مايو سنة 2000م، ص 630.

(5) د. هدى حامد قشقوش، السياسة الجنائية لمواجهة الجريمة المعلوماتية، دار النهضة العربية، 2012م، ص 82 وما بعدها؛ د. عادل يحيى، السياسة الجنائية في مواجهة الجريمة المعلوماتية، ط 1، دار النهضة العربية، 2014م، ص 83.

المبحث الثاني : محل جريمة الاعتداء على المعلومة الإلكترونية ذات الطابع الشخصي :

عدلَّ المشروع الفرنسي قانون 6 يناير 1978 بشأن المعالجة الإلكترونية للبيانات الشخصية بمقتضى القانون رقم 801-2004 الصادر في 6 أغسطس 2004⁽¹⁾، وألغى بمقتضى هذا التعديل المادة 29 فقرة 1 التي أقرها المشروع بمقتضى التدخل التشريعي في 12 أبريل 2000.

وفي ظل التدخل التشريعي لقانون 6 يناير 1978 بمقتضى قانون 6 أغسطس 2004 تم وضع مفهوماً أكثر اتساعاً وأكثر دقة للبيانات الشخصية المدرجة بالبطاقات أيًّا كان نوعها، سواء كانت يدوية أو آلية أو الكترونية، يتفق مع أحکام اتفاقية الاتحاد الأوروبي، حيث تقضي المادة الثانية من قانون 6 يناير سنة 1978 المعدلة بمقتضى القانون رقم 801-2004 الصادر في 6 أغسطس 2004 على أن ينطبق هذا القانون على المعالجة التلقائية أو الآلية للبيانات ذات الطبيعة الشخصية، فضلاً عن المعالجات غير الآلية أو اليدوية للبيانات ذات الطبيعة الشخصية والتي تم تضمينها في ملفات، باستثناء المعالجات المستخدمة لممارسة الأنشطة الشخصية البحثة عندما يستوفي المسؤول عنها الشروط المنصوص عليها في المادة (5)⁽²⁾.

وتعتبر بيانات ذات طبيعة شخصية كل معلومة أو بيان يتعلق بشخص طبيعي محدد أو قابل للتحديد، بشكل مباشر أو غير مباشر، من خلال الإشارة إلى رقم بطاقة التحقيق الشخصية⁽³⁾ أو بالإشارة إلى واحد أو أكثر من العناصر التي تميزه، ويتعين لمعرفة ما إذا كان شخص ما يمكن تحديده، ينبغي أن يؤخذ في الاعتبار جميع الوسائل التي يمكن التعرف منها عليه أو تمكن من تحديده، ومن ثم ينبغي أن يؤخذ في الاعتبار جميع الوسائل للتمكن من التعرف منها عليه أو تمكن من الوصول إليه من خلال الاطلاع على بيانات المعالجة أو أي شخص آخر.

كما تقضي الفقرة الثالثة من المادة الثانية لقانون 6 يناير 1978 المعدل بمقتضى القانون الصادر في 6 أغسطس 2004 بأنه تعتبر معالجة للبيانات أو المعلومات ذات الطبيعة الشخصية كل عملية أو مجموعة من العمليات التي تجري على هذه البيانات، بغض النظر عن الطريقة المستخدمة، بما في ذلك جمعها وتسجيلها وتنظيمها وتخزينها أو حفظها، واقتباسها أو تعديلها، ومحوها، واستخدامها، والاطلاع عليها والكشف عنها بالنقل أو النشر أو خلاف ذلك مما هو متاح، وأيضاً غلقها أو محوها أو تلفها. ويعتبر بمثابة ملفاً للبيانات ذات الطبيعة الشخصية كل مجموعة من البيانات المنظمة المستقرة للمعلومات ذات الطبيعة الشخصية والتي يمكن الوصول إليها وفقاً لمعايير محددة.

(1) وضع المشروع الفرنسي تعريفاً لمعالجة البيانات الشخصية، وذلك في المادة 2/3 من قانون حماية البيانات الشخصية، ووفقاً لنص المادة، فإن معالجة البيانات الشخصية هي "إجراء يتعلق بالبيانات الشخصية أيًّا كانت الطريقة المستخدمة في هذا الإجراء، وخاصة التجميع، التسجيل، التنظيم، الحفظ، التعديل، الاستخلاص، الاطلاع، الاستخدام، الإبلاغ عن طريق النقل، النشر، الربط، المنع، المحو والتدمير" ومن ثم ، فمعالجة البيانات الشخصية تتضمن أي إجراء يتعلق بهذه البيانات أيًّا كانت الطريقة التي استخدمت في هذا الإجراء، فأي إجراء يتم اتخاذه ويكون متعلقاً بالبيانات الشخصية يعتبر في نظر القانون معالجاً لهذه البيانات.

(2) د. شريف يوسف خاطر، حماية الحق في الخصوصية المعلوماتية، دراسة تحليلية لحق الاطلاع على البيانات الشخصية في فرنسا، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة المنصورة، ع 57، أبريل 2015م، ص.43.

(3) د. شريف يوسف خاطر، حماية الحق في الخصوصية المعلوماتية، نفس المرجع السابق ، ص.44.

المبحث الثالث : نطاق تجريم الاعتداء على المعلومة الإلكترونية ذات الطابع الشخصي في التشريع الفرنسي :

تتمثل ضوابط نطاق تجريم الاعتداء على المعلومة الإلكترونية ذات الطابع الشخصي في التشريع الفرنسي في

الآتي :

- يحمي المشرع بالتجريم البيانات الشخصية المبرمجة أي تلك التي تتعلق به شخصياً.

- لا يلزم أن تكون هذه البيانات سرية بطبيعتها.

- لا يلزم في القائم ببرمجة هذه البيانات أن يتتم إلى طوائف الأمانة على الأسرار الوارد ذكرها في المادة 226-13

من قانون العقوبات الفرنسي⁽¹⁾.

- يكفي في البيان أن يسمح بتحديد الشخص المقصود به سواء كان ذلك بشكل مباشر أو بشكل غير مباشر.

- لا يشترط أن يتعلق البيان بالحياة الخاصة بالفرد أو بجوانب معينة من شخصيته.

- لم يحدد القانون المقصود بالبيانات الشخصية التي يشملها التجريم، والأمر متوك للقاضي أن يقوم باستخلاص مفهوم تلك البيانات من خلال ما يتمتع به من سلطة تفسير النصوص في ضوء معطيات الواقع. فالمسألة هي من مسائل القانون المختلطة بالواقع، أي أنها من المسائل الموضوعية بمعنى آخر، يترك أمر تقديرها لقاضي الموضوع دون معقب عليه في ذلك من محكمة النقض⁽²⁾ إلا فيما يتعلق برقابة هذه المحكمة على تسييب الأحكام⁽³⁾.

لا يُعد تحديد صور البيانات الشخصية بطريقة مسبقة أمراً سهلاً؛ لأنه من المتصور أن تظهر في المستقبل صور من المعلومات التي يمكن اعتبارها بيانات شخصية؛ فمثلاً ظهور شبكة الإنترنت أدى إلى اعتبار الرقم الخاص بالكمبيوتر الشخصي (IP) بياناً شخصياً، وهو أمر لم يكن معروفاً قبل ذلك، ولم يكن من ثم في نطاق البيانات الشخصية⁽⁴⁾.

ومن ثم فإن صور البيانات الشخصية لا يوجد لها حصر، وإنما هو مجرد ذكر أمثلة لها، وهذه الأمثلة هي التي جرى عليها العمل على اعتبارها بيانات شخصية، ولذا فإن النشاط الإجرامي يتوافر عند الاعتداء على هذه المعلومات الإلكترونية.

(1) Article 226-13: La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.

(2) ويجد عدم خصوصي الواقع لرقابة محكمة النقض مبرره في الدور المستهدف من هذه المحكمة من توحيد التشريع من خلال توحيد أحكام القضاء، ولا يتحقق إلا من خلال رقابتها على القواعد القانونية التي تتس بالعمومية، أما الواقع فهي مجرد فروض خاصة تفتقد لخصوصية العمومية، وعلى نحو يجعل خصوصيتها لرقابة محكمة النقض دون جدوى. للمزيد راجع : د. عزمي عبد الفتاح، التمييز بين الواقع والقانون وتوزيع المهام الإجرائية في الخصومة المدنية على هذا الأساس كحل تأصيلي لمشكلة منع تغيير أساس الادعاء، دراسة تأصيلية مقارنة في القانون الكويتي والمصري والفرنسي، مجلة المحامي، الكويت، س، 9، أعداد أكتوبر ونوفمبر وديسمبر، 1986م، ص50.

(3) نقض جنائي مصرى، جلسة 21 نوفمبر سنة 1993، مجموعة أحكام النقض، س، 44، رقم 160، ص 1042؛ د. أمين مصطفى محمد، التمييز بين الواقع والقانون في الطعن بطريق النقض، دار الهيبة العربية، 2002م، ص 20 وما بعدها؛ د. أحمد فتحى سرور، التمييز بين الواقع والقانون في النقض الجنائى، مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد الأول، السنة 14، يناير - مارس 1970م، ص 174 وما بعدها.

(4) د. سامح عبد الواحد التهامي، الحماية القانونية للبيانات الشخصية، دراسة القانون الفرنسي، القسم الأول، نفس المرجع السابق، ص 387.

- الاسم⁽¹⁾ ولقب :

يُعد اسم المريض هو أحد عنصري السرطاني، وإن افشاءه يتحقق باطلاع الغير عليه كله أو بعضه، ولا مشاحة أن ذكر اسم الشخص ضمن من أرسلوا للخارج للعلاج، إنما يكشف سره كمريض، بل يحمل على الاعتقاد بأنه مريض بمرض لا يجد له علاجاً بدولته بما يظهر الشخص على نحو يشوه صورته الصحية ويؤدي بإصاباته بمرض غير عادي، الأمر الذي ينتقص من حقه في الحصول على الرعاية الطبية دون أي علانية، كما يؤدي إلى المساس بكرامته ويهتك سر حالته الصحية، وهو ما يحرص على الحفاظ عليه ويكتمه عن الغير لاعتبارات يراها تمس مصالحه المالية أو العائلية أو الاجتماعية⁽²⁾.

- الصوت والصورة :

تُعد الصورة سواء كانت ثابتة أم متحركة، بيان شخصي يخضع لحماية القانونية، وكذلك الأمر بالنسبة إلى صوت الشخص، حيث أن التكنولوجيا الرقمية الحديثة قد سمحت بمعالجة الصوت والصورة وضعهم على دعامة واحدة بجانب النص مما يؤدي إلى اعتبارهما بيانات شخصية يمكن معالجتها بطريقة منفصلة⁽³⁾.

المبحث الرابع : صور النشاط الإجرامي بجريمة الاعتداء على المعلومة ذات الطابع الشخصي :

أولاً : الالتقط الذهي للمعلومة الإلكترونية :

يقصد بالالتقط الذهي للمعلومة الإلكترونية الالتقط البصري أي الاستحواذ البصري على البيانات بمعنى حيازتها والتقطها ذهنياً وبصرياً من الشاشة. ويتم هذا الالتقط بالاحتزان أو الحفظ الوعي أو العرضي للمعلومات أثر مطالعتها بالبصر إذا كانت قد ظهرت على شاشة الكمبيوتر على شكل مرئي أو بعد وصولها إلى الجهاز المستقبل إن تمثلت في صورة صوتية صادرة عن الأجهزة ويتصور وقوعه بإحدى طريقتين:

- طريقة مباشرة تتمثل في الدخول إلى البيانات أو المعلومات الشخصية بواسطة الكمبيوتر.

- الطريقة الثانية الاختراق عبر شبكة الإنترن特 للوصول إلى تلك البيانات الشخصية⁽⁴⁾.

(1) اسم الشخص هو اللفظ الذي يستخدم عادة لتحديد الشخص وتميزه عند غيره من الأشخاص. وقد يستخدم الاسم بمعنى الضيق للدلالة على اسم صاحبه وحده وقد يستخدم بمعنى الواسع لبيان اسم الشخص ولقبه. د. ممدوح خليل البحر، حماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، بدون تاريخ نشر، بند 144، ص 291.

(2) د. حسام الدين كامل الأهوانى، حماية الحق في الخصوصية في ظل قانون دولة الإمارات العربية المتحدة، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي- الإمارات، المجلد 16، العدد 2، يوليو 2008م، ص 7 وما بعدها.

(3) د. سامح عبد الواحد التهامي، الحماية القانونية للبيانات الشخصية، دراسة القانون الفرنسي، القسم الأول، نفس المرجع السابق، ص 389 وما بعدها.

(4) د. محمد سامي السيد الشوا، الجرائم المستحدثة والبحث العلمي "جرائم الحاسوب الآلي"، ندوة علمية حول دور البحث العلمي في معالجة مشكلة الجريمة والانحراف في الدول العربية، الرياض، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، 1421 هـ، ص 157.

ثانياً: اعتراض الرسائل المرسلة بطريق الكمبيوتر :

يتفق كل من الدخول غير المصرح به إلى نظام الحاسب الآلي والاعتراض غير المصرح به لهذا النظام في أن كل منهما يؤدي إلى نتيجة واحدة، وهي الوصول إلى معلومات غير مصرح للفاعل بالوصول إليها. فالفاعل في الحالتين إنما أراد أن يصل إلى المعلومات الكائنة داخل هذا النظام، وهو يعلم أنه غير مصرح له بذلك⁽¹⁾.

كما يختلف التداخل عن اعتراض الرسائل المرسلة بطريق الكمبيوتر، حيث يختلف اعتراض الرسائل المكتوبة والتي ترسل بطريق الكمبيوتر سواء بين جهازين عن طريق شبكة مغلقة أو بطريق الإنترن特 عن التداخل. فالاعتراض لا يتضمن تدخلاً في نظام معين يتبع إلى كمبيوتر معين، ولكنه يتمثل في التلصص على الرسائل المكتوبة المرسلة بين جهازين من الأجهزة وذلك في المسافة بين الجهاز الأول والجهاز الثاني. وقد يتم ذلك عن طريق وضع وسائل سلكية تتصل بالنظام أو بطريق التقاط الرسائل بوسائل التقاط حديثة وذلك عن بعد. ومادام هذا التلصص لا يتمثل في التداخل في نظام كمبيوتر معين فهو إذن لا يدخل في إعداد النشاط الذي تعاقب عليه بعض القوانين بوصفه تدخلاً. كما أنه لا يعتبر معاقباً عليه بوصف التصنّت على الحادثات التي تجري في مكان خاص والذي تعرفه غالبية القوانين⁽²⁾.

ويمكن تشبيه اعتراض نظام الحاسب الآلي بالتصنّت على محادثة تليفونية على سبيل المثل، فهو يعني معرفة محتوى اتصال قد يتم داخل نظام حاسب آلي واحد، أو بين نظامين مختلفين، أو بين عدة أنظمة ترتبط فيما بينها من خلال شبكة اتصالات، وذلك بالتقاط المعلومات التي يتضمنها هذا الاتصال⁽³⁾.

لذا تنبهت بعض التشريعات إلى ضرورة إيراد نص خاص لتجريم هذه الصورة من صور النشاط، حسماً لمشكلات قانونية قد تظهر بسبب صياغة النصوص التقليدية.

ومن الجدير بالإشارة، أنه لا يمكن في حالة الاعتراض غير المصرح به تحديد الجاني للمعلومات التي سوف يقوم بالتقاطها، حيث يلتقط الجاني المعلومات التي يتم ارسالها دون أن يكون له أي دور في تحديدها، إلا أن احتمال كون هذه المعلومات غير مفيدة للجاني نظراً لتحديده للمكان الذي يقوم بالتقاط المعلومات منه، والذي ينطوي بالضرورة على أهمية الفاعل، كما أن الجاني في هذه الحالة يقتصر دوره على مجرد التقاط المعلومات، دون أن يكون بيده أي تعديلات عليها فهو يلتقطها كما هي.

(1) د. نائلة عادل محمد فريد قوره، جرائم الحاسوب الاقتصادية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2003م، ص 361.

(2) د. غنام محمد غنام، دور قانون العقوبات في مكافحة جرائم الكمبيوتر والإنترن特 وجرائم الاحتيال المنظم باستعمال شبكة الكمبيوتر، نفس المرجع السابق، بند 94، ص 132 وما بعدها؛ د. شيماء عبد الغني محمد عطا الله، الحماية الجنائية للتعاملات الإلكترونية، دراسة مقارنة بين النظامين اللاتيني والأنجلي أمريكي، دار النهضة العربية، 2005م، بند 76، ص 104.

(3) د. أحمد محمود مصطفى، جرائم الحاسوب الآلية في التشريع المصري، ط 1، دار النهضة العربية، 2010م، ص 257 وما بعدها.

ثالثاً : الإفشاء غير المشروع للبيانات :

إن المقصود بفعل الإفشاء⁽¹⁾ في هذه الجريمة نقل البيانات الشخصية من قبل المسيطر عليها بمناسبة معالجتها أو حفظها أو نقلها إلى شخص أو جهة غير مختصة بتلقي هذه البيانات، وليس المقصود إفشاء البيانات من تمكن من اختراق نظام المعلومات والحصول عليها، من خارج دائرة المختصين بمعالجتها، إذ أن الفعل في هذه الحالة مما يقع ضمن جريمة التوصل إلى نظام المعلومات والحصول على بيانات بقصد إفسائها. فإفشاء البيانات الشخصية في هذه الجريمة يقع من قبل الموكل لهم حفظها وتخزينها ومعالجتها⁽²⁾.

وبتحليل السلوك الإجرامي في إفشاء غير المشروع للبيانات الشخصية المعالجة آلياً وفقاً لتحديد القانوني الذي نص عليها قانون العقوبات الفرنسي كمثال :

(1) الإفشاء، هو سلوك إيجابي أو سلبي ينقل بمقتضاه الموظف إلى علم الغير أسراراً خاصة أو تمن علىها. د. غنام محمد غنام، الحماية الجنائية لأسرار الأفراد لدى الموظف العام، بدون دار نشر، 1988م، ص 67؛ ويعرف الإفشاء آخر أن كل فعل إرادى يترتب عليه بطريق مباشر أو غير مباشر إعلام الغير بكل أو جزء من الواقعية التي تُعد سراً. وهي حدث الإفشاء وقعت الجريمة تامة فلا يتصور فيها الشروع. للمزيد راجع د. إبراهيم حامد طنطاوى، الحماية الجنائية لسرية معلومات البنك عن عملاها في ضوء القانون رقم 88 لسنة 2003، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2005م، ص 48. وفي اعتقادى أن مجرد الكشف عن واقعة لا يعتبر إفشاء لسر، إنما يجب أن يحدد الشخص الذى تتصل به، باعتبار أن ذلك شرط لتصور المجنى عليه في هذه الجريمة. وإن كان لا يشترط تحديد اسمه، وإنما يكفى أن تحدد بعض معالم شخصيته على نحو يمكن من التعرف عليه.

(2) د. علي عبود جعفر، جرائم تكنولوجيا المعلومات الحديثة الواقعية على الأشخاص والحكومة، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بدون تاريخ نشر، ص 447؛ د. بولين انطونيوس أيوب، الحماية القانونية للحياة الشخصية في محل المعلوماتية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009 م، ص 401 وما بعدها؛ يُعد الإفشاء نوع من إساءة استعمال المعلومات المعاقب عليها بوجه عام في المادة 21-226 من قانون العقوبات الفرنسي حيث نصت على الآتي:

"Le fait, par toute personne détentrice de données à caractère personnel à l'occasion de leur enregistrement, de leur classement, de leur transmission ou de toute autre forme de traitement, de détourner ces informations de leur finalité telle que définie par la disposition législative, l'acte réglementaire ou la décision de la Commission nationale de l'informatique et des libertés autorisant le traitement automatisé, ou par les déclarations préalables à la mise en oeuvre de ce traitement, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende".

ومع ذلك فوفقاً لقاعدة أن النص الخاص يقيد النص العام، فإنه يجب إعمال نص المادة 22-226 من قانون العقوبات في حالة الإفشاء حيث نصت على الآتي:
"Le fait, par toute personne qui a recueilli, à l'occasion de leur enregistrement, de leur classement, de leur transmission ou d'une autre forme de traitement, des données à caractère personnel dont la divulgation aurait pour effet de porter atteinte à la considération de l'intéressé ou à l'intimité de sa vie privée, de porter, sans autorisation de l'intéressé, ces données à la connaissance d'un tiers qui n'a pas qualité pour les recevoir est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende.

La divulgation prévue à l'alinéa précédent est punie de trois ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende lorsqu'elle a été commise par imprudence ou négligence.

Dans les cas prévus aux deux alinéas précédents, la poursuite ne peut être exercée que sur plainte de la victime, de son représentant légal ou de ses ayants droit".

ويلاحظ أن المادة 22-226 عقوبات فرنسي تعاقب على افشاء المعلومات الشخصية إذا كان من شأن ذلك أن يمس سمعة واعتبار صاحب الشأن، وأن المادة 13-226 عقوبات فرنسي في شأن إفشاء أسرار المهنة تعاقب على إفشاء معلومات – والتي تنص على الآتي:

La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. -

قد تتماشى مع النوع الأول من المعلومات.. فقد تستعين بعض الإدارات- والضرائب والشؤون الاجتماعية والسوابق القضائية – بأجهزة الكمبيوتر لتسجيل بيانات شخصية للأفراد، ويعتبر موظفوها من الأئمان على هذه الأسرار فإذا قام أحد منهم بإفشاء هذه الأسرار المبرمج فإن الأمر يتعلق عادةً بعديد صورى للنصوص بين جريمة افشاء المعلومات المبرمج " مادة 22-226 عقوبات فرنسي وجريمة افشاء أسرار المهنة مادة 13-226 عقوبات فرنسي. وحل هذا التنازع الصوري للنصوص يكون بإعمال قاعدة النص الخاص يقيد العام، فالنص الخاص بإفشاء الأسرار المبرمج يسري على ما يعتبر من أسرار المهنة وما لا يعتبر متنتمي إلى هذه الطائفة. والحقيقة أن الأمر لا يثير صعوبة، إذ أن المشرع قد عمد إلى النص على عقوبة مماثلة في الجرائمتين، وهي العبس مدة لا تزيد على سنة والغرامة التي لا تزيد على 100 ألف فرنك. للمزيد راجع د. غنام محمد غنام، دور قانون العقوبات في مكافحة جرائم الكمبيوتر والإنتernet وجرائم الاحتيال المنظم باستعمال شبكة الكمبيوتر، نفس المرجع السابق، بند 83، ص 121 وما بعدها.

ورد في المادة 226-21 معاقبة "كل شخص كان قد استقبل أو تلقى بمناسبة التسجيل أو التصنيف أو النقل أو أي إجراء آخر من إجراءات المعالجة الإلكترونية، بيانات إسمية من شأن إفشائها الإضرار باعتبار صاحب الشأن أو حرمة حياته الخاصة، وقام بنقلها إلى من لا حق له في العلم بها وإذا وقع هذا الإفشاء للبيانات الإسمية بطريق الإهمال تكون العقوبة هي الغرامة ولا تسري الدعوى العمومية وفقاً للفقرتين السابقتين الإشارة إليهما، إلا من خلال شكوى المجنى عليه أو مثله القانوني، أو من له صفة في ذلك".⁽¹⁾

ومن ثم يتبيّن لنا أن السلوك الإجرامي في هذه الصورة يتحقق بتوافر صورتين :

الصورة الأولى : تلقي أو حيازة البيانات الشخصية، سواء بقصد تصنيفها أو نقلها أو معالجتها تحت أي شكل.

الصورة الثانية : فعل إفشاء البيانات إلى شخص غير ذي صفة قانوناً، أي لا يكون من حقه الاطلاع عليها، فإذا فعل كان فعل الإفشاء لشخص من حقه الاطلاع على هذه البيانات، فإن النشاط المادي لا يُعد متواصلاً وبالتالي لا تتحقق الجريمة.

ومن ثم يتطلب المشرع الفرنسي لقيام النشاط الإجرامي لهذه الصورة توافر الشروط الآتية⁽²⁾:

- أن يكون من شأن فعل الاعتداء أن يضر بالمجني عليه، وذلك باقتران فعل الإفشاء بالاعتداء على شرف الشخص أو اعتباره أو حرمة حياته الخاصة.

- أن يكون الإفشاء بدون رضا المجني عليه صاحب العلاقة وبالتالي لا تتحقق هذه الجريمة إذا كان فعل الإفشاء قد تم بناء على موافقة صاحب الشأن الصريحة⁽³⁾.

- أن يكون الإفشاء إلى شخص ليس له حق الاطلاع على هذه البيانات.

رابعاً: التهديد بالاستغلال غير المشروع للأسرار الشخصية :

يقصد بالتهديد، الضغط على إرادة المجني عليه عن طريق التوعّد بأذى أو شر معين سوف يلحقه المتهم بالمجني عليه⁽⁴⁾. ومن ثم تقع هذه الجريمة بمجرد التهديد باستغلال ما يحصل عليه من أسرار ذات علاقة بالحياة الشخصية للأشخاص (إفشاء سر للمهدى يحرض على ألا يطلع عليه أحد) إذا لم يحصل على فوائد مادية ومعنوية في حالة عدم تلبية المتهم لطلبه⁽⁵⁾.

عبارة التهديد دالة بذاتها على أن الجاني سوف يقوم بنفسه بارتكاب الجريمة إذا لم يجب إلى طلبه غير لازم كفاية أن يكون قد وجه التهديد إلى المجني عليه وهو يدرك أثره من حيث إيقاع الرعب في نفسه وأنه يريد تحقيق ذلك الأثر، ومن ثم

(1)Art.226-21:" Le fait, par toute personne détentrice de données à caractère personnel à l'occasion de leur enregistrement, de leur classement, de leur transmission ou de toute autre forme de traitement, de détourner ces informations de leur finalité telle que définie par la disposition législative, l'acte réglementaire ou la décision de la Commission nationale de l'informatique et des libertés autorisant le traitement automatisé, ou par les déclarations préalables à la mise en oeuvre de ce traitement, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende.

(2). علي عبود جعفر، جرائم تكنولوجيا المعلومات الحديثة الواقعية على الأشخاص والحكومة، نفس المرجع السابق، ص 450.

(3) يجمع الفقه على أن من شروط صحة الرضاء الصادر من المجني عليه أن يصدر في الوقت الذي يعتقد به للقانون، فإما أن يصدر قبل حدوث الفعل المكون للجريمة ويظل حتى تمام الفعل، أو أن يصدر في لحظة وقوع الاعتداء على الحق أو المصلحة محل الحماية الجنائية، وفي كلتا الحالتين يعتبر رضاء صحيح منتجاً لأثره في إباحة أو نفي الصفة الغير مشروعة للفعل. للمزيد راجع: د. عبد العظيم صابر دويسب، مدى تأثير رضاء المجني عليه في مجال التجريم والعقاب، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق فرع بي سويف ، جامعة القاهرة، 1996م، ص 97.

(4) د. إبراهيم عيد نايل، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار الثقافة الجامعية، بدون تاريخ نشر، ص 295 ; د. رؤوف عبید، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، دار الفكر العربي، بدون تاريخ نشر، ص 421؛ د. ممدوح خليل بحر، حماية الحق في الحياة الخاصة في القانون الجنائي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1983م، ص 226 . د. صفية بشantan، الحماية القانونية للحياة الخاصة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري – تizi Ouzou، الجزائر، 2012م، ص 395.

(5) د. أسامة العبيدي، حماية الحق في الحياة الخاصة في مواجهة جرائم الحاسوب الآلي والإنتernet، نفس المرجع السابق، ص 70.

لا عبرة بالأسلوب أو القالب الذي تصاغ فيه عبارات التهديد متى كان المفهوم منها أن الجنائي قد قصد ترويع الجنى عليه على أداء ما هو مطلوب.

كما لا يشترط لقيام الجريمة أن تبعث رسالة التهديد إلى المراد تهديله مباشرة، بل يكفي إرسالها إلى شخص له بالهدف صلة يتوقع معها أن يبلغه الرسالة.

تقوم هذه الجريمة بالتهديد مجردًا، ومن ثم كانت جريمة "نشاط بحث"، أي جريمة شكلية غير ذات نتيجة. وحين يصطحب التهديد بطلب أو بتکلیف بأمر، فإن هذا الطلب أو التکلیف لا يعد رکنا في الجريمة، وإنما مجرد ظرف مشدد لها، وهذا الظرف يقوم بمجرد الطلب أو التکلیف في ذاته، أي أنه لا يقتضي تنفيذه، ويعني ذلك أن الظرف بدوره يقوم بفعل ولا يفترض نتيجة.

علة التجاريم هنا أن هذه الصورة تناول بالاعتداء على حق الجنى عليه في الشعور بالأمن والهدوء النفسي، ومن ثم تقترب من جرائم الاعتداء على سلامـة الجسم⁽¹⁾، إذ أنـ الحـالة النفـسـية أحدـ عـناـصـرـ الـحقـ فيـ سـلامـةـ الـجـسـمـ. وإذا اصطـحبـ التـهـدىـدـ بـطـلـبـ أوـ تـکـلـیـفـ بـأـمـرـ فإنـ الـاعـتـدـاءـ يـمـسـ حرـيـةـ الإـرـادـةـ كـذـلـكـ، إذـ يـحـتمـلـ أنـ يـسـتـجـيبـ الجنـىـ عـلـيـهـ إـلـىـ مـاـ لـمـ يـكـنـ يـسـتـجـيبـ لـهـ لوـ كـانـتـ اـرـادـتـهـ حـرـةـ.

خامساً : تجاوز الغرض أو الغاية من المعالجة :

معظم قوانين حماية معالجة البيانات الخاصة تفرض التزاماً على القائمين بعمليات جمع وتخزين ومعالجة البيانات يوجب تحديد الغرض من عملية معالجة البيانات في الطلب المقدم لجهات الرقابة على هذه الأنشطة.

ومن ثم فإن الغاية من معالجة البيانات بطريقة لا تتلاءم مع الغاية من تجميعها في تقييد البيانات الشخصية بالهدف الذي تم جمعها من أجلهن بحيث ينسجم أسلوب المعالجة مع الغاية من جمع البيانات، فيظل الهدف من جمع هذه البيانات حاكماً ومقيداً لكل إجراء من إجراءات معالجة البيانات الشخصية بعد ذلك. وأي إجراء يتعلق بمعالجة البيانات الشخصية يجب أن يكون متنائماً مع الهدف من جمعها، فلا يجوز أن يكون هناك عدم تلاؤم بين الغاية من جمعها ومعالجتها⁽²⁾.

فعندما يقوم شخص بالتعامل مع جهة معينة وتطلب منه هذه الجهة بعض البيانات الشخصية لتقديم خدمة معينة له، فإنه لا يجوز إجراء أي معالجة لهذه البيانات الشخصية إلا في إطار تحقيق ذلك الهدف وهو تقديم الخدمة لذلك الشخص، أما إذا تم معالجتها لأي هدف آخر غير ذلك - كانت المعالجة غير مشروعة.

ومن ثم يتحقق النشاط الإجرامي بمجرد الانحراف عن الغرض أو الغاية من المعالجة الإلكترونية للبيانات التي تلقاها الشخص القائم على المعالجة سواء لتسجيلها أو تصنيفها أو نقلها.

ومن ثم يفترض الانحراف عن الغرض أو الغاية من المعالجة الإلكترونية للبيانات الشخصية الحصول أولاً على هذه البيانات بصورة مشروعة، غير أن الجنائي ينحرف عن الغرض المقصود منها. على سبيل المثال يُعد النشاط المادي لهذه الجريمة مرتکباً فيما لو استغل الجنائي البيانات الخاصة لشخص ما في الكشف عن مصادر ثروته أو لمعرفة مركزه المالي أو في الاستدلال عليه لمصلحة معينة⁽³⁾.

وأيضاً، إذا قامت أحد الشركات بتجميع بصمات العاملين في نظام الكتروني بهدف التأكد من حصول كل عامل على أجراه فيُعد هذا تجاوز؛ لأن هذه المعالجة لا تنسجم إطلاقاً مع الهدف من جمعها وهو إنشاء نظام للتأكد من تسلم الأجر.

(1) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، ط 2، بدون دار نشر، 1994م، بند 588، ص 427 وما بعدها.

(2) د. سامح عبد الواحد الهمامي، الحماية القانونية للبيانات الشخصية، دراسة القانون الفرنسي، القسم الأول، نفس المرجع السابق، ص 419.

(3) د. أسامة عبد الله قايد، الحماية الجنائية للحياة الخاصة وبنوك المعلومات، دراسة مقارنة، ط 2، دار الهيبة العربية، 1992م، ص 99.

وتأسيساً على ذلك، صدر حكم قضائي في 16 يوليو سنة 1969 في ألمانيا الاتحادية: بشأن اختزان المعلومات الشخصية في الحاسوب الآلية الحديثة وما ينبع عنها من تعدي على حرية الشخصية حيث قضت المحكمة الدستورية هناك بأنه: ما يتعارض وكرامة الإنسان أن تلجأ الحكومة إلى إرغام الأفراد على تسجيل ما يتعلق بشؤونهم الخاصة وبما يمس أشخاصهم كآدميين، ورأت المحكمة أن هذا التدخل يُعد تطفلاً على الحياة الخاصة من جانب الحكومة وهو أمر غير دستوري باعتبار أن الشخصية الإنسانية لها حرمتها ويجب أن يتيح للفرد التمتع بخصوصيته بدون تعدي من المجتمع، ثم قررت المحكمة أن ذلك ليس معناه بالضرورة اعتبار كل تدخل خاص بأخذ معلومات عن الأفراد يعتبر تجاوزاً أو تعدياً على الكرامة الإنسانية وحريات الأفراد، وأن الفرد باعتباره عضو في المجتمع يجب أن يقبل إلى حد ما قدرًا من الدراسات الإحصائية الالزمة للحكومة في التخطيط العلمي وتمكينها من إصدار أحكام سليمة بناء على هذه البيانات الإحصائية، وألا تتعدي ذلك وألا يعتبر فيها إساءة للأشخاص عندما تشمل نواحي الحياة الخاصة والتي هي من صميم الخصوصية، أما إذا تناولت الدراسة السلوك الخارجي فإنها تعتبر غير متعارضة مع الشخصية الإنسانية⁽¹⁾.

سادساً : الجمع والتخزين غير المشروع للبيانات الشخصية :

تم استخدام تعبيرات مختلفة كتسمية هذه الجريمة، منها مثلاً استخدام تعبيرات التسجيل والحفظ غير المشروع واستخدام كذلك تعبيرات المعالجة غير المشروع أو غيرها، إلا أنه وبغض النظر عن التعبيرات المستخدمة، فإن المقصود هو جميع الأفعال من جمع أو تسجيل أو حفظ أو تخزين أو معالجة التي تتم في نطاق الأنشطة المعروفة بالمعالجة الآلية للبيانات الشخصية في نظم المعلومات⁽²⁾.

أما عن صفة عدم المشروعية التي تلحق أفعال الجمع والتخزين، قد يكون مصدرها أساليب الحصول على البيانات أو مضمون وطبيعة هذه البيانات⁽³⁾.

ويتمثل النشاط الإجرامي بتجميع أو حفظ أو تخزين أو معالجة البيانات الشخصية على نحو غير مشروع بانتهاج إحدى الوسائل أو الطرق غير المشروع⁽⁴⁾ ذات الطبيعة التقنية مثل:

- تجمع كثير من الجهات الحكومية أو الخاصة عن الأفراد بيانات عدالة ومفصلة في أثناء تعامل هؤلاء الأفراد معهم، هذه البيانات قد تتعلق بالوضع العائلي أو المادي أو الوظيفي أو التعليمي أو الصحي وما لا شك فيه أن تجميع هذه

(1) أشار إليه د. محمد رشاد قطب إبراهيم، الحماية الجنائية لحقوق المتهم وحياته، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 1432 هـ - 2011 م، ص 295.

(2) د. علي عبود جعفر، جرائم تكنولوجيا المعلومات الحديثة الواقعة على الأشخاص والحكومة، نفس المرجع السابق، ص 442.

(3) د. بولين انطونيوس أيوب، الحماية القانونية للحياة الشخصية في محل المعلوماتية، نفس المرجع السابق، ص 392 وما بعدها.

(4) على سبيل المثال، نصت المادة 18-226 من قانون العقوبات الفرنسي على معاقبة جمع المعلومات الإسمية بطريقة التدليس أو الخديعة أو أي طريق غير مشروع كما يلي:

Le fait de collecter des données à caractère personnel par un moyen frauduleux, déloyal ou illicite est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende.

كما نصت المادة 1-18 من قانون العقوبات على معاقبة "إجراء معالجة معلومات اسمية تتعلق بشخص طبيعي رغم معارضة هذا الشخص، متى كانت هذه المعاشرة تقوم على أساس مشروعة".

Le fait de procéder à un traitement de données à caractère personnel concernant une personne physique malgré l'opposition de cette personne, lorsque ce traitement répond à des fins de prospection, notamment commerciale, ou lorsque cette opposition est fondée sur des motifs légitimes, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende.

كما نصت المادة 17-226 من قانون العقوبات الفرنسي على معاقبة كل من أجرى أو طلب إجراء معالجة الكترونية، دون أن يأخذ كل الاحتياجات المجدية لضمان أمن هذه المعلومات، وعلى وجه الخصوص من تشويهها أو إتلافها أو الوصول إليها من شخص غير مصرح له بذلك كما يلي:

Art.226-17: " Le fait de procéder ou de faire procéder à un traitement de données à caractère personnel sans mettre en oeuvre les mesures prescrites à l'article 34 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 précitée est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende.

البيانات قد يكون مهما لسير العمل بالنسبة إلى هذه الجهات، وخاصة بالنسبة إلى الجهات الإدارية التابعة للدولة إذ إن طلب هذه البيانات الشخصية يكون مهما لتقديم الخدمة التي يطلبها هذا الفرد على خير وجه. ويتمثل الخطأ الأكبر في قيام الجهات الخاصة بتجميع البيانات الشخصية مثل الشركات التجارية والفنادق ... أخ.

ولا تقتصر الجهات الخاصة على تجميع البيانات الضرورية لتقديم خدماتها للفرد، بل إنها في كثير من الأحوال تتعلى ذلك إلى تجميع كثيرة أكثر من المطلوب. ويرجع ذلك إلى تطبيق هذه الجهات لنظرية حديثة في التسويق هي نظرية التسويق المباشر، حيث تقوم هذه المؤسسات بتسويق منتجاتها قد يكون ذلك عن طريق التليفون أو الموبايل، فتجد من يقترب عليك خط الهاتف وعنده بيانتك، ومن ثم يعرف احتياجات العملاء وأذواقهم وسلوكياتهم في الشراء بهدف الاقتراب أكثر إلى العميل ، بل إن بعض المنشآت التجارية تقوم بمنع منتجات أو خدمات مجانية للعملاء وذلك بهدف واحد هو جمع بيانات شخصية عن هؤلاء العملاء⁽¹⁾.

ويتم تجميع البيانات الشخصية عبر شبكة الإنترن特 عن طريق تقنية تسمى (كوكيز)، وهي ملف يقوم الموقع الخاص بالمنشأة التجارية بزرعه على القرص الصلب للكمبيوتر الخاص بمستخدم الإنترن特 عند زيارته لهذا الموقع، هذا الملف يمكن أن يتم فيه تخزين العديد من المعلومات عن مستخدمي الإنترن特 مثل الواقع التي يقوم بزيارتها والمنتجات التي يفضل شراءها، بالإضافة إلى اسمه وعنوانه ورقم الهاتف ورقم بطاقة الائتمان وعنوان البريد الإلكتروني الخاص به، وأي بيانات أخرى يقوم مستخدم الإنترن特 بكتابتها في أثناء قيامه بالتجول على الشبكة⁽²⁾.

- تجميع معلومات شخصية محظورة دون موافقة صاحبها كما يلي :

يقصد بذلك جمع معلومات تتعلق بالأصل العنصري للشخص أو بآرائه السياسية أو الدينية أو الفلسفية أو تتعلق بانت茂اته النقابية أو أخلاقياته العامة، وذلك إذا حدث ذلك بدون موافقة صريحة من صاحب الشأن⁽³⁾.

ومؤدى ذلك أن الجريمة تقوم من المتهم الذي يحرض على إخفاء ما يقوم به من أعمال تمثل في تجميع البيانات الشخصية المحظورة أصلاً.

كما أن تجميع عناوين البريد الإلكتروني للأشخاص دون علمهم يعتبر تجميعاً غير مشروع للبيانات الشخصية يستحق فاعله العقاب⁽⁴⁾.

(1) د. سامي عبد الواحد التهامي، الحماية القانونية للبيانات الشخصية، دراسة القانون الفرنسي، القسم الأول، نفس المرجع السابق، ص 398 وما بعدها.

(2) يونس عرب، المخاطر التي تهدد الخصوصية وخصوصية المعلومات في العصر الرقمي، دراسة منشورة على موقع: www.Arablaw.org بتاريخ 2002م، ص 9 وما بعدها.

(3) د. غنام محمد غنام، دور قانون العقوبات في مكافحة جرائم الكمبيوتر والإنترن特 وجرائم الاحتيال المنظم باستعمال شبكة الكمبيوتر، نفس المرجع السابق، بند 83، ص 118؛ كما عاقدت المادة 226-19 من قانون العقوبات الفرنسي من يقوم بهذه الأفعال حيث نصت على معاقبة " تخزين معلومات إسمية في ذاكرة آلية، دون موافقة صريحة من صاحب الشأن، متى كانت هذه المعلومات تظهر بصورة مباشرة أو غير مباشرة الأصول العرقية أو الآراء السياسية أو الدينية أو الانتماءات النقابية أو الأخلاق الشخصية، وذلك في غير الأحوال الواردة في هذا القانون، وينطبق ذلك أيضاً على المعلومات الإسمية المتعلقة بالجرائم أو العقوبات أو التدابير المحكوم بها".

Art.226-19:"Le fait, hors les cas prévus par la loi, de mettre ou de conserver en mémoire informatisée, sans le consentement exprès de l'intéressé, des données à caractère personnel qui, directement ou indirectement, font apparaître les origines raciales ou ethniques, les opinions politiques, philosophiques ou religieuses, ou les appartenances syndicales des personnes, ou qui sont relatives à la santé ou à l'orientation sexuelle ou à l'identité de genre de celles-ci, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende.

Est puni des mêmes peines le fait, hors les cas prévus par la loi, de mettre ou de conserver en mémoire informatisée des données à caractère personnel concernant des infractions, des condamnations ou des mesures de sûreté".

(4) د. سامي عبد الواحد التهامي، الحماية القانونية للبيانات الشخصية، دراسة القانون الفرنسي، القسم الأول، نفس المرجع السابق، ص 415.

وتعتبر هذه الجريمة من الجرائم المستمرة مadam النشاط المؤثم يتمثل في وضع أو الحفاظ في ذاكرة النظام معلومات شخصية محظورة. وتنتهي الجريمة بانتهاء حالة الاستمرار⁽¹⁾. وبالتالي لا تبدأ ملء التقادم في الاحتساب إلا من تخلي المتهم عن هذه البيانات⁽²⁾.

الخاتمة :

تبين في بعض الأحوال أن ثمة أفعالاً جديدة ترتبط باستعمال الكمبيوتر لا تكفي النصوص القائمة لكافحتها، من ذلك الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة. هذا النوع من الاعتداء لا يعاقب عليه في قانون العقوبات إلا إذا كان مرتبطاً بمكان خاص. أما تجميع معلومات عن الأفراد وتسجيلها في الكمبيوتر، فإنه لا يخضع للتأثيم وفقاً للقواعد العامة. كما أن التداخل في نظام الحاسب الآلي وتغيير البيانات، فهي صور جديدة لا يعرفها قانون العقوبات قبل ظهور الكمبيوتر نفسه. كل ذلك يؤكّد قصور القواعد التقليدية في القانون الجنائي عن مكافحة هذا النوع الجديد من الجرائم.

ومن ثم لجأ الكثير من التشريعات إلى إدخال تشريعات جديدة تعالج جرائم الكمبيوتر على وجه الخصوص، كما أصبح من الضروري مراجعة القواعد التقليدية لمواءمتها مع الحاجة المتعددة بسبب ظهور وانتشار الكمبيوتر.

وعلى الرغم من الحاجة إلى مراجعة القواعد الجنائية التقليدية لمواجهة جرائم الكمبيوتر، وعلى الرغم من سن التشريعات الخاصة لمواجهة صور معينة من هذه الجرائم، فإن المشرع في البلاد العربية لم يستشعر بعد الحاجة إلى التدخل لمواجهة هذا النوع من الجرائم بنصوص خاصة.

ويتأسس رأينا على سبيل المثال، فيما يتعلق " بالتعدي على سرية المحادثات الشخصية فنرى عدم صلاحية النصوص التقليدية المجرمة للتصنّف على المحادثات التي تجري في مكان خاص، نظراً لأن التجريم هنا يقتصر على الحصول على حديث أو صورة بصورة غير مشروعة، في حين أن البيانات المعالجة آلياً سواء الشخصية أو تلك المتعلقة بالحياة الخاصة ليست فقط صوت أو صورة وإنما تشمل كذلك البيانات المسجلة آلياً.

ومن ثم تناولت هذه الدراسة في أربع مباحث، حيث تناولت في المبحث الأول، موقف النظام السعودي والتشريعات المقارنة من تجريم الاعتداء على المعلومة الإلكترونية ذات الطابع الشخصي، وتناولت في المبحث الثاني، محل جريمة الاعتداء على المعلومة الإلكترونية ذات الطابع الشخصي، ثم تناولت في المبحث الثالث، نطاق تجريم الاعتداء على المعلومة الإلكترونية ذات الطابع الشخصي في التشريع الفرنسي، واخيراً تناولت في المبحث الرابع، صور النشاط الإجرامي لجريمة الاعتداء على المعلومة ذات الطابع الشخصي.

ونتج عن هذا البحث عدة نتائج وТОوصيات، وهي كما يلي:

أولاً: النتائج :

- تعتبر البيانات شخصية عنصر الحياة الخاصة ومنها لا يتعلّق بالحياة الخاصة، وبالتالي فإن قواعد حماية الحياة الخاصة لا تكفي لحماية البيانات الشخصية في مواجهة إجراءات المعالجة.

- لا تقع البيانات الشخصية تحت حصر.

- يجب وضع عدة التزامات موضوعية وإجرائية على عاتق من يقوم بمعالجة البيانات الشخصية.

- يجب وضع تشريع لحماية البيانات الشخصية على غرار التشريع الفرنسي.

(1) د. عبد الرؤوف مهدي، شرح القواعد العامة لقانون العقوبات، دار النهضة العربية، 2007، ص 398.

(2) د. أحمد شوقي أبو خطوة، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات، دار النهضة العربية، 2003، ص 182؛ د. محمد عوض الأحول، انقضاء سلطة العقاب بالتقادم، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، بدون تاريخ نشر، بند 90، ص 178.

- يجب عند الدخول إلى الإنترت قراءة الشروط بعناية التي تطلبها بعض المواقع للموافقة على الدخول إليها.
- العمل على زيادة الدور التوعوي الذي يقوم به الإعلام؛ لوعية الأفراد إلى عدم الإفراط في إفشاء بياناتهم الشخصية.

ثانياً : توصيات :

- يجب العمل على إيجاد نوع من التوازن بين حرية المعلومات واستخدامها من جهة وحماية الفرد وأسراره وخصوصياته من جهة أخرى.
- إيجاد تشريع خاص لحماية البيانات والمعلومات الشخصية للأفراد من إساءة استخدام بنوك المعلومات.
- تجريم حالات جمع البيانات الشخصية دون سبب مشروع مثل التداول غير المرخص به للمعلومات والإفشاء غير المشروع للمعلومات، واستخدام المعلومات في غير الغرض المخصص لها
- يجب وضع اسم الجهة القائمة على معالجة البيانات والغاية منها وذلك لمراقبة التناسب بين البيانات التي تم تجميعها وبين الهدف من المعالجة. فيجب أن يكون البيان المراد الحصول عليه وتخزينه متناسباً مع الهدف الذي تستهدفه المعالجة، كما يجب أن يتناسب الهدف مع مهمة ووظيفة الجهة القائمة بالمعالجة
- تلتزم الجهة القائمة على المعالجة بعدم نقل البيانات للغير أو نشرها إلا للأشخاص المتوقع اطلاعهم عليها وفقاً للغرض من المعالجة . وهذا الالتزام قانوني وليس مصدره علاقة تعاقدية، ويتعلق هذا الالتزام بالنظام العام وبالتالي لا يجوز الاتفاق على ما يخالفه.

❖ المراجع :

أولاًً : المراجع العامة :

د. إبراهيم عيد نايل :

- شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار الثقافة الجامعية، بدون تاريخ نشر.

د. أحمد شوقي أبو خطوة :

- شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات، دار النهضة العربية، 2003.

د. رؤوف عبيد :

- جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، دار الفكر العربي، بدون تاريخ نشر.

د. عبد الرؤوف مهدي :

- شرح القواعد العامة لقانون العقوبات، دار النهضة العربية، 2007.

د. مأمون محمد سلامة :

- قانون العقوبات، القسم الخاص، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، دار الفكر العربي - القاهرة، 1981-1982م.

د. محمود نجيب حسني :

- شرح قانون العقوبات القسم الخاص، ط 2، بدون دار نشر، 1994م.

ثانياً : المراجع الخاصة :

د. إبراهيم حامد طنطاوي :

- الحماية الجنائية لسرية معلومات البنك عن عملائها في ضوء القانون رقم 88 لسنة 2003، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2005م.

د. أحمد محمود مصطفى :

- جرائم الحاسبات الآلية في التشريع المصري، ط 1، دار النهضة العربية، 2010م.

د. أسامة عبد الله قايد :

- الحماية الجنائية للحياة الخاصة وبنوك المعلومات، دراسة مقارنة، ط 2، دار النهضة العربية، 1992م.

د. أمين مصطفى محمد :

- التمييز بين الواقع والقانون في الطعن بطريق النقض، دار النهضة العربية، 2002م.

د. بولين انطونيوس أيوب :

- الحماية القانونية للحياة الشخصية في محل المعلوماتية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009 م.

د. شيماء عبد الغني محمد عطا الله :

- الحماية الجنائية للتعاملات الإلكترونية، دراسة مقارنة بين النظمين اللاتيني والأإنجلي أمريكي، دار النهضة العربية، 2005م.

د. عادل يحيى :

- السياسة الجنائية في مواجهة الجريمة المعلوماتية، ط 1، دار النهضة العربية، 2014م.

د. عبد الفتاح بيومي حجازي :

- مكافحة جرائم الكمبيوتر والإنترنت في القانون العربي النموذجي، دار الفكر الجامعي، 2006م.

د. علي عبود جعفر:

- جرائم تكنولوجيا المعلومات الحديثة الواقعة على الأشخاص والحكومة، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بدون تاريخ نشر.

د. غلام محمد غنام :

- دور قانون العقوبات في مكافحة جرائم الكمبيوتر والإنترنت وجرائم الاحتيال المنظم باستعمال شبكة الكمبيوتر، دار الفكر والقانون - المنصورة، 2010م.

- الحماية الجنائية لأسرار الأفراد لدى الموظف العام، بدون دار نشر، 1988م.

د. محمد عبد اللطيف عبد العال :

- مفهوم الشرف والاعتبار في جرائم القذف والسب، دار النهضة العربية، 2002م.

د. محمود أحمد طه :

- المواجهة التشريعية لجرائم الكمبيوتر والإنترنت، دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون بالمنصورة، 2012م.

د. ممدوح خليل البحر:

- حماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، بدون تاريخ نشر.
- د. هدى حامد قشقوش:
- السياسة الجنائية لمواجهة الجريمة المعلوماتية، دار النهضة العربية، 2012م.
- د. هشام فريد رستم:
- قانون العقوبات ومخاطر تقنية المعلومات، ط 1، مكتبة الآلات الحديثة بأسيوط، 1994م.

ثالثاً : رسائل الماجستير والدكتوراه :

- د. صفية بشاتن :
- الحماية القانونية للحياة الخاصة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود عماري - تizi Ouzou، الجزائر، 2012م.
- د. عبد العظيم صابر دويب :
- مدى تأثير رضاء المجنى عليه في مجال التجريم والعقاب، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق فرع بنى سويف، جامعة القاهرة، 1996م.
- د. محمد رشاد قطب إبراهيم :
- الحماية الجنائية لحقوق المتهم وحرياته، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق- جامعة الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 1432 هـ - 2011م.
- د. محمد عوض الأحول :
- انقضاء سلطة العقاب بالتقادم، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، بدون تاريخ نشر.
- د. مدوح خليل بحر:
- حماية الحق في الحياة الخاصة في القانون الجنائي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1983م.

- د. نائلة عادل محمد فريد قوره :
- جرائم الحاسب الاقتصادي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2003م.
- د. نشوى رافت إبراهيم أحمد:
- حماية الحقوق والحرمات الشخصية في مواجهة التقنيات الحديثة، "البيانات الشخصية، المراسلات والمخادعات الشخصية، الحق في الصورة"، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق ، جامعة المنصورة، 2011-2012م.

رابعاً : أبحاث الدوريات والمؤتمرات :

- د. أحمد فتحي سرور:
- التمييز بين الواقع والقانون في النقض الجنائي، مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد الأول، السنة 14، يناير- مارس 1970م.

د. أسامة العبيدي :

- حماية الحق في الحياة الخاصة في مواجهة جرائم الحاسوب الآلي والإنتernet، المجلة العربية للعلوم الأمنية، مجلد 23،

ع 46

د. حسام الدين كامل الأهوانى :

- الحماية القانونية للحياة الخاصة في مواجهة الحاسوب الإلكتروني، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية

الحقوق - جامعة عين شمس مجلد 32 ، العدد 1 و 2، يوليو 1990م.

- الحماية القانونية للحياة الخاصة في مواجهة الحاسوب الإلكتروني، مؤتمر جامعة الكويت حول "القانون والحاسب الآلي"، مطبوعات جامعة الكويت ومؤسسة الكويت للتقدم العلمي، 1994م.

- حماية الحق في الخصوصية في ظل قانون دولة الإمارات العربية المتحدة، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي - الإمارات، المجلد 16، العدد 2، يوليو 2008م.

د. سامح عبد الواحد التهامي :

- الحماية القانونية للبيانات الشخصية، دراسة القانون الفرنسي، القسم الأول، مجلة الحقوق الكويتية، مجلد 35، ع 3، سبتمبر 2011م.

د. شريف يوسف خاطر:

- حماية الحق في الخصوصية المعلوماتية، دراسة تحليلية لحق الاطلاع على البيانات الشخصية في فرنسا، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة المنصورة، ع 57، أبريل 2015م.

د. عبد الحق حميش :

- حماية المستهلك الإلكتروني، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي، الإمارات العربية المتحدة، 10-12 مايو 2003م.

د. عزمي عبد الفتاح :

- التمييز بين الواقع والقانون وتوزيع المهام الإجرائية في الخصومة المدنية على هذا الأساس كحل تأصيلي لمشكلة منع تغيير أساس الادعاء، دراسة تأصيلية مقارنة في القانون الكويتي والمصري والفرنسي، مجلة الحامي، الكويت، س 9، أعداد أكتوبر ونوفمبر وديسمبر، 1986م.

د. غنام محمد غنام :

- عدم ملاءمة القواعد التقليدية في قانون العقوبات لمكافحة جرائم الإنتernet، بحث في مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنتernet، كلية الشريعة والقانون، الإمارات العربية المتحدة، المجلد الثاني، 1 - 3 مايو سنة 2000م.

د. محمد سامي السيد الشوا :

- الجرائم المستحدثة والبحث العلمي "جرائم الحاسوب الآلي"، ندوة علمية حول دور البحث العلمي في معالجة مشكلة الجريمة والانحراف في الدول العربية، الرياض، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، 1421 هـ.

د. محمد شلال العاني :

- الحماية الجنائية للبيانات المعالجة الكترونياً، مجلة الفكر الشرطي، مركز بحوث الشرطة، القيادة العامة لشرطة الشارقة، الإمارات، المجلد 11، ع 1، أبريل 2002 م.

د. محمد عبد المحسن المقاطع :

- نحو صياغة لمفهوم الحياة الخاصة للأفراد وضماناتها في مواجهة تهديدات الكمبيوتر، مؤتمر جامعة الكويت حول "القانون والحاسب الآلي"، مطبوعات جامعة الكويت ومؤسسة الكويت للتقدم العلمي، 1994 م.

د. محمد نصر محمد عوض القطرى :

- دراسة تطبيقية على الحماية الجنائية من الاتلاف المعلوماتي، مجلة الفكر الشرطي، المجلد الرابع والعشرون، العدد 93، أبريل 2015 م.

يونس عرب :

- المخاطر التي تهدد الخصوصية وخصوصية المعلومات في العصر الرقمي، دراسة منشورة على موقع: www.Arablaw.org بتاريخ 2002 م.

د. يونس محمد العزب :

- الإطار القانوني للإرهاب الإلكتروني واستخدام الإنترن特 لأغراض الإرهابية، وهذا بحث من مجلد استعمال الإنترنست في تمويل الإرهاب وتجنيد الإرهابيين، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 1433 هـ - 2012 م.

سلطة التشريع في الإسلام واتجاهات الدساتير¹

العربية في هذه المسألة (الدستور اليمني أنموذجاً)



الدكتور توفيق أحمد علي السنبا尼²

أستاذ الفقه المقارن والدراسات الإسلامية المشارك

بكلية التربية والألسن جامعة عمران الجمهورية اليمنية

ملخص البحث :

إن سلطة التشريع في الإسلام مقيدة بالتزامها بنصوص الوحي، كما أن الشريعة صالحة للتطبيق في كل زمان ومكان، ولا مخرج للأمة الإسلامية مما تعشه من فوضى وفساد إلا بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، والتشريع الإسلامي يعني السلطة غير المحدودة لا يملكها أحداً من البشر فكل سلطة إنسانية محدودة بالحدود التي فرضها الله تعالى فهو وحده صاحب السيادة العليا وإرادته هي شريعتنا التي لها السيادة في المجتمع.

ستتناول في هذا البحث سلطة التشريع في الإسلام ومدى حق ولـي الأمر في التشريع، ومن هي السلطة المخولة اليوم بالتشريع وما هي الاتجاهات التي سلكتها الدساتير العربية في بيان سلطة التشريع ومن يملكها وسنوضح بالتفصيل سلطة التشريع في الدستور اليمني كأنموذج لبيان سلطة التشريع.

وستتناول هذه الأمور في مباحثين تناول في المبحث الأول سلطة التشريع في الإسلام ثم نتناول في المبحث الثاني اتجاهات الدساتير العربية وسلطة التشريع في الدستور اليمني.

¹ - The Authority of Legislation in Islam and the Trends of Arab Constitutions in this matter: The Yemeni Constitution as a Model.

²-أستاذ الفقه المقارن والدراسات الإسلامية المشارك بقسم القرآن الكريم وعلومه بكلية التربية والألسن بجامعة عمران - الجمهورية اليمنية / أستاذ الفقه وأصوله والدراسات الإسلامية المساعد بقسم الدراسات الإسلامية بكلية العلوم والأداب بالقرىات - جامعة الجوف - المملكة العربية السعودية

Abstract :

The authority of legislation in Islam is restricted by its commitment to the texts of revelation. The sharia is valid for every time and place. There is no way out for the Islamic nation from the chaos and corruption it is living in, except by the application of the laws of Islamic sharia. Islamic legislation in the sense of unlimited power does not belong to any human being. Every human authority is limited by the restrictions imposed by the Almighty Allah. He alone is the supreme sovereign and His will is our law, which has sovereignty in society.

In this paper, we will discuss the authority of legislation in Islam and the extent of the guardian's right to legislate, who is the authority empowered today to legislate, and what trends have been taken by Arab constitutions in the statement of legislative authority and who owns it? We will explain in detail the authority of legislation in the Yemeni constitution as a model for the statement of the authority of legislation.

We will study these issues in two sections. The first section deals with the authority of legislation in Islam. Then, the second section discusses the trends of Arab constitutions and the authority of legislation in the Yemeni constitution.

• أهمية البحث وأهدافه :

تنبع أهمية البحث من أهمية الموضوع الذي يتناوله كونه يتناول موضوع التشريع ومن له سلطة التشريع واتجاهات الدساتير العربية في بيان سلطة التشريع وتمحور أهدافه حول النقاط التالية:
إبراز حكمة التشريع الإسلامي في بيان سلطة التشريع وإفرادها لله تعالى.
بيان مدى سلطةولي الامر في التشريع وما هي حدود هذه السلطة.
بيان موقف واتجاهات الدساتير العربية في سلطة التشريع
دراسة الدستور اليمني وبيان موقفه في سلطة التشريع.

• منهجة البحث :

نظراً لطبيعة البحث فسيستخدم المنهج الوصفي الاستقرائي والمنهج التحليلي حيث سأقوم ببيان وصف واستقراء لاتجاهات الدساتير العربية في موضوع التشريع وسلطته ثم أقوم بتحليل موقف الدستور اليمني في هذه المسألة.

• خطة البحث :

لقد أشتمل هذا البحث على مقدمة ومبخرين كما يلي :
أما المقدمة فقد احتوت على ملخص والإعلان عن عنوان الموضوع وأهمية وأهداف البحث ومنهجيه البحث التي سرت عليها وخطة البحث، ثم تناولت البحث في مبخرين كما يلي :
المبحث الأول : سلطة التشريع في الإسلام.

المبحث الثاني : الاتجاهات الدستورية في بيان مصادر التشريع وبيان سلطة التشريع في الدستور اليمني

المبحث الأول : سلطة التشريع في الإسلام :

إن التشريع الإسلامي بمعنى السلطة غير المخدودة لا يملكها أحد من البشر فكل سلطة إنسانية محدودة بالحدود التي فرضها الله تعالى فهو وحده صاحب السيادة العليا وإرادته هي شريعتنا التي لها السيادة في المجتمع ومصدرها والتعبير عنها هو كلام الله تعالى المنزل في القرآن والسنة ثم إجماع الأمة ، قال تعالى: ﴿أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولُئِلَّا اَمْرٌ﴾⁽¹⁾ . ونظام الحكم الإسلامي يقوم على مبدأ سيادة الشرع مستنداً على أصل مقطوع به جموع عليه في الشريعة وهو وجوب اتباع ما جاء به الوحي من كتاب وسنة ، قال تعالى ﴿إِنَّ الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ أَمْرٌ لَا تَعْبُدُوا إِلَيْاهُ﴾⁽²⁾ .

فقد أكدت النصوص الشرعية أن السيادة للشرع وليس للشعب الذي يتطلّك فقط السلطان المتمثل في تولية الإمام ومراقبته ومحاسبته وعزله ، فالدولة لا تستمد سلطة التشريع من الأمة لأنها لا تملكها أصلاً ، فالله تعالى هو وحده مالك الأمر والنهي والتشريع والسيادة ، قال تعالى ﴿أَلَا لَهُ الْخَلْقُ وَالْأَمْرُ تَبَارَكَ اللَّهُ رَبُّ الْعَالَمِينَ﴾⁽³⁾ ، وإنما الأمة ممثلة بمجتهداتها مفوضة بالنظر فيما ليس من صوص عليه وتقنين الأحكام وفقاً لنصوص القرآن والسنة والقياس وغيرها من الأدلة الشرعية.

وسيادة الشرع أو حакمية الله تعني أن تكون الشريعة الإسلامية هي المرجع الذي يتحاكم الناس إليه والأصل الذي يستمد منه القانون السائد ويحكم به قضاياها في قضائتها ، قال تعالى ﴿ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَى شَرِيعَةٍ مِّنْ أَمْرِنَا فَاتَّبِعْهَا وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَ الَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ﴾⁽⁴⁾ .

والشرع يمثل العقيدة والعبادة والتشريع وما ينتهي عنها من دستور وقوانين وأنظمة وتعاليم سواء أكانت منصوصة أو مستنبطة من الكتاب والسنة واجتهادات المجتهددين ، فليست السيادة للشعب للشرع وإنما للشرع لأنه لو أراد الشعب استبدال غير الإسلام عقيدة وشريعة ومنهاج حياة فلن يقبل منهم ولو مثلوا الأكثريّة المطلقة لأنهم حينئذ يعتبرون من الخارجين على الشريعة، فجميع الأفراد ملزمون بالخضوع للشرع.⁽⁵⁾

ويهدف مبدأ سيادة الشرع إلى إقرار التزام الحاكم والحاكم بشرع الله وإلى انتشار جميع التشريعات من الشريعة الإسلامية وعدم إحداث تشريعات أو ممارسات تخالف الشرع وذلك أساس قاعدة (الحاكمية لله) فالقانون المطبق في الدولة الإسلامية هو الشرع الإسلامي⁽⁶⁾ ، وذلك مصداقاً لقوله تعالى ﴿وَلَهُ الْحُكْمُ وَإِلَيْهِ تُرْجَعُونَ﴾⁽⁷⁾ .

⁽¹⁾ الآية (59) سورة النساء .

⁽²⁾ الآية (40) سورة يوسف .

⁽³⁾ الآية (54) سورة الأعراف .

⁽⁴⁾ الآية (18) سورة الجاثية .

⁽⁵⁾ النظام السياسي في الإسلام د.عبد العزيز الخياط ، دار السلام - القاهرة 1/99 ص 69 .

⁽⁶⁾ خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم ، د. فتحي الدربي ، الرسالة 82م ، ص 43 .

⁽⁷⁾ الآية (70) سورة القصص .

وبناء على ما سبق فلا بد من توضيح معنى التشريع حتى نتبين مدى سلطة الأمة في التشريع. ويقصد بالتشريع معنيين⁽¹⁾ :

إنشاء شرع مبتدأ.

تبني وإظهار حكم مستمد من شريعة قائمة.

فالتشريع بمعناه الأول هو إنشاء وابتداع واستحداث شرع هذا مما يختص به الله وحده فإليه يرجع الأمر والحكم فليس لأحد أن ينشئ أو يستحدث حكماً بالتحليل أو التحرير، قال تعالى «إِنَّ الْحُكْمُ إِلَّا لِلَّهِ أَمْرٌ أَلَا تَعْبُدُوا إِلَيْاهُ»⁽²⁾، فقد اختص تعالى بالحكم وحده وجعل الاحتكام عبادة والعبادة لا تكون إلا لله تعالى.

وقال تعالى مستنكراً على المشركين والكافرين الذين أحلوا ما حرم الله وحرموا ما أحل الله وشرعوا للناس أحكاماً ليست في دين الله ، قال تعالى «قُلْ أَرَأَيْتَ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ لَكُمْ مِنْ رِزْقٍ فَجَعَلْتُمْ مِنْهُ حَرَاماً وَحَلَالاً قُلْ أَلَّهُ أَذِنَ لَكُمْ أَمْ عَلَى اللَّهِ تَفْتَرُونَ»⁽³⁾، وقال تعالى «أَمْ لَهُمْ شُرَكَاءُ شَرَعُوا لَهُمْ مِنَ الدِّينِ مَا لَمْ يَأْذِنْ بِهِ اللَّهُ»⁽⁴⁾.

إذاً فحق التشريع ابتداء إنما هو لله تعالى وحده وأن منازعته في هذا الحق تعتبر شركاً بل وكفراً بالله تعالى ، قال تعالى «وَمَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ»⁽⁵⁾، وقال «أَفَغَيْرَ اللَّهِ أَبْتَغَى حَكْمًا وَهُوَ الَّذِي أَنْزَلَ إِلَيْكُمُ الْكِتَابَ مُفَصَّلًا»⁽⁶⁾، وقال تعالى «أَفَحُكْمُ الْجَاهِلِيَّةِ يَبْغُونَ وَمَنْ أَحْسَنَ مِنَ اللَّهِ حُكْمًا لِقَوْمٍ يُوَقِّنُونَ»⁽⁷⁾.

أما فيما يتعلق بالمعنى الثاني للتشريع وهو تبني وإظهار حكم مستمد من شريعة قائمة فإن الله عز وجل هو المشرع ابتداء أمر عباده المؤمنين بالرجوع إلى كتابه وسنة رسوله لاستنباط حكم الله تعالى وإظهاره ، قال تعالى «وَإِذَا جَاءَهُمْ أَمْرٌ مِنَ الْآمِنِ أَوْ الْخَوْفِ أَدَأْعُوا يَهُ وَلَوْ رَدُوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُولَئِكَ الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعِلْمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ»⁽⁸⁾. فقد أمر الله سبحانه وتعالى برد ما تم التنازع والاختلاف فيه إلى القرآن والسنة ولا يكون ذلك إلا باستنباط الأحكام والاجتهاد عن طريق أهل الاجتهاد ، قال تعالى «فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا»⁽⁹⁾.

وبناء على ذلك فقد شرع الرسول صلى الله عليه وسلم الاجتهاد بهذا المعنى للولاية والحكام فقال لمعاذ عندما بعثه إلى اليمن (كيف تقضي إذا عرض لك قضاء؟) قال : أقضى بكتاب الله . قال: فإن لم تجد في كتاب الله؟ قال: بسنة رسول الله . قال : فإن لم تجد في سنة رسول الله؟ قال : أجتهد رأيي ولا آلو. فقال رسول الله : الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسول الله)⁽¹⁰⁾.

⁽¹⁾ الدولة والسيادة في الفقه الإسلامي ، د. فتحي عبدالكريم ، مكتبة وهبة - القاهرة ، ص 198.

⁽²⁾ الآية (40) سورة يوسف.

⁽³⁾ الآية (59) سورة يونس.

⁽⁴⁾ الآية (21) سورة الشورى .

⁽⁵⁾ الآية (44) سورة المائدة .

⁽⁶⁾ الآية (114) سورة الأنعام .

⁽⁷⁾ الآية (50) سورة المائدة.

⁽⁸⁾ الآية (83) سورة النساء .

⁽⁹⁾ الآية (59) سورة النساء .

⁽¹⁰⁾ رواه أبو داود في السنن 2/327 برقم (3592) ، سنن أبي داود بتحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، دار الفكر. وليس إسناده بمتصلاً كما قال الزيلعي في نصب

الراية 4/88.

ومن الأدلة على حق الإمام في التشريع بمعناه الثاني وهو إظهار حكم مستمد من الشريعة يعني الاجتهاد قوله تعالى ﴿وَلَوْ رَدُوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُولَئِكَ الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ﴾⁽¹⁾. وقوله تعالى : ﴿فَإِنْ تَنَازَعُتْ فِي شَيْءٍ فَرُدُوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾⁽²⁾. وقوله صلى الله عليه وسلم : (إذا حكم الحاكم فاجتهد فأصاب فله أجران وإذا حكم فاجتهد فأخطأ فله أجر) ⁽³⁾. ولقد سُنَّ الخلفاء الراشدون بعض الأحكام دون إنكار من الصحابة.

وتأتي أهمية الاجتهاد لأن نصوص الشرع متناهية والأحكام والواقع والأحداث غير متناهية فكل زمان يكشف عن مسائل ومستجدات قد لا يكون عليها نص من القرآن والسنة ولا يصح أن تقف الشريعة أمام هذه الأحداث والواقع دون بيان أحكامها ولا يمكن أن يقف المجتهدون مكتوفي الأيدي حتى لاندع مجالاً للمشككين بأن يصفوا الإسلام بالعجز عن مواكبة الأحداث المستجدات وعن مسيرة تطورات الحياة بمختلف مجالاتها لأن في ذلك ضرر عظيم وتعطيل لمصالح الأمة بل وتعطيل للتشريع الإسلامي ، وانطلاقاً من ذلك وجب على الدولة تهيئة وسائل الاجتهاد وإيجاد فئة من أهل العلم الذين توفرت لهم القدرة على استنباط ليرجع إليهم في فهم نصوص الشريعة وتشريع الأحكام واستنباطها من الكتاب والسنة لما يستجد من الواقع والأحداث وما يطرأ من المصالح وال حاجات.⁽⁴⁾

فالخطابيون إذاً باستنباط الأحكام هم المجتهدون لا يعتبر ولا يصح إلا من العلماء والفقهاء ولا مدخل فيه للعامة ولا لأشباه العامة، ومهما كانت حرية أهل الاجتهاد والرأي في استنباط الأحكام التفصيلية من القرآن والسنة فإن ثمة فارق جوهري بينهم وبين المشرعين في الدولة الحديثة.

فللشرع الحديث يستطيع أن يضمن ويضم في تشريعاته ما يشاء من أحكام إلا ما استبعده الدستور صراحة من اختصاصاته وذلك في حالات نادرة، بل إن البرلمانات تملك إصدار ما تشاء من تشريعات في حالة الدساتير المرنة، وإذا وقف الدستور حائلاً بينهم وبين ما يريدونه قاموا بتعديل الدستور ليضعوا ما شاءوا من النصوص التي توافق أهوائهم.

أما الاجتهاد والرأي في التشريع الإسلامي فيجب أن يدور في نطاق الأحكام الشرعية الخالدة المقررة في القرآن والسنة.⁽⁵⁾

ومصداقاً لذلك قال تعالى ﴿فَلَيَحْذِرُ الَّذِينَ يُخَالِفُونَ عَنْ أَمْرِهِ أَنْ تُصِيبَهُمْ فِتْنَةٌ أَوْ يُصِيبَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾⁽⁶⁾. فقد حذر الله تعالى من يخالف أمره بالفتنة في الدنيا والعقاب الأليم في الآخرة.

وقال تعالى واصفاً من يحتكمون إلى أهوائهم وطوابعيتهم ويتركوا الشريعة الإلهية بالكفر والضلالة والنفاق ﴿أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ يَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ آمَنُوا بِمَا أُنزَلَ إِلَيْكَ وَمَا أُنْزَلَ مِنْ قَبْلِكَ يُرِيدُونَ أَنْ يَتَحَكَّمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمْرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ وَيَرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُضْلِلَهُمْ ضَلَالًا بَعِيدًا﴾⁽⁷⁾. ولفظ الطاغوت ورد في القرآن الكريم في عدّة

⁽¹⁾ الآية (83) سورة النساء .

⁽²⁾ الآية (59) سورة النساء .

⁽³⁾ رواه البخاري 6/ 2676 برقم (6919). صحيح البخاري ، ط دار ابن كثير تحقيق مصطفى البغا .

⁽⁴⁾ السياسة الشرعية ، عبد الوهاب خلاف ، مؤسسة الرسالة ، ص 45 .

⁽⁵⁾ السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الإسلامي ، د/ سليمان الطماوي ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ط 4-1979م ، ص 48 .

⁽⁶⁾ آية (63) سورة النور .

⁽⁷⁾ آية (60) سورة النساء .

مواضيع فقد جاءت بمعنى الشيطان وجاءت بمعنى الأوثان، وجاءت بمعنى كعب بن الأشرف زعيم اليهود الذي كان يحل لهم الحرام، قال المفسرون: الطاغوت هو كل كثير من الطغيان ورأس كل ضلال والصارف عن كل خير، وكل ما عبد من دون الله تعالى، ويستعمل في الواحد والمتعدد.⁽¹⁾

وعلى ذلك فإن تبني أو قبول حكم أو قانون تشريعي من غير مصادر الشريعة يعد كفراً بالله وإيماناً بالطاغوت.
إذاً فالقوانين الشرعية نوعان :

قوانين سنها الله تعالى بآيات قرآنية وأهمها رسوله وأقره عليها، وهذه تشرع إلهي محض.

قوانين سنها مجتهدو المسلمين من الصحابة والتبعين والأئمة المجتهدین استنبطاً من نصوص الشرع الإلهي وروحها ومعقولها وما أرشدت إليه من مصادر، وهذه تعتبر تشريعاً إلهياً باعتبار مصدرها ومرجعها، وتعتبر تشريعاً وضعياً باعتبار جهود المجتهدین في استنباطها.⁽²⁾

فما دام مصدر الأحكام الشرعية في الإسلام هو الشارع الحكيم سبحانه وتعالى القائل ﴿أَلَا لَهُ الْخَلْقُ وَالْأَمْرُ تَبَارَكَ اللَّهُ رَبُّ الْعَالَمِينَ﴾⁽³⁾. وأن هناك من الأحكام ما ورد به النص، وهناك من الأحكام مالم يرد بها نص، فيجب البحث عن حكم الله فيها من مجموع نصوص الشريعة وأصولها وكلياتها باستعمال قواعد الاجتهاد وأصول الاستنباط الشرعي، فإن نطاق التشريع في الدولة الإسلامية ليس في حقيقته إلا تنفيذاً للتشرع الإلهي من القرآن والسنة.

وترتبياً على ما تقدم، ولكي نتبين مدى سلطة الأمة في التشريع فلا بد من التفريق في أحكام الدين.⁽⁴⁾

أ- بالنسبة لأحكام المعتقدات والعبادات فليس للأمة شأن في الاجتهاد فيها بل هي مما يجب أن يؤخذ من القرآن والسنة.

ب- بالنسبة لأحكام المعاملات والأحكام الشرعية العملية فإن سلطة الأمة في التشريع فيها له مفهوم خاص يختلف تماماً عن مفهوم التشريع في الدول المعاصرة لأن سلطة الأمة ليست مطلقة وإنما مقيدة ومحددة على النحو التالي:

الأولى: إذا كان في المسألة نص قطعي الورود والدلالة فلا سلطان للأمة فيها بل عليها الاتباع.

الثانية: إذا كان في المسألة نص ظي الدلالة أي يحتمل أكثر من معنى فيكون مجال الاجتهاد للأمة في حدود فهم المراد من النص وترجيح أحد المعاني.

الثالثة: إذا لم يكن في المسألة نص أصلاً فللأمة سلطة الاجتهاد في سن الحكم الذي تراه محققاً لصلاحة الشريعة ومصلحة الأمة بشرطينهما:

- الأول : أن يكون الحكم متفقاً مع مقاصد وأصول ومبادئ وقواعد الشريعة.

⁽¹⁾ معجم القرآن ، عبد الرؤوف المصري 2/9 ، دار السرور ، بيروت ، ط 2 ، 1948م.

⁽²⁾ الدولة والسيادة في الفقه الإسلامي ، د. فتحي عبد الكريم ، ص 198.

⁽³⁾ الآية (54) سورة الأعراف.

⁽⁴⁾ الدولة والسيادة في الفقه الإسلامي ، د/فتحي عبد الكريم ، ص 200.

- الثاني : ألا ينافي نصاً من نصوصها أو أصلاً من أصولها.

وكذلك فإن سلطة الاجتهاد والنظر والتشريع ليس للأمة جميماً، ولكن لفئة من علمائها ومجتهداتها ومفكريها من توافرت فيهم أهلية الاجتهاد والقدرة على الاستنباط ، قال تعالى ﴿وَإِذَا جَاءَهُمْ أَمْرٌ مِّنَ الْأَمْنِ أَوِ الْخَوْفِ أَدَعُوهُمْ وَلَوْ رَدُوا إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُولَئِكَ الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنْطِعُونَهُ مِنْهُمْ﴾⁽¹⁾.

وللمجتهدين والعلماء فيما صعب عليهم من الأمور الدينية أن يستعينوا بأهل التخصص من الباحثين والأطباء والاقتصاديين والقانونيين وأهل السياسة كل في مجال اختصاصه.

ولقد ظن البعض أن إعطاء الإمام الحاكم أو الأمة سلطة النظر وسن القوانين أنه تغيير وعدول عن أحكام الشرع إلى الأحكام الوضعية البشرية ولكن في الحقيقة أن الشريعة عندما أجازت للحاكم والمجتهدين سن القوانين الشرعية إنما أجازت له ذلك تبنياً لأحكام الشرع وليس التشريع ابتداءً حيث يجب استنباطها من نصوص الشرع وقواعد وأصول الشريعة كماسبق بيانه.

كما أن تبني المجتهدين سن قوانين إجرائية أو أحكاماً تغيفية إنما هو اتباع للدليل الشرعي الذي يحيز للإمام والمجتهدين سن قوانين إجرائية لاختيار الوسائل الملائمة للشريعة التي تنفذ بها أحكام الشريعة، وهذا كله دائرة مع الأحكام الشرعية وليس فيه تغيير أو عدول أو تبديل وإنما واقعه تفاوت العقول في فهم نصوص وأدلة الشريعة.⁽²⁾

وببناء على ما سبق نخرج بهذه النتائج :

أن السلطة في سن القوانين لم تثبت للأمة بالأصل بل ثبتت لها بموجب نصوص الشرع التي تسمح لها بالنظر والاجتهاد في المسائل الشرعية فالسيادة للشارع وليس للأمة.

أن سلطة الأمة في التشريع وسن القوانين ليست مطلقة ولكنها خاضعة ومقيدة بالضوابط التي تقررها الشريعة مما يؤكد أن السيادة للشرع لا للأمة.

أن السلطة في التشريع تتعلق بدائرة التقنين للأحكام الشرعية وهو بيان حكم تقتضيه الشريعة مبني على النصوص وأصول الشريعة فهو اجتهاد في تطبيق شريعة قائمة ولا صلة له باستحداث شرع جديد.

وبالنظر إلى طبيعة الأحكام الشرعية الواردة في مصادر الشريعة نتبين وجود نوعين من القوانين والقواعد⁽³⁾:

1- قواعد تشريعية . 2- قواعد إجرائية .

1- الأحكام والقواعد التشريعية :

وهي القواعد الكلية المتعلقة بالأحكام التشريعية كالحدود والقصاص والمعاملات والأحوال الشخصية وكذا كل قاعدة موضوعها حكم شرعي واشتملت عليها المصادر والنصوص الشرعية، فهي قواعد ليس لولا الأمر تجاوز نصوص الشريعة ومصادرها فيأخذها أو النظر فيها لاستنباط الأحكام الشرعية .

ودور ولاة الأمر فيها هو الاجتهاد في استنباط الحكم من الاجتهادات والأراء الفقهية المختلفة .

⁽¹⁾ الآية (83) سورة النساء .

⁽²⁾السيادة وثبات الأحكام في النظرية السياسية الإسلامية ، د. محمد مفتى ود. سامي الوكيل ، دار جامعة أم القرى/ مكة ، ط 1-2001م، ص 60-61.

⁽³⁾ ل التشريع وسن القوانين في الدولة الإسلامية ، د. محمد أحمد مفتى ، ود. سامي الوكيل ، ص 29.

2- الأحكام والقواعد الإجرائية :

وهي القواعد المتعلقة بوسائل وأساليب الحكم الشرعي ولولا الأمر النظر فيها لاختيار الأنسب منها استناداً من أصول وقواعد الشريعة على أن لا تختلف نصاً أو أصلاً أو قاعدة من قواعد وأصول الشريعة ، وهي نوع من المصالح المرسلة التي تختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة .

فما كان من الأحكام والقوانين تشرعياً فيجب أن يكون مصدره الكتاب والسنة أو المصادر الشرعية التابعة لهما كالإجماع والقياس والمصلحة المرسلة وسد الذرائع والعرف.

وما كان منها إجرائياً فإذا لم يكن فيه نص فيجوز الاجتهاد فيه بشرط عدم مخالفته لأصول وقواعد الشريعة الإسلامية كإجراءات التقاضي ، ووسائل الإثبات وأدواته ، التي تتغير بتغير الزمان والمكان .

وقد أكد العلماء أنه ليس شرطاً أن تكون القوانين الإجرائية قد ورد بها نص في المصادر الشرعية ، فقال ابن القيم⁽¹⁾ : " إن أردت لا سياسة إلا ما نطق به الشرع فغلط وتغليط للصحابه " ، وقال رداً على المانعين للاجتهاد والاستنباط : " ضيعوا الحقوق وجرعوا أهل الفجور على الفساد وجعلوا الشريعة قاصرة لا تقوم بمصالح العباد محتاجة إلى غيرها وسدوا على أنفسهم طرقاً صحيحة من طرق معرفة الحق والتنفيذ له وعطلوها "⁽²⁾ .

ولما كان الإمام مكلفاً بتسهيل أعمال ومارسات الدولة وفق أحكام الشرع فإنه من الضروري لذلك أن يقوم الإمام بإعلان تلك الأحكام التي تلتزم بها الدولة وتضعها موضع التنفيذ، وهذا لا يتأتى إلا بأن تنسن وتقنن الأحكام الشرعية كقوانين ملزمة تتقييد بها الدولة وتلتزم بها الأمة.

ولذا يكون للإمام الحق في سن قوانين تشريعية مستنبطة من الأدلة الشرعية باجتهادات أهل الاجتهاد والعلم والفتوى من توفرت لهم صفات الاجتهاد وكذا سن قوانين إجرائية غير مخالفة للشريعة لرعايتها شئون الدولة بحسب المصلحة.

وزد على ذلك أن تفاوت دلالات النصوص الشرعية وتفاوت إدراك المجتهدين تبعاً لذلك أدى إلى ظهور مذاهب واستنباطات متعددة للفقهاء والمجتهدين للحكم الواحد.

فمثلاً في القصاص يرى بعض العلماء عدم وقوعه بين المسلم والذمي بينما يرى البعض الآخر وقوعه. وفي حكم اللواط يرى البعض أن له عقوبة خاصة به سواء أحصن الفاعل أم لم يحصن في حين يرى البعض الآخر إلحاقه بعقوبة الزنا ويأخذ حكمها في الإحسان وعدمه. ومثل ذلك في كثير من عقوبات الحدود والجنایات وغيرها، فهل حكم الشريعة ورأي الدين هو ما ذهب إليه الشافعي أو مالك أو ابن حنبل ، هل رأي واحد منهم يمثل فعلاً أحكام الشريعة حتى نلتزم بقوله، وإن لم نلتزم بقوله كنا خالفين للشريعة .

⁽¹⁾ ابن القيم : هو أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد بن جرير الزعري الدمشقي الحنفي ، ولد في دمشق سنة 691هـ ، حفظ القرآن ودرس الفقه الحنفي وبع في عدة علوم كالتفسير والفقه والعربي والنحو والحديث والأصول والفروع ، لازم شيخه ابن تيمية بعد عودته من القاهرة سنة 712هـ ، وحبس معه فعكف على التأليف ، تلمذ على يديه الكثير من طلاب العلم ، تصدى للإفتاء والإقراء سنين وصنف الكثير من الفنون وله مصنفات أبرزها : زاد المعاد ، أعلام الموقعين . توفي وصلي عليه بالجامع الأموي ثم في جامع الجراح في رجب سنة 751هـ . شذرات الذهب في أخبار من ذهب لابن العماد الحنفي ، دار الكتب العلمية بيروت ، بدون سنة طبع ، 6/168 ، النجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة ، ليوسف بن تعري بردي الأتابكي ، المؤسسة المصرية للتأليف والترجمة والنشر القاهرة ، 10/249.

⁽²⁾ الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، لابن القيم ، دار الكتب العلمية - بيروت ، ص 13.

لا شك أن ذلك مما لا تقبله الشريعة فنحن عبيد الله تعالى نعبد الله بالدليل وما صح ورجح من الأدلة لا نعبد له بما قال فلان أو فلان .

ولا شك أن أقوال وآراء العلماء إنما هي استنباطات من الأدلة الشرعية ولكن اختلفت آراؤهم تبعاً لاختلافهم في عدة أمور منها اختلافهم في قبول الحديث أو وصوله إليهم من عدمه أو صحته من ضعفه أو ترجح الرأي عليه أو اختلافهم في الأفهام وغيرها من الأمور التي تعد سبباً لاختلاف الفقهاء .

وما لا شك فيه أيضاً أنهم جميعاً اجتهدوا وخدموا الإسلام وأن آراؤهم جميعاً لم تكن نابعة عن هوى وإنما عن اجتهاد ، فالنص الشرعي من الكتاب والسنة هو الذي يمثل شرع الله تعالى وأراؤهم جميعاً أيضاً تعد تفسيراً لشرع الله تعالى لأنها مستنبطة من النص الشرعي وأصول وقواعد الشريعة ، فهذه الظروف وغيرها مما يستدعي تبني الإمام وأهل الاجتهاد أحکاماً شرعية مستنبطة من الأدلة الشرعية لتسير أعمال الدولة وسياسة الرعية ، وهذا فإن للإمام وأهل الاجتهاد أن يسنوا قوانين تشريعية من هذا الإطار ، حتى يتحقق بذلك تطبيق الشريعة ورعاية مصالح وشئون الدولة ، إما تقليداً لأحد المجتهدين إذا ظهر دليله أو باجتهاد أهل الاجتهاد لتبني واستنباط الحكم الشرعي .

المبحث الثاني : الاتجاهات الدستورية في بيان مصادر التشريع وبيان سلطة التشريع في الدستور اليمني :

المطلب الأول : الاتجاهات الدستورية في بيان مصادر التشريع :

تختلف الدساتير العربية والإسلامية في تحديد مصادر التشريع التي يستمد منها المشرع تشريعاته إلى ثلاثة اتجاهات :

الاتجاه الأول : ينص على أن الشريعة الإسلامية مصدرًا من مصادر التشريع.

الاتجاه الثاني: ينص على أن الشريعة الإسلامية المصدر الرئيس للتشريع .

الاتجاه الثالث : ينص على أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الوحيد للتشريع.

الاتجاه الأول : الدساتير التي جعلت الشريعة الإسلامية مصدرًا من مصادر التشريع :

هذا الاتجاه اعتبر الشريعة الإسلامية واحدة من جملة المصادر التي تستقي منها قوانينها وتشريعاتها و تستقى من مصادر أخرى ، كالتشريع الوضعي والعرف ومبادئ العدالة وغيرها. مما يعني إعطاء الحرية للمشرع القانوني بأن يستمد قواعد التشريع من أي مصدر من المصادر المنصوص عليها في الدستور أو المصادر المتعارف عليها مثل التشريع الوضعي أو مبادئ العدالة أو العرف أو الشريعة الإسلامية ، ويعني أيضاً أن المشرع سيكون بعيداً عن الاعتراض إذا استمد القوانين من التشريعات الوضعية وترك أحكام الشريعة الإسلامية حتى ولو كانت من الأحكام القطعية . وبالتالي لا يستطيع أحد أن يدفع بعدم دستورية هذه الأحكام والقوانين لمخالفتها لأحكام الشريعة الإسلامية .

وهذا الاتجاه سلكته كثير من الدساتير العربية كالدستور المصري.

الاتجاه الثاني : الدساتير التي جعلت الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع :

وهذا الاتجاه وإن جعل الشريعة الإسلامية المصدر الرئيس للتشريع ، إلا أنه أتاح للمشرع القانوني استمداد الأحكام من المصادر الأخرى غير الشريعة ، وهذا يؤدي إلى تحايل المشرع القانوني وتلاعبه بالمصادر التي يستقى منها التشريع ، وبالتالي يؤدي إلى تهربه من الدفع بعدم دستورية القانون لمخالفته الشريعة ، لأنه جعلها المصدر الرئيسي مما يعني أن هناك مصادر فرعية أخرى يستقى منها التشريع غير الشريعة .

وفي الحقيقة فإن مثل هذا النص قد يكون مجرد إرضاء وتزلف سياسي من الحاكم للشعب ، فمثل هذا النص لا قيمة له أصلاً من الناحية العملية مالم تستمد القوانين بصفة أصلية ووحيدة من الشريعة ، ولا جدوى لهذا النص مع وجود ونفاذ القوانين المصادمة لنصوص الشريعة والمستمدلة من القوانين الوضعية في معظم الدول الإسلامية فكيف تنسجم هذه القوانين إذا لم تلغ أو تعدل على وفق أحكام الشريعة مع هذه النصوص الدستوري .⁽¹⁾

ومن هذه الدساتير دستور دولة الوحدة في اليمن سنة 1990م قبل تعديله ، ودستور دولة السودان الذي جعل الشريعة الإسلامية والعرف مصدرًا للتشريع.

الاتجاه الثالث : الدساتير التي جعلت الشريعة الإسلامية مصدرًا للتشريعات :

وتمثله القليل من الدساتير ومنها نظام الحكم في المملكة العربية السعودية الصادر عام 1412⁽²⁾ وكذلك منها دستور اليمن الساري منذ سنة 1991م ، حيث قررت المادة (3) منه على أن (الشريعة الإسلامية مصدر جميع التشريعات).

وهذا النص قيد المشرع اليمني باستنباط القوانين من أحكام الشريعة ، مما يعني أن المشرع يجب أن يستمد القوانين منها وفي إطارها .

إلا أنه كان الأولى النص على أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الوحيد لجميع التشريعات ، لما سيأتي بيانه في المطلب القادم .

المطلب الثاني : سلطة التشريع في الدستور اليمني :

سبقت الإشارة إلى أن دستور دولة الوحدة سنة 1990م نص في مادته الثالثة على أن (الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع)⁽³⁾ ، وسبب ذلك اختلاف الأيديولوجيات السياسية في الشطرين سابقاً حيث كان الدستور الدائم سنة 1970م ، في الشمال ينص على أن (الشريعة الإسلامية مصدر القوانين جميعاً)⁽⁴⁾ .

في حين كان دستور سنة 1978م في الجنوب يعتقد الاشتراكية ويأخذ بنظام الحزب الواحد ، فقررت المادة الثالثة على أن (الحزب الاشتراكي اليمني المتسلح بنظرية الاشتراكية العلمية هو القائد الموجه للمجتمع والدولة)⁽⁵⁾ . فلم يكن يعتقد أو يقبل الاحتکام أو التشريع من الشريعة الإسلامية مطلقاً فتوصلوا واضعوا مشروع دستور دولة الوحدة

⁽¹⁾ جهود تقنين الفقه الإسلامي ، د. وهبة الزحيلي ، دار الرسالة بيروت ن ط 1-87م ، ص 25.

⁽²⁾ النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية الصادر برقم ١٤١٢/٨/٢٧ هـ تاريخ ٩٠/٢/٢٠١٤هـ

⁽³⁾ المادة (3) من دستور دولة الوحدة سنة 1990م ، الجريدة الرسمية ، العدد الأول مايو 1990م .

⁽⁴⁾ المادة (3) من الدستور الدائم سنة 1970م .

⁽⁵⁾ المادة (3) من دستور اليمن الجنوبي سنة 1978م .

سنة 1990م إلى وضع نص توفيقي بشأن أساس التشريع وسلطته ومصدره .

إلا أنه بعد نشوب حرب الانفصال التي أدت إلى انتصار قوى الشرعية واستقرار دولة الوحلة في يوليو سنة 1994م ، وأمام مطالبات العلماء وأبناء الشعب اليمني الموحد من شاليه إلى جنوبه ومن شرقه إلى غربه بتعديل المواد المخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية ومنها هذه المادة ، قام مجلس النواب بإجراء بعض التعديلات الدستورية في سنة 1994م وكان من بينها هذه المادة الثالثة التي أصبحت بعد التعديل تنص على أن (الشريعة الإسلامية مصدر جميع التشريعات) ، مما يعني خضوع جميع القوانين والتشريعات للشريعة الإسلامية.

وستتناول هنا بعض مواد الدستور اليمني بعد تعديله سنة 1994م ثم بعد تعديلاته سنة 2001م التي تشير إلى سلطة التشريع في الدستور اليمني⁽¹⁾ .

تنص المادة (2) على أن (الإسلام دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية) ، وهذه المادة تبين أن الولاء والانتداء هو للإسلام مما يترب عليه ضرورة التزام الدولة بأحكام الدين الإسلامي والعمل بها .

ونصت المادة (3) على ما يلي : (الشريعة الإسلامية مصدر جميع التشريعات)

وهذه المادة وإن كانت جيدة إلا أنه كان الأولى النص على أن "الشريعة الإسلامية المصدر الوحيد لجميع التشريعات" ، أو زيادة قيد "ويبطل كل تشريع يخالفها" ، وذلك منعاً لأي تلاعب بالألفاظ وكذا لزيادة في التوثيق والاحتکام للشريعة الإسلامية .

وهذا النص يعني :

خضوع جميع القوانين للشريعة الإسلامية .

التزام القاضي بتفسير النصوص القانونية الغامضة وفقاً للشريعة الإسلامية والحكم بأحكام الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود نص قانوني .

الطعن بعدم دستورية أي تشريع يخالف أحكام الشريعة الإسلامية .

وتنص المادة (62)⁽²⁾ على ما يلي :

(مجلس النواب هو السلطة التشريعية للدولة وهو الذي يقرر القوانين ويقر السياسة العامة للدولة ..) . وكان الأولى ضبطها بعبارة " بما لا يخالف الشريعة الإسلامية" .

وتنص المادة (85) على (عضو مجلس النواب وللحكومة حق اقتراح القوانين واقتراح تعديلهما .. وكل مقترنات القوانين المقدمة من عضو أو أكثر من أعضاء مجلس النواب لا تحال إلى إحدى لجان المجلس إلا بعد فحصها أمام لجنة خاصة لإبداء الرأي في جواز نظر المجلس فيها فإذا قرر نظر أي منها يحال للجنة المختصة لفحصه وتقديمه تقرير عنه) . وكان الأخرى النص على " ودراسة مدى توافقها مع الشريعة الإسلامية وعدم مخالفتها".

وتنص المادة (24) من اللائحة الداخلية لمجلس النواب على تشكيل لجان من بين أعضائه تباشر أعمالها تمهدًا

⁽¹⁾ دستور الجمهورية اليمنية سنة 1994م ، وتعديلاته الدستورية سنة 2001م .

⁽²⁾ دستور الجمهورية اليمنية لعام 2001م ، من إصدارات وزارة الشؤون القانونية .

عرضها على المجلس.⁽¹⁾

ونصت المادة (25) من اللائحة الداللية للمجلس على : (أن اللجان أجهزة مساعدة للمجلس في ممارسته لاختصاصاته التشريعية والرقابية والتوجيهية وجميع أعماله التي يمارسها ومتابعة تنفيذ قرارات وتوجيهات المجلس).

وأوضحت المادة (27) من اللائحة الداخلية للمجلس أن عدد اللجان تسع عشرة لجنة، ومن بين هذه اللجان لجنة تقنين أحكام الشريعة الإسلامية والتي نصت المادة (44) منه على أن اختصاصاتها :

ج - مراجعة ودراسة كل المواضيع المتعلقة بتقنين أحكام الشريعة الإسلامية.

د - تقديم الآراء والفتاوي الشرعية التي يطلبها المجلس بناء على طلب موقع من عشرة أعضاء على الأقل أو التي تطلبها هيئة الرئاسة أو إحدى لجان المجلس بشأن أي موضوع معروض على أي منها).

وبالنظر إلى هذه الاختصاصات نجد أنها اختصاصات ضعيفة لأن رأي لجنة تقنين أحكام الشريعة بموجب هذه النصوص مجرد رأي استشاري فقط وكان الأولى إضافة بنود أخرى إلى اختصاصاتها وهي :

اقتراح التقنيات المستنبطة من الشريعة الإسلامية لجميع التشريعات وتقديمها للمجلس للتصويت عليها.

النظر في مشاريع القوانين والتشريعات والاتفاقيات والمعاهدات لبيان مدى خضوعها للشريعة الإسلامية وعدم خالفتها لها .

النص في تشكييل هذه اللجنة على أن تشكل لجنة تقنين أحكام الشريعة من العلماء وأهل الاجتهاد ومن ذوي الاختصاصات الفنية ، ولها الاستعانة بأهل الاجتهاد والفتوى والختصين ولو من غير أعضاء المجلس . وذلك حتى يكون لهذه اللجنة أهميتها وهيبتها وقوتها قراراتها .

وتنص المادة (102) من الدستور على :

(لرئيس الجمهورية حق طلب إعادة النظر في أي مشروع قانون أقره المجلس ويجب عليه حينئذ أن يعيده إلى مجلس النواب خلال ثلاثين يوماً من تاريخ رفعه إليه بقرار مسبب ، فإذا لم يرده إلى المجلس خلال هذه المدة أو رده إليه وأقره ثانية بأغلبية مجموع أعضائه اعتبر قانوناً ، وعلى رئيس الجمهورية إصداره خلال أسبوعين فإذا لم يصدره اعتبر صادراً بقوة الدستور دون حاجة لإصداره وينشر في الجريدة الرسمية فوراً ويعمل به بعد أسبوعين من تاريخ النشر).

وهذه المادة جيدة وتضبط حق رئيس الجمهورية حتى لا يحصل تعسف في التعديلات، إلا إنه كان من الأفضل تقييدها بعبارة " أو كان الهدف من رد مشروع القانون العدول عن حكم مستنبط من الشريعة الإسلامية إلى حكم لا يتوافق معها اعتبر قانوناً بقوة الدستور ..".

وتنص المادة (119) على :

(يتولى رئيس الجمهورية الاختصاصات التالية :

فقرة (8) إصدار القوانين التي وافق عليها مجلس النواب ونشرها وإصدار القرارات المنفذة لها.

في حين كانت المادة (119) من دستور سنة 1994 قبل تعديليها سنة 2001 تعطي رئيس الجمهورية الحق في

⁽¹⁾اللائحة الداخلية لمجلس النواب اليمني من إصدارات مجلس النواب.

إصدار قرارات بقوة القانون فكانت تنص على (إذا حدث فيما بين أدوار انعقاد مجلس النواب أو فترة حلها ما يوجب الإسراع في اتخاذ قرارات لا تتحمل التأخير جاز لرئيس الجمهورية أن يتخذ في شأنها قرارات تكون لها قوة القانون على أن لا تكون مخالفة للدستور .. ويجب عرض هذه القرارات على مجلس النواب في أول اجتماع له فإذا لم تعرض يتولى المجلس مناقشة الموضوع واتخاذ القرارات المناسبة أما إذا عرضت ولم يوافق عليها المجلس زال ما كان لها من قوة القانون من تاريخ رفض إقرارها أو من التاريخ الذي يقره المجلس مع تسوية لما يترتب من آثار على النحو الذي يقره).

ونتيجة لحدوث ازدواجية في التشريع بين مجلس النواب ورئيس الجمهورية واستغلال رئيس الجمهورية لهذه المادة لإصدار ما يشاء من قرارات وقد حدث فعلاً أن أصدر رئيس الجمهورية في عام 1994م قرارات بقوانين مستغلًا هذه المادة مما يعني أن يفقد مجلس النواب أهميته ودوره التشريعي ، فألغيت هذه المادة في التعديلات الدستورية لسنة 2001م وأصبح حق الرئيس فقط في إصدار القوانين التي يقرها مجلس النواب أو إعادةتها إلى المجلس لإعادة النظر فيها فإن أصدرها المجلس مرة ثانية بأغلبية أعضائه اعتبر قانوناً صادراً بقوة الدستور دون حاجة لإصداره من رئيس الجمهورية وذلك كما قررت المادة (102).

وهذا مسلك موفق حتى لا تحدث ازدواجية تشريع أو احتلال وصراع بين المجلس ورئيس الجمهورية ويحدث استغلال لفترات ما بين أدوار انعقاد المجلس لإصدار تشريعات بدون عرضها على المجلس كما حدث سابقا.

وفيما يخص تعديل الدستور وحتى لا يتخذ تعديل الدستور فرصة للتلاعب والتفلت من المواد التي لا تناسبها، فقد شدد الدستور في تعديل المواد المتعلقة بالباب الأول والباب الثاني والتي تخص أسس الدولة وحقوق وواجبات المواطنين وبعض المواد التي لها علاقة بالحكم والنظام والتي نص عليها في المادة (158) ، وقيدت هذه المادة طلب التعديل سواء كان طلب التعديل صادراً من رئيس الجمهورية أو من أعضاء المجلس بمايلي :

أن يذكر في طلب التعديل المواد المطلوب تعديلها الأسباب والمبررات الداعية لهذا التعديل.

أن يصدر طلب تعديل موقعاً عليه من ثلث أعضاء المجلس أو من رئيس الجمهورية.

أن يناقش المجلس مبدأ التعديل ويصدر قراره في شأنه بأغلبية أعضائه وفيها أحد احتمالين:

أ- أن يرفض المجلس طلب التعديل فلا يجوز حينئذ إعادة طلب تعديل المواد ذاتها قبل مضي سنة على هذا الرفض.

ب- أن يوافق المجلس على طلب التعديل فإن وافق فعليه أن يناقش المواد المطلوب تعديلها بعد شهرين من الموافقة على الطلب.

أن يوافق ثلاثة أرباع المجلس على تعديل هذه المواد.

عرض التعديلات على الشعب للاستفتاء العام فإذا وافق على التعديل الأغلبية المطلوبة لعدد من أدلة بأصواتهم اعتبر التعديل نافذاً من تاريخ إعلان نتيجة الاستفتاء.

وبعد عرض المواد السالفة من الدستور والتي تبين سلطة التشريع في الدستور اليمني يتضح لنا أن الدستور أعطى حق التشريع وسلطة التشريع لمجلس النواب فقط وللحكومة حق اقتراح القوانين أو إصدار اللوائح التنفيذية للقوانين.

وكان الأولى وضع القيود السابقة التي ذكرناها زيادة في التثبت ومنعاً للتلاعب بالألفاظ والتحايل وحتى نؤكد فعلاً مصداقية الخصوص للشريعة وأن السيادة لها.

ومع عدم النص على تلك الضوابط، يبقى القيد السابق على هذه التشريعات مانص عليه في المادة الثالثة من الدستور مما يتربى على ذلك التنتائج التالية:

خضوع جميع التشريعات الصادرة من المجلس واللوائح والقرارات الصادرة من الحكومة للشريعة الإسلامية.
التزام القضاء في تفسيره للقانون أو المواد الغامضة أو الأحكام الغير منصوص عليها في القانون بالشريعة الإسلامية.

بطلان جميع التشريعات من قوانين أو قرارات أو لوائح مخالفة للشريعة.

ولقد كان واضعوا الدستور الدائم سنة 1970م موفقون عندما نصوا في المادة (152) منه على أنه (يجب تقنين أحكام الشريعة الإسلامية المتعلقة بالمعاملات بما لا يخالف نصاً ولا إجماعاً ويعين القانون هيئة شرعية فيه تتولى ذلك)⁽¹⁾.

ولا يعترض معترض بأن اقتراح وضع تلك الضوابط والقيود بعد تلك المواد التشريعية في الدستور نوع من التكلف والتنطع، بل أن ذلك هو نوع من التوثيق ووسيلة لمنع المؤرثين من تفسير النصوص حسب الأهواء وسداً لذرائع الأهواء والمفاسد، وما يؤيد ذلك أن الدستور المصري وما يشابهه من الدساتير ينص على أن (الإسلام دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع)، ومع أنه نص على أن الشريعة مصدر رئيسي للتشريع مما يعني ضرورة توافق جميع التشريعات معها، إلا أنه بالنظر إلى كثير من القوانين كالعقوبات والمدني والتجاري ونحوها نجد أنها قوانين وضعية لا تتوافق في معظم موادها مع الشريعة الإسلامية .

فكأن هذه العبارات المحتملة عبارة عن مجاملة وتزلف وتلاعب على الشعوب، مع إتاحتها الفرصة للتلاعب والتحايل على أحكام الشريعة في أي قانون أو تشريع. مع أن من مقتضى الإيمان الحق أن نعتقد ونجزم أن الشريعة الإسلامية هي المهيمنة علينا وأن الحاكمة والشرع الله وأن جميع التشريعات يجب أن تكون مستنبطة منها ولا تخالفها.

وببناء على ما سبق فإن الحاجة والواقع يدعوان لوضع تلك الضوابط خاصة وأننا نرى بواحد لبعض القوانين واللوائح والاتفاques المقررة التي لا تتوافق مع الشريعة، ونشاهد بعض القوانين تخضع لرأي غالبية أعضاء البرلمانات مع إغفال ملائمتها أو مخالفتها للشريعة، وأحياناً لا يتتوفر في أعضاء هذه البرلمانات من أهل الكفاءات والاختصاصات الشرعية للنظر في هذه القرارات والقوانين نظراً لكون الترشيحات تتم عبر مقاييس سياسية وواقعية ولا يراعى فيها الكفاءات والخصصات المطلوبة، ولا يراعى فيهم شروط العلم والاجتهاد والكفاءة.

خاصة وقد أعطت لائحة مجلس النواب اليمني لجنة تقنين الشريعة الإسلامية اختصاصات ضعيفة ولا يعود دورها أن يكون مجرد دور الفتوى والاستشارة التي قد يعمل بها أو لا يعمل بها وهي التي يجب أن تكون سيدة لجان المجلس لأهميتها وأهمية اختصاصها وضرورة كفاءة أعضائها.

ولذلك فقد يكون من المستحسن أن يكون للمجلس مرجعية علمية وشرعية متخصصة، تقوم بسد هذا الفراغ لأن التشريع وسن القوانين إنما هو عمل تخصصي لأهل العلم والرأي والفقه والفكر ، فيتم إنشاء مجلس من

⁽¹⁾ المادة (152) من الدستور الدائم سنة 1970م.

الفقهاء والعلماء يقوم باختيارهم أعضاء البرلمان أنفسهم حتى لا يكون هناك افتئات عليهم أو التفات على المبادئ الشوروية ، يقوم بدور الدراسة والبحث المتخصص وإبداء الرأي الشرعي والفقهي المناسب في نصوص القوانين والتشريعات التي تمر على المجلس . ولهذا سابقة في التاريخ الإسلامي حيث كان الخليفة عبد الملك بن مروان يقوم بالرجوع إلى الفقهاء السبعة في المدينة المنورة للتعرف على الأحكام الشرعية وهكذا كان الوضع في عهود الخلافة الإسلامية .⁽¹⁾

• المراجع والمصادر :

- 1- القرآن الكريم.
- 2- معجم القرآن ، عبد الرؤوف المصري 9/2 ، دار السرور ، بيروت.
- 3- صحيح البخاري ، ط دار ابن كثير تحقيق مصطفى البغا.
- 4- سنن أبي داود بتحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، دار الفكر
- 5- النظام السياسي في الإسلام . عبد العزيز خياط ، دار السلام - القاهرة 1/99
- 6- خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم ، د. فتحي الدربي ، الرسالة 82م
- 7- الدولة والسياسة في الفقه الإسلامي ، د. فتحي عبدالكريم ، مكتبة وهبة - القاهرة
- 8- السياسة الشرعية ، عبد الوهاب خلaf ، مؤسسة الرسالة
- 9- السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الإسلامي، د/ سليمان الطماوي، دار الفكر العربي، القاهرة ، ط 4-1979م
- 10- السيادة وثبات الأحكام في النظرية السياسية الإسلامية ، د. محمد مفتى ود. سامي الوكيل ، دار جامعة أم القرى/ مكة ، ط 1-2001م
- 11- التشريع وسن القوانين في الدولة الإسلامية ، د. محمد أحمد مفتى ، ود.سامي الوكيلدار جامعة أم القرى/ مكة ، ط 1-2001م
- 12- النجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة ، ليوسف بن تغري بردي الأتابكي ، المؤسسة المصرية للتأليف والترجمة والنشر القاهرة
- 13- الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، لابن القيم ، دار الكتب العلمية - بيروت
- 14- جهود تقنين الفقه الإسلامي ، د. وهبة الزحيلي ، دار الرسالة بيروت ن ط 1-87
- 15- الدستور الدائم للجمهورية العربية اليمنية سنة 1970م .
- 16- النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية الصادر برقم أ/ 90 تاريخ 1412/8/27هـ
- 17- دستور اليمن الجنوبي سنة 1978م .
- 18- دستور الجمهورية اليمنية سنة 1994م ، وتعديلاته الدستورية سنة 2001م .
- 19- دستور الجمهورية اليمنية لعام 2001م ، من إصدارات وزارة الشئون القانونية.
- 20- اللائحة الداخلية مجلس النواب اليمني من إصدارات مجلس النواب.

⁽¹⁾النظام السياسي في الإسلام ، د. عبد العزيز خياط ، ص 233، 241.

جريمة القذف عبر شبكة المعلومات الدولية

بين الفقه الإسلامي والقوانين الجنائية الوضعية (دراسة مقارنة)



د. توفيق بن علي بن أحمد الشريفي

أستاذ الفقه المقارن المشارك بجامعة

أمر القرى بالملكة العربية السعودية

مقدمة :

تعد جريمة القذف - بشكل عام - من أخطر الجرائم؛ لما لها من آثار اجتماعية وأخلاقية ونفسية وخيمة على الأفراد والمجتمعات. وتزداد هذه الخطورة إذا تمت الجريمة عبر شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت) نظراً لسرعة انتشارها من ناحية، واتساق نطاقها وخطورتها نتائجها وآثارها من ناحية أخرى. وستتناول في هذا البحث المختصر هذا الموضوع المهم، كي ننق أجراس الخطر بشأنه، وعسى أن نسهم - بهذا الجهد العلمي المتواضع - في علاج هذه المشكلة الخطيرة والحد من آثارها.

ورغم وجود أبحاث تناولت هذا الموضوع من قبل إلا أنها لم تسرى غور المشكلة، ولم تضع يدها - في الوقت نفسه - على مكامن خطورة هذه الجريمة، وبالتالي لم تفِ بيان الدواء الناجع لهذه المشكلة. وهذا ما سيحاول الباحث القيام به، مستعيناً بالله رب العالمين.. نعم المولى ونعم المعين.

أسأل الله أن يخرج هذا البحث في صورة مشرقة تخدم أغراض كتابته، بإضافة ما يمكن أن يمثل إضافة نوعية نافعة على طريق العطاء الخير لأمة الإسلام بل للبشرية جموعاً.

المبحث التمهيدي :

وأساقس هذا البحث إلى مبحث تمهيدي، وثلاثة مباحث رئيسية. ويتناول المبحث التمهيدي ما يلي :

- سبب اختيار الموضوع : يعد موضوع القذف من الموضوعات المهمة والخطيرة التي تهدد استقرار المجتمع بالتصدع بل والانهيار - كما أشرت - على كافة الساحات والأصعدة كافة. ومن ثم كان لزاماً على الباحث - وعلى غيره من الباحثين المعنيين بهذا الأمر - التفصي لهذا الموضوع وبيان خطورته، من النواحي الشرعية والقانونية والأخلاقية.
- مشكلة البحث : تهدف الدراسة إلى الإجابة عن الأسئلة الآتية :
 - ما هي جريمة القذف؟ وما علة تحريرها؟ - ما هي أركان جريمة القذف وما عقوبتها؟
 - هل هناك قذف مباح؟ وما هو؟ - كيف نظر الفقه الإسلامي إلى جريمة القذف عبر شبكة المعلومات الدولية؟ وكيف عالجها؟ ولماذا حرمها؟ وما أدلة هذا التحرير؟ وما حكمته؟
- هدف البحث : يسعى البحث - بعون الله وتوفيقه - لتقديم تفسير للأسباب الكامنة وراء جريمة القذف عبر شبكة المعلومات الدولية، وكيفية حصار هذه الجريمة والقضاء عليها أو التقليل من آثارها.
- خطة البحث : تم تقسيم البحث - إضافة إلى المبحث التمهيدي - إلى ثلاثة مباحث هي :
 - المبحث الأول : جريمة القذف عبر شبكة المعلومات الدولية في الفقه الإسلامي.
 - المطلب الأول : تعريف القذف وأدلة تحريره والحكمة من التحرير في الفقه الإسلامي.
 - المطلب الثاني : أركان جريمة القذف عبر شبكة المعلومات الدولية في الفقه الإسلامي.
 - المطلب الثالث : عقوبة جريمة القذف عبر شبكة المعلومات الدولية في الفقه الإسلامي.
 - المطلب الرابع : مسقطات حد القذف عبر شبكة المعلومات الدولية في الفقه الإسلامي.
 - المبحث الثاني : جريمة القذف عبر شبكة المعلومات الدولية في القوانين الجنائية الوضعية. ويشمل:
 - المطلب الأول : تعريف القذف وعلة تحريره.
 - المطلب الثاني : أركان جريمة القذف.
 - المطلب الثالث : عقوبة جريمة القذف.
 - المطلب الرابع : القذف المباشر.
 - المبحث الثالث : مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين الجنائية بشأن جريمة القذف عبر شبكة المعلومات الدولية. ثم الخاتمة وتتضمن النتائج والتوصيات.
- منهج البحث : اقتضت طبيعة الموضوع اختيار (المنهج الوصفي التحليلي). ويقوم على دراسة ورصد الظاهرة أو المشكلة، والتعرف على الأسباب والعوامل التي ساهمت في حدوثها، مع محاولة التوصل لنتائج تساهم في حل المشكلة. بالإضافة إلى المنهج المقارن، الذي يعرض القضيتين ثم يقوم بعقد مقارنة بينهما.

المبحث الأول : جريمة القذف عبر شبكة المعلومات الدولية في الفقه الإسلامي :

إن الإسلام الحنيف يحافظ - بحكامه المختلفة - على سمعة الإنسان وشرفه واعتباره ومكانته، ويجرم كل ما يحتقره، أو يحط منه في المجتمع، ويفرض له عقوبات، سواء وقع هذا الاعتداء بالطرق التقليدية، أو عن أحد الطرق الحديثة ومنها شبكة المعلومات الدولية. وسأتناول هذا المبحث من خلال عدة مطالب :

المطلب الأول : تعريف القذف ودليل تحريمه والحكمه من التحرير :

أولاً : التعريف :

القذف لغة : "الرمي بالسهم والخضى والكلام، والقذفة": ما أشرف من رعوس الجبال، وثلاث قذفٍ والجمع القذفاتُ، وبها سنت الشرف⁽¹⁾. وفي اصطلاح الفقهاء: قال الأحناف: "القذف هو رمي خصوص، وهو الرمي بالزنى"⁽²⁾. وعرفه المالكية بأنه "نسبة آدمي غيره لزنى أو قطع نسب مسلم"⁽³⁾.

وقال الشافعية: "القذف هو الرمي بالزنى في معرض التعير"⁽⁴⁾. وعرفه الحنابلة بأنه "الرمي بزنى أو لواط"⁽⁵⁾، وعرفه الظاهيرية بأنه "الرمي بالزنى بين الرجال والنساء"⁽⁶⁾.

ما سبق يتضح أن هناك اتفاقاً بين الفقهاء على أن القذف الموجب للحد هو الرمي بالزنى أو اللواط ، ويكون ذلك بين الرجال والنساء على السواء.

ثانياً : أدلة التحرير :

لقد حرم الإسلام القذف بالكتاب والسنّة والإجماع :

1- الكتاب : قال الله تعالى : {وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةٍ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلَدَةً وَلَا تَقْبِلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ} ⁽⁷⁾.

وجه الدلالة : جاء في تفسير مفاتيح الغيب" أجمع العلماء على أن المراد الرمي بالزنى. وفي الآية أقوال تدل عليه. أحدها: تقدم ذكر الزنى. وثانيها: أنه - تعالى - ذكر المحسنات، وهن العفائف، فدل ذلك على أن المراد بالرمي رميهن بقصد العفاف،

¹- كتاب العين، أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي البصري (المتوفى: 170هـ) تحقيق: د. مهدي المخزومي، د. إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال، ج 5 ص 135.

²- الاختيار لتعليق المختار، عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي البلدي، مجد الدين أبو الفضل الحنفي (المتوفى: 683هـ) بتعليقاته: الشيخ محمود أبو دقبيقة (من علماء الحنفية ومدرس بكلية أصول الدين سابقاً) مطبعة الحلبي - القاهرة ، 1356 هـ - 1937 م، ج 4 ص 93.

³- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (المتوفى: 1230هـ) دار الفكر- بيروت، ج 4 ص 324.

⁴- تحفة المحتاج في شرح المنهاج، أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحها مصطفى محمد، 1357 هـ - 1983 م، ج 9 ص 119.

⁵- الروض المربع شرح زاد المستقنع، منصور بن يونس بن صالح الدين بن حسن بن إدريس الهنفي الجنبي (المتوفى: 1051هـ)

ومعه: حاشية الشيخ العثيمين وتعليقات الشيخ السعدي، خرج أحاديثه: عبد القدوس محمد نذير، دار المؤيد - مؤسسة الرسالة، ص 668.

⁶- المحلى بالأثار، أبو محمد علي بن سعيد بن حزم الأندلسي القوطى الظاهري (المتوفى: 456هـ) دار الفكر - بيروت، ج 12، ص 220.

⁷- سورة النور: 4.

وثالثها: قوله (ثم لم يأتوا بأربعة شهادة)؛ يعني على صحة ما رموهن به. ومعلوم أن هذا العدد من الشهود غير مشروط إلا بالزنى، ورابعها: انعقاد الإجماع على أنه لا يجب الجلد بالرمي بغير الزنى، فوجب أن يكون المراد هنا هو الرمي بالزنى".⁽¹⁾

وجاء في تفسير الوسيط للقرآن الكريم للدكتور محمد سيد طنطاوي رحمه الله: "إنما خص - سبحانه - النساء بالذكر هنا: لأن قذفهن أشنع، والعار الذي يلحقهن بسبب ذلك أشد، وإلا فالرجال والنساء في هذه الأحكام سواء".⁽²⁾

2- السنة: عن أبي هريرة رضي الله عنه، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "اجتنبوا السبع الموبقات"، قالوا: يا رسول الله وما هن؟ قال: "الشرك بالله، والسحر، وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق، وأكل الربا، وأكل مال اليتيم، والتولي يوم الزحف، وقدف المحسنات المؤمنات الغافلات".⁽³⁾

وجه الدلالة: حيث جاءت الأخبار عن النبي (صلى الله عليه وسلم) بالتغليظ في رمي المحسنات، وأن ذلك من الكبائر. قال المهلب: إنما سماها رسول الله (صلى الله عليه وسلم) موبقات؛ لأن الله تعالى إذا أراد أن يأخذ عبده بها أوبقه في نار جهنم".⁽⁴⁾

3- الإجماع: حيث "أجمعت الأمة من لدن سيدنا محمد - صلى الله عليه وسلم - حتى الآن على تحريم القذف ، ولا يوجد خالف".⁽⁵⁾

ثانياً: حكمة التحريم :

إن المحافظة على سلامة عرض المسلم وصيانة كرامته وتطهير المجتمع من إشاعة الفواحش وانتشار الرذائل، توجب تحريم القذف. " ومن أجل ذلك علم الإسلام الناس الأدب وأمرهم بصيانة ألسنتهم عن الفحش وكل ما يثير غضباً أو يولد حقداً، أو يؤذني أو يهين ".⁽⁶⁾

كما أن الرسول - صلى الله عليه وسلم - بين لنا أن الطعن في أخلاق الناس ليس من طبع المؤمنين الصادقين. فعن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "ليس المؤمن بالطعن ولا اللعان ولا الفاحش ولا البذيء".⁽⁷⁾

¹- مفاتيح الغيب - التفسير الكبير، أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التميمي الرازى الملقب بفخر الدين الرازى خطيب الري (المتوفى: 606هـ) دار إحياء التراث العربي - بيروت، ط 3.1420هـ، ج 23، ص 320.

²- التفسير الوسيط للقرآن الكريم، د. محمد سيد طنطاوى، دار هبة مصر للطباعة والنشر والتوزيع، الفجالة - القاهرة، ط 1، ج 10، ص 85.

³- الجامع المستند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه - صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي) ط 1422هـ، 1، باب قوله تعالى {إن الذين يأكلون أموال اليتامي ظلما} النساء: 10، ح 2766، ج 4، ص 10.

⁴- شرح صحيح البخاري لابن بطال المتوفى (449هـ) تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد- السعودية، الرياض، ط 2، 1423هـ - 2003م، ج 8، ص 489.

⁵- المغني لابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: 620هـ) مكتبة القاهرة، ج 9، ص 83.

⁶- الجرائم الناشئة عن إساءة استعمال الهاتف المحمول ومدى المسؤولية عنها، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مرجع سابق، ص 397.

⁷- سنن الترمذى، محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك، الترمذى، أبو عيسى (المتوفى: 279هـ) تحقيق وتعليق:أحمد محمد شاكر ومحمد فؤاد عبد الباقي وإبراهيم عطوة عوض،شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابى الحلى - مصر، ط 1395هـ - 1975م، باب ماجاء في اللعنة، ح 1977، ج 4، ص 350.

وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا تحسدوا، ولا تناجشوا، ولا تبغضوا، ولا تدابروا، ولا يبع بعضكم على بيع بعض. وكونوا عباد الله إخواناً. المسلم أخو المسلم، لا يظلمه ولا يخذله، ولا يحقره التقوى هاهنا - ويشير إلى صدره ثلاث مرات - بحسب أمرئ من الشر أن يحقر أخيه المسلم. كل المسلم على المسلم حرام، دمه،⁽¹⁾ وماله، وعرضه":⁽²⁾

كل ذلك يبين مدى حرمة تحريض المؤمن والمساس بعرضه وشرفه واعتباره.

رابعاً: ألفاظ القذف :

"ألفاظ القذف ثلاثة: صريح وكناية وتعريض. أما الصريح كأن يقول له يا زاني، أو يابن الزانية، أما الكناية فكقوله: زنأت بالهمز في الجبل أو السلم أو نحوه فهو كناية لأن ظاهره يقتضي الصعوه وكقوله لرجل: يا فاجر يا فاسق يا خبيث، ولامرأة: يا فاجرة يا فاسقة يا خبيثة. والتعريض كقوله لغيره في خصومة أو غيرها يابن الحلال، وأما أنا فلست بزان ونحوه، كـ ليست أمي بزانية"⁽²⁾.

أما الصريح فلا خلاف بين الفقهاء في إقامة الحد به، أما الكناية والتعريض فقد اختلف فيه الفقهاء على رأين :

الرأي الأول : "ذهب جمهور الفقهاء من الأحناف والشافعية والحنابلة، إلى عدم وجوب الحد، إلا مع النية المنصرفة لإرادة القذف"⁽³⁾. وحجتهم: أن الله تعالى أوجب الحد بقذف المحسنات بقوله تعالى: {وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْسَنَاتِ}⁽⁴⁾، غير جائز إثباته بالتعريض بالرمي، لما فيه من إثبات حد بقياس.

وأيضاً : لما كان التعريض يحتمل القذف ويحتمل غيره، كان كالشهادة على الرزنى أو الإقرار به، فلا يثبت حكمه إلا بالتصريح، كما لا يثبت حكم الشهادة والإقرار إلا بالتصريح. وأيضاً: فإن التعريض كناية، والكنيات لا حكم لها بأنفسها، والدليل عليه: أن كنויות الطلاق لا حكم لها إلا بانضمام النية إليها. ولأن الله تعالى أباح التعريض فيما حرم عقده فقال: {وَلَا تَعْرِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَلْغَى الْكِتَابُ أَجَلَهُ}⁽⁵⁾، وقال تعالى: {وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَضْتُمْ بِهِ مِنْ خُطْبَةِ النِّسَاءِ}⁽⁶⁾، فجعل التعريض خالفاً للتصريح فلا يحد إلا بقذف صريح "⁽⁷⁾".

¹- المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (المتوفى: 261هـ) تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي - بيروت، باب تحريم ظلم المسلم وخذله، ج 2564، ص 4، ج 1986.

²- الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشريبي الشافعي (المتوفى: 977هـ) تحقيق: مكتب البحث والدراسات - دار الفكر، الناشر: دار الفكر - بيروت، ج 2، ص 527.

³- المذهب في فقة الإمام الشافعي، أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (المتوفى: 476هـ) دار الكتب العلمية، ج 3، ص 346.

⁴- النور آية 4.

⁵- البقرة آية 235.

⁶- البقرة آية 235.

⁷- شرح مختصر الطحاوي، أحمد بن علي أبو بكر الرازى الجصاص الحنفى (المتوفى: 370هـ) تحقيق: د. عصمت الله عنايت الله محمد - أ. د. سائد بكداش - د. محمد عبيد الله خان - د. زينب محمد حسن فلاتة، دار البشائر الإسلامية - دار السراج، ط 1، 1431هـ - 2010م، ج 6، ص 204. وانظر: مختصر المزنى، إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل، أبو إبراهيم المزنى (المتوفى: 264هـ) دار المعرفة - بيروت، 1410هـ / 1990م، ج 8، ص 369. الكافي في فقه الإمام أحمد، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: 620هـ) دار الكتب العلمية، ط 1، 1414هـ - 1994م، ج 4، ص 99.

الرأي الثاني: "ذهب الإمام مالك رحمه الله إلى إقامة حد القذف سواء تصریحاً أو تلویحاً، كأن يقول رجل لآخر: ما أنا بزان، فيقام عليه الحد، كما يرى الإمام مالك أيضاً أن القذف يقع بالإشارة بعين أو حاجب أو يد".⁽¹⁾

المطلب الثاني: أركان جريمة القذف عبر شبكة المعلومات الدولية في الفقه الإسلامي :

جريدة القذف في الفقه الإسلامي ثلاثة أركان: الركن المادي، ركن القاذف والمقدوف، الركن المعنوي، على النحو التالي:
أولاً: الركن المادي :

وهو عبارة عن السلوك الذي يصدر من القاذف، "بأن يرمي غيره بالزنى فينفي عنه نسبة لأبيه أو جده، باللفظ الصريح الذي لا يحتمل غير القذف، كأن يقول: يا زاني، أو لست لأبيك. فهو دليل على أنه زُني بأمه. وفي ذلك قذف لأمه لا محالة ، فكأنه قال : أمك زانية فيجب فيه الحد".⁽²⁾

"ولو نفاه عن جده أو نسبه إليه أو إلى حاله أو عمه أو زوج أمه، أو قال: يابن ماء السماء لم يُحدّ لأن نفيه عن جده صدق، ونسبته إليه وإلى هؤلاء مجاز عادة وشرعًا".⁽³⁾

"أما إذا قال يا فاجر، أو يا زنديق أو يا مقبوح ، يا من يعمل عمل قوم لوط أو يا لوطي فلا يجد بل يعزز"⁽⁴⁾، أو يا بن القحبة، لم يكن قذفاً، "لأن هذا الاسم كما يطلق على الزانية يستعمل على الم الهيئة المستعدة للزنى، وإن لم تزن، ففيه احتمال الزنى من عدمه، فلا يجب به الحد، ولكن يعزز"⁽⁵⁾، لأن القذف على سبيل الكنایة والتعریض عن الجمهور لا يجد صاحبه، كما أوردنَا سابقاً، خلافاً للإمام مالك.

ثانياً : ركن القاذف والمقدوف :

حيث إن هناك شروطاً يجب توافرها في كل من القاذف والمقدوف على النحو التالي:

1 - شروط القاذف: كي يقام حد القذف على القاذف - سواء أكان ذكرأً أو أنثى، حرأً أو عبداً، مسلماً أو غير مسلم -
لابد أن تتوافر علة شروط وهي :

¹- المدونة، مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصيبي المدنى (المتوفى: 179هـ) دار الكتب العلمية، ط1415، 1هـ - 1994م، ج4، ص494. وينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (المتوفى: 1230هـ) دار الفكر- بيروت، ج4، ص325.

²- تحفة الفقهاء، محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين السمرقندى (المتوفى: نحو 540هـ) دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط1414هـ - 1994م، ج3، ص144.

³- الاختيار لتعليق المختار، عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي البلاذى، مجدى الدين أبو الفضل الجنفى (المتوفى: 683هـ) علها تعليقات: الشيخ محمود أبو دقique (من علماء الحنفية ومدرس بكلية أصول الدين سابقاً) مطبعة الحلبي - القاهرة، 1356هـ - 1937م، ج4، ص94.

⁴- فتح القدير، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيوسي المعروف بابن الهمام (المتوفى: 861هـ) دار الفكر- بيروت، ج5، ص347.

⁵- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (المتوفى: 587هـ) دار الكتب العلمية، ط1406هـ - 1986م، ج7، ص43.

أ - التكليف : "والمقصود به البلوغ والعقل"⁽¹⁾، حيث إنه لا حد على الصبي والجنون لرفع القلم عنهم، ولنفي الإيذاء بقذفهمما لعدم تكليفهما، لكن يعزّزان إذا كان لهما نوع تمييز⁽²⁾. فعن علي كرم الله وجهه، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : "رفع القلم عن ثلاثة : عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يشب، وعن المعتوه حتى يعقل"⁽³⁾.

ب- أن لا يكون والدًا - أي أصلًا للمقذوف: فلا يحد أصل بقذف فرعي وإن سفل، ولكن يُعذر.

ج- أن يكون مختاراً : فلا حد على مكره - بفتح الراء - في القذف، وأنه لم يقصد الأذى بذلك لإجباره عليه، ولا مُكره، لأنه لا يمكنه أن يأخذ بلسان غيره فيقذف به.

د- أن يكون ملتزماً للأحكام: فلا حد على حربي لعدم التزامه.

ه- كونه منوعاً منه: ليخرج ما لو أذن حصن لغيره في قذفه فلا حد عليه"⁽⁴⁾.

2- شروط المقذوف: "يشترط في المقذوف كي يقام حد القذف أن يكون محسناً لقوله تعالى: {والذين يرمون الحصنات والإحسان من شرطه أن يجتمع فيه خمسة أوصاف وهي: البلوغ، والحرية، والعفاف، والإسلام، وأن يكون معه آلة الزنى - أي قادراً على الجماع، فلا يكون عنياً أو مجبوباً - والإمام مالك يعتبر في سن المرأة أن تطيق الوطء}"⁽⁵⁾.

"أما إذا كان المقذوف ميتاً... فقد اتفق الفقهاء على أن حد القذف لا يسقط بالوفاة، فمن قذف ميتاً فإن للورثة الحق في المطالبة بإقامة حد القذف، وعللوا ذلك بأن العار يلحقهم للجزئية"⁽⁶⁾.

إلا أن الحنابلة قالوا بأن "الميت إذا مات قبل المطالبة بإقامة حد القذف، فإن الورثة لا يحق لهم اتخاذ أي إجراء ضد القذف، أما إذا مات بعد المطالبة فيكون للورثة الحق في استيفاء إجراءات إقامة الحد"⁽⁷⁾.

ثالثاً: الركن المعنوي :

والمقصود بذلك هو العلم والإرادة، حيث يجب أن يكون القاذف عالماً بأنه قد ارتكب جريمة عندما رمى غيره بالزنى، وأن فعله يعاقب عليه بإقامة حد القذف.⁽⁸⁾

¹- بداية المجهد ونهاية المقتضى، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (المتوفى: 595هـ) دار الحديث - القاهرة، ج 4، ص 224.

²- الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، مرجع سابق، ج 2، ص 528.

³- سن الترمذى، مرجع سابق، باب فيما جاء فيه فىمن لا يجب عليه الحد، ح 1423، ج 4، ص 32.

⁴- الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، مرجع سابق، ج 2، ص 528. وينظر مغنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربى الشافعى (المتوفى: 977هـ) دار الكتب العلمية، ط 1415هـ - 1994م، ج 5، ص 461.

⁵- مغنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربى الشافعى (المتوفى: 977هـ) دار الكتب العلمية، ط 1415هـ - 1994م، ج 5، ص 462. وينظر بداية المجهد ونهاية المقتضى، مرجع سابق، ص 4، ج 224.

⁶- الاختيار لتعليل المختار، عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي البلاذى، مجد الدين أبو الفضل الحنفى (المتوفى: 683هـ) : مطبعة الحلبي - القاهرة، 1356هـ - 1937م، ج 4، ص 94. وينظر المغنى لأبن قدامة، مرجع سابق، ج 9، ص 96. وينظر المدونة، مرجع سابق، ج 4، ص 505. وينظر المذهب في فقة الإمام الشافعى، مرجع سابق، ج 3، ص 346.

⁷- الروض المربع شرح زاد المستقنع، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس اليهوى الحنبلى (المتوفى: 1051هـ) ومعه: حاشية الشيخ العثيمين وتعليقات الشيخ السعدي، خرج أحاديثه: عبد القدوس محمد نذير، دار المؤيد - مؤسسة الرسالة، ص 327.

⁸- الجرائم الناشئة عن إساءة استعمال الهاتف المحمول ومدى المسؤولية عنها، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مرجع سابق، ص 394.

وهذا ما يعبر عنه في القانون بالقصد الجنائي، وهذا القصد يفهم من أقوال الفقهاء، حيث ضمنوا ذلك في كتبهم، ونورد بعضًا منها :

حيث قال الشافعي رحمه الله: "إذا أقر بنسب ولد فقال له رجل: لست بابن فلان، فهو قذف. وقال في الزوج إذا قال للولد الذي أقر به: لست ببني أنه ليس بقذف. وانختلف أصحابنا فيه؛ فمنهم من قال إن أراد القذف فهو قذف في المُسَأْلِتَيْنَ، وإن لم يرد القذف فليس بقذف في المُسَأْلِتَيْنَ".⁽¹⁾ فقوله "أراد" دليل على اعتبار عنصر الإرادة الذي يتطلب العلم.

وجاء في كتب المالكية: "إذا قال لرجل: جامعت فلانة حراماً أو باضعتها حراماً قلت: ... فقامت فلانة تطلب بحد فريتها فقال: إني لم أرد الافتداء عليها، إنما أردت أنني قد كنت تزوجتك تزويجاً فاسداً فوطئتك؟ قال: عليه الحد، حد الفريمة في ذلك كله، إلا أن يعلم أنه قد كان نكحها في عدة أو تزوجها تزويجاً حراماً كما قال، فيقيم البينة على ذلك. فإن أقام البينة على ذلك أحلف بالله الذي لا إله إلا هو أنه لم يرد إلا ذلك وذرئ عنه الحد".⁽²⁾ فقد تناولت هذه المسألة الركن المعنوي بشقيقه العلم والإرادة.

وبعد استعراض الأركان الثلاثة التي يجب توافرها لتطبيق حد القذف، يبقى لنا أن نبين مدى إمكانية وقوع جريمة القذف
عبر شبكة المعلومات الدولية في الفقه الإسلامي :

حيث من الممكن أن يقذف شخصاً آخر عن طريق شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت) عن طريق إرسال رسائل عبر تلك الشبكة تحقر من شأنه وترمييه بجريدة توجب الحد، كارتكاب الزنى مثلاً، سواء كانت هذه الرسائل مكتوبة أو مقطعاً صوتياً، يدل على ارتكابه الجريمة، وينفي نسبة من أبيه، أو من الممكن أن تحتوي هذه الرسائل على رموز أو كاريكاتير أو أي طريقة أخرى يمكن أن تؤدي إلى النتيجة التي أرادها القاذف".⁽³⁾

المطلب الثالث : عقوبة جريمة القذف عبر شبكة المعلومات الدولية في الفقه الإسلامي :

إذا توافرت في جريمة القذف - عن طريق شبكة المعلومات الدولية - أركانها السابقة، من حيث الركن المادي وهو الرمي بالزنى عبر الإنترت أو نفيه للنسب في رسائل معينة، وكون القاذف مكلفاً ختاراً، وتتوافرت فيه بقية الشروط سالفه الذكر، وكان القاذف عالماً بحد القذف عندما يرمي غيره بالزنى، فقد تتحقق جريمة القذف مكتملة الأركان، في هذه الحالة يجب إقامة حد القذف. ولقد قرر الشارع الحكيم عقوبتين له وهما:

العقوبة الأولى : إقامة الحد، وهو الجلد ثمانين جلد، قال تعالى : {وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةٍ شُهَدَاءٍ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً} ⁽⁴⁾

أما العقوبة الثانية : فهي بطلان شهادته وردها. قال تعالى : {وَلَا تَقْبِلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ}.⁽⁵⁾

¹- المذهب في فقة الإمام الشافعي، مرجع سابق، ج3، ص349.

²- المدونة، مرجع سابق، ج4، ص494.

³- الجرائم الناشئة عن إساءة استعمال الهاتف المحمول ومدى المسؤولية عنها، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مرجع سابق، ص395.

⁴- النور آية 4

⁵- النور آية 4.

- وجه الدلاله ما سبق أن الله عز وجل قد حكم على القاذف - إذا لم يأت بأربعة شهادة للدلالة على صدق ما قذف به بثلاثة أحكام: الأول هو الجلد ثمانين جلدة، والثاني بطidan الشهادة، والثالث الحكم بتفسيقه إلى أن يتوب.

أما إذا تاب بعد إقامة الحد عليه، هل تقبل شهادته أم لا؟ ففي ذلك خلاف بين الفقهاء:

الرأي الأول : ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى جواز شهادة من تاب من حد في القذف. واستشرط المالكية أن يحسن حاله، ويزيد على ما عرف به من حسن الحال. واستدلوا بقوله تعالى {إلا الذين تابوا}⁽¹⁾ فإنه تعالى استثنى التائبين، والاستثناء من النفي إثبات، فيكون تقديره: {إلا الذين تابوا} فاقبلوا شهادتهم، وليسوا بفاسقين.

"كما استدلوا بما رواه سعيد بن المسيب رضي الله عنه قال: شهد على المغيرة ثلاثة رجال؛ أبو بكر، ونافع ابن الحارث، وشبل بن معبد، ونكل زياد، فجلد عمر الثلاثة، وقال لهم: توبوا، تقبل شهادتكم. فتاب رجالان، وقبل عمر شهادتهما، وأبى بكرة، فلم يقبل شهادته. ولأنه تاب من ذنبه، فقبلت شهادته، وقاوسوا ذلك على التائب من الزنى، حيث تقبل شهادته مع أن الزنى أعظم من القذف به، وكذلك على قتل النفس التي حرم الله، وسائر الذنوب، إذا تاب فاعلها، قبلت شهادته، فهذا أولى"⁽²⁾.

الرأي الثاني: حيث "ذهب الأحناف إلى عدم قبول شهادته حتى وإن تاب، واستدلوا بالمعقول فقالوا إنه محكوم بكذبه شرعاً، فلا يظهر رجحان جانب الصدق في خبره بعد الحكم بكذبه شرعاً"⁽³⁾.

المطلب الرابع: مسقطات حد القذف عبر شبكة المعلومات الدولية في الفقه الإسلامي :

إن حد القذف يسقط - بالرغم من ثبوته - في الحالات الآتية:

الحالة الأولى : إثبات الزنى على المقذوف :

فإذا ثبت زنى المقذوف بشهادة أو إقرار من المقذوف يقام الحد عليه، ويسقط الحد عن القاذف. قال تعالى: {وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةٍ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدًا وَلَا تَقْبِلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ}.

وجه الدلاله: حيث أمر الحق عز وجل بإقامة حد القذف على الذين يرمون المحسنات، دون إثبات دعواهم بأربعة شهود، أما إذا أتوا بالشهود على صدق دعواهم فلا يقام الحد عليهم.

¹. النور آية 5.

². التهذيب في اختصار المدونة، خلف بن أبي القاسم محمد، الأذدي القيرواني، أبو سعيد ابن البراذعي المالكي (المتوفى: 372هـ)

تحقيق: الدكتور محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، بيـ، طـ، 1، 1423 هـ - 2002 م، جـ 3، صـ 586. وينظر الأمـ، للإمامـ

الشافعـيـ، دارـ المـعـرـفـةـ - بـيـرـوـتـ، 1410هـ/1990م، جـ 6، صـ 225. وينظر المـغـيـ لـابـنـ قـدـامـةـ، مـرـجـ سـابـقـ، جـ 10، صـ 179.

³. المـبـسـطـ، محمدـ بنـ أـحـمدـ بنـ أـبـيـ سـهـلـ شـمـسـ الـأـنـمـةـ السـرـخـسـيـ (المـتـوفـيـ: 483هـ) دـارـ المـعـرـفـةـ - بـيـرـوـتـ، 1414هـ - 1993م، جـ 16، صـ 113.

الحالة الثانية : باللعان⁽¹⁾:

حيث "إذا رمى الزوج زوجته بالزنى، أو نفى حملها أو ولدها منه، ولم يُقم بينة على ذلك، فإن الحد يسقط إذا لاعنها".⁽²⁾.

الحالة الثالثة : زوال الإحسان عن المذوق :

"المحسن": هو الحر المسلم العاقل العفيف عن الزنى القادر على الجماع. فلا يجب الحد على قاذف الكافر، والمملوك، والفالجر؛ لأن حرمتهم ناقصة، فلم تنتهي لإيجاب الحد، ولا يجب على قاذف الجنون ولا قاذف الصغير الذي لا يجماع، وإن قذف محسناً ثم زنى المذوق أو وطئه زال به الإحسان سقط الحد عن القاذف".⁽³⁾

الحالة الرابعة : عفو المذوق عن القاذف :

"إذا عفا المذوق عن القاذف قال جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة: لا حد عليه. والدليل عليه ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: أتعجزون أن تكونوا كأبى ضمضم؟ قالوا: يا رسول الله، ومن أبو ضمضم؟ قال: رجل كان إذا أصبح قال: اللهم إني تصدقت بعرضي على من ظلمني".⁽⁴⁾ "والتصدق بالعرض لا يكون إلا بالعفو عما يجب له. وأنه لا خلاف أنه لا يستوفي إلا بطلبه فكان له العفو كالقصاص".⁽⁵⁾

"أما الأحناف فذهبوا إلى عدم جواز العفو عن القاذف؛ لأن حد القذف، وإن كان للعبد فيه حق فالغلب فيه حق الله تعالى، والغلوب ملحوظ بالعدم شرعاً، فكان في حكم الحقوق التمحضه حقاً لله تعالى عز وجل وأنها لا تحتمل الصلح".⁽⁶⁾

¹- اللعان أن يقيم الرجل حتى يحلف بالله الذي لا إله إلا هو وحده لا شريك له أربع مرات إنه لمن الصادقين فيما رماها به من الزنى، أو من نفي الولد. والخامسة أن يقول إن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنى أو من نفي الولد.

ثم يقيم المرأة فتحلف بالله الذي لا إله إلا هو وحده لا شريك له أن زوجها من الكاذبين فيما رماها به من الزنى أو من نفي الولد. والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماها به من الزنى أو نفي الولد، فإذا حلف فرق القاضي بينهما وأحق الولد بأمه. والأصل فيه قوله تعالى في سورة النور من الآية 6 وحق الآية 10 {وَالَّذِينَ يَرْمَوْنَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءِ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمَنِ الصَّادِقِينَ وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ وَيَدْرُوْنَ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمَنِ الْكَاذِبِينَ وَالْخَامِسَةُ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ}. النتف في الفتوى، أبو الحسن علي بن الحسين بن محمد السعدي، حنفي (المتوفى 461هـ) تحقيق: الدكتور صلاح الدين الناهي، دار الفرقان / مؤسسة الرسالة - عمان الأردن / بيروت لبنان ، ط2،1404هـ، ج2،ص377.

²- الكافي في فقه الإمام أحمد، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: 620هـ) دار الكتب العلمية، ط1، 1414 هـ - 1994 م، ج3،ص184.

³- الكافي في فقه الإمام أحمد، مرجع سابق، ج4، ص96. وينظر المذهب في فقه الإمام الشافعي، مرجع سابق، ج3، ص347.

⁴- مسند البزار المنصور باسم البحر الزخار، أبو بكر أحمد بن عمرو بن عبد الخالق بن خلاد بن عبيد الله العتيقي المعروف بالبزار (المتوفى: 292هـ) تحقيق: محفوظ الرحمن زين الله، وعادل بن سعد، وصبرى عبد الخالق الشافعى، مكتبة العلوم والحكم - المدينة المنورة، ط1(بدأت 1988م، وانتهت 2009م) ج13، ص474.

⁵- المذهب في فقه الإمام الشافعى، مرجع سابق، ج3، ص349. وينظر - المذهب في اختصار المدونة، مرجع سابق، ج4، ص429. وينظر: المغني لابن قدامة، مرجع سابق، ج6، ص141.

⁶- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج6، ص48.

الحالة الخامسة : ألا يكون القاذف والدًا للمقذوف :

فإن قذف والد ولده وإن سفل، فلا حد عليه، أبًا كان أو أمًا أو جدًا أو جدته وإن علت، لقول الله تعالى: {فلا تقل لهما أَفْ} ^١ "والنهي عن التأييف نصاً، نهي عن الضرب دلالة؛ وهذا لا يقتل به قصاصاً، ولأنها عقوبة تحبس حق الأديم، فلم تجب لولد على والده كالقصاص" ^٢.

المبحث الثاني : جريمة القذف عبر الشبكة المعلوماتية الدولية في القوانين الجنائية الوضعية :

تذهب القوانين الجنائية إلى تجريم أفعال الاعتداء على اعتبار الإنسان وشرفه، والتي تمثل جريمة القذف أهم أنواعها. "والشرف والاعتبار من الناحية الموضوعية هي المكانة التي يحتلها كل فرد في المجتمع وما يتفرع عنها من حق في أن يعامل بما يتفق مع هذه المكانة، أي يجب أن يُمنح الثقة والاحترام اللذين تقتضيهما مكانته الاجتماعية.

أما الشرف والاعتبار من الناحية الشخصية، فهو يعني شعور كل فرد بكرامته وإحساسه بأنه يستحق من أفراد المجتمع معاملة واحتراماً متفقين مع هذا الشعور". ^٣

ومن أجل الحفاظ على تلك المكانة الاجتماعية قررت التشريعات الجنائية المختلفة عقوبة من يمسها، عن طريق تقرير عقوبة للقذف؛ باعتباره من أخطر أنواع المساس بتلك المكانة، سواء وقعت بالطرق التقليدية أو بالطرق الإلكترونية، وهي القذف عن طريق الإنترنت، وهذا ما سنستعرضه فيما يلي :

المطلب الأول : التعريف وصلة التجريم :

أولاً : تعريف جريمة القذف :

لقد تناولت القوانين الجنائية المختلفة جريمة القذف بالتعريف وبيان سبب التجريم. وسنعرض بعضًا منها على النحو التالي:

عرف قانون العقوبات المصري رقم 58 لسنة 1937 والمعدل في 2 أبريل لسنة 2018 القذف في المادة 302 الفقرة الأولى.. بأنه " يعد قاذفًا كل من أSEND لغيره - بواسطة إحدى الطرق المبينة بال المادة 171 من هذا القانون - أمورًا لو كانت صادقة لأوجبت عقاب من أSENTت إليه بالعقوبات المقررة لذلك قانونًا أو أوجبت احتقاره عند أهل وطنه". ^٤

من هنا - وطبقاً لهذه المادة - يمكن تعريف القذف بأنه إسناد واقعة محددة تستوجب عقاب من تنتسب إليه أو احتقاره إسناداً عليناً عمدياً.

^١- الإسراء: 23.

^٢- الكافي في فقه الإمام أحمد، مرجع سابق، ج 4، ص 97. وينظر بداع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ج 7، ص 42.

^٣- شرح قانون العقوبات-القسم الخاص، ماهر عبد شويس الدرة، المكتبة القانونية-بغداد، ص 246.

^٤- جرائم الإهانة والقذف والسب - معلقاً عليها بأحكام محكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا، المستشار العاقل، غريب أحمد، مركز معلومات النيابة الإدارية، مصر، ص 13.

وعرفه قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969، في المادة 433 فقرة (1) بأنه "إسناد واقعة معينة إلى الغير بإحدى طرق العلانية، من شأنها - لو صحت - أن توجب عقاب من أسننت إليه أو احتراره عند أهل وطنه".⁽¹⁾

"ومعلوم أن النظام الجنائي في المملكة العربية السعودية يتميز بخصيصة أساسية تفرق بينه وبين الأنظمة السائدة في الدول الأخرى، فالشريعة الإسلامية هي القانون العام في المملكة، وفي ضوئها ووفقاً لمبادئها تتحدد معالم هذا النظام".⁽²⁾

ومن هذا المنطلق فهو يتعامل مع حد القذف كما نص عليه فقهاء الإسلام، من حيث تعريفه ومقداره، ومن له الحق في رفعه أمام القضاء. ويكتفينا في هذا المقام بإيراد تعريف أحد المذاهب الفقهية كنموذج أو مثال؛ حيث قال الحنفية: "القذف في اللغة عبارة عن الرمي مطلقاً، ومنه القذافة والقذيفة للمقالع. والتقداف الترامي. وفي الشرع هو رمي خصوص وهو الرمي بالزنى صريحاً، وهو القذف الموجب للحد. وشرطه إحسان المقدوف وعجز القاذف عن إثباته بالبينة".⁽³⁾

ومن خلال استعراض التعريفات المختلفة في الأنظمة الجنائية السابقة يتضح أن القذف هو فعل الإسناد الذي ينصب على واقعة محددة من شأنها عقاب المجنى عليه، أو احتراره. والقذف جريمة عمدية دائمًا، والأصل فيه أن يكون علىً.

"والجريمة بهذه المعنى السابق يمكن أن تقع بواسطة شبكة الإنترنت، من بث رسالة تحتقر طائفه معينة، كما يمكن أن تقع بواسطة الصحافة المرئية، والمسموعة، والمكتوبة، أو عن طريق الإذاعة. فالأمر يتعلق بالواقعة المسندة لشخص ما، وتكون هذه الواقعه من الواقعه التي ينبع منها المجتمع وتشين صاحبها".⁽⁴⁾

ثانياً : علة التجريم :

"ترجع العلة في تحريم القذف إلى مساسه بشرف المجنى عليه واعتباره. ويتخذ هذا المساس صورة خطيرة. فالإسناد موضوعه واقعة محددة، مما يجعل تصديقها أقرب إلى الاحتمال، يفترض تحديدها أن لدى المتهم أدلة ثبتتها، أو على الأقل لم يصدر الإسناد إلا بعد أن اقتنع به.

والواقعة موضوع الإسناد خطيرة لتأثيرها على الشرف والاعتبار، إذ هي في بعض صورها - على الأقل - تهدد المجنى عليه بالعقوبة، والإستاد بعد ذلك علني مما يتتيح له مجالاً كبيراً من الذبوع فيهبط بشرف المجنى عليه لدى عدد كبير، وغير محدود من الناس، مما يعني جسامته الضرر الذي يحتمل نزوله به، وهذه الاعتبارات جعلت القذف أشد جسامته عن سائر جرائم الاعتداء على الشرف والاعتبار".⁽⁵⁾

¹- شرح قانون العقوبات-القسم الخاص، ماهر عبد شويش الدرة، مرجع سابق ص 246.

²- النظام الجنائي بالمملكة العربية السعودية – التنظيم القضائي والإجراءات- بعض الجرائم المقررة نظاماً، أحمد عبد العزيز الألفي، 1396هـ/1976م، ص 3.

³- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي (المتوفى: 743هـ) بحاشية: شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشلبي (المتوفى: 1021هـ) المطبعة الكبرى الأمريكية - بولاق، القاهرة، ط. 1، 1313 هـ، ج 3 ص 199.

⁴- الضوابط الشرعية لحماية حق الإنسان في اتصالاته الشخصية في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي، إبراهيم كمال إبراهيم محمد، دار الكتب القانونية- مصر، دار شتات للنشر والبرمجيات- مصر، 2010، ص 225.

⁵- الضوابط الشرعية لحماية حق الإنسان في اتصالاته الشخصية في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي، مرجع سابق، ص 226.

المطلب الثاني : أركان جريمة القدف :

لجريمة القدف ركنان أساسيان، هما الركن المادي والركن المعنوي، وسيتم تناولهما - بشيء من التفصيل - على النحو التالي :

أولاً : الركن المادي :

"يحتاج الركن المادي إلى ثلاثة عناصر أساسية، هي النشاط الإجرامي وهو فعل الإسناد. والثاني موضوع هذا النشاط. والثالث صفة هذا النشاط"⁽¹⁾.

1- فعل الإسناد: وهو نسبة الواقعه أو الأمر الشائن إلى المجنى عليه على سبيل الشك أو اليقين بأية وسيلة من وسائل التعبير عن المعنى كالقول أو الكتابة أو الإشارة. وينبغي أن يكون المجنى عليه محدداً تحديداً لا لبس فيه. لذلك يكفي أن تكون عبارات القدف موجهة على صورة يسهل فهم المقصود منها ومعرفة الشخص الذي يعنيه القاذف.

وما دام المشرع قد ذكر لفظ "بإحدى طرق العلانية" فقد أراد أن يشمل جميع الوسائل التقليدية والحديثة، ووسائل التكنولوجيا، وكل ما من شأنه أن يؤدي إلى الإفصاح عن هذا التعبير أو الرأي، حيث من الممكن أن يقع بواسطة شبكة الإنترنت، سواء بإرسال رسالة إلى جميع المشتركين في الشبكة بمجرد فتح الجهاز تجدها وتطلع عليها، ويمكن أن تكون كتابة أو بالصورة أو بالرموز أو الكاريكاتير، أو أي طريقة من الطرق التي يمكن أن تؤدي إلى النتيجة التي أرادها الجاني من فعله.

"وجريدة القدف تقوم على فعلين الأول هو الإفصاح عن الواقعه، والثاني هو ما يحدث في حالة التعبير عن الواقعه بإذاعتها عبر شبكة الإنترنت، سواء في الصحافة المكتوبة أو المسنوعة أو أي طريقة تعطيها صفة العلانية التي تفترضها الجريمة"⁽²⁾.

"ويستوي في الإسناد أن يكون على سبيل القطع، أو على سبيل الظن. كما يستوي فيه أن يكون صريحاً، أو ضمنياً، يفهم من سياق الكلام الذي تضمنه عن طريق التعرض أو التورية، أو الكتابة.

كما يستوي أن يكون بصيغة استفهامية، أو افتراضية، أو ردًا على استفهام موجه إلى الجاني نفسه"⁽³⁾.

2- موضوع الإسناد: حيث يشترط لتحقيق الركن المادي أن يكون موضوع الإسناد هو الواقعه التي يسندها المتهم إلى المجنى عليه، ويكون من شأنها المساس بشرفه واعتباره.

"ويشترط في هذه الواقعه أن تكون محددة أو معينة، وأن يكون من شأنها عقاب من تنسب إليه أو احتراره، ويجب أن يكون القدف موجهاً إلى شخص معين"⁽⁴⁾.

أ - تعين الواقعه: حيث لابد أن يكون الأمر الشائن معيناً ومحدداً. فإذا كانت العبارة الشائنة المسندة إلى المجنى عليه لا تتضمن إسناد واقعة معينة فالجريدة تعتبر سبباً لا قدفاً. فيعد قاذفاً من أنسنده إلى غيره أنه اختلس أموال القُصر الذين في

¹- جريمتا القدف والسب عن طريق الإنترت، أنسام سمير طاهر الحجامى، مجلة رسالة الحقوق، السنة السابعة العدد الثاني 2015، ص 340.

²- جريمتا القدف والسب عن طريق الإنترت، أنسام سمير طاهر الحجامى، مرجع سابق، ص 340.

³- الضوابط الشرعية لحماية حق الإنسان في اتصالاته الشخصية في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي، مرجع سابق، ص 230.

⁴- شرح قانون العقوبات-القسم الخاص، ماهر عبد شويف الدرة، مرجع سابق، ص 249.

وصايتها، وكذلك يعد قاذفًا من ينسب إلى قاضي أنه ارتضى في قضية حكم فيها." وقد تكون الواقعه غير محددة تحديداً كافياً تفصيلياً سواء من حيث الزمان أو المكان اللذين وقعت فيهما، فإذا كان بالإمكان تعين مالم يعين متى قامت الحاجة إلى الإثبات، وبذلك يبدو أن القانون يكتفي بتحديد نسيبي يذكر فيه العناصر الأساسية للواقعه"⁽¹⁾.

ب- أن تكون الواقعه من شأنها عقاب من تنسب إليه أو احتقاره: "حيث إن الأصل في القذف -الذي يستوجب العقاب قانوناً - أنه الذي يتضمن إسناد فعل يعد جريمة يقرر لها القانون عقوبة جنائية.

كما أنه يكفي أن يكون من شأنها تحثير الجني عليه عند أهل وطنه، ولا يشترط أن تكون الواقعه محقره في نظر جميع أهل الوطن الذي ينتهي إليه الجنيء عليه، بل يكفي أن تكون الواقعه محقرة عند أهل الجماعة التي يعيش فيها أو المهنة التي ينتهي إليها سواء كان الجنيء عليه من أهل الوطن أو أجنبياً.

ولا يشترط أن تكون الواقعه المسندة إلى الشخص كاذبة؛ إذ يستوي أن تكون صحيحة أو كاذبة"⁽²⁾.

ج- تعين الشخص الموجه إليه القذف : "يجب أن يكون فعل الإسناد موجهاً لشخص معين، ولا يشترط ذكر الاسم أو تعينه صراحة، بل يكفي تحديد شخصيتهغير ذلك من الأمارات كالزمان والمكان والمهنة. ويستوي في الشخص الموجه إليه القذف أن يكون شخصاً طبيعياً أو معنوياً"⁽³⁾.

"والقذف لا يكون معتبراً إلا عند توجيهه للأحياء، فإن قانون العقوبات المصري لم ينص على قذف الميت، لأن الأصل في القوانين أنها توضع لحماية الأحياء دون الأموات، وإن كانت بعض التشريعات الجنائية قد اتجهت إلى النص على جريمة تحثير الموتى بالقول أو بالإشارة، أو بأية طريقة أخرى، وتعاقب على الأخبار التي تمس ذكر المتوفى، كالقانون الفرنسي في المادة(34) من قانون الصحافة الصادر في 1881، إلا أنه لا يجوز القياس في نطاق التجريم طبقاً لمبدأ الشرعية (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص). كما أن الغاية من تجريم القذف هي حماية الإنسان في سمعته، وهذا الحق كسائر الحقوق ينقضي بوفاة صاحبه.

ومثل ذلك، أن ينشر على شبكة الإنترت عن امرأة متوفة أنها كانت تعاشر غير زوجها، أو أن ينسب إلى شخص متوفي أنه أحب أحد أبنائه من زنى"⁽⁴⁾.

3- صفة الإسناد وهي العلانية : لا يقوم القذف في صورته العادية إلا إذا كان إسناد الواقعه علانياً، حيث إن خطورة تلك الجريمة لا تكمن في العبارات المشينة وحدها، وإنما في إعلانها، وهذا ما اشترطته المادة(433) من قانون العقوبات العراقي "أن يكون إسناد الواقعه بإحدى طرق العلانية"⁽⁵⁾.

هذا وقد حددت المادة 171 من قانون العقوبات المصري "الطرق التي تتحقق بها العلانية وهي:

¹- شرح قانون العقوبات-القسم الخاص، ماهر عبد شويس الدرة، مرجع سابق، ص249.

²- جرائم الإهانة والقذف والسب - معلقاً عليها بأحكام محكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا، العاقل غريب أحمد، مركز معلومات النيابة الإدارية، ص15

³- جرائم الإهانة والقذف والسب - معلقاً عليها بأحكام محكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا، مرجع سابق، ص15.

⁴- الضوابط الشرعية لحماية حق الإنسان في اتصالاته الشخصية في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي، مرجع سابق، ص235.

⁵- شرح قانون العقوبات-القسم الخاص، ماهر عبد شويس الدرة، مرجع سابق، ص252.

١ - القول .. ويتحقق في إحدى الصور الثلاثة التالية: أ- الجهر بالقول أو الصياغ أو ترديده في مiful عام أو أي مكان مطروق. ب- الجهر بالقول أو الصياغ في مiful خاص بحيث يستطيع سماعه من يكون في Miful أو طريق عام أو أي مكان آخر مطروق. ج- إذاعة القول أو الصياغ بطريق اللاسلكي أو بأي طريقة أخرى.

٢ - الفعل أو الإياع: وتحقق العلانية إذا وقع الفعل أو الإشارة في Miful عام أو في أي مكان مطروق أو إذا وقع بحيث يستطيع رؤيته من كان في مثل الطريق أو المكان.

٣ - الكتابة.. وتحقق بإحدى وسائل ثلاث: أ - التوزيع: وتم عملية التوزيع إلى عدد من الناس بغير تمييز ، فإذا اقتصر التوزيع على عدد من الناس تربطهم صلة قرابة أو صداقة فلا تتوافر العلانية".

ب- التعريض للأنظار: وهي وضع الكتابة أو الرسوم في مكان ظاهر، بحيث يستطيع أن يراها من يكون في الطريق العام أو في مكان مطروق، أما إذا وضعت داخل مظروف فلا تتحقق العلانية.

ج - البيع والعرضة للبيع: والتي منها الحفل العام ، ويقصد به الاجتماع العام أو الطريق العام كالطرق العمومية والشوارع والميادين والمنتزهات العامة"^(١).

"ومن الواضح أن المشرع لم يحصر طرق العلانية، وإنما أورد الشائع الغالب من الحالات. فإذا اقتنعت المحكمة بأن الوسيلة التي استخدمها الجاني في إسناد العبارات الشائنة تتحقق بها العلانية فإن ذلك يكون كافياً لتحقيق جريمة القذف"^(٢).

ولونظرنا بشيء من التأمل للفقرة ١/ج لوجدناها تتحدث عن إذاعة الأمر الشائن عن طريق اللاسلكي أو أية طريقة أخرى. فهذه العبارة تشمل القذف عن طريق الإنترنـت باعتباره من وسائل إذاعة هذا الأمر المشين.

ثانياً : الركن المعنوي :

وهو القصد الجنائي، لأن القذف من الجرائم العمدية ، التي لابد فيها من انصراف إرادة الجاني فيها إلى إسناد الفعل المشين. وقد استقر القضاء على اعتبار القصد المتطلب قصداً عاماً لا خاصاً وهو العلم والإرادة، أي نتيجة إرادة الجاني إسناد عبارات القذف - بقصد إعلانها - مع علمه بأنه من شأن هذه العبارات إذا كانت غير معنية - تؤدي إلى احتقار المجنى عليه والمساس بشرفه وكرامته.

"وقد تكون عبارات القذف شائنة في ذاتها، فيكون عنصر العلم في هذه الحالة مفترضاً، فلا يعفى الفاعل من المساءلة دفعه بأنه يجهل معناها، ولكن يجوز له إقامة الدليل على أن العبارات التي تفوه بها لها في وطنه دلالة لا توجب الاحتقار، وأنه يجهل معناها في البيئة التي أذيعت فيها.

ومتى توافر القصد الجنائي بعنصره العلم والإرادة، فلا عبرة بعد ذلك بالبواشر التي دفعت الجاني إلى ارتكاب جريمته، فقد يكون الباعث هو الانتقام، أو الإضرار به عن طريق النيل من سمعته أو اعتباره. وقد يكون الباعث شريفاً، مما يقتضي التخفيف في العقاب"^(٣). وهذا متصور في نطاق الاتصالات والصحافة المرئية والمكتوبة، وشبكة الإنترنـت.

^١- جرائم الإهانة والقذف والسب - معلقاً عليها بأحكام محكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا، مرجع سابق، ص 16.

^٢- شرح قانون العقوبات-القسم الخاص، ماهر عبد شويس الدرة، مرجع سابق، ص 252.

^٣- القذف والسب عبر الإنترنـت- دراسة في قانون العقوبات العراقي، مني محمد بلو، ص 328.

كما أنه لا عبرة بحسن النية في قيام جريمة القذف، فقد أقرت محكمة النقض المصرية أنه "متى تحقق القصد في جريمة القذف لا يكون هناك محل للخوض في مسألة سلامنة النية، إلا في حدود ما يكون الطعن موجهاً إلى موظف عمومي، أو من في حكمه، فإذا لم يكن المدعىان بالحق المدني كذلك، فلا يقبل من الطاعن الأول أي دليل تقدم به لإثبات صحة ما قذف. وفي هذا ما يكفي لرفض إجابة طلب ضم الأوراق من الوجهة القانونية".⁽¹⁾

المطلب الثالث : عقوبة جريمة القذف :

تناولت القوانين الجنائية المختلفة عقوبة جريمة القذف. ومن هذه القوانين قانون العقوبات المصري، وقانون العقوبات العراقي، حيث فرقا بين جريمة القذف التي تحدث في ظروف عادلة فقررا لها عقوبة، وبين توافر حالات معينة شددا في العقوبة المقررة لها على النحو التالي:

أولاً : عقوبة جريمة القذف في الظروف العادلة :

حيث نصت المادة (303) فقرة أولى من قانون العقوبات المصري والمعدلة بالقانون رقم 93 لسنة 1995، والتي استبدلت بالقانون رقم 95 لسنة 1996، على أنه "يعاقب القاذف بالحبس مدة لا تتجاوز سنة وبغرامة لا تقل عن ألفين وخمسين ألف جنيه ولا تزيد على سبعة آلاف وخمسمائة جنيه أو إحدى هاتين العقوبتين".⁽²⁾

وبالنظر لهذه المادة نجدها قد وسعت من نطاق السلطة التقديرية للقاضي، فله أن يحكم بالحبس والغرامة "ألفين وخمسمائة جنيه" ولكن لم يضع حدًا أدنى للحبس، مما يتبع للقاضي أن يحكم بحده الأدنى العام.

كما نصت الفقرة الثانية من المادة (303) على أنه "يعاقب على القذف بالحبس مدة لا تتجاوز سنتين وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تزيد على عشرة آلاف جنيه أو إحدى هاتين العقوبتين إذا وقعت الجريمة في حق موظف عام أو شخص ذي صفة نيابة عامة أو مكلف بخدمة عامة، وكان ذلك بسبب أو أثناء أداء الوظيفة أو النيابة أو الخدمة العامة".⁽³⁾

والواضح أن العقوبة في هذه الحالة قد تم رفع حدتها الأقصى نظراً لتوافر حالة الموظف العام، دون وضع حد أدنى للعقوبة مما يتبع للقاضي أيضاً أن يحكم بالحد الأدنى العام.

"أما قانون العقوبات العراقي فقد وضع عقوبة جريمة القذف العلني في المادة (1/433) بالحبس حتى خمس سنوات أو بالغرامة حتى خمسين ألف دينار أو بهما معاً. أما عقوبة القذف غير العلني فتكون بمقتضى المادة (435) من قانون العقوبات العراقي وهي الحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر أو بغرامة لا تزيد على خمسين ألف ديناراً أو بهما معاً".⁽⁴⁾

ثانياً : الظروف المشددة لعقوبة القذف :

لقد تشدّد قانون العقوبات المصري في عقوبة القذف في حالات معينة، مع بقاء الجريمة كجناحة، ومن بين تلك الحالات ما نصت عليه المادة (307) من قانون العقوبات في قولها" إذا ارتكبت جريمة من الجرائم المنصوص عليها في المواد

¹- الضوابط الشرعية لحماية حق الإنسان في اتصالاته الشخصية في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي، مرجع سابق، ص 239.

²- الجرائم الناشئة عن إساءة استعمال الهاتف المحمول ومدى المسئولية عنها- دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، د. عبد المنعم أحمد سلطان عيد، دار الهضبة العربية- القاهرة، 2013، ص 408.

³- المرجع السابق، ص 409.

⁴- القذف والسب عبر الإنترنـت- دراسة في قانون العقوبات العراقي، مرجع سابق، ص 340.

من (181-185) و(303-306) بطريق النشر في إحدى الجرائد أو المطبوعات رفعت الحدود الدنيا والقصوى لعقوبة الغرامة المبينة في المواد المذكورة إلى ضعفها....⁽¹⁾.

أما قانون العقوبات العراقي فنص في المادة (2/433) على أنه "إذا وقع القذف بطريق النشر في الصحف أو المطبوعات أو بإحدى طرق الإعلام عَدَ ذلك ظرفاً مشدداً".

وترجع المحكمة في ذلك إلى أحكام المادة (2/136) عقوبات، فتحكم بأكثر من الحد الأقصى للعقوبة المقررة للجريمة، بشرط عدم تجاوز ضعف هذا الحد على ألا تزيد مدة الحبس على عشر سنوات".⁽²⁾

"وقياساً على ذلك: فإن هذه العقوبة المشددة تطبق على القذف الذي يقع عبر شبكة الإنترنت والصحافة الإلكترونية وغيرها من وسائل الاتصالات الحديثة، لأنها لا تقل خطورة عن الجرائد والمطبوعات".⁽³⁾

"أما النظام السعودي - وكما ذكرنا سابقاً - فإنه اتخذ من الشريعة الإسلامية منطلقاً لقوانينه المختلفة، وعقوبة القذف في الشريعة الإسلامية التي تأخذ بها وتطبّقها المملكة العربية السعودية هي الجلد ثمانون جلدة إذا وصل القذف إلى ما يوجب الحد وهو القذف بالزنى".⁽⁴⁾ أما إذا لم يصل القذف للحد - أي في حالة إذا لم يكن قذفاً بالزنى، خاصة إذا وقع عبر الشبكة المعلوماتية - فقد عالجه النظام السعودي في نظام مكافحة جرائم المعلوماتية في المادة الثالثة الفقرة الخامسة، حيث نصت على أنه "يعاقب بالسجن مدة لا تزيد عن سنة وبغرامة لا تزيد عن خمسة ألف ريال، أو بإحدى هاتين العقوبتين كل شخص يرتكب أيّاً من الجرائم الآتية التشهير بالآخرين وإلحاقضرر بهم عبر وسائل تقنيات المعلومات المختلفة".⁽⁵⁾

ولقد تشدد في العقاب في المادة السادسة الفقرة الأولى حيث نص على أنه "يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات وبغرامة لا تزيد على ثلاثة ملايين ريال، أو بإحدى هاتين العقوبتين كل شخص يرتكب أيّاً من الجرائم المعلوماتية الآتية:

1- إنتاج ما من شأنه المساس بالنظام العام أو القيم الدينية أو الآداب العامة أو حرمة الحياة الخاصة".⁽⁶⁾

وبالنظر إلى القوانين الجنائية التي أوردها نجدها متفقة في عدم إفلات القاذف من العقاب، وأيضاً تماشت تلك القوانين مع جسامته الضرر، فنجدتها تخفف في حالات التخفيف، وتتشدد في حالات التشدد، ولكنها اختلفت في المقدار المقرر للعقوبة في أي حالة من حالات ثبوت القذف، حيث نجد قانون العقوبات المصري قرر عقوبة الحبس بما لا يتجاوز سنتين في حالة الظروف العادية، وبغرامة لا تزيد عن عشرة آلاف جنيه، وفي حالة التشديد تكون العقوبة الضعف أو بإحدى هاتين العقوبتين.

أما قانون العقوبات العراقي فقد عاقب القاذف - في الظروف العادية - بالحبس بما لا يزيد على خمس سنوات وبالغرامة حتى خمسينية دينار. وفي حالة التشدد يكون العقاب بضعف هاتين العقوبتين في كل.

¹-الجرائم الناشئة عن إساءة استعمال الهاتف المحمول ومدى المسؤولية عنها- دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مرجع سابق، ص409

²- القذف والسب عبر الإنترنـت- دراسة في قانون العقوبات العراقي، مرجع سابق، ص340.

³- الجرائم الناشئة عن إساءة استعمال الهاتف المحمول ومدى المسؤولية عنها- دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مرجع سابق، ص409.

⁴- الكافي في فقه أهل المدينة، أبو عمري يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (المتوفى: 463هـ)

تحقيق: محمد محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط2، 1400هـ/1980م، ج2 ص1075.

⁵- النظام الجنائي بالمملكة العربية السعودية – التنظيم القضائي والإجراءات- بعض الجرائم المقررة نظاماً، مرجع سابق، 1396هـ-1976م، ص3 وما بعدها

⁶- موقع نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية السعودي، هيئة الاتصالات وتقنية المعلومات، <https://www.citc.gov.sa>.

أما النظام السعودي فقد أخذ نفس المنحى - إذا لم يصل القذف إلى حد الزنى - فعاقب في الظروف العادية بالحبس بما لا يزيد على سنة وبغرامة لا تزيد على خمسين ألف ريال، وفي حالة التشدد فقد عاقب بالحبس بما لا يزيد على خمس سنوات وبغرامة لا تزيد على ثلاثة ملايين ريال سعودي أو بإحدى هاتين العقوبتين في كلٍّ. أما إذا كان بالزنا فإنه يعاقب بالجلد ثمانين جلدة، ورد الشهادة والحكم بالفسق.

المطلب الرابع : القذف المباح :

بالرغم من توافر الأركان التي توجب تنفيذ عقوبة القذف إلا أنه في بعض الحالات يكون القذف مباحاً، وهذه الحالات هي :

الحالة الأولى : الطعن في أعمال الموظف العام، أو من في حكمه :

وهذا ما نصت عليه المادة(302) من قانون العقوبات المصري في فقرتها الثانية - بعد أن حددت في فقرتها الأولى أركان جريمة القذف - حيث نصت على " ومع ذلك فالطعن في أعمال موظف عام، أو شخص ذي صفة نيابة عامة، أو مكلف بخدمة عامة لا يدخل تحت حكم هذه المادة، إذا حصل بسلامة نية، وكان لا يتعدى أعمال الوظيفة أو النيابة أو الخدمة العامة، وبشرط إثبات حقيقة كل فعل أنسد إليه".⁽¹⁾

الحالة الثانية : إخبار الحكم القضائيين أو الإداريين بأمر مستوجب لعقوبة فاعله :

حيث نصت المادة (304) من قانون العقوبات المصري على أنه "لا يحکم بهذا عقاب - أي عقوبة القذف - على من أخبر بالصدق، وعدم سوء القصد، الحكم القضائيين، والإداريين بأمر مستوجب لعقوبة فاعله".⁽²⁾

الحالة الثالثة : حق الدفاع أمام المحاكم :

"حيث تذهب غالبية التشريعات الجنائية الحديثة إلى النص صراحة على إعفاء الخصوم في الدعاوى من الخضوع لها بالنسبة؛ لما قد يصدر عنهم شفوياً أو تحريرياً من أقوال تكون جرائم في الأصل، أثناء تقديم دفاعهم أمام المحاكم تمكيناً لهم من الدفاع عن حقوقهم".⁽³⁾ وهذا ما نصت عليه المادة(309) من قانون العقوبات المصري، حيث جاء فيها: "لا تسري أحكام المواد 302، 303، 305، 306، 308، على ما يسنه أحد الخصوم لخصمه في الدفاع الشفوي، أو الكتابي أمام المحاكم، فإن ذلكلا يترتب عليه إلا المقاضة المدنية".⁽⁴⁾

الحالة الرابعة : حق النقد ونشر الأخبار:

وهذا ما نصت عليه المادة (7) من قانون تنظيم الصحافة لسنة 1996 ، على أنه "لا يجوز أن تكون المعلومات الصحيحة التي ينشرها الصحفي سبباً للمساس بأمنه" كما نصت المادة(9) من نفس القانون على أن "للصحفي حق الحصول على المعلومات والإحصاءات والأخبار المباح نشرها طبقاً للقانون من مصادرها" كما نصت أيضاً المادة (9) على أنه "يحظر

¹- الضوابط الشرعية لحماية حق الإنسان في اتصالاته الشخصية في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي، مرجع سابق، 241.

²- المراجع السابق، ص 241.

³-شرح قانون العقوبات-القسم الخاص، ماهر عبد شويف الدرة، ، مرجع سابق، ص 256.

⁴- الضوابط الشرعية لحماية حق الإنسان في اتصالاته الشخصية في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي، مرجع سابق، ص 233.

فرض أي قيود تعوق تدفق المعلومات". أما حق النقد فقد نصت المادة (47) من الدستور المصري "أن حرية الرأي مكفولة، ولكل إنسان حرية التعبير عن رأيه، ونشره بالقول، أو الكتابة، أو التصوير ، أو غير ذلك من وسائل التعبير في حدود القانون".

ويشترط لإباحة النقد: "أن تكون الواقعية صحيحة، أو يعتقد الجنائي بصحتها، وأن تكون هذه الواقعية مهمة للجمهور، وأن ينصرف النقد إلى الواقعية بصفة أساسية، وأن يكون الناقد حسن النية"⁽¹⁾.

الحالة الخامسة : القذف في حالة الغضب :

وهذا ما أخذ به القانون الجنائي العراقي، حيث ذهب إلى "إعفاء الجنائي من العقاب إذا كان قد ارتكب القذف وهو في حالة غضب فور وقوع اعتداء ظالم عليه، وهذا مانصت عليه المادة (436) الفقرة الثانية من القانون الجنائي العراقي"⁽²⁾.

المبحث الثالث : مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين الجنائية الوضعية بشأن جريمة القذف عبر شبكة المعلومات الدولية :

بعد ما عرضنا له من تناول القوانين الجنائية والفقه الإسلامي لجريمة القذف المرتكبة عبر شبكة المعلومات الدولية، يتبقى لنا أن نعقد مقارنة بين الاثنين حتى نبين أوجه الاتفاق وأوجه الاختلاف بينهما :

أولاً : أوجه الاتفاق :

- 1 - اتفق الاثنين على تحريم القذف لمساسه بشرف الإنسان واعتباره، باعتبارهما من حقوقه الشخصية.
- 2 - ضرورة توافر أركان الجريمة، من حيث الركن المادي المتمثل في السلوك الإجرامي، وأيضاً الركن المعنوي من حيث العلم والإرادة المتوجهة لاقتراف هذه الجريمة.
- 3 - ضرورة توقيع عقوبة على القاذف، تؤدي في النهاية، إلى ردعه وردع أمثاله، من يخوضون في أعراض الناس دون دليل، وإن جاء الاختلاف بينهما في مقدار وكيفية العقوبة، ولكن يبقى أنهما متفقان من حيث المبدأ.
- 4 - تقرير بعض الاستثناءات في توقيع عقوبة القذف، مما يجعل القذف مباحاً في تلك الحالات، وإن جاء الاختلاف في نوعية هذه الاستثناءات، ولكن يبقى الاتفاق من حيث الأساس.

ثانياً : أوجه الاختلاف :

- 1 - لفظ القذف في الفقه الإسلامي لابد أن يكون صريحاً بالمعنى، أما ألفاظ التعرض والكناية فلا تعتبر قذفاً إلا بعد انصراف النية لإرادة القذف. أما القوانين الجنائية فأخذت في اعتبارها أن أي لفظ من شأنه المساس بالشرف والاعتبار يكون كافياً لتتوقيع عقوبة القذف. وهنا نقول بتفوق الفقه الإسلامي في هذه المسألة ، حيث إنه فرق بين الطعن في الشرف والاحتقار، فقرر الجلد وعدم قبول الشهادة والحكم بالفسق عند الطعن في الشرف، لعظم الفعل، وقرر عقوبة التعزير عند الاحتقار والمساس بالاعتبار.

¹ -- الضوابط الشرعية لحماية حق الإنسان في اتصالاته الشخصية في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي، مرجع سابق، ص 234.

² - شرح قانون العقوبات-القسم الخاص، ماهر عبد شويس الدرة، مرجع سابق، ص 256.

2 - يحتاج الركن المادي في القوانين الجنائية الوضعية إلى ثلاثة عناصر أساسية، هي النشاط الإجرامي وهو فعل الإسناد موضوع هذا النشاط وهو الواقع، والثالث صفة هذا النشاط وهو كونه علنياً، أما في الفقه الإسلامي فإن الركن المادي يتحقق بالرمي بالزنى، أو عند نفي النسب.

وهذه نقطة أخرى يتفوق فيها الفقه الإسلامي، على القوانين الوضعية، لأنه يجعل من السهل إثبات جريمة القذف، وذلك بمجرد الرمي أو النفي، مما يسهل معه تطبيق تلك العقوبة في حالة ارتكابها عبر شبكة المعلومات الدولية، كونه محدداً بلفاظ معينة لا تحتاج مزيد بحث أو دلائل.

3- أيضاً في الأركان، حيث يشترط في القوانين الجنائية الوضعية ركن العلانية، أما الفقه الإسلامي فيكفي أن يقع القذف بين القاذف والمقدوف، دون أن يسمع بهما أحد، ويقام الحد على القاذف بإقراره.

وهذا نقطة أخرى لصالح الفقه الإسلامي، حيث إنه يتسع في وسائل إثبات حد القذف، مما يتيح للمقدوف التشفى ورد اعتباره مما هو منسوب إليه، وأيضاً الفقه الإسلامي يدعو دائماً إلى الستر، فمن الممكن أن يعفو المقدوف عن القاذف دون أن يشيع الأمر وينتشر. أما القوانين الوضعية فبشرطها للعلانية تسمح بالانتشار والذيع ما يسد الباب أما العفو؛ نظراً لمحاولة المقدوف إثبات براءته أمام الناس.

4 - لقد وضع الفقه الإسلامي شروطاً معينة للقاذف والمقدوف يجب توافرها، أما القوانين الجنائية الوضعية فلم تتطرق لمثل هذه الشروط؛ مما يعطي أفضلية للفقه الإسلامي في حماولة درئه للحد والأخذ بجانب الستر وعدم إشاعة الفحشاء وتماشيه مع السنة في درء الحدود بالشبهات.

5- في جانب العقوبة، قرر الفقه الإسلامي ثلاثة أحكام عند إثبات جريمة القذف، وهي الجلد ثمانون جلدة، وعدم قبول الشهادة، والحكم بفسق القاذف.

أما في القوانين الوضعية فالأمر لا يتعدى كونه جنحة، يكون العقاب عليها بالسجن أو الغرام، أو إحدى هاتين العقوبتين. ونقول هنا : إن كثيراً من الناس يتلوك الأموال ليفتدى بها نفسه من العقاب، مما يسل عليه الخوض في الأعراض ، مadam قادرًا على افتداء نفسه، وأيضاً العقوبة بالحبس يحدث فيها عفو بعد مدة معينة، مما يستتبع القول إن العقوبة المقررة في القوانين الوضعية لا تتحقق الردع الخاص أو العام.

أما الفقه الإسلامي فيتقريره لهذه العقوبات يتحقق هذا الردع، لأن العقوبة شخصية تمتد بدن وجسد القاذف، وأيضاً يلحقه العار حتى بعد توقيع العقوبة في عدم قبول شهادته ، ويكون محكوماً عليه بالفسق بين أفراد المجتمع. فبدلاً من إلحاق العار بالمقدوف يتبدل الأمر فيلحقه هو العار! مما يجعله يتحرى الدقة قبل الإقدام على مثل هذا الأمر.

وفي ذلك تنقية للمجتمع من الفواحش ، وحفظ للأعراض، وصيانة لتماسك عرى المجتمع وعدم تفككه، ويعث روح المحبة والطمأنينة بين أفراده، لأنهم يحترمون بعضهم البعض.

6- بالنسبة لحفظ العرض حتى بعد الوفاة، فقد أحسن الفقه الإسلامي عندما قرر عدم سقوط حد القذف حال وفاة المقدوف، حيث ينتقل الحق للورثة في إقامة الدعوى على القاذف، لأنهم يلحقهم العار لانتمائهم إليه.

أما القوانين الجنائية فقد أسقطت عقوبة القذف عند وفاة المقدوف، معللة ذلك بأن هذا الحق ينقضي بوفاة صاحبه كسائر الحقوق.

الخاتمة :

تعرفنا في هذا البحث على جريمة القذف عبر شبكة المعلومات الدولية في القوانين الجنائية الوضعية وعملة تجرييدها. وتعرفنا على أركان جريمة القذف وعقوبتها. كما تعرفنا على القذف المباح. وتناولنا جريمة القذف عبر شبكة المعلومات الدولية من منظور الفقه الإسلامي، أركانها وعقوبتها وكذلك مساقط العقوبة من منظور الفقه الإسلامي. ثم عقدنا مقارنة سريعة بين الفقه الإسلامي والقوانين الجنائية بشأن جريمة القذف عبر شبكة المعلومات الدولية. نسأل الله أن ينفع بهذا البحث وأن يكون إضافة جيدة للمهتمين بهذا الأمر.

وبالله التوفيق وعلى الله قصد السبيل. وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

• المراجع والمصادر :

- 1- الاختيار لتعليق المختار، عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي البلدي، مجد الدين أبوالفضل الحنفي (المتوفى: 683هـ) بتعليقات: الشيخ محمود أبو دقique، مطبعة الحلبي - القاهرة، 1356 هـ - 1937 م.
- 2- الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشرباني الشافعي، تحقيق: مكتب البحوث والدراسات - دار الفكر، - بيروت.
- 3- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الكاساني، دار الكتب العلمية، 1406 هـ - 1986 م.
- 4- بداية المجتهد ونهاية المقتضى، ابن رشد الحفيد، دار الحديث - القاهرة.
- 5- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلّيُّ، عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي (المتوفى: 743هـ) بحاشية: شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشلّيُّ (المتوفى: 1021هـ) المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، ط 1، 1313 هـ.
- 6- تحفة الفقهاء، محمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين السمرقندى، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط 1414، 2هـ - 1994 م.
- 7- التفسير الوسيط للقرآن الكريم، د/ محمد سيد طنطاوي، دار نهضة مصر ، الفجالة - القاهرة.
- 8- تحفة المحتاج في شرح المنهاج، أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيثمي، المكتبة التجارية الكبرى بمصر، 1357 هـ - 1983 م.
- 9- جرائم الإهانة والقذف والسب - معلقاً عليها بأحكام محكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا، المستشار العاقل غريب أحمد، مركز معلومات النيابة الإدارية، مصر.
- 10- جرائم الناشئة عن إساءة استعمال الهاتف المحمول ومدى المسؤولية عنها - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، د. عبدالمنعم أحمد سلطان عيد، دار النهضة العربية - القاهرة، 2013.
- 11- جريمتا القذف والسب عن طريق الإنترنت، أنسام سمير طاهر الحجامى، مجلة رسالة الحقوق، السنة السابعة العدد الثاني 2015.
- 12- حاشية الشيخ العثيمين وتعليقات الشيخ السعدي، خرج أحاديثه: عبد القدوس محمد نذير، دار المؤيد - مؤسسة الرسالة.

- 13- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (المتوفى: 1230هـ) دار الفكر - بيروت.
- 14- حاشية الشيخ العثيمين وتعليقات الشيخ السعدي، خرج أحاديث عبد القدوس محمد نذير، دار المؤيد - مؤسسة الرسالة.
- 15- الروض المربع شرح زاد المستقنع، منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلي.
- 16- سنن الترمذى، تحقيق وتعليق: أحمد محمد شاكر و محمد فؤاد عبد الباقي وإبراهيم عطوة عوض، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابى الحلبي - مصر، ط1395هـ، 2، 1975 م.
- 17- شرح صحيح البخارى لابن بطال. تحقيق: أبو قيم ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد - السعودية، الرياض، ط2، 1423هـ - 2003م.
- 18- شرح قانون العقوبات - القسم الخاص، ماهر عبد شوיש الدرة، المكتبة القانونية - بغداد.
- 19- شرح مختصر الطحاوى، أحمد بن علي أبو بكر الرازى الجصاچن الحنفي، دار البشائر الإسلامية - ودار السراج، ط1431هـ - 2010 .
- 20- صحيح البخارى، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، ط1، 1422هـ.
- 21- صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي - بيروت
- 22- الضوابط الشرعية لحماية حق الإنسان في اتصالاته الشخصية في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي، إبراهيم كمال إبراهيم محمد، دار الكتب القانونية، ودار شتات للنشر والبرمجيات - مصر، 2010.
- 23- فتح القدير، ابن الهمام، دار الفكر - بيروت.
- 24- القذف والسب عبر الإنترنـت - دراسة في قانون العقوبات العراقي، منى محمد بلو.
- 25- الكافي في فقه الإمام أحمد، محمد بن قدامة المقدسي، دار الكتب العلمية، ط1، 1414هـ - 1994 م.
- 26- الكافي في فقه أهل المدينة، أبو عمر القرطبي. تحقيق: محمد محمد أحيد ولد ماديک الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط2، 1400هـ/1980م.
- 27- كتاب العين، أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن قيم الفراهيدي البصري (المتوفى: 170هـ) تحقيق: د مهدي المخزومي، د إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال.
- 28- المبسوط، السرخيسي، دار المعرفة - بيروت، 1414هـ - 1993 م.
- 29- أخلى بالآثار، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسى القرطبي الظاهري (المتوفى: 456هـ) دار الفكر - بيروت.
- 30- مختصر المزنى، دار المعرفة - بيروت، 1410هـ/1990م.
- 31- المدونة، الإمام مالك بن أنس، دار الكتب العلمية، ط1، 1415هـ - 1994 م.
- 32- مسند البزار المنشور باسم البحر الزخار، تحقيق: محفوظ الرحمن زين الله، وعادل بن سعد، وصبري عبد الحال الشافعى، مكتبة العلوم والحكم - المدينة المنورة، ط1 (بدأت 1988م، وانتهت 2009م).
- 33- المغني لابن قدامة، مكتبة القاهرة.
- 34- مغني الحاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربى الشافعى، دار الكتب العلمية، ط1، 1415هـ - 1994 م

- 35- مفاتيح الغيب - التفسير الكبير، أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازى الملقب بفخر الدين الرازى خطيب الري (المتوفى: 606هـ) دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط3، 1420 هـ ج 23 ص 320.
- 36- المذهب في فقه الإمام الشافعى، أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازى، دار الكتب العلمية.
- 37- موقع نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية السعودية، هيئة الاتصالات وتقنية المعلومات، www.citc.gov.sa.
https://
- 38- النتف في الفتاوى، أبو الحسن السُّعْدِي، تحقيق د. صلاح الدين الناهي، دار الفرقان، مؤسسة الرسالة - عمان الأردن / بيروت لبنان، ط 1404، 2 - 1984.
- 39- النظام الجنائي بالمملكة العربية السعودية - التنظيم القضائي والإجراءات - بعض الجرائم المقررة نظاماً، أحمد عبدالعزيز الألفي، 1396هـ - 1976م.

ميراث الجدات : دراسة فقهية مقارنة بقوانين الأحوال الشخصية



د.أحمد عبد القادر محمد البهـي

أستاذ مساعد بكلية الدراسات
القضائية والأنظمة جامعة أم القرى
بمكة المكرمة- المملكة العربية السعودية

المقدمة :

يستعرض هذا البحث صنفًا من الوارثات من ذوي الفروض ثبت استحقاقهن للميراث عن طريق السنة، وإجماع الأمة، يتمثل في مسمى "الجدات". ولأن الجدة اسم يطلق على كل أنثى لها على الميت ولادة غير مباشرة، وقع الخلاف بين أهل العلم في عدد المستحقات للميراث منهن حيث إن السنة لم يرد فيها تقييداً لهذا الإطلاق، إنما هي أقوال، ونقول لا تخلو من مقال.

ما دعا القنّوجي أن يقول: التفاصيل والتفسيرات المذكورة في الكتب - عن ميراث الجدات - ينبغي إمعان النظر في مستنداتها، ومفرد اجتهد فرد من أفراد الصحابة ليس بمحجة على أحد، وكذلك اجتهد جماعة منهم لم يبلغوا حد الإجماع. فجاء هذا البحث لبيان تلك المسائل الخلافية للوقوف على أدلة كل قول، والاعتراضات الواردة على كل منها؛ مع بيان الرابع منها.

فضلاً عن ذلك قامت سائر قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية بتنظيم أحكام ميراث الجدة على وفق ما جاء في الفقه الإسلامي، غير أنها سلكت في ذلك ثلاثة اتجاهات: الأول منها تبني موقف المذهب المالكي في عدد الجدات المستحقات للميراث، والمسائل المتعلقة بالحجب، ومن أخذ به القانون التونسي، والجزائري، والموريتاني، في حين أن الاتجاه الثاني تبني موقف المذهب الحنفي في عدد الجدات المستحقات للميراث، والمسائل المتعلقة بالحجب، ومن ذهب إلى ذلك القانون المصري، السوداني، السوري، الأردني، الكويتي.

أما الاتجاه الثالث: فقد أخذ بالتلتفيق بين المذهبين فتبني موقف المذهب الحنفي في عدد الجدات المستحقات للميراث، بينما تبني موقف المذهب المالكي في بعض المسائل المتعلقة بالحجب، ومن ذهب إلى ذلك القانون القطري، والإماراتي. ومن هنا تأتي أهمية هذه الدراسة، وهو الوقوف على أقوال الأئمة المجهدين في الفقه الإسلامي مع بيان ما يجري عليه العمل في قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية، حتى لا ينفصل الجانب العلمي عن الواقع العملي.

وقد اعتمدت في بيان ذلك أسلوب المقارنة بين مذاهب الفقه الإسلامي ثم الموازنة بينها وبين قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية.

ولقد انتظم هذا البحث على مقدمة وتمهيد وثلاثة فصول وخاتمة، وذلك على النحو التالي:
المقدمة : وتشتمل على:

أهمية البحث.

خطة البحث.

التمهيد: التعريف بالجدة ومشروعية ميراثها، ويشتمل على مطلبين:
المطلب الأول : تعريف الجدة.

المطلب الثاني : مشروعية ميراث الجدات.

الفصل الأول : الجدات المستحقات للميراث.

الفصل الثاني : ميراث الجدات، ويشتمل على ثلاثة مباحث:
المبحث الأول : نصيب الجدة.

المبحث الثاني: الرد على الجدة.

المبحث الثالث : نصيب الجدة ذات القرابتين.

الفصل الثالث : حجب الجدات، ويشتمل على مباحثين:

المبحث الأول : حجب الجدات بالأبوين، ويشتمل على مطلبين:
المطلب الأول : حجب الجدات بالأم

المطلب الثاني : حجب الجدات بالأب ويشتمل على فرعين:

الفرع الأول : ميراث الجدة لأم مع الأب

الفرع الثاني : حجب الجدة لأب بالأب

المبحث الثاني : حجب الجدات بعضهن البعض، ويشتمل على مطلبين:
المطلب الأول : حجب الجدات المتحاذيات

المطلب الثاني : حجب الجدات غير المتحاذيات، ويشتمل على فرعين :

الفرع الأول : حجب الجدة البعدى بالقربى عند اتحاد الجهة

الفرع الثاني : حجب الجدة البعدى بالقربى عند اختلاف الجهة، ويشتمل على مسئلتين:

المسئلة الأولى : حجب الجدة لأب البعدى بالجدة لأم القربي

المسئلة الثانية : حجب الجدة لأم البعدى بالجدة لأب القربي

الخاتمة: وتشتمل على ما توصلت إليه من نتائج في هذا البحث.

• الدراسات السابقة :

ومنها وقفت عليه من دراسات سابقة :

- الوافي في ميراث الجدات، د. حميد طه يس، بحث منشور في مجلة كلية الإمام الأعظم الجامعة، العدد (18) لسنة 1435هـ 2014م. يتناول هذا البحث الموضوع محل الدراسة، من خلال دراسة فقهية مقارنة مختصرة، ولم يتناول الجانب القانوني المتعلق بموضوع البحث.

- سلسلة مقالات عن ميراث الجدة، إعداد أ/ محمد الجوهرى، قسم الدعوة وأصول الدين، كلية العلوم الإسلامية - جامعة المدينة العالمية ، شاه علم - ماليزيا. كذلك تتناول هذا السلسلة من المقالات الموضوع محل الدراسة، من خلال المقارنة المختصرة بين المذاهب الفقهية، ولم يتناول الجانب القانوني المتعلق بموضوع البحث.

- هل ترث الجدة وابنها حي؟ جمع وإعداد: إبراهيم بن إبراهيم العلي المحسن، بحث منشور في مجلة العدل، العدد (43) رجب 1430هـ. يتناول هذا البحث الموضوع محل الدراسة، من خلال دراسة جزئية لمسألة ميراث الجدة لأب مع الأب من خلال المقارنة بين المذاهب الفقهية، ولم يتناول جميع المسائل المتعلقة بميراث الجدات بالدراسة، فضلاً عن الجانب القانوني المتعلق بموضوع البحث.

في حين أن بحثي محل الدراسة يقوم بعد الدراسة الفقهية على المقارنة بين القوانين في البلاد العربية المتعلقة بذات موضوع البحث، مع بيان الاتجاه الفقهي الذي أخذ به كل قانون، ومواضع الاتفاق والخلاف فيما بينها، حيث إن بعض تطبيقاتها القضائية تتفاوت أحکامها فيما بينها في بعض الجزئيات، حتى لا ينفصل الجانب العلمي عن الواقع العملي والله أعلم بالإعانة والإمداد، والهداية إلى طريق الرشاد، وما توفيقني إلا بالله، وهو حسبي ونعم الوكيل.

التمهيد :

التعريف بالجدة ومشروعيّة ميراثها

ويشتمل على مطلبين :

المطلب الأول : تعريف الجدة :

الجدة في اللغة :

تطلق على كل امرأة يرجع نسبك إليها بالولادة من جهة أبيك أو من جهة أمك بدرجة أو درجات سواء رجعت إليها بذكره، أو بإيّان، فللمرأة جدتان أم أمه وأم أبيه، ثم لكل واحد من الأبوين جدتان، وهكذا كلما ارتفعت الدرج درجة تضاعف عدد الجدات، فالجدودة اسم للمرتبة الثانية من ولادة الإنسان.⁽¹⁾

الجدة في الاصطلاح :

تبينت عبارات الفقهاء في التعريف بالجدة الوارثة؛ تبعًا لاختلاف أنظارهم في عدد الجدات المستحقات للميراث، يمكن أن نجملها في أربعة تعريفات :

(1) ينظر: أبو الخطاب الكلوذاني، محفوظ بن أحمد بن الحسن، التهذيب في علم الفرائض والوصايا، تحقيق: محمد أحمد الخولي، مكتبة العبيكان - الرياض، ط الأولى 1995م، الصفحة 117، د. جمعة محمد براج، أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية، دار يافا العلمية، عمان، تاريخ النشر 1999م، الصفحة 408

الجدة الوارثة، جدتان هما: أم الأم وأمهاتها بمحض الإناث، وأم الأب وأمهاتها بمحض الإناث، وبه قال المالكية.⁽¹⁾
الجدة الوارثة، ثلاث جدات، هن: أم الأم وأمهاتها بمحض الإناث، وأم الأب وأمهاتها بمحض الإناث، وأم الجد وأمهاتها بمحض الإناث، وبه قال الحنابلة.⁽²⁾
الجدة الوارثة، كل من تدلي بوارث، أما غير الوارثة فهي كل جدة يدخل في نسبتها إلى الميت رجل بين امرأتين، وبه قال الحنفية،⁽³⁾ والشافعية.⁽⁴⁾
الجدة الوارثة: كل امرأة لها على المتوفى ولادة غير مباشرة ويرتفع نسبة إليها بالنيابة بواسطة سواء كانت من جهة الأب أم من جهة الأم، وبه قال الظاهرية.⁽⁵⁾ نلحظ من هذا التعريف أنه يُثبت الميراث لجميع الجدات، ولم يجعل فيهن ساقطة، بخلاف التعريف الثلاثة السابقة حيث ذهبوا إلى تقسيم الجدات إلى نوعين: جدة صحيحة، وجدة غير صحيحة، والجدة الصحيحة هي التي ترث بالفرض أما الجدة غير الصحيحة فهي الساقطة؛ لأنها من ذوي الأرحام.
الجدة في الاصطلاح القانوني:

تعددت العبارات المتعلقة بتعريف (الجدة الوارثة) في قوانين الأحوال الشخصية، وذلك لاختلاف وجهات أنظارهم، فمن نظر إلى موضوعها عرفها بأنها: هي التي لا يدخل في نسبتها إلى الميت ذكر بين أنثيين.⁽⁶⁾
وقيل: هي التي لا يدخل بينها بين الميت جد غير وارت.⁽⁷⁾
وقيل: هي التي لا يدخل في نسبتها إلى الميت جد رحمي.⁽⁸⁾
وقيل: هي التي تدلي بوارث.⁽⁹⁾
ومن نظر إلى صاحبتها عرفها بأنها: أم أحد الأبوين أو الجد العاصب وإن علت.⁽¹⁰⁾

ونلحظ من جميع هذه التعريف السابقة أنها تبنت موقف المذهب الحنفي والشافعي في الجدات المستحقات للميراث، في حين أن بعض القوانين تبنت موقف المذهب المالكي وعرفت الجدة الوارثة بأنها: الجدة للأم بشرط عدم الانفصال بذكرها، وللأب بشرط عدم الانفصال بذكر غير الأب.⁽¹¹⁾

(1) ينظر: للقاضي عبد الوهاب البغدادي، أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الشعبي البغدادي المالكي، عيون المسائل، تحقيق: علي محمد إبراهيم بوروبية، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت- لبنان، ط الأولى، 2009 م، الصفحة 634.

(2) ينظر: ابن قدامة، أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، الجزء السادس، مكتبة القاهرة، بدون طبع، تاريخ النشر 1968، الصفحة 301.

(3) ينظر: السرخسي، شمس الدين أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، دراسة وتحقيق: خليل محبي الدين المليس، الجزء التاسع والعشرون، بدون طبعة، دار المعرفة، بيروت، تاريخ النشر 1993م، الصفحة 165.

(4) ينظر: إمام الحرمين ، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجوني، نهاية المطلب في دراية المذهب، الجزء التاسع، حققه أ.د/ عبد العظيم محمود الدبيب، الناشر: دار المنهاج، ط الأولى، 2007م الصفحة 72.

(5) ينظر: ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلي بالآثار على المجل بالاختصار، الجزء الثامن، دار الفكر، بيروت، بدون طبعة وبدون تاريخ، الصفحة 291 رقم المسألة (1730).

(6) ينظر: المادة (271) من قانون الأحوال الشخصية السوداني للمسلمين لسنة 1991م.

(7) ينظر: المادة (299) من قانون الأحوال الشخصية اليماني رقم (20) لسنة 1992م.

(8) ينظر: الفقرة (2) من المادة (265) قانون الأحوال الشخصية السوري القانون 59 لعام 1953، طبقاً للتعديل الأخير الذي صدر في 2/6/1440 هجري الموافق لـ 2019/2/7 ميلادي.

(9) ينظر: الفقرة (3) من المادة (321) قانون الأحوال الشخصية الإماراتي القانون الاتحادي رقم (28) لسنة 2005م.

(10) ينظر: المادة (14) من قانون الأحوال الشخصية المصري قانون المواريث رقم (77) لسنة 1943، والمادة (303) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي المعدل (61) لسنة 1996، (29) لسنة 2004، (66) لسنة 2007.

(11) ينظر: الفصل (90) الميراث في مجلة الأحوال الشخصية التونسي 13/8/1956م

هذا يجعل ما جاء من تعاريف عن الجلة الوراثة في قوانين الأحوال الشخصية بالدول العربية التي أشارت إلى تعريف الجلة الوراثة في ثانياً موادها القانونية.

المطلب الثاني : مشروعية ميراث الجدات :

الأصل في ميراث الجدات السنة وإجماع الأمة، قال السرخسي: الجدة صاحبة فرض وفرضيتها، وإن كانت لا تتلى في القرآن فهي ثابتة بالسنة المشهورة، وإجماع الصحابة والسلف والخلف وكفى بإجماعهم حجة.^(١) وفيما يلي سرد هذه الأدلة:
الدليل الأول: ما جاء من السنة :

الحادي الأول: عن بريدة بن الحصيف رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل لـ الجلة السادس إذا لم يكن دونها أم. (2)

الحادي الثاني : عن قبيصة بن ذؤيب، أَنَّهُ قَالَ: جَاءَتِ الْجَدَةُ إِلَى أَبِي بَكْرِ الصَّدِيقِ تَسَأَّلَهُ مِيرَاثَهَا، فَقَالَ لَهَا أَبُو بَكْرٌ: مَا لَكِ فِي كِتَابِ اللَّهِ شَيْءٌ، وَمَا عَلِمْتُ لَكِ فِي سَنَةِ رَسُولِ اللَّهِ شَيْئاً، فَأَرْجِعِي حَتَّى أَسْأَلَ النَّاسَ، فَسَأَلَ النَّاسَ، فَقَالَ الْمُغِيرَةُ بْنُ شَعْبَةَ حَضَرَتْ رَسُولُ اللَّهِ أَعْطَاهَا السُّدُسَ، فَقَالَ أَبُو بَكْرٌ: هَلْ مَعَكَ غَيْرُكَ؟ فَقَامَ مُحَمَّدُ بْنُ مَسْلَمَةَ الْأَنْصَارِيُّ، فَقَالَ مِثْلَ مَا قَالَ الْمُغِيرَةُ، فَانْفَذَهُ لَهَا أَبُو بَكْرُ الصَّدِيقُ، ثُمَّ جَاءَتِ الْجَدَةُ الْأُخْرَى إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ تَسَأَّلَهُ مِيرَاثَهَا؟ فَقَالَ لَهَا: مَا لَكِ فِي كِتَابِ اللَّهِ شَيْءٌ، وَمَا كَانَ الْقَضَاءُ الَّذِي قُضِيَ بِهِ إِلَّا لِغَيْرِكَ، وَمَا أَنَا بِزَائِدٍ فِي الْفَرَائِضِ شَيْئاً، وَلَكَنَّهُ ذَلِكَ السُّدُسُ، فَانْحَمَمَتْ مَعَهُ بَنِكُمَا، وَاتَّكُمَا خَلَتْ بِهِ لَهَا. (3)

الحادي عشر: عَنْ عَبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ قَالَ: «إِنَّ مِنْ قَضَاءِ رَسُولِ اللَّهِ أَنَّهُ قَضَى لِلْجَدَّيْنِ مِنَ الْمِيرَاثِ بَيْنَهُمَا السُّدُسُ سَوَاءً»⁽⁴⁾

الحادي الرابع: عن إبراهيم النخعي، قال: «أطعْمَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ ثَلَاثَ جَدَاتٍ سُدُسًا قَالَ قُلْتُ لِإِبْرَاهِيمَ مَنْ هُنَّهُ قَالَ جَدَتَكَ مِنْ قِبَلِ أَبِيكَ وَجَدَتْكَ مِنْ قِبَلِ أَمْكَ». (5)

الحادي الخامس: عبد الرحمن بن يزيد قال: «أعطى رسول الله ﷺ ثلثَ جَدَّاتِ السُّدُسَ، ثنتينٍ من قِبْلِ الأَبِ، وواحدةٍ مِنْ قِبْلِ الْأَمِّ». (٦)

الدليلا الثاني: ما جاء في الإجماع:

أجمعـت الأمة عـلـى استحقـاق الجـلة لـلمـيرـاث، غـير أـنـهـمـ اـخـتـلـفـواـ فـيـ الـمـسـتـحـقـاتـ مـنـهـنـ لـلمـيرـاثـ، وـمـاـ حـكـىـ مـنـ إـجـمـاعـ عـلـىـ تـورـيـثـ الجـلةـ، مـاـ قـالـهـ اـبـنـ رـشـدـ: أـجـمـعـواـ عـلـىـ أـنـ لـلـجـلةـ أـمـ الـأـمـ السـدـسـ مـعـ دـعـمـ الـأـمـ، وـأـنـ لـلـجـلةـ أـيـضـاـ أـمـ الـأـبـ عـنـدـ فـقـدـ الـأـبـ السـدـسـ، فـيـ اـجـتـمـعـاـ كـانـ السـدـسـ، بـيـنـهـمـ.⁽⁷⁾

(1) ينظر: السرخسي، المبسوط، الجزء التاسع والعشرون، الصفحة 165. الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي،الجزء الثامن، المحقق: على محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط الأولى، 1999م، الصفحة 110.

(2) سنة آباء داود، كتاب الفائض، باب في الحدة، بقلم (2895)، السنة، الكتب للسترة، كتاب الفائض، باب لاثث مع الأئمة حدة، بقلم (12290).

(3) سنن أبي داود، كتاب الفرائض، باب في الجدة، الحديث (2894)، سنن الترمذى، كتاب الفرائض، باب ما جاء في ميراث الجدة، الحديث (2100)، سنن ابن ماجه، كتاب الفرائض، باب ميراث الحدة الحديث (225)، وأى كتاب في المطافى، كتاب الفرائض، باب ميراث الحدة، رقم (1045) أحمد، فـ المسند / 4، 225، سنن محمد بن مسلم، كتاب

² الفرائض، باب ميراث الجدة الحديث (2724)، مالك في الموطأ، كتاب الفرائض، باب ميراث الجدة، رقم (1045). أحمد في المسند 4/ 225، مستند محمد بن مسلم.

(4) النساء، الكتبة للبيهقي، كتاب الفتاوى، باب باب فرض الحجدة والحدائق، بقلم (1271)، المستدلك على الصحاح، كتاب الفتاوى، بقلم (7984).

(5) سنن الدارمي، كتاب الفرائض، باب في الجدات، رقم (2935)، السنن الكبير للبهقى، كتاب الفرائض، باب توريث ثلاث جدات متزايدات أو أكثر، رقم (12348).
 (12350)

(6) سنن الدارقطني، كتاب الفرائض والسنن وغير ذلك، برقم (4175).

(7) ينظر: ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتضى، الجزء الثاني، دار الحديث - القاهرة، تاريخ النشر 2004 م، الصفحة 349.

وقال الماوري: أجمعوا على توريث الجدات، وأن فرض الواحدة والجماعة منهن السادس.⁽¹⁾
وقال ابن قدامة: أجمع أهل العلم على أن للجدة السادس.⁽²⁾

الفصل الأول : الجدات المستحقات للميراث :

اتفق أهل العلم على أن الجدتين اللتين في الدرجة الأولى، وهما: أم الأم وأم الأب، وارثتان؛ وإن علتا واستوت رتبتهما، قال ابن عبد البر: وهم اللتان أجمع العلماء على توريثهما.⁽³⁾
ثم اختلفوا فيما سوى هذه الدرجة في الجدات الوارثات من كل درجة، على أربعة أقوال:
القول الأول: يرث في كل درجة جدتان فقط، واحدة من جهة الأم وواحدة من جهة الأب، هما: أم أم الأم وأم الأب
وأمهاهاتهما، وهو قول مالك.⁽⁴⁾

القول الثاني: يرث في كل درجة ثلاث جدات فقط، واحدة من جهة الأم واثنتان من جهة الأب، هنّ: أم أم الأم، أم أم الأب،
وأم أب الأب، وأمهاتهما، وهو قول أحمد.⁽⁵⁾

القول الثالث: يرث في كل درجة الجدة التي تدلّي بوارث،⁽⁶⁾ وهو قول أبي حنيفة⁽⁷⁾ والشافعي⁽⁸⁾ والزيدية من الشيعة.⁽⁹⁾

القول الرابع: يرث جميع الجدات، وبه قال ابن مسعود، وهو مذهب الظاهرية.⁽¹⁰⁾

الأدلة :

أدلة القول الأول : القائل بتوريث جدتين فقط في كل درجة :

استدلوا لما ذهبوا إليه بالسنة، والإجماع :

الدليل الأول : ما جاء من السنة :

الحديث الأول : عن قبيصة بن دؤيبٍ، أنَّهُ قَالَ: جَاءَتِ الْجَدَّةُ إِلَى أَبِي بَكْرِ الصَّدِيقِ عليه السلام تَسْأَلُهُ مِيرَاثَهَا، فَقَالَ لَهَا أَبُو بَكْرٌ عليه السلام: مَا لَكِ فِي كِتَابِ اللَّهِ شَيْءٌ، وَمَا عَلِمْتُ لَكِ فِي سُنْنَةِ رَسُولِ اللَّهِ عليه السلام شَيْئًا، فَأَرْجِعِي حَتَّى أَسْأَلَ النَّاسَ، فَقَالَ

(1) ينظر: الماوري، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، الجزء الثامن، الصفحة 110، العماني، أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العماني اليمني الشافعي، البيان في مذهب الإمام الشافعي ، الجزء التاسع، محقق: قاسم محمد النوري، دار المنهاج - جدة، ط الأولى ، 2000 م، الصفحة 41.

(2) ينظر: ابن قدامة المغنى ، الجزء السادس، الصفحة 300.

(3) ينظر: ابن قدامة المغنى ، الجزء السادس، الصفحة 300. ابن عبدالبر، يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر القرطبي، الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معانٍ الرأي والأثار وشرح ذلك كله بالإيجاز والاختصار، الجزء الخامس، تحقيق: سالم محمد عطا، محمد علي معاوض، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، ط الأولى ، 2000، الصفحة 348.

(4) ينظر: أبو بكر بن حسن بن عبد الله الكشناوي، أسهل المدارك «شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك»، الجزء الثالث، دار الفكر، بيروت - لبنان، ط الثانية، الصفحة 295. صالح الآبي، الثمر الداني في تقرير المعانٍ شرح رسالة ابن أبي زيد القير沃اني، المحقق: عبد الرؤوف سعد، مكتبة السلام الجديدة، المغرب، الصفحة .726

(5) ينظر: ابن قدامة المغنى، الجزء السادس، الصفحة 300.

(6) فالوارث مهن من قبل الأم واحدة أبداً، وإنما يقع التعدد في التي من قبل الأب، ويتعدد ذلك بتعذر الدرجة، فهي الدرجة الأولى: واحدة، وهي أم الأب، وفي الثانية: جدتان، وهي أم أم الأب، وأم أب الأب، وفي الثالثة: ثلاثة، وفي الرابعة: أربع، وفي الخامسة: خمس؛ فتكون الوارثات في الدرجة الخامسة ست جدات: واحدة من قبل الأم، وخمس من قبل الأب.

(7) ينظر: السرخسي، الميسوط، الجزء التاسع والعشرون، الصفحة 165.

(8) ينظر: ابن قاضي شهبة، بدر الدين أبو الفضل محمد بن أبي بكر الأستدي الشافعي، بداية المحتاج في شرح المنهاج، الجزء الثاني، الناشر: دار المنهاج للنشر والتوزيع، جدة - المملكة العربية السعودية، ط الأولى ، 2011 م، الصفحة 554.

(9) ينظر: الباروني، أحمد بن الحسين الباروني، شرح التجريد في فقه الزيدية، الجزء السادس، تحقيق محمد يحيى عزان، وحميد جابر عبيد، ط الأولى، مركز التراث والبحوث اليمني، السنة 2006م، الصفحة 58.

(10) ينظر: ابن حزم، المحلي بالآثار على المجرى بالاختصار، الجزء الثامن، الصفحة 291، رقم المسألة (1730).

المُغيرة بن شعبة رضي الله عنه: حضرت رسول الله صلوات الله عليه وآله وسلامه أطأها السُّدُسَ، فقال أبو بكر: هل معك غيرك؟ فقام محمد بن مسلمَةَ الأنصاريُّ، فقال مثلَ ما قال المُغيرةُ، فأنفَلَهُ لها أبو بكر الصديقُ، ثم جاءت الجنةُ الأخرى إلى عمر بن الخطاب صلوات الله عليه تَسَأَّلَهُ مِيرَاثَهَا؟ فقال لها: ما لك في كتاب الله شيءٌ، وما كان القضاء الذي قضي به إلا غيرك، وما أنا بزائدٍ في الفرائض شيئاً، ولَكِنَهُ ذَلِكَ السُّدُسُ، فإن اجتمعتما فيه فهو بينكمَا، وَإِنْ كُمَا خَلَتْ به فهُوَ لَهَا.⁽¹⁾

وجه الدلالة: أن النص ورد على ميراث أم الأم وأم الأب وأجري القياس في أمهاهاتهن، ولم يرد بيراث أم أب الأب، ولا يصح أن تقاس على أم الأب؛ لأن أمهاهات الأم طائفة غير طائفة أمهاهات الجد، وما ثبت للأولى لا يثبت للثانية إلا بدليل.⁽²⁾

مناقشة الدليل : يناقش من وجهين :

الوجه الأول : من جهة السند :

الحديث ضعيف لا تقوم به حجة؛ لانقطاعه، فهو من طريق مالك عن ابن شهاب عن عثمان بن إسحاق بن خرشة عن قبيصة بن دؤيب، قال الحافظ في "التلخيص": قبيصة لا صح له سباع من الصديق، ولا يمكن شهوده للقصة. قاله ابن عبد البر بعنده، وقد اختلف في مولده، وال الصحيح أنه ولد عام الفتح. فيبعد شهوده القصة، وقد أعلمه عبد الحق تبعاً لابن حزم بالانقطاع. وثمة علة أخرى في الحديث وهي أن عثمان بن إسحاق بن خرشة لا يعرف.

الجواب على المناقشة :

الحديث إسناده صحيح؛ لأن رجاله ثقات. قال الترمذى: وهذا حديث حسن صحيح. وقال ابن حجر: إسناده صحيح لثقة رجاله، إلا أن صورته مرسلاً. ولا التفات إلى قول من قال أن عثمان بن إسحاق بن خرشة لا يعرف، فهو معروف، قال ابن عبد البر: هو معروف النسب، إلا أنه غير مشهور بالرواية، وثقة ابن معين، وذكره ابن حبان في الثقات.⁽³⁾

الوجه الثاني: من جهة المعنى :

أن توريث أبي بكر وعمر صلوات الله عليهما للجدتين، لا يدل على منع توريث غير الجدتين؛ لأنه لم يروي عن أبي بكر وعمر صلوات الله عليهما منع من زاد عليهما، إنما ورثا من حضرهما من الجدات.⁽⁵⁾

الدليل الثاني : ما جاء في الإجماع :

حكي عن غير واحد من أهل العلم الإجماع على توريث أم الأم وأم الأب، وأمهاهاتهما، قال ابن عبدالبر: وهم اللثان أجمع العلماء على توريثهما.⁽⁶⁾

وقال مالك: لم نعلم أحداً ورث غير جدتين، منذ الإسلام إلى اليوم. قال الزهري: لا نعلم ورث في الإسلام إلا جدتين.⁽⁷⁾

(1) تقدم تخرجه، انظر: صفحة (7).

(2) ينظر: محمد أبو زهرة، أحكام التراث والمواريث، دار الفكر العربي، بدون تاريخ طبع، الصفحة 151.

(3) ينظر: ابن حزم، المحلي بالآثار على المجرى بالاختصار، الجزء الثامن، الصفحة 291، ابن حجر، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، التلخيص الكبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، الجزء الثالث، الناشر: دار الكتب العلمية، ط الأولى 1989م، الصفحة 186.

(4) المصدر السابق والإشارة نفسها.

(5) ينظر: الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، الجزء الثامن، الصفحة 111.

(6) ينظر: ابن قدامة المغنى، الجزء السادس، الصفحة 301، ابن عبدالبر، الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معانٍ الرأي والأثار وشرح ذلك كله بالإيجاز والاختصار، الجزء الخامس، الصفحة 348.

(7) ينظر: ابن عبدالبر، الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معانٍ الرأي والأثار وشرح ذلك كله بالإيجاز والاختصار، الجزء الخامس، الصفحة 350.

مناقشة الدليل:

نسلم على أن الإجماع وقع على توريث هاتين الجدتين، غير أن ذلك لا يدل على منع توريث غير الجدتين؛ لأن الخلاف في توريث سواهما كان محفوظاً مشهوراً من الصحابة ومن دونهم.

أدلة القول الثاني: القائل بتوريث ثلاث جدات فقط في كل درجة:

استدلوا لما ذهبوا إليه بالسنة والمعقول :

الدليل الأول : ما جاء من السنة:

الحديث الأول : عن إبراهيم النخعي، قال: «أطعْمَ رَسُولَ اللَّهِ ثَلَاثَ جَدَاتٍ سُدُسًا قَالَ قُلْتُ لِإِبْرَاهِيمَ مَنْ هُنَّهُ قَالَ جَدَتَاكَ مِنْ قَبْلِ أَيْكَ وَجَدَتُكَ مِنْ قَبْلِ أُمِّكَ». وفي لفظ: «أن النبي ﷺ ورث ثلات جدات، ثنتين من قبل الأب وواحدة من قبل الأم»⁽¹⁾

الحديث الثاني: عبد الرحمن بن يزيد قال: «أعطى رسول الله ﷺ ثلات جدات السُّدُسَ، ثنتين من قبل الأب، وواحدة من قبل الأم»⁽²⁾.

وجه الدلالة من الخبرين: يدل ظاهرهما على أنه لا يرث أكثر من ثلاثة جدات في كل درجة، حيث لم يرد في النص إلا توريث هؤلاء.

مناقشة الدليل : ينافش من وجهين :

الوجه الأول : من جهة السندي :

الخبر ضعيف جداً لا تقوم به حجة؛ لأنه من طريق خارجة بن مصعب عن منصور عن إبراهيم عن عبد الرحمن بن يزيد. فالسندي به علتان، هما:

الأول: أنه خبر مرسل.

الثاني: أن خارجة بن مصعب، ضعفه ابن معين وغيره، وقال الحافظ عنه: متزوك وكان يدلس عن الكذابين.⁽³⁾

الجواب على المناقشة : ينافش من وجهين :

الأول: قال ابن تيمية: هذا الخبر مرسل حسن؛ فإن مراasil إبراهيم من أحسن المراasil.⁽⁴⁾

الثاني: أن الخبر له متابعتان: فقد أخرجه أبو داود في "المراasil" من طريق الأعمش عن إبراهيم التيمي به. وإسناده مرسل صحيح، وأخرجه البيهقي من طريقين: الأول: من طريق شعبة وسفيان وشريك عن منصور عن إبراهيم به. وإسناده مرسل صحيح. والثاني: من طريق وكيع عن الفضل بن دلم عن الحسن بنحوه، قال الحافظ في التقريب: فيه الفضل بن دلم لين ورمي بالاعتزال.⁽⁵⁾

(1) تقدم تخريرجه، انظر الصفحة (8).

(2) تقدم تخريرجه، انظر الصفحة (8).

(3) ينظر: ابن حجر، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، تقريب التهذيب، المحقق: محمد عوامة، الناشر: دار الرشيد - سوريا، ط الأولى، 1986، الصفحة 186.

(4) ينظر: تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني، مجموع الفتاوى، الجزء الحادي والثلاثون، المحقق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، الناشر: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، تاريخ النشر 1995م، الصفحة 353.

(5) ينظر: أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني، المراasil، المحقق: شعيب الأرناؤوط، الناشر: مؤسسة الرسالة - بيروت، ط الأولى، 1408، الصفحة 261، البيهقي السنن الكبير، كتاب الفرائض، باب توريث ثلاثة جدات متزايدات أو أكثر، رقم (12348).

الوجه الثاني : من جهة المعنى :

أن توريث النبي ﷺ لثلاث جدات لا يدل على منع توريث غيرهن؛ لأنه لم يروى عن النبي ﷺ منع من زاد عليهن، إنما ورث من حضره من الجدات؛ لأنهن يشتركن في الولادة ومحاذاتها في الدرجة وتساويهن في الإلقاء بوارث وهذه المعاني الثلاث توجد فيهن وإن كثرن.⁽¹⁾

أدلة القول الثالث: القائل بتوريث كل جدة تدللي بوارث:

استدلوا لما ذهبوا إليه بالمعقول :

قياس الجدات المدلليات بوارث على أم الأب، لأن تعليم الصحابة ﷺ الموجود فيها موجود فيهن، فقد روي عن القاسم قال: جاءت الجدتان إلى أبي بكر ﷺ فأعطى أم الأم ميراث دون أم الأب، قيل لأبي بكر ﷺ في أم الأب: "أعطيت التي لو ماتت لم يرثها، ومنعت التي لو ماتت ورثها"⁽²⁾، فورثها أبو بكر ﷺ هذه العلة، وهي موجودة في كل جدة تدللي بوارث.⁽³⁾

أدلة القول الرابع : القائل بتوريث جميع الجدات في كل درجة :

عموم ظاهر الأخبار التي استدل بها الخالف على توريث الجدة - وإن كنا لا نأخذ - بها فهو موافق لما نقول؛ لأن الخبر جاء عاماً، ولم يخص جدة من جدة.⁽⁴⁾ مما يؤكّد هذا المعنى ما نقل من أقوال عن السلف ﷺ في ذلك: فقد روي عن الشعبي قال: جئنا إلى مسروق أربع جدات يتساءلن؟ فالغى أم أبي الأم، قال أشعث: فأخبرت بذلك ابن سيرين، فقال: أوهم أبو عائشة، يورثن جميعاً. وهو قول جابر بن زيد، وعطاء بن أبي رباح، والحسن، كل هؤلاء رووا عنهم توريث أم أبي الأم، وغيرها.⁽⁵⁾

مناقشة الدليل :

أن الجدة التي بينها وبين الميت ذكر يدللي إلى الميت بأثنى لا ميراث لها؛ لأن ذلك الذكر لا يرث، فمن يدللي به أولى إلا يرث. وما يؤكّد هذا المعنى أن الأصول الموضوعة في الفرائض مبنية على أن من يدللي إلى الميت بقريب لا يجوز أن يكون أوكد حالاً من يدللي به، فإذا كان أبو الأم لا تعصيّب له ولا ميراث إلا بالرحم فيحّب أن لا يكون حال أمه أوكد من حاله وليس كذلك حال الجدات الالاتي يدللين بوارث لأنهن يدللين من يرث بالعصيّب أو الفرض.⁽⁶⁾

الراجح والله تعالى أعلم :

بالنظر إلى أدلة كل قول؛ والاعتراضات على كل منها؛ تبيّن لي أنّ الراجح هو القول بتوريث كل جدة تدللي بوارث، وهو ما قال به أبوحنيفة، والشافعي، والزيدية من الشيعة.

أما موقف قانون الأحوال الشخصية من الجدات المستحقات للميراث فقد اتجه إلى اتجاهين :

الاتجاه الأول : تبني موقف المذهب المالكي في عدد الجدات المستحقات للميراث، ومن ذهب إلى ذلك القانون التونسي، والجزائري، والموريتاني.

(1) ينظر: الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، الجزء الثامن، الصفحة 111.

(2) ينظر: موطأ مالك كتاب الفرائض، باب ميراث الجدة، رقم (1045).

(3) ينظر: العمراني ، البيان في مذهب الإمام الشافعي، الجزء التاسع، الصفحة 44، الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، الجزء الثامن، الصفحة 313.

(4) ينظر: ابن حزم، المحلي بالأثار على المجلـى بالاختصار، الجزء الثامن، الصفحة 299، رقم المسألة (1730).

(5) المصدر السابق والإشارة نفسها.

(6) ينظر: البغوي، أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي الشافعي، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، الجزء الخامس، المحقق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، الناشر: دار الكتب العلمية، ط الأولى، 1997م، الصفحة 27، الهارونـي، شرح التجريد في فقه الزيدية، الجزء السادس، الصفحة 58.

الاتجاه الثاني : تبني موقف المذهب الحنفي في عدد الجدات المستحقات للميراث، ومن ذهب إلى ذلك القانون المصري، السوداني، السوري، الأردني، القطري، والإماراتي، الكويتي.

الفصل الثاني : ميراث الجدات :

ويشتمل على ثلاثة مباحث، هي:

المبحث الأول : نصيب الجدة :

اتفق أهل العلم على أن الجدات تستحق الميراث عن طريق الفرض، ثم اختلفوا في مقدار نصيب الجدات على قولين:

القول الأول: أن فرض الجدات السادس، وهو قول أبي حنيفة⁽¹⁾ ومالك⁽²⁾ والشافعي⁽³⁾ وأحمد⁽⁴⁾ والزيدية من الشيعة⁽⁵⁾ والإباضية⁽⁶⁾.

القول الثاني: أن الجدة بمنزلة الأم ترث ما ترث الأم، فتأخذ السادس أو الثالث، وبه قال ابن عباس⁽⁷⁾ والظاهرية⁽⁸⁾. الأدلة :

أدلة القول الأول: القائل بأن فرض الجدة السادس :

استدلوا لما ذهبوا إليه بالسنة والإجماع:

الدليل الأول : ما جاء من السنة:

الحديث الأول : ما روي عن بريلة بن الحصيب عليه السلام «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ جَعَلَ لِلْجَدَّةِ السُّدُسَ إِذَا لَمْ يَكُنْ دُونَهَا أُمٌّ».⁽⁹⁾

الحديث الثاني : ما روي عن قبيصة بن ذؤيب: «أَنَّ الْمُغَيْرَةَ بْنَ شُعْبَةَ، وَمُحَمَّدَ بْنَ سَلَمَةَ شَهِداً عِنْدَ أَبِي بَكْرِ الصَّدِيقِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَعْطَى الْجَدَّةَ السُّدُسَ».⁽¹⁰⁾

وجه الدلاله من الحديثين : إن النبي عليه السلام جعل للجدة السادس إن لم يكن هناك حاجب لها.

مناقشة الدليل : يناقش هذا الدليل من وجهين :

الوجه الأول : لا يصح من هذه الأحاديث شيء، فالحديث الأول ضعيف لا تقوم به حجة؛ لأنه من طريق عبيد الله العتكي، وهو ضعيف.⁽¹¹⁾ وأما الحديث الآخر فقد تم بيان علته ومناقشته.

(1) ينظر: محمد بن علي الطوري الحنفي القادري، تكميلة البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الجزء الثامن، دار الكتاب الإسلامي، ط الثانية، بدون تاريخ، الصفحة 561.

(2) ينظر: الكشناوي، أسهل المدارك «شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك»، الجزء الثالث، الصفحة 294.

(3) ينظر: العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، الجزء التاسع، الصفحة 37، الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، الجزء الثامن، الصفحة 110.

(4) ينظر: ابن قدامة المغنى، الجزء السادس، الصفحة 300.

(5) ينظر: الباروني، شرح التجريد في فقه الزيدية، الجزء السادس، الصفحة 54.

(6) ينظر: محمد بن يوسف أطفيش، شرح كتاب النيل وشفاء العليل، الجزء الخامس عشر، ط الثالثة، مكتبة الرشاد، جدة، السنة 1985 الصفحة 90.

(7) اختلفت الرواية عن ابن عباس في ميراث الجدة:

فقيل: أن الجدة أم الأم فقط تقوم مقام الأم في فريضة الأم، فتأخذ السادس أو الثالث، وذلك من باب قياس أم الأم على أب الأب كما أن أب الأب يرث ما يرثه الأب، فكذلك أم الأم ترث ما يرثه الأم. وقيل: أن كل جدة تقوم مقام الأم في فريضة الأم. [ينظر: محمد أبو زهرة، أحكام التركات والمواريث، الصفحة 148].

(8) ينظر: ابن حزم، المحلي بالآثار على المجلى بالاختصار، الجزء الثامن، الصفحة 291، رقم المسألة (1730).

(9) تقدم تخرجه، انظر الصفحة (7).

(10) تقدم تخرجه، انظر الصفحة (7).

(11) ينظر: ابن حزم ، المحلي بالآثار على المجلى بالاختصار، الجزء الثامن، الصفحة 293، رقم المسألة (1730).

الوجه الثاني: على فرض التسليم بالصحة، تتحمل هذه الأحاديث على توريث الجلة السدس من حيث ترث الأم السدس مع الولد والإخوة.⁽¹⁾

الجواب على المناقشة :

قال الدميري : حديث بريدة إسناده جيد، ولا التفات إلى قول ابن حزم: إن العتكى مجهول؛ فإنه معروف صدوق، صحيحه ابن السكن وابن خزية وابن الجارود وقواه ابن عدي، وقد أنكر أبو حاتم على البخاري ذكره في الضعفاء.⁽²⁾

الدليل الثاني : ما جاء من جهة الإجماع :

أجمعـتـ الأمـةـ عـلـىـ أـنـ الجـلـةـ تـرـثـ السـدـسـ فـرـضـاـ،ـ وـمـاـ حـكـىـ مـنـ إـجـمـاعـ عـلـىـ أـنـ فـرـضـ الجـلـةـ السـدـسـ،ـ مـاـ قـالـهـ اـبـنـ رـشـدـ:ـ أـجـعـواـ عـلـىـ أـنـ لـلـجـلـةـ أـمـ الـأـمـ السـدـسـ مـعـ دـعـمـ الـأـمـ،ـ وـأـنـ لـلـجـلـةـ أـيـضـاـ أـمـ الـأـبـ عـنـ فـقـدـ الـأـبـ السـدـسـ،ـ فـإـنـ اـجـتـمـعـاـ كـانـ السـدـسـ بـيـنـهـمـاـ.⁽³⁾

وقـالـ المـاـوـرـدـيـ :ـ أـجـعـواـ عـلـىـ تـورـيـثـ الـجـدـاتـ،ـ وـأـنـ فـرـضـ الـوـاحـدـةـ وـالـجـمـاعـةـ مـنـهـنـ السـدـسـ.⁽⁴⁾

وقـالـ اـبـنـ قـدـامـةـ :ـ أـجـعـ أـهـلـ الـعـلـمـ عـلـىـ أـنـ لـلـجـلـةـ السـدـسـ.⁽⁵⁾

مناقشة الدليل :

أـنـ دـعـوىـ اـنـعـقـادـ إـجـمـاعـ عـلـىـ أـنـ فـرـضـ الجـلـةـ السـدـسـ فـقـطـ،ـ غـيرـ مـسـلـمـ بـهـ؛ـ لـأـنـ الـخـلـافـ كـانـ مـشـهـورـاـ عـنـ اـبـنـ عـبـاسـ،ـ وـطـاـوـوسـ عـلـىـ أـنـ الجـلـةـ بـمـنـزـلـةـ الـأـمـ تـرـثـ مـاـ تـرـثـ الـأـمـ،ـ إـلـىـ هـذـاـ ذـهـبـ الـظـاهـرـيـةـ.

أدـلـةـ القـوـلـ الثـانـيـ:ـ بـأـنـ الجـلـةـ بـمـنـزـلـةـ الـأـمـ تـرـثـ مـاـ تـرـثـ الـأـمـ:

استـدـلـواـ لـمـاـ ذـهـبـواـ إـلـيـهـ بـالـكـتـابـ،ـ وـالـأـثـرـ:

الدليل الأول : ما جاء في الكتاب :

قال الله تعالى: (وَرَئِسُهُ أَبُوهَاوَاءَ فَلَأُمُّهُ الْثُلُثُ) [النساء (11)] وقال تعالى: (كَمَا أَخْرَجَ أَبَوَيْكُمْ مِّنَ الْجَنَّةِ) [الأعراف (27)] فجعل آدم وامرأته - عليهما السلام - أبوبين، فهذا نص القرآن. فالجلة أحد الأبوبين في القرآن، وميراث الأبوبين في القرآن، فميراثها في القرآن.⁽⁶⁾ قال ابن رشد: هو قول شاذ عند الجمهور ولكن له حظ من القياس.⁽⁷⁾

مناقشة الدليل :

أـنـ إـطـلـاقـ لـفـظـ الـأـبـ أوـ الـأـمـ عـلـىـ الـجـلـةـ عـلـىـ سـبـيلـ الـجـازـ،ـ وـالـدـلـيلـ عـلـىـ أـنـ اـسـمـ الـأـمـهـاتـ لـيـسـ حـقـيقـةـ فـيـ الـجـدـاتـ،ـ أـنـ الصـحـابـةـ لـمـ يـفـهـمـواـ مـنـ مـيرـاثـ الـأـبـوبـينـ مـيرـاثـ الـجـدـاتـ وـالـأـجـدـادـ،ـ حـتـىـ بـيـنـهـ رـسـوـلـ اللـهـ ﷺـ وـاسـتـنـبـطـهـ أـهـلـ إـجـمـاعـ:ـ بـدـقـيقـ النـظـرـ،ـ وـرـوـىـ لـهـ الرـاوـيـ أـنـ رـسـوـلـ اللـهـ ﷺـ أـطـعـمـ الـجـلـةـ بـالـسـدـسـ،ـ وـاـخـتـلـفـواـ فـيـ الـجـدـ معـ الـأـخـ،ـ وـلـمـ يـجـهـلـوـاـ مـعـنـىـ الـاسـمـ،ـ

(1) المصدر السابق مع الإشارة نفسها.

(2) ينظر: أبو البقاء الدميري، كمال الدين، محمد بن موسى بن عيسى بن علي الدميري أبو البقاء الشافعي، النجم الوهاج في شرح المنهاج، الجزء السادس، المحقق:لجنة علمية، دار المنهاج (جدة)، ط الأولى، 2004م، الصفحة 141. ابن حجر، التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، الجزء الثالث، الصفحة 187. الشوكاني، محمد بن علي بن عبد الله الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، الجزء السادس، تحقيق: عصام الدين الصبابطي، الناشر: دار الحديث، مصر، ط الأولى، 1993م، الصفحة 72.

(3) ينظر: ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتضى، الجزء الثاني، الصفحة 349.

(4) ينظر: الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، الجزء الثامن، الصفحة 110، العماني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، الجزء التاسع، الصفحة 41.

(5) ينظر: ابن قدامة المغنى، الجزء السادس، الصفحة 300.

(6) ينظر: ابن حزم، المحل بالآثار على المجل بالاختصار، الجزء الثامن، الصفحة 293، رقم المسألة (1730).

(7) ينظر: ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتضى، الجزء الثاني، الصفحة 350.

وكان الإجماع انعقد على تحريم الجدات وهو الأصل.⁽¹⁾ قال ابن الشّجّري: ولم يدخل في قوله تعالى: (ولأبويه) من علا من الآباء دخول من سفل من الأبناء في قوله (أولادكم)، لأن قوله (ولأبويه) لفظ مثنى لا يحتمل العموم والجمع أيضًا، بخلاف قوله (أولادكم). فخروج الجدة عن هذا اللفظ مقطوع به.⁽²⁾

الدليل الثاني: ما جاء من أقوال السلف :

الأثر الأول: ما روي عن أبي نعيم الفضل بن دكين عن شريك عن ليث عن طاوس عن ابن عباس، قال: الجدة بمنزلة الأم إذا لم تكن أم.⁽³⁾

مناقشة الدليل: يناقش من وجهين:

الوجه الأول: أن الأثر ضعيف، لأنه من طريق ليث بن أبي سليم، وهو ضعيف، والعجب أن يستدل به ابن حزم بهذا الأثر - مع أنه جزم في أكثر من موضع في كتاب الخلائق: على أن الليث ليس بالقوى، وأنه ضعيف - في مسألة وقع فيها الاتفاق بين الصحابة على أن ليس للجدة إلا السدس، بالخبر الصحيح.

الوجه الثاني: قال التهانوي: لو صح هذا الأثر فأين أنه كان يعطيها الثالث؟ فيحتمل أن يكون جعلها بمنزلة الأم في الميراث وقدره، وأن يكون جعلها بمنزلتها في مطلق الميراث دون قدره، فلا حجة فيه على أنها تستحق الثالث.⁽⁴⁾

الراجح - والله تعالى أعلم - :

بالنظر إلى أدلة كل من القولين والاعتراضات على كل منهما؛ تبيّن لي أن الراجح هو القول بأن فرض الجدة السادس، ولو كانت الجدة تنزل بمنزلة الأم وتترث ما ترث الأم لما قال أبو بكر رضي الله عنه عندما اتت الجدة تطلب الميراث: مَا لَكِ فِي كِتَابِ اللَّهِ شَيْءٌ، وَمَا عَلِمْتُ لَكِ فِي سُنْنَةِ رَسُولِ اللَّهِ شَيْءًا، فَارْجِعِي حَتَّى أَسْأَلَ النَّاسَ.

وهذا ما عليه العمل في قانون الأحوال الشخصية، وما ورد من نصوص في ذلك ما نصت عليه المادة (14) من قانون الأحوال الشخصية المصري على أن "للجدات أو الجدات السادس، ويقسم بينهن على السواء". وبمثله جاء في الفقرة (ج) من المادة (302) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي: "ولها أو للجدات السادس، يقسم بينهن على السواء".⁽⁵⁾

(1) ينظر: الكيا الهراسي الشافعي، علي بن محمد بن علي، أبو الحسن الطبرى، الملقب بعماد الدين، أحكام القرآن، الجزء الثاني، المحقق: موسى محمد علي وعزبة عبد عطية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط الثانية، 1405 هـ، الصفحة 392.

(2) ينظر: القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن فرج الانصارى الخزرجي شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، الجزء الخامس، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطيش، الناشر: دار الكتب المصرية - القاهرة، ط الثانية 1964م، الصفحة 68.

(3) ينظر: ابن حزم، المحلى بالأثار على المجلى بالاختصار، الجزء الثامن، المحقق: محمد تقى العثمانى، الناشر: إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، ط الثالثة، 1730 رقم المسألة (14).

(4) ينظر: ظفر أحمد العثماني الهانوى، إعلاء السنن، الجزء الثامن عشر، المحقق: محمد تقى العثمانى، الناشر: إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، ط الثالثة، 1415 هـ، الصفحة 390.

(5)- وهذا يوافق سائر ما جاء في جميع قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية كالقطري المادة (264)، واليمني المادة (314) والأدنى الفقرة (ب) من المادة (291)، والسورى المادة (272)، والتونسى الفصل (98) وقانون الأسرة الجزائري المادة (167) والموريتاني المادة (259).

المبحث الثاني : الرد على الجهة :

اتفق أهل العلم القائلين بالرد⁽¹⁾ على ذوي الفروض، على أن الجهة إذا انفردت بالميراث، أخذت المال كله، فرضاً ورداً.⁽²⁾ واختلفوا في الرد على الجهة إن اجتمعت مع ذوي الفروض، على قولين :

القول الأول: يرد على الجهة مع ذوي الفروض بقدر أنصبائهم، وبه قال عمر، وعثمان، وعلي، وأبو حنيفة⁽³⁾ وأحمد⁽⁴⁾ والزبيدية من الشيعة.⁽⁵⁾

القول الثاني: يرد على الجهة إن انفردت، أو كانت مع أحد الزوجين، غير ذلك لا يرد عليها مع ذي سهم، وبه قال ابن مسعود، وابن عباس وأحمد في رواية عنه⁽⁶⁾ والإباضية.⁽⁷⁾

الأدلة :

أدلة القول الأول: القائل بالرد على الجهة مع ذي الفروض :

استدلوا لما ذهبوا إليه بالمعقول :

أن أصحاب الفروض تساووا في الاستحقاق، فيجب أن يتساوا فيما يتفرع عنها، ولأن الفريضة لو عالت، لتدخل النقص على الجميع.⁽⁸⁾

مناقشة الدليل :

أن السبب الذي استحق به ذوي الفروض رد الفاضل هو الرحم، فلا يدخل في هذا الفاضل كل رحم دنا أو نأى، أو يختص به الأقرب دون الأبعد، فلما اتفقوا أن لا شيء لبنت البنت أو بنت العم أو غيرهن من ذوي الأرحام بعدهن من البنت، وجب أن لا تدخل بنت الابن على البنت؛ لأنها أقرب رحمة، ولا الأخت للأب على الأخت الشقيقة؛ لأنها أقوى رحمة وأوكل تعصيًّا، ولا الأخت للأم على الأم؛ لأن بها تقارب، ولا الجهة على ذوي سهم؛ لأنهم أقرب منها رحمة.⁽⁹⁾

(1) يقصد بالرد: إرجاع ما زاد من المال حين يتبقى شيء من التركة بعد توزيع الأنصباء، إلى ذوي الفروض بقدر فروضهم، إن لم يكن ثمة عاصب. وبذلك يكون صاحب الفرض أخذ نصيبين من التركة أحدهما بالفرض، والثاني بالرد. للاستزادة انظر: الرد على ذوي الفروض وتطبيقاته في قانون الأحوال الشخصية، بحث منشور في مجلة قسم الشريعة الإسلامية، كلية دار العلوم جامعة القاهرة، العدد (79)، سنة 1438هـ للباحث.

(2) ينظر: ابن المنذر، أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر التيسابوري، الإشراف على مذاهب العلماء، الجزء الرابع، المحقق: صغير أحمد الأنصاري أبو حماد، مكتبة مكة الثقافية، رأس الخيمة - الإمارات العربية المتحدة ط الأولى، 2004م، الصفحة 397، الجصاص، أحمد بن علي أبو بكر الرازى الجصاص الحنفى، شرح مختصر الطحاوى، الجزء الرابع، المحقق: د. عصمت الله عنانى الله محمد وآخرون، دار البشائر الإسلامية، دار السراج، ط الأولى 2010 م، الصفحة 112.

(3) ينظر: السرخسي، الميسوط، الجزء التاسع والعشرون، الصفحة 192.

(4) ينظر: ابن قدامة المغنى، الجزء السادس، الصفحة 295.

(5) ينظر: الهماروني، شرح التجريد في فقه الزبيدية، مرجع، الجزء السادس، الصفحة 23.

(6) ينظر: ابن قدامة المغنى، الجزء السادس، الصفحة 296. أبو الحكيم عبدالله بن إبراهيم الخبرى الفرضي، التلخيص فى علم الفرائض، المحقق: د. ناصر بن فنخير الفريدى، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، الجزء الأول الصفحة 174.

(7) ينظر: ابن أطفيش، شرح النيل وشفاء العليل، الجزء الخامس عشر، الصفحة 306.

(8) ينظر: ابن يونس، أبو بكر محمد بن عبد الله بن يونس التميمي الصقلي، الجامع لمسائل المدونة، الجزء الحادى والعشرون، المحقق: مجموعة باحثين في رسائل دكتوراه، الناشر: معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي - جامعة أم القرى، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ط الأولى، 2013 م، الصفحة 456. ينظر: ابن قدامة المغنى، الجزء السادس، الصفحة 296.

(9) ينظر: السرخسي، الميسوط، الجزء التاسع والعشرون، الصفحة 194.

يجب على المناقشة عند استعراض أدلة هذا القول.

أدلة القول الثاني : القائل بعدم الرد على الجدة مع ذي الفرض:

استدلوا لما ذهبوا إليه بالمعقول :

أن الجدة لا يرد عليها مع ذي الفرض، لوجهين :

الوجه الأول : أن الجدة تأخذ السدس، من باب التبرع والتفضيل عليها، لا عن طريق الميراث، فلا ثبت المزاحمة بينها؟ لضعف فرضها، وبين من كان سبب ميراثه بالفرض قوياً، فلا تزيد على السدس، إلا أن لا يكون ثمة وارث غيرها فتكون أولى من الأجانب.⁽¹⁾

الوجه الثاني : أن الجدة تدللي بالأئنة والإدلة بالأئنة ليس بسبب لاستحقاق العصوبة بحال؛ لأن الفاضل من الفرض مأخوذ بطريق العصوبة.⁽²⁾

مناقشة الدليل:

يناقش من ثلاثة وجوه، هي:

الوجه الأول : أن تقديم من قرب رحمة من ذوي الفرض على من كان أبعد رحماً من الميت غير معتر شرعاً، وهذا لم يحجب البعض بالبعض، ودخل النقص على الكل عند النقص بالعول غير أنه أثر في تفضيل النصيب عند الاجتماع فيفضل في الفاضل أيضاً.⁽³⁾

الوجه الثاني : لو كان سبب الاستحقاق في حق الجدة ضعيفاً؛ لأن فرضها ثبت بالسنة من طرق لا تخلو من مقال، أو لأن ليس لها فرض بالكلية، وإنما هو من باب التبرع؛ لدخل عليها النقص دون غيرها في مسائل العول وهذا لا يقول به أحد.

الوجه الثالث: قياس الأخ للأم مع وجود الأم، بالأخت الشقيقة مع الأم، والمعنى الجامع بينهما: أن كل واحد منها يستحق الميراث بسبب قائم بينه وبين الميت، ألا ترى أنه لو لم يكن إلا أخ لأم، يستحق الرد عليه بعد السدس، كذلك كون الأم معه لا يمنع الرد عليه.⁽⁴⁾

الراجح والله تعالى أعلم :

بالنظر إلى أدلة كل من القولين، يتبيّن أن الراجح هو القول بالرد على الجدة مع ذوي الفرض بقدر انصبائهم. وهذا ما عليه العمل في **قانون الأحوال الشخصية**، غير قانون الأحوال الشخصية التونسي، ذهب إلى عدم الرد على الجدة مع وجود الفرع الوارث المؤوث.⁽⁵⁾

(1) ينظر: الزيلعي، عثمان بن علي بن محجن البارعي فخر الدين الزيلعي الحنفي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، الجزء السادس، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، ط الأولى، 1313 هـ، الصفحة 247. المطهري، الحسين بن محمود بن الحسن، مظہر الدین الریانی الكوفي الصَّرِیر الشیرازی الحَفَفُ، المفاتيح في شرح المصاصب، الجزء الثالث، تحقيق ودراسة: لجنة مختصة من المحققين بإشراف: نور الدين طالب، دار النوادر، وهو من إصدارات إدارة الثقافة الإسلامية - وزارة الأوقاف الكويتية، ط الأولى، 2012 م، الصفحة 542. ابن رجب، زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، السلامي، البغدادي، ثم الدمشقي، الحنبلي، جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثا من جوامع الكلم، الجزء الثاني، المحقق: شعيب الأرناؤوط - إبراهيم باجس، مؤسسة الرسالة - بيروت، ط السابعة 2001م، الصفحة 430، رقم الحديث (43).

(2) ينظر: السرخسي، الميسوط، الجزء التاسع والعشرون، الصفحة 194.

(3) ينظر: أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلامة الأزدي الحجري المصري المعروف بالطحاوي، شرح معاني الآثار، الجزء السادس، ط الأولى، الناشر: عالم الكتب، السنة 1994م، الصفحة 121، الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، الجزء السادس، الصفحة 247.

(4) ينظر: الجصاص، شرح مختصر الطحاوي، الجزء الثالث، الصفحة 123.

(5) انظر: الرائد الرسمي للجمهورية التونسية حيث وقع إلحاقي الفصل 143 (مكرر) عدد 77 المؤرخ في 19 جوان 1959.

ومنا ورد من نصوص بالردد على الجلة ما نصت عليه المادة (30) من قانون الأحوال الشخصية المصري "إذا لم تستغرق الفروض التركة ولم توجد عصبة من النسب ردباقي على غير الزوجين أصحاب الفروض بنسبة فروضهم".⁽¹⁾
المبحث الثالث : نصيب الجلة ذات القرابتين :

اتفق أهل العلم على أن الجدتين إن استوت رتبتهما وكان كل منهما ذات قرابة واحدة، أنهما يقتسمان السدس بينهما نصفين⁽²⁾ واختلفوا إن كانت إحداهما تُدلي إلى الميت بقربابتين والأخرى تُدلي إليه بقرابة واحدة، في نصيب كل منها⁽³⁾ على قولين:

القول الأول: أن السدس يقسم بين الجدتين أثلاً، فتأخذ الجلة التي تدللي بقربابتين ثلثي السدس، والجلة التي تدللي بقرابة واحدة ثلث السدس، وبه قال أحمد⁽⁴⁾ ومحمد بن الحسن⁽⁵⁾ وابن سريج من الشافعية.⁽⁶⁾

القول الثاني: أن السدس يقسم بين الجدتين بالسوية، لا فرق بين ذات قرابتين وذات قرابة واحدة، وبه أبو يوسف⁽⁷⁾ والظاهري⁽⁸⁾ والإباضية.⁽⁹⁾
الأدلة :

أدلة القول الأول : القائل بتفاصل الجلة المدلية بقربابتين على المدلية بقرابة واحدة في الميراث :
استدلوا لما ذهبوا إليه بالمعقول :

أن استحقاق الإرث مترب على وجود السبب فإذا اجتمع في الشخص سببان ورث بهما، والجلة شخص ذو قرابتين ترث بكل واحدة منها منفردة، فوجب أن ترث بكل واحدة منها كابن العم إذا كان زوجاً فإنه يأخذ النصف فرضاً والباقي بالتعصيب.⁽¹⁰⁾

مناقشة الدليل :

أن الجلة ذات القرابتين لم تكتسب به اسمًا جديداً ترث به، بل هي في القرابتين جلة، كالأخ الشقيق ذو القرابتين من جهة واحدة ولم يرث بهما جميعاً، كما أن قياس الجلة ذات القرابتين على ابن العم إذا كان زوجاً، قياس مع الفارق لأنه يرث بطريقين أحدهما بالفرض والثاني بالتعصيب، بخلاف الجلة التي ترث بالفرض فقط.⁽¹¹⁾

الجواب على المناقشة:

أن الأخ الشقيق فارق الجلة ذات القرابتين، بأن الأخ الشقيق رجح بقربابتيه على الأخ لأب، ولا يجمع بين الترجيح بالقرابة الزائدة والتوريث بها، فإذا وجد أحدهما انتفى الآخر، وه هنا قد انتفى الترجح فيثبت التوريث.⁽¹²⁾

(1)- وهذا ما يوافق ما جاء في قانون الأحوال الشخصية القطري المادة (279)، والأردني المادة (312)، والسوسي المادة (288)، وقانون الأسرة الجزائري المادة (167).

(2) محمد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، تحقيق محمد الغرازي، دار الكتب العلمية، ط الأولى 2016، الصفحة 778.

(3) تتحقق هذه الصورة في امرأة زوجت ابنة ابنها من ابن ابنتها فولد بينهما غلام فهذه المرأة لهذا الغلام جدة من جهتين فإنها أم أم هذا الغلام وأب ابن هذا الغلام فلو مات هذا الغلام وترك هذه الجدة وجدة أخرى من جهة الأب فهي أم أم أبيه. ينظر: تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الطوري، الجزء الثامن، الصفحة 562.

(4) ينظر: ابن قدامة المغنى، الجزء السادس، الصفحة 302.

(5) ينظر: الطوري، تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الجزء الثامن، الصفحة 562.

(6) ينظر: العمرياني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، الجزء التاسع، الصفحة 42.

(7) ينظر: الطوري، تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الجزء الثامن، الصفحة 562.

(8) ينظر: ابن حزم، المحلي بالآثار على المجل بالاختصار، الجزء الثامن، الصفحة 300، رقم المسألة (1730).

(9) ينظر: ابن أطفيش، شرح كتاب النيل وشفاء العليل، الجزء الخامس عشر، الصفحة 121.

(10) ينظر: ابن قدامة المغنى، الجزء السادس، الصفحة 302، محمد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، الصفحة 778.

(11) ينظر: ابن قدامة المغنى، الجزء السادس، الصفحة 302.

(12) المصدر السابق مع الإشارة نفسها.

أدلة القول الثاني : القائل بتساوي الجدة المدلية بقربتين مع المدلية بقرابة واحدة في الميراث :
استدلوا على ما ذهبوا إليه بالمعقول: من وجهين :

الأول: أن تعدد الجهة إن اقتضت تعدد الاسم كان مقتضياً لتعدد الاستحقاق بحسب تعددها، وأما إذا لم يقتضي تعدد الاسم كان في حكم الجهة الواحدة، فإن ذات القرابتين تسمى جلة ذات القرابة الواحدة.⁽¹⁾

الثاني: أن الشخص الواحد لا يرث بفرضين من تركة واحدة، وإنما يرث بفرض وتعصي، والجدة ذات القرابتين شخص واحد ترث بفرضين.⁽²⁾

الراجح - والله تعالى أعلم - :

بالنظر إلى أدلة كل من القولين؛ تبيّن لي أنّ الراجح هو القول بأن السدس يقسم بين الجدتين بالسوية، لا فرق بين ذات القرابتين وذات القرابة واحدة.

وهذا ما عليه العمل في قانون الأحوال الشخصية، وما ورد من نصوص في ذلك ما نصت عليه المادة (14) من قانون الأحوال الشخصية المصري "للجدية أو الجدات السدس، ويقسم بينهن على السواء لا فرق بين قرابة وذات قرابتين". وبمثله جاء في الفقرة (ج) من المادة (302) قانون الأحوال الشخصية الكويتي: "ولها أو للجدات السدس، يقسم بينهن على السواء، لا فرق بين ذات قرابة وذات القرابتين".⁽³⁾

الفصل الثالث : حجب الجدات :

اتفق أهل العلم على أن الجدات قد يحجبن من الميراث بالكلية، علة في ذلك⁽⁴⁾ ترجع إلى أمرين هما: الإلاء⁽⁵⁾ أو الأمومة.⁽⁶⁾

وهذا الحجب منه ما هو متفق عليه ومنه ما هو مختلف فيه، وهذا ما سنوضحه - إن شاء الله تعالى - بالبيان والتفصيل في المبحثين التاليين:

المبحث الأول : حجب الجدات بالأبوين :

ويشتمل على مطليين:

المطلب الأول : حجب الجدات بالأم :

أجمع أهل العلم على أن الأم تحجب جميع الجدات عن الميراث سواء أكانت من قبل الأم أو من قبل الأب؛⁽⁷⁾ لأن الجدة من قبل الأم تُدلي إلى الميت بواسطة الأم، وكل من أدى إلى الميت بواسطة فإن هذه الواسطة تحجبه، وأما الجدة التي من قبل الأب فإنها ترث بسبب الأمومة، والأم أقرب من يرث بهذا السبب؛ فوجب أن تحجب أن ترث الأقرب من يُمْتَ بـهذا السبب.⁽⁸⁾

(1) ينظر: محمد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، الصفحة .779

(2) ينظر: الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، الجزء الثامن، الصفحة .113

(3) هذا يوافق سائر ما جاء في قانون الأحوال الشخصية كالقطري المادة (264)، الكويتي الفقرة (ج) من المادة (302)، السوري المادة (272).

(4) ينظر: د. جمعة محمد براج، أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية، الصفحة .412

(5) المراد بـ(الإلاء)، أي أن كل من أدى إلى الميت بواسطة فإن هذه الواسطة تحجبه.

(6) المراد بـ(الأمومة) أي أن سبب توريث الجدات هو الأمومة، في هذه الحالة ترث الأقرب منها إلى الميت دون الأبعد.

(7) ينظر: الطوري، تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الجزء الثامن، الصفحة .562، عثمان بن المكي التوزري الزيبي، توضيح الأحكام شرح تحفة الحكم، الجزء الرابع، المطبعة التونسية، ط الأولى، 1339هـ، الصفحة .162، العمرياني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، الجزء التاسع، الصفحة .57، ابن قدامة المغنى، الجزء السادس، الصفحة .299، الهاروني، شرح التجريد في فقه الزيدية، الجزء السادس، الصفحة .30، ابن المنذر، محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، الإجماع، تحقيق د. فؤاد عبد المنعم أحمد، دار المسلم للنشر والتوزيع، ط الأولى 2004 م، الصفحة .73

(8) ينظر: محمد عبدالحميد، أحكام المواريث في الشريعة الإسلامية على مذاهب الأئمة الأربع، الصفحة .131

وهذا ما عليه العمل في قانون الأحوال الشخصية، وما ورد من نصوص في ذلك ما نصت عليه المادة (25) من قانون الأحوال الشخصية المصري "تحجب الأم الجدة الصحيحة مطلقاً....." وبمثله جاء في الفقرة الثالثة من المادة (324) من قانون الأحوال الشخصية اليمني "تحجب الجدات من أي جهة بالأم".⁽¹⁾

المطلب الثاني : حجب الجدات بالأب :

سوف نتناول هذا المطلب بالبيان والتفصيل في فرعين :

الفرع الأول : ميراث الجدة لأم مع الأب :

أجمع أهل العلم على أن الأب لا يحجب الجدة التي من جهة الأم وإن علت؛ لأنها تدللي بالأم، والأب لا يحجب الأم فلم يحجب أمها.⁽²⁾

وهذا ما عليه العمل في قانون الأحوال الشخصية، حيث نص القانون على أن الأب يحجب الجدة لأب،⁽³⁾ ولم يشر إلى الجدة لأم مما يفهم منه أن الأب لا يحجب الجدة من قبل الأم.

الفرع الثاني : حجب الجدة لأب بالأب :

اختلف أهل العلم في حجب الجدة مع ابنها الذي صارت به جدة، إن كان حياً، على قولين:

القول الأول: لا ترث الجدة ما دام ابنها الذي صارت به جدة حياً، وبه قال من الصحابة: عثمان، وعلي، والزبير، وسعد بن أبي وقاص، وزيد بن ثابت رض، وهو مذهب أبي حنيفة⁽⁴⁾ مالك⁽⁵⁾ والشافعي⁽⁶⁾ وأحمد في رواية عنه⁽⁷⁾ والزيدية من الشيعة.⁽⁸⁾

القول الثاني: ترث الجدة مع ابنها الذي صارت به جدة، وبه قال من الصحابة: عمر، وابن مسعود وعمران بن حصين وأبو موسى الأشعري رض، وهو مذهب أحمد⁽⁹⁾ والظاهري⁽¹⁰⁾ والإباضية.⁽¹¹⁾

(1) وهذا يوافق سائر ما ورد في قانون الأحوال الشخصية الإماراتي مادة (338)، والكويتي مادة (313)، والموريتاني مادة (270)، والمغربي مادة (358).

(2) ينظر: العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، الجزء التاسع، الصفحة 58، ابن المنذر، الإجماع، الصفحة 73، مسألة (306).

(3) وهذا يوافق سائر ما ورد في قانون الأحوال الشخصية كإماراتي مادة (338)، القطري مادة (264)، الموريتاني مادة (270)، المغربي مادة (358). والمصري مادة (25) والكويتي في الفقرة (ج) مادة (313).

(4) ينظر: الطوري، تكميلة البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الجزء الثامن، الصفحة 562.

(5) ينظر: القاضي عبد الوهاب البغدادي، عيون المسائل، الصفحة 630، ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتضى، الجزء الثاني، الصفحة 349.

(6) ينظر: العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، الجزء التاسع، الصفحة 52، الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، الجزء الثامن، الصفحة 94. ينظر: ابن قدامة المغنى، الصفحة 303.

(7) ينظر: الباروني، شرح التجريد في فقه الزيدية، الجزء السادس، الصفحة 40.

(8) ينظر: ابن قدامة المغنى، الجزء السادس، الصفحة 303.

(9) ينظر: ابن حزم، المحل بالآثار على المجلد بالاختصار، الجزء الثامن، الصفحة 293، رقم المسألة (1730).

(10) ينظر: ابن أطفيش، شرح كتاب النيل وشفاء العليل، الجزء الخامس عشر، الصفحة 117.

الأدلة:

أدلة القول الأول : القائل بعدم تورث الجدة مع ابنها :

استدلوا لما ذهبا إليه بالسنة، والأثر، والمعقول:

الدليل الأول : ما جاء في السنة :

ما روي عن علي بن أبي طالب «أنَّ رَسُولَ اللَّهِ أَطْعَمَ جَدَّتِينِ السُّدُّسَ، إِذَا لَمْ تَكُنْ أُمٌّ، أَوْ شَيْءٌ دُونَهُمَا، فَإِنْ لَمْ تُوجِدْ إِلَّا وَاحِدَةً: فَلَهَا السُّدُّسُ».⁽¹⁾

وجه الدلالة: ظاهر الخبر يدل على أن كل من يدل إلى الميت بواسطة حجته تلك الواسطة، فالأم حجبت أمها؛ لإدلائها بها فكذلك تحجب الجدة لأبها؛ لإدلائها به.⁽²⁾

مناقشة الدليل :

الحديث من جهة السند ضعيف لا تقوم به حجة؛ لانقطاعه. قال عنه ابن حزم: خبر علي أفسدها كلها؛ لأن ابن وهب لم يسم من أخبره به عن عبد الوهاب، وأيضاً فبعد الوهاب هالك ساقط، وفي موضع آخر قال: هذا خبر سوء منقطع ما بين ابن وهب، وعبد الوهاب متroc، ثم لا يصح بجاهد سماع من علي.⁽³⁾

الدليل الثاني: ما جاء من أقوال السلف:

الأثر الأول: ما روي عن سعيد بن المسيب قال: كان زيد بن ثابت لا يورث الجلة أُم الأَب وابنها حي.⁽⁴⁾

الأثر الثاني: عن الشعبي قال: كان علي لا يورث الجدة مع ابنها ويورث القربى من الجدات من قبل الأب أو من قبل الأم.⁽⁵⁾

الأثر الثالث: ما روي عن عطاء أن زيداً قال : يحجب الرجل أمه كما تمحجب الأم أمها من السادس.⁽⁶⁾

الدليل الثالث : ما جاء من جهة المعقول :

أن الأصول موضوعة على أن كل من أدل إلى غيره بعصبة أو بولد، لا يرث معبقاء من يدللي به، ومن ذلك:⁽⁷⁾

1- القياس على الجد (أب الأب) لا يرث مع الأب؛ لأنّه به يتقرّب، وجب أن تُحجب الجدة (أم الأب) بابنها؛ لأنّ الجدة لست أقوى حالاً من الجد؛ لأنّ الجد يجوز المال بالتعصّيب، ويسقط الإخوة من الأم، ويقاسم سائر الإخوة ولا يقاسم سدسه غيره، وليس شيء من ذلك للجد، فلما لم تكن الجدة أقوى حالاً من الجد بل الجد أقوى حالاً منها، وجب أن يكون الأب يحجبها كما يحجب الجد.

(1) ينظر: السيوطى، عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطى، جمع الجواجم المعروف بـ«الجامع الكبير»، الجزء السابع عشر، المحقق: مختار إبراهيم الهائج وغيره، الناشر: الأزهر الشريف، القاهرة، ط الثانية، 2005 م الصفحة 733، رقم الحديث 1058.

(2) ينظر: أحمد بن محمد الصاوي المالكي، بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، المعروف «ب HASHIYA الصاوي على الشرح الصغير» الجزء الثاني، مكتبة مصطفى، الباد، الحلم، تاريخ النشر 1952 م، الصفحة 491.

(3) ينظر: ابن حزم، المحلّي بالآثار على المجلّى بالاختصار، الجزء الثامن، الصفحة 293، رقم المسألة (1730).

(4) صحيح: مصنف عبد الرزاق كتاب الفرائض، باب فرض الجدات، رقم الأثر (19099).

(5) صحيح: مصنف عبد الرزاق كتاب الفرائض، باب فرض الجدات، رقم الآثر (19090).

(6) ينظر: جمع الجوامع، للسيوطى، مسند زيد بن ثابت، رقم الأثر (48) / 339.

(7) ينظر: القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، الجزء الخامس، المحقق: الحبيب بن طاهر، الناشر: دار ابن حزم، ط الأولى، 1999م، الصفحة 221. ابن عبد البر، الاستذكار الجامع لما ذهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معانٍ الرأي والأثار وشرح ذلك كله بالإيجاز والاختصار، الجزء الخامس، الصفحة 351. ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتضى، الجزء الثاني، الصفحة 351، ابن يونس، الجامع لمسائل المدونة، الجزء الحادي والعشرون، الصفحة 471. الروياني، أبو المحسن عبد الواحد بن إسماعيل، بحر المذهب (في فروع المذهب الشافعي)، الجزء السابع، المحقق: طارق فتحي السيد، الناشر: دار الكتب العلمية، ط الأولى، 2009م، الصفحة 414، الباروني، شرح التجريد في فقه الزيدية، الجزء السادس، الصفحة 57.

- 2- القياس على الجدة (أم الأم) فإنها لا ترث مع الأم شيئاً، فكذلك أم الأب لا ترث مع الأب شيئاً.
3- القياس على بنت الابن فإنها لما كانت محجوبة بأبيها، وجب أن يحجب الأب أمه، والعلة أنها أدلت إلى الميت بعصبة، فمن كان إدلاه إلى الميت بعصبة، فيجب أن يمحجه من كان إدلاه به.
4- القياس على ابن الأخ لا يرث مع الأخ؛ لأنه به يدللي، ولا يرث ابن العم مع العم؛ لأنه به يدللي، وجب أن لا ترث الجدة أم الأب مع الأب؛ لأنها به تدللي.

مناقشة الدليل : ينافش من وجهين :

الوجه الأول: لو كانت علة حجب الأم لأمه؛ أنها ابنتها وبها تقرب، وحجب الأب لأمه أنه ابنها وبه تقرب؛ لو لزم هذا لوجب أن لا تحجب الأم الجدة التي من قبل الأب؛ لأنها ليست ابنتها ولا بها تقرب؛ وإنما حجبتها لأنها أم أقرب ولو لزم - أيضاً - أن كل من يتقارب بأحد لا يرث معه، لوجب أن لا يرث الأخ للأم مع الأم؛ لأنه بها يتقارب، وقد اتفقوا على توريثه معها.⁽¹⁾

وخلاصة القول: صحيح أن القاعدة في الحجب أن من أدلى بشخص حجب به، غير أنه لا بد أن نفرق بين من أدلى بشخص وقام مقامه عند عدمه، وبين من أدلى بشخص ولم يقم مقامه عند عدمه ففي الحالة الأولى يسقط به، وأما في الثانية فلا يسقط به، ومعلوم أن الجدة لا تقوم مقام الأب عند عدم الأب وأن الإخوة من الأم لا يقومون مقام الأم عند عدم الأم.⁽²⁾ قال ابن تيمية : القول بأن من أدلى بشخص سقط به باطل طرداً وعكساً باطل طرداً بولد الأم مع الأم، وعكساً بولد الابن مع عمهم وأمثال ذلك مما فيه سقوط شخص من لم يدل به.⁽³⁾

الوجه الثاني: أن الجدة، وإن أدلت بالأب فهي غير مضررة به؛ لسبعين:

الأول: أن الجدة لأب ترث بطريق الفرض فلا تكون العصوبية حاجبة لها كما لا يمحجها عم الميت الذي هو ابنها.⁽⁴⁾
الثاني: أن الجدة لأب لا ترث ميراث الأب، إنما تشارك أم الأم في فرضها فجري مجرى الإخوة للأم لما لم يضروا بالأم لم يسقطوا مع الأم.⁽⁵⁾

الجواب على هذا الوجه :

لا نسلم أن الجدة لأب ترث ميراث الأم بل ميراث الأب؛ لأن له السدس فترث ذلك عند عدمه، ولئن كان ميراث الأم فلا يلزم منه عدم الحجب بغيره، ألا ترى أن بنت الابن ترث ومع هذا تحجب بأبيها.⁽⁶⁾

أدلة القول الثاني: القائل بتوريث الجدة مع ابنها :

استدلوا لما ذهبوا إليه بالسنة، والأثر، والمعقول :

الدليل الأول : ما جاء في السنة :

الحديث الأول : ما روي عن عبد الله بن مسعود قال في الجدة مع ابنها: «إِنَّهَا أَوْلُ جَلَةٍ أَطْعَمَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ سُدُّسًا مَعَ ابْنِهَا وَابْنَهَا حَيّ». ⁽⁷⁾

(1) ينظر: ابن يونس، الجامع لمسائل المدونة، الجزء الحادي والعشرون، الصفحة 471.

(2) ينظر: محمد بن صالح العثيمين ، فتح ذي الجلال والإكرام بشرح بلوغ المرام، الجزء الرابع، تحقيق: صبحي بن محمد رمضان، الناشر: المكتبة الإسلامية للنشر والتوزيع، ط الأولى، 2006 م، الصفحة 371.

(3) ينظر: ابن تيمية، مجموع الفتاوى، الجزء الحادي والثلاثون، الصفحة 354.

(4) ينظر: الطوري، تكميلة البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لجزء الثامن، الصفحة 562.

(5) ينظر: ابن تيمية، مجموع الفتاوى، الجزء الحادي والثلاثون، الصفحة 354.

(6) ينظر: الطوري، تكميلة البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لجزء الثامن، الصفحة 562.

(7) سنن الترمذى، كتاب الفرائض، باب ما جاء في ميراث الجدة مع ابنها، برقم (2248)، السنن الكبير للبهقى، كتاب الفرائض، باب لا يرث مع الأب أبواء، برقم (12654).

وجه الدلاله : يدل ظاهر الحديث على أن النبي ﷺ أعطى للجدة السادس مع ابنها.
مناقشة الدليل :

الحديث لا تقوم به حجة، وذلك من وجهين :

الوجه الأول: أن الحديث من روایة محمد بن سالم وقد ذهب أكثر أهل العلم إلى تضعيه، قال البیهقی: الحديث الذي رواه محمد بن سالم عن الشعیب عن مسروق عن عبد الله: "أول جدة أطعمها رسول الله ﷺ سدساً مع ابنها وابنها حي" تفرد به هكذا محمد بن سالم وهو غير محتاج به وإنما ورد منقطعاً عن الحسن بن أبي الحسن ومحمد بن سيرين.⁽¹⁾

الوجه الثاني : أن الحديث حکایة حال فيحمل على أن تكون الجدة أراد بها أم الأم وابنها هو حال الميت، أو يحمل على أن تكون الجدة أراد بها أم أب وابنها هو عم الميت، أو يحمل على أن يكون الأب محظوباً بالوصف كالأب الكافر أو القاتل، فلا يسقط ميراثها بسقوطه من أدلت به.⁽²⁾

الجواب على المناقشة: ينافش من وجهين:

الوجه الأول : الحديث مختلف فيه، وقد ذهب البعض إلى صحته والأخذ به، قال ابن حزم عن سند الحديث "مسند صالح"⁽³⁾

الوجه الثاني : أن الحديث لو سلمنا ضعف سنته، مقدم على القياس، ولا فائدة في الاحتراز عن الحال والعلم في الجوابين الأولين، إذ لا يتوجه أحد أنه مسقط لها، والتقييد بالأب المحظوب بالوصف تكلف.⁽⁴⁾

الحديث الثاني : ما روي عن محمد بن سيرين قال: «أوَّلُ جَدَّةٍ أَطْعَمَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أُمُّ أَبٍ مَعَ ابْنِهَا».⁽⁵⁾

الحديث الثالث : ما روي عن الحسن البصري قال: «وَرَثَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ جَدَّةُ السُّدْسِ وَابْنَهَا حَيّ». ⁽⁶⁾

مناقشة الدليلين :

أن الخبرين من جهة السند فيهما ضعيف، ولا تقوم بهما حجة؛ لأنهما مرسلان.

الجواب على المناقشة :

أن حديث محمد بن سيرين، وإن كان مرسلاً فهو حجة؛ لأنه كان من يتحررون في النقل، قال ابن عبد البر: أجمع أهل العلم بالحديث أن ابن سيرين أصح التابعين مراسيل، وأنه كان لا يروي ولا يأخذ إلا عن ثقة، وأن مراسيله صحيح كلها.⁽⁷⁾

الدليل الثاني: ما جاء من أقوال السلف :

الأثر الأول: ما روي عن عبد الله بن حميد بن عبد الرحمن عن أبيه قال: مات ابن لحسكة الخطبي فترك حسكة وأمّا لحسكة، فكتب أبو موسى الأشعري إلى عمر في ذلك؟ فكتب إليه عمر: ورثها مع ابنها السادس.⁽⁸⁾

(1) ينظر: أبو بكر البیهقی، أحمد بن الحسین بن علي بن موسى الخسروجردي الخراسانی، معرفة السنن والآثار، الجزء التاسع، المحقق: عبد المعطي أمین قلعجي، الناشرون: جامعة الدراسات الإسلامية (کراتشي - باکستان)، ط الأولى، 1991م، الصفحة 115.

(2) ينظر: الطویری، تکملة البحر الرائق شرح کنز الدقائق، الجزء الثامن، الصفحة 562، ابن عبد البر، الاستذکار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معانی الرأی والأثار وشرح ذلك کله بالإيجاز والاختصار، الجزء الخامس، الصفحة 352، الرویانی، بحر المذهب (في فروع المذهب الشافعی)، الجزء السابع، الصفحة 414.

(3) ينظر: ابن حزم، المحل بالآثار على المجل بالاختصار، الجزء الثامن، الصفحة 305، رقم المسألة (1730).

(4) ينظر: ابن أطیفیش، شرح كتاب النیل وشفاء العلیل، الجزء الخامس عشر، الصفحة 118.

(5) مصنف عبد الرزاق، كتاب الفرائض، باب فرض الجدات، رقم (19091)، وأبو داود في "المراسيل" بباب ما جاء في الفرائض، رقم (357).

(6) سنن سعید بن منصور، كتاب الفرائض، باب الجدات، رقم (96).

(7) ينظر: أبو عبد الله بدرا الدین محمد بن عبد الله بن ہادر الزركشی الشافعی، النکت على مقدمة ابن الصلاح، الجزء الأول، المحقق: د. زین العابدین بن محمد بلا فربیج، الناشر: أضواء السلف، الرياض، ط الأولى 1998م، الصفحة 511.

(8) مصنف ابن أبي شيبة، كتاب الفرائض، من ورث الجدة وابنها حي، برقم (31304).

الأثر الثاني : ما روي عن إبراهيم النخعي عن ابن مسعود قال: لا يحجب الجدات إلا الأم.⁽¹⁾

الدليل الثالث : ما جاء من جهة المعمول: وذلك من علة وجوهه.

الوجه الأول : القياس على الإخوة للأم فإنهم يدللون بالأم، ويرثون معها، وكذلك الجدة تدلي بالأب وترث معه.⁽²⁾

الوجه الثاني : أن الجدات أمها، فلا تحجب الأم إلا بأم هي أقرب منها، كما أن الأجداد آباء، فلا يحجب الأب إلا أباً أقرب منه، وكما أن ابن الابن ابنًا، فلا يحجب الابن إلا ابن أقرب منه.⁽³⁾

الوجه الثالث: أن الأم وأم الأم لا يحجبان بالذكر، وكذلك أم الأب لا تحجب بابتها، وإنما تحجب الجدات الأمها، كما أن عدم الأب لا يزيدوها في فرضها وإنما لها السدس على كل حال فكيف يحجبها.⁽⁴⁾

الوجه الرابع: أن كل من أدى إلى الميت بأب وارث سقط به ك الجدة والإخوة ولأن الإدلة إلى الميت من يستحق جميع الميراث ينبع من مشاركته في الميراث كولد الابن مع الابن وولد الإخوة مع الإخوة، وأنها جدة تدلي بولدها فلم يجز أن تشارك ولدها في الميراث كالجدة أم الأم مع الأم.⁽⁵⁾

مناقشة الدليل :

لا نسلم لكم أن الجدة تأخذ سهم الأم، ألا ترى أنه لو ترك أبه وجدته لم يكن للجدة الثالث كما أن للأم معه الثالث وإنما تصير محجوبة بالأم وليس من صار محجوباً بغيره يكون سهمه سهم ذلك الغير؛ ويبدل على ذلك أنا وجدنا الابن يحجب ابنته كما يحجب ابنة لما كان أدلة لهم به أدلة واحداً ولم تفصل بينهما الذكور والأنوثة فكذلك الجدة؛ لأن أدلةها بالأب كأدلة الجد حتى أنه لا فاصل بينهما إلا الذكور والأنوثة، ويمكن أن يقال أن الابن لما حجب ابنته وجب أن يحجب الأب أمه؛ والعلة أنها أدلت إلى الميت بعصبة فمن كان أدلةه إلى الميت بعصبة فيجب أن يحجبه من كان أدلةه به.⁽⁶⁾

الراجح والله تعالى أعلم:

بالنظر إلى القولين السابقين وأدلة كل قول والاعتراضات على كل منهما؛ يتبيّن أن الراجح هو القول بأن الجدة تحجب، ولا ترث مع ابنتها الذي صارت به جدة.

والذي عليه العمل في قانون الأحوال الشخصية أن الجدة الأبوية لا ترث مع الأب، وما ورد من نصوص في ذلك ما نصت عليه المادة (25) من قانون الأحوال الشخصية المصري والتي نصت على أنه "ويحجب الأب الجدة لأب....." وبمثله جاء في الفقرة (ج) من المادة (313) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي على أنه "تحجب الجدة لأب بالأب".⁽⁷⁾

(1) مصنف عبدالرزاق، كتاب الفرائض، باب فرض الجدات، برقم (19092).

(2) ينظر: ابن عبد البر، الاستذكار الجامع لذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار وشرح ذلك كله بالإيجاز والاختصار، الجزء الخامس، الصفحة 352.

(3) ينظر: ابن يونس، الجامع لمسائل المدونة، الجزء الحادي والعشرون، الصفحة 471.

(4) ينظر: أبو عمري يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي ، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، الجزء الحادي عشر، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوى ، محمد عبد الكبير البكري، الناشر: وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية - المغرب، عام النشر: 1387 هـ، الصفحة 106، ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتضى، الجزء الثاني، الصفحة 351.

(5) ينظر: الروياني، بحر المذهب (في فروع المذهب الشافعي)، الجزء السابع، الصفحة 414.

(6) ينظر: الهماروني، شرح التجريد في فقه الزيدية، الجزء السادس، الصفحة 41.

(7) ينظر: قانون الأحوال الشخصية، الإماراتي مادة (338)، القطري مادة (264)، الموريتاني مادة (270)، المغربي مادة (358)، اليماني الفقرة (2) المادة (2) المادة (324)، الأردني الفقرة (3) المادة (291).

(ب) المادة (111) السوداني المادة (373) التونسي الفصل (283) المادة (2) السورية الفقرة (1).

المبحث الثاني : حجب الجدات بعضهن البعض :

وسوف نتناول هذا المبحث بالبيان والتفصيل في مطلبين :

المطلب الأول : حجب الجدات المتحاذيات :

اتفق أهل العلم على أنه إذا اجتمع جدتان فأكثر، وكانوا في رتبة واحدة، أن السدس يقسم بينهم على السواء⁽¹⁾ لما روي في حديث قبيصة بن ذؤيب أن الجلة الأخرى جاءت إلى عمر بن الخطاب رض تُسأله ميراثها؟ فقال لها: ما لك في كتاب الله شيءٌ، وما كان القضاء الذي قضي به إلا لغيركِ، وما أنا بزائدٍ في الفرائض شيئاً، ولكن ذلك السادس، فإن اجتمعتما فيه فهو بينكم، وأيّتكمما خللت به فهو لها.⁽²⁾

وهذا ما عليه العمل في قانون الأحوال الشخصية وما ورد من نصوص في ذلك ما نصت عليه المادة (14) من قانون الأحوال الشخصية المصري "للجلة أو الجدات السادس، ويقسم بينهم على السواء". وكذلك جاء في المادة (347) من قانون الأحوال الشخصية المغربي "فإن اجتمعت جدتان قسم السادس إن كانتا في رتبة واحدة....".⁽³⁾

المطلب الثاني : حجب الجدات غير المتحاذيات :

وسوف نتناول هذا المطلب بالبيان والتفصيل في فرعين:

الفرع الأول : حجب الجدة البعدى بالقربى عند اتحاد الجهة :

اتفق أهل العلم على أنه إذا اجتمع جدتان وكانتا من جهة واحدة، أن القربى منهما تحجب البعدى من الميراث، كأم الأُم تحجب أم الأُم، وكأم الأُب تحجب أم الأُب.⁽⁴⁾

وهذا ما عليه العمل في قانون الأحوال الشخصية وما ورد من نصوص في ذلك ما نصت عليه الفقرة الرابعة من المادة (264) قانون الأحوال الشخصية القطري "الأحوال التي تحجب فيها الجدة ... ذكر منها: "بالقربى من جهتها" أي أن الجدة القربى تحجب الجدة البعدى إن كانت من جهتها.

الفرع الثاني : حجب الجدة البعدى بالقربى عند اختلاف الجهة :

هذه من المسائل الخلافية حيث ذهب فريق إلى التفريق في الحكم ما بين إذا كانت القربى من جهة الأم، والبعدى من جهة الأب، وما إذا كانت القربى من جهة الأب، والبعدى من جهة الأم، بينما ذهب فريق ثان إلى عدم التفريق، وهذا ما سنوضحه - إن شاء الله تعالى - في المسالتين التاليتين.

المسألة الأولى : حجب الجدة لأب البعدى بالجدة لأم القربى :

اتفق أهل العلم على أن الجدة القربى من جهة الأم تحجب الجدة البعدى من جهة الأب، كأم الأم تحجب أم أم الأب.⁽⁵⁾

(1) ينظر: القرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدرس بن عبد الرحمن المالكي، الذخيرة، الجزء الثالث عشرة، المحقق: محمد بو خبزة، الناشر: دار الغرب الإسلامي - بيروت، ط الأولى، 1994 م، الصفحة 63. الجويني، نهاية المطلب في درية المذهب، الجزء التاسع، الصفحة 77.

(2) تقدم تخرجه، في الصفحة 7.

(3) ينظر: قانون الأحوال الشخصية، الإماراتي مادة (338)، الكويتي مادة (302)، الموريتاني مادة (270).

(4) ينظر: العمرياني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، الجزء التاسع، الصفحة 40، ابن قدامة المغنى، الجزء السادس، الصفحة 302، الهارونى، شرح التجريد في فقه الزيدية، الجزء السادس، الصفحة 40.

(5) المصادر السابقة مع الإشارة نفسها.

وهذا ما عليه العمل في قانون الأحوال الشخصية وما ورد من نصوص في ذلك ما نصت عليه المادة (358) من قانون الأحوال الشخصية المغربي على أنه: "الجلدة القربى من جهة الأم تحجب الجلة البعدى من جهة الأب" وبمثله جاء في قانون الأحوال الشخصية التونسي، في الفصل (143) "لا ترث مع الجلة للأم الجلة للأب إذا كانت أبعد منها درجة".⁽¹⁾

المسألة الثانية : حجب الجلة لأم الاب بالجلدة لأب القربى :

اختلاف أهل العلم في حجب الجلة البعدى من جهة الأم بالجلدة القربى من جهة الأب، كأم الاب مع أم أم الأم، على قولين :

القول الأول: أن الجلة القربى تحجب الجلة البعدى سواء كانت من قبل الأم أو من قبل الأب، وبه قال أبو حنيفة،⁽²⁾ وأحمد في رواية،⁽³⁾ والظاهرية،⁽⁴⁾ والإباضية،⁽⁵⁾ والزيدية من الشيعة.⁽⁶⁾

القول الثاني: أن الجلة لأب القربى لا تحجب الجلة لأم الاب، إنما يشتراكان في السدس، وبه قال مالك،⁽⁷⁾ والشافعى،⁽⁸⁾ وأحمد في رواية.⁽⁹⁾

الأدلة :

أدلة القول الأول : القائل بمحجب الجلة لأم الاب بالجلدة لأب القربى :

استدلوا لما ذهبوا إليه بالأثر، والمعقول :

الدليل الأول : ما جاء بآقوال السلف :

الأول: ما روى عن الشعبي: أن علي بن أبي طالب وزيد بن ثابت كانا يجعلان السدس للقربى منهما - يعني الجدتين.⁽¹⁰⁾

الثاني: ما روى عن أيوب السختياني عن محمد بن سيرين في الجدات قال: إن كانت واحدة فالسدس لها، وإن كانت اثنتين فالسدس بينهما فإن كن ثلاثة فالسدس بينهن، وإن كن أربعًا فالسدس بينهن، وأيتها كانت أقرب فهي أحق، إنما هي طعمة.⁽¹¹⁾

(1) ينظر: المادة (264) قانون الأحوال الشخصية القطري، والمادة (270) الموريتاني.

(2) ينظر: الطوري، تكميلة البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الجزء الثامن، الصفحة 561.

(3) ينظر: ابن قدامة المغنى، الجزء السادس، الصفحة 302.

(4) ينظر: ابن حزم، المحلي بالآثار على المجلى بالاختصار، الجزء الثامن، الصفحة 301، رقم المسألة (1730).

(5) ينظر: ابن أطفيش، شرح كتاب النيل وشفاء العليل، الجزء الخامس عشر، الصفحة 118.

(6) ينظر: الباروني، شرح التجرید في فقه الزيدية، الجزء السادس، الصفحة 40.

(7) ينظر: صالح الآبي، الثمر الداني في تقريب المعاني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، الصفحة 726.

(8) ينظر: الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعى، الجزء الثامن، الصفحة 112.

(9) ينظر: ابن قدامة المغنى، الجزء السادس، الصفحة 302.

(10) ينظر: أبو بكر البهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الحُسْرُوْجِرِي الخراساني، الخلافيات بين الإمامين الشافعى وأبي حنيفة وأصحابه، الجزء الخامس، تحقيق فريق البحث العلمي بشركة الروضة، الناشر: الروضة للنشر والتوزيع، القاهرة - مصر، ط الأولى، 2015 م، الصفحة 173.

(11) ينظر: ابن حزم، المحلي بالآثار على المجلى بالاختصار، الجزء الثامن، الصفحة 301، رقم المسألة (1730).

مناقشة الدليل : ينافش الدليل من وجهين :

الأول : أن أصح الروايتين عن زيد هو القول بتوريث الجدتين البعدى من جهة الأم مع القربى من جهة الأب.⁽¹⁾

الثانى : أن من قال بتوريث القربى من الجدات دون البعدى سواء كانت القربى من قبل الأم والبعدى من قبل الأب، والقربى من قبل الأب والبعدى من قبل الأم، احتاج برواية الشعبي عن علي وزيد، وهذه رواية مطلقة، ورواية المدىين عن زيد مفسرة، يحتمل أن يكون المراد بالطلقة ما فسره أهل المدينة عنه، والله أعلم.⁽²⁾

الدليل الثانى : ما جاء من جهة المعقول: وذلك من وجهين :

الوجه الأول : إن الأم تحجب أمها(أم الأم) و(أم الأب); لأنها أقرب إلى الميت وهي ذات سهم فكذلك القربى تحجب البعدى؛ لأنها أقرب إلى الميت وهي ذات سهم، وهكذا لا خلاف أن بنات الصلب يحجبن بنات ابن لقربهن فصرن أولى بالسهم، فكذلك الجدات؛ والعلة قربهن من الميت.⁽³⁾

الوجه الثانى : إن الجدات أمها يرثن ميراثاً واحداً من جهة واحدة فإذا اجتمعن باليارات فلأقربهن كالآباء، والبنات، والإخوة، إذا اجتمعوا فالميراث لأقربهم.⁽⁴⁾

أدلة القول الثاني: القائل باشتراك الجدة لأم البعدى مع الجدة لأب القربى في السادس:

استدلوا على ما ذهبوا إليه بالأثر، والمعقول :

الدليل الأول : ما جاء من اقوال السلف:

الأول : ما روى عن قتادة، عن سعيد بن المسيب، عن زيد بن ثابت قال: إذا اجتمعت جدتان فييهما السادس، وإذا كانت التي من قبل الأم أقرب من الأخرى فالسادس لها، وإذا كانت التي من قبل الأب أقرب فهو بينهما. وبمعنى روي عن خارجة بن زيد عن أبيه.⁽⁵⁾

الثانى : عن عمرو بن وهيب، عن أبيه، عن زيد بن ثابت - رضي الله عنه - أنه كان يقول: إذا كانت الجدة من قبل الأم أقعد من الجدة من قبل الأب فهي أحق بالسادس، وإذا كانت الجدة من قبل الأب أقعد أشرك بينها وبين جدة الأم.⁽⁶⁾

الدليل الثاني : ما جاء من جهة المعقول: وذلك من عدة وجوه:

الوجه الأول : أن الجدة من جهة الأم وإن كانت أبعد فهى أقوى من الجدة من جهة الأب وإن كانت أقرب؛ لأن الجدة لأم أخذت الميراث بطريق النص بينما الجدة لأب أخذت الميراث بطريق القياس.⁽⁷⁾

الوجه الثاني : أن الأب لا يحجب الجدة من جهة الأم فلأن لا تحجبها الجدة التي تدللي به أولى بخلاف عكسه، فإن الأم تحجب الجدة من قبل الأب فتحجبتها بها. قال الماوردي: إن الجدات يرثن بالولادة كالأب فلما كانت الأم تسقط جميع الجدات وإن كن من قبل الأب لقربها وبعدهن، ولا يسقط الأب من بعد من جدات الأم مع قربه وبعدهن وجب أن تكون القربى من

(1) ينظر: أبو بكر البهقي، الخلافيات بين الإمامين الشافعى وأبى حنيفة وأصحابه، الجزء الخامس، الصفحة 173.

(2) المصدر السابق مع الإشارة نفسها.

(3) ينظر: الهماروني، شرح التجريد في فقه الزيدية، الجزء السادس، الصفحة 55.

(4) ينظر: ابن قدامة المغنى، الجزء الثامن، الصفحة 372.

(5) ينظر: أبو بكر البهقي، الخلافيات بين الإمامين الشافعى وأبى حنيفة وأصحابه، الجزء الخامس، الصفحة 172.

(6) السنن الكبير للبهقي، جماع أبواب المواريث، باب توريث القربى ممن إذا كانت من قبل الأم، والإشراك بينهن إذا كانت القربى من قبل الأب، برقم (12365).

(7) ينظر: صالح الآبي، الثمر الداني في تقرير المعانى شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، الصفحة 726

جفات الأم تحجب البعدى من جفات الأب كالام ولا تكون القربى من جفات الأب تحجب البعدى من جفات الأم كالاب⁽¹⁾.

الوجه الثالث : أن الأم لما منعت الجفات ولم يمنع الأب أم الأم دل على أن الجدة من جهة الأم أقوى لأنها تدل بـها وهي تمنع الجفات ولا يمنعها الأب والأخرى تدل بـالأب والأب لا يحجب أم الأم فكيف تحجبها أمه أو تستوي معها.⁽²⁾
مناقشة الدليل : يناقش من وجهين :

الأول: لا نسلم بأن الجدة لأمأخذت الميراث بطريق النص بينما الجدة لأبأخذت الميراث بطريق القياس؛ لما جاء في روایة النسائي من تعین الجدة التي جاءت إلى أبي بكر أنها أم الأم، والصواب أن الحديث لم يعین من هي الجدة، فقد روی الزهري الحديث على الشك، فقال: جاءت الجدة إلى أبي بكر تطلب ميراثها من ابن ابنتها أو ابن ابنته، لا أدرى أيتهما هي، وفي روایة النسائي بقوله: لا أدرى أي الجدتين هي.⁽³⁾

الثاني: إن كان الأب لا يسقط الجدة من جهة الأم، فلأنهن لا يرثن ميراث الأمهات لكونهن أمهات، ولذلك أسقطتهن الأم.⁽⁴⁾ قال ابن حزم بعد ذكر الخلاف في المسألة: أما القول عن ابن مسعود، وعن زفر، والذي اختاره مالك: فأقوال لا دليل على صحة شيء منها: لا من قرآن، ولا من سنة، ولا من روایة سقيمة، ولا من قول صاحب لا خالف له، ولا من إجماع، ولا من نظر، ولا قياس ولا من رأي له وجه.⁽⁵⁾

الراجح - والله تعالى أعلم - :

بالنظر إلى القولين السابقين وأدلة كل قول والاعتراضات على كل منهم؛ يتبيّن أنّ الراجح في هذه المسألة هو القول بأن الجدة القريبة تحجب الجدة البعيدة سواءً كانت القريبة من جهة الأم أو الأب.

أما موقف القانون في حجب الجدة لأم البعدى بالجدة لأب القربي فقد اتجه إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول : ذهب إلى حجب الجدة لأم البعدى بالجدة لأب القربي، وهذا ما نصت عليه المادة (25) من قانون المواريث المصري "تحجب الجدة البعيدة بالجدة القريبة" وعلى منواله سار القانون السوري،⁽⁶⁾ والأردني،⁽⁷⁾ وال الكويتي،⁽⁸⁾

الاتجاه الثاني : ذهب إلى اشتراك الجدة لأم البعدى مع الجدة لأب القربي في السدس وهذا ما نصت عليه الفقرة الخامسة من المادة (264) قانون الأحوال الشخصية القطري "لا تحجب القربي من جهة الأب البعدى من جهة الأم". وعلى منواله سار القانون التونسي،⁽⁹⁾ والجزائري،⁽¹⁰⁾ والمغربي،⁽¹¹⁾ والموريتاني.⁽¹²⁾

(1) ينظر: الماودري، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، الجزء الثامن، الصفحة 112، العماني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، الجزء التاسع، الصفحة 42، ينظر: ابن قدامة المغنى، الجزء الثامن، الصفحة 371.

(2) ينظر: ابن عبد البر، التمهيد لما في الموطأ من المعانى والأسانيد، الجزء الحادى عشر، الصفحة 104.

(3) السنن الكبرى للنسائي، كتاب الفرائض، ذكر الجفات والأجداد، ومقادير نصيهم، رقم الحديث (6305).

(4) ينظر: ابن قدامة المغنى، الجزء الثامن، الصفحة 372.

(5) ينظر: ابن حزم، المحلى بالآثار على المجلى بالاختصار، الجزء الثامن، الصفحة 301، رقم المسألة (1730).

(6) ينظر: الفقرة (1) من المادة (283)، قانون الأحوال الشخصية السوري صدر بالمرسوم التشريعى 95 لعام 1953 وعدل بالقانون 34 لعام 1975 وأخر تعدياته كان في عام 2019.

(7) ينظر: الفقرة (ب) من المادة (291)، قانون الأحوال الشخصية الأردنى رقم (36) لعام 2010

(8) ينظر: الفقرة (ب) من المادة (313)، قانون الأحوال الشخصية الكويتي.

(9) ينظر: الفقرة (6) من الفصل (98) مجلة الأحوال الشخصية التونسية، الصادر في 1956/8/13 م.

(10) ينظر: الفقرة (4) من المادة (149) مدونة الأسرة الجزائرية، القانون رقم 11-84، المؤرخ في 9 رمضان 1404 هـ

(11) ينظر: المادة (347) مدونة الأحوال الشخصية المغربي، الصادر في 3/2/2004م.

(12) ينظر: المادة (259) مدونة الأحوال الشخصية الموريتاني، قانون رقم 52 لسنة 2001، بتاريخ 15/8/2001.

الخاتمة :

في ختام هذا البحث يمكن أن أخلص أهم ما توصلت إليه من نتائج فيما يأتي :

1- أن ميراث الجدات ثبت عن طريق السنة وإجماع الأمة.

2- وقع الخلاف في عدد الجدات المستحقات للميراث في المذهب الفقهي على أربعة أقوال، الراجح منها أن الجدات المستحقات للميراث هي كل جدة مدلية بوارث، في حين أن قوانين الأحوال الشخصية اتجهت في ذلك إلى اتجاهين : الاتجاه الأول : تبني موقف المذهب المالكي في عدد الجدات المستحقات للميراث، ومن ذهب إلى ذلك القانون التونسي والجزائري، والموريتاني.

الاتجاه الثاني : تبني موقف المذهب الحنفي في عدد الجدات المستحقات للميراث، ومن ذهب إلى ذلك القانون المصري، السوداني، السوري، والأردني، القطري، والإماراتي، الكويتي.

3- اتفق أهل العلم على أن الجدات يرثن بالفروع، غير أنهم اختلفوا في مقدار هذا الفرض على قولين، الراجح منهما أنها ترث السدس فرضًا، وهذا ما عليه العمل في قانون الأحوال الشخصية.

4- اتفق أهل العلم القائلين بالرد على ذوي الفروع، على أن الجدة إذا انفردت بالميراث، أخذت المال كله، فرضًا ورداً. ير أنهم اختلفوا في الرد على الجدة إن اجتمعت مع ذوي الفروع، على قولين والراجح منها القول بالرد على الجدة مع ذوي الفروع بقدر أنصبائهم، وهذا ما عليه العمل في قانون الأحوال الشخصية، غير قانون الأحوال الشخصية التونسي، ذهب إلى عدم الرد على الجدة مع وجود الفرع الوارث المؤثر.

5- اتفق أهل العلم على أن الجدتين إن استوت رتبتهما وكان كل منهما ذات قرابة واحدة، أنهما يقتسمان السدس بينهما نصفين، واختلفوا إن كانت إحداهما تُدلّى إلى الميت بقربتين والأخرى تُدلّى إليه بقربة واحدة، في نصيب كل منهما على قولين والراجح منها أن السدس يقسم بين الجدتين بالسوية، لا فرق بين ذات قربتين وذات قرابة واحدة، وهذا ما عليه العمل في قانون الأحوال الشخصية.

6- اتفق أهل العلم على أن الأم تحجب جميع الجدات فلا يرثن معها شيئاً، وهذا ما عليه العمل في قانون الأحوال الشخصية.

7- اتفق أهل العلم على أن الأب لا يحجب الجدة من قبل الأم، وهذا ما عليه العمل في قانون الأحوال الشخصية.

8- وقع الخلاف في توريث الجدة مع ابنها الذي صارت به جدة، إن كان حيًّا، على قولين، الراجح منها أنها لا ترث معه شيئاً، وهذا ما عليه العمل في قانون الأحوال الشخصية.

9- اتفق أهل العلم على أن الجدتين إذا اجتمعتا وكانت إحداهما أقرب من الأخرى وهمما من وجه واحد أن السدس لأقربهما، وهذا ما عليه العمل في قانون الأحوال الشخصية.

10- اتفق أهل العلم على أن الجدتين إذا اجتمعتا وكانتا من جهتين أن القربي من قبل الأم تحجب البعدى من قبل الأب.

11- وقع الخلاف في الجدتين إذا اجتمعتا وكانتا من جهتين وكانت القربي من قبل الأب والبعدى من قبل الأم على قولين والراجح منها أن الجدة القربي تحجب الجدة البعدي سواء كانت القربي من جهة الأم أو جهة الأب، في حين أن قوانين الأحوال الشخصية اتجهت في ذلك إلى اتجاهين:

الأول: حجب الجدة لأم البُعدى بالجدة لأب القربي، وهذا ما سار عليه القانون المصري، والسوسي، والأردني، والكويتي.

الثاني: اشتراك الجدتين في السدس، وهذا ما سار عليه القانون القطري، والتونسي، والجزائري، والمغربي، والموريتاني.

وهذا آخر ما قصدنا، والله أَسْأَلُ أَنْ يَنْفَعَ بِهِ، وهو حسبي ونعم الوكيل، والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات.

• فهرس المصادر والمراجع :

التفاسير وعلوم القرآن :

- 1- القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، الناشر: دار الكتب المصرية - القاهرة، ط الثانية 1964 م.
- 2- الكيا الهراسي الشافعي، علي بن محمد بن علي، أبو الحسن الطبرى، الملقب بعماد الدين، أحكام القرآن، المحقق: موسى محمد علي وعزبة عبد عطية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط الثانية، 1405 هـ.

الفقه الحنفي :

- 1- السرخسي، شمس الدين أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، دراسة وتحقيق: خليل محيي الدين الميس، بدون طبعة، دار المعرفة، بيروت، تاريخ النشر 1993 م.
- 2- محمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي القادري، تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، ط الثانية، بدون تاريخ.
- 3- الزيليعي، عثمان بن علي بن محجن البارعي فخر الدين الزيليعي الحنفي، تبيان الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، ط الأولى، 1313 هـ.
- 4- الجصاص، أحمد بن علي أبو بكر الرازى الجصاص الحنفى، شرح مختصر الطحاوى، المحقق: د. عصمت الله عنایت الله محمد وآخرون، دار البشائر الإسلامية، ودار السراج، ط الأولى 2010 م.

الفقه المالكي :

- 1- القاضي عبد الوهاب البغدادي، أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الشعلبي البغدادي المالكي، عيون المسائل، تحقيق: علي محمد إبراهيم بوروبية، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، ط الأولى، 2009 م.
- 2- أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتضى، دار الحديث - القاهرة، تاريخ النشر 2004 م.
- 3- أبو بكر بن حسن بن عبد الله الكشناوى، أسهل المدارك «شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك»، دار الفكر، بيروت - لبنان، ط الثانية.
- 4- الشمر الدانى فى تقريب المعاني شرح رسالة ابن أبي زيد القىروانى، المحقق: ه عبد الرؤوف سعد، مكتبة السلام الجديدة، المغرب.

- 5- ابن يونس، أبو بكر محمد بن عبد الله بن يونس التميمي الصقلبي، الجامع لمسائل المدونة، المحقق: مجموعة باحثين في رسائل دكتوراه، الناشر: معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي - جامعة أم القرى، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ط الأولى، 2013 م.

- 6- القرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي، الذخيرة، المحقق: محمد بو خبزة، الناشر: دار الغرب الإسلامي - بيروت، ط الأولى، 1994 م.
- 7- أحمد بن محمد الصاوي المالكي، بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، المعروف «بحاشية الصاوي على الشرح الصغير» مكتبة مصطفى البابي الحلبي، تاريخ النشر 1952 م.
- 8- عثمان بن المكي التوزري الزيبي، توضيح الأحكام شرح تحفة الحكماء، المطبعة التونسية، ط الأولى، 1339 هـ.

الفقه الشافعى :

- 1- إمام الحرمين ، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني ، نهاية المطلب في دراية المذهب ، حقيقه أ.د/ عبد العظيم محمود الديب ، الناشر: دار المنهاج ، ط الأولى ، 2007 م.
- 2- الماوردي ، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي ، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعى ، المحقق: علي محمد معوض ، عادل أحمد عبد الموجود ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، ط الأولى ، 1999 م.
- 3- أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراوى اليمنى الشافعى ، البيان فى مذهب الإمام الشافعى للعمراوى ، المحقق: قاسم محمد النوري ، دار المنهاج - جدة ، ط الأولى ، 2000 م.
- 4- ابن قاضي شبهة ، بدر الدين أبو الفضل محمد بن أبي بكر الأستاذ الشافعى ، بداية الحاج فى شرح المنهاج ، الناشر: دار المنهاج للنشر والتوزيع ، جدة - المملكة العربية السعودية ، ط الأولى ، 2011 م.
- 5- البغوى ، أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوى الشافعى ، التهذيب فى فقه الإمام الشافعى ، المحقق: عادل أحمد عبد الموجود ، علي محمد معوض ، الناشر: دار الكتب العلمية ، ط الأولى ، 1997 م.
- 6- أبو البقاء الدميري ، كمال الدين ، محمد بن موسى بن عيسى بن علي الدميري أبو البقاء الشافعى ، النجم الوهاج فى شرح المنهاج ، المحقق: لجنة علمية ، دار المنهاج (جدة) ، ط الأولى ، 2004 م.
- 7- الرويانى ، أبو الحasan عبد الواحد بن إسماعيل ، بحر المذهب (في فروع المذهب الشافعى) ، المحقق: طارق فتحي السيد ، الناشر: دار الكتب العلمية ، ط الأولى ، 2009 م.

الفقه الحنبلى :

- 1- ابن قدامة ، أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة ، المغني ، مكتبة القاهرة ، بدون طبع ، تاريخ النشر 1968.
- 2- تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني ، مجموعة الفتاوى ، المحقق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم ، الناشر: جمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف ، المدينة النبوية ، المملكة العربية السعودية ، تاريخ النشر 1995 م.

الفقه الظاهري :

- ابن حزم ، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم ، المخلص بالأثار على المخلص بالاختصار ، دار الفكر ، بيروت ، بدون طبعة وبدون تاريخ.
- ### الفقه الزيدى :
- الهاروني ، أحمد بن الحسين الهاروني ، شرح التجريد في فقه الزيدية ، تحقيق محمد يحيى عزان ، وحميد جابر عبيد ، ط الأولى ، مركز التراث والبحوث اليمني ، السنة 2006 م
- ### الفقه الإباضي :
- محمد بن يوسف أطفيش ، شرح كتاب النيل وشفاء العليل ، ط الثالثة ، مكتبة الرشاد ، جدة ، السنة 1985 م.

الفقه العام :

- 1- أبو بكر البيهقي ، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخسروجيري الخراساني ، الخلافيات بين الإمامين الشافعى وأبي حنيفة وأصحابه ، تحقيق فريق البحث العلمي بشركة الروضه ، الناشر: الروضه للنشر والتوزيع ، القاهرة - مصر ، ط الأولى ، 2015 م.
- 2- ابن المنذر ، أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري ، الإشراف على مذاهب العلماء ، المحقق: صغير أحمد الأننصاري أبو حماد ، مكتبة مكة الثقافية ، رئيس الخيمة - الإمارات العربية المتحدة ط الأولى ، 2004 م.

- 3- القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، الحقق: الحبيب بن طاهر، الناشر: دار ابن حزم، ط الأولى، 1999 م.
- 4- ابن المنذر، محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، الإجماع، تحقيق د. فؤاد عبد المنعم أحمد، دار المسلم للنشر والتوزيع، ط الأولى 2004 م.
- 5- أبو الخطاب الكلوذاني، محفوظ بن أحمد بن الحسن، التهذيب في علم الفرائض والوصايا، تحقيق: محمد أحمد الخولي، مكتبة العبيكان - الرياض، ط الأولى 1995 م.
- 6- أبو الحكيم عبدالله بن إبراهيم الخبري الفرضي، التلخيص في علم الفرائض، الحقق: د. ناصر بن فنخير الفريدي، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة.
- 7- محمد بن صالح العثيمين ، فتح ذي الحال والإكرام بشرح بلوغ المرام، تحقيق: صبحي بن محمد رمضان، الناشر: المكتبة الإسلامية للنشر والتوزيع، ط الأولى، 2006 م.
- 8- د. جمعة محمد محمد براج، أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية، دار يافا العلمية، عمان، تاريخ النشر 1999 م
- 9- محمد أبو زهرة، أحكام التراثات والمواريث، دار الفكر العربي، بدون تاريخ طبع.
- 10- محمد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، تحقيق محمد الغرازي، دار الكتب العلمية، ط الأولى 2016 م.
- شروح الحديث :
- 1- ابن عبدالبر، يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر القرطبي، الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معانٍ الرأي والأثار وشرح ذلك كله بالإيجاز والاختصار، تحقيق: سالم محمد عطا، محمد علي معوض، الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت، ط الأولى، 2000 .
- 2- أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي ، التمهيد لما في الموطأ من المعانٍ والأسانيد، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوى ، محمد عبد الكبير البكري، الناشر: وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية - المغرب، عام النشر: 1387 هـ .
- 3- ظفر أحمد العثماني التهانوي، إعلاء السنن، الحقق: محمد تقى العثمانى، الناشر: إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، ط الثالثة، 1415 هـ .
- 4- الشوكاني، محمد بن علي بن عبد الله الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقة الأخبار، تحقيق: عصام الدين الصبابطي، الناشر: دار الحديث، مصر، ط الأولى، 1993 م.
- 5- ابن رجب، زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، السلامي، البغدادي، ثم الدمشقي، الحنبلي، جامع العلوم والحكم في شرح حسين حديثا من جوامع الكلم، الحقق: شعيب الأرناؤوط - إبراهيم باجس، مؤسسة الرسالة - بيروت، ط السابعة 2001 م.
- 6- المظہري، الحسين بن محمود بن الحسن، مظہر الدین الزیدانی الکوفی الضریر الشیرازی الحنفی، المفاتیح فی شرح المصابیح، تحقیق و دراسة: لجنة مختصة من المحققین بإشراف: نور الدین طالب، دار النوادر، وهو من إصدارات إدارة الثقافة الإسلامية - وزارة الأوقاف الكويتية، ط الأولى، 2012 م.
- 7- أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري المعروف بالطحاوي، شرح معانٍ الآثار، ط الأولى، الناشر: عالم الكتب، السنة 1994 م.

كتب تحرير الأحاديث :

- 1- ابن حجر، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، التلخيص الحبير في تحرير أحاديث الرافعي الكبير، الناشر: دار الكتب العلمية، ط الأولى 1989م.
- 2- ابن حجر، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، تقريب التهذيب، المحقق: محمد عوامة، الناشر: دار الرشيد - سوريا، ط الأولى، 1986م.
- 3- أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني، المراسيل، المحقق: شعيب الأرناؤوط، الناشر: مؤسسة الرسالة - بيروت، ط الأولى، 1408هـ.
- 4- السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي، جمع الجواجم المعروف بـ «الجامع الكبير»، المحقق: مختار إبراهيم الهائج وغيره، الناشر: الأزهر الشريف، القاهرة، ط الثانية، 2005م.
- 5- أبو بكر البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الحسروجيري الخراساني، معرفة السنن والآثار، المحقق: عبد المعطي أمين قلعجي، الناشرون: جامعة الدراسات الإسلامية (كراتشي - باكستان)، ط الأولى، 1991م.
- 6- أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي الشافعي، النكت على مقدمة ابن الصلاح، المحقق: د. زين العابدين بن محمد بلا فريج، الناشر: أصوات السلف، الرياض، ط الأولى 1998م.

جرائم "الخطأ شبه العمد" وعقوباتها في القانون الجنائي المغربي – دراسة مقارنة



الدكتور : محمد محمود بن الصديق
باحث موريتاني - خريج الجامعة المغربية

تقديم :

يدور موضوع هذا البحث حول جريمة من الجرائم الواقعة على الإنسان؛ وهي جريمة ذات تميّز وخصوصية تبع من وقوعها في "منزلة وسط" بين جريمة العمد والخطأ، ومن تشكّل ركّتها النفسي من المعنيين، مع مبaitتها في الجملة لكل منها . وهذا ما جعلها تصطدم ببديهيّة العقل العادي ، بل والعلميّ أحياناً، حيث ذهب بعض الفقهاء والقانونيين إلى استحالة وجود هذا النوع من الجرائم عقلاً وشرعًا. ذلك أن السائد عند كثير من الناس أن السلوك الإنساني، سواء كان جائزًا أو منوعًا، جريمة أو سواها: إما أن يكون عمداً أو خطأً، ولا واسطة بين الأمرين. ولكنّ الأمر من الناحية التشريعية على خلاف ذلك، فهناك نوع من السلوك والأفعال الجرمية لا هو بالعمد الحض، ولا هو بالخطأ الحض، متصرّر عقلاً، وثبتت قانوناً وشرعاً، رغم الخلاف الذي سنذكره فيه.

وللتوضير لذلك الأمثلة التوضيحية التالية :

- لو أن شخصاً ما آذى شخصاً آخر بلسانه ولم يزل يكيل له الشتائم حتى استشاط غضباً، فأمسك الغاضب المغضوب عليه وطرحه أرضاً وركله ببرجله ركلات متقطعة القوة لا تؤدي إلى الموت عادة؛ وكان قصده من ذلك مجرد الانتقام وإشهاد الغيظ، دون قصد القتل، ولكن حالة المضروب تطورت وانتهت بوفاته.
- ولو أن شخصاً أراد أن يُشعّل النار في بيت غريمه بقصد إتلاف ما فيه، وكان يعتقد أنه خال من الناس، ولكن صادف ذلك وجود شخص نائم داخل المنزل، فالتهمته النيران دون أن يكون ذلك غرضاً للجاني.

- ولو أن سيدة أرادت إسقاط ضرّتها الحامل دون قتلها، فدست لها مادة مجهرة في الطعام، وما إن تناولت المسكينة هذا الطعام حتى ساءت صحتها وانتهت الأمر بوفاتها.
- وفي نطاق جرائم البحار والضرب: لو أن إنساناً ضرب آخر على يده ضرباً متواسطاً بسوطٍ أو نحوه مما ظاهر منه أنه لم يقصد إلى إتلاف العضو، فتطور حالتُه وينتهي الأمر بشللٍ يده أو ذراعه.
- ولو أن آخر صفع غيره على وجهه بيده، فتأثرت من ذلك عين المضروب، وألت مضاعفاتها إلى عورها أو ذهاب بصرها..

أقول: لو أن شيئاً من هذه الجرائم حدث: فسيكون من السهل وصفها - وخصوصاً من غير المتخصص - بأنه عمدٌ شخص، بناءً على المنظر الكلي للجريمة المتمثل في "سلوك عدواني مقصود"؛ كما يسهل وصفها بالخطأ الخمس، بناءً على أن "النتيجة التي وقعت لم تكن مقصودة". لكن بالجمع بين بداية الجريمة ونهايتها؛ أو بتعبير آخر: بين الحدث البسيط السابق، وبين النتيجة الجسيمة اللاحقة: يكون الوصف الدقيق لهذه الجرائم وأمثالها هو أنها: (خطأً شبهً عمد)، حسب التعبير الشرعي عن هذه الجريمة.

وتفكيك هذه العبارة (الخطأ شبه العمد) يوضح لنا إلى أي مدى تُعبّر فعلاً عن كنه هذه الجريمة: فواقع الجريمة بالنظر إلى النتيجة التي آلت إليها هو الخطأ، ولكن مظاهرها المتمثل في السلوك العدواني المقصود يُدينها شكلاً من الجرائم المتعلمة. وهكذا كان أصدق وصف يمكن أن يُطلق على هذه الجرائم انطلاقاً من ركناها المعنوي هو: (الخطأ شبه العمد)، كما عبر بذلك رسول الله عليه صلاة وسلم في أحاديث تَرَدَ قريباً.

ولدى رجال القانون عرفت هذه الجريمة بـ(الجرائم المُتعدِّية)، أو (الضرب المفضي إلى الموت). وقد عانت من الاندراجه والانطماد بين المسؤولتين العمدية والخطائية، سواء في الشريعة أو في القانون. رغم مالها من أهمية وحيوية تشريعية وقضائية.

وفي هذا البحث أحاول - بعون الله - رفع الغطاء عن هذا "النظام الجنائي" المغمور، وعن واقعه في التشريع الجنائي المغربي، وكيف كان تعامل المشرع معه؟ وذلك عبر الخطة المنهجية التالية:

المطلب الأول : مفهوم الخطأ شبه العمد.

الفرع الأول : مفهوم شبه العمد في الشريعة الإسلامية.

الفرع الثاني : مفهوم شبه العمد لدى شراح القانون.

الفرع الثالث : مقارنة بين المفهومين الشرعي والقانوني لشبه العمد.

المطلب الثاني : الخطأ شبه العمد وعقوبته.

الفرع الأول : جريمة "الضرب المفضي إلى الموت" والجرائم المماثلة لها.

الفرع الثاني : الجرائم المتعديّة في القانون المغربي المدرّجة خارج نظامها القانوني.

الفرع الثالث : الجرائم المتعديّة التي أهيأ لها القانون المغربي.

المطلب الأول : مفهوم الخطأ شبه العمد :

الفرع الأول: مفهوم شبه العمد في الشريعة الإسلامية :

أطلقت الشريعة الإسلامية على هذه الجريمة بختلف أمثلتها وتطبيقاتها من أول يوم اسم (الخطأ شبه العمد)، وعَرَفْتُها بما يميزها عن جريئي العمد والخطأ ، ثم خصّتها بـأحكامها ورتبت عليها عقوباتها . وذلك عبر جملة من الأحاديث النبوية، ثم النصوص الفقهية . اختار منها ما يلي :

أولا. الأحاديث النبوية :

1. عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «ألا إن قتيل الخطأ شبه العمد - بالسوط والعصا - فيه مائة من الإبل مغلظة، منها أربعون خلقة في بطونها أولادها». وفي رواية: «ألا إن دية الخطأ شبه العمد - ما كان بالسوط والعصا - مائة من الإبل، منها أربعون في بطونها أولادها»⁽¹⁾.

2. عن بن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : «العمد قود إلا أن يغفر ولد المقتول، والخطأ عقل لا قود فيه، وشبه العمد - قتيل السوط والحجر - فيه الديمة مغلظة من أسنان الإبل»⁽²⁾.

3. عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: «اقتلت امرأتان من هذيل، فرمي إحداهما الأخرى بحجر، فقتلتها وما في بطونها ، فاختصموا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم: فقضى أن دية جنينها غرة، عبد أو أمة، وقضى بدية المرأة على عاقلتها، وورثتها وولدتها ومن معهم». وفي لفظ: «قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في جنين امرأة من بني لحيان سقط ميتا بغرة: عبد أو أمة، ثم إن المرأة التي قضي عليها بالغرة تُوفيت، فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن ميراثها لبنيها وزوجها، وأن العقل على عصيتها»⁽³⁾.

4. عن ابن شهاب مرسلا، قال: «أتي رسول الله صلى الله عليه وسلم برجل قد قتل رجلا، فقال له خذ الديمة، فأبى الرجل ، فأمكنته قاتله. فلما مر بالرجل ليقتل، قال رسول الله "قاتله في النار" ، فذهب الناس إلى الذي يريد أن يقتل وحدثه بما قال النبي ، فرجع إلى النبي فذكر له الذي بلغه، فقال النبي: "عمد يد وخطأ قلب". قلت فأخذ الديمة»⁽⁴⁾.
ثانيا. النصوص الفقهية :

1. في المذهب الحنفي : «ـ شـيـهـ الـعـمـدـ هوـ مـاـ تـعـمـدـتـ ضـرـبـهـ بـالـسوـطـ أوـ الـعـصـاـ أوـ الـحـجـرـ أوـ الـيـدـ؛ـ فـيـانـ فيـ هـذـاـ الفـعـلـ معـنـيـنـ:ـ الـعـمـدـ باـعـتـبـارـ قـصـدـ فـعـلـ الضـرـبـ،ـ وـمـعـنـيـنـ الـخـطـأـ باـعـتـبـارـ انـعـدـامـ القـصـدـ مـنـهـ إـلـىـ الـقـتـلـ،ـ لـأـنـ الـآـلـةـ التـيـ اـسـتـعـمـلـهـ آـلـةـ

(1) ورد هذا الحديث ضمن خطبة النبي صلى الله عليه وسلم عام حجة الوداع (خطبته الثانية في المسجد الحرام، وليس خطبته الأولى بعرفة) . ولذلك استفاض وتناوله الناس وكثير روايته ورواياته . فقد أخرجه أصحاب السنن وغيرهم . وقد صححه الألباني (في إرواء الغليل 256/7 ، وفي صحيح سنن أبي داود، برقم 4813).

(2) أخرجه بهذا الفظ: إسحاق ابن راهويه، والدارقطني بلفظ قريب من هذا جدا، وهو: «العمد قود اليد، والخطأ عقل لا قود فيه، ومن قتل في عقيلة بحجر أو عصا أو سوط: فهو دية مغلظة في أسنان الإبل». وقد حسن شعيب الأرنؤوط (في تعليقه على جامع الأصول، الحديث رقم 770). وصححه الألباني (صحيح أبي داود برقم 3803 ، والنمسائي: 4803 ، وابن ماجه: 2148).

(3) الحديث متفق عليه . وهو يحكي واقعة قتيل رُفعت إلى النبي صلى الله عليه وسلم وحكم فيها بالدية على عاقلة الجنائية رغم أن الموت كانت نتيجةً لاعتداء مقصود : وهو ما يعني أنه صلى الله عليه وسلم رأى - من خلال ظروف وملابسات الواقعة - عدم اكتمال شروط العمد في حق الجنائية رغم "عدوانها" : أي أن جنائتها كانت خطأ شبه عمد، وليس عمدا محضا.

(4) الحديث بهذه الرواية التي اشتغلت على هذا اللفظ الصريح (عمد يد وخطأ قلب): لم أغير عليه إلا في موطأ بن وهب، وعزاه ابن القيم إلى (الواضحة) لابن حبيب، وهي كتاب ما يزال جزءاً الأعظم مفقوداً إلى اليوم . ولكن الحديث ورد بألفاظ روايات أخرى متداولة كثيرة في مختلف دواوين السنة، ومنها صحيح مسلم . ومن تلك الروايات على سبيل المثال: ما في السنن، عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: «قتل رجل على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، فرفع ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم، فدفعه إلى ولی المقتول ، فقال القاتل: يا رسول الله ما أردت قتله ، قال: فقال رسول صلى الله عليه وسلم لولي: أما إن كان صادقا ثم قتلته دخلت النار، قال: فخلّ سبيله ، قال: وكان مكتوفا بنسعفة فخرج يجر نسعته، فمسى ذو النسعة». (انظر: صحيح سنن أبي داود برقم 4498، والنمسائي برقم 7436)

الضرب للتأديب دون القتل، والعاقل إنما يقصد كل فعل بالاته، فاستعماله آلة التأديب دليل على أنه غير قاصد إلى القتل؛ فكان في ذلك خطأ شبه عمد صورة من حيث أنه كان قاصدا إلى الضرب وإلى ارتكاب ما هو محظ عليه»⁽¹⁾.

2. وفي المذهب الشافعي: «أما عمدة الخطأ فهو: أن يكون عاماً في الفعل غير قاصد للقتل، وذلك بأن يعمد بما لا يقتل في الأغلب وإن جاز أن يقتل، كالسوط والعصا وما توسط من المثقل الذي يجوز أن يقتل ويحوز أن لا يقتل . فيأخذ شبهها من العمد للفعل، ويأخذ شبهها من الخطأ لعدم قصده للقتل . ويسمى عمدة الخطأ لوجود صفة العمد في الفعل، وصفة الخطأ في عدم القصد ؛ فصار العمد ما كان قاصداً في فعله وقصداً، والخطأ ما كان مخططاً في فعله وقصداً، وعمدة الخطأ ما كان عاماً في فعله خاطئاً في قصده»⁽²⁾.

3. وفي المذهب الحنفي: «وأما العمد شبه الخطأ فهو أن يكون عاماً في الفعل غير قاصد للقتل، كرجل ضرب رجلاً بخشبة أو رماه بحجر يجوز أن يسلمه من مثلها وأن يتلف، فأفضى إلى تلفه»⁽³⁾.

4. أما المذهب المالكي: فإن مشهوره هو رفض نظرية الخطأ شبه العمد جملة، واعتباره داخلاً في العمد وتطبيقاً من تطبيقاته . إلا في حالة واحدة قيل مالك تكييفها بالخطأ شبه العمد، وهي حالة (قتل الوالد لولده على نحو يحمل التأويل فعله بقصد الأدب دون قصد القتل)⁽⁴⁾.

والحق أنه لا معنى للاختلاف في شبه العمد، والقول بعدم وجوده في الشريعة الإسلامية، بعد ما تضافت عليه النصوص السابقة، وما عَزَّزَها من عمل الصحابة والتابعين وفقهاء الأمصار، حتى حکى بعضهم عليه الإجماع⁽⁵⁾. فالقتل شبه العمد: حقيقة واقعية وشرعية، يؤيده المنطق والشرع والراجح في كل مذهب ، حتى المذهب المالكي ذاته. فلم يبق بعد ذلك مجال لنفي وجوده في الشريعة الإسلامية، وحان الوقت لطي صفحة الخلاف فيه.

ثالثا. خلاصة آراء الفقهاء حول مفهوم شبه العمد :

- مذهب الشافعي وأحمد وأبي حنيفة ومن وافقهم من الفقهاء إذاً: هو أن القتل ثلاثة أقسام: عمد، وشبه عمد، وخطأ ، وإن اختلفوا أحياناً في بعض صور شبه العمد . ومذهب مالك في المشهور: أن القتل والجرح نوعان فقط: عمد وخطأ، ولا يوجد سواهما . فالعمد عند الشافعي وأحمد وصالحي أبي حنيفة وجماعة ابن وهب من المالكية هو: «تَعْمَدُ الفعل القاتل بما يؤدي إلى القتل غالباً». وشبه العمد هو: تعمد الفعل من غير قصد إلى القتل، «وذلك بأن يتعمد ضربه بما لا يقتل في الغالب وإن جاز أن يقتل، كالسوط والعصا» . والخطأ هو: «إتيان الفعل القاتل من غير قصد إلى الاعتداء

⁽¹⁾ المبسوط في الفقه الحنفي للأمام السرخسي (59/26).

⁽²⁾ الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي للماوردي (210/12).

⁽³⁾ الأحكام السلطانية للقاضي أبي يعلى الفراء: (ص 309).

⁽⁴⁾ وعلى خلاف المشهور، توجد رواية أخرى في المذهب تقول مع الجمهور بشبه العمد . ويتصدر هذا الرأي من تلاميذ مالك: ابن وهب؛ وتبعه عليه بعض محققين المذهب، مثل: الخمي، وأبي رشد، والقرطبي . بالإضافة إلى المدرسة العراقية عموماً . (انظر الإشراف للقاضي عبد الوهاب 2/187). ويمكن أن تُضيف إلى هؤلاء بعض أعلام المذهب الموريتانيين؛ فرغم ما عُرف عن هؤلاء من تشبيه مشهور المذهب ، إلا أن ذلك لم يمنعهم من الأخذ بشبه العمد لرجحان دليله . مثل محمداً فال بن متالي، ومحمد بِيْبَ العلوي، ومحمد بن بَيْهِي الأَيْمَري . (راجع: تاريخ القضاء في موريتانيا، محمد ولد سيدى محمد، ص 190 . ومبوبة ابن البراء الإفتائية 12/5905).

⁽⁵⁾ في الاستذكار لابن عبد البر: «روي عن عمر وعثمان وعلي وزيد بن ثابت وأبي موسى الأشعري والمغيرة بن شعبة رضي الله عنهما: أنهم أثبتوا شبه العمد وقضوا فيه بالدية المغلفة . ولا مخالف لهم من الصحابة ولا من التابعين فيما علمته، إلا اختلافهم في كيفية شبه العمد . وعلى ذلك جمهور الفقهاء، وسفيان الثوري، والأوزاعي، وأبو حنيفة، والشافعي، وأحمد، وإسحاق، وأبو ثور». (249/25).

أصلاً⁽¹⁾ . أما أبو حنيفة: فشرطه في آلة القتل العمد ليس هو "عموم غلبة الموت" بها، كما هو منهج الجمهور؛ وإنما هو: "أن تكون جارحة" . ولذلك عرف العمد بأنه: «تعمد الضرب بسلاح وما أجري مجرى السلاح»، وعرف شبه العمد بأنه: «تعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا أجري مجرى السلاح» . فاستبعد من القتل العمد القتل بغير (الحدّ) من الوسائل والآلات ولو كانت يقتل غالباً، واعتبره من قبيل شبه العمد؛ فضييق بذلك نطاق القتل العمد إلى أبعد الحدود، ووسع في المقابل نطاق الخطأ شبه العمد⁽²⁾ .

- أما مالك: فيعتبر الجنائية قتلاً عمداً بمجرد وقوعها نتيجة لفعل مقصود، سواء تمت بما يقتل غالباً أو لا، محدثاً أو مثقلًا، إن تم ذلك لعداوة أو غصب، لا على وجه التأديب أو اللعب . وكل ما يشترطه مالك لاعتبار الفعل عمداً - زيادة على القصد إليه - أن يقع على وجه الغضب والعدوان، دونما اعتبار أو تفريق بين قصد الضرب، وقصد القتل ؛ ومن ثم لم يلتفت إلى الآلة أو الوسيلة التي تم بها القتل. أما الجمهور فإنهم ينظرون - زيادة على ذلك - إلى نوع الوسيلة المستعملة: هل هي مما يستخدم عادة في النتيجة التي أدت إليها، أي: "ما يقتل غالباً" ، أو لا ، ليكتشفوا من وراء ذلك هل الجنائي قديم على الفعل قاصداً القتل، أم لا .

فالعمد عند الجمهور إذاً هو: قصد الفعل وقصد العدوان وقصد النتيجة. أما شبه العمد فهو: ما كانت نية الفاعل فيه متوجهة إلى العدوان وقصد الضرر من غير قصد إلى القتل ؛ أي قصد الفعل وقصد العدوان دون قصد النتيجة . أما الخطأ: فهو وقوع الفعل مع انتفاء قصد العدوان أو قصد الفعل أصلاً، وبالأخر قصد النتيجة ؛ أي: انعدام قصد العدوان وقصد الفعل وقصد النتيجة.

و واضح أن شبه العمد عند الجمهور يأخذ شبهه بالعمد المحسن من جهة قصد الفاعل إلى الفعل، وينافيء من حيث انعدام قصد القتل ، كما يأخذ شبهه بالخطأ المحسن من جهة انعدام قصد القتل، وينافيء من جهة وجود قصد الاعتداء . وقد رأى جمهور العلماء القائلين بشبه العمد أن أحسن طريقة للتعرف على نية الجنائي ، والتمييز بين قصده إلى النتيجة، وقصده إلى العدوان دون النتيجة: هو الآلة أو الوسيلة التي يستعملها في القتل ؛ «إذ الجنائي يختار في الغالب الآلة المناسبة لتنفيذ قصده ؛ فإذا كانت الآلة أو الوسيلة مما يقتل غالباً: كان القتل عمداً محسناً، وإذا لم تكن الوسيلة مما يقتل غالباً: كانت الجريمة شبه عمد»⁽³⁾ . وهنا بالغ أبو حنيفة فاشترط في الآلة زيادة على شرط الشافعي وأحمد: "أن تكون سلاحاً أو مما هو في حكم السلاح" ؛ أي: "ما يُعد للقتل" ؛ وذلك بأن تكون جارحة أو طاغنة⁽⁴⁾ .

⁽¹⁾ انظر: الماوردي: الحاوي الكبير في فقه الشافعی، (210/12). وزین الدین المنجی الجنابی: الممتنع في شرح المقنع (402/5).

⁽²⁾ يدعى غير (المحدّ) من الأدوات في اصطلاح الفقهاء: (المُثقل)، هو ما يؤثّر بثقله وليس بخيده. مثل الحجارة والعصا والخشبة.. فال الأول: يضغط ويؤرض الجسم ويؤثّر فيه بثقله ووقعه . والثاني عكسه: يخرج ويطعن وله مؤثر في الجسم . وهكذا فإن القتل العمد بالمثقل مهما كان حجمه: لا يستوجب قصاصاً عند أبي حنيفة، ويتعامل معه على أنه من قبيل شبه العمد. ومبرر ذلك: أن استعمال هذا النوع من الآلات دليلاً على انتفاء نية القتل، لأنّه غير مهمياً ولا معد للقال في عرف الناس، وإنما الذي جرى العرف باستعماله هو الأدوات الطاغنة أو الجارحة . وهكذا كان تجنب الجنائي للأدوات المحددة واستعماله أداةً مثقلةً دليلاً على أنه لا يريد القتل؛ وهذا بالضبط هو حد الخطأ شبه العمد (قصد الضرر دون القتل). ويختلف سائر الفقهاء بمن - فهم صاحبـاً أبي حنيفة - أبا حنيفة في هذه الفكرة ، ويعتبرونها من الأئمـاـم الأعظمـاـم "شندوا" لا مبرـرـ لهـ.

⁽³⁾ عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي (31/1).

⁽⁴⁾ انظر الطحاوي: اختلاف العلماء، اختصار المصاص (88/5). والكاساني: بداع الصنائع في ترتيب الشرائع (2/7).

رابعاً. عقوبة الخطأ شبه العمد في الشريعة الإسلامية :

جريدة الخطأ شبه العمد هي من الجرائم "المسممة" في الشريعة الإسلامية، لذلك كانت عقوبتها الأبرز، وهي الدية المضاعفة، (مُقدَّرةً) بنص خاص ، على نحو ما تضمنه الحديث المتقدم: (ألا إن دية الخطأ شبه العمد ما كان بالسوء والعصا مائة من الإبل مغلظة منها أربعون خلقة في بطنها أولادها).

والعقوبة التي رتَّبَتها الشريعة على جريمة شبه العمد هي أوضح ما يُجْلِي حقيقتها ويعكس خصائصها؛ لذلك عكست هذه العقوبة ما في هذه الجريمة من معنى العمد، وما فيها من معنى الخطأ؛ أما جانب العمد فهو المتجلِّي في تغليظ الدية ورفعها عن دية الخطأ العادي ، وأما جانب الخطأ فهو المنعكس في استبعاد القصاص والحكم بالدية مؤجلة.

وليس الدية هي العقوبة الوحيدة التي أقرَّتها الشريعة الإسلامية جزاءً لهذه الجريمة ، وإن كانت هي العقوبة الأهم ، وإنما تلحق بها - بمقتضى نصوص عامة أخرى - عقوبات أخرى ؛ هي بالحصر: الكفارة، الحِرمانُ من الميراث، الحرمانُ من الوصية، والتعزير . بل إن هذه العقوبات الملحوقة أو التابعة: هي التي يَصُدُّ عليها وصف "العقوبة" ، أما الدية فهي تعويض مَدْنِي أَقْرَر لصالح المتضرر وليس عقاباً للجاني . ومن هنا كان مجموع ما يتربَّ على شبه العمد من جراءات ينقسم تحديداً إلى تعويضٍ (جوَّاير) ، وإلى عقوباتٍ (زَوَاجِر) ؛ فالجَرْبُ أو التعويض تُمثِّلُ الدية ، والزَّجْرُ تُمثِّلُ بقية العقوبات.

وتُقسَّم عقوبات شبه العمد على هذا النحو أَوْلَى في نظري من تقسيمها إلى "عقوبات أصلية" وهي الدية، و"عقوبات تَبَعِيَّة" أو "تكملية" ، وهي بقية العقوبات. كما هو منهج عبد القادر عودة ومن تابعه. ذلك أن الدية في الراجح - كما ذكرت - ليست عقوبةً ، وإنما هي تعويض مَدْنِي خالص أُريد به في المقام الأول جبرُ الضرر الذي أصاب المجنى عليه أو أوليائه ، لا مُعاقبةُ الجاني.

وإذا كنت قد ذكرت أن الدية لم تُشرع في مقابل شبه العمد عقوبةً عليه ، وإنما تعويضاً لأولياء المجنى عليه ، وأنَّ ما يمكن وصفه بالعقاب إنما هو هذه الجزاءات ؛ فإني أُفتِّنُ الانتباه أيضاً إلى أنه ليس أيضاً حالساً للعقاب من هذه الجزاءات إلا التعزير، أما بقية العقوبات فأَصْدَقُ ما توصِّفُ به: أنها "إجراءات تَحَرُّزية" بلغة الحقوقين، وإن تَضَمَّنتَ معنى الزجر بالتأخُّر.

الفرع الثاني : مفهوم الخطأ شبه العمد لدى شراح القانون :

دَأَبَت النصوص الجنائية الوضعية - وخاصة منها العربية المتأثرة بالمدرسة الفرنسية - على تنظيم الأحكام المتعلقة بالقتل شبه العمد في "جرائم الجرح والضرب والإيذاء" ، بدلاً من تناولها ضمن جرائم القتل. وذلك في صورة النَّمَوذج الذي عَبَّرُوا عنه بـ"الضرب المفضي إلى الموت" . وهذا بخلاف منهج الفقهاء الشرعيين الذين أَدْرَجُوا جريمة القتل شبه العمد ضمن جرائم القتل، لا الجرح.

ومَرَدُ هذا الاختلاف هو الرواية التي نَظرَ منها كل من الفريقين إلى هذه الجنائية ؛ فالفقهاء صَنَفُوها باعتبار نهايتها، وهي الوفاة ، فَأَدْخَلُوها في جرائم القتل ، أما القانونيون فنظروا إليها باعتبار بدايتها، وهي الضرب أو الجرح ، فصَنَفُوها على أساسِ مِنْ ذلك.

وإنَّ الواضح أنَّ تصنيف هذه الجريمة في جرائم القتل، أَوْلَى من إدراجها ضمن "جنايات الجرح والضرب" ؛ إذ الأصلُ هو النظرُ إلى الأشياء باعتبار نتائجها وما تؤول إليه، لا باعتبار بداياتها التي ليس لها بالضرورة انضباطٌ ولا كَيْفٌ مستقرٌ. ثم إن طبيعة العقوبة المقرَّرة لهذه الجريمة - حتى في نظر القانون - تأبى إدراجها ضمن جرائم الجرح والضرب ؛

فهي في الفقه الإسلامي : الديه ، بل الديه مغلظة ، وتلك في الأصل عقوبة النفس لا الجرح. وهي في القانون تختلف من تشريعٍ لآخر، ولكنها في كل الأحوال أشدُّ من عقوبة الجرح والضرب.

وفضلاً عن ذلك، فإن جريمة الخطأ شبه العمد لا تقوم على جريمة ضربٍ مقصود وحسبٍ، وإنما تقوم على أيٌّ جريمة أخرى مقصودة - مهما كان نمطُ الاعتداء فيها - تَتَوَلَّ عنها وفاة إنسان . ومن هنا فإنه لا معنى للتعبير عن هذه الجريمة بالضرب المفضي إلى الموت أصلاً ، وإنما هو القتل، بغض النظر عن الطريقة التي تم بها.

وبعض شراح القانون أنفسهم يؤيدون هذا القصور في التشريعات الجنائية ، ويعرفون بأن هذه الجريمة «تنتمي إلى النظام القانوني الخاص بالقتل ، من هنا تقتضي الدراسة المنهجية ضرورة وضعها في إطار النظام القانوني لجرائم القتل، لا في إطار سواه»⁽¹⁾.

ورغم ذلك، فإن القوانين الوضعية وإن كانت لم تتعترف بشبه العمد في القتل كقسم متميّز بنفسه في مقابل العمد والخطأ، إلا أنها تجعل هذا النوع من القتل "ضربياً مُفضياً إلى الموت" ، وتحتفظ عقوبته عن عقوبة العمد، فتصيل بذلك - من هذه الناحية - إلى الغرض الذي ترمي إليه الشريعة من التفرقة بين القتل بقصد الضرب، والقتل بقصد القتل . فالخلاف بين الشريعة والقانون من هذه الناحية يبدو خلافاً في التسمية والتبويب، أكثر منه خلافاً جذرياً.

ومن الأمانة القول: إن هذا المنهج (تصنيف شبه العمد ضمن جرائم الجراح) ، وهذا الاصطلاح (تسميه بالضرب المفضي إلى الموت) ، إنما ينطبق على المدرسة القانونية الفرنسية والقوانين العربية المتأثرة بها ، أما القوانين الألماني والإيطالي والقوانين الأوروبية المتأثرة بهما: فقد تجاوزت هذه المرحلة وصنفت جريمة القتل شبه العمد ضمن جرائم القتل ، وأطلقوا عليها في الفقه اسم : "الجريمة المتعددة القصد" أو "الجريمة ذات النتيجة المتجاوزة" ، وفي التشريع: "القتل المتعدد القصد" ، كما أطلقوا على ركناها المعنوي تعريف: "القصد المتعالى" أو المتجاوز (بالبناء للمفعول)⁽²⁾.

وبالإمعان في معاني هذه الصيغ وتفكيكها: يتجلّى لنا التصور القانوني لهذا الجريمة لدى أحسن المدارس القانونية إدراكاً لها واقتراباً من حقيقتها (الألمان والإيطاليين)؛ حيث يتصرّرون أن قصد الجنائي - أو بتعديل الفقهاء: عمدَه - كان متوجّهاً أو مقتصراً على إحداث نتيجةٍ معينة (ضربُ الجنيء عليه مثلاً) ، فحدثَت نتيجةً أخرى مُتجاوزةً أو مُتعديَّةً لقصدِه لم تكن مرغوبةً له ولا مقصودة (وفاة الجنيء عليه)؛ وهكذا كان القصد إلى النتيجة الأولى متعلّقاً أو متجاوزاً، (بالبناء للمفعول) ، والنتيجة التي وقعت فعلاً متجاوزةً أو متعدّيةً للقصد.

ولا شك أن التسمية والتأصيل الإيطالي والألماني لهذه الجريمة أحقٌ وأدقٌ من التعريف والتكييف الذي خلّعَته عليهما المدرسة الفرنسية . وأهمُّ نتيجة عمليَّة تترتب عليه: أن تكون جريمة الضرب المفضي إلى الموت - وهي أولُ نموذج عَرَفَه القانونيون عموماً لشبه العمد - ليست المثال الوحيد للجريمة المتعددة في القانون، بل أيُّ جريمة أراد فيها الجنائي إحداث نتيجةٍ معينة ، فوَقَعَتْ على غير قصدٍ منه نتيجةً أخرى مغايرةً للأولى وأشدُّ منها جسامةً: تُعتبر جريمة قصدٍ مُتعالٍ . كجريمة الإجهاض المفضي إلى الوفاة ، والحريق المتعلق الذي تنشأ عنه وفاة غير مقصودة. وهنا تكون القوانين الوضعية بدأت تقترب من المفهوم والتكييف الصحيح لشبه العمد كما هو عليه في الفقه الإسلامي.

وعلى كل حال، فإن التعريف والتكييف والتطبيق القانوني لهذه الجريمة ظل معييناً ونافضاً وقارضاً جداً بما هو عليه في الفقه الإسلامي، رغم ما للفقه الوضعي من تميّز في جوانب سنوضحها في محلها المناسب من هذا البحث.

⁽¹⁾ جلال ثروت: نظرية القسم الخاص في القانون الجنائي المصري (ص 363).

⁽²⁾ انظر: جلال ثروت: نظرية الجريمة متعددة القصد في القانون المصري المقارن، ص: 249 وما بعدها.

والخلاصة أن جريمة الخطأ شبه العمد، أو الجريمة المتعدية القصد: هي صورة حديثة الاكتشاف لدى رجال القانون نسبياً، وقد ظلت بشهادتهم «مطموسة المعالم، متداخلة الحدود في مناطق الخطأ الأخرى، حتى أتيح لها في دراسات العلم الجنائي الحديث أن تبرز وتتفرد بخصائصها»⁽¹⁾. ولم تَرِزْ إلى الآن - رغم اكتشافهم لأصلها المعنوي (القصد المُتَعَدِّي) - محدودة النطاق والتطبيق، خاصةً في القانون الفرنسي والقوانين العربية المتفرعة عنه التي لم تَعْرِف به مِنْ أمثلة وتطبيقاتٍ شبه العمد سوى نموذج "الضرب الذي يُفضي إلى الموت"⁽²⁾.

وهذا الإغفال أو الإهمال لهنـه الجريمة ونظامـها العام، حاصل في الجنـيين: النـظـري والتـطـبـيقـي معاً، وإن كان في الأول أشدـ منه في الثاني؛ حيث يلاحظ إغفال "مطلق" لهـنـه الجـريـمة ونـظـامـها القـانـوني عـلـى مـسـتـوى (النظـريـةـ العـامـةـ لـلـقـانـونـ الجنـائيـ)، وإـهمـالـ دونـ ذـلـكـ عـلـى مـسـتـوى (النظـريـةـ الخـاصـةـ). ويـتجـلـيـ ذـلـكـ فـيـ أـنـ هـنـهـ القـوـانـينـ لـمـ تـعـرـفـ أوـ تـعـرـفـ بـعـدـ (القتلـ شـبـهـ العـمـدـ) قـسـماـ مـتـمـيـزاـ مـنـ أـقـسـامـ القـتـلـ فـيـ نـظـيرـ العـمـدـ وـالـخـطـأـ؛ بلـ لـمـ تـرـزـ الـقـسـمـةـ السـائـلـةـ فـيـ هـنـهـ القـوـانـينـ قـسـمـةـ ثـنـائـيـةـ (الـعـمـدـ وـالـخـطـأـ)، عـلـىـ نـحـوـ مـاـ هـوـ مـعـمـولـ بـهـ فـيـ الـمـذـهـبـ الـمـالـكـيـ.

الفرع الثالث : مقارنة بين المفهومين الشرعي والقانوني لشبه العمد :

إن مقارنة مفهوم شبه العمد كما هو في القوانين الوضعية، بما هو عليه في الفقه الإسلامي: تُبلي أنواعاً من العلاقات الإيجابية والسلبية أحياناً؛ أو بعبارة أخرى: تُظهر وجوهاً من الوفاق التي يتلاقي فيها الطرفان أحياناً في الغرض، وإن اختلافاً في المنهج والأسلوب؛ كما تكشف عن حالات من الاختلاف والفوارق الصارخة بينهما في أحياناً أخرى . وفي كل الأحوال تُظهر هذه المقارنة تفوقَ الفقه الإسلامي على نظيره الوضعي ، وإن لم يخلُ هذا الأخير من تيُّز وسبُق ، خصوصاً في الجوانب الفنية والمنهجية، كما أوضحـهـ منـ خـلالـ الـمـخـطـاتـ التـالـيـةـ.

أولاً. مقارنة التسمية والمفهوم الإيطالي لشبه العمد بالمفهوم الشرعي:

يُعبّر الفقه والتشريع الإيطالي والجرماني عن هذه الجريمة: بـ"الجريمة المتعدية القصد" ، وعن ركنها المعنوي: بالقصد المُتَعَدِّي أو المُتَجَاوِز ، ويبدو أن هذا التعريف والتكييف هو ما بدأ الفقه الوضعي يميل إليه ويأخذُ به. ورغم ما لهذا التعبير من مَرَيَّةٍ وَتَفْوِيقٍ على نظيره الفرنسي العربي (الضرب المفضي إلى الموت) ، إلا أنه لا يخلوا هو الآخر من مأخذ ونقد؛ فَفَضْلًا عَمَّا يَتَسَبَّبُ بِهِ مِنْ فَهْمٍ غَيْرِ دَقِيقٍ مِنْ نَاحِيَةِ الْمَضْمُونِ، وصِياغَةٍ غَيْرِ مُحْكَمَةٍ: فإنَّه يُضفي على الركن المعنوي لهذه الجريمة (الذي هو جوهرُها) من الغموض أكثرَ مَا يُلْحِقُ بِهِ مِنْ التَّحْدِيدِ؛ إذ لا يُفِيدُنَا التَّعْبِيرُ بـ"القصد المُتَعَدِّي" سُوَى أَنَّه شَيْءٌ حدَثَ مُتَجَاوِزًا لِمَا كَانَ يُرِيدُهُ الْجَانِي. نَعَمْ قَدْ يُسْتَئْنَهُنَا هَذَا التَّعْبِيرُ عَنْ عَنْصِرِ الْعَدْمِ الْمُوْجَوْدِ فِي هَذِهِ الْجَرِيمَةِ، وَهُوَ الْقَصْدُ الْمُتَعَدِّي (القصـدـ إـلـىـ الـحـدـثـ الـبـسيـطـ)، وـهـذـاـ بـالـنـسـبـةـ إـلـيـنـاـ شـيـءـ مـعـلـومـ، لـكـنـهـ لـاـ يـفـيـدـنـاـ شـيـئـاـ عـنـ الـمـعـدـيـ نـفـسـهـ (بـالـبـنـاءـ لـلـفـاعـلـ)، أـهـوـ قـصـدـ آخـرـ، أـمـ خـطـأـ، أـمـ لـاـ هـذـاـ وـلـاـ ذـاكـ؟

وإذا لا حظنا أن التعبير بـ(القصد) الذي اختاره القانونيون، يقابلـهـ التـعبـيرـ بـ(الـعـمـدـ) لدىـ الـفـقـهـاءـ، وـأـرـدـنـاـ تـرـجمـةـ الصـيـغـةـ الـقـانـونـيـةـ الـإـيـطـالـيـةـ إـلـىـ لـغـةـ الـفـقـهـاءـ، كـانـتـ هـذـهـ الصـيـغـةـ (الـعـمـدـ الـمـتـعـدـيـ)، (الـجـرـيـمةـ ذـاتـ النـتـيـجـةـ المـتـعـدـيـةـ) أوـ الـمـتـجـاـوـزـةـ الـعـمـدـ). وـفـيـ ذـلـكـ مـاـ يـرـشـدـ إـلـىـ رـكـاـكـهـ هـذـاـ الـأـسـلـوبـ وـضـعـفـ صـيـاغـتـهـ.

⁽¹⁾ جلال ثروت ، المصدر السابق ، (ص: 207).

⁽²⁾ يُستثنى من ذلك - حسب اطلاعـي - القانون السوداني واليمني لتأثرـهـماـ بالـشـرـيـعـةـ الـإـسـلـامـيـةـ ، بالإضافـةـ لـلـقـضـاءـ السـعـودـيـ الذـيـ ليسـ لهاـ تـشـرـيعـ أـصـلاـ غـيـرـ الفـقـهـ الـإـسـلـامـيـ، والمـذـهـبـ الـجـنـانـيـ خـصـوصـاـ وـهـوـ مـنـ أـكـثـرـ الـمـذـاهـبـ تمـثـلاـ وـتوـسـعاـ فـيـ أـحـكـامـ شـبـهـ الـعـمـدـ.

والحقيقة أن تسمية الركن المعنوي لهذه الجريمة بالخطأ المتعدي (بالبناء للفاعل)، أولى من تسميته بالقصد أو العمد المتعدي (بالبناء للمفعول). وفي ذلك ما يرشدنا إلى دقة التسمية الإسلامية لهذا الركن (الخطأ شبه العمد)، فهو تعير يعكس بوضوح البناء المعنوي لهذه الجريمة والعلاقة المتداخلة فيها بين العمد والخطأ، إذا ما استحضرنا منزلة المشبه من المشبه به. صحيح أن "وجه الشبه" هنا من القوة بمكان ، لأنه يمثل المظهر الخارجي للجريمة ، ولكن قوة الشبه لا تغير شيئاً من الحقيقة الثابتة للمشتبه . لذلك ظلت جريمة شبه العمد في نظر الفقهاء خطأ في جوهرها، مهما كان ظاهرها العمد . وهذا ما عبر عنه الإمام الشافعي رحمه الله بوضوح وإيجاز يحمل عمق الفهم، حين قال: «فَهَذَا خَطَأُ فِي الْقَتْلِ، وَإِنْ كَانَ عَمَداً فِي الْضَّرْبِ». والسرخسي أيضاً إذ يقول: «..فَهَذَا خَطَأٌ شَبَهٌ عَمَدًا صُورَةً». والمحيط: «..لَا نَهَا خَطَأً مِنْ حَيْثَ الْقَتْلِ، لَأَنَّهُ قَصْدٌ ضَرْبٍ وَلَمْ يَقْصِدْ قَتْلَهُ؛ فَكَانَ عَمَدًا مِنْ حَيْثَ الْضَّرْبِ خَطَأً مِنْ حَيْثَ الْقَتْلِ». ومهما عبر به المعبرون من الفقهاء، ومهما صاغوه من جمل وعبارات دقيقة لشرح فحوى هذه الكلمة الجامعة: (الخطأ شبه العمد)، فلن يصلوا إلى ما وصلت إليه "الكلمة الجامعة" الأخرى التي بين بها رسول الله صلى الله عليه وسلم "كلمته الأولى" ؟ وهي قوله في الحديث السابق: "(عَمْدٌ يَدٌ وَخَطَأٌ قَلْبٌ)".

وتَظَهَرُ دقَّةُ هَذَا التَّعْبِيرِ (الخطأ شبه العمد) وَتَقِيزُهُ الْبَيَانِيُّ أَيْضًا فِي مَقَابِلِ بَعْضِ التَّرَاكِيبِ الْأُخْرَى الَّتِي رُبِّماً عَبَرَ بِهَا بَعْضُ رَجُلَ الْقَانُونِ: كـ"الخطأ المزوج بالعمد" ؟ إِذْ قَدْ يُقْبَلُ هَذَا التَّعْبِيرُ تَجْوِزاً بِنَاءً عَلَى الْمَنْظَرِ الْكَلِيِّ لِلْجَرِيمَةِ، أَمَّا إِذَا تَحْرِيَنَا الدِّقَّةَ وَابْتَعَدْنَا عَنِ الْمَحَاجَزِ: فَإِنْ هَذَا التَّعْبِيرُ يَبْدُوا خَاطِئًا، لَأَنَّهُ لَا امْتِزَاجٌ حَقِيقَةً هُنَا بَيْنَ الْعَمَدِ وَالْخَطَأِ، بَلْ ذَلِكَ غَيْرُ مَتَّاحٍ أَصْلًا، إِذْ لَا يَصْحُ أَنْ يَصِيرَ الْعَمَدُ بَعْضَ الْخَطَأِ. وهكذا يتهاوى أيُّ وصف أو تسمية أخرى دقيقة وصافية لهذه الجريمة انطلاقاً من ركناها المعنوي غير "الخطأ شبه العمد" ، أو "عَمْدَ الْيَدِ وَخَطَأُ الْقَلْبِ" . وكيف لا وتلك عبارة من أُوتِي "جواجم الكلم" صلى الله عليه وسلم . ثانية. مقارنة للمفهوم والتسمية الفرنسية لشبه العمد :

"الضربُ المفضي إلى الموت" هو التعبير الشائع في هذه "المدرسة" لما يمكن أن نعتبره نظيرَ ما يُعبَرُ عنه في الفقه الإسلامي بالقتل شبه العمد . وهو تعير أكثرُ قصوراً من سابقه، لأنَّه يُعبَرُ عن شبه العمد - وهو نظامٌ جنائيٌ متكامل - من خلال مثال واحد من أمثلته . ويرجع ذلك إلى أنَّ القوانين الوضعية وخاصة الفرنسية، لم تهتم إلى هذا النظام من "جذوره"، وإنما عَرَفَتَهُ حديثاً من خلال جزئياته و "فروعه" ، عن طريق ملاحظة بعض الواقع التي لا يمكن وصفها بالعمد ولا بالخطأ، كما في نموذج الجريمة المذكورة.

وحسبي هنا أن أنقل ما ناقش به الأستاذ عبد القادر عودة هذه التسمية، حيث يقول: «لاشك أن تعbir الشرعية بالقتل شبه العمد أصحٌ منطقاً من تعbir القوانين الوضعية ، ذلك أن القتل شبه العمد يندرج تحته الموت الناشئ عن الضرب والجرح وإعطاء المواد السامة والضارة والتغريق والختن.. وكلُّ ما يُفْعَلُ تحت القتل العمد إذا انعدمت فيه نية القتل عند الجنائي وانفرد قصدُ الاعتداء ، ولفظ القتل يدخل تحته كل ما يؤدى إلى الموت . فاختيار الفقهاء لهذا التعير للدلالة على هذه الأنواع المختلفة من الاعتداء والإيذاء هو اختيارٌ موفَّقٌ لأنها تنتهي جميعاً بالموت . أما لفظ الضرب المفضي إلى الموت الذي عَبَرَت به القوانين الوضعية: فإذا دخل تحته الضرب باليد أو بأداة أخرى، فإنه لا يمكن أن يندرج تحته غير ذلك من أنواع الإيذاء والاعتداء المختلفة الصور والوسائل . وشُرَّاح القانون يعترفون بقصور لفظ الضرب عن استيعاب المعنى الذي يندرج تحته قانوناً»⁽¹⁾.

⁽¹⁾ التشريع الجنائي الإسلامي (1/280).

المطلب الثاني : الخطأ شبه العمد وعقوبته :

لا يخرج القانون الجنائي المغربي - وهو حسب اطلاعى من أكثر القوانين العربية تحدِّيثاً ومواكبةً للواقع من جهة وللنظريات القانونية المتقدمة من جهة أخرى - عن المنهج الذي سارت عليه جل التشريعات العربية ذات المرجعية الفرنسية، على النحو المبين في المطلب السابق.

ومن خلال مراجعتي لنصوص (مجموعة القانون الجنائي المغربي) لاحظت أن جريمة "الضرب المفضي إلى الموت" ليست هي الجريمة الوحيدة التي تنتهي إلى نظام (الجرائم المتعدية) في هذا القانون؛ وإنما اشتمل القانون الجنائي المغربي على عدد من الجرائم أخرى تُعتبر داخلةً في نطاق الخطأ شبه العمد، ودائرةً في فلكه، وإن لم يُسمّها المشرع بهذا الاسم، أو يُدرجها ضمن جرائم الْجَرْحِ وَالْضَّرْبِ، كما فعل بالجريمة الأُم (الضرب المفضي إلى الموت).

وقبل تفصيل القول في هذه الجرائم، أنبه إلى أنه تُعتبر جريمة قتل شبه عمد (أو جريمة متعدية) طبقاً لما تم تأصيله في ما مضى من هذا البحث: كل جريمة تنتهي بالوفاة وكان قصدُ صاحبها مقتضراً على إلحاق الضرر بالجندي عليه دون قتله، إذا كان سلوك الجندي يتحمل ذلك؛ أي ليس من الخطورة بحيث يؤدي إلى القتل عادةً. بغض النظر بعد ذلك عن نوع الفعل أو السلوك الذي تمت بواسطته الجريمة، وحتى عن نوع الآلة التي نفذت بها؛ وبغض النظر كذلك عن طبيعة العمل الذي وقعت عليه، والمصلحة التي قضت عليها. صحيح أن ما يُدعى لدى رجال القانون بـ"جريمة الضرب المفضي إلى الموت" تثلُّ نموذجاً وصورةً صحيحةً ودقيقةً لجريمة الخطأ شبه العمد (الجريمة المتعدية)؛ ولكنها ليست إلا مثلاً واحداً لا يقتضي الحصر.

ومن خلال متابعي للقانون الجنائي المغربي تبيّن أن الجرائم التي يمكن تأطيرُها في هذا الإطار، توزعت بين جرائم اعتبارها المشرع كذلك وأدرجها ضمن إطارها المنهجي المعهود، وبين جرائم ينبغي أن تكون كذلك وإن لم يُسمّها القانون باسمها ولا وضعها معها في نطاقها المنهجي في باب (الإيذاء والعنف المتنهي بالوفاة). كما أن ثمة جرائم كان ينبغي للمشرع أن يتعامل معها على أنها كذلك ولكنه أعطاها أحکاماً وتكييفاً آخر غير حكمها، فضلاً عن تصنيفها في نطاق منهجي مغایر. وثمة نوع رابع من الجرائم لم ينص عليها القانون المغربي - وكان ينبغي أن ينص كما فعلت قوانين عربية وأجنبية أخرى - وتُعد هي الأخرى مما يدور في فلك ونطاق نظرية الجرائم المتعدية. وفي إطار منهجهاته في عرض الجرائم في صورتها العادية، وفي صورتيها المشددة والمخففة: تلامست وتقاطعت عقوبات بعض الجرائم الأخرى مع عقوبات الجريمة المتعدية، بما يجعل تلك الجرائم متماثلةً ومتتشابهة عقوبةً، وإن لم تكن كذلك تكييفاً وصفةً. وهكذا اقتضى المقام أن أعرض أولاً:

- جريمة الضرب المفضي إلى الموت والجرائم الدائرة في فلكها، عبر أحواها الثلاثة (العادية، والمشددة، والمخففة).
- ثم أعرض ثانياً للجرائم الأخرى التي تعامل معها المشرع المغربي بصيغة الجرائم المتعدية، وإن صُنفت خارج نطاقها المنهجي المفترض.

- ثم أستعرض ثالثاً الجرائم التي لم يذكرها المشرع ولم ترد في القانون أصلاً، أو وردت فيه بوصفٍ وتكييفٍ آخر مناف لتصنيفها بالجرائم المتعدية، والحالُ أنها في بعض القوانين الأخرى جرائم متعدية.

الفرع الأول : جريمة "الضرب المفضي إلى الموت" والجرائم المماثلة لها :

أورد في هذه الزمرة تحت هذا الفرع: جملة الجرائم المتماثلة أو المتشابهة جداً، والتي أوردها المشرع في إطار منهجه متقارب (جرائم القتل والجرح والإيذاء العمد)، وإن لم يضعها أو يجمعها في عنوان فرعي خاص بها. وهي أربعة جرائم:

- جريمة "الضرب المفضي إلى الموت" ، الموصوص عليها بالفصل 403.

- جريمة "الإيذاء الواقع على الأطفال المتنهي بالوفاة" ، الموصوص عليها بالفقرة (02) من الفصل (410).

- جريمة "إعطاء المواد الضارة بالصحة إذا ما انتهت بالوفاة" ، الموصوص عليها بالفقرة (05) من الفصل (413).

- والجريدة الرابعة هي جريمة لا يُخيّل إلى إلا أنها من نفس النظام، وإن كان المشرع أعطها عقوبة أخفٌ من عقوبة جريمة "الضرب المفضي إلى الموت". وهي جريمة "التجمع الثوري المتهي بقتل"، المنصوص عليها بالفصل (405). وأَسْتَعِجِلُ هنا لأقول بأنّ هذه الجريمة ربما تكون المثال الوحيد في هذه "الزمرة" الأولى من الجرائم المتعدية، لـما سُمِّيَتْ بـ"ما ينبغي أن يكون جرائم متعددة" ، وإنْ كانت في "ظاهر" التشريع المغربي ليس كذلك.

أولاً : جريمة الضرب المفضي إلى الموت :

هذه هي الجريمة "النمؤذنة" الأولى للجرائم المتعدية في القانون الجنائي المغربي وغيره من القوانين الوضعية؛ لأنها تجمع كلَّ الشروط المادية والمعنوية الالزمة لقيام "الجريدة المتعدية". وذلك راجع إلى أن هذه الجريمة كانت هي الحالُ الأولى التي التفتت إليها أغلب التشريعات الوضعية، ولاعمرت فيها بين العقوبة وبين نوع الخطأ الخاص الذي يُميزها. بل إنه "يمكن القول إن نظرية القصد المتعدي قد استخلصت من دراسة هذه الجريمة دراسة تحليلية"⁽¹⁾. وللجل هذه الخاصية والشهرة: اقتصر جل الباحثين الجنائيين الذين طالعت لهم في نطاق القانون الجنائي المغربي، على هذه الجريمة، وظنواها "المثال" الوحيد للجريدة المتعدية في هذا القانون⁽²⁾.

وقد ورد النص على هذه الجريمة في الفصل 403 من القانون الجنائي المغربي كما يلي: «إذا كان الجرح أو الضرب أو غيرهما من وسائل الإيذاء أو العنف قد ارتكب عمداً ولكن دون نية القتل، ومع ذلك ترتب عنه الموت: فإن العقوبة تكون السجن من عشر إلى عشرين سنة.

وفي حالة توفر سبق الإصرار أو الترصد أو استعمال السلاح: تكون العقوبة السجن المؤبد».

وبمقتضى الفقرة الثانية من المادة الموالىة (404): رفع المشرع المغربي عقوبة هذه الجريمة إلى ما بين 20 إلى 30 سنة، إذا كان الجني عليه أصلاً للجاني أو كافلا له أو زوجا، ولم يُصاحبها مع ذلك ظرف آخر من ظروف التشديد . أما حين يقارنُها ظرف من ظروف التشديد الواردَة في المادة 403 (سبق الإصرار أو الترصد أو استعمال السلاح): فإن العقوبة تكون السجن المؤبد.

إذاً عقوبة هذه الجريمة - عبر أحواها - تتلخص في الآتي :

1. في الحالة العادلة: السجن من 10 إلى 20 سنة.
2. في حالة وجود سبق الإصرار أو الترصد أو استعمال السلاح: السجن المؤبد
3. وإذا كان العنف أو الإيذاء واقعاً على أحد الأصول أو ضد الكافل أو الزوج:
 - في الحلة (العادية): السجن من 20 إلى 30 سنة.
 - ومع الإصرار والترصد: السجن المؤبد.

⁽¹⁾ جلال ثروت ، المرجع السابق ، ص: 522.

⁽²⁾ انظر على سبيل المثال: محمد أنوار: (الضرب المفضي إلى الموت في القانون الجنائي المغربي) ، موضوع منشور على الانترنت على هذا الرابط: (<http://ffesj.forumaroc.net/t267-topic>) . والحقيقة أن هذا الاتجاه هو السائد في الساحة القانونية المغربية عموما، قضائيةً وفقيةً؛ حيث لم يكُنْ هذه الجرائم التي سُذِّكرَها - سوى جريمة الضرب المفضي إلى الموت - بأنها جرائم متعددة . وعليه فإنما سأقوم به هو اجتهداد "شخصي" محتمل للخطأ والصواب . غير أنه مما يُطمئنني: أنه اجتهد موافق لما انتهيتُ إليه في هذا البحث من تأسييسٍ وتأصيل لنظرية الخطأ شبه العمد. وهذا في رأي هو الأساس والمستند الأهم: إذ المدروسان هنا ليس هو جرائم الخطأ شبه العمد (أو الجرائم المتعددة) كما هي قائمةً فعلاً في التشريع الجنائي المغربي أو غيره : وإنما هي أيضاً "كما ينبغي أن تكون". ولعل هذا ما سُلِّيَّ إلى التشريع والقضاء المغربي خدمةً فقهية جليلة، تَنَلُّعُ مداها وغايتها: إذا تَنَلَّعَ المشرع المغربي فأضفي عليها صبغةً تشريعية.

فمستويات عقوبة هذه الجريمة إذا ثلاثة :

- السجن من 10 إلى 20 سنة (في حالة واحدة: الجاني شخص أجنبي، وهي الحالة "العادية").
- السجن من 20 إلى 30 سنة (في حالة واحدة: الجاني شخص على صلة معينة بالجني عليه).
- السجن المؤبد (في حالتين متتاليتين عن حالة واحدة: سبق الإصرار والترصد من طرف جانٍ أجنبي، أو كون الجاني ذا صلة محددة بالجني عليه).

وعلى هذه الجريمة وأحكامها - من جهة المقارنة بالشريعة الإسلامية وفقها - أورد الملاحظات التالية :

1. لا شك أن هذه الجريمة تمثل نموذجاً ناصعاً من أمثلة الخطأ شبه العمد كما هو في الفقه الإسلامي؛ وعليه فإن تكيف هذه الجريمة مبدئياً متطابق بين النظرين الشرعي والوضعي، وإن كان رجال القانون لم يوفقاً في إعطاء هذه الجريمة الاسم والعنوان المناسب لها، وترتبط على ذلك عدم التوفيق والاهتداء إلى الإطار المنهجي المناسب لها، وهو جرائم القتل، لا جرائم الضرب والعنف.

2. في العقوبة التي وضعتها القوانين عموماً لهذه الجريمة، والقانون المغربي خصوصاً: قساوةً شديدة من منظور الفقه الإسلامي؛ فإذا ما استحضرنا العقوبات التي أقرّتها الشريعة لهذه الجريمة (الدية، الكفار، الحرمان من الميراث ومن الوصية): كانت العقوبة التعزيرية ينبغي أن تكون أخفض من هذا⁽¹⁾.

3. ذكرت المادة (403) من ضمن الظروف المشددة لعقوبة هذه الجريمة: "استعمال السلاح"، وذلك عند جل الفقهاء يحول هذه الجريمة تلقائياً إلى جريمة عمدٌ قَوْدٌ، حسب المنهج الشرعي المستند إلى معيار الآلة في تكيف جرائم العمد وشبه العمد معاً؛ على نحو ما سبق بيانه. وقد يُقال إن القانون المغربي راعى ذلك من جهةً أن عقوبة السجن المؤبد التي أقرّها لهذه الحالة هي عقوبة القتل العمد المعتادة عنه. ولكن يبقى الاختلاف في المنطقات والتكييف قائماً، لأن القانون يعتبر استعمال السلاح "ظرفاً" منفصلاً عن الجريمة وكيانها وأركانها، والفقهاء يعتبرونه "أمارةً" وقرينةً على قيام العمد؛ أي أنه جزءٌ من عناصر الجريمة، لاستناد الركن المعنوي إليه.

4. اعتبار الجنائية بين الأزواج سبباً من أسباب تشديد: يحتاج هو الآخر - من حيث المقارنة بأحكام الشريعة - إلى توضيح وتفصيل؛ فكون الجنائية واقعةً من الزوج على زوجته: قد يشكل ذلك ظرفَ تخفيف، وليس ظرفَ تشديد؛ لما للزوج على زوجته من حق "القومامة" والولاية الذي يقتضاه خولته الشريعة "حق تأديبها". وهكذا، فإنه إذا ما وقعت هذه الجريمة في نطاق استعمال هذا الحق بشروطه وضوابطه المعروفة: فإن الجريمة تكون جريمة خطأ شبه عمد "معتادة" إذا حصل فيها تجاوز معقول لحدود (الأدب). أما إذا لم يحصل فيها أي تجاوز: فإنها تكون جريمة خطأ محض؛ بل هي عند بعض العلماء ليست جريمة أصلاً، لا مؤاخذة عليها ولا عقوبة، لأنها متولدة من فعل جائز ومأذون فيه، و"الإذن" والجواز ينافي الضمان، كما تقرر في القاعدة الفقهية. أما إذا كانت الجنائية من الزوجة على الزوج من غير ما يُبرره، أو كانت من الزوج خارج نطاق الأدب: فإن اعتبار "الزوجية" حينئذ ظرفاً مشدداً: أمر مقبول وسائع.

(1) من المفيد التنبيه إلى أن المدونات الجنائية ذات المرجعية الوضعية: لم تُنظِّم من عقوباتٍ لهذه الجريمة إلا تلك الجنائية المحضة منها (ماليةً كانت أو بدنية)، والتي تقابل بمفهوم الفقهاء: التعويض (الذى تقابله الدية): فهو مشمول بالقواعد العامة "للتعويض عن الضرر" المنظمة بمقتضى القانون المدني؛ وأما بقية العقوبات التي جاءت بها الشريعة (الكافرة، المنيع من الميراث، ومن الوصية): فلا نظير لها أصلاً في القوانين الوضعية، إذا ما استثنينا ما يُعرف في القانون بـ"العقوبات التبعية" ، كالمخ من الإقامة، والحرمان من بعض الحقوق المدنية . وقد تشير القوانين في بعض الأحيان إلى العلاقة المتراقبة عادة بين الجريمة وبين الضمان في القسم العام من القانون الجنائي بما يحيل ضمنياً على مقتضيات "الفعل الضار" كمصادر الحق في القانون المدني. مثل قول القانون اليمني في المادة 05 : "لا يمس الحكم بالعقوبات المنصوص عليها في هذا القانون ما يكون واجباً للخصوص من الرد والتعويض".

هذه إذا هي جريمة الضرب المفضي إلى الموت في صيغتها المعروفة، وفي إطارها المنهجي المعهود (جرائم البحار والضرب المتطور). وثبتت جرائم أخرى ميزها المشرع عنها لخصوصية أو ميزة راعاها، ولكنها في الواقع - مثلها - جرائم متعددة . على نحو ما يستفاد من مقارنتها ومطالعتها في ما يلي .
ثانيا. جريمة موت طفل من غير قصدٍ نتيجةً لاعتداءٍ متعمدً :

دأبت التشريعات الوضعية الحديثة، ومنها القانون المغربي، على تنظيم جرائم العنف ضد الأطفال، في "نطاق منهجي" يميز لها عن الجرائم الواقعة على الكبار، وبقتضيات وأحكام هي في الغالب أكثر تشديداً من أحكام البالغين . بل إن من التشريعات من نظم الجرائم الواقعة على الأطفال بتشريع منفصل عن القانون الجنائي ، كما فعل المشرع الموريتاني والتونسي . وذلك تأثرا بما يمكن أن نسميه "ثقافة حقوق الأطفال" المنتشرة في أرباب، والمدعومة من الحكومات والمنظمات الغربية.

وهكذا أعاد المشرع المغربي نفسَ المنهجية والأحكام تقريباً المتعلقة بجرائم الإيذاء والعنف، والتي في سياقها وردت الجريمة السابقة (جريمةُ الضربِ المفضي إلى الموت)؛ أعادها بقتضياتٍ جديدة، هي في الغالب مقتضياتٍ أكثر شدة في حالة وقوعها على الأطفال، منها في حالة وقوعها على الكبار⁽¹⁾.

وهكذا - وبقتضى الفصل 410 - يُعيد المشرع ذاتَ الجريمة السابقة المنصوص عليها بالفصل (403) على النحو التالي: «إذا تَنَجَّعَ عن الضرب أو الجرح أو العنف أو الإيذاء أو الحرمان المشار إليه في الفصل 408، فقد عض أو بتره أو حرمانه من منفعته أو عمى أو عور أو أية عاهة دائمة أخرى: فإن عقوبته السجن من عشر إلى عشرين سنة.

» أما إذا تَنَجَّعَ عنه الموت دون أن يقصد الجنائي إحداثه: فإن عقوبته السجن من عشرين إلى ثلاثين سنة.

» وفي حالة حدوث الموت دون أن يقصد الجنائي، ولكنه كان نتيجةً لأعمال معتادة: فإن العقوبة تكون السجن المؤبد.

» وإذا كان الجرح، أو الضرب، أو العنف، أو الإيذاء، أو الحرمان: قد ارتكب بقصد إحداث الموت: فإن الجنائي يعاقب بالإعدام⁽²⁾.

وبقتضى الفقرة الخامسة من المادة المولالية (411): شد المشرع المغربي عقوبة هذه الجريمة، كما شدتها هناك ولكن بشدة أكبر، إذا كان مرتكبُ الجريمة أحدَ أصول الطفل، أو شخصا له سلطة عليه، أو مكلفا برعايته؛ حيث تكون العقوبة:
- في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من الفصل 410، (وقوع الموت دون قصد إحداثه): السجن المؤبد.
- في الحالات المنصوص عليها في الفقرتين الثالثة والرابعة من الفصل 410، (وقوع الموت دون قصد إحداثه ولكن نتيجةً لأعمال اعتيادية): تكون العقوبة الإعدام، بدل السجن المؤبد.

هذه الجريمة إذا، هي ذاتُ الجريمة السابقة (جريمةُ الضربِ إلى الموت) المنصوص عليها بالفصل 403، ولكن بعقوباتٍ وأحكامٍ أشد، وظروفٍ مختلفة، اقتضاها وقوعُ هذه الجريمة على الأطفال ؛ بحيث نستطيع أن نسميها : "جريمةُ الضرب

⁽¹⁾ النسق المنهجي - المشار إليه - المشترك بين هذه الجريمة والجريمة الواردة قبلها: هو عرضُ أحكام الضرب والعنف عبر حالات ومستويات أربعة متضاعدة ، هي: العنفُ البسيط الذي لا يتربّع عليه عجز عن العمل لمدة تزيد على 20 يوما. العنفُ المتوسط الذي يتربّع عليه عجز عن الحركة والعمل لمدة تزيد على 20 يوما . العنفُ الجسيم الذي تترتب عليه عاهة أو إعاقة دائمة . وخاتمة المطاف: هو الضرب أو العنف الذي تترتب عليه الوفاة من غير قصد إليها . وهكذا تنتهي هذه الأحكام بالنسبة للصغار كما انتهت بالنسبة للكبار بأخطر حالاتها وأسوئها ، وهي (الوفاة).

⁽²⁾ ونصُ الفصل 208 الذي تحيل عليه المادة، وهو الفصل الافتتاحي في زمرة جرائم الأطفال المذكورة: «يعاقب بالحبس من سنة إلى ثلاثة سنوات: كل من جَحَّ أو ضرب عمداً طفلاً دون الخامسة عشرة من عمره أو تعمد حرمانه من التغذية أو العناية حرماناً يضرُ بصحته، أو ارتكب عمداً ضد هذا الطفل أي نوع آخر من العنف أو الإيذاء، في ما عدا الإيذاء الخفيف».

المفضي إلى موت الصغار" ، ونسمى السابقة في المقابل: "جريدة الضرب المفضي إلى موت الكبار" . ويظهر من المقارنة التالية الفرق بين الجريتين ؟ أو على الأصح: بين هذه الجريمة الواحدة عبر حالتها (من الكبار إلى الصغار) : - عقوبتها في الحالة العادية هناك (حالة وقوعها على البالغين): السجن من 10 إلى 20 سنة، وهنا (في حالة وقوعها على الصغار): السجن من 20 إلى 30 سنة.

- في حالة وجود ظرف مشدد خاص: تتطابق العقوبة بين الجريتين (السجن المؤبد). والفرق هو فقط في نوع الظرف المشدد ؛ حيث خص المشرع جريمة الإيذاء المفضي إلى الموت الواقع على الكبار بظروف "الإصرار والترصد وحمل السلاح" ، وذلك ربما لأنه الغالب عليها . فيما خص جريمة الإيذاء المفضي إلى الموت الواقع على الأطفال بـ(الاعتياد) ، لأنه كذلك ربما يكون الغالب فيها . وحكم المشرع كذلك بنفس العقوبة المتطابقة (المؤبد) للجريتين في حالة وجود ظرف آخر، هو بالنسبة لجريمة الأولى: (كون الجني عليه أصلا للجاني أو كافلا له أو زوجا) ، وبالنسبة للثانية: (كون الجاني أحد أصول الطفل أو شخصا له سلطة عليه أو مكلفا برعايته) . واللاحظ أن نوع هذا الظرف المتعلق بالجرم متقارب بين الجريتين كذلك ، والفرق فقط هو في تحديد وتعيين الأشخاص الأكثر علاقة بإحدى الجريتين.

- وحين يجتمع في الجريتين ظرفان مشددان في وقت واحد (كون الجني عليه أصلا للجاني أو كافلا له أو زوجا، مع سبق الإصرار أو الترصد أو استعمال السلاح بالنسبة لجريمة الأولى) ؛ (وكون الجاني أحد أصول الطفل أو شخصا له سلطة عليه أو مكلفا برعايته، مع كون الفعل معتادا للجاني)؛ حين يحصل ذلك: تكون العقوبة السجن المؤبد بالنسبة للأولى ، والإعدام بالنسبة للثانية.

- وأخيراً ميز المشرع بين الجريتين - مفهوما بالنسبة للأولى ، ومنطوقا بالنسبة للثانية - في حالة توافر نية العمد ؟ حيث تحول الجريمة الأولى إلى جريمة عمد (عادية) عقوبتها السجن المؤبد ، أما الثانية فإن عقوبتها إدراك هي الإعدام⁽¹⁾ . هذا، وقد تضمنت هذه المادة حالة من حالات الحكم بالإعدام بــ المؤبد في جريمة القتل العمد. ويثل ذلك حالة من حالات "استثنائية" وردت متفرقة في القانون المغربي ، وتستحوذ أن تؤطر في نطاق منهجي واحد.

⁽¹⁾ ويمكن إعادة تلخيص أحكام هذه الجريمة عبر (أحوالها) المختلفة، مع المقابلة والمقارنة بجريمة (الفصل 403)، على النحو الآتي:

1. في حالتها العادية: عقوبتها هي السجن من 10 إلى 30 سنة.

2. وفي حالة اعتياد الجاني ل فعله: السجن المؤبد

3. في حال ما إذا كان الجاني أحد أصول الطفل أو شخصا له سلطة عليه أو مكلفا برعايته:

- في الحالة الأولى (العادية): السجن المؤبد.

- وفي الحالة الثانية (حالة وقوع الموت نتيجة لــ اعتماد اعتيادي): الإعدام.

إذاً: عقوبة هذه الجريمة تتدرج مثل الأولى إلى ثلاثة مستويات، ولكنها تميز بأنها أغلظ من السابقة ، حيث ظهر في هذه الجريمة - في بعض الحالات - عقوبة الإعدام . وهذه المستويات هي:

- السجن من 20 إلى 30 سنة في حالة واحدة (الحالة العادية) ، مقابل: 10 إلى 20 سنة في الجريمة الأولى.

- السجن المؤبد (في حالتين ترجعان إلى حالة واحدة: كون الجاني أجنبيا معتادا لهذا الفعل، أو كونه على صلة معينة بالجاني). في مقابل 20 إلى 30 سنة في الجريمة الأولى إذا كان الجاني له صلة بالمجني عليه.

- الإعدام (في حالة واحدة: كون الجاني على علاقة بالجاني ومعتاد لهذه الأفعال)، ولا نظير لهذه العقوبة في الجريمة السابقة.

إذاً: الجريمة الثانية تبدأ بالعقوبة الوسطى لــ الجريمة الأولى، وتنتهي بــ عقوبة الإعدام التي لا نظير لها في الأولى . ويلاحظ أن المشرع خص ظرف الترصد والسلاح بالجريمة الأولى (جريمة الكبار) ، وظرف "الاعتياد" بالجريمة الثانية (جريمة الصغار).

ومن جهة المقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، فإن هذا النص تَتَوَجَّهُ إِلَيْهِ الْمَلَاحِظَاتُ الْأَتِيتَانِ :

الأولى: أن الحكم بعقوبة الإعدام في حالة ما إذا كان القاتل المعتاد على الفعل ذا صلة بالجاني ولو لم يقصد القتل: لا يمكن تحریجه - من المنظور الشرعي - إلا على أساس "التعزير بالقتل" ، وهو جائز عند بعض العلماء دون بعض (ومنهم المالكية) . وليس هذا الحكم قطعاً من باب "القصاص" ، لأن الجريمة ليست قتلاً عمداً.

الملحوظة الثانية: أن في التشديد على الوالدين إذا قتلوا أولادهم: مناقضةً لما عليه جمهور الفقهاء من اعتبار ذلك ظرفاً مخففاً لا مشدداً، استناداً إلى الحديث الشريف: (لا يُقتل الوالد بالولد)⁽¹⁾. فاعتبار قتل الآباء لأبنائهم - في نطاق هذه الجرائم - ظرفاً مشدداً يتضاعف معه تضاعف العقوبة إلى حد الإعدام: لا يمكن الإقرار به في نطاق الفقه الإسلامي، بما في ذلك المذهب المالكي الذي يُبيح القصاص من الآباء بشروط معروفة لا تتوفر في الجرائم المتعدية . بل إن الحالة الوحيدة التي اعترف فيها مالك - كما سلف - بالقتل شبه العمد: هي هذه الحالة (حالة قتل الأصول للفروع). وجميع الجرائم التي صنفناها في نطاق الجرائم المتعدية - ما عدى جنائية الأصول على الفروع - هي بمعايير المالكية جرائم عمدية. ومع هذا فقد يُقبل نظرياً التشديد في نطاق الجرائم التعزيرية (بما دون القتل) إذا وُجد ما يُبرره؛ أما العاقبة بالإعدام، فإن فيها مصادمةً صريحةً للحديث السابق وللإجماع⁽²⁾.

وعلی كل حال، فإن ما تضمنته هذه المادة بهذا الخصوص، يوحى "ظاهره" بتجاهل "حق الأدب" المقرر شرعا للآباء على آبائهم، تجاهلا يصل حد المناقضة و"العمل بقتضي النقيض"⁽³⁾.
ثالثا. جريمة إعطاء مواد ضارة تسبب الوفاة :

بنفس الأسلوب والنهجية المتبعة في الجريمتين السالفتين: عَرَض المشرع المغربي - عبر الفقرة الخامسة من الفصل 413 - بجريمةٍ أخرى من الجرائم المتعددة، بصيغةٍ لا يميزها عن الجريمة الأولى (الأم) إلا خصوصيةُ الوسيلة المستعملة في الإيذاء . وذلك على النحو التالي: «يعاقب بالحبس من شهر إلى ثلاث سنوات وغرامة من مائتين إلى خمس مائة درهم: من سبب لغيره مرضًا أو عجزًا عن الأشغال الشخصية، بإعطائه عمداً، وبأية وسيلةٍ كانت، بدون قصد القتل، مواداً تضر بالصحة.

"فإذا نتج عن ذلك مرض أو عجز عن الأشغال الشخصية تتجاوز مدته عشرين يوماً: فعقوبته الحبس من سنتين إلى خمس سنوات.

"وفي حالة ما إذا نتج عن المواد التي أُعطيت مرض لا يُرجى برؤه، أو فقد منفعة عضوٍ، أو عاهةٌ دائمة: فعقوبته السجن من خمس إلى عشر سنوات.

"أما إذا نَتَجَّ عنْهَا الْمُوتُ دُونَ أَنْ يَقْصِدَهُ الْجَانِيُّ: فَعَقْوَبَتِهِ السُّجْنُ مِنْ عَشَرٍ إِلَى عَشْرِينَ سَنَةً" .

⁽¹⁾ رواه مالك في الموطأ، وابن ماجه، والبيهقي، وغيرهم.. وصححه الألباني . (انظر: إرواء الغليل: 7/272).

(2) استثنى المشرع المغربي - بمقتضى الفصل 397 - من هذا الحكم حالة واحدة ، وهي حالة الأم التي تقتل ولدتها بعد الولادة مباشرة ؛ حيث حفف عنها العقوبة، وجعلها "السجن من خمس سنوات إلى عشر". وواضح أن المغربي الذي لأجله حفف الفقهاء عقوبة الأب أو الأم القاتلة لولدها، بعيد جداً من المغربي القانوني الذي يستبطن محو العار في حالة العمل غير المشروع، كما جاء التصريح به في قوانين أخرى . ولهذا لم تستحق هذه المرأة عند المشرع الموريتاني ذي الخلفية الشرعية الرأفة ؛ بل أُمر بقتلها ولو كانت "مشائكة" ، كما في المادة 278: "تعاقب الآباء بالاعدام سواء أكانت فاعلة أصلية أو شريكه في اغتيالها، إنما أو قتلاه".

⁽³⁾ ولا يشفع للمشرع المغربي بهذا الخصوص: تلك الإشارة التي ختم بها الفصل 408 الذي هو "مراجعة" الفصل 410؛ حيث استثنى الفصل 408 من جملة أنواع الضرب والعنف المُسْبِّب لهذه الجريمة: "الإيذاء الخفيف". وذلك لأن هذا الاستثناء لا يخص الآباء، وإنما هو شامل لعموم المعتدين؛ فهو في ما يبدو شرط لقيام المسؤولية أصلا. ولأن الإيذاء الخفيف أيضا لا يتحقق به في العادة أدب. (راجع الفصل 408 في المادتين الوارد قبل قليل).

وبقتضى الفقرة الخامسة من الفصل الموالى (414): شد المشرع عقوبة هذه الجريمة - في حالة الوفاة - إلى السجن المؤبد إذا كان الجاني أحد أصول المجنى عليه، أو فروعه، أو زوجه، أو المستحق في ميراثه، أو من له سلطة عليه، أو المكلف برعايته⁽¹⁾.

وهكذا، تشتراك هذه الجرائم الثلاثة في العلة التجريبية (موتٍ غير مقصود ينشأ من إيذاء مقصود) . وتشترك الأولى والثالثة وتختلفان عن الثانية في حجم ونوع العقوبة التي هي في الثانية أشد، وفي طبيعة وحمل الجريمة الذي هو في الثانية خصوص الأطفال . وتشترك الثانية والثالثة وتختلفان عن الأولى منطوقاً على الأقل: في اعتبار قتل الأصول للفروع ظرفاً مشدداً، على نحو ما شرحته قبل قليل. وتختلف الثالثة عن الأولى والثانية في نوع الوسيلة المستعملة.

ومن الملاحظ أن هذه الجريمة تمثل ما يمكن أن أسماه حالة مخففة أو مبسطة من "جريمة التسميم" التي نص عليها القانون في الفصل 398 من هذا الباب ، واعتبرها جريمة عمده مشددة⁽²⁾.

رابعاً. جريمة القتل غير المقصود الناجم عن مشاجرة أو عصيان أو تجمع ثوري :

هذه الجريمة سابقة في الترتيب على جريمتين "العنف على الأطفال" ، و"إعطاء المواد الضارة"؛ فهي تالية في ترتيب القانون الجنائي المغربي للجريمة الأم (الضرب المفضي إلى الموت) . ولكن نظراً لأنَّ الجرائم الثلاثة سواها أكثر منها تشابهاً وتطابقاً: فقد أخرتها لإفرادها بما يميزها ويخصُّها . وقد ورد بهذه الجريمة الفصل 405 كما يلي: «من ساهم في مشاجرة أو عصيان أو تجمع ثوري ارتكب أثناءه عنف أفضى إلى موتٍ، طبق الشروط المشار إليها في الفصل 403: يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس؛ ما لم يستحق عقوبة أشد باعتباره مرتكباً للعنف.

"أما الرؤساء والمنظمون والمديرون والمحرضون على المشاجرة أو العصيان أو التجمع الثوري: فيعاقبون كما لو كانوا هم الذين ارتكبوا أفعال العنف المشار إليها»⁽³⁾.

ومن الواضح أن هذه الجريمة هي من جهة الأوصاف والعناصر والواقع: جريمة متعددة؛ وما أشبهها بتلك الجريمة التي درست في الجانب الشرعي وجاءت منصوصاً عليها بالحديث النبوى الشريف: «عَقْلُ شَيْهِ الْعَدْمِ مَغْلُظٌ مُثْلَعٌ الْعَدْمُ وَلَا يُقْتَلُ صَاحْبُهُ، وَذَلِكَ أَنَّ يَنْزَعَ الشَّيْطَانُ بَيْنَ النَّاسِ فَتَكُونُ دَمَاءُ فِي عِمَّيَا فِي غَيْرِ ضَغْنَةٍ وَلَا حَمْلٍ سَلاَحٍ».

ومع هذا فإن المشرع المغربي لا يعتبر هذه الجريمة في ما يبدوا جريمة متعددة؛ أو على الأصح لا يتعامل معها كذلك، ولا يعطيها نفس العقوبة إلا إذا ثبت أن الجاني بذاته باشر العنف الذي أدى إلى وفاة المجنى عليه . وهذا في نظري هو معنى قول المشرع: "مالم يستحق عقوبة أشد باعتباره مرتكباً للعنف". أي حينئذ سيعامل على أنه مرتكبُ جريمة ضرب مفضي

⁽¹⁾ نصُّ الفصل 414 كاملاً: إذا كان مرتكبُ الجرائم المشار إليها في الفصل السابق (413) أحدَ أصول المجنى عليه أو فروعه أو زوجِه أو المستحق في ميراثه أو من له سلطة عليه أو المكلف برعايته: فعقوبته على التفصيل الآتي:

1. في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من الفصل 413: الحبس من سنتين إلى خمس.

2. في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من الفصل 413: ضعفُ عقوبة الحبس المقررة في تلك الفقرة.

3. في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الرابعة من الفصل 413: السجن من عشر إلى عشرين سنة.

4. في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الخامسة من الفصل 413: السجن المؤبد».

⁽²⁾ نصُّ الفصل 398: «من اعتدى على حياة شخص بواسطة مواد من شأنها أن تسبب الموت عاجلاً أو آجلاً، أيا كانت الطريقة التي استعملت أو أعطيت بها تلك المواد، وأيا كانت النتيجة: يعد مرتكباً لجريمة التسميم ويعاقب بالإعدام».

⁽³⁾ الفصل 403 الذي تمت الإحالـة عليه في هذه المادة، هو للتذكير الفصل السابق المتضمن لـ"جريمة الضرب المفضي إلى الموت". ومن تمام الفائدة أن نسوق هنا الفصل 406 السابق على الفصل الذي بين أيدينا لأنه متتبـع عليه وتـاليـله، ونصـه: «من ساهم في مشاجرة أو عصيان أو تجمع ثوري وقع أثناءه ضرب أو جرح: يعاقب بالحبـس من ثلاثة أشهر إلى سنتين، ما لم يستحق عقوبة أشد باعتباره مرتكباً لهذا العنـف».

إلى الموت ويعاقب بعقوبتها . أما قبل ذلك، فإن المشرع أخرج هذه الجريمة من جنس الجرائم المتعدية؛ أو أنه اعتبرها منها، ولكنه خفّ عقوبتها نظراً لـ(ظروفها) . والاحتمال الأول أقرب وأرجح، والاحتمال الثاني أصوب وأصح.

هذا كلُّ ما ذكره القانون الجنائي المغربي من الجرائم المتعدية في نطاق "الجرائم الواقعة على الإنسان" عموماً، و"جرائم الجرح والضرب" خصوصاً . ومن الواضح أن عامل الوحيدة في هذه الجرائم يقوم على اتحاد "العلة" الإجرامية في كل منها ، (وهي العنف المقصود الذي تترتب عليه وفاة غير مقصودة) ، وإنْ اختلفت بعد ذلك أحياناً في مقدار العقوبات ؛ لأنَّ مقدار العقوبة لا ينبغي أن يكون هو الفيصل في التمييز بين الجرائم ، لأنَّه يتأثر - تقديرًا وتشديداً وتخفيفاً - بمُؤثِّرات أخرى غير "العلة الإجرامية" التي يستند إليها الركن المعنوي للجريمة.

الفرع الثاني: الجرائم المتعدية المدرجة خارج نظامها القانوني :

ما مضى في الفرع السابق من الجرائم المتعدية هو كلُّ ما جاء به المشرع المغربي في نطاق "جرائم القتل والإيذاء العمد" التي خَصص لها عنواناً (فرعياً) من باب "الجرائم الواقعة على الإنسان". وهناك جرائم أخرى تتطابق مع هذه الجرائم في الوصف والعقاب معاً، ولكن المشرع أدرجها في نطاق منهجي آخر. ولأنَّه لا يُميز هذه الجرائم عن سبقاتها، إلا الاختلاف في التببيب فحسب، فإني أُحقّقها بها. وهذه الجرائم هي:

- "جريدة الإجهاض المنتهي بوفاة الأم" ، المنصوص عليها بالفقرة الثانية من الفصل 449 ، في باب (الجنایات والجناح ضد نظام الأسرة والأخلاق العامة).
- "جريدة الوفاة المترتبة على إهمال الأطفال والأشخاص العاجزين" ، المنصوص عليها بالفقرة الرابعة من الفصل 459 ، في باب (الجنایات والجناح ضد نظام الأسرة والأخلاق العامة).
- "جريدة العنف المنتهي بالوفاة ضد موظف عمومي" ، المنصوص عليها بالفقرة الرابعة من الفصل 267 ، من باب (الجنایات والجناح التي يرتكبها الأفراد ضد النظام العام).
- "جريدة القتل الناتج عن عنفٍ مرتَكَب أثناء تظاهرات رياضية" ، الواردَة في الفصل 308-1 من باب (الجنایات والجناح ضد الأمن العام)
- و"جريدة التعذيب المفضي إلى الموت المرتكب من موظف عمومي ضد متهم" ، المنصوص عليها بالفصل 6-231 من باب (الجنایات والجناح الماسة بمحريات المواطنين وحقوقهم)⁽¹⁾.

أولاً. جريمة الإجهاض المنتهي بالوفاة :

الفصل 449: «من أجهَّض أو حاول إجهاض امرأة حُبلَى أو يظن أنها كذلك، برضاهَا أو بدونه، سواء كان ذلك بواسطة طعام أو شراب أو عقاقير أو تحايلٍ أو عنف أو أية وسيلة أخرى: يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات، وغرامةٍ من مائتين إلى خمسمائة درهم.

⁽¹⁾ تسمى الجرائم المنضوية في هذه المجموعة لدى بعض رجال القانون بـ"الجرائم المشددة بالحدث"؛ وهذه التسمية وهذا الوصف هو في الواقع دليل آخر على عدم هدایة رجال القانون إلى أصل "النظام القانوني" الذي تستند إليه هذه الجرائم؛ حيث لم يستطعوا إلى الآن رؤيتها كما هو، واكتشافه من جذوره وأصوله؛ وظلوا يتعاملون مع أمثلته وتطبيقاته التي تُقذف بها الأحداث في وجوههم تعاملًا فرعياً جزئياً ، وذلك باستدعاء أوصافٍ عَرَضية ثانوية لهذه الجرائم لا تكشف عن جوهر الإثم وطبيعة العدوان الكامن وراءها، والذي يصبُّها بصفة جنائية موضوعية واحدة . وهكذا كان من علامة هذا "الضلال" عن حقيقة النظام القانوني للخطأ شبه العمد، والتعامل الفردي والجزئي معه: تعدد المسميات والأوصاف التي أطلقواها على بعض أمثلته وتطبيقاته ظناً منهم أنها تمثل جرائم مستقلة عن بعضها ، من نحو: "الجريمة المشددة بالحدث" ، "الضرب المفضي إلى الموت" ، "الجريمة ذات النتيجة المتجازوة للقصد" ، وـ"الجريمة المتعدية" ..

"إذا نتج عن ذلك موتها: فعقوبتها السجن من عشر إلى عشرين سنة".

وبمقتضى الفصل الموالى (450): شدد المشرع المغربي عقوبة هذه الجريمة - في الحالة التي تنتهي فيها بالوفاة - إلى ما بين 20 و 30 سنة ؛ وبضعف عقوبتها المقررة لها في الحالة التي لا تنتهي فيها الوفاة⁽¹⁾.

وبمقتضى الفقرة الثالثة من الفصل 455: حاسب المشرع بنفس العقوبة (العادية) لهذه الجريمة في الصورة التي تنتهي فيها بالوفاة "كل من باع أدوية أو مواد أو أجهزة أو أشياء، كيف ما كان نوعها، أو عرضها للبيع، أو عمل على بيعها أو وزرعها، أو عمل على توزيعها بأية طريقة كانت مع علمه أنها معدة للإجهاض"⁽²⁾.

ثانيا. جريمة الوفاة المترتبة على إهمال الأطفال والعاجزين وتعريفهم للخطر:

وردت بهذه الجريمة الفقرة الرابعة من الفصل 459 ، وذلك على النحو التالي: «من عرض أو ترك طفل دون سن الخامسة عشرة، أو عاجزا لا يستطيع أن يحمي نفسه بسبب حاليه الجسمية أو العقلية، في مكان خال من الناس، أو حمل غيره على ذلك: يعاقب لمجرد هذا الفعل: بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات.

"إذا نشأ عن التعريض للخطر أو عن الترك مرض أو عجز لمن لا تزيد عن عشرين يوما: فإن العقوبة هي الحبس من سنتين إلى خمس.

"أما إذا أصيب الطفل أو العاجز ببتر أو عطبه، أو إذا بقي مصابا بعاهة مستديمة: فإن العقوبة هي السجن من خمس إلى عشر سنوات.

"إذا نتج عن التعريض للخطر أو عن الترك موتها: كانت العقوبة السجن من عشر إلى عشرين سنة".

وبمقتضى الفقرة الخامسة من الفصل الموالى (460): شددت عقوبة هذه الجريمة (في حالة الوفاة) بضعفها، وهو الحبس من 20 إلى 30 سنة⁽³⁾.

وفي الفصل 461 عرض المشرع لنفس الحالة التي تعرّض لها في الفصل 459، ولكن بفارق واحد: وهو ترك الطفل أو الشخص العاجز في (مكان غير خال من الناس)، وجعل العقوبة هنا (في حال ما إذا ترتب على التعريض للخطر أو الترك الموت): السجن من خمس إلى عشر سنوات.

⁽¹⁾ نص الفصل 450 كاملا: «إذا ثبت أن مرتکب الجريمة يمارس الأفعال المشار إليها في الفصل السابق بصفة معتادة: ترفع عقوبة الحبس إلى الضعف في الحالة المشار إليها في الفقرة الأولى ، وتكون عقوبة السجن من عشرين إلى ثلاثين سنة في الحالة المشار إليها في الفقرة الثانية».

⁽²⁾ النص الكامل لهذا الفصل (455): «يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين وغرامة من مائتين إلى ألفي درهم، أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط: كل من حرض على الإجهاض ولو لم يؤد هذا التحريض إلى نتيجة ما.

وتحري نفس العقوبات على كل من باع أدوية أو مواد أو أجهزة أو أشياء، كيف ما كان نوعها، أو عرضها للبيع أو عمل على بيعها أو وزرعها أو عمل على توزيعها بأية طريقة كانت مع علمه أنها معدة للإجهاض حتى ولو كانت هذه الأدوية أو المواد أو الأجهزة أو الأشياء المقترحة كوسائل فعالة للإجهاض غير قادرة عمليا على تحقيقه.

غير أنه إذا ما تحقق الإجهاض على إثر العمليات والأعمال المشار إليها في المقطع السابق: فإن العقوبات المنصوص عليها في الفصل 449 من القانون الجنائي تطبق على القائمين بالعمليات أو للأعمال المذكورة».

⁽³⁾ وذلك في حالة ما إذا كان مرتکب الجريمة أحد أصول الطفل أو العاجز، أو أحد الأشخاص الذين لهم سلطة عليه، أو المكلفين برعايته.

وبمقتضى الفقرة الخامسة من الفصل الموالى (462): رفع العقوبة في هذه الحالة أيضا - لنفس الموجب التشديدي - من خمسٍ إلى عشرين سنة⁽¹⁾.

وستتحقق هذه الجريمة بعض الملاحظات والتنبيهات التي أوردها في ما يلى:

يشعر المرء بالغرابة - من الناحية المنهجية على الأقل - كيف فُصِّلت هذه الجريمة وتميزت عن الجريمة المتقدمة (جريمة موت طفل من غير قصدٍ نتيجةً لإيذاء متعمد)، المنصوص عليها بالفصل (410)؛ والحال أنه لا يكاد يلاحظ بينهما من جهة التكوُّن والواقع فرقٌ، سوى أن هذه الجريمة (جريدة الفصل 250) قد تكون جريمة "تسُبُّ بالترك" بلغة الفقهاء، أو جريمة (سلبية) بلغة رجال القانون. أما الأولى فهي جريمة مباشرة (جريدة إيجابية). أو أنه أضيق إلى الأطفال في هذه الجريمة من هو في حكمهم وعلى شاكلتهم، كالعجزين لِكِبَرٍ أو مرضٍ جسمى أو عقلي⁽²⁾.

وقد ظهر أثر هذا الاختلاف البسيط في الأحكام والعقوبات، التي جاءت في هذه الجريمة أخفٌ منها في تلك، كما يلاحظ من المقارنة التالية :

- في حالتهما العادية: العقوبة السجن من 10 إلى 20 سنة في هذه، والسجن من 20 إلى 30 سنة في تلك.
 - في حالة كون الجاني أصلاً أو راعياً أو له سلطة على الطفل أو العاجز: تُشدد العقوبة هنا: بالسجن من 20 إلى 30 ، وهناك بالمؤبد.
 - النصُّ في السابقة على ظرف "الاعتياض" الذي بموجبه ترتفع العقوبة إلى المؤبد كذلك، وخلُوْهُ منه من هذا الظرف
 - النص في السابقة على أنه في حالة قيام نية القتل تكون العقوبة الإعدام، وخلُوْهُ منه من هذا الظرف.
1. رغم تمايل هاتين الجريمتين تقريباً من جهة الموضوع والخل الذي تقعان عليه، ومن جهة الأفعال التي تتم بها: فقد كانت عقوبات هذه الجريمة في حالي التشديد والتخفيف، أخفٌ من عقوبات الجريمة السابقة . ولعل ذلك عائد إلى ما أشرتُ إليه من الاختلاف في الأفعال الإجرامية بينهما من المباشرة إلى التَّسْبُّ (جرائم إيجابية في السابقة، وجرائم سلبية في هذه) . وترتب على ذلك أن هذه الجريمة صارت - من جهة العقوبات - أكثرَ قرباً ومطابقة مع الجريمة الأُمّ الأولى (جريمة الضرب المفضي إلى الموت الكبار) ؛ وإن كانت من جهة الخل والواقع: أشبه بالجريمة الثانية (جريمة الضرب المفضي إلى موت الصغار).

2. يُوجَّه إلى هذه الجريمة ما وُجِّه إلى نظيرتها السابقة (جريمة الضرب المفضي إلى موت طفل)، مِنْ تجاهلِ حق الآباء في تأديب أولائهم.

ثالثاً. جريمة العنف المنتهي بالوفاة ضد موظفٍ عمومي :

وردت هذه الجريمة في الفقرة الرابعة من الفصل 267، في باب (الجنايات والجناح التي يرتكبها الأفراد ضد النظام العام) ، فرع: (إهانة الموظف العمومي والاعتداء عليه) . وذلك على النحو التالي :

⁽¹⁾ وقد تَبَيَّنَ في المشرع في الفصل الموالى (463) إلى أنه إذا نتج عن التعريض للخطر أو الترك موتُ الطفل أو العاجز، وكانت لدى الجاني نية إحداثه: فإنه يعاقب بالعقوبات المقررة في الفصول 392 إلى 397، على حسب الأحوال. وهذه الفصول تحيل إلى جرائم القتل العمد.

⁽²⁾ حتى الترتيب المنهجي والتسلسل السابق في جرائم الإيذاء العمد التي في سياقها جاءت الجريمة السابقة: كان هو المتبع في هذه الجريمة أيضاً، (بدأً من إيذاء خفيف لا يتربَّ عليه عجز عن العمل، مروراً بإيذاء يتربَّ عليه عجز أو إعاقة، وانتهاءً بإيذاء ترتب عليه الموت). كما أن ظروف التشديد بينهما تكاد تكون متماثلة.

"يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين: من ارتكب عنفاً أو إيذاءً ضد أحدٍ من رجال القضاء أو الموظفين العموميين أو رؤساء أو رجال القوة العامة أثناء قيامهم بوظائفهم أو بسبب قيامهم بها.

"إذا ترتب عن العنف إراقة دم أو جرح أو مرض، أو إذا ارتكب مع سبق الإصرار أو الترصد، أو ارتكب ضد أحدٍ من رجال القضاء أو الأعضاء المخلفين بالمحكمة أثناء الجلسة: فإن الحبس يكون من سنتين إلى خمس سنوات.

"إذا ترتب عن العنف قلع أو بتر أو حرمان من استعمال عضو أو عمي أو عور أو أيّ عاهة مستديمة: فإن العقوبة تكون السجن من عشر إلى عشرين سنة.

"إذا ترتب عن العنف موت دون نية إحداثه: فإن العقوبة تكون السجن من عشرين إلى ثلاثين سنة.

"إذا ترتب عن العنف موت مع توفر نية إحداثه: تكون العقوبة الإعدام".

ومن الواضح أن المشرع استعمل في هذا "المثال" أقسى العقوبات التي استعملها في نطاق الجرائم المتعدية؛ على غرار ما فعل في الجريمة الواقعة على الأطفال . حيث جعل العقوبة العادلة لهذه الجريمة هي السجن من 20 إلى 30 سنة، بدل 10 إلى 20، كما هو مقرر للجريمة الأم (جريمة الضرب المفضي إلى الموت) ونظائرها . كما جعل العقوبة في حالة قيام "العمد" لتوافر نية القتل : هي الإعدام، وليس السجن المؤبد. فالعقوبات بين هذه الجريمة وجريمة الاعتداء على الأطفال السابقة متطابقة. وذلك عائد إلى اشتراك الجريمتين - إضافة إلى العنصرين المادي والمعنوي - في عنصر إضافي مفترض، وهو "صفة المجنى عليه": حيث هو هناك طفل غير بالغ، وهنا موظف عمومي. وهكذا فإن محل الجريمة هنا لا يتالف من "مصلحة" واحدة هي سلامة الجسم أو الحياة، وإنما يتالف من أكثر من مصلحة "معتبة"، حيث يمس هذا العدوان إلى جانب سلامة الجسم والحياة، هيبة الوظيفة وكرامتها. وبالتالي يتحقق هنا وصف "العدوان" بأنه "عدوان مركب"، لا عدوان بسيط، كما هي حالة جرائم الضرب والجرح العادلة. وربما كان هذا هو الباعث على إدراج هذه الجريمة ضمن طائفة الجرائم الماسة بالنظام العام⁽¹⁾.

رابعا. جريمة القتل الناتج عن عنيف ارتكب أثناء تظاهرات رياضية :

ورد بهذه الجريمة الفصل 308-1 من باب "الجنايات والجناح ضد الأمن العام"⁽²⁾. وذلك كما يلي: «دون الإخلال بالمقتضيات الجنائية الأشد: يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 1.200 إلى 20.000 درهم: كل من ساهم في أعمال عنف أثناء مباريات أو تظاهرات رياضية أو ب المناسبتها أو أثناء بث هذه المباريات أو التظاهرات في أماكن عمومية أو ب المناسبة هذا البث، ارتكبت خلالها أفعالاً ترتب عنها موت طبقاً للشروط المنصوص عليها في الفصل 403 من هذا القانون».

"غير أن المدبرين والحرضين على الأفعال المذكورة في الفقرة السابقة، يعاقبون بالعقوبة المقررة في الفصل 403 من هذا القانون».

⁽¹⁾ تتضمن هذه الجريمة حالة أخرى من حالات "العقاب بالإعدام" على القتل العمد ، لتي سبق أن أشرت إلى أنه توجد منها عدت حالات متداولة عبر أبواب وفروع القانون الجنائي المغربي، وستتحق دراسة تضمينها في إطار وسيق منهجي واحد.

⁽²⁾ وذلك في فرع: (العنف المرتكب أثناء المباريات أو التظاهرات الرياضية أو ب المناسبتها) . وقد أضيف هذا الفرع - وهو الفرع 02 مكرر - إلى هذا الباب (وهو الباب الخامس من الجزء الأول من الكتاب الثالث) بالمادة الأولى من القانون رقم 09.09 المتعلقة بمجموعة القانون الجنائي، الصادر بتنفيذ الظهير الشريف رقم 1.11.38 ، بتاريخ 29 من جمادى الآخرة 1432 - 02 يونيو 2011.

وبقتضى الفصل 308-4 وسّع المشرع نطاق الركن أو "العنصر المفترض" في هذه الجريمة، بحيث شمل إضافةً إلى ما في الفصل السابق: "أعمال العنف المرتكبة في وسائل النقل الجماعي، أو محطات نقل المسافرين، أو غيرها من الأماكن العمومية؛ سواء ارتكبت قبل المbaraة أو التظاهرة أو الـبـث، أو بعد ذلك، أو بالتزامن معه"⁽¹⁾.

وبقتضى الفصل 308-14 ضاعف المشرع عقوبة هذه الجريمة في حالة "العـود". وكذلك عموم الجرائم المنصوص عليها في هذا الفرع (من 308-1 إلى 308-12).

ومن الواضح أن المشرع نـزل بعقوبة هذه الجريمة - حتى مع التشديد - عن العقوبة العادلة المقررة لسائر الجرائم المتعدية السابقة ، باستثناء جريمة الفصل 405 (جريمة القتل الناجـم عن تجـمع ثوري)، وهي الجريمة الرابعة ضمن جرائم الزمرة الأولى من هذا المطلب . حيث تطابقت العقوبة بينها وبين هذه الجريمة تطابقا كاملا، وذلك ربما لتشابه أفعالهما ومتـاطـلـ العـقـابـ فيهاـ.

وما قـلتـ هـنـاكـ عنـ تـلـكـ الجـريـةـ - منـ جـهـةـ مـدـىـ صـحـةـ اـعـتـبارـهاـ جـريـةـ مـتـعـدـيةـ - يـنـطـبـقـ تـاماـ عـلـىـ هـنـاكـ الجـريـةـ ، رـغـمـ الإـحـالـةـ الـبـاشـرـةـ الـتـيـ تـضـمـنـتـهاـ هـنـاكـ جـريـةـ إـلـىـ (ـالفـصـلـ 403ـ)ـ الـذـيـ يـحـمـلـ جـريـةـ الضـربـ المـضـيـ إـلـىـ الموـتـ السـابـقـةـ.

ومن اللافت للانتباه هنا، أن المشرع في هذه الجريمة عاقب "المشاركين" الذين عـبـرـ عنـهمـ بــ"ـالـمـدـبـرـينـ وـالـخـرـضـينـ"ـ ، بــعـقـوبـاتـ تـفـوقـ عـقـوبـاتـ "ـالـفـاعـلـينـ"ـ الـبـاشـرـينـ .ـ وهذاـ بــخـالـفـ ماـ فـعـلـ فيـ جـريـةـ التـجـمعـ الثـورـيـ،ـ حيثـ عـاقـبـهـمـ بــذـاتـ العـقـوبـةـ الـتـيـ عـاقـبـ بــهـاـ الـفـاعـلـينـ.

ومن اللافت كذلك، أن المشاركين هنا - دون المـبـاشـرـينـ - عـقـوبـاـ بــعـقـوبـةـ الضـربـ المـضـيـ إـلـىـ الموـتـ كماـ نـصـوصـ عليهاـ بــالـفـصـلـ 403ـ المتـقدمـ معـ الإـحـالـةـ عـلـىـ هـنـاكـ .ـ فـهـلـ هـذـاـ يـعـنـيـ أـنـ المـشـرـعـ يـعـتـبرـ الجـريـةـ بــالـنـسـبـةـ لـلـمـحـرـضـينـ جـريـةـ مـتـعـدـيةـ ،ـ وـبــالـنـسـبـةـ لـلـفـاعـلـينـ وـالـبـاشـرـينـ:ـ جـريـةـ أـخـرـىـ أـخـفـ مـنـهـاـ ؟ـ أـمـ أـنـهـ يـعـتـبرـ الجـريـةـ فيـ الـحـالـتـيـنـ جـريـةـ مـتـعـدـيةـ ،ـ وـلـكـنـ خـفـ عـقـوبـتـهاـ فيـ حـقـ الـبـاشـرـينـ دـوـنـ الـمـحـرـضـينـ ؟ـ أـمـ أـنـهـ لـاـ يـعـتـبرـهاـ كـذـلـكـ فيـ أـيـ مـنـ الـحـالـتـيـنـ،ـ وـالـتـمـاـثـلـ الـحـاـصـلـ بــيـنـ عـقـوبـةـ الـخـرـضـينـ فيـ الجـريـةـ،ـ وـبــيـنـ عـقـوبـةـ جـريـةـ الضـربـ المـضـيـ إـلـىـ الموـتـ،ـ هوـ تـمـاـثـلـ فيـ "ـعـقـوبـةـ"ـ فـقـطـ ،ـ وـلـيـسـ فيـ "ـجـريـةـ"ـ وـنـظـامـ "ـالـمـسـؤـولـيـةـ"ـ؟ـ

أـسـئـلـةـ لـيـسـ لـدـيـ جـوابـ عـنـهـ،ـ وـلـكـنـ مـهـمـاـ يـكـنـ الـأـمـرـ،ـ فـإـنـهـ نـظـراـ لـلـتـشـابـهـ "ـالـمـوـضـوعـيـ"ـ بــيـنـ هـنـاكـ الجـريـةـ وـالـجـرـائـمـ المـتـعـدـيةـ ؛ـ وـنـظـراـ كـذـلـكـ إـلـىـ إـحـالـةـ المـشـرـعـ فيـ هـنـاكـ الجـريـةـ عـلـىـ الجـريـةـ الـأـمـ وـالـأـسـاسـ لـلـجـرـائـمـ المـتـعـدـيةـ،ـ (ـجـريـةـ الضـربـ المـضـيـ إـلـىـ الموـتـ)ـ ؛ـ وـنـظـراـ إـلـىـ أـنـ ذـلـكـ يـنـشـيـ "ـمـظـنةـ"ـ قـوـيـةـ أـنـ الـمـشـرـعـ اـعـتـبـرـ هـنـاكـ جـريـةـ دـاـخـلـةـ فيـ نـطـاقـ الجـرـائـمـ المـتـعـدـيةـ ؛ـ وـنـظـراـ لـكـونـ عـقـوبـةـ الجـريـةـ المـتـعـدـيةـ أـغـلـظـ وـأـشـدـ مـنـ عـقـوبـةـ المـقـرـرـةـ هـنـاكـ .ـ جـريـةـ فيـ بــعـضـ أحـواـهاـ عـلـىـ الـأـقـلـ:ـ إـنـ عـلـىـ الـقـاضـيـ -ـ مـرـاعـةـ لـذـلـكـ كـلـهـ -ـ أـنـ يـتـقـيـدـ تـشـدـيدـاـ بــالـحدـ الـأـقـصـىـ لـعـقـوبـةـ هـنـاكـ .ـ وـهـذـاـ هـوـ مـاـ يـكـنـ أـنـ نـعـتـبـرـ "ـالـثـمـرـةـ"ـ الـعـمـلـيـةـ،ـ وـالـنـتـيـجـةـ الـقـانـوـنـيـةـ -ـ الـمـتـاحـةـ حـتـىـ الـآنـ -ـ مـنـ تـصـنـيفـ هـنـاكـ جـريـةـ ضـمـنـ الجـرـائـمـ المـتـعـدـيةـ،ـ إـلـىـ أـنـ يـتـدـخـلـ المـشـرـعـ وـيـزـيلـ هـذـاـ الـالـتـبـاسـ وـالـإـشـكـالـ الـذـيـ يـحـومـ حـوـلـهـ.

⁽¹⁾ النـصـ الكـاملـ لـلـفـصـلـ 308-4:ـ "ـتـطـبـقـ أـحـكـامـ الـفـصـولـ 308-1ـ وـ308-2ـ وـ308-3ـ عـلـىـ أـعـمـالـ العنـفـ المـرـتكـبـةـ أـثـنـاءـ مـبـارـياتـ أـوـ تـظـاهـراتـ رـياـضـيـةـ أـوـ بــمـنـاسـبـتهاـ،ـ أـثـنـاءـ بــثـ تلكـ مـبـارـياتـ أـوـ تـظـاهـراتـ أـوـ التـظـاهـراتـ هـذـاـ الـبـثـ فيـ الـطـرـقـ الـعـمـومـيـةـ أـوـ السـاحـاتـ الـعـمـومـيـةـ أـوـ فيـ وـسـائـلـ النـقـلـ الجـمـاعـيـ أـوـ مـحـطـاتـ نـقـلـ المسـافـرـينـ أـوـ غيرـهاـ منـ الـأـماـكـنـ العمـومـيـةـ،ـ سـوـاـ اـرـتـكـبـتـ قـبـلـ الـمـبـارـاـةـ أـوـ التـظـاهـرـةـ أـوـ الـبـثـ أـوـ بــالـتـزـامـنـ معـهـ»ـ .ـ وـمـضـمـونـ الـفـصـولـ 308-2ـ وـ308-3ـ الـمـحـالـ إـلـيـهـماـ فيـ هـذـاـ الـفـصـلـ (ـبــالـإـضـافـةـ لـلـفـصـلـ 308-1ـ)ـ:ـ هـوـ فيـ الـفـصـلـ 308-2ـ:ـ حالـ كـونـ النـتـيـجـةـ (ـضـربـ أـوـ جـرحـ أـوـ أيـ نوعـ آخـرـ مـنـ أـنـوـاعـ العنـفـ أـوـ الإـيـذـاءـ)ـ .ـ وـفـيـ الـفـصـلـ 308-3ـ:ـ (ـلـحـقـ أـصـرـارـ مـادـيـةـ بــأـمـالـكـ عـقـارـيـةـ أـوـ مـنـقـولةـ مـمـلـوـكـةـ لـلـغـيرـ)ـ.

خامساً. جريمة تعذيب المتهمن المفضي إلى الموت :

نص الشرع المغربي على هذه الجريمة بالفصل 231-6 من باب (الجنایات والجناح الماسة بمحريات المواطنين وحقوقهم) ، في الفرع الخاص بـ(شطط الموظفين في استعمال سلطتهم إزاء الأفراد وممارسة التعذيب) ، على النحو التالي: «دون الإخلال بالعقوبات الأشد : كل تعذيب نتج عنه موت دون نية إحداثه: يعاقب عليه بالسجن من عشرين سنة إلى ثلاثين سنة.

وفي حالة توفر سبق الإصرار أو استعمال السلاح : تكون العقوبة السجن المؤبد⁽¹⁾.

في هذه الجريمة - في الواقع - اختلافٌ بين رجال القانون، من جهة اعتبارها جريمةً متعددة، أم لا. إذ مِن التشريعات الوضعية مَن اعتبرها جريمة عمدية، لا متعدية⁽²⁾ . ومن الواضح أن المشرع المغربي لم يعتبرها كذلك، إنما اعتبارها جريمةً متعددة حسب ما تفليه عبارته "موت دون نية إحداثه" ، ولكنها عاقب عليها بعقوبة أشدّ من تلك التي عاقب بها - في الحالات العادية - على جريمة الضرب المفضي إلى الموت، وهي "المراجع" المثالى للجرائم المتعددة . وذلك مفهوم ومستساغ، لما تميز به هذه الجريمة من ظلم وبطش تحت مظلة الشرعية والسلطة المخولة للموظف العمومي . فالتشديد هنا إذا عايد إلى "ظرفٍ" ، وليس إلى وصفٍ أو "علةٍ" إجرامية . ويidel لذلك أن المشرع المغربي اعتَبر جريمة القتل بواسطة التعذيب التي تُرتكب من غير الموظفين العموميين، أو منهم على غير متهمين، جريمةً عمدية، بل مشددة العمد، حيث عاقب عليها بالإعدام⁽³⁾.

وبإعمال ضوابط ومفهوم الخطأ شبه العمد كما هو عند الفقهاء: يكون ما دهب إليه القانون المغربي هو الأصح والأرجح، ولكن مع استحضار شروطٍ وضوابط الفقهاء المتمثلة في أن لا يكون التعذيب قاسياً جداً؛ فإذا كان كذلك، بحيث يكون الفعل الذي أوقعه الجناة بالضحية من شأنه أن يؤدي إلى الموت عادةً: فإن الجريمة حينئذ تحول إلى جريمة قتلٍ عمد.

هذا إذا هو كل ما يمكن القول بأن المشرع المغربي اعتَبره أو تعامل معه معاملة الجرائم المتعددة. وإذا كان المشرع لم يصغ هذه الجرائم في "نظام جنائي" جامع ، ولم ينظمها في "سلك منهاجي" واحد: فإن مرد ذلك إلى ما سلف ذكره من أن نظام الخطأ شبه العمد و"نظريته العامة" ، و"تطبيقاته الخاصة": باهتةً في نطاق التفكير القانوني عمومه والقانون الفرنسي خصوصاً. غير أن ذلك لا يحول بين الباحث المستوِّع لطبيعة جريمة المتعددة وعناصرها: أن يستقرئ القانون الجنائي المغربي ويجمع شمل ما تفرق فيه مما يندرج في هذا الإطار. ولعل في ذلك خدمة جليلة لهذا القانون قد يتتبه لها المشرع فيعتمد هذا التصنيف والتوصيف النهجي والموضوعي الجديد لهذه الجرائم، فيكون بذلك سابقاً على كثير من الأنظمة القانونية الأخرى.

⁽¹⁾ حدد المشرع المغربي مفهوم السلاح في نطاق هذا القانون: بـ"جميع الأسلحة النارية والمتفجرات، وجميع الأجهزة والأدوات أو الأشياء الواخزة أو الراسصة أو القاطعة أو الخانقة". (الفصل 303) . وقد افتتح الفرع الذي تندرج فيه هذه المادة بال المادة (1-231) التي تعرِّف مفهوم التعذيب وأبعاده : حيث تقول: «يُقصد بالتعذيب بمفهوم هذا الفرع: كل فعل ينتج عنه ألم أو عذاب شديد جسدي أو نفساني يرتكبه عدماً موظف عمومي أو يحرض عليه أو يواافق عليه أو يسكن عنه، في حق شخص تخويفه أو إرغامه أو إرغام شخص آخر على الإدلاء بمعلومات أو بيانات أو اعتراف بهدف معاقبته على عملٍ ارتكبه أو يُشتبه في أنه ارتكبه هو أو شخص آخر، أو عندما يتحقق مثل هذا الألم أو العذاب لأي سبب من الأسباب يقوم على التمييز أيًا كان نوعه».

⁽²⁾ ومن التشريعات التي كَيَفَتْ هذه الجريمة على أساس العمد: قانون العقوبات المصري في المادة 126 ، التي جاء فيها: «كل موظف أو مستخدم عمومي أمر بتعذيب مهمن، أو فعل ذلك بنفسه لحمله على الاعتراف: يعاقب بالأشغال الشاقة أو السجن من ثلاثة سنوات إلى عشر، وإذا مات المجنى عليه: يحكم بالعقوبة المقررة للقتل عمداً». واضح من عبارة المشرع المصري أنه كان متأثراً بالخلاف الدائر حول هذه الجريمة، ولذلك عاقب عليها بعقوبة العمد، ولكنه مع ذلك لم يُرد أن يصرح بأنها "جريمة عمدية".

⁽³⁾ كما في الفصل 399: «يعاقب بالإعدام كل من يَسْتَعْمِلُ وسائِلَ التَّعَذِيبِ أَوْ يَرْتَكِبُ أَعْمَالاً وَحْشِيَّةً لِتَنْفِيذِ فَعْلٍ يَعْدُ جَنَاحَةً».

الفرع الثالث : الجرائم المتعدية التي أهملها القانون المغربي :

في القانون المقارن جرائم أخرى صنفت - اتفاقاً أو اختلافاً - في بعض الآراء القانونية ، وفي بعض التشريعات أيضاً، بأنها جرائم متعدّية، وقد أهملتها المشرع المغربي فلم يذكرها، أو جاء بها ولكنها صنفتها على أساس أنها جرائم عمدية . وأسوق في ما يلي - سرداً دون تعمّق - ما اشتهر وعرف من تلك الجرائم :

أولاً. الجريمة المغایرة لقصد الشريك :

المثال التقليدي في الفقه الوضعي لهذه الجريمة هو: مَن يتفق مع آخر أو يُحرضه أو يساعده على سرقة منزل مسكون، فيذهب الفاعل ومعه سلاح. وعندما ينهض المالك للدفاع عن ماله: يقتله الفاعل . ومن أمثلتها كذلك: مَن يتفق مع آخر على ضرب أو جرح شخص ثالث، وينتهي الأمر بوفاة الضحية ؛ وهو ما لم يكن متفقا عليه بين الجرميين، ولم يكن مقصودا ولا مرادا على الأقل للشريك⁽¹⁾.

فخلاصة "النموذج" المجرد هذه الجريمة: أن يتفق شخص مع آخر (أو يحرضه أو ي ساعده) على ارتكاب جريمة معينة، فتُقع جريمة أخرى غير التي حصل عليها الاتفاق؛ سواء كانت مساوية لها، أو أخف منها، أو أشد. وهذا الفرض الأخير (حالة وقوع جريمة أشد من التي قصّدَها الشريك): هو الذي تقترب فيه الجريمة المغایرة لقصد الشريك من الجريمة المتعدية القصد.

والرأيُ السائد في الفقه والتشريع معاً: أن "الشريك" يُسأل عن النتيجة التي وقعت كما لو كان "فاعلاً" مباشراً لها. ولكن بشرط أن تكون النتيجة الأشدُّ التي حصلت كانت "محتملةً" الوقع، سواء توقعها الجاني أم لم يتوقعها⁽²⁾.

فـ "الرابطه السببية" في هذه الجريمة تقوم على معيار "احتمالية" النتيجه في ذاتها، وليس على "توقعها" من الجاني، أحرى إرادتها أو "قبوها". فإذا ما انتفى الاحتمال انتفت العلاقة السببية، وانتفت بانتفائها المسؤولية الجنائيه للشريك عن النتيجه الأعظم التي لم يكن يقصدها، واقتصرت مسؤوليته على النتيجه الأخف التي كان يقصدها⁽³⁾.

⁽¹⁾ انظرا: جلال ثروت، (الجريمة متعلقة القصد) ، مرجع سابق، ص: 466 وما بعدها . وأشار هنا إلى أن مصطلح "الشريك" في عرف رجال القانون يعني - في نطاق المساهمة الجنائية - الجاني الذي لم يباشر تنفيذ أفعال الجريمة . وذلك في مقابل مصطلح "الفاعل" الذي يقصد به الجاني الذي تولى التنفيذ وبasher الأفعال.

(2) فمثلاً المادة: 43 من قانون العقوبات المصري تنص على أن «من اشترك في جريمةٍ فعَلَيهِ عقوبُهَا ولو كانت غيرَ التي تعمد ارتكابها، متى كانت الجريمة التي وقعت بالفعل نتيجةً محتملة للتحريض أو الاتفاق أو المساعدة التي حصلت». والمادة 53 من قانون العقوبات العراقي تقول: «يعاقب المساهم في جريمةٍ - فاعلاً أو شريكاً - بعقوبة الجريمة التي وقعت ولو كانت غيرَ التي قصدَ ارتكابها، متى كانت الجريمة التي وقعت نتيجةً محتملة للمساهمة التي حصلت». بل إن قانون العقوبات السوداني ذي المرجعية الشرعية يأخذُ في ما يبدوا بهذا الرأي كذلك ، إلا أنه - عكس ما سار عليه الفقه والتشريع الوضعي - يشترط في الجريمة التي وقعت مبادئه لقصده الشريك: أن تكون نتيجةً «راجحةً لمساهمته في الجريمة الأصلية ، وليس مجردًا محتملةً». حيث نص في الفقرة 04 من المادة 25 على أن: «من يحرّض شخصاً على ارتكاب فعل معين: يكون مسؤولاً عن ارتكاب أي فعل آخر يشكل جريمة يرتكبه ذلك الشخص، إذا كان الفعل الآخر نتيجةً راجحةً للتحريض». وبين هذا القانون في المادة 03 مفهوم "الاحتمال" بقوله: «يقال عن الفعل إنه يُحتمل أن تكون له نتيجةً معينة، أو أثر معين: إذا كان حدوث تلك النتيجة أو الأثر لا يُستبعد عند الشخص العادي». ولكن القانون اليمني الشرعي تجاوز كلَّ ذلك، ورفض معاقبة الشريك على الجريمة التي ارتكبها شريكه مخالفًا لما كانا قد اتفقا عليه: حيث ينص في المادة 24 على ما يلي: «في الجرائم التعزيرية: من ساهم في الجريمة بوصفه فاعلاً أو محرضاً أو شريكاً: يعاقب بالعقوبة المقررة لها مالم ينص القانون على خلف ذلك. غير أنه إذا اختلف قصد مساهمٍ في الجريمة عن قصد غيره من المساهمين عوقب كل منهم حسب قصده».

⁽³⁾ ينظر: رؤوف عبيد، السببية في القانون الجنائي، ص 115.

ومسألة الشريك عن التبيئة المغايرة لقصده، تشكل استثناء وخروجاً على القواعد العامة في المسؤولية الجنائية التي تشترط توافر الركنين : المادي، والمعنوي. ولذلك تعتبر في نظر بعض رجال القانون من تطبيقات "المسؤولية الموضوعية".

غير أن في الفقه الوضعي رأيا يميل إلى اعتبار المسائلة عن هذه النتيجة - في الحالة التي تكون فيها أعظم من النتيجة التي قصدها الشريك - قائمةً على أساس القصد المتعدي (الخطأ شبه العمد). ولهذا يجب أن تكون عقوبة الشريك أخفَّ من عقوبة الفاعل في ضوء ما هو مقرر للجرائم شبه العمدية من عقوبات في القانون . وبهذا أخذ القانون الجنائي الإيطالي⁽¹⁾ .

وقد أهمل القانون الجنائي المغربي ذكر هذه الجريمة، واكتفى بالإشارة العامة، كما في الفقرة الأولى من الفصل 130: "المشارك في جنائية أو جنحة يعاقب بالعقوبة المقررة لهذه الجنائية أو الجنحة".

ثانياً. جريمة السكران :

لا خلاف بين الفقهاء ورجال القانون معاً، على أن السُّكر الإجباري لا يُسأل صاحبه عن ما اقترفه من جرائم أثناء انفعاله باللادة التي أكدها على تجربتها أو غيرها حتى تجربتها وهو لا يعلم. ولا خلاف كذلك في المسؤولية التامة لمن يتناول مُسْكراً، أو مُخدرًا بهدف تقوية عزمه وتنشيط جسمه على اقتراف الجريمة . ولكنَّ الخلاف حاصل بين رجال القانون - مثل بعض الفقهاء - في حالة السُّكر الاختياري الذي يأتيه صاحبُه لذاته، أي: لـ "غاية" السُّكر، وليس لـ "إجل" ارتكاب جريمة.

والاتفاق حاصل بين رجال القانون في هذه الحالة أيضاً على مسؤولية الجاني مبدئياً وصحّة إسناد الفعل إليه ما دام أتى السكر باختياره. غير أن عامتهم يميلون إلى أن السكران لا يمكن أن تُسند إليه في هذه الحالة جريمة عمدية؛ وإنما الأقرب لحقيقة ما يقترفه من جرائم أن يكون من قبيل الجرائم المتعدية . وكأنهم بذلك يصوغون قاعدة مماثلة للقاعدة الفقهية "عَمِدُ الصبيُّ والجنونُ خطاً" ، وهم في المقابل يقولون: "عَمِدُ السكرانُ خطاً شبهُ عَمْدًا". وذلك لأن إرادة السكران في كل الأحوال إرادة ناقصة ومعيبة ، والعَمِدُ يتطلب إرادة صحيحة وسليمة ، وـ"قصدًا خاصًا" لا يتوفر للسكران⁽²⁾.

ويُعتقد بعض الشرّاح هذا الرأي، ويُرى أنه مناقض للواقع، ولطبيعة القصد المتعدي، ويُعتبر أن السكران يمكن أن يُسند إليه الفعل بحسب ما أراده (عمداً كان، أم خطأ، أم شبه عمداً)، كالصحيح تماماً، بناءً على تصرفاته وأفعاله الظاهرة . ويتفق هذا القول مع الريي الشرعي⁽³⁾.

⁽¹⁾ جلال ثروت، المراجع السابق، ص: 490.

⁽²⁾ وزد ضمون هذا في حكم لمحكمة النقض المصرية رقم 153 ، مجموعة القواعد القانونية(7/140). بواسطة جلال ثروت، مرجع سابق، ص: 506.

(3) جلال ثروت، المرجع والمكان السابق . ويرى هذا القانوني ببصیرته القانونية المتميزة: أنه إذا كان المغرى القضائي من هذا هو تخفيف "عقوبة" السكران نظراً لظروفه الشخصية: فإن من الواجب أن لا يمس ذلك نظام "المسؤولية"، وأن تُلتمس سُبلٌ لتيسير العقاب من طرق أخرى، كاستعمال سلطة القاضي المرنة في العقاب بين الحدين الأقصى والأدنى للجريمة. ورغم ما في هذا الكلام من وجاهة وانسجام مع الرأي الشرعي في هذه المسألة ، إلا أنني أفت الانتباه إلى أن "توظيف" محكمة النقض المصرية لأحكام شبه العمد في هذه الحالة، هو توظيف معقول ومقبول "مبدئياً" إذا قبلنا أنّ شبه العمد قد يُلْجأُ إليه ويتم إعمال مقتضياته وأحكامه، وإن لم تتوافر كامل مقوماته وعناصره الفنية ؛ وذلك عندما يكون هنا "الإعمال" محققاً لمبدأ "العدل والتوسط" بين أحكام العمد المحض الفاسية جداً، وأحكام الخطأ المحض البسيطة جداً . وقد وُجدت لدى الفقهاء أمثلة من ذلك كثيرة، يعبرون عنها عادة بقولهم: "لزمت، أو قديمة شبه العمد". أي تطبيق على هذه الواقعية أحكام شبه العمد، وإن لم تكن الواقعية كذلك بالمفهوم الدقيق لشبه عمد . فخاصية "التوسط" لدى هذا النظام وأحكامه، تهيئة لأن يكون حالاً بعض المسائل التي "يشكُلُ أمرها" ، ويستعصي إخضاعها - على وجه بين - لإحدى حالات المسؤولية الجنائية الثلاثة.

هذا، ولم يفصل المشرع المغربي في موضوع جريمة السكران، واكتفى بالنص في قسم "الأحكام العامة" في باب "المسؤولية الجنائية"، على أن «السكر وحالات الانفعال أو الاندفاع العاطفي أو الناشئ عن تعاطي المواد المخدرة عمداً: لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يُعدِّم المسؤولية، أو يُنقِصَها».

ثالثاً. الجرائم المتعدية احتمالاً :

فضلاً عما تقدم من جرائم متعلدية، فإن في التشريعات الوضعية، ومنها التشريع المغربي، طائفة أخرى من الجرائم يعاقب عليها - كلما تربت فيها نتيجةً أشدُّ جسامـة من تلك التي أرادها الجاني - بوصف الجريمة العمدية، لا المـتعلدية، غالباً. ومن أمثلة هذه الجرائم:

- جريمة الحريق المعمد الذي ترتب عليه أضرار بشرية
 - جريمة وفاة شخص نتيجة للعدوان على سلامة المواصلات وتخريب الطرق العامة
 - استعمال المفرقعات والمتفجرات المفضي إلى الموت.
 - جريمة الإخضاء المنهي بالوفاة.
 - جريمة هتك العرض أو الاغتصاب عند ما يؤدي إلى وفاة المجني عليها.
 - جريمة شهادة الزور إذا أدت إلى الحكم على المشهود عليه بالإعدام.

ولا اعتراض مبدئيا على العقاب على هذه الجرائم بوصف العمدة، فقد تكون في بعض حالاتها كذلك؛ بل قد يكون الغالب عليها هو ذلك . ولكنها مع ذلك قد تكون أيضا - في بعض صورها وحالاتها - جرائم متعددة، خاصة أنها تتألف من جريتين متربتين، الأولى منها قطعاً مقصودة، والثانية قد تكون مقصودة وقد تكون غير مقصودة . وفي هذا الافتراض الأخير تتكامل مواصفات عناصر الجريمة المتعددة، لا الجريمة العمدية . وهذا هو معنى وصفي إياها بـ "الجرائم المتعددة احتمالاً". أي أن جملة هذه الجرائم: كما تكون عمدا ، قد تكون شبه عمدا، نظرا إلى طبيعة تركيبها من جريتين متواлиتين إحداهما أشد وأعظم من الأخرى. وتلك هي المواصفات الفنية للجريمة المتعددة.

وقد تضمنت جل التشريعات الوضعية - بما فيها القانون الجنائي المغربي - تقنين أحكام وعقوبات هذه الجرائم في حالة الفرض الأول (العمد)، وأهمّلت حالة الافتراض الثاني (شبه العمد)⁽¹⁾. وهذا ما يجعل القاضي - وهو مطالب

⁽¹⁾ سُكت القانون الجنائي المغربي عن جريمة "الاغتصاب المنتهي بالوفاة"، واقتصر على "جريمة الاغتصاب"، كما في الفصل 486؛ وكذلك فعل مع جريمة شهادة الزور، كم في الفصل 369. وعاقب على بقية الجرائم المذكورة بالإعدام، على النحو التالي:

- جريمة الإخماء المنتهية بالوفاة: «من يرتكب جنحة الإخماء: يعاقب بالسجن المؤبد . فإذا نشأ عنها موت: يعاقب الجاني بالإعدام». (الفصل 412).
 - جريمة الحريق المنبي بالوفاة: «في جميع الحالات المشار إليها في الفصول 581 إلى 583، إذا ترتب عن الحريق العمد موت شخصٍ أو أكثر: فإن مُرتكب الحريق يعاقب بالإعدام». (الفصل 584) . بل إن المشرع المغربي - في بعض الأحوال - عاقب بالإعدام على جريمة الحريق المتعمد بذاته ولو لم يترتب عليه موت إنسان، كما في الفصل 580.
 - جريمة التعددي على سلامة المواصلات: «من وضع في ممرٍ أو طريق عام شيئاً يعيق مرور الناقلات، أو استعمل أيّ وسيلة كانت لعرقلة سيرها، وكان غرضه من ذلك التسبب في حادثٍ أو تعطيل المرور أو مضاييقه: فإنه يعاقب بالسجن من خمس سنوات إلى عشر. وإذا نتج عن الجريمة المشار إليها قتل إنسان أو جروح أو عاهة مستديمة للغير: فإن الجاني يعاقب بالإعدام في حالة القتل، وبالسجن من عشر إلى عشرين سنة في الحالات الأخرى». (الفصل 591).
 - جريمة التفجير الذي ترتب عليه وفاة: «من خرب عمداً، بواسطة مفرقعات أو أية مادة متفجرة، مسالك عامة أو خاصة أو حواجز أو سدوداً أو طرقاً أو قناطر أو منشآت الموانئ أو منشآت صناعية: يعاقب بالسجن من عشرين إلى ثلاثين سنة... وإذا نتج عن الجرائم المشار إليها موت شخص أو أكثر: فإن الجاني يعاقب بالإعدام». (الفصل 586).

بالمواهمة بين العقوبة والجريمة - في حيرة من أمره عندما تُعرض عليه إحدى هذه الجرائم وقد انتفى فيها القصد إلى الجريمة الأشد . الواقع أنه ليس أمامه من حيلة إِذْ ذاك إِلا حسنُ استعمال سلطته في التقدير؛ أي التصرُّفُ طبقاً للحرية المتاحة له بين حدِي الجريمة بحيث ينزل بها إلى حدتها الأدنى إن كانت لها حدان.

ولا شك أن هذا الإجراء، وإن كان يمكن اعتباره "حلا مؤقتاً" في ظل الوضع القائم هذه التشريعات، إلا أنه ليس هو "الوضع الأفضل" والأمثل؛ لأنه لا يمكن أن يترك "نظام قانوني" بكامله للقضاء وسلطته التقديرية، وإنما ذلك من مهمة المشرع، أما القاضي فمهمته هي "التطبيق" وليس "التشريع". وهذا من أمارات ومظاهر جهل أو تجاهل المشرعين الوضعيين لنظام الخطأ شبه العمد، وكأنهم حتى مع الاعتراف الجزئي بوجود هذا النظام، لا يزالون يتහبون من إعطائه مدار وتطبيقاته التي تناسبه، والاعتراف له بشخصيته وكيانه القانوني.

من أجل هذا، ومن أجل أن يستقيم الوضع في القوانين الجنائية تجاه الجرائم المتعدية القصد: يجب على المقنن أن يتدخل ليصلح التشريع بما يثبت لهذا النظام القانوني خصائصه، ويُجنب الخلط بينه وبين نظم قانونية أخرى، ويمد القاضي بالأساس القانوني الذي يرجع إليه في الأحوال التي يترتب فيها حدث جسيم يتعدى قصد الجنائي . وهذا التدخل يجب أن يتحقق غایتين:

الغاية الأولى : تقصي الجرائم المتعديّة في القانون جريمة بعد جريمة، مقرراً لكل منها العقوبة الملائمة لها. وليس من الضروري أن تكون تلك العقوبة موحدةً بينها جميعاً، وإنما قد تخضع مبدئياً للتفاوت حسب حجم "العدوان" وطبيعته؛ فضلاً عن ما قد تليه "الظروف" المحيطة بالعدوان من مقتضيات تشديدية.

والغاية الثانية : وضع نص عام ومجرد يعترف باستقلال هذا النظام عن العمد والخطأ، ويضبط حدود المسؤولية والعقاب في كلّ مرة تقع فيها نتيجةً جسيمة تتَعلَّى قصد الجاني . وهذه الحاجة الأخيرة أشدُّ إلحاحاً من الأولى، لأنها هي التي تهيء للمقتن فرصة الإحاطة بكل الصور التي يُحتمل أن يكشف عنها العمل، ولم يَسْتَطِع المقتن أن يَتبَيَّنَها يحصرها مقدماً، وقد القاضي وبالتالي بالقاعدة التي يتمسّك بها في الحالات التي يترك فيها المقتن من غير نصٍّ حدثاً جسيماً يقع متجاوزاً قصد الجاني⁽¹⁾.

وبعد هذه الجولة في القانون الجنائي المغربي واستقراء نصوصه، ونظرا للحصيلة العامة التي استخلصتها من ذلك مما هو موجود وكائن فعلا، أو ما ينبغي أن يكون: ندرك أن في القانون المغربي - بالفعل أو بالقوة - نظرية "كامنة" للخطأ شبه العمد، لا ينقصها إلا من يُرتبها ويُنفِضُ عنها غبار الانطماس ، ثم يميزها منهاجيا وموضوعيا بما يناسبها. على غرار ما فعله القانون في القتل العمد والقتل الخطأ . ولعل هذه الدراسة تكون منبهة ولافتة انتبه القاضي والشرع المغربي إلى ذلك.

هذا، ويلاحظ أن الجرائم المتعدية في التشريع المغربي - على غرار بعض التشريعات العربية الأخرى كالمصري والعربي - نوع تلائمه في العقوبة نظام المسؤولية من حيث أنها "وسط" بين العقوبة المقررة للجريمة المتعدية، والعقوبة المقررة للجريمة العمدية؛ وهذه هي الجرائم المتعدية بمعناها الدقيق. ونوع تحدث فيه المفارقة بين التكوين الفني للجريمة المتعدية، وبين العقوبة المقررة لها في التشريع، وهذه هي الجرائم التي قد يتطرق إليها في بعض الحالات ويكون الغالب عليها هو العمد.

⁽¹⁾ انظر: جلال ثوت، المرجع السابق ، ص: 542.

ولكن يجب ألا يكون اختلاف التبويب - ناهيك عن اختلاف العقوبة - سبباً للفصل والتمييز بين جرائم هي في الواقع تخرج من مشكلة واحدة، ويؤطرها نظام جنائي واحد. فالتبابين في العقوبة أو في بعض ظروف التشديد والتخفيف ليس هو الميّز الأساسي بين الجرائم، وإنما المؤثر في ذلك هو "الجريمة" في ذاتها وليس "العقوبة". أي هو نظام "الخطأ" أو "العدوان" الذي يُستند إليه الركن المعنوي للجريمة، فضلاً عن طبيعة الأفعال المكونة لها، والتي يقوم عليها الركن المادي.

• قائمة المراجع :

أولاً. كتب التفسير والحديث :

- القرطبي، محمد بن أحمد الأنصاري: جامع أحكام القرآن ط/6 1996، دار الكتب العلمية، بيروت
- الإمام أحمد بن حنبل: المسند تحقيق: أحمد محمد شاكر، ط/1 1995، دار الحديث - القاهرة.
- الباجي، سليمان بن خلف: المنتقى شرح الموطأ ، تحقيق عبد القادر أحمد ط/1 1999 ، دار الكتب العلمية.
- اللبناني، محمد ناصر الدين: صحيح سنن ابن ماجة ط/1 1997، نشر مكتبة المعرف - الرياض.
- البخاري، محمد بن إسماعيل: الجامع الصحيح (صحيح البخاري)، ط/2 1999، دار السلام - الرياض
- مسلم بن الحجاج: صحيح مسلم، بتقديم فؤاد عبد الباقي، ط/1 1998 ، دار السلام - الرياض.
- النووي، يحيى بن شرف: شرح صحيح مسلم (المنهج شرح صحيح مسلم بن الحجاج)، تحقيق: حازم محمد وعماد عامر ، ط/1 1994 ، دار الحديث - القاهرة .
- ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله: الاستذكار في مذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار، تحقيق: عبد المعطي أمين ، ط/1 1993، مؤسسة الرسالة - القاهرة.
- الطحاوي، أحمد بن محمد: شرح مشكل الآثار، تحقيق شعيب الأرناؤوط، ط/1 1994، مؤسسة الرسالة - دمشق

ثانياً. الكتب الفقهية :

- السرخسي الحنفي، محمد بن أبي سهل: المبسوط في الفقه الحنفي، ط/3 1993، دار الكتب العلمية - بيروت.
- الكاساني الحنفي: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط/2 1982، دار الكتاب العربي - بيروت.
- ابن رشد المالكي، أبو الوليد محمد بن أحمد: المقدمات الممهدات لما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعيات ، تحقيق: محمد حجي ، ط/1 1988، دار الغرب الإسلامي - بيروت.
- القاضي عبد الوهاب المالكي، أبوا محمد بن علي: التلقين في الفقه المالكي، تحقيق وتعليق: محمد سعيد الغاني، نشر: مكتبة مصطفى الباز، الرياض، ط 1 (بدون تاريخ).
- الدسوقي المالكي، محمد بن أحمد بن عرفة: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (مطبوع مع الشرح الكبير)
- الماوردي الشافعي، أبو الحسن على بن محمد: الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، تحقيق علي محمد عوض وعادل أحمد، (بدون رقم ط)، 1999، دار الكتب العلمية - لبنان.
- الغزالى الشافعى، محمد بن محمد حجة الإسلام: الوسيط في المذهب، تحقيق: محمد تامر، ط/1 1997، دار السلام للنشر والتوزيع - القاهرة.
- التنوخي الحنفي، زين الدين المنجى: الممتع في شرح المقنع، دراسة عبد الملك بن دريش (ب ر ط) 1997 ، دار حطر للنشر - بيروت.

- ابن قدامة المقدسي الحنفي: الشرح الكبير على المغني، تحقيق: محمد شرف الدين والسيد محمد السيد، ط1/1996، دار الحديث، القاهرة.

ثالثا. كتب الخلاف والفقه المقارن :

- الطحاوي، أحمد بن محمد: اختلاف العلماء، اختصار احمد بن علي الجصاص، دراسة: عبد الله نذير، ط2/1996 ، دار البشائر الإسلامية - بيروت.
- القاضي عبد الوهاب: الإشراف على مسائل الخلاف، تحقيق: لبيب بن طاهر، ط1/1999، دار ابن حزم للطباعة والنشر، بيروت.

رابعا. الفقه العام والمقارن بالقانون :

- عوض إدريس: الديمة بين العقوبة والتعويض في الفقه الإسلامي، ط1/1980 ، دار الملال..
- محمد أبو زهرة: الجريمة والعقوبة في الإسلام (العقوبة) ، (...). دار الفكر العربي - القاهرة.
- محمد سليم العوا: أصول النظام الجنائي الإسلامي ، ط2/1983 ، دار المعارف - القاهرة.
- يوسف علي محمود: الأركان المادية والشرعية لجريمة القتل العمد، ط2/1982، دار الفكر للنشر - الأردن.
- عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، دار الكتاب العربي - بيروت.

خامسا. الكتب القانونية :

- القاضي فريد الزغبي: الموسوعة الجنائية، ط3/1995، دار صادر - بيروت.
- جلال ثروت: نظرية الجريمة متعددة القصد في القانون المصري المقارن، ط1، مؤسسة المعرف - مصر.
- عبد الفتاح صيفي: الأحكام العامة في النظام الجنائي للشريعة الإسلامية، ط2/1997، دار النهضة العربية.
- عبد المهيمن بكر: القصد الجنائي في القانون المصري والمقارن، ط1/1959، مطبعة مصطفى الحلبي - القاهرة.
- علي حسن عبد الله الشرقي: الباعث وأثره في المسؤولية الجنائية (دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية)، ط1/1986 ، الزهراء للإعلام العربي.
- رؤوف عبيد: السببية الجنائية بين الفقه والقضاء ، ط4/1998 ، دار الفكر العربي - مصر.
- محمود نجيب حسني: الاعتداء على الحياة في التشريعات الجنائية العربية، معهد البحوث والدراسات العربية (غير متوفّر على بقية المعلومات).
- محمود نجيب حسني: النظرية العامة للقصد الجنائي ، ط1/1965 1965 القاهرة.
- عبد الواحد العلمي: شرح قانون العقوبات المغربي، (ط 6 2015)، مطبعة النجاح، الدار البيضاء.

سادسا. مشاريع وقوانين جنائية عربية :

- مجموعة القانون الجنائي المغربي، صيغة محينة بتاريخ: 15 أغسطس 2016
- القانون الجنائي السوداني لسنة 1991
- قانون العقوبات الجزائري الصادر بتاريخ 8 يونيو سنة 1966
- قانون الجرائم والعقوبات اليمني لسنة 1994 مع آخر تعديلاته (1995 و 2006).
- مشروع القانون الجنائي العربي الموحد، المنجز من طرف جامعة الدول العربية كقانون نموذجي، بتاريخ: 1996.

حظر التعذيب في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي



الحسن الكريمي : طالب بسلك الدكتوراه

مختبر الدراسات الفقهية والقضائية وحقوق الإنسان

بكلية الشريعة جامعة سيدى محمد بن عبد الله - فاس

المقدمة :

تعتبر جريمة التعذيب من أبشع الجرائم وأشدّها خطورة على الإنسان، لما تخلفه من أضرار ونتائج وخيمة على السلامة الجسدية والعقلية والنفسية، ومن امتهان لكرامة الإنسان وإهانة لآدميته؛ بل إن التعذيب قد يفضي أحياناً إلى سلب أسمى حق من حقوق الإنسان على الإطلاق، وهو حقه في الحياة.

وتعذيب الإنسان لأخيه الإنسان لم يكن مقيداً بزمان أو مكان خاص، فقد ارتبطت ممارساته بوجود المجتمعات الإنسانية منذ فجر التاريخ بأساليب شتى وأهداف عدّة، في وقت السلم كما في الحرب؛ وحتى الشرائع السماوية تحدثت عن التعذيب الذي تعرض له بعض الأنبياء والصالحين من قبل معارضيهم.

في الوقت الحالي تحمل هذه الجريمة صفة العالمية إذ تعد من الانتهاكات الأساسية لحقوق الإنسان التي يحظرها المجتمع الدولي، لكونها ضد الإنسانية مهما كانت الظروف.

لقد أكد الشرع الإسلامي على تكريم الإنسان وصيانته حقوقه كافية ، ومن أهم تلك الحقوق، الحق في عدم تعرضه للتعذيب وغيره من الممارسات الماسة بكرامته، حيث ورد الحظر المطلق للتعذيب والإيذاء في القرآن الكريم والسنة النبوية وفي أقوال فقهاء الشريعة، وهو ما سار عليه القانون الوضعي في العديد من دول العالم من خلال الدساتير والتشريعات الوطنية، وكذا العديد من المعاهدات والاتفاقيات الدولية.

المحور الأول : حظر التعذيب في الشريعة الإسلامية :

تعتبر الشريعة الإسلامية التعذيب مساساً بأدبية الإنسان وكرامته، وانتهاكاً لحقه في السلامة الجسدية والنفسية، وهذا السبب كان هذا الفعل مجرماً يستحق العقاب، ويستدل لهذا بأدلة منها:

أولاً : من القرآن الكريم :

يقول الله تعالى: (ولقد كرمنا بني آدم...)¹. فهذه الآية تدل على أن الإنسان مكرم ومفضل على سائر المخلوقات، وهذا فلاغتناد عليه وتعذيبه يكون منافياً لهذا التكريم الذي خصه الله تعالى به.

كما أن الإيذاء يختلف أشكاله المادية والمعنوية، الذي يدخل في نطاق التعذيب النفسي والجسدي، قد نهى الله تعالى عنه حيث قال: (والذين يؤذون المؤمنين والمؤمنات بغير ما اكتسبوا فقد احتملوا بهتانا وإنما مبينا)².

ثانياً : من السنة النبوية :

يقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "إن الله يعذب الذين يعذبون الناس في الدنيا"³، فهذا الحديث يدل صراحة على تحريم التعذيب مطلقاً دون تقييد، وأن كل من عذب غيره سيُعذبه الله جزاء على فعله.

ويقول أيضاً: "إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم وأبشركم عليكم حرام"⁴.

وما يجدر التنبيه إليه، أن السنة النبوية لم تقتصر في تحريم التعذيب والممارسات المرتبطة به على الأحرار من الناس وحدهم، بل بسطت حمايتها لتشمل العبيد أيضاً، يتضح ذلك من قول النبي صلى الله عليه وسلم: "من قتل عبده قتلناه من جدع عبده جدعناه"⁵، وامتدت هذه الحماية لتشمل الحيوان أيضاً، حيث ورد النهي عن قتل أو تعذيب الحيوانات التي لا تؤذى الإنسان، أو تخميلاً لها ما لا تطيقه، من ذلك قوله عليه الصلاة والسلام: "دخلت امرأة النار في هرة ربطتها فلم تطعمها ولم تدعها تأكل من خشاش الأرض"⁶، فللطلوب أن تعامل كل المخلوقات بالشفقة والرحمة واللين، مصداقاً لقوله عليه الصلاة والسلام: "الراحمون يرحمون الرحمن ارحموا من في الأرض يرحمكم من في السماء"⁷.

ثالثاً : من الفقه الإسلامي :

أجمع جمهور الفقهاء على تحريم التعذيب أياً كانت صوره وأشكاله، ومهما كانت دوافعه وأسبابه، لما فيه من مساس بكرامة الإنسان وامتهان لأدميته.

¹- سورة النساء الآية 70.

²- سورة الأحزاب الآية 58.

³- أخرجه الإمام مسلم في صحيحه، باب الوعيد الشديد لمن عذب الناس بغير حق، حديث رقم 4733.

⁴- أخرجه الإمام البخاري في صحيحه، كتاب الفتنة حديث رقم 7078.

⁵- رواه أبو داود في سننه، كتاب الديات، حديث رقم 3914.

⁶- رواه البخاري في صحيحه، حديث رقم 3071.

⁷- أخرجه الإمام أحمد في مسنده، حديث رقم 6494.

وقد فصل الفقهاء القول في التعذيب عند حديثهم عن الإكراه، حيث ذهب جمهور الفقهاء من الخنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية إلى عدم جواز إكراه المتهم لحمله على الاعتراف، فمن أقر تحت تأثير الضرب أو التهديد أو أي نوع من التعذيب، جسدياً كان أو نفسيًا، لا يصح إقراره ولا يؤخذ به.

جاء في كتاب المبسوط للخنفية: " ولو أن قاضياً أكره رجلاً بتهديد أو ضرب أو حبس أو قيد حتى يقر على نفسه بحد أو قصاص، كان الإقرار باطلًا"¹.

وفي مدونة المالكية برواية سحنون عن الإمام مالك: "قلت أرأيت إن أقر بشيء من الحدود بعد التهديد أو القيد أو الوعيد أو السجن أو الضرب، أيقام عليه الحد أم لا؟ قال مالك: من أقر بعد التهديد أُقيلَ، فالوعيد والقيد والسجن تهديد كلِّه، وأرى أن يقال. قلت: فإن ضرب وهدد فأقر وأخرج القتيل أو أخرج المتعال الذي سُرق، أيقيم عليه الحد فيما أقر به أم لا؟ وقد أخرج ذلك، قال: لا أقيمت عليه الحد إلا أن يقر بذلك آمناً لا يخالف شيئاً"².

وفي روضة الطالبين للشافعية: "يشترط لصحة الإقرار الاختيار، فإقرار المكره باطل كسائر تصرفه، ولو ضرب ليقر فأقر في حال الضرب لم يصح"³.

وقال ابن حزم الظاهري: "لا يحل الامتحان في شيء من الأشياء، بضرب ولا سجن ولا تهديد، لأنَّه لم يوجب ذلك قرآن ولا سنة ثابتة ولا إجماع"⁴.

ومما استدل به جمهور الفقهاء على عدم جواز التعذيب، ما يلي :

- قوله صلى الله عليه وسلم: "إن الله يعذب الذين يعذبون الناس في الدنيا"⁵
- قوله صلى الله عليه وسلم: "رفع عن أمري الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"⁶، فكل إقرار نتج عن إكراه أو تهديد أو وعيٍّ يُعتبر باطلًا لا ينشأ عنه أي أثر.
- قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه: "ليس الرجل أميناً على نفسه إن أوجعته أو أوثقته أو ضربته"⁷، فللتهم الذي يعترف تحت التعذيب قد لا يكون صادقاً في اعترافه، وإنما بُلأ إلى ذلك اتقاء الإساءة التي يلقاها.
- ما أثر عن عمر رضي الله عنه، أيضاً أنه أتي بسارق، فاعترف، قال: أرى يد الرجل ماهي بيد سارق، قفال الرجل: والله ما أنا بسارق، لكنكم تهددوني، فخلع عمر سبيله ولم يقطعه⁸.

¹ - شمس الدين السرخيسي، المبسوط ج 24 ص 70.

² - مالك بن أنس، المدونة ج 4 ص 548.

³ - محى الدين يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج 4 ص 355.

⁴ - ابن حزم، المحلي، ج 11 ص 141.

⁵ - رواه الإمام مسلم في صحيحه، كتاب البر والصلة والأداب، باب الوعيد الشديد لمن عذب الناس بغير حق، حديث 2613.

⁶ - رواه ابن ماجه في السنن، كتاب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي، حديث رقم 2045.

⁷ - المصنف، عبد الرزاق بن همام الصناعي، ج 11 ص 142.

⁸ - المصنف، ج 10 ص 193.

المحور الثاني : حظر التعذيب في القانون الوضعي :

إن حق الإنسان في سلامته الجسدية يعد من الحقوق الأساسية التي تثبت للشخص بمجرد كونه إنسانا بصرف النظر عن أية صفة أخرى كالجنسية أو الديانة أو العرق أو الجنس، وهذا ما دعا إلى الاهتمام بهذا الحق وحمايته قانونا من خلال عدة مواثيق واتفاقيات دولية وإقليمية بالإضافة إلى الدساتير والتشريعات الداخلية لأغلب دول العالم.

أولا : حظر التعذيب على المستوى الدولي والإقليمي :

1- حظر التعذيب دوليا :

لقد ورد تجريم التعذيب والمارسات المرتبطة به في أكثر من موضع من المواثيق والاتفاقيات الدولية ذات الطابع العام من أهمها، الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948¹، الذي نص في المادة الخامسة منه على أنه "لا يعرض أي إنسان للتعذيب ولا للعقوبات أو المعاملات القاسية أو الوحشية أو الحاطة بالكرامة".

كما أن العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام 1966² قد نص على تجريم التعذيب وبشكل قاطع في المادة السابعة منه التي جاء فيها: "لا يجوز إخضاع أحد للتعذيب ولا المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة".

غير أن المواثيق والاتفاقيات ذات الطابع العام لم تعد كافية تجاه ما شهده المجتمع الدولي من ممارسات ازدادت اتساعا وبشاعة في ارتكاب جرائم التعذيب، مما دعا الأمم المتحدة إلى إصدار اتفاقيات خاصة بمناهضة التعذيب، أهمها إعلان حماية جميع الأشخاص من التعرض للتعذيب وغيره من ضروب المعاملة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، الذي اعتمده الجمعية العامة بتاريخ 9/12/1975 الذي جاءت المادة الثانية منه لتأكيد على تجريم التعذيب واعتباره من الأعمال التي تعد امتهانا لكرامة الإنسانية، ومدانة بوصفها إنكارا لمقاصد الأمم المتحدة وانتهاكا لحقوق الإنسان، كما أوجبت المادة الرابعة من هذا الإعلان على كل دولة اتخاذ التدابير الفعالة لمنع ممارسة التعذيب داخل إطار ولايتها.³

لقد واصلت الأمم المتحدة جهودها وسعيها الحيث نحو القطع مع التعذيب والمارسات المرتبطة به، إلى أن توجحت تلك الجهود سنة 1984⁴ بإصدارها لاتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة⁴، التي تعد من أهم الوثائق الدولية التي تتعلق مباشرة بحظر التعذيب، ذلك أن الدول الأطراف، ويوجب هذه الاتفاقية، يتعين عليها التنصيص على تجريم التعذيب وكل ما يرتبط به في تشريعاتها وقوانينها الداخلية، والقيام بالتعديلات الالازمة على تلك التشريعات لتلائم ما هو منصوص عليه في الاتفاقية، وبذلك فهي مطالبة باتخاذ إجراءات تشريعية وإدارية وقضائية فعالة لمنع أعمال التعذيب داخل نطاقها الجغرافي.⁵

¹- اعتمدتها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 10/12/1948 م.

²- اعتمدتها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 16/12/1966 م.

³- صباح سامي داود، المسؤولية الجنائية عن تعذيب الأشخاص، ص 103.

⁴- اعتمدتها الأمم المتحدة بتاريخ 10/12/1984 م ودخلت حيز التنفيذ في 26 يونيو 1987 م.

⁵- المادة الثانية من اتفاقية مناهضة التعذيب.

كما أن الاتفاقية نصت على إنشاء لجنة مناهضة التعذيب تكون مهمتها بالأساس، رصد و تتبع تنفيذ أحكام الاتفاقية من قبل الدول الأطراف التي عليها تقديم تقارير إلى هذه اللجنة، عن التدابير التي اتخذتها تنفيذاً لتعهداتها بموجب الاتفاقية¹.

وفي إطار تعزيز التدابير الوقائية من جريمة التعذيب، اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة آلية جديدة هي البروتوكول الاختياري² الملحق باتفاقية مناهضة التعذيب، يهدف إلى إنشاء آلية دولية ووطنية للوقاية من التعذيب، تقوم بزيارات منتظمة إلى أماكن الاحتجاز، بغية منع التعذيب والمارسات المرتبطة به؛ ولهذا الغرض أنشأ البروتوكول الاختياري "لجنة فرعية لمنع التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللإنسانية أو المهينة يشار إليها فيما يلي باسم (اللجنة الفرعية لمنع التعذيب)"³.

وتتولى اللجنة الفرعية لمناهضة التعذيب، بمقتضى أحكام البروتوكول الاختياري، مهمتها عن طريق وضع برنامج للزيارات لأماكن الاحتجاز والحرمان من الحرية مبني على أساس القرعة، بعد ذلك تقوم بإخبار الدول الأطراف ببرمجةها حتى يتتسنى لها اتخاذ التدابير التي من شأنها تسهيل القيام بتلك الزيارات على أحسن وجه دون أن يكون للدولة المزعزع زياراتها الحق في الاعتراض على إجراء الزيارة، إلا إذا كان السبب له علاقة بالدفاع الوطني أو السلامة العامة أو الكوارث الطبيعية أو اضطراب خطير في المكان المراد زيارته⁴.

كما ينص البروتوكول على إنشاء آليات وقائية وطنية، وتحديداً هيئات خاصة بالزيارات في كل دولة طرف، يكون عملها مكملاً لعمل اللجنة الفرعية، ومتداخلًا معه كذلك، وهذا أمر يتفرد به البروتوكول دون غيره من الصكوك الدولية الأخرى⁵.

تنص المادة 3 من هذا البروتوكول على ما يلي: "تشريع أو تعين أو تستبقي كل دولة طرف هيئة زائرة واحدة أو أكثر على المستوى المحلي لمنع التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللإنسانية أو المهينة (يشار إليها فيما يلي باسم الآلية الوقائية الوطنية)"⁶.

2- حظر التعذيب إقليمياً :

إلى جانب حماية الإنسان من التعذيب المقررة على المستوى الدولي، توجد حماية أخرى أقرتها عدة اتفاقيات على المستوى الإقليمي والأوروبي والأمريكي والإفريقي والعربي.

أ- الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان :

أبرمت هذه الاتفاقية في روما بتاريخ 1950/11/04 وصادق عليها المجلس الأوروبي، لتدخل حيز التنفيذ في 1953/09/30

¹- المادة 19 من الاتفاقية نفسها.

²- اعتمدته الجمعية العامة للأمم المتحدة في 18/12/2002، ودخل حيز التنفيذ في 22/06/2006.

³- المادة 2 من البروتوكول الاختياري.

⁴- انظر بتفصيل أوسع المادة 13 من البروتوكول الاختياري لمناهضة التعذيب.

⁵- محمد بن عبد الرحمن العلي الدوهان، حظر التعذيب في الموثيق والاتفاقيات الدولية، ص 163.

⁶- الجزء الرابع من البروتوكول مخصص للحديث عن الآليات الوقائية الوطنية (المواد من 17 إلى 23).

نصت المادة الثالثة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان على أنه: "لا يجوز إخضاع أي أحد للتعذيب، ولا للمعاملة، أو العقوبة المهينة للكرامة".

والملاحظ أن حق الإنسان في عدم تعرضه للتعذيب نصت عليه المادة الثالثة مباشرة بعد الحق في الحياة، وذلك لأن واضعي أحكام هذه الاتفاقية كانت ماثلة في ذهانهم عند صياغة هذه المادة، الأحداث الجسيمة التي تعرض لها الإنسان في جسده وعقله خلال الحرب العالمية الثانية.¹

ثم صدرت الاتفاقية الأوروبية لمنع التعذيب لعام 1987م، وتم بموجبها استحداث اللجنة الأوروبية لمنع التعذيب، وهي لجنة تقوم بالتحقق في كيفية معاملة الأشخاص الذين سلبت حرি�تهم بهدف حمايتهم عند الضرورة من التعذيب والمعاملة القاسية أو المهينة في أماكن الاحتجاز.

ب - الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان :

أبرمت هذه الاتفاقية سنة 1969م، ودخلت حيز التنفيذ عام 1978م، بعد أن صادقت عليها أغلب دول القارة الأمريكية.

تتضمن هذه الاتفاقية في أغلبها حقوقا سياسية ومدنية، ومن أهم هذه الحقوق، الحق في الحياة والحق في الشخصية القانونية وتجريم التعذيب والرق والعبودية وغيرها من الحقوق.

ومن النصوص التي تطرقـت إلى تحريم التعذيب في هذه الاتفاقية، ما ورد في الفقرة الثانية من المادة الخامسة التي جاء فيها: " لا يجوز إخضاع أحد للتعذيب أو العقوبة أو المعاملة القاسية أو غير الإنسانية أو المذلة، ويعامل كل الذين قيدـت حرـيتـهم بالاحترام الواجب للكـرامـة الإنسـانية المـتأـصلـةـ فيـ شخصـ الإنسـانـ".

وفي ديسمبر 1985 تم إقرار الاتفاقية الأمريكية لمنع التعذيب والعقاب عليه، التي أضافت على اتفاقية الأمم المتحدة لمناهضة التعذيب ما هو أكثر حسما في محاربة هذه الجريمة، مثل التوسيع في تعريف التعذيب، بحيث يتسع ليشمل كل التصرفات غير الإنسانية، فقد جاء في المادة الخامسة من هذه الاتفاقية أنه لا يمكن التذرع بالظروف الاستثنائية لتبرير التعذيب، وقد سارت على نفس الأمم المتحدة في معظم نصوصها، حيث ألزـمتـ الدولـ الأـطـرافـ بالـاخـذـ كـافـةـ الإـجـراءـاتـ لـمنعـ العـقوـبةـ أوـ المعـاملـةـ المـهـينـةـ أوـ التـيـ تـنـطـويـ عـلـىـ القـسوـةـ².

ج - الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب :

لقد أصدرت منظمة الوحدة الإفريقية سنة 1981 م ميثاقا يعني بحقوق الإنسان لا يقل أهمية عن غيره من المواثيق الدولية في هذا المجال، هو الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، الذي دخل حيز التنفيذ في أكتوبر 1986 م.

وقد انتهج الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب نفس النهج الذي انتهجه باقي المواثيق الدولية، خرما بذلك كل ممارسات التعذيب، وكل شكل من أشكال الممارسات التي تمثل انتهاكا لكرامة الإنسان، حيث نص في مادته الخامسة على

¹ - محمد بن عبد الرحمن العلي الدوهان، مرجع سابق، ص 169.

² - حسن عيسى، الحماية الدولية لحق الإنسان في السلامة الجسدية، ص 218.

أنه: "لكل فرد الحق في احترام كرامته والاعتراف بشخصيته القانونية، وتحظر كافة أشكال استغلاله وامتهاه واستعباده، خاصة الاسترقاق والتعذيب بكافة أنواعه والعقوبات أو المعاملة الوحشية أو اللاإنسانية أو المذلة".

د - الميثاق العربي لحقوق الإنسان¹ :

صدر عن مجلس جامعة الدول العربية بتاريخ 23/06/2004 الميثاق العربي لحقوق الإنسان الذي نص بدوره على مناهضة التعذيب، حيث جاء في المادة 8 منه : "يحظر تعذيب أي شخص بدنياً نفسياً أو معاملته معاملة قاسية أو مهينة أو حاطة بالكرامة أو غير إنسانية.

- تحمي كل دولة طرف كل شخص خاضع لولايتها من هذه الممارسات وتتخذ التدابير الفعالة لمنع ذلك وتعتبر ممارسة هذه التصرفات أو الإسهام فيها جريمة يعاقب عليها ولا تسقط بالتقادم، كما تضمن كل دولة طرف في نظامها القانوني إنصاف من يتعرض للتعذيب وتحميه بحق رد الاعتبار والتعويض".

ثانياً: حظر التعذيب على المستوى الوطني:

إن جريمة التعذيب من الجرائم البشعة والخطيرة، لذلك فمعظم الدول الغربية والערבية ضمنت دساتيرها نصوصاً تحظر تعريض أي إنسان للتعذيب.

كما أن القوانين الجزائية في كثير من الدول تقرر عقوبة للموظف الذي يمارس التعذيب على المتهم أو المشتبه به، أو يأمر بذلك لإرغامه على الاعتراف، كما أن الأدلة التي تنتج ن ذلك تفقد حجيتها بقوة القانون².

والغرب من بين الدول التي انخرطت في مناهضة التعذيب والوقاية منه خصوصاً بعد مصادقتها على الاتفاقية الدولية لمناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المنهيّة لسنة 1984، والبروتوكول الاختياري لسنة 2002 الملحق بهذه الاتفاقية.³

وبذلك عمل المشرع المغربي على تعديل تشريعاته لتلائم نصوص الاتفاقيات التي التزم بها، سواء على مستوى الوثيقة الدستورية لسنة 2011، أو على مستوى تشريعه الجنائي.

أ- حظر التعذيب في التشريع الجنائي المغربي :

من المؤكد أن الالتزام بمبادئ حقوق الإنسان مسألة جوهرية في مسار دولة الحق والقانون، لذلك بادر المغرب إلى الانخراط في مسلسل المصادقة على الصكوك الدولية ذات الصلة بحقوق الإنسان، وملاءمة التشريعات الوطنية مع الاتفاقيات الدولية كآلية من آليات ترسیخ تلك المبادئ.⁴

^١- صادر عن مجلس الجامعة العربية في دورتها السادسة عشرة بتونس، في 23/06/2004 ودخل حيز التنفيذ في 15 مارس 2008.

² عصام عبد الفتاح مطر، القضاء الجنائي الدولي مبادئه وقواعد الموضوعية والإجرائية، ص 196.

3 - صادق المغرب على الاتفاقية الدولية لمناهضة التعذيب في 21 يونيو 1993، لتنشر في الجريدة³ الرسمية عدد 4440 بتاريخ 29 ديسمبر 1996. وانضم إلى البروتوكول الاختيادي، في 24 نونبر 2014.

4- محمد بوزلافة، مناهضة التعذيب في التشريع الجنائي المغربي، المجلة المغربية لقانون الجنائي والعلوم الجنائية، العدد الثالث 2016 ص 23.

ورغم مصادقة المغرب على الاتفاقية الدولية لمناهضة التعذيب، إلا أنه لم يلتزم بالمقتضيات المنصوص عليها في المادة الرابعة من هذه الاتفاقية، والتي تلزم الدول الأطراف بتجريم الممارسات المرتبطة بالتعذيب وتحديد العقوبات المناسبة لها ضمن قوانينها الجنائية، إلا بعد مرور ما يفوق عقدا من الزمن عن هذه المصادقة وذلك بإصداره سنة 2006 للقانون رقم 43.04 المتعلقة بتغيير وتميم القانون الجنائي، وقد اشتمل على تسعه فصول من الفصل: 1-231 إلى الفصل: 8-231 كلها تتعلق بجريمة التعذيب.

وبدخول القانون 43.04 حيز التنفيذ، بات التعذيب في المغرب جريمة قائمة الأركان، بحيث تم وضع تعريف واضح المعالم لفهم التعذيب والأفعال المجرمة المرتبطة به، بصيغة تتماشى في جملها مع ما هو مسطر في المادة الأولى من الاتفاقية الدولية لمناهضة التعذيب، كما تم التنصيص في هذا القانون على العقوبات التي تطال مرتكبي هذه الجريمة وهي عقوبات بالسجن لخمس سنوات وأكثر، وقد تصل أحيانا إلى السجن المؤبد، مع غرامات مالية متفاوتة القدر، زيادة على بعض العقوبات الإضافية التي تختلف حسب خطورة الجرم.

كما أن قانون المسطرة الجنائية جرم التعذيب في المادة 293 التي نصت على ما يلي: "يخضع الاعتراف كغيره من وسائل الإثبات للسلطة التقديرية للقضاة.

لا يعتد بكل اعتراف ثبت انتزاعه بالعنف.

وعلاوة على ذلك يتعرض مرتكب العنف أو الإكراه للعقوبات المنصوص عليها في القانون الجنائي".

ب - تجريم التعذيب في الدستور المغربي :

تضمن الدستور المغربي لسنة 2011 مجموعة من الحقوق الحريات، حيث خصص لها الباب الثاني المعنون بـ "الحريات والحقوق الأساسية"، التيتشمل حقوق الإنسان ب مختلف أنواعها وأجيالها، ومنها حقه في السلامة الجسدية وعدم تعريضه للتعذيب، فقد جاء في الفصل 22 منه: "لا يجوز المس بالسلامة الجسدية لأي شخص، في أي ظرف، ومن قبل أي جهة كانت خاصة أو عامة.

لا يجوز لأحد أن يعامل الغير، تحت أي ذريعة، معاملة قاسية أو لا إنسانية أو مهينة أو حاطة بالكرامة الإنسانية.

ممارسة التعذيب بكافة أشكاله، ومن قبل أي أحد، جريمة يعاقب عليها القانون".

وعليه فالحق في السلامة الجسدية مضمون دستوريا بوضوح وبصفة قطعية، حيث أن الفقرة الأولى من هذا الفصل تمنع اللجوء إلى التعذيب في جميع الظروف ولو كانت ظروفا استثنائية، فلا مجال لتبرير ممارسة التعذيب ولو تعلق الأمر بخطر كبير أو بحالة حرب أو عدم استقرار.

كما أن تجريم التعذيب والمعاقبة عليه في هذا الفصل من الدستور لا يستهدف فقط أعمال التعذيب التي تكون الدولة طرفا فيها، بل يطال كل المورطين بغض النظر عن صفتهم أكانوا منفني قانون أم أشخاصا عاديين أم متعاونين مع منفذى القانون، مع التنصيص على أن التعذيب بكافة أشكاله يعد جريمة تستوجب العقاب.

الخاتمة :

ما لا شك فيه أن الشريعة الإسلامية تحظر التعذيب وكذلك القانون الوضعي من خلال مجموعة من الماثيق والاتفاقيات الدولية والإقليمية والوطنية، بل إن المتنظم الدولي سعى إلى إقرار آليات للوقاية من التعذيب باعتبارها ضمانات تهدف بالأساس إلى منع التعذيب و الحيلولة دون وقوعه، فما هي تلك الآليات وما مدى جدواها؟

إن البون شاسع بين التنظير والتطبيق سواء على المستوى الداخلي أو الخارجي، فالتقارير تشير إلى أن التعذيب جريمة علية واسعة الانتشار في فترات الحرب والسلم معاً، الشيء الذي يدفع إلى التساؤل أيضاً عن المعتقدات التي تتعرض لها من هذه الجريمة، فما هي العقبات التي تحول دون التزيل الأمثل للمقتضيات القانونية المناهضة للتعذيب دولياً ووطنياً؟ هذه تساؤلات تحتاج إلى دراسة مستقلة يكون هدفها الإسهام في الكشف عن الغموض الذي يكتنف ظاهرة التعذيب.

• المصادر والمراجع :

- القرآن الكريم.

- الجامع الصحيح، محمد بن عيسى البخاري دار طوق النجاة، ط 1422هـ.

- حظر التعذيب في الماثيق والاتفاقيات الدولية بين النصوص والواقع، محمد بن عبد الرحمن العلي الدهان، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الأمنية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، قسم الدراسات العليا، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1431هـ/2010م.

- الحماية الدولية لحق الإنسان في السلامة الجسدية، عيسى حسن، ط 2 دار النهضة العربية القاهرة، 1999.

- روضة الطالبين وعمدة المفتين، محبي الدين محبي بن شرف النووي، المكتب الإسلامي، بيروت ط 3، 1991.

- سنن أبي داود، أبو داود السجستاني، المكتبة العصرية، بيروت لبنان.

- سنن ابن ماجه، محمد بن يزيد بن ماجة القزويني، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، مصر.

- القضاء الجنائي الدولي مبادئه وقواعد الم موضوعية والإجرائية، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، ط 2008.

- الميسوط، محمد بن أحمد السرخسي، دار المعرفة بيروت، 1993م.

- المخل بالآثار، علي بن سعيد بن حزم، دار الفكر بيروت.

- المدونة الكبرى برواية سحنون، الإمام مالك بن أنس، دار صادر بيروت.

- مسند الإمام أحمد، أحمد بن حنبل، مؤسسة الرسالة، بيروت ط 1، 2001.

- المسند الصحيح، مسلم بن الحجاج القشيري، دار إحياء التراث العربي، بيروت .

- المسؤلية الجنائية عن تعذيب الأشخاص، صباح سامي داود، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ط 1، 2016.

- المصنف، عبد الرزاق بن همام الصناعي، المكتب الإسلامي بيروت ط 2، 1403هـ.
- المغني، ابن قدامة المقدسي، مكتبة القاهرة، 1986م.
- مناهضة التعذيب في التشريع الجنائي المغربي، محمد بوزلافة، المجلة المغربية للقانون الجنائي والعلوم الجنائية، العدد الثالث، 2016.

النصوص التشريعية والمواثيق والإعلانات :

- القانون الجنائي المغربي.
- قانون المسطرة الجنائية.
- القانون رقم 34.04 المتعلق بتغيير وتميم مجموعة القانون الجنائي المغربي الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.06.20 بتاريخ 14 فبراير 2006، المشور بالجريدة الرسمية عدد 5368، بتاريخ 23 فبراير 2006.
- دستور المملكة المغربية لسنة 2011.
- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948.
- الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان 1950.
- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية 1966.
- إعلان الأمم المتحدة لحماية جميع الأشخاص من التعرض للتعذيب 1975.
- اتفاقية ماهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللإنسانية أو المهينة 1984.
- الاتفاقية الأمريكية لمنع التعذيب والعقاب عليه 1985.
- الاتفاقية الأوروبية لمنع التعذيب 1987.
- البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية مناهضة التعذيب 2002.
- الميثاق العربي لحقوق الإنسان 2004.

مجلة الفقه والقانون
www.majalah.be.ma
ردمد: 2336-0615