



المعهد العالي للقضاء
HIGHER JUDICIAL INSTITUTE

مجلة الدراسات الفقهية والقانونية

مجلة علمية محكمة متخصصة (نصف سنوية)
يصدرها المعهد العالي للقضاء
سلطنة عُمان

ففي هذا العدد:

- سلطة القاضي الجزائي في الاختيار النوعي وتدرج العقوبة
- حماية الممتلكات الثقافية في زمن النزاعات المسلحة: أشكال الحماية والانتهاكات
- جرائم الحرب ومبدأ الشرعية الجنائية الدولية
- الدليل الرقمي وحجتيته في الإثبات الجزائي
- معالم الحضارة في علم أصول الفقه
- زواج الخاطف بالمخطوفة القاصر "رخصة للعنف أم قيد مصلحة"
- فكرة الربا وأثرها في المعاملات المدنية والتجارية



مجلة الدراسات الفقهية والقانونية

مجلة علمية محكمة متخصصة (نصف سنوية)
يصدرها المعهد العالي للقضاء - سلطنة عُمان

المراسلات

ترسل البحوث إلى
رئيس هيئة التحرير
على البريد الإلكتروني للمجلة:
hji.journal@hji.edu.om

العنوان

المعهد العالي للقضاء
ص.ب : 330
الرمز البريدي : 611
نزوى - سلطنة عُمان

أرقام الهواتف

هاتف : 25432601 (00968)
فاكس : 25431127 (00968)

الموقع الإلكتروني للمعهد:

www.hji.edu.om

ISSN

2706-882X

رئيس هيئة التحرير

الدكتور / نيهان بن راشد المعولي
عميد المعهد العالي للقضاء

مدير التحرير

الدكتور / أيمن مصطفى البقلي

هيئة التحرير

الدكتور/عبد الرحيم بن سيف القصابي
الفاضل / أسعد بن راشد الريامي
الفاضلة / سائلة بنت سليمان الهنائية
الفاضلة / هالة بنت حمود الهشامية

منسق التحرير

الفاضل / يوسف بن خليفة الحراصي

التدقيق اللغوي

الفاضل / منير بن راشد الخاطري
الفاضلة / نورة بنت سالم الخليلية

قواعد النشر في مجلة الدراسات الفقهية والقانونية

أولاً- مواصفات البحوث المقدمة للنشر:

تقبل المجلة نشر البحوث التي تمتاز بالعمق والأصالة، والتي تقدم إسهاماً علمياً في مجال الشريعة أو القانون أو القضاء، سواء المكتوبة باللغة العربية أو الإنجليزية، وفي جميع الأحوال يجب مراعاة ما يأتي:

1. أن يرفق مع البحث ملخصين أحدهما باللغة العربية، والآخر باللغة الإنجليزية، بشرط ألا يزيد كل ملخص عن صفحة واحدة، وأن يُذيل بعدد خمس كلمات مفتاحية.
2. أن تحتوي الصفحة الأولى من البحث على عنوان البحث، واسم الباحث (الباحثين)، وجهة عمل الباحث (الباحثين).
3. ألا يكون البحث المقدم للنشر قد نُشر أو قُدم للنشر في مجلة أخرى أو في مؤتمر علمي أو في أي جهة أخرى، وألا يكون مستلماً من كتاب منشور أو رسالة ماجستير أو دكتوراه، وعلى الباحث أن يقدم إقراراً خطياً بذلك مرفقاً ببحثه مع الطلب الخاص بنشر البحث.
4. أن يتحلى الباحث بالأمانة العلمية أثناء كتابة بحثه، والمجلة غير مسؤولة عن أي مخالفة لأصول الأمانة العلمية في أي بحث منشور بها.
5. أن يلتزم الباحث بالأصول العلمية المتعارف عليها في إعداد البحوث والدراسات العلمية، ومن ذلك التقديم للبحث، وتحديد أهدافه، ومنهجيته، والخطة المتبعة في كتابته، وتنسيق أقسامه، والتوثيق الكامل للمراجع، وإدراج خاتمة تتضمن خلاصة ما توصل إليه الباحث من نتائج، وأهم التوصيات التي انتهى إليها، ويُذيل البحث بقائمة تشمل المصادر والمراجع التي استعان بها الباحث في إعداد البحث مرتبةً أبجدياً.
6. أن يكون البحث مكتوباً بواسطة جهاز الحاسب الآلي بصيغة (Word Document)، وبصيغة (PDF).
7. ألا تقل عدد صفحات البحث عن 20 صفحة من حجم (A4)، ويحد أقصى 50 صفحة.
8. يشترط في البحوث المكتوبة باللغة العربية أن تكون بخط (Simplified Arabic)، بحجم (14) بالنسبة إلى المتن، وبالخط نفسه بحجم (12) بالنسبة إلى الإشارات المرجعية (الهوامش)، أما البحوث المكتوبة باللغة الإنجليزية فيشترط أن تكون بخط Times New Roman)، بحجم (14) بالنسبة إلى المتن، وبالخط نفسه بحجم (12) بالنسبة إلى الإشارات المرجعية (الهوامش).
9. تثبت الإشارات المرجعية (الهوامش) في أسفل كل صفحة، ويتسلسل متصل.
10. لا تقبل البحوث غير المدققة لغوياً سواء المكتوبة باللغة العربية أو الإنجليزية.

ثانياً إجراءات النشر:

1. يتم إرسال البحث على عنوان البريد الإلكتروني الخاص بالمجلة:
hji.journal@hji.edu.om
2. جميع المراسلات الموجهة من الباحث إلى المجلة تكون باسم رئيس التحرير .
3. يرفق الباحث نبذة تعريفية عنه مع الطلب الخاص بنشر البحث.
4. يحيل رئيس التحرير البحوث الواردة للمجلة إلى لجنة النشر العلمي؛ لفحصها والتأكد من عدم تعارضها مع أهداف المجلة، واتخاذ قرار بشأن إحالتها إلى التحكيم من عدمه، فإذا ارتأت اللجنة صلاحية البحث للعرض على المحكمين، عينت محكماً له، يكون من ذوي الاختصاص بموضوع البحث.
5. تعامل البحوث الواردة إلى المجلة مع تقارير المحكمين المتعلقة بها بسرية تامة.
6. يرسل رئيس التحرير إلى الباحث صورة من تقرير المحكم مشفوعة بخطاب إشعار له بإجراء التعديلات المطلوبة على البحث إن وجد، وذلك طبقاً لما ورد في التقرير، على أن يتضمن الإشعار تحديد مدة للباحث لتنفيذ هذه التعديلات لا تتجاوز شهراً من تاريخ استلامه للخطاب.
7. يرسل الباحث إلى رئيس التحرير نسخة من بحثه بعد إجراء التعديلات المطلوبة مشفوعة بتقرير منه، يبين فيه التعديلات التي أجراها على البحث، وذلك خلال المدة المحددة.
8. يحيل رئيس التحرير نسخة البحث بعد التعديلات التي أجراها الباحث إلى لجنة النشر العلمي، مشفوعة بصورة من تقرير الباحث، وصورة من تقرير المحكم؛ للتأكد من إجراء الباحث للتعديلات المطلوبة كاملة، فإذا تيقنت اللجنة من ذلك، أحالت البحث إلى رئيس التحرير تمهيداً للقيام بإجراءات الطباعة والإصدار.
9. يتولى رئيس التحرير إشعار الباحث بقبول البحث أو رفضه، وذلك بناء على قرار لجنة النشر العلمي.
10. إذا قُبل البحث للنشر، يحصل الباحث على شهادة معتمدة من المجلة، تفيد قبول البحث للنشر، ترسل له عبر البريد الإلكتروني.
11. البحث المنشور في المجلة لا يجوز إعادة نشره في أي مجلة أخرى، أو في أي مؤتمر علمي.
12. يُرود الباحث عن طريق البريد الإلكتروني بنسخة إلكترونية من عدد المجلة المنشور فيه بحثه، إضافة إلى مستلة من البحث.
13. إضافة إلى إصدار أعداد المجلة في مطبوعات ورقية، يجوز لهيئة التحرير نشر هذه الأعداد على الموقع الإلكتروني للمعهد عبر شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت).

محتويات العدد

الصفحة	الموضوع
	كلمة العدد
5	الدكتور / نبهان بن راشد المعولي رئيس هيئة التحرير عميد المعهد العالي للقضاء
	البحوث والدراسات
6	سلطة القاضي الجزائري في الاختيار النوعي وتدرج العقوبة الدكتور / راشد بن حمد البلوشي صفية بنت خليفة الجهورية
54	حماية الممتلكات الثقافية في زمن النزاعات المسلحة: أشكال الحماية والانتهاكات الدكتور / عادل مساوي
90	جرائم الحرب ومبدأ الشرعية الجنائية الدولية الدكتور / عبد الناصر الجهاني
120	الدليل الرقمي وحجيته في الإثبات الجزائي الدكتور / أحمد محمد العمر
172	معالم الحضارة في علم أصول الفقه الدكتور / هاني كمال جعفر
232	زواج الخاطف بالمخطوفة القاصر (رخصة للعنف أم قيد مصلحة) الدكتور / بوشي يوسف
288	Concept of Usury in Islamic Sharia and its Impact on Civil and Commercial Transactions Dr. Abbas Mohamed Taha El Siddik

* البحوث المنشورة في المجلة تعبر عن آراء كاتبها ولا تعبر بالضرورة عن آراء هيئة التحرير أو المعهد ولا يجوز إعادة النشر أو الاقتباس إلا بإذن مسبق

كلمة العدد

الحمد لله، والصلاة والسلام على رسول الله، وعلى آله وصحبه ومن
ولاه، وبعد:

يطيب للمعهد العالي للقضاء أن يقدم للقارئ الكريم هذا العدد الجديد من
مجلة الدراسات الفقهية والقانونية، والذي يضم بين طياته عدداً من البحوث
العلمية المحكّمة والقيّمة. ويتميز هذا العدد - كما سبقه من أعداد- بالتنوع
والثراء؛ حيث يشتمل على سبعة بحوث، ستة منها باللغة العربية، وبحث
واحد باللغة الإنجليزية، كما تناولت تلك البحوث أكثر من فرع من فروع
القانون، إلى جانب الفقه الإسلامي.

راجين أن تحوز بحوث هذا العدد القبول والفائدة، ومجددين العزم على
مواصلة العمل بكل مهنية في رفق المكتبف القانونفة العمانية والعربية
بالأبحاث العلمية الرصيفة والمحكمة في مجالات الشريعة والقانون
والقضاء.

والله وليّ التوفيق،،،

د. نبهان بن راشد المعولي

رئيس هيئة التحرير

عميد المعهد العالي للقضاء

سلطة القاضي الجزائي في الاختيار النوعي وتدرج العقوبة

الدكتور/ راشد بن حمد البلوشي *

صفية بنت خليفة الجهورية *

الملخص:

لقد جعل المشرع الجزائري مهمة تحديد العقوبة موزعة بين القانون والقضاء؛ حيث جعل المشرع للعقوبة حدين في حالات معينة، وأعطى القاضي سلطة تقديرية بين هذين الحدين، إلا أنه في حالات معينة لم يترك للقاضي مجال للاختيار وذلك في حالة العقوبة المحددة بحد واحد؛ حيث يكون دور القاضي في هذه الحالة محصوراً في التحقق من توافر أركان الجريمة، وبالتالي تطبيق العقوبة المقررة، بالإضافة إلى ذلك جعل المشرع وسائل أخرى للقاضي عند تطبيق العقوبة؛ حيث يضع المشرع للجريمة أكثر من عقوبة واحدة، ويترك المجال للقاضي اختيار العقوبة المناسبة في ما يسمى بالتفريد العقابي.

لذلك نجد أن معظم التشريعات ومن بينها التشريع الجزائري العماني تضع وسائل قانونية محددة، تمثل النطاق القانوني لعمل القاضي الجزائي، وذلك عنده تقديره للعقوبة، ومن بين هذه الوسائل الاختيار النوعي للعقوبة، والتدرج الكمي لها.

هذا البحث سوف يسلط الضوء على موضوع سلطة القاضي الجزائي في اختيار وتدرج العقوبة "في ضوء أحكام القضاء العماني"، وبيان موقف المشرع العماني من ذلك.

وتأتي أهمية هذا البحث من حيث إنه يلقي الضوء على موضوع السلطة التقديرية للقاضي الجزائي في تقدير العقوبة، وهذا الموضوع من المواضيع الهامة على الصعيدين العلمي والعملي، ذلك أن السلطة القضائية هي التي تعطي الفاعلية للقانون بوجه عام من خلال تطبيقه، اعتماداً على ما تتمتع به من سلطة تقديرية، وهذه السلطة تتسع وتضيق وفقاً لنهج المشرع في بيان العقوبة المقررة للجريمة.

ولقد اتبع البحث المنهج الوصفي للنصوص القانونية والمنهج التحليلي؛ بهدف تتبع التطور التاريخي لموضوع السلطة التقديرية للقاضي الجزائي، وكذلك تحليل مجالات ونطاق تطبيقها. وقد انتهى البحث إلى مجموعة من النتائج والتوصيات، كان من أهمها ضرورة توسع المشرع في العقوبات البديلة، فالأخذ بنظام العقوبات البديلة وإيجاد تنوع واختلاف في العقوبات غير عقوباتي السجن والغرامة من شأنه إيجاد عقوبة مناسبة لبعض المجرمين، وفقاً لظروفهم التي تحيط بارتكاب الجريمة، بالإضافة إلى ضرورة وجود قضاة متخصصين وملمين بالعلوم المساعدة للقانون الجزائي، كعلم النفس الجنائي وعلوم الإجرام والعقاب وغيرها؛ وذلك حتى يستطيع القاضي أن يكون قناعته بشكل واضح ودقيق.

الكلمات المفتاحية: السلطة التقديرية - العقوبة - الاختيار النوعي - التدرج الكمي.

* أستاذ القانون الجزائي المشارك - كلية الحقوق - جامعة السلطان قابوس.

* ماجستير القانون الجزائي - باحثة قانونية - مجلس المناقصات.



The Discretion's Criminal Judge In Qualitative Selection and Gradual Punishment

Dr. Rashid Hamed Al Balushi

Safiya Khalifa Al Jahwari

Abstract:

The legislator has divided the task of determining the punishment between the law and the judiciary, where the legislator outlined two limits for punishments in certain cases, and has given the judge the discretion between these two limits. In some cases, judges have not granted the authority to choose between punishments, as their role would be limited to identify the elements of the crime, and therefore the application of the appropriate punishment. In other cases, the legislator has provided judges with other means when applying the punishment in the sense that there are more than one punishment for a crime, and it is at the judge's discretion to choose the most suitable one. This is known as the doctrine of "individualization of punishment".

Therefore, we find that most legislation, including Oman's penal legislation, establishes specific legal means representing the legal scope of the work of the criminal judge and their discretion with regards to the punishment, and among these means is the qualitative selection of the punishment and its gradual quantification.

This research will shed light on the topic of the authority of the criminal judge in the selection and graduation of punishment, in light of the provisions of the Omani judiciary and clarifying the position of the Omani legislator.

The importance of this research is in that it sheds light on the subject of the discretion of the criminal judge in estimating the punishment. This topic is important from both a scientific and practical prospective, as it is the judiciary that gives the law effectiveness in general through its application, depending on its discretion, and this authority decrease or increase in accordance with the legislator's approach in stating the punishment prescribed for the crime.

The research followed the descriptive approach of the legal texts and the analytical approach, with the aim of tracking the historical development of the discretion of the criminal judge, as well as analysing the areas and scope of its application.

The research ends by many of results and recommendations, and it was the most important that the expanding legislation in alternative punishments, such as adopting alternative punishments and finding a variety and difference in punishments other than imprisonment and fines which would create more appropriate punishments for some criminals according to the circumstances surrounding the commission of the crime. Additionally, the need for specialized judges in the auxiliary sciences of criminal law such as criminal psychology, criminology, punishment, etc., so that the judge can be clear and accurate.

Keywords: Liability Discretion – Punishment - Qualitative Selection - Gradual Quantification.

المقدمة

لا يمكن البحث عن الحقيقة وكشفها بأي طريقه مهما كانت مشروعيتها، بل يجب استعمال الوسائل المشروعة، واستخدام الصلاحيات التي تكفل احترام حقوق الإنسان، وحرية وتحميه من تعسف القضاة، والكثير من التشريعات الجزائية في العصر الحديث تستند على مبدأ أنه: "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص"، ومن ضمن تلك التشريعات قانون الجزاء في سلطنة عُمان، إذ تنص المادة الثالثة منه على: "لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون".

ومبدأ الشرعية من المبادئ الأساسية التي تحكم القانون الجزائي، وهو ما تضمنه نص المادة (٢١) من النظام الأساسي للدولة، والمشرع هو صاحب الاختصاص الأول في تحديد العقوبة لكل جريمة انطلاقاً من مبدأ قانونية العقوبات، إلا أن معظم القوانين المقارنة تسير في اتجاه تفريد العقاب الذي لا يتعارض مع قاعدة الشرعية، فالمشرع يحدد عقوبة لكل جريمة بشكل مجرد دون الأخذ بعين الاعتبار شخصية المجرم وظروف ارتكاب الجريمة، مما جعل من الضروري وجود سلطة تقديرية للقاضي في تقدير عقوبة ملائمة لكل جريمة تتناسب مع شخصية المجرم وظروف ارتكابها.

ولا يعد تحديد المشرع للعقوبة على هذا النحو ومنحه السلطة التقديرية للقاضي الجزائي^(١) اعتداءً أو مخالفة لمبدأ الشرعية الجزائية؛ إذ إن القاضي ينطق بالعقوبة التي نص عليها القانون، وهذه العقوبة تكون في أغلب الأحيان محددة بين حدين

(١) السلطة التقديرية للقاضي الجزائي: هي تنظيم قانوني لإعمال القواعد التجريبية موضوع التنفيذ بالنسبة لعملية المطابقة وما ينتج عنها من آثار، أيضاً بأنها: "مفهوم قانوني يتحدد في ضوء النصوص والقواعد التي تبين ضوابط استخدامها دون أن يؤثر وجود تلك القواعد القانونية على وجود السلطة التقديرية ذاتها، لمزيد من المعلومات انظر: د. صالح أحمد محمد حجازي، مبدأ الاقتناع الذاتي للقاضي الجزائي، كلية الحقوق/ جامعة الاسراء، الأردن، ٢٠١٥م، ص ٤٦ وما بعدها.

أدنى وأعلى، ويكون على القاضي سلطة التقدير للعقوبة المناسبة ، وهناك من العقوبات تكون محددة بحد واحد فقط بنص المشرّع، وعندها لا يكون للقاضي هنا سوى سلطة إعمال النص، والقاضي حينما يختار العقوبة إنما يتوخى تحقيق العدالة للمجتمع من ناحية وللمجني عليه من ناحية أخرى، وذلك بإيقاع العقوبة المناسبة التي تحقق ردع الجاني وإصلاحه أو إيلامه - بحسب حجم خطورته الإجرامية - وكذلك كنتيجة لجريمته التي اقترفها، والتي أخلت بنظام المجتمع وأمانه واطمئنانه.

وإعمال القاضي لسلطته يجب أن تنطلق من احترامه لمبدأ المشروعية، وأنه لا يُعمل سلطته التقديرية في تقدير العقاب إلا من أجل إظهار إرادة المشرّع الحقيقية في وضع العقوبة التي تتمثل في تحقيق العدالة والاقتصاص من الجاني بعقوبة مساوية لمقدار الأذى الذي ألحقه بالفرد والمجتمع من جراء ارتكاب الجرم، حيث يقوم المشرّع بتحديد عقوبة لكل فعل تناسب الجرم المرتكب، وتعالج الخطورة الإجرامية، وتصلح الضرر الذي يصيب الأفراد والمجتمع، وإن كانت هذه هي مهمة المشرّع، إلا أنه يصعب عليه أن يحدد مقدار عقوبة بعينها لجرم معين؛ لأن المشرّع لا يستطيع أن يتنبأ بأساليب المجرمين وتطور مهاراتهم الإجرامية، ولا يستطيع أن يحيط بظروف المجرمين الشخصية؛ وذلك لكون عملة مجرداً من الواقعية، ولذلك انيطت هذه المهمة للقاضي من أجل تحقيق أغراض العقوبة، ومن أهمها عدالة العقوبة وشخصيتها (وهو ما يدور حوله موضوع التفريد العقابي)، وحتى يستطيع القاضي استعمال سلطته، فإن المشرّع وضع له من الوسائل والطرق التي يستطيع من خلالها تحديد العقوبة، إذ قام المشرّع بتحديد بعض الجرائم بحددين أدنى وأعلى، وترك للقاضي سلطة تحديد العقوبة المناسبة وفقاً لما يراه مناسباً لظروف ارتكاب الجريمة، وقد ينزل القاضي دون الحد الأدنى للعقوبة، وقد يرتفع فوق الحد الأعلى وفقاً لظروف معينة تستدعي تشديد العقوبة أو تخفيفها وفق الإطار القانوني الذي وضعه المشرّع^(٢)، فسلطة القاضي تتسع وتضيق وفقاً لسياسة المشرّع في تحديد

(٢) جواهر الجبور، السلطة التقديرية للقاضي في إصدار العقوبة بين حديها الأعلى والأدنى، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط/ كلية الحقوق، الأردن، ٢٠١٣م، ص ٩٣.

العقوبة المقدرة للجريمة، ويتحدد نطاق السلطة التقديرية للقاضي في الحدود التي يسمح له القانون في اختيار نوع العقوبة والتدرج فيها.

ف نجد أن المشرّع قد جعل مهمة تحديد العقوبة موزعة بين التشريع والقضاء^(٣)، إلا أنه في حالات معينة لا يترك للقاضي مجالاً للاختيار، وذلك في حالة العقوبات المحددة بحد واحد فيكون دور القاضي هنا محصوراً في التحقق من توفر أركان الجريمة وتطبيق العقوبة المقررة، وهناك وسائل أخرى جعلها المشرّع تحت تصرف القاضي من أجل تحقيق التفريد العقابي من هذه الوسائل المنهج التخيري، إذ يضع المشرّع للجريمة أكثر من عقوبة، ويترك المجال للقاضي اختيار العقوبة المناسبة، كذلك نظام التدرج الكمي بحيث إن المشرّع يضع العقوبة بين حدين قد يكونان محددين بشكل ثابت أو أحدهما محدد والآخر غير محدد، وذلك على اختلاف سياسة المشرّع، فيحدد القاضي هنا العقوبة المناسبة من بين الحدود التي يحددها المشرّع، وكذلك في حالات أخرى قد يرى القاضي من المتهم حسن السيرة أو انعدام خطورته الإجرامية، ومن دراسة شخصية ما يوحي بعدم جدوى تنفيذ العقوبة في مواجهته، بل على العكس قد يؤدي تنفيذ العقوبة إلى نتائج عكسية نتيجة اختلاطه بالمجرمين الخطرين في المؤسسات العقابية، وفي هذه الحالة يكون للقاضي صلاحية الأمر بوقف تنفيذ العقوبة إذا رأى ضرورة ذلك.

وقد يكون اتباع الوسائل السابقة غير كافية لتحقيق أغراض العقوبة، وذلك بسبب ظروف بعض الجناة وخطورتهم الإجرامية، وتعدد الجرائم المرتكبة، وهذا يستدعي ضرورة إعطاء القاضي مكنة لتشديد العقوبة والخروج عن الحدود المحددة قانوناً حتى يستطيع مواجهة الخطورة الإجرامية، ولا يكون هناك مساواة بين جميع المجرمين عند اختلاف ظروفهم، كذلك في المقابل هناك من الظروف التي تحيط بارتكاب الجريمة أو ظروف المجرم تجعل من العقوبة المقررة غير مناسبة لخطورته

(٣) المرجع السابق، ص ١٢٣.

الإجرامية، ولا تحقق أغراض العقوبة المرجوة؛ لذلك كان لابد من تخفيف العقوبة في حالات معينة يقرها المشرع، ويطبقها القاضي وفق السلطة الممنوحة له^(٤). لذلك نجد أن معظم التشريعات ومنها التشريع العُماني تتفق على وسائل قانونية محدده تمثل النطاق القانون لعمل القاضي الفعلي في تقدير العقوبة، وتتمثل هذه الوسائل في الاختيار النوعي للعقوبة، والتدرج الكمي وتطبيق الظروف المخففة والمشددة، وكذلك وقف التنفيذ^(٥).

مشكلة الدراسة:

إن لموضوع سلطة القاضي الجزائي في تقدير العقوبة أهمية كبيرة علمياً وعملياً، ذلك أن السلطة القضائية هي التي تعطي الفاعلية للقانون بوجه عام من خلال تطبيقه، اعتماداً على ما تتمتع به من سلطة تقديرية، إذ إن هذه السلطة تتسع وتضيق وفقاً لنهج المشرع في بيان العقوبة المقررة للجريمة، ولكون أن العقوبة ليست انتقاماً وإنما تحقيقاً للعدالة داخل المجتمع، وحماية أفراد من تعدي ضعاف النفوس والمجرمين؛ ونظراً لتطور مفهوم العقاب ظهرت فكرة أن يؤخذ بالاعتبار ظروف المتهم وظروف الجريمة عند توقيع العقوبة، وعليه تم منح القاضي السلطة في تقدير العقوبة وفق الضوابط التي ذكرها المشرع.

وتظهر السلطة التقديرية للقاضي بشكل واضح في عقوبات السجن المؤقت والغرامة، ففي هذه العقوبات يحدد القانون حدين للعقوبة، (حداً أدنى وحداً أقصى)، يمثلان حدود السلطة التقديرية للقاضي، التي تتسع كلما باعد القانون بين هذين الحدين، وفي بعض القوانين لا تقتصر سلطة القاضي على تقدير العقوبة بين الحدين، بل تتجاوزها كما له أن يحكم بالعقوبة مع وقف تنفيذها في عقوبات

(٤) د. قريمس ساره، سلطة القاضي الجزائي في تقدير العقوبة، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في فرع القانون الجنائي والعلوم الجنائية، جامعة الجزائر، ٢٠١١-٢٠١٢م، ص ٨٦.
(٥) فهد يوسف الكساسبة، وسائل وضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائي في التفريد العقابي، دراسات علوم الشريعة والقانون، الأردن، ٢٠١٥م، ص ٣٤٠.

الحبس والغرامة، وكذلك إبدال عقوبة بعقوبة أخرى، وهذا أسلوب يعكس الثقة الكبيرة التي منحها المشرع للقاضي.

وقد حدد المشرع العماني بعض الضوابط التي يمكن لها أن توجه سلطة القاضي التقديرية، على سبيل المثال ما جاء في المادة (٨٦) من قانون الجزاء، التي نصت على أنه: "إذا اجتمعت ظروف مشددة مع أعذار أو ظروف مخففة في جريمة واحدة كان تطبيقها على الترتيب التالي:

- الظروف المشددة المادية.
- الأعذار المخففة.
- الظروف المشددة الشخصية.
- الظروف المخففة.

وللمحكمة إذا تفاوتت الظروف المشددة والأعذار في أثرها أن تغلب أقواها. ولكن هناك غياب للمعايير الدقيقة التي يهتدي بها القاضي عند تقديره للعقوبة نوعاً وكماً، وهذا قد يفتح الباب على مصراعيه أمام القاضي عند تقديره للعقوبة، الأمر الذي قد يؤدي إلى الإخلال بمبدأ الحيطة والنزاهة. هذا البحث سوف يسلط الضوء على التباين الفقهي حول موضوع الاختيار النوعي للعقوبة والتدرج الكمي، وبيان موقف المشرع العماني من ذلك، وصولاً إلى الإشكالات التي يطرحها موضوع السلطة التقديرية للقاضي في الواقع العملي.

أهمية الدراسة:

إن أهمية هذه الدراسة تكمن في أنها تعد أول دراسة في موضوع سلطة القاضي الجزائي في تقدير العقوبة بعد صدور قانون الجزاء رقم (٧/ ٢٠١٨ م)، كما أن موضوع سلطة القاضي الجزائي في تقدير العقوبة، ينطوي على أهمية في الصعيدين العلمي والعملي، ذلك أن السلطة القضائية هي التي تعطي الفاعلية للقانون بوجه عام من خلال تطبيقه، اعتماداً على ما تتمتع به من سلطة تقديرية، وهذه السلطة تتسع وتضيق وفقاً لنهج المشرع في بيان العقوبة المقررة للجريمة.

منهجية البحث:

اتَّبَعُ البحث المنهج الوصفي للنصوص القانونية، والمنهج التحليلي بهدف تتبع التطور التاريخي لموضوع السلطة التقديرية للقاضي الجزائي، وكذلك تحليل مجالات ونطاق تطبيق السلطة التقديرية للقاضي الجزائي.

خطة البحث:

أعطى المشرِّع القاضي مجموعة من الوسائل يستطيع من خلالها ممارسة وظيفته بحرية، ويسعى من خلالها إلى إعمال النصوص القانونية بشكل سليم، ومن هذه الوسائل الاختيار النوعي للعقوبة؛ بحيث يكون للقاضي مطلق الحرية في اختيار نوع العقوبة المنصوص عليها على سبيل التخيير مراعيًا في ذلك ظروف المجرم وظروف ارتكاب الجريمة، وللقاضي أن يأمر بوقف التنفيذ، إذا ما رأى ضرورة ذلك، أيضًا من ضمن الوسائل القانونية للسلطة التقديرية هو التدرج الكمي للعقوبة، وذلك عندما تكون العقوبة موضوعة بين حدين (أدنى وأعلى)، وفي بعض الحالات يكون المشرِّع قد حدد العقوبة بحد واحد لا يقبل التغير، وذلك إذا ما رأى مناسبة ذلك لمصادر التشريع المستمد منها كالدين والعادات والأعراف^(٦).

عليه سوف يتم بحث موضوع سلطة القاضي الجزائي في اختيار وتدرج العقوبة من خلال مبحثين، سوف يتناول المبحث الأول سلطة القاضي في الاختيار النوعي للعقوبة أو وقف تنفيذها، أما المبحث الثاني فسوف يتناول موضوع التدرج الكمي للعقوبة.

هذا وفي نهاية هذا البحث سوف يتم تقديم خاتمة بها عدد من النتائج والتوصيات.

(٦) مأمون سلامة، حدود سلطة القاضي الجنائي في تطبيق القانون، دار الفكر العربي، القاهرة،

١٩٧٥م، ص ١٠٨.

المبحث الأول

سلطة القاضي الجزائي في اختيار العقوبة أو وقف تنفيذها

حينما يكون هناك أكثر من جزاء للفعل الواحد فإنه يكون للقاضي الجزائي سلطة اختيار الجزاء المناسب، ويقوم القاضي بالمفاضلة بين العقوبات لتوقيع العقوبة الأكثر عدلاً لكل مجرم على حده، وحتى يتحقق التفريد القضائي بطريقة أكثر مرونة، فإن المشرّع يضع تحت تصرف القاضي في معظم الجرائم نظام الاختيار النوعي للعقوبة كوسيلة لتفريد العقاب، فمن خلال هذه الوسيلة يتمكن القاضي من اختيار العقوبة الملائمة للجاني بحسب ظروف الجريمة، وذلك يكون في الحالة التي يضع فيها المشرّع للجريمة أكثر من عقوبة، ويترك الخيار مسألة موضوعية، وهي حالة تقدير القاضي للعقوبة ضمن العقوبات التخيرية والبدلية، ففي ظل العقوبات التخيرية والبدلية تتيح للقاضي حرية واسعة في الاختيار النوعي للعقوبة من خلال اتساع سلطته في هذا الاختيار تماشياً مع مبدأ تفريد العقاب.

كما تظهر سلطة القاضي في القانون الجزائي ليس فقط في اختيار نوع العقوبة كما أسلفنا، وإنما أيضاً في وقف تنفيذها، إلا أنه إذا أمر بذلك، عليه أن يتبع الشروط والضوابط التي حددها القانون.

بناء على ما سبق سوف نتناول في هذا المبحث سلطة القاضي الجزائي في اختيار نوع العقوبة، كذلك سلطته في وقف تنفيذها من خلال مطلبين أساسيين على النحو الآتي:

المطلب الأول: سلطة القاضي الجزائي في اختيار العقوبة.

المطلب الثاني: سلطة القاضي الجزائي في وقف تنفيذ العقوبة.

المطلب الأول

سلطة القاضي الجزائي في اختيار العقوبة

إن الاهتمام بدراسة نظام العقوبات التخيرية في السياسة الجنائية تزايد بشكل ملحوظ في التشريعات الجنائية المعاصرة^(٧)، وهذا ما نلاحظه في قانون الجزاء الجديد الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٧ لسنة ٢٠١٨م)؛ وذلك تدعيماً لمبدأ تفريد العقوبة، واعترافاً من المشرّع بأهمية دور القاضي في اختيار العقوبة، فهو يعد من أفضل وسائل التفريد القضائي للعقاب لما يحققه من توسيع سلطة القاضي في مجال اختيار العقوبة الأكثر ملاءمة والذي هو جوهر سلطته^(٨).

والمقصود بالعقوبات التخيرية هو ترك الحرية للقاضي في اختيار العقوبة التي يراها ملائمة لشخصية الجاني وظروف الجريمة من بين عقوبتين مختلفتي النوع أو بكليهما أو أكثر^(٩)، وقد أخذت معظم التشريعات المعاصرة بنظام العقوبات التخيرية باعتباره من النظم المساعدة للقاضي في مجال تفريد العقاب، إذ إن هذا النظام يمنح القاضي سلطة الاختيار بين عقوبتين أو أكثر؛ وذلك حتى يستطيع الوقوف على العقوبة الملائمة لحالة الجاني وظروف الجريمة، ففي هذا النظام قد يتمتع القاضي بحرية اختيار مطلقة أو باختيار مقيد بشروط قانونية.

أو قد يقوم القاضي باستبدال العقوبة بأخرى مختلفة، ويضع القانون لبعض الجرائم عقوبات بديلة يجيز بها أن تحل محل العقوبة المقررة أصلاً للجريمة كوسيلة تمكن القاضي من تفريد العقوبة، إذ إن هذا النظام يمنح القاضي سلطة إحلال عقوبة بديلة عن العقوبة المقررة للجريمة التي هي من نوع آخر؛ وذلك عند تعذر

(٧) د. أكرم نشأت، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان/الأردن، ١٩٩٨م، ص ١٢٦.

(٨) د. محمد على الكيك، السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تطبيق العقوبة، دار المطبوعات الجامعية، مصر/الإسكندرية، ٢٠٠٧م، ص ١٠٣.

(٩) د. فهد هادي حبتور، التفريد القضائي للعقوبة، دار الثقافة والنشر، الأردن، ٢٠١٤م، ص ١٤٢.

تنفيذ العقوبة الأصلية أو عند ملائمة العقوبة البديلة لحالة الجاني وعدم ملائمة العقوبة الأصلية له، ويقوم القاضي بعملية الاستبدال في حدود النطاق القانوني المرسوم له وفقاً لمعايير إرشادية يضعها المشرع في بعض الأحيان، فمثل هذا النظام يعد وسيلة لتفريد العقاب^(١٠).

في هذا المطلب سنتحدث عن نوعين من الأنظمة التي من خلالها يختار القاضي العقوبة، وهي نظام العقوبات التخيرية ونظام العقوبات الإبدالية.

الفرع الأول

نظام العقوبات التخيرية

وفقاً لهذا النظام يقرر المشرع عدداً من العقوبات المتنوعة والمتدرجة في الشدة، يجعل للقاضي الخيار في أن يختار عقوبتين أو أكثر من هذه العقوبات بحرية تامة^(١١)، كما لو تضمن القانون عقوبتين، هما الحبس والغرامة، ومنح القاضي في أغلب مواد حرية اختيار العقوبة الملائمة من بين هذه العقوبات فقط^(١٢).

وتظهر سلطة القاضي الجزائي في التخيير بين الإعدام والسجن المطلق، وتتعدد الأمثلة لسلطة القاضي، ومثالاً على ذلك الجرائم الماسة بأمن الدولة من الداخل أو من الخارج، حيث نصت المادة (٩٥) من قانون الجزاء رقم (٧ لسنة ٢٠١٨م) على أن: "يُعاقب بالإعدام أو السجن المطلق كل من اعتدى بالقوة على السلطات التي يتولاها سلطان البلاد بحرمانه منها كلياً أو جزئياً أو بعزله أو إجباره على التنازل".

(١٠) د. أكرم نشأت، مرجع سابق، ص ١٣٣.

(١١) د. زكي إسماعيل النجار، الخطورة الإجرامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ١٩٧٦م، ص ٢٨٦ وما بعدها.

(١٢) د. أكرم نشأت، مرجع سابق، ص ١١٢ وما بعدها.

كذلك المادة (٩٩) من الفصل ذاته التي نصت على أنه: "يعاقب بالإعدام أو السجن المطلق كل من حاول بالقوة أو العنف قلب نظام الحكم القائم في البلاد، أو تغيير شكل الحكومة فيها"، كذلك نصت المادة (١٢٥) على أنه: "يعاقب بالإعدام أو السجن المطلق كل من ارتكب عمداً فعلاً يؤدي إلى المساس باستقلال البلاد أو وحدتها أو سلامة أراضيها"، والمادة (١٢٦) كذلك نصت على أنه: "يعاقب بالإعدام أو السجن المطلق كل عُماني التحق بأي وجه بقوات مسلحة أو تشكيلات عسكرية أو شبه عسكرية لدولة في حالة حرب مع البلاد أو بقوة مسلحة لجهة معادية لها أو حمل السلاح ضد البلاد".

وإذا كانت تلك الأمثلة أظهرت سلطة القاضي في الاختيار بين عقوبة الإعدام وعقوبة السجن المطلق، فإن المشرع أفرد في حالات أخرى سلطة القاضي في الاختيار بين السجن المطلق والسجن المؤقت، ومن الأمثلة على ذلك ما نصت عليه المادة (٣٠) من قانون الجزاء رقم (٧) لسنة (٢٠١٨م) في العقاب على الشروع، بقولها: "يعاقب على الشروع في ارتكاب الجناية بالعقوبات التالية، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك:

أ. السجن المطلق، أو السجن لمدة لا تقل عن (٧) سبع سنوات إذا كانت العقوبة المقررة للجريمة بالإعدام".

وإذا ما تطرقنا إلى القوانين المقارنة، نجد أن قانون العقوبات المصري وضع عدداً من العقوبات التخيرية، إذ يقرر للقاضي سلطة اختيار العقوبة من بين عقوبتين مختلفتين، مثال ذلك: ما نصت عليه المادة (٨٢ ب) التي أجازت للقاضي أن يختار الإعدام أو السجن المؤبد، والمادة (٩٥) التي أجازت للقاضي أن يختار السجن المشدد أو السجن، وفي الجرح يقرر المشرع المصري في الغالب عقوبتي الحبس والغرامة كعقوبات تخيرية، ويترك للقاضي حرية الاختيار بينهما، مثال ذلك: ما تنص عليه المادة (١٣٨) التي تنص على أن: "كل إنسان قبض

عليه قانوناً فهرب يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة شهور أو بغرامة لا تتجاوز مائتي جنيه^(١٣).

ف نجد أن قانون العقوبات المصري أخذ بنظام العقوبات التخيرية في جرائم الجنايات والجرح، كما أن القانون المصري جعل من الغرامة عقوبة وحيدة في بعض جرائم الجرح في حدود ضيقة، كما أفرد الحبس عقوبة وحيدة لبعض جرائم الجرح، أما قانون الجزاء فإنه لم يجعل من السجن أو الغرامة عقوبة وحيدة في جرائم الجرح، وإنما يقرر فيهم السجن والغرامة معاً، أو تخيرية بأن ينطق بإحداهما.

ونظام العقوبات التخيرية وضع استثناءً للقاضي دون غيره أن يحكم بوحدة من العقوبات المقررة للجريمة، فلا يجوز للقاضي أن يفوض المتهم في اختيار العقوبة الموقعة عليه، فإذا ما قرر ذلك، فإنه حكم باطل يستوجب نقضه، ويسمى هذا النظام بهذه الصورة بنظام العقوبات التخيرية المطلق^(١٤).

وإذا كان هناك حالات يترك فيها المشرع السلطة للقاضي في الاختيار المطلق بين نوعي جزاء مختلفين، فإن هناك حالات أخرى يفرض فيها المشرع على القاضي توقيع عقوبة بعينها من بين هذه العقوبات، إذا ما توفرت ظروف معينة، أي أن نظام العقوبات التخيرية يضع أحياناً بعض القيود بشكل يمكن تسميته بنظام العقوبات التخيرية المقيد^(١٥)، وتكون العقوبات التخيرية مقيدة في الحالة التي يضع فيها المشرع للجريمة عقوبتين متباينتين في الشدة على سبيل التخبير مع إلزام القاضي بأن يحكم بالعقوبة الأشد، أو منعه من الحكم بالعقوبة الأخف، وبخاصة عندما يكون الباعث على ارتكاب الجريمة دنيئاً، مثال ذلك: ما نص على قانون العقوبات المصري بالمادة (٢٣٤) التي تعاقب كل من قتل نفساً عمداً من غير

(١٣) د. أحمد عوض بلال، محاضرات في الجزاء الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧م، ص ٣٢٥.

(١٤) د. فهد هادي حبتور، التفريد القضائي للعقوبة، دار الثقافة والنشر، ٢٠١٤م، ص ١٤٥.

(١٥) د. أكرم نشأت، مرجع سابق، ص ١٢٣.

سبق إصرار ولا ترصد بالسجن المؤبد أو المشدد، ومع ذلك يحكم على فاعل هذه الجناية بالإعدام، إذا تقدمتها أو اقترنت بها أو تلتها جناية أخرى، وأما إذا كان القصد منها التأهب لفعل جنحة أو تسهيلها أو ارتكابها بالفعل، أو مساعدة مرتكبها أو شركائهم على الهرب أو التخلص من العقوبة، فيحكم بالإعدام أو بالسجن المؤبد^(١٦)، وهذه الصورة تظهر فيها سلطة القاضي محدودة ومقيدة، والسلطة الأكبر متروكة للمشرع؛ لأن القاضي فيها لا يملك إلا أن يوقع العقوبة الأشد متى ثبت أن الباعث دنيء، فتكون سلطة القاضي في الاقتناع بالأدلة والبحث عن الباعث والاقتناع به، ومن ثم تنفيذ العقوبة.

وإذا ما تطرقنا إلى المشرع العُماني، نجد في المادة (٣٠٤) من قانون الجزاء نصت على أنه: "يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن (٣) ثلاث سنوات، ولا تزيد على (٧) سبع سنوات كل من حرض شخصاً على الانتحار، أو ساعده على قتل نفسه، إذا أفضى ذلك إلى الوفاة.

وإذا كان المنتحر لم يكمل (١٨) الثامنة عشرة من عمره، أو كان ناقص الإرادة أو الإدراك عوقب الجاني بالسجن مدة لا تقل عن (٥) خمس سنوات، ولا تزيد على (١٠) عشر سنوات.

وإذا كان المنتحر فاقد الاختيار أو الإدراك، عوقب الجاني بالسجن مدة لا تقل عن (٧) سبع سنوات، ولا تزيد على (١٥) خمس عشرة سنة. وفي جميع الأحوال، إذا لم تحدث الوفاة ونجم عن المحاولة أي أذى، فتكون العقوبة السجن مدة لا تقل عن شهر، ولا تزيد على سنة".

(١٦) د. زكي إسماعيل النجار، مرجع السابق، ص ٢٨٦.

الفرع الثاني

نظام العقوبات الإبدالية

يقصد بنظام العقوبات الإبدالية هي أن يقوم القاضي الجزائي باستبدال عقوبة بعقوبة أخرى في حدود النطاق القانوني المرسوم له، أي أن إجراء التبديل النوعي للعقاب من القاضي يكون فقط في الجرائم المشمولة بهذا النظام دون سواها، أي أن القاضي في بداية الأمر يقوم بتحديد العقوبة الأصلية للجريمة، وإذا رأى عدم ملائمتها للمجرم لأي ظرف رآه أو تعذر تنفيذ العقوبة الأصلية، فإنه يقوم باستبدال العقوبة المحددة بعقوبة أخرى، فمثلاً يستبدل عقوبة سالبة للحرية بالغرامة أو استبدال الغرامة بعقوبة العمل على سبيل المثال، ويخرج من هذا الإطار الحالة التي تمنح فيها الهيئات المنفذة للعقوبة سلطة استبدال العقوبة عند عدم ملائمتها، وهو ما يسمى "العقوبات البديلة التنفيذية"، فيمكن تعريف العقوبات البديلة التنفيذية بأنها تلك العقوبات التي تقرها السلطة التنفيذية في مرحلة تنفيذ العقوبة (أي بعد مرحلة المحاكمة)، إذا ما رأت عدم ملائمة العقوبة المقررة للتنفيذ، فهذه العقوبات لا تدخل ضمن سلطة القاضي التقديرية، فسلطة القاضي تكون في العقوبات البديلة القضائية، وهي تلك العقوبات التي يضعها المشرع أمام القاضي ليستعمل سلطته في الإبدال بينها^(١٧)، ونحن نرى أنه لا يمكن أن يترك للقاضي السلطة المطلقة في تغيير العقوبة المنصوص عليها في القانون، إذ إن فيه مخالفة لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، إلا إذا نص القانون على ذلك.

بناء عليه، يخرج عن نطاق السلطة التقديرية، حالات الاستبدال التشريعي ويقصد به تلك الحالات التي يلزم فيها المشرع القاضي بإجراء الاستبدال عند توفر ظروف معينة، كما هو الحال في حالة الاستبدال الوجوبي الذي كان مقرراً في المادة (٧٢) من قانون العقوبات المصري في شأن المجرمين الأحداث في سن

(١٧) قريمس سارة، مرجع سابق، ص ١١٠.

الخامسة عشرة إلى سن السابعة عشرة، إذ يعد ذلك من قبيل التفريد التشريعي^(١٨)، على اعتبار أن سلطة الاستبدال هنا يجب أن لا تكون مقيدة أو مشروطة بتوفر أحوال معينة نص عليها القانون حتى تكون إحدى صور التفريد القضائي، ومن ثم فإن تقدير الاستبدال العقابي في نطاق هذا النظام يخضع لقاضي الموضوع حسب ظروف كل حالة.

جدير بالذكر أن قانون العقوبات المصري لم ينص بصورة صريحة على إعطاء القاضي سلطة تقديرية في استبدال العقوبة في حدود النطاق القانوني المرسوم له، مثال ذلك: ما تنص عليه المادة (١٨) في الفقرة الثانية "لكل محكوم عليه بالحبس البسيط لمدة لا تتجاوز الثلاثة شهور أن يطلب بدلاً من تنفيذ عقوبة الحبس عليه تشغيله خارج السجن طبقاً لما تقرر من القيود بقانون تحقيق الجنايات إلا إذا نص الحكم على حرمانه من هذا الخيار"، بينما ذهب البعض إلى أن المادة (٢/١٨) من قانون العقوبات المصري هي من حالات الاستبدال التنفيذي؛ لعدم ملاءمتها لحالة المحكوم عليه، ومن ثم تعد من قبيل إجراءات التفريد التنفيذي^(١٩).

كذلك أخذ المشرع الجزائري بالنظام الإبدالي للعقوبات حيث نص في المادة (٥ مكرر ١) "يمكن للجهة القضائية أن تستبدل عقوبة الحبس المنطوق بها بقيام المحكوم عليه بعمل للنفع العام بدون أجر...."، فيجوز للقاضي هنا أن يستبدل عقوبة الحبس بعقوبة العمل للنفع العام^(٢٠).

أما المشرع العُماني، وبعد استعراض نصوص قانون الجزاء، وجدنا أنه لم يمنح سلطة للقاضي الجزائري في استبدال العقوبة إلا في حالة واحدة فقط، وهي التي نص

(١٨) د. عبد الفتاح خضر، المرجع السابق، ص ٢٨٥.

(١٩) المرجع السابق، ص ٢٨٥.

(٢٠) قريمس ساره، مرجع سابق، ص ١١٣.

عليها بالمادة (٣٠٢)، بقولها: "يعاقب بالإعدام، إذا توفرت في واقعة القتل العمد إحدى الحالات الآتية:

- أ. سبق الإصرار، أو التردد.
- ب. إذا وقع القتل على أحد أصول الجاني.
- ج. إذا وقع القتل باستعمال التعذيب أو مادة سامة أو متفجرة.
- د. إذا كان القتل تمهيداً لجناية أو جنحة أو مقتراً أو مرتبطاً بهما.
- هـ. إذا وقع القتل على موظف عام في أثناء أو بسبب أو بمناسبة تأدية وظيفته.
- و. لسبب دنيء.
- ز. على (٢) شخصين أو أكثر.

وتستبدل بعقوبة الإعدام عقوبة السجن المطلق أو السجن مدة لا تقل عن (٥) خمس سنوات، ولا تزيد على (١٥) خمس عشرة سنة، إذا عفا ولي الدم أو قبل الدية في أي مرحلة من مراحل الدعوى، أو قبل تمام التنفيذ".

ونحن نرى أنه وفقاً لصراحة نص المادة (٣٠٢) يستبدل القاضي الجزائي عقوبة الإعدام في جرائم القتل العمد إلى عقوبة السجن المطلق أو المؤقت مدة لا تقل عن (٥) خمس سنوات، ولا تزيد على (١٥) خمس عشرة سنة، إذا عفا ولي الدم أو قبل الدية في أي مرحلة من مراحل الدعوى أو قبل تمام التنفيذ، وهذه الحالة استثناء على القاعدة العامة في عدم جواز استبدال العقوبة وفقاً لقانون الجزاء الجديد، ولعل مرد هذا الاستثناء أحكام الشريعة الإسلامية المتعلقة بالقصاص.

المطلب الثاني

سلطة القاضي الجزائي في وقف تنفيذ العقوبة

بدأ نظام وقف التنفيذ في القانون الفرنسي الصادر سنة (١٨٩١م) والمسمى بقانون "بيرناجير"^(٢١)، وهذا النظام هدفه هو إصلاح المتهم خارج أماكن حجز المتهمين، وهناك عدد من الأنظمة العقابية شبيهه بهذا النظام تنفذ خارج السجن منها^(٢٢).

- نظام الاختبار القضائي: هذا النظام يقوم على وضع المتهم تحت الإشراف والرعاية من غير الحكم عليه بأي عقوبة، ومن غير إدخاله السجن خلال فترة معيّنه، وإذا فشل هذا البرنامج في إصلاح المتهم يُحكم عليه بالعقوبة حين إذن، ظهر هذا النظام في أمريكا وإنجلترا وبعض الدول الأوروبية.
- نظام وقف التنفيذ مع الوضع تحت الاختبار: في هذا النظام يحكم على المتهم بوقت تنفيذ العقوبة إضافة إلى وضعه تحت الاختبار والمراقبة إلى حين انتهاء مدة العقوبة، وقد أخذ بهذا النظام القانون الفرنسي.
- نظام وقف التنفيذ مع الالتزام بالعمل للمنفعة العامة: في هذا النظام يتم الحكم بوقف تنفيذ العقوبة إضافة إلى الحكم على المتهم بالقيام ببعض الأعمال التي تعود بالنفع على الدولة^(٢٣).

ووقف تنفيذ العقوبة هو جزء من سلطة القاضي عند اختياره العقوبة ونوع من صلاحياته في ما يراه مناسباً اتجاه متهم معين بأن يبقى خارج المؤسسة العقابية، واختيار القاضي لهذا الإجراء مرتبط بشروط معيّنة يقدرها القاضي سنذكرها لاحقاً عند تناول موضوع النظام القانوني العُماني، حيث أشار الفصل الرابع من قانون

(٢١) د. أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص ١٠٤٧.

(٢٢) المرجع السابق، ص ١٠٤٨.

(٢٣) المرجع السابق، ص ١٠٤٧.

الجزء الجديد رقم (٧) لسنة (٢٠١٨م)، على حالات وقف تنفيذ العقوبة، كما حددت الضوابط وسلطة قاضي الموضوع في الأمر به أو الغاءه، وذلك في المواد من (٧١) إلى (٧٥) منه.

وبالنظر إلى مواد القانون نجد أن للقاضي الجزائي سلطة جوازيه في حالة الأمر بوقف التنفيذ أو الأمر بإلغائه، ونعرض لسلطة القاضي الجزائي الجوازية في الأمر بوقف التنفيذ على النحو الآتي:

الفرع الأول

السلطة الجوازية للقاضي في الأمر بوقف التنفيذ

نصت المادة (٧١) من قانون الجزاء على أن: "للمحكمة عند الحكم بعقوبة الغرامة أو السجن مدة تقل عن (٣) ثلاث سنوات، أن تأمر في الحكم بوقف التنفيذ، إذا رأت من أخلاق المحكوم عليه، أو ماضيه أو سنه، أو الظروف التي ارتكبت فيها الجريمة ما يبعث على الاعتقاد بأنه لن يعود إلى ارتكاب جريمة، متى كان له محل إقامة معلوم.

وللمحكمة أن تجعل وقف التنفيذ شاملاً الآثار الجزائية المترتبة على الحكم، أو أي عقوبة تبعية أو تكميلية عدا المصادرة".

فمن خلال نص المادة سالفة الذكر قد منح المشرع للقاضي الجزائي سلطة جوازيه في الأمر بوقف التنفيذ من عدمه، وقد قضت المحكمة العليا: "إن وقف التنفيذ جزئياً أو كلياً مبرر لمعالجة حالات خاصة في المحكوم عليه وظروف الفعل الجرمي، وترك تقديرها جميعاً لسلطة قاضي الموضوع، وحيث إن الأخذ بأسباب وقف التنفيذ الجزئي أو الكلي من الأمور العائدة لمحكمة الموضوع وهو أمر جوازي

تقدر أسبابه ومبرراته^(٢٤) إلا أنه إذا ما قرر القاضي الأمر بوقف التنفيذ، فإنه يتقيد بعدة ضوابط أو شروط، يأتي في مقدمتها الشروط المتعلقة بالمحكوم عليه، وشروط أخرى متعلّقة بالجريمة ذاتها التي يستعمل القاضي الجزائي سلطته في وقف تنفيذها، أخيراً مدة وقف التنفيذ^(٢٥)، نفصل ذلك على النحو الآتي:

أولاً- الشروط المتعلقة بشخص المتهم:

يتعيّن على القاضي حتى يأمر بوقف التنفيذ وفقاً لنص قانون الجزاء أن يتحقق من الشروط التي نصت المادة (٧٠) من قانون الجزاء والمتعلّقة بشخص المتهم وهي:

- ١- أخلاق المحكوم عليه أو ماضيه أو سنه أو الظروف التي ارتكبت فيها الجريمة.
 - ٢- أن يكون للمحكوم عليه محل إقامة معلوم في السلطنة، فإذا لم يكن له محل إقامة معلوم فلا يستفيد من نظام وقف التنفيذ^(٢٦).
- والمقصود بأخلاق المتهم هو ماضيه وسلوكه في الحياة العامة وبين أسرته وجيرانه وزملاءه في العمل، وبما هو مشهود له من فضائل حميدة وشهرته بينهم بنبذ العنف، كذلك وضعه الاجتماعي والوظيفي، بحيث يبعث بالاعتقاد لدى المحكمة أنه لن يعود إلى ارتكاب الجريمة مرة أخرى، كذلك كما لو ثبت أن ارتكابه للجريمة لم يكن إلا

(٢٤) الطعن رقم ٣٠٣ / ٢٠٠٦ جزائي عليا جلسة ٧ / ١١ / ٢٠٠٦، المكتب الفني، مجموعة المبادئ والقواعد القانونية، المبدأ رقم ٥٠، س ق ٧، ص ٢٢٠.

(٢٥) د. أمين مصطفى محمد، نظام الامتناع عن النطق بالعقاب في القانون الكويتي، دراسة مقارنة بنظام الاختبار القضائي في القانون المصري، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠١٥م، ص ٦٣.

(٢٦) د. عادل العاني، شرح قانون الجزاء العماني / القسم العام، دار الأجيال، الطبعة الأولى، عُمان، ٢٠١٨م، ص ٤٩٢.

لسوء حظه أو نتيجة صدفة، مثل جرائم حوادث المرور كالجرح أو إحداث أذى غير محسوس عن غير قصد^(٢٧).

فضلاً عن تحقق القاضي من ماضي المتهم، والمقصود بماضي المتهم هو النظر إلى سوابقه الإجرامية، وما إذا كانت الجريمة المسندة إليه تمثل السابقة الأولى أو لا، فإذا سبق ارتكابه لجريمة سابقة فلا بد من النظر إلى طبيعتها وظروف ارتكابه لها والعقوبة التي خضع لها وهل كان لها أثر على ردعه أو لا، كل تلك الأمور تضعها المحكمة في اعتبارها عند تقدير مدى ملائمة التقرير بوقف التنفيذ من عدمه، ومع ذلك لا يوجد ما يمنع المحكمة من التقرير بوقف تنفيذ العقوبة قبل المتهم حتى لو ثبت لديها أنه عائد، طالما توفر لديها ما يبعث بالاعتقاد بأنه لن يعود إلى الإجرام مرة أخرى^(٢٨).

كما أن القاضي يبحث أيضاً في سن المتهم، إذ إنه إذا كان المتهم في سن مبكر، أي لم يتجاوز سن ١٨ سنة أو تجاوزها بقليل، وكان إقدامه على الجريمة نتيجة طيشه، والسعي وراء غرائزه مثل جرائم (التعدي الخفيف والمقامرة)^(٢٩)، أو كان الطفل حدث منحرف أو مائل للجنوح وهو من بلغ ٧ سنوات إلى ١٨ سنة^(٣٠).

(٢٧) د. عمر سالم، ملامح جديدة لنظام وقف التنفيذ في القانون الجنائي، الطبع الأولي، دار النهضة العربية، ١٩٩٨م، ص ٩٩.

(٢٨) د. أمين مصطفى محمد، مرجع سابق، ص ٦٦.

(٢٩) د. كوسرت حسين أمين البرزنجي، المسؤولية الجنائية للأحداث، دراسة مقارنة، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٦م، ص ١٣٧.

(٣٠) د. محمود سليمان موسي، الإجراءات الجنائية للأحداث الجانحين، دراسة مقارنة في التشريعات العربية والقانون الفرنسي، في ضوء الاتجاهات الحديثة في السياسة الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٨م، ص ٦٢. كذلك الدكتور/ هلاي عبد اللاه أحمد، الحماية الجنائية لحق الطفل في الحياة، في النظام القانوني المصري والبحريني والفرنسي، والفكر الجنائي الإسلامي، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠١٥م، ص ٤٢.

وقد نصت المادة (٢٨) من قانون مساءلة الأحداث^(٣١) بالنسبة إلى الحدث الذي أتم (١٦) سنة ولم يبلغ (١٨) سنة، فإنه إذا ارتكب جنائية عقوبتها الإعدام أو السجن المطلق، فالمحكمة تحكم عليه بالسجن مده لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تزيد على ١٠ سنوات، وفي تلك الحالة لا يستفيد الحدث من نظام وقف التنفيذ، حيث حددت المادة (٧١) من قانون الجزاء حداً أقصى للجريمة المطلوب وقف تنفيذها وهو ٣ سنوات.

أما بالنسبة إلى الحدث الذي ارتكب جريمة عقوبتها السجن المؤقت أو السجن، حكم عليه بالسجن مدة لا تتجاوز نصف الحد الأقصى للمدة المقررة قانوناً للجريمة المرتكبة، وبما لا يقل عن ثلاث سنوات في الجنايات، ومن ثم نجد أن المشرع العماني قد حصر وقف التنفيذ على الجنايات جميعها؛ لأن الحد الأدنى في النزول بالعقوبة فيها يكون (٣) سنوات، من ثم يكون خارج عن نطاق وقف التنفيذ الذي يستلزم أن تكون العقوبة في حدها الأقصى (٣) سنوات^(٣٢).

أما إذا كان المتهم طاعناً في السن يجوز للمحكمة أن تأخذ سنه بعين الاعتبار عند وقف تنفيذ العقوبة، إذا كان لا يقوى على تنفيذ العقوبات السالبة للحرية، بشرط عام وهو أن تقتنع المحكمة أن المتهم لن يعود إلى الإجرام مرة أخرى^(٣٣).

فضلاً عن ذلك يبحث القاضي الجزائي بمناسبة إقراره لوقف تنفيذ العقوبة في الظروف التي ارتكب فيها جريمته، ويقصد بالظروف في أغلب الأحوال بالباعث الدافع إلى ارتكاب الجريمة، فالباعث وإن كان ليس له أثر في أركان الجريمة إلا أن

(٣١) وقد أحال قانون الطفل الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٢٢ لسنة ٢٠١٤م بشأن المساءلة الجزائية للطفل رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٨م، بموجب المادة ٥٤ منه على قانون مساءلة الأحداث، حيث نصت المادة ٥٤ من قانون الطفل الجديد على أن: "تكون معاملة الطفل المعرض للجنوح أو الجانح ومساءلته جزائياً وفقاً لأحكام قانون مساءلة الأحداث".

(٣٢) وفقاً لما نصت عليه المادة ٢٨ من قانون مساءلة الأحداث العماني رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٨م.

(٣٣) د. أمين مصطفى محمد، مرجع سابق، ٦٩.

له أثره الواضح في وقف التنفيذ، فظروف الشخص الذي يسرق لأجل حاجة ملحة تختلف عن السرقة من غير حاجة أو ضرورة أو من أجل ارتكاب جريمة أخرى^(٣٤).

وهنا نرى أنه يكفي توفر أحد تلك الشروط السابقة وليس جميعها لجواز تقرير وقف تنفيذ العقوبة، إذ إن المشرع استعمل حرف (أو) للتنوع والمغايرة، الأمر الذي ينعكس بالضرورة على الاكتفاء بحالة واحدة فقط لتقرير وقف التنفيذ، كما لو أوقف القاضي الجزائي تنفيذ العقوبة فقط لأخلاق المحكوم عليه.

ثانياً – الشروط المتعلقة بالجريمة ذاتها:

١ – السلطة التقديرية للمحكمة في عدم الاستجابة لطلب وقف التنفيذ من غير إبداء أسباب:

إن التقرير بوقف تنفيذ العقوبة عند توفر شروطه من سلطة محكمة الموضوع، وهو أمر جوازي لها، فلا تثريب عليها إذا لم تقض به، فهي غير ملزمة ببيان الأسباب التي دعته إلى ذلك، وهو ما قضت به المحكمة العليا^(٣٥)، من ثم فنظام وقف التنفيذ هو مجرد خيار يخضع لمطلق السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، فله أن يرفض القضاء به دون أن يكون ملتزماً بتسبب ذلك في حكمه، ومن ثم لا

(٣٤) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة لجريمة، والنظرية العامة للعقوبة والتدبير الاحترازي، ط ٨، دار النهضة العربية، ٢٠١٦م، ص ٩٦٨.

(٣٥) حيث قضت المحكمة العليا بأنه: "إن الأخذ بأسباب وقف التنفيذ الجزئي أو الكلي من الأمور العائدة لمحكمة الموضوع، وهو أمر جوازي تقدر أسبابه ومبرراته محكمة الموضوع، وهي غير ملزمة بالإفصاح عن تلك الأسباب والمبررات، فلا يجب أن تأمر به حتى ولو قامت الأحكام والشروط المنصوص عليها في المادة... سالفة الذكر في حق المحكوم عليه، فسلطتها في تقدير العقوبة على المحكوم عليه إنما يعود إليها وحدها ولا معقب عليها من المحكمة العليا". الطعن رقم ٣٠٣ / ٢٠٠٦ جزائي عليا جلسة ٢٠٠٦/١١/٧م، المكتب الفني، مجموعة المبادئ والقواعد القانونية، المبدأ رقم ٥٠، س ق ٧، ص ٢٢٠.

يؤاخذ القاضي الجزائي عن عدم تسبب رفضه وقف تنفيذ العقوبة، كما لا يكون الحكم الصادر برفض وقف التنفيذ محل طعن أمام المحكمة الأعلى درجة^(٣٦).

٢ - خضوع محكمة الموضوع لرقابة المحكمة العليا عند تقريرها بوقف تنفيذ العقوبة:

رغم السلطة الجوازية للمحكمة في إقرارها وقف التنفيذ من عدمه، إلا أنه إذا ما قضت به، لا بد أن تلتزم بالضوابط التي نص عليها في قانون الجزاء، فالتزام محكمة الموضوع بالشروط المحددة قانوناً والتي يلزم أن تؤدي عقلاً ومنطقاً إلى الاعتقاد بأن المتهم لن يعود إلى الإجرام مرة أخرى^(٣٧).

وعليه نرى أنه إذا اتهم رجل مسن بهتك عرض طفل على سبيل المثال، وانتهت المحكمة إلى وقف التنفيذ نظراً لسنه، فإنه يجوز للمحكمة العليا إلغاء وقف التنفيذ، إذ إن أول الأسباب التي أشارت إليها المادة (٧١) من قانون الجزاء هي "الأخلاق"، من ثم فإن تطبيق وقف التنفيذ مشروط بما وضعت نص المادة من ضوابط، وعلي خلاف عامل "السن" الذي ذكر ثالث تلك الأسباب، حيث نصت المادة (٧١) من القانون ذاته على أن: "للمحكمة عند الحكم بعقوبة الغرامة أو السجن مدة تقل عن (٣) ثلاث سنوات، أن تأمر في الحكم بوقف التنفيذ إذا رأت من أخلاق المحكوم عليه، أو ماضيه أو سنه،".

٣ - تقييد محكمة الموضوع عند تقريرها بوقف التنفيذ بالثابت بالأوراق:

يقصد بتقييد محكمة الموضوع عند تقريرها بوقف التنفيذ بالثابت بالأوراق هو أن يكون الحكم الصادر بوقف التنفيذ مطابقاً لما جاءت به أوراق القضية، ومبنياً عليه؛ لذا إذا ثبت في حق المتهم مقارفته لجريمة جلب مادة مخدرة بقصد تعاطيها وتهريبها

(٣٦) د. محمود نجيب حسني، مرجع سابق ص ٩٦٩.

(٣٧) د. سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠١٤م،

جمركياً، وتذرت المحكمة بخلو مستنداته وأوراقه من سوء سلوك أو جرائم سابقة، فإنه يجوز للمحكمة العليا أن تلغي وقف التنفيذ، إذا فحصت أوراق المتهم ووجدت أنها مجرد أوراق لا تحتوي إلا على شهادات ميلاده وأولاده، وكانت خالية مما يثبت أنه لم يرتكب أي سلوك شائن من قبل، ومن ثم لا يوجد ثمة دليل يبعث بالاعتقاد أن المتهم لن يعاود ارتكاب الجريمة مرة أخرى^(٣٨).

٤- تقييد محكمة الموضوع عند تقريرها لوقف التنفيذ بالاستناد إلى الوقائع الصحيحة:

لا يجوز للمحكمة أن تستند لوقائع لاحقة على وقوع الجريمة، من ثم نرى أنه لا يصلح تنازل المجني عليه أو الصلح أو العفو سبباً للتقرير بالامتناع عن النطق بالعقاب؛ إذ إنها وقائع لاحقة على ارتكاب الجريمة، ولم ترد في نص المادة (٧١) من قانون الجزاء.

٥- إشكالية حضور المتهم أثناء الحكم بوقف التنفيذ:

بالنظر إلى المادة (٧١) من قانون الجزاء، نجد أنها لم تضع شرط حضور المتهم أمام المحكمة لتقرير وقف التنفيذ، من ثم لا يوجد مانع من أن تقضي المحكمة غيابياً بالتقرير بوقف تنفيذ العقوبة قبل المتهم الذي لم يحضر أمامها. ونرى أن المشرع العماني قد جانبه الصواب، إذ يفترض أن يكون الحضور إجبارياً؛ لأنه يعبر عن أخلاقيات المتهم، ويسهم في تكوين عقيدة القاضي بأنه لن يعود إلى الإجرام مرة أخرى من خلال مناقشته له في الجريمة وظروفها، كما أن مظهر المتهم وأسلوبه في مناقشة المحكمة مدعاة للحكم بوقف التنفيذ من عدمه؛ إذ من خلال التزامه تظهر قناعاته الشخصية، من ثم كان من الأجدر أن يشترط المشرع حضور المتهم جلسة المحاكمة أو ممثل للشخص المعنوي كي تقرر المحكمة وقف تنفيذ العقوبة، وإلا كان الحكم باطلاً.

(٣٨) د. أمين مصطفى محمد، مرجع سابق، ص ٨٢.

الفرع الثاني

السلطة الجوازية للقاضي في إلغاء الأمر بوقف التنفيذ

إن وقف التنفيذ وضع لمصلحة المحكوم عليه وإعادة اندماجه في المجتمع مرة أخرى، وتجنبيه التعرض لعقوبات سالبة للحرية^(٣٩)، إلا أن ذلك مشروطاً بأن يتوخى المحكوم عليه الحذر، وأن يلتزم بعدم ارتكاب أي جريمة تزيد مدة عقوبتها على ٣ أشهر، وإلا كان ليس أهلاً لوقف التنفيذ؛ لذا يجوز للمحكمة إلغاء وقف التنفيذ ومعاودة تنفيذه للعقوبتين، العقوبة الأولى التي أمر بوقف تنفيذها، والثانية المرتكبة في مدة الوقف.

وهو ما نصت عليه المادة (٧٤) من قانون الجزاء بقولها: "يجوز الأمر بإلغاء وقف التنفيذ:

أولاً: إذا صدر ضد المحكوم عليه خلال مدة الوقف حكم بالسجن مدة تزيد على (٣) ثلاثة أشهر عن جريمة عمدية وقعت قبل الأمر بالإيقاف أو بعده.

ثانياً: إذا ظهر خلال مدة الوقف أن المحكوم عليه صدر ضده قبل الوقف حكم كالمخصوص عليه في البند السابق، ولم تكن المحكمة قد علمت به".

ويصدر الأمر بإلغاء وقف التنفيذ من المحكمة ذاتها التي أصدرت الحكم؛ وذلك بناء على طلب الادعاء العام بعد تكليف المحكمة عليه بالحضور^(٤٠).

ولعل من الأمثلة الجرائم التي قد يرتكبها المحكوم عليه، ولا تؤثر في إلغاء وقف تنفيذ عقوبته، كافة الجرائم التي لا تزيد العقوبة فيها على ثلاثة أشهر، ومن بينها ما نصت عليه المادة (١٥٨) من قانون الجزاء، والتي تنص على أنه: "يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن شهر، ولا تزيد على (٣) ثلاثة أشهر، وبغرامة لا تقل عن (٥٠٠)

(٣٩) د. محمود نجيب حسني، مرجع سابق ص ٩٧٠. كذلك الدكتور، سليمان عبد المنعم، النظرية

العامة لقانون العقوبات، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠١٤م، ص ٦٧٤.

(٤٠) وهو ما نصت عليه المادة ٧٥ من قانون الجزاء رقم ٧ لسنة ٢٠١٨م.

خمسمائة ريال عماني، ولا تزيد على (١٠٠٠) ألف ريال عماني، أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من تسبب خطأ بإحداث حريق في مال مملوك للغير .
وإذا لم تتجاوز قيمة الأشياء المحروقة (١٠٠) مائة ريال عماني، ولم يكن هنالك خطر على الأشخاص أو إلحاق ضرر بأشياء أخرى، يعاقب الجاني بالسجن مدة لا تقل عن (١٠) عشرة أيام، ولا تزيد على شهر، وبغرامة لا تقل عن (١٠٠) مائة ريال عماني، ولا تزيد على (٥٠٠) خمسمائة ريال عماني، أو بإحدى هاتين العقوبتين".

كذلك ما نصت عليه المادة (٢٥١)، حيث نصت على أنه: "يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن (١٠) عشرة أيام، ولا تزيد على (٣) ثلاثة أشهر، وبغرامة لا تقل عن (١٠٠) مائة ريال عماني، ولا تزيد على (٣٠٠) ثلاثمائة ريال عماني، أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من أقدم على تمزيق أو نزع أو إتلاف الإعلانات الرسمية".
كذلك المادة (٢٥٦) والتي تنص على أنه: "يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن (١٠) عشرة أيام، ولا تزيد على (٣) ثلاثة أشهر، وبغرامة لا تقل عن (١٠٠) مائة ريال عماني، ولا تزيد على (٣٠٠) ثلاثمائة ريال عماني، أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من أتى علناً فعلاً أو قولاً مخللاً بالحياء".

إذاً تلك الجرائم وإن ارتكبت من المحكوم عليه خلال مدة الوقف التي حددها القانون وهي ثلاث سنوات من تاريخ اعتبار الحكم باتاً لا تؤثر على وقف التنفيذ، ولا تملك المحكمة سلطه في إلغاء أمرها بوقف التنفيذ، وفقاً لصراحة نص المادة (٧٤) الذي تطلب ان تكون الجريمة المرتكبة صدرت ضد المحكوم عليه سواء قبل أم بعد الأمر بوقف التنفيذ، وتزيد عقوبتها على ثلاثة شهور .

جدير بالذكر أن المشرّع العماني قد حدد بداية مدة الوقف ونهايته في المادة (٧٣) من قانون الجزاء، فهو يبدأ من تاريخ اليوم الذي يصبح فيه الحكم نهائياً إلى انتهاء ٣ سنوات، فإذا ارتكب المحكوم عليه جريمة معاقب عليها بثلاثة أشهر فأكثر، جاز لفاضي الموضوع أن يلغي وقف التنفيذ، الأمر الذي يترتب عليه أن

ينفذ على المحكوم عليه عقوبتين، العقوبة الموقوفة، والتي ارتكبتها أثناء الوقف، أما إذا مضت تلك المدة ولم يرتكب المحكوم عليه أية جرائم، أو كانت الجرائم التي ارتكبتها عقوبتها أقل من ٣ أشهر، عُد الحكم كأن لم يكن، أي كأن الجريمة لم تحدث، وكأن الحكم لم يقع، فلا يكون للمحكوم عليه سابقة جنائية، ولا يتأثر بأحوال العود في تشديد العقوبة؛ لأن عُد الحكم كأن لم يكن هو محو للقضية بأكملها. أخيراً للمحكمة أن تجعل وقف تنفيذ الحكم مشروطاً بالرد أو بأداء المبالغ المحكوم بها، وذلك خلال أجل يحدد في الحكم، وذلك وفقاً لما نصت عليه المادة (٧٢) من قانون الجزاء.

المبحث الثاني

سلطة القاضي في التدرج الكمي للعقوبة

لم يقيد المشرع سلطة القاضي الجزائي بوضعة عقوبة واحدة لجريمة واحدة في جميع الجرائم، فهذا الأمر يتعارض مع السياسة الجنائية الحديثة، وبالنظر إلى النصوص الجزائية، نجد أن هناك تفاوت في كم العقوبة المقررة حتى ولو كان نوع الجريمة واحداً، من ثم يتمتع القاضي الجزائي بسلطة تقديرية في تدرج كم الجزاء المقرر، في إطار الحدود القانونية التي حددها المشرع لكل جريمة على حدة، وهذا يظهر عندما يضع المشرع للعقوبة حدين، (حداً أدنى وحداً أعلى)، أو عندما يضع المشرع أكثر من عقوبة للجريمة الواحدة، ويجوز للقاضي أن يحكم بإحدهما، أو أن يجمع بينهما.

وبهذا فإن نطاق التدرج الكمي للعقوبة من أهم وسائل تفريد العقاب القضائي التي تبرز سلطة القاضي الجزائي في الانتقال من الحد الأقصى إلى الحد الأدنى للعقوبة، والعكس^(٤١).

(٤١) د. أكرم نشأت إبراهيم، مرجع سابق، ص ٦٦.

وفي هذا المبحث سنتناول التدرج الكمي للعقوبة في مطلبين أساسيين، المطلب الأول يتناول نظام التدرج الكمي الثابت، أما المطلب الثاني يتناول نظام التدرج الكمي النسبي، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: نظام التدرج الكمي الثابت.

المطلب الثاني: نظام التدرج الكمي النسبي.

المطلب الأول

نظام التدرج الكمي الثابت

يكون التدرج الكمي للعقوبة ثابتاً عندما يحدد المشرع للعقوبة حداً أدنى وحداً أعلى ثابتين سواء أكانا خاصين أم الأدنى عامّاً والأعلى خاصاً، أم الأدنى خاصاً والأعلى عامّاً، أم الأدنى والأعلى عامين^(٤٢)، وهكذا تبرز أمامنا صور التدرج الكمي الثابت، وهي أربع على النحو الآتي:

^(٤٢) ويقصد بالحد الأدنى الخاص: هو اضطلاع المشرع بتحديد حد أدنى للعقوبة لا يجوز للقاضي الجزائي تجاوزه إذا ما استعمل سلطته في إنزال العقاب وفقاً لظرف مخفف.

ويقصد بالحد الأعلى الخاص: هو اضطلاع المشرع بتحديد حد أقصى للعقوبة لا يجوز للقاضي الجزائي تجاوزه إذا ما استعمل سلطته في تشديد العقوبة، إلا إذا استثنى المشرع حالات معينه في التشديد. والمقصود بكلمة خاص أن هذا الحد مرتبط بنوع جريمة معينه، ولا يمكن سريانه على كافة الجرائم، د. فهد هادي حبتور، مرجع سابق، ص ١٤٢.

ويقصد بالحد الأدنى الخاص: هو اضطلاع المشرع بتحديد حد أدنى للعقوبة لا يجوز للقاضي الجزائي تجاوزه إذا ما استعمل سلطته في إنزال العقاب وفقاً لظرف مخفف.

ويقصد بالحد الأعلى الخاص: هو اضطلاع المشرع بتحديد حد أقصى للعقوبة لا يجوز للقاضي الجزائي تجاوزه إذا ما استعمل سلطته في تشديد العقوبة، إلا إذا استثنى المشرع حالات معينه في التشديد. والمقصود بكلمة خاص أن هذا الحد مرتبط بنوع جريمة معينه، ولا يمكن سريانه على كافة الجرائم، د. فهد هادي حبتور، مرجع سابق، ص ١٤٢.

الفرع الأول

العقوبات ذات الحدين الأدنى والأعلى الخاصين الثابتين

في العقوبات ذات الحد الأدنى الخاص الثابت والحد الأعلى الخاص الثابت يضع المشرع العقوبة بين حدين لا يخرج منهما القاضي، ومن ثم فإن سلطته التقديرية تتحصر باختيار عقوبة بين هذين الحدين، وهذا النظام يشكل القاعدة العامة وفقاً لقانون الجزاء الجديد، ويمكن القول إن هذا النظام يكفل تحقيق العدالة بشكل عام.

وفي هذه الصورة يتولّى المشرع تعيين الحدين الأدنى والأعلى للعقوبة لكل جريمة على حدة، ومثال ذلك: جرائم الاشتراك في الأفعال الماسة بأمن الدولة، أو عدم الإبلاغ عنها، وهو ما نصت عليه المادتان (٩١ و ٩٢) من قانون الجزاء، حيث قضت المادة (٩١) بأنه: "يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن (٣) ثلاث سنوات، ولا تزيد على (٧) سبع سنوات كل من:

أ. اشترك في اتفاق جرمي بغرض ارتكاب إحدى الجنايات المنصوص عليها في هذا الباب، أو اتخذها وسيلة للوصول إلى الغرض المقصود من الاتفاق الجنائي.
ب. دعا إلى ارتكاب إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا الباب، ولو لم تُقبل دعوته".

أما المادة (٩٢) من القانون ذاته نصت على أنه: "يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن (٦) ستة أشهر، ولا تزيد على (٣) ثلاث سنوات، كل من علم بارتكاب جريمة من الجرائم الماسة بأمن الدولة، ولم يسارع إلى إبلاغ السلطات العامة بها".
والجدير بالذكر أن سلطة القاضي الجزائي في اختيار كم العقوبة الأنسب من تلك التي نص عليها في القانون تعتمد في أغلب الأحوال على ظروف الواقعة وملابساتها، وهو ما يتبن من خلال جلسات التحقيق وجمع الأدلة والبحث والتحري، فضلاً عن ترقب الأدلة المادية التي أرفقت بملف الدعوى^(٤٣).

(٤٣) د. فهد هادي حبتور، مرجع سابق، ص ١٤١.

وسلطة القاضي في تدرج العقوبة، لا يمكن بحال أن تتجاوز ما قد نص عليه المشرع من حدود قانونية، فلا يمكنه في هذا النوع من التدرج أن ينزل القاضي عن الحد الأدنى المقرر بالفعل بنص المادة، كذلك لا يمكن أن يُنزل عقوبة حدها الأقصى يزيد عما هو مقرر بنص المادة إلا في الأحوال التي ينص عليها المشرع ويسمح بذلك^(٤٤).

ومن الأمثلة على تلك الحالة نص المشرع في أكثر الجرائم على حدين في العقوبة، كالجرائم المتعلقة بهروب المتهمين والمحكوم عليهم حيث نصت المادة (٢٤٢) من قانون الجزاء على أنه: "يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن شهر، ولا تزيد على سنة كل شخص قبض عليه قانوناً فهرب، وتكون العقوبة السجن مدة لا تقل عن (٦) ستة أشهر، ولا تزيد على (٣) ثلاث سنوات، إذا كان الهارب محبوساً أو مسجوناً، أو وقع الهروب من أكثر من شخص، أو بالتهديد، أو بالقوة أو بالعنف...".

كذلك جرائم التأثير في القضاء والإساءة لسمعته، حيث نصت المادة (٢٤٨): "يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن (٦) ستة أشهر، ولا تزيد على (٣) ثلاث سنوات كل من أخل علانية بالاحترام الواجب للقضاء على نحو يشكك في نزاهته أو التزامه بأحكام القانون".

فضلاً عن جرائم فك الأختام وإتلاف الإعلانات الرسمية، حيث نصت المادة (٢٥٢) على أنه: "يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن سنة، ولا تزيد على (٣) ثلاث سنوات كل من نزع أو أتلف أو استولى بغير حق على أوراق أو مستندات أو أشياء محجوز عليها قضائياً أو إدارياً، أو مودعة بناء على حكم أو أمر قضائي أو إداري في الأماكن المعدة لحفظها أو مسلمة إلى شخص كلف بالمحافظة عليها".

(٤٤) د. سليمان عبد المنعم، مرجع سابق، ص ٦٥٠.

ذلك بالإضافة إلى جرائم البغاء والفجور، حيث نصت المادة (٢٥٦) على أنه: "يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن سنة، ولا تزيد على (٣) ثلاث سنوات كل من مارس البغاء أو الفجور نظير أجر بغير تمييز"، وغيرها من النصوص القانونية. وقد نصت معظم القوانين المقارنة على التدرج الكمي الثابت، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة (٨٠/أ) من قانون العقوبات المصري على أنه: "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر، ولا تزيد عن خمس سنوات، وبغرامة لا تقل عن مائة جنيه، ولا تجاوز خمسمائة جنيه:

- كل من حصل بأية وسيلة غير مشروعة على سر من أسرار الدفاع عن البلاد، ولم يقصد تسليمه أو إفشائه لدولة أجنبية أو لأحد ممن يعملون لمصلحتها.
- كل من أذاع بأية طريقة سراً من أسرار الدفاع عن البلاد.
- كل من نظم أو استعمل أية وسيلة من وسائل التراسل بقصد الحصول على سر من أسرار الدفاع عن البلاد أو تسليمه أو إذاعته، وتكون العقوبة السجن إذا وقعت الجريمة في زمن الحرب".

ففي هذا النص يلاحظ أن المشرع المصري قد عين حدين أدنى وأعلى لعقوباتي الحبس والغرامة خاصين بهذه الجريمة، وهنا تكمن سلطة القاضي التقديرية بين هذين الحدين الخاصين، فلا يجوز له أن يتجاوزهما، مهما كانت أحوال الجاني وظروف الجريمة ما تستدعي تشديد العقاب أو تخفيفه خلاف هذين الحدين إلا ما استثناه المشرع بوجود تشديد العقوبة إلى السجن، إذا ارتكبت الجريمة في زمن الحرب فقط، وهذا خارج نطاق السلطة التقديرية باعتباره تقييداً تشريعياً يستوجب تشديد عقوبة هذه الجريمة في زمن الحرب إلى السجن بدلاً من الحبس والغرامة^(٤٥).

(٤٥) د. أكرم نشأت، مرجع سابق، ص ٧١، ٧٥.

الفرع الثاني

العقوبات ذات الحد الأدنى العام والحد الأعلى الخاص الثابتين

في هذه الصورة يتولّى المشرّع تعيين حد أعلى خاص لعقوبة جريمة معينة يكون في الغالب أقل من الحد الأعلى العام^(٤٦)، وتعد هذه الصورة أكثر الصور التي تمنح للقاضي فيها سلطة في تطبيق العقوبة، إذ هو غير مقيد إلا بحد أقصى يقرره القانون لكل جريمة، فقد جرى هذا النظام على وضع حد أقصى خاص فقط لعقوبة السجن المؤقت والغرامة المقررة فيه^(٤٧)، وبالرغم من أن هذا النظام يهدف إلى الحد من خطر الخطأ القضائي في الارتفاع بمقدار العقوبة والإفراط في تقديرها، ومن ثم يقي الحرية الفردية من التعسف والتحكم، إلا أنه يؤدي إلى كثرة الأحكام بالعقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة، وهذا لنظام له مساوئ وخيمة على السياسة العقابية^(٤٨).

وتعد هذه الصورة من نظام التدرج الكمي الثابت للعقوبة هي الأكثر شيوعاً في العديد من النظم القانونية، وإن كان المشرّع العماني لم يتطرق إلى كثير منها وفقاً لقانون الجزاء رقم (٢٠١٨/٧م)، ويمكن ذكر مثال ذلك ما نصت عليه المادة (٦٢) بأنه: "إذا خالف المحكوم عليه الأحكام والأوامر الصادرة تطبيقاً للمادتين (٥٧)، (٥٨) من هذا القانون جاز للمحكمة إصدار أمر بسجنه مدة لا تزيد على شهر"^(٤٩).

(٤٦) د. صالح أحمد صالح كنعان، مرجع سابق، ص ٧٥.

(٤٧) د. زكي إسماعيل النجار، الخطورة الإجرامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ١٩٧٦م، ص ٢٧٩.

(٤٨) د. حاتم حسن موسى بكار، سلطة القاضي في تقدير العقوبة والتدابير الاحترازية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٢م، ص ١٩٦.

(٤٩) حيث نصت المادة (٥٧) من قانون الجزاء رقم (٢٠١٨/٧م) على أنه: "العقوبات التبعية والتكميلية هي: أ. الحرمان من كل أو بعض الحقوق والمزايا المنصوص عليها في المادة (٥٨) من هذا القانون. ب. المصادرة. ج. منع الإقامة في مكان معين أو ارتياده. د. الحرمان من مزاوله المهنة. هـ. إلغاء الترخيص. و. إبعاد الأجنبي. ز. إغلاق المكان أو المحل. ح. حل الشخص الاعتباري. ط. الوضع تحت مراقبة الشرطة. ي. نشر الحكم. ك. التكليف بأداء خدمة عامة.

أما المادة (٥٨) نصت على أنه: "الحكم بعقوبة نافذة في جناية يستتبع بقوة القانون من وقت صدوره حرمان المحكوم عليه مدة تنفيذ العقوبة، ومدة سنة واحدة تالية؛ وذلك من الحقوق ==

وكذلك ما نصت عليه المادة (١٥٤) من القانون ذاته التي نصت في فقرتها الثانية على أنه: "... وتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على (٧) سبع سنوات، إذا كان من شأن ذلك تعريض حياة الناس للخطر".

وقد أخذت بهذا النظام معظم التشريعات العربية منها التشريع الليبي والمصري والتونسي والكويتي، نذكر منها على سبيل المثال قانون العقوبات المصري نص المادة (١٣٩) على أنه: "كل من كان مكلفاً بحراسة مقبوض عليه أو بمرافقته أو بنقله وهرب بإهمال منه يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين أو بغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيه مصري، إذا كان المقبوض عليه الذي هرب محكوماً عليه بعقوبة جنائية أو متهماً بجناية، وأما في الأحوال الأخرى فتكون العقوبة الحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر أو غرامة لا تتجاوز مائتي جنيه مصري".

ووفقاً لهذا النظام فإن القاضي الجزائي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة حين يحدد المشرّع للعقوبة حداً أعلى خاصاً ويترك الحد الأدنى عاماً ليعمل القاضي سلطته التقديرية، فيمكن للقاضي النزول بالعقوبة إلى الحد الأدنى العام المقرر قانوناً، فمثلاً في قانون العقوبات المصري يمكن للقاضي المصري بواسطة هذا النظام كوسيلة لتفريد العقوبة أن ينزل بالحبس إلى أربع وعشرين ساعة استناداً للنص ذاته وأحكام المادة (١٨) التي حددت الأحكام العامة لعقوبة الحبس، وأيضاً لا يجوز له أن يتجاوز الحد الأعلى الخاص للحبس المقرر مثلاً في المادة (١٣٩) وهو سنتان^(٥٠).

== والمزايا الآتية: أ. تولي الوظائف العامة. ب. عضوية المجالس والهيئات والمؤسسات العامة، ومجالس إدارة شركات المساهمة العامة أو أن يكون مديراً لها. ج. حق الترشيح والانتخاب. د. ملكية ونشر وتحرير الصحف. هـ. تولي الوصاية أو القوامة عن القصر، ومن في حكمهم. و. إدارة المدارس والمؤسسات التعليمية، وممارسة أي نشاط تعليمي فيها. ز. حمل الأوسمة والميداليات والألقاب الفخرية. ح. حمل السلاح.

(٥٠) د. أحمد فتحي سرور، قانون العقوبات العام، المصرية للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٨م، ص ١٩٢.

الفرع الثالث

العقوبات ذات الحد الأدنى الخاص والحد الأعلى العام الثابتين

في هذه الصورة يقوم المشرّع بتعيين الحد الأدنى الخاص لعقوبة الجريمة، ويترك الحد الأعلى من غير تحديد مكتفياً بالحد الأعلى العام المنصوص عليه في القانون، فمن خلال هذا النظام يجوز للقاضي أن يرتفع بما يحكم به من عقوبة إلى الحد الأعلى العام المقرر للجرائم المشمولة به في النصوص العقابية^(٥١)، أي أن الحد الأعلى للعقوبة المقرر لتلك الجرائم المشمولة بهذا النظام هو سلطة تقديرية للقاضي، فله أن يشدد العقوبة إلى الحد الأعلى العام المقرر قانوناً، فإن ذلك يدخل ضمن سلطته التقديرية الممنوحة له من قبل القانون، لكن في المقابل لا يجوز للقاضي أن يتجاوز الحد الأدنى الخاص، إذا ما أراد أن يخفف العقوبة^(٥٢).

وفي هذه الصورة من التشريع الذي يضعه المشرّع غالباً ما يهدف إلى زيادة الحماية الجنائية لجرائم تقع على مصالح عامة أو اجتماعية كالجرائم الماسة بأمن الدولة أو اقتصادها، أو تلك الجرائم التي تشكل خطورة على أمن المجتمع، وحتى يستطيع المشرّع الحد من العقوبات قصيرة المدة بهذا النظام في مثل هذه الجرائم، وذلك بأن يقيد القاضي بحد أدنى خاص لتحقيق التناسب بين الجرم المرتكب والعقوبة ويحقق الغاية من سياسته العقابية، وهذا النمط يوجد في حدود ضيقة في القوانين المعاصرة، وأن كانت بعض القوانين تتضمن عدداً من العقوبات بهذه الصورة، مثال ذلك: قانون الجزاء حيث نصت المادة (٣١٠) على أنه: "إذا اشترك عدة أشخاص في مشاجرة، ونجم عنها قتل أو إيذاء، وتعذر معرفة الفاعل، عوقب كل من اشترك منهم بنصف العقوبة المقررة قانوناً للجريمة المقترفة....."

(٥١) د. حاتم حسن موسى بكار، مرجع سابق، ص ١٩٨.

(٥٢) د. أكرم نشأت، مرجع سابق، ص ٨٥.

وإذا كانت الجريمة تستوجب الإعدام قضي على المجرمين بالسجن (٧) سبع سنوات على الأقل...".

وبالرجوع إلى قانون الجزاء العماني رقم ٧٤/٧ نجد المادة (١٣٦) نصت على أن: "يعاقب بالسجن عشر سنوات على الأقل كل من أقدم: ١. على خطف طائرة عمانية وإرغامها على النزول في غير المطار الذي تقصده. ٢. على خطف طائرة أجنبية وإرغامها على النزول في أحد المطارات العمانية...".

الفرع الرابع

العقوبات ذات الحدين الأدنى والأعلى العامين الثابتين

في هذه الصورة لا يضع المشرع الحدين الأدنى والأعلى للعقوبات بشكل خاص، وإنما يتركها للحد العام على اختلاف أنواعها، وهنا يجب على القاضي ألا يجاوز هذين الحدين، وفي ظل هذا النظام تتسع سلطة القاضي التقديرية في اختيار العقوبة التي يراها مناسبة تبعاً لخطورة المتهم الإجرامية، ومدى جسامة الجريمة من غير تجاوز حديها الأدنى والأعلى العامين، إذ يرى البعض أن الواقع وما يتفق مع سياسة التفريد العقابي هو عدم تقييد المشرع لسلطة القاضي الجنائية بوضع حد أدنى خاص أو حد أقصى خاص، وإنما عليه أن يكتفي بالحدين الأدنى والأقصى العامين للعقوبة^(٥٣).

غير أننا نرى أن هذا الرأي قد جانبه الصواب، إذ إن هناك من الجرائم الخطيرة تسبب ضرراً جسيماً يجب وضع حد أدنى خاص لها يجعل من عقوبتها رادعة تحقياً لأغراض العقوبة، كما يجب أيضاً وضع حد أعلى خاص تجنباً من تعسف القضاة أو الخطأ في التقدير، وكذلك هناك من الجرائم التي لا تقبل التقدير، ومن

(٥٣) د. نصر الدين عبد العظيم أبو الحسايب، السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تحديد العقوبة والتدبير الاحترازي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٨م، ص ١٨٥.

ثم يجب أن تكون عقوبتها محده حماية لمبادئ معينة، وكذلك لكي تكون العقوبة مناسبة أيضاً لظروف المجرم والجريمة المرتكبة، وهذا ما يتفق والسياسة العقابية للمشرع من تطبيق مبدأ تفريد العقاب الذي يهدف إلى جعل العقوبة ملائمة لأحوال الجريمة، ومحققه للعدالة.

ولما كان المشرع في هذه الصورة يضع العقوبة دون أن يحدد مقدارها في النص الخاص الوارد بها، ويترك للقاضي سلطة تقديرها في إطار الحدين الأدنى والأعلى العامين المنصوص عليهما قانوناً، فإن هذا النظام يترك قدراً معقولاً للتفريد القضائي للعقوبة، ويترك حماية الحقوق لنزاهة القضاة وحيادهم^(٥٤).

ولقد نصت معظم التشريعات العقابية العربية على عدد متباين من العقوبات المقررة على هذه الصورة كقانون العقوبات المصري.

وبالرجوع إلى قانون الجزاء نجد أن نصوصه لم تحتو على العقوبات المقررة بهذه الصورة، وهو ما لم يتفق مع مسلك القوانين العربية السابقة بأن يضع المشرع العقوبة دون أن يحدد لها حداً أدنى خاصاً أو حداً أعلى خاصاً في النص المقرر بشأنها، أو أن يقتصر عند تحديده للعقوبات المقررة لبعض الجرائم على تعيين الحد الأعلى للعقوبة دون أن يشير إلى حدها الأدنى، والحد الأعلى هنا هو الحد الأعلى العام المنصوص عليها في القانون كالسجن عشر سنوات كحد أعلى عام وأربع وعشرين ساعة كحد أدنى عام^(٥٥).

ولخطورة هذه الصورة في استعمالها بطريقة غير عادلة لا تتفق مع السياسة العقابية للمشرع من التفريد الكمي للعقوبة، فقد ذهب البعض إلى أهمية المحافظة على نظام التدرج الكمي الثابت للعقوبات مع تجنب ترك فرق كبير بين حدي العقوبة فإن الاتساع الكبير بين حدي العقوبة قد يضلل، ويربك القضاة، ويفسح

(٥٤) د. حاتم موسى حسن بكار، مرجع سابق، ص ٢٠٢.

(٥٥) د. أكرم نشأت، مرجع سابق، ص ٨٧.

المجال لتحكم الأهواء، فينتج زيادة في الرأفة أو المغالاة في القسوة، مما يؤدي أحياناً إلى تباين واضح بين الأحكام الصادرة من محاكم مختلفة^(٥٦). ونحن نرى أن هذا الرأي وأن كانت هذه الصورة من التدرج الكمي الثابت للعقوبة تعد مكنة عظيمة تساعد القاضي على اختيار العقاب الملائم لكل حالة، إلا أن سوء استعمالها يؤدي إلى خلل في موازين العقاب مما يخل بالعدالة، وهو ما يؤثر سلباً على حسن سير السياسة العقابية.

المطلب الثاني

نظام التدرج الكمي النسبي

يعرف نظام التدرج الكمي النسبي بالغرامة النسبية، فيطبق نظام التدرج الكمي النسبي في تقدير العقوبة بين حديها الأدنى والأعلى في عقوبة الغرامة، ومن المعلوم أن المشرّع يحدد الغرامة بشكل يتناسب مع قيمة المال محل الجريمة أو المال الذي وقع عليه الاعتداء سواء كان مالياً عينياً أم أموالاً ثابتة، وهي العقوبة الوحيدة التي يعيّن المشرّع نطاقها الكمي أحياناً بشكل يلزم القاضي بتدرج مقدارها بالنسبة لقيمة المال محل الجريمة، وتختلف الغرامة النسبية عن الغرامة العادية، فالغرامة العادية يقرها المشرّع تعويضاً عن الضرر أما الغرامة النسبية هي عقوبة تضاف إلى العقوبة المقررة، وينقسم التدرج الكمي النسبي موضوعي وشخصي^(٥٧)، وذلك على النحو الآتي:

- أولاً: التدرج الكمي النسبي الموضوعي.
- ثانياً: التدرج الكمي النسبي الشخصي.

(٥٦) المرجع السابق، ص ٩٦.

(٥٧) د قريمس سارة، مرجع سابق، ص ١٠٠.

الفرع الأول

التدرج الكمي النسبي الموضوعي

في معظم التشريعات يتجه المشرع إلى تحديد عقوبة الغرامة في الجرائم التي يكون محلها مالا، كالجرائم المتعلقة بالسرقة والاختلاس، وجرائم الرشوة، والجرائم الاقتصادية بشكل عام، ويقاس الغرامة بقيمة الضرر المترتب، أو بقيمة المال الذي حصل عليه الجاني من الجريمة أو اتجهت إرادته للحصول عليه، فهنا يسمى هذا النوع بالغرامة النسبية.

الجدير بالذكر أن الغرامة النسبية لا تخضع جميعها لقاعدة التدرج الكمي النسبي الموضوعي، فهذه القاعدة تشمل فقط الغرامة النسبية التي تم تحديد حديها الأدنى والأعلى على نحو متدرج ومتفاوت، وذلك بالمقارنة مع قيمة الضرر أو الفائدة المتحصلة من الجريمة، أو تم تحديد أحد حديها بهذه الطريقة، وتم تحديد الحد الآخر بمبلغ معين ثابت كحد خاص للغرامة المقررة بالذات أو كحد عام لجميع الغرامات، فنجد أن هناك أشكالاً مختلفة للتدرج الكمي النسبي الموضوعي نوضحه في النقاط الآتية^(٥٨):

أولاً- الغرامات النسبية التي لا يحدد لها المقدار سلفاً:

وهي تلك الغرامات التي لا تتحدد بحد معين لا أدنى ولا حد أقصى، وإنما يجعل المشرع من مقدارها بأن تكون مساوية لقيمة ضرر المترتب من الجريمة أو القيمة التي حصل عليها الجاني من الجريمة، وفي هذه الحالة تكون الغرامة نسبية كاملة، فهي في هذه الحالة يمكن عدها من العقوبات ذات الحد الواحد، إذ إنها تتحدد بقيمة المال محل الاعتداء في كل جريمة على حده، ومن ثم فإن القاضي لا يتمتع بأي سلطة تقديرية في تحديدها، حسب كل جريمة^(٥٩)، ومثال ذلك: نص المادة (١٥٧)

(٥٨) د. أكرم نشأت، مرجع سابق، ص ٩٩ وما بعدها.

(٥٩) د. أكرم نشأت، المرجع السابق، ص ٩٩ وما بعدها، د. فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات، المسؤولية والجزاء الجنائي، دار الهدى للطبوعات بالإسكندرية، ٢٠٠٢م، ص ٢٧٦ وما بعدها.

من قانون الجزاء العماني رقم (٧٤/٧)، التي تعاقب إلى جانب الحبس بغرامة تساوي قيمة الرشوة التي قبلها الموظف العام بعد قيامه بالعمل الذي توخاه الراشي. وكذلك ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (٢١٣) من قانون الجزاء الجديد، على أنه: "يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن (٣) ثلاث سنوات، ولا تزيد على (٥) خمس سنوات، وبغرامة مساوية لقيمة المال موضوع الجريمة كل موظف عام اختلس أموالاً عامة أو خاصة أو ما في حكمها مما هو في حيازته أو تحت إدارته بسبب وظيفته أو بمقتضاها، وإذا حصل الاختلاس بالتزوير أو استعمال محرر مزور تكون العقوبة مدة لا تقل عن (٥) خمس سنوات، ولا تزيد على (١٠) عشر سنوات".

ثانياً- الغرامات ذات الحدين الأدنى والأعلى النسبيين:

في هذا النوع من الغرامة يحدد المشرع حدين أدنى وأعلى للغرامة، وذلك بالمقارنة مع قيمة الضرر الناشئ عن الجريمة، أو الفائدة التي حصل عليها الجاني من الجريمة أو التي أراد الحصول عليها، ويمكن ذكر مثال لذلك في القوانين المقارنة ما نص عليه القانون المصري بشأن الغرامة الضريبية على إيرادات رؤوس الأموال المنقولة بما لا يقل عن ٢٥% ولا يزيد عن ثلاثة أمثال ما لم يؤد من الضريبة^(٦٠)، واتجه الفقه إلى أن هذا النوع من الغرامات كما في المثال السابق يجمع بين صفة الغرامة وصفة التعويض، بينما هناك جانب آخر من الفقه اتجه إلى أن هذا النوع من الغرامات لا يمكن أن يتشابه مع التعويض المدني، فالغرامة الضريبية هي غرامة جنائية، ومن ثم فهي عقوبة تتميز بخصائص الغرامة كعقوبة فتقضي بها المحكمة دون إثبات ركن الضرر^(٦١)، وأتفق مع الرأي الأخير بأن مثل هذه الغرامة تأخذ صفة الغرامة الجنائية كعقوبة، إذ إنها تهدف إلى الردع مثل بقية

(٦٠) د. هدى حامد قشقوش، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة،

٢٠٠٦م، ص ٢٣٥.

(٦١) المرجع السابق، ص ٢٣٥.

العقوبات، ولم يتطرق المشرع العماني إلى مثل هذا النوع من الغرامة في نصوص القانون.

ثالثاً- الغرامات ذات الحد الأدنى الثابت والحد الأعلى النسبي:

وهي الغرامات التي يضع لها المشرع حداً معيناً كحد أدنى ثابت، ويترك حدها الأعلى بدون تحديد مبلغ معين، وإنما يتحدد بالقياس إلى قيمة الضرر الناشئ عن الجريمة أو الفائدة التي حصل عليها الجاني أو التي كان يريد الحصول عليها من الجريمة، ومثال ذلك المادة (٢٠٧) من قانون الجزاء التي نصت على أنه: "يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن (٣) ثلاث سنوات، ولا تزيد على (٥) خمس سنوات، وبغرامة تساوي على الأقل ما أعطي له أو وعد به، ويعزله عن الوظيفة، والحرمان من تولي الوظائف العامة بصورة مطلقة، كل موظف عام طلب أو قبل لنفسه أو لغيره أي مقابل كان، أو أخذ وعداً بذلك من أجل القيام بعمل من أعمال وظيفته أو بواجب من واجباتها، أو الامتناع عن القيام بعمل واجب عليه الامتناع عنه، ويسري حكم هذه المادة، ولو كان العمل المنصوص عليه في الفقرة السابقة لا يدخل في أعمال وظيفة الجاني"، فنجد في هذه المادة أن المشرع حدد الحد الأقصى بشكل نسبي بحيث إنه يترك تحديدها لقياس القاضي، انطلاقاً من الحد الأدنى الذي يجب أن يساوي المال المتحصل عليه من الجريمة على الأقل.

رابعاً- الغرامات ذات الحد الأدنى النسبي والحد الأعلى الثابت:

وهي الغرامات التي يحدد المشرع حدها الأدنى بالقياس إلى قيمة الضرر الناجم عن الجريمة أو الفائدة التي تحصل عليها الجاني، ويجعل حدها الأعلى هو الحد الأعلى العام المقرر في القانون، ومثال ذلك ما نصت المادة (٢٠٧) من قانون الجزاء، وكذلك ما نص عليه في قانون الجزاء العماني رقم (٧٤/٧)، حيث اتخذ المشرع هذا النمط من الغرامة النسبية في المادة (١٥٥) وتنص على أن: "كل موظف قبل رشوة لنفسه أو لغيره مالاً أو هدية أو وعداً أو أي منفعة أخرى ليقوم بعمل شرعي من أعمال وظيفته... يعاقب بغرامة تساوي على الأقل ما أعطي له أو وعد به...."، والمادة (١٥٦) التي تنص على غرامة تساوي على الأقل قيمة الرشوة،

وكذلك المادة (١٥٩) من القانون نفسه في الاختلاس الذي يعاقب الموظف المختلس بغرامة أقلها قيمة ما اختلس.

الفرع الثاني التدرج الكمي النسبي الشخصي

وفقاً للتدرج الكمي النسبي الشخصي لعقوبة الغرامة يتم تحديد العقوبة تبعاً للدخل اليومي لمرتكب الجريمة، حيث إنه وفقاً لهذا النظام يتم تحديد الغرامة فيها بوحدات نسبية تسميها "أيام غرامات"، وهو المبلغ الذي يستطيع المحكوم عليه توفيره يومياً وهو القيمة النقدية لكل وحدة "لكل يوم غرامة"، وقد حددت هذه القوانين الحد الأدنى والحد الأعلى للغرامة التي يلتزم المحكوم عليه بدفعها، وهي عبارة عن المبلغ الذي يمكن التنفيذ عليه.

وقد اختلف الفقه في مدى فعالية هذا النظام، فهناك جانب من الفقه^(٦٢) يرى أن هذا النظام يشوبه بعض العيوب، منها إلزام القاضي اتخاذ المعيار المادي مناطاً لتقدير مبلغ الغرامة وهو اتجاه تقليدي قديم لم يعد مستساغاً ولا فاعلاً بعد أن تطورت الأساليب الإجرامية وتباينت الخطورة الإجرامية التي تحتاج إلى معالجة سليمة فاتضحت ضرورة إحلال المعيار الشخصي، وقد تطرق قانون العقوبات الفرنسي إلى هذا النظام في المادة (٣١ - ٥) حيث حدد نطاق توقيع هذه العقوبة وضوابط تطبيقها، فقد نصت على أنه: "إذا كانت الجنحة معاقباً عليها بالحبس يجوز للمحكمة أن تقضي بعقوبة الغرامة اليومية لمدة عدد معين من الأيام إلى الخزنة العامة، ويتحدد مبلغ كل يوم من أيام الغرامة مع مراعاة دخل المتهم وأعبائه، ولا يجوز أن يزيد على ألفي فرنك، كما يتحدد عدد أيام الغرامة بالنظر إلى ظروف الجريمة، ولا يجوز أن يزيد على ثلاثمائة وستين يوماً"، كما نصت المادة (١٣١ - ٢٥) من قانون العقوبات الفرنسي على أنه: "في حالة الحكم بعقوبة الغرامة اليومية فإن المبلغ الإجمالي للغرامة يكون مستحقاً في نهاية المدة المطابقة مع عدد

(٦٢) د. أكرم نشأت، مرجع سابق، ص ١٠٢.

أيام الغرامات المحكوم بها، وعدم الدفع الكلي أو الجزئي لهذا المبلغ يؤدي إلى حبس المحكوم عليه لمدة تساوي نصف عدد أيام الغرامة التي لم يتم دفعها، وينفذ كما في مواد الإكراه البدني، ويخضع الحبس في هذه الحالة لنظام عقوبة الحبس^(٦٣)، فعلى الرغم مما قيل من كون هذا النظام يحقق أقصى حد ممكن من تناسب العقوبة مع خطأ المجرم وقدرته على دفعها، ومن ثم يمكن أن يضمن هذا النظام عقاباً عادلاً لكل محكوم عليه مهما كان مركزه المالي، إلا أن هذا النظام محاط بالتعقيد الحسابي والتقييد الدقيق اللذين يلازمان تطبيق هذا النظام، وهذا يرهق القاضي ويهدر وقته، فضلاً عن تعذر تطبيق هذا النظام في الأحوال التي لا يمكن فيها توفير أي مبلغ من الدخل اليومي للمحكوم عليه، أو لا يكون له دخل على الإطلاق^(٦٤).

وهناك جانب آخر من الفقه يرى أن العيوب التي يراها الرأي السابق في هذا النظام تعد مزايا له، حيث إن كلا النظامين يكمل كل منهما الآخر، فنظام التدرج الكمي النسبي الموضوعي يكمل نظام التدرج الكمي الشخصي، ويأخذ كل منهما في تقدير الغرامة زاوية معينة، فالنظام الأول: ينظر عند تقديره للغرامة إلى المال محل الجريمة، والفائدة التي حصل عليها الجاني من ارتكاب الجريمة، والنظام الثاني: يراعى الدخل اليومي للجاني الذي يمكن التنفيذ عليه، أي يتم تقسيط الغرامة بما يتناسب مع الدخل اليومي للجاني، ومن ثم فإن كلا النظامين يكمل كل منهما الآخر، ويتعين الأخذ بهما معاً عند تقدير الغرامة، ليكون لهما رد فعل مؤثر على مرتكب الجريمة^(٦٥).

(٦٣) د. شريف سيد كامل، تعليق على قانون العقوبات الفرنسي الجديد، القسم العام، دار النهضة العربية، ط ١، ١٩٩٨م، ص ١٤٢ وما بعدها.
(٦٤) د. أكرم نشأت، مرجع سابق ص ١٠٤ وما بعدها.
(٦٥) د. محمد عبد العزيز قناوي، نظرية التفريد القضائي للجزاء الجنائي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠٠٥، ص ١٣٠.

الخاتمة

لقد تناول هذا البحث موضوع سلطة القاضي الجزائي في اختيار وتدرج العقوبة، معتمداً بشكل أساسي على أحكام القضاء العماني مع بيان موقف المشرع العماني من هذا الموضوع، ولقد انتهى البحث إلى مجموعة من النتائج والتوصيات نلخصها في الآتي:

أولاً- النتائج:

١. إن السلطة التقديرية للقاضي الجزائي أصبحت من المسلمات في الوقت الحالي؛ كون أن التشريعات الجنائية مرت بتطورات عدة لمواجهة الخطورة الإجرامية لدى المجرمين.
٢. إن من مقتضيات تحقيق العدالة وتحقيق الهدف من وجود العقوبات هو تمكين القاضي من أعمال سلطته التقديرية، حيث إن هذه السلطة هي الوسيلة للوصول الى الحقيقة.
٣. إن المشرع العماني أعطى القاضي سلطة تقديرية واسعة، في صور متنوعة ومتعددة بما يحقق الموائمة بين عمل المشرع وعمل القضاة في فرض العقوبة المناسبة لكل جرم.
٤. إن المشرع العماني منح القاضي سلطة تقدير العقوبة بين حدين أدنى وأعلى، وقد اتبع المشرع هذا النهج في غالبية العقوبات التي نص عليها، كونه أراد أن يترك المجال أمام القاضي حتى يستطيع دراسة الواقع واختيار الجزاء المناسب.
٥. إن السلطة التقديرية للقاضي تخضع لضوابط، يسترشد بها القاضي عند اختيار العقوبة منها ما هو متعلق بالمجرم ذاته، ومنها ما هو متعلق بظروف الجريمة.

٦. إن وسائل القاضي الجزائري في استعمال سلطته محددة وفق نصوص قانونية، ومن صورها: التدرج الكمي، والاختيار النوعي للعقوبة، وسلطة وقف تنفيذ العقوبة.

ثانياً- التوصيات:

١. يوصي البحث بضرورة توسع المشرع في العقوبات البديلة، فالأخذ بنظام العقوبات البديلة وإيجاد تنوع واختلاف في العقوبات غير عقوبتي السجن والغرامة من شأنه إيجاد عقوبة مناسبة لبعض المجرمين تناسب الظروف التي تحيط بارتكاب الجريمة.
٢. ضرورة وجود قضاة متخصصين وملمين بالعلوم المساعدة للقانون الجزائري، كعلم النفس الجنائي وعلوم الإجرام والعقاب وغيرها؛ وذلك حتى يستطيع القاضي أن يكوّن قناعته بشكل واضح ودقيق.
٣. يوصي البحث المشرع بأن يضع نصوصاً قانونية تتميز بوجود فرق كبير بين الحد الأدنى والأعلى، وأن يضع ضوابط محددة لتطبيق النص؛ حتى لا يكون هناك استغلال لثغرات القانون.
٤. يوصي البحث المشرع أن يضع صياغة عامة لضوابط تقدير العقوبة بحيث يأخذها القاضي بعين الاعتبار عند تقديره للعقوبة.
٥. يوصي البحث بضرورة النص على وجوب حضور المتهم أمام المحكمة في الجلسة التي يقرر القاضي وقف تنفيذ العقوبة فيها.

قائمة المراجع

- ١) د. أحمد شوقي عمر أبو خطوه، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٣م.
- ٢) د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات/ القسم العام، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٥م.
- ٣) د. أحمد محمد بونه، دور القاضي في تخفيف العقوبة في قانون العقوبات الليبي والقانون الجنائي المغربي أنموذجاً، ليبيا، دار شتات للنشر والتوزيع، ٢٠١٠م.
- ٤) أكرم إبراهيم، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجنائي في تقدير العقوبة، دار الثقافة، عمان، ط١، ١٩٩٨م.
- ٥) جمال الدين محمد بن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٣٣٩هـ.
- ٦) د. حاتم حسن موسى بكار، سلطة القاضي في تقدير العقوبة والتدابير الاحترازية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٢م.
- ٧) خالد الجبور، التفريد العقابي، دار وائل للنشر والتوزيع، ط١، الأردن، ٢٠٠٩م.
- ٨) د. رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٧م.
- ٩) د. سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، كلية الحقوق جامعة الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٠م.
- ١٠) سيد مصطفى داماد، الظروف المخففة في قانون العقوبات الأردني، بحث منشور في مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الشهيد بهشتي، الجزائر، العدد الثاني عشر، ٢٠٠٥م.
- ١١) صالح أحمد كنعان، حدود سلطة القاضي التقديرية في التفريد العقابي في ظل التشريعات الجزائرية الأردنية، رسالة ماجستير غير منشورة، كلية القانون، جامعة عمان العربية، الأردن، ٢٠١٤م.

- ١٢) د. صالح أحمد محمد حجازي، مبدأ الاقتناع الذاتي للقاضي الجزائري، كلية الحقوق/ جامعة الإسراء، الأردن، ٢٠١٥م.
- ١٣) د. طاهر صالح العبيدي، الأحكام العامة للعقوبات وقواعد تنفيذها في قانون الجرائم والعقوبات اليمني والشريعة.
- ١٤) عادل عبد إبراهيم العاني، شرح قانون الجزاء العماني القسم العام، دار الأجيال، عُمان، ٢٠١٨م.
- ١٥) د. عبد العزيز محمد محسن، الأعدار القانونية المخففة من العقاب في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧م.
- ١٦) د. على أحمد راشد، موجز القانون الجنائي، دار النشر للجامعات المصرية بالقاهرة، ١٩٥١م.
- ١٧) د. عمارة فوزي، قاضي التحقيق، أطروحة رسالة دكتوراه، جامعة الاخوة منتوري، الجزائر، ٢٠١٠م.
- ١٨) د. عوض محمد، قانون العقوبات، القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٨٧م.
- ١٩) د. فهد هادي حبتور، ظروف الجريمة وأثرها في تقدير العقوبة، دراسة مقارنة، جامعة عدن، دار الجامعة الجديدة، اليمن، ٢٠١٠م.
- ٢٠) فهد يوسف الكساسبة، وسائل وضوابط السلطة التقديرية للقاضي الجزائري في التقريد العقابي، دراسات علوم الشريعة والقانون، الأردن، ٢٠١٥م.
- ٢١) د. قريمس ساره، سلطة القاضي الجزائري في تقدير العقوبة، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في فرع القانون الجنائي والعلوم الجنائية، جامعة الجزائر، ٢٠١١-٢٠١٢م.
- ٢٢) د. مأمون سلامه، قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩م.

- ٢٣) د. مأمون سلامة، حدود سلطة القاضي الجنائي في تطبيق القانون، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٥م.
- ٢٤) د. محمد سعيد نمور، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الجرائم الواقعة على الأموال، ط٢، الإصدار الثالث، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠م.
- ٢٥) د. محمد أحمد المشهداني، أصول علمي الإجرام والعقاب في الفقهين الوضعي والإسلامي، جامعة الزرقاء الأهلية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٨م.
- ٢٦) د. محمد سامي النبراوي، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات الليبي، منشورات الجامعة الليبية، ليبيا، ١٩٧٢م.
- ٢٧) د. محمد عبد الرحمن بو زير، التطبيق التقديري للعقوبات الجزائية، دراسة في سلطات القاضي الجزائي في تقدير العقوبة في قانون الجزاء الكويتي، كلية الحقوق/ جامعة الكويت، الكويت، ٢٠١٣م.
- ٢٨) د. مزهر جعفر عبيد، الوسيط في شرح قانون الجزاء العماني القسم الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، الأردن، ٢٠١٤م.
- ٢٩) د. مصطفى فهمي الجوهري، تفريد العقوبة، في القانون الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢م.
- ٣٠) د. ممدوح خليل البحر، القيود الواردة على سلطة القاضي الجزائي في وزن الأدلة، كلية القانون، جامعة الشارقة، ٢٠٠١م.
- ٣١) د. هجير بن صغير، سلطة القاضي في النظام الجزائي، رسالة ماجستير، جامعة قاصدي مرياح ورقله، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، ٢٠١٥م.
- ٣٢) د. هدى حامد قشقوش، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦م.

حماية الممتلكات الثقافية في زمن النزاعات المسلحة: أشكال الحماية والانتهاكات

الدكتور/ عادل مساوي*

المخلص:

من المعرف أن الممتلكات الثقافية تظل مشمولة بالحماية كأعيان مدنية في منظور القانون الدولي الإنساني، وتستند حماية الممتلكات الثقافية في النزاعات المسلحة على مبادئ ومقتضيات قانونية منصوص عليها في اتفاقية "لاهاي" لعام ١٩٥٤م، وعلى رأس هذه المبادئ هي أن الأضرار التي تلحق بممتلكات ثقافية يملكها أي شعب "تمس التراث الثقافي الذي تملكه الإنسانية جمعاء".

ووفق هذا الأساس، فإن الدراسة تروم تناول أشكال الحماية لهذه الممتلكات التي توفرها اتفاقية "لاهاي" لعام ١٩٥٤م كما ستقف عند التبعات والنتائج المترتبة عن انتهاك حماية هذه الممتلكات الثقافية أثناء نشوب النزاعات المسلحة والمسؤولية المترتبة عنها سواء كانت دولية أم فردية جنائية.

الكلمات المفتاحية: التراث الثقافي - الممتلكات الثقافية - النزاعات المسلحة - الحماية - الانتهاكات.

*أستاذ القانون الدولي العام - جامعة محمد الخامس بالرباط - المغرب.



The Protection of Cultural Property in Armed Conflict: Protection and Violations

Dr. Adil Moussaoui

Abstract:

The conduct of hostilities has often resulted in the destruction of irreplaceable cultural property. Recognizing the significance of this loss to the cultural heritage of humanities, the international community adopted the 1954 Hague Convention protecting cultural property.

This treaty constitutes one of the most importance tools for the protection of cultural property under International Humanitarian Law (IHL). This articles retraces all the kinds of the protection concerning this cultural property during the armed conflict, it shows also the situation emanated by the violation of the IHL rules and its legal consequences: State responsibility, individual responsibility.

Keywords: Cultural Heritage - Cultural Property - Armed Conflict - Protection - Violation.

”كل شيء ذي قيمة يظل بلا دفاع“^(١)

المقدمة

من المعلوم أن الممتلكات الثقافية تظل مشمولة بالحماية كأعيان مدنية في منظور القانون الدولي الإنساني، وتستند حماية الممتلكات الثقافية في النزاعات المسلحة على مبادئ ومقتضيات قانونية منصوص عليها في اتفاقية "لاهاي" لعام ١٩٥٤م، وعلى رأس هذه المبادئ هي أن الأضرار التي تلحق بممتلكات ثقافية يملكها أي شعب "تمس التراث الثقافي الذي تملكه الإنسانية جمعاً".

ويستشف من هذا الأمر، أن العين الثقافي Le Bien Cultural Propret Cultural- يحيل إلى واجب كوني يلزم جل أعضاء الجماعة الدولية قاطبة^(٢)، فعندما تدمر هذه الممتلكات الثقافية وتصاب بأضرار ليس لكونها تحمل طابعاً ثقافياً فقط، بل لأنها تضرب جانباً رمزياً يتجسد أساساً في الهوية والاعتراف بالآخر^(٣). فعلى مدار العقود والحقب الماضية، لم تسلم المواقع الثقافية والأعمال الفنية من آثار التدمير والخراب جراء الحروب والنزاعات المسلحة، فبالرغم من أشكال الحماية الذي فرضته الأعراف الدولية منذ العصور الأولى للحضارة^(٤)، فقد دفع الدمار الذي خلفته الحرب العالمية الثانية المجتمع الدولي إلى اتخاذ التدابير اللازمة، ووضع قواعد قانونية تروم منح الحماية الخاصة لهذه الممتلكات الثقافية.

(١) مقولة للشاعر الهولندي "ليسيرت".

(٢) Manlio, Frigo (2004) « Cultural property v. cultural heritage: A battle of concepts in international law?», International Review Of the Red Cross, June, Vol 86 , N° 854, p. 368.

(٣) Robert Layta, Peter G stone, Julian Thomas, Destruction and conservation of Cultural property (2001) Routledge, p. 22.

(٤) د. شريف عتلم، محاضرات في القانون الدولي الإنساني، بعثة اللجنة الدولية للصليب الأحمر الدولي، القاهرة، ٢٠٠١م، ص ١١-١٦.

من هنا جاءت اتفاقية "لاهاي" لعام ١٩٥٤م؛ لتلزم كل دولة باتخاذ إجراءات في سبيل صيانة ممتلكاتها الثقافية الخاصة من الهجمات المسلحة، ويتم ذلك عن طريق نقل تلك الممتلكات بعيداً عن العمليات العسكرية المحتملة أو الدائرة، أو تقادي إقامة أهداف عسكرية بالقرب منها في حالة المواقع التاريخية، ولا يجوز للأطراف المشاركة في النزاعات المسلحة توجيه العمليات العدائية ضد الممتلكات الثقافية وعليها تقادي وقوع أضرار عرضية ضد تلك الممتلكات، كما يحظر القانون الدولي الإنساني استعمال هذه الممتلكات الثقافية لأغراض عسكرية.

بالرغم من كل ذلك استمرت هذه الأضرار بالممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة حتى بعد توقف الحرب الباردة، فخلال حرب البوسنة والهرسك في مطلع التسعينات تم تدمير مدينة "دوبروفنيك" الأثرية وجسر "موستار" المصنفان تراثاً إنسانياً من طرف منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة "اليونسكو"^(٥)، إضافة إلى تدمير تمثالي بوذا في مدينة "باميا" الأفغانية من جهة حركة طالبان في بداية الألفية الجديدة.

وتتمتع الممتلكات الثقافية بالحماية أثناء نشوب النزاعات المسلحة بطريقتين: فمن جهة تنطبق عليها أحكام القانون الدولي الإنساني التي تمنح الحماية للممتلكات المدنية، إذا كانت مدنية بطبيعتها، ومن جهة ثانية تكرر الاتفاقية المذكورة في أعلاه بحماية الممتلكات الثقافية أثناء اندلاع ونشوب النزاعات المسلحة، وسيجري تعزيز هذه الاتفاقية بالبروتوكولين الملحقين ١٩٧٧م لاتفاقية جنيف الأربع لعام ١٩٤٩م، فهكذا أضحت الاتفاقية جزءاً من القانون الدولي العرفي الإنساني.

وجاءت اتفاقية "لاهاي" لعام ١٩٥٤م بالعديد من الالتزام، تلزم بموجبها الدول باتخاذ عدة تدابير من أجل صيانة الممتلكات الثقافية الخاصة من الهجمات المسلحة، ويتم ذلك عن طريق نقل هذه الممتلكات بعيداً عن العمليات العسكرية المحتملة أو

(٥) تجدر الإشارة إلى أن منظمة اليونسكو مسئولة عن تصنيف هذه المنشآت الثقافية كتراث عالمي إنساني بموجب اتفاقية باريس للتراث العالمي لعام ١٩٧٢م.

الدائرة، أو تقادي إقامة أهداف عسكرية بالقرب من المواقع الأثرية والتاريخية، إضافة إلى إلزام الدول الأطراف بعدم استعمال الممتلكات الثقافية كأهداف عسكرية، وفي الوقت نفسه أقرت اتفاقية "لاهاي" مشروعية شن الهجمات على الممتلكات الثقافية، إذ تم تحويل هذه الممتلكات إلى أهداف عسكرية إعمالاً لمبدأ الضرورة العسكرية الملحة.

وتعزز الإطار القانوني لحماية الممتلكات الثقافية في زمن النزاعات المسلحة إلى جانب اتفاقية "لاهاي" ١٩٥٤م، والبروتوكول الأول لعام ١٩٥٤م، والنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية بإضافة بروتوكول ثاني عام ١٩٩٩م لاتفاقية "لاهاي".

من أجل كل ذلك، ستحاول هذه الورقة أن تجيب عن الإشكالية الآتية: إلى أي مدى يسهم القانون الدولي الإنساني، في توفير الحماية للممتلكات الثقافية على غرار الفئات المحمية الأخرى أثناء نشوب النزاعات المسلحة؟ وإلى أي حد يترتب عن انتهاك مبادئ هذه الحماية إقرار المسؤولية الجزائية لدى مرتكبيها؟

وبناء على ما تقدم، سنقسم هذه الورقة إلى مبحثين أساسيين: الأول سنتناول فيه الإطار القانوني أو المصادر القانونية التي توفر أشكال الحماية لهذه الممتلكات الثقافية بدءاً من الحماية العامة مروراً بالحماية الخاصة، وصولاً إلى الحماية المعززة، أما في المبحث الثاني فسننتوقف عند التكييف القانوني المتعلق بإقرار المسؤولية الدولية والجزائية والجنائية المترتبة عن انتهاك حماية هذه الممتلكات الثقافية، وعدم صونها أثناء اندلاع النزاعات المسلحة.

المبحث الأول

الإطار القانوني الدولي لحماية الممتلكات الثقافية

من نافلة القول، إن أحكام القانون الدولي الإنساني، تشير إلى "الأعيان المحمية" والمقصود منها عادة العقارات والمنقولات والمناطق التي لا تشترك في الأعمال

العسكرية ومن ثم تتمتع بحماية القانون الدولي الإنساني، ويمكن تقسيم هذه الأعيان إلى: أعيان ذات صلة بالفئات المحمية، ومناطق محمية وممتلكات ثقافية وأشغال هندسية ومنشآت تحتوي على قوى خطرة، وأخيراً البيئة الطبيعية^(٦).
وتعكس هذه الحماية التوسع الذي لحق بنظام القانون الدولي الإنساني؛ حيث لم يعد قاصراً كما كان عليه الحال حتى منتصف القرن الماضي، على حماية ضحايا الحروب من الأفراد وتخفيف معاناتهم، بل امتد نطاقه ليكفل الحماية الخاصة للممتلكات الثقافية في فترات الحروب، وقد جاء هذا التوسع في نطاقه ليشمل كنتيجة طبيعية لما خلفته الحروب سواء الدولية فيها أم غير الدولية على مر العصور للعديد من الدمار والسلب والنهب للممتلكات الثقافية بمختلف أنواعها^(٧).

المطلب الأول

أهمية التراث الثقافي وحمايته

إن التراث الثقافي لأية دولة لا يمثل ملكاً خالصاً لفرد أو شعب أو دولة من الدول على وجه الحصر، إنما يمثل تراثاً مشتركاً للإنسانية^(٨) جمعاً، فالفكرة المحورية التي يقوم عليها هذا المفهوم في القانون الدولي هو أن الأجيال الحاضرة ما هي سوى جزء من حلقة يجب ألا تنقطع، فهناك إذن تضامن عالمي في الزمان بين الأجيال المتعاقبة وفي المكان أيضاً بين الشعوب قاطبة، مما يتماشى مع منطوق اتفاقية "لاهاي" لعام ١٩٥٤م ".... إن الأضرار التي تلحق بممتلكات ثقافية يملكها أي شعب كان تمس التراث الثقافي الذي تملكه الإنسانية جمعاء، فكل شعب يساهم بنصيبه في

(٦) د. شريف عتلم، المستشار خالد غازي، دليل تدريب القضاة على أحكام القانون الدولي الإنساني،

اللجنة الدولية للصليب الأحمر الدولي، ٢٠٠٨م، ص ٣٧.

(٧) David Eric, Principes de droit des conflits armés, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 215.

(٨) د. عبد القادر القادري، مفاهيم القانون الدولي، دار تويقال للنشر، ١٩٩٠م، ص ٦٩.

الثقافة العالمية ولاعتبارها أن في المحافظة على التراث الثقافي فائدة عظيمة لجميع شعوب العالم وأنه ينبغي أن يكفل لهذا التراث حماية دولية^(٩).

وترى لجنة القانون الدولي أن التراث الثقافي يشمل الممتلكات التي تشكل جزءاً من التراث الثقافي، ويجوز أن تكون ممتلكات الدولة مشمولة في التراث الثقافي الوطني، ويضم التراث الوطني جوانب عديدة منها الآثار والمباني والمواقع، بينما يشير التراث الطبيعي إلى السمات والمواقع الطبيعية، (التشكيلات الجيولوجية والطبيعية)، التي لا يمكن تحديد قيمتها النقدية بسهولة، بل تكمن قيمتها في أهميتها المعنوية والتاريخية أو الفنية أو العلمية أو الجمالية، أو في حفظها أو في جمالها الطبيعي^(١٠).

ووضعت اتفاقية حماية التراث الثقافي والطبيعي العالمي لعام ١٩٧٢م تعريفاً شاملاً للتراث الثقافي موضحاً مكوناته^(١١)، وعرفته أنه المعالم الطبيعية المكونة من تشكيلات طبيعية أو بيولوجية أو مجموعات لهذه التشكيلات، والتي تتميز بقيمة عالمية فائقة من الزاوية الجمالية أو العلمية أو زاوية الحفظ أو الجمال الطبيعي، كما

(٩) انظر: ديباجة اتفاقية لاهاي لعام ١٩٥٤م لحماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة.
(١٠) سلامة صالح الرهايفة، حماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة، دار الحامد للنشر ٢٠١٢م، ص ٥٤.

(١١) تعريف المادة: ١ التراث الثقافي لأغراض الاتفاقية:

المعالم الأثرية: أعمال الهندسة المعمارية وأعمال النحت والزخرفة والعناصر أو الهياكل الأثرية الطابع والنقوش، والكهوف السكنية ومجموعات المعالم التي تتميز بقيمة عالمية فائقة من الزاوية التاريخية أو الفنية أو العلمية.

مجموعات المباني: المباني المستقلة أو المتصلة التي تتميز بقيمة عالمية فائقة من الزاوية التاريخية أو الفنية أو العلمية بسبب فنها المعماري أو مكانتها في المنظر الطبيعي.

المواقع: الأعمال التي أنجزها البشر أو الأعمال التي صنعتها الطبيعة والبسر، والمناطق التي توجد بها مواقع أثرية ذات قيمة عالمية فائقة من الزاوية التاريخية أو الجمالية أو الاثنولوجية أو الانثروبولوجية.

يشمل التراث الثقافي العالمي أيضاً: المتاحف والمؤسسات الثقافية، المباني التاريخية والمواقع الأثرية، هذا فضلاً عن التراث الثقافي غير المادي الذي يتضمن الأعمال الفنية بمعناها الواسع، كما أن اتفاقية التراث الثقافي والطبيعي لعام ١٩٧٢م أشارت إلى أن الحيوانات والنباتات المهددة تعد جزءاً من التراث الثقافي العالمي.

وتنص اتفاقية اليونسكو لعام ١٩٧٠م على مبادئ أساسية لحماية التراث العالمي، وتخول لكل دولة الحق في إقرار تراثها الثقافي وحمايته، وفي هذا الخصوص تتضمن الاتفاقية أقل التعليمات المطلوبة لتحقيق حماية أفضل للتراث الثقافي المحلي والأجنبي، وللحيلولة من غير استيراد وتصدير التراث الثقافي بطريق غير مشروع، وتلتزم الدول الأعضاء بتسليم التراث الثقافي الذي تم إدخاله بشكل غير شرعي بناء على طلب من الدولة الأصلية (الطرف في الاتفاقية)، المالكة لهذا التراث^(١٢).

اللافت أن التراث الثقافي يعد عنصراً مهماً للهوية الثقافية للأفراد والمجتمعات والدول، ويترتب على تدميره المتعمد نتائج ضارة بالكرامة البشرية وبحقوق الإنسان^(١٣)، وينبغي للدول عندما تشتبك في نزاع مسلح، سواء أكان ذا طابع دولي أم غير دولي، بما في ذلك في حالة الاحتلال، أن تتخذ جميع التدابير الملائمة من أجل القيام بأنشطتها على نحو يكفل حماية الممتلكات الثقافية وفقاً لمبادئ وأهداف الاتفاقات الدولية والقانون العرفي، والمتعلقة بحماية ذلك التراث أثناء أعمال القتال^(١٤).

وتسعى الاتفاقيات الدولية المعنية وقواعد العرف الدولي إلى حماية الممتلكات الثقافية باعتبارها جزء من التراث الإنساني، وتؤدي النزاعات المسلحة عادة إلى عدم الإضرار بالمدنيين فقط وحقهم في الحياة وغيرها من الحقوق المعترف بها دولياً وداخلياً، بل تمتد إلى تدمير الممتلكات الثقافية والحضارية للشعوب.

(12) Toman, Jiri , La protection des biens culturels en cas de conflit armé, Ed, UNESCO 1994, p. 230.

(١٣) نص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ١٩٤٨م.

(١٤) إعلان اليونسكو بشأن التدمير المتعمد للتراث الثقافي لمؤتمر منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة المنعقد في دورته الثانية والثلاثين في باريس عام ٢٠٠٣م، ص ١.

وتحدد المعايير العامة المستعملة لتحديد الممتلكات الثقافية المحمية على أساس الأهمية الفنية أو التاريخية أو الأثرية لهذه الممتلكات، وضمن هذا النطاق، هناك مصلحتان أساسيتان تتحققان عند القيام بالحماية، هما: مصلحة الدول منفردة، ومصلحة شاملة "مصلحة المجتمع الدولي"^(١٥)، وتتطلب حماية الممتلكات الثقافية والحضارية السير في اتجاهين هما:

الاتجاه الأول مادي: ويشمل الصيانة، والترميم، والحماية، والحفظ، والتوثيق، وإعداد الدراسات الاستكشافية والتحليلية، وتأسيس المؤسسات أو المصالح المتخصصة في مجال الرعاية والحفظ، وتوفير العناصر البشرية والفنية، ودعمها بالأموال المطلوبة للقيام بدورها.

أما الاتجاه الثاني فهو قانوني: ويتعلق بإصدار وتطوير التشريعات القانونية الوطنية والدولية من أجل الحفاظ على تلك الممتلكات بما فيها إنشاء أجهزة أمنية وقضائية؛ لتنفيذ ومتابعة تلك القوانين، والحرص على سلامة المواقع الأثرية والتاريخية، ومنع الاعتداء على الآثار وسرقتها وتخريبها أو الاتجار بها.

ولا بد من الإشارة إلى أن الأولوية في أي نزاع مسلح تكون عادة في توفير الحماية للمدنيين بالدرجة الأولى، وللأشخاص، والأعيان التي لا تشارك بشكل مباشر في القتال، ويؤدي اعتماد مبدأ التمييز بين الأهداف العسكرية والأعيان المدنية إلى توفير هذه الحماية القانونية.

والحقيقة أن الاهتمام لم ينصب على تبني قواعد تحمي الممتلكات الثقافية في حالة الحرب في حقبة حديثة العهد نسبياً، وتم ذلك في البداية من خلال المبدأ الأساسي القائل بالتمييز بين الأهداف العسكرية، والممتلكات المدنية، ويرجع الفضل في ذلك إلى "جان جاك روسو" الذي كان له السبق في طرح مبدأ التمييز بوضوح، إذ قال: "إن الحرب ليست علاقة بين شخص وآخر، وإنما بين دولة وأخرى، يكون فيها الأفراد أعداء بالصدفة، وليس كأشخاص أو مواطنين وإنما كجنود"، ويشمل مبدأ التمييز بين الأهداف

(١٥) نفس المصدر، ص ٦.

العسكرية والممتلكات المدنية جميع قوانين الحرب وأعرافها، لاسيما القواعد المتعلقة بسير العمليات العدائية^(١٦).

وتتمتع الممتلكات الثقافية من جانبيين: الجانب الأول بحكم طابعها المدني، أما الجانب الثاني كونها جزءاً من التراث الثقافي أو الروحي للشعوب، ومن ثم، فإنها تحظى بحماية مزدوجة: فهي محمية من جهة بصفتها ممتلكات مدنية وتسري عليها جميع الأحكام المتعلقة بحماية الممتلكات أو الأهداف المدنية، ومن جهة أخرى تخضع لحماية خاصة بموجب الأحكام المتعلقة بحماية الممتلكات الثقافية في حالة النزاع المسلح، وليس هناك تناقض بين النوع الأول والثاني من الحماية، بل هما متطابقان^(١٧).

ويجب أن يتم تبني التدابير اللازمة لحماية الممتلكات الثقافية في أوقات النزاعات المسلحة، في أوقات السلم، وذلك باتخاذ الخطوات المناسبة التي تدعم تبني تشريعات مناسبة من الدول؛ لتحديد المسؤوليات، ووضع خطة واضحة ومفصلة بشكل دقيق لحماية الممتلكات الثقافية، إلى جانب تبني برامج مدروسة؛ للتعريف بأهمية هذه الممتلكات وقيمتها الكبيرة للبشرية جمعاً، وأهمية الحفاظ عليها من جانب كل الأفراد والهيئات والمؤسسات الرسمية وغير الرسمية؛ لضمان حمايتها واحترامها من جميع الأفراد ولدرء خطر مهاجمتها من جهة اللصوص والعابثين^(١٨).

وظل تملص عدم تصديق عدد من الدول على بعض معاهدات القانون الدولي الإنساني المهمة فقد شرعت اللجنة الدولية للصليب الأحمر مع مجموعة من الخبراء البارزين في إجراء دراسة دولية متخصصة حول ممارسات الدول الراهنة فيما يتعلق

^(١٦) فرنسو بونيون، نشأة الحماية القانونية للممتلكات الثقافية في حالة النزاع المسلح ضمن إطار القانون الدولي الإنساني التعاقدية والعرفية - اجتماع الذكرى الخمسين لاتفاقية لاهاي لعام ١٩٥٤م، منشورات اللجنة الدولية للصليب الأحمر، ٢٠٠٤م، ص ٧.

^(١٧) Protection of Culture Property in the event of armed conflict- Report on the meeting of experts-Advisory service on inter on international humanitarian law- International Committee of the Red Cross- Geneva 2002, p. 8.

^(١٨) Protection of Culture Property, Op.cit., p. 9.

القانون الدولي الإنساني بهدف تحديد قواعد القانون العرفي في هذا المجال، وقد تم إنجاز هذا العمل الكبير، ونشره في عام ٢٠٠٧م، وفي القواعد المتعلقة بالأشخاص والأعيان المشمولة بعناية خاصة أشار الخبراء إلى مجموعة من القواعد العرفية المعنية بحماية الممتلكات الثقافية وتتضمن ما يأتي:

- يجب إيلاء اهتمام خاص في العمليات العسكرية؛ لتجنب الأضرار بالمباني المخصصة لأغراض دينية، أو فنية، أو علمية، أو ترويحية، أو خيرية، وبالأثار التاريخية ما لم تكن أهدافاً عسكرية.
- يجب أن لا تكون الممتلكات ذات الأهمية العظيمة للتراث الثقافي لأي شعب محلاً للهجوم إلا في الحالات التي تستلزمها الضرورة العسكرية القهرية.
- وتتم ممارسة الدول لهذه القواعد كإحدى قواعد القانون الدولي العرفي المطبقة في النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية، وبينما يتعين أن تتخذ، في أي هجوم ضد هدف عسكري، الاحتياطات الممكنة كافة لتجنب التسبب بأضرار عرضية للأعيان المدنية، وفي كل الأحوال حصرها في الحد الأدنى، يتطلب إيلاء اهتمام خاص لتجنب الإضرار ببعض أكثر الأعيان المدنية قيمة، وقد أقر هذا المبدأ سابقاً في مدونة ليدر، وفي إعلان "بروكسيل" ودليل لائحة "لاهاي"^(١٩).
- وتتسبب الحروب التي تحدث في مختلف مناطق العالم بحدوث الاضطرابات والقتل والدمار، والإضرار بالاستقرار السياسي والاقتصادي والاجتماعي للدول، ولا تتحصر آثارها على ذلك فقط، بل تؤدي إلى تدمير وفقدان وتشويه ذاكرة البشر

^(١٩) لويز دوزوالد بك، القانون الدولي الإنساني العرفي، المجلد الأول، القواعد - اللجنة الدولية للصليب الأحمر، القاهرة ٢٠٠٧م، ص ١١٤.

المتعلقة بهويتهم الثقافية وراثهم الحضاري^(٢٠)، وذهب أيضاً إلى أن هذه الأعمال يمكن أن تؤدي إلى وضع أشبه "باحتيال التاريخ"^(٢١).

وتتمثل القاعدة الأساسية المتعلقة بحماية الممتلكات الثقافية في أوقات النزاعات المسلحة في اعتماد مبدأ مهم يدعو الأطراف المتنازعة إلى عدم اتخاذ هذه الأماكن هدفاً للهجوم ما دامت تمثل أعياناً مدنية، ويمكن مهاجمتها فقط في حال اكتسبت صفة الهدف العسكري "في حالة الضرورة العسكرية"^(٢٢)، ويرجع واجب إيلاء اهتمام خاص لتجنب الإضرار بالمباني المخصصة لأغراض دينية أو فنية أو علمية أو تعليمية أو خيرية والآثار التاريخية شريطة أن لا تستعمل لأغراض عسكرية، في الكثير من كتيبات الدليل العسكري، وتنص تشريعات العديد من الدول على أن مهاجمة هذه الأعيان يشكل جرماً يعاقب عليه القانون، وقد أدانت الدول، ومنظمة الأمم المتحدة ومنظمات دولية أخرى الهجمات ضد هذه الأعيان في نزاعات جرت على سبيل المثال في أفغانستان كما حدث عند تدمير تماثيل "بوذا" في "باميان" التي كان لها أثر في المجتمع الدولي بأسره، وقد أعرب مجلس الأمن الدولي ومنظمة اليونسكو في هذا الصدد عن قلق المجتمع الدولي العميق إزاء تزايد أعمال التدمير المتعمد للتراث الثقافي وعن دعوتها إلى الكف عن تدمير التراث الثقافي، إلى الإنسانية، وأشارت اليونسكو إلى أن أي دولة تقوم عمداً بالتدمير أو تمتنع عمداً عن اتخاذ التدابير الملائمة لحظر، ومنع ووقف ومعاينة أي تدمير عمدي لتراث ثقافي ذي قيمة عظيمة بالنسبة للإنسانية، سواء أكان ذلك التراث مدرجاً في قائمة تحتفظ

(20) Le Goff (J), Patrimoine et passion identitaire du patrimoine, Ed. Fayard 1998, p. 24.

(٢١) حسن جوني، تدمير الأعيان الثقافية أو احتلال التاريخ، مجلة الإنساني، عدد ٤٧، شتاء ٢٠٠٩/٢٠١٠م.

(٢٢) المادة: ٤ من اتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة ١٩٥٤م.

بها اليونيسكو أو أي منظمة دولية أخرى أم لم يكن تتحمل المسؤولية عن ذلك التدمير ضمن الحدود التي يقرها القانون الدولي^(٢٣).

وكذلك تدمير المتحف الوطني العراقي عند احتلاله في عام ٢٠٠٣م، فضلاً عن تدمير الأضرحة ودور العبادة، وتدمير الضريح المقدس للإمام العسكري في سامراء الذي كان في حماية قوات الاحتلال، والذي جرى تفجيره بالكامل وسرقة كل مقتنياته الأثرية، وكما حدث أيضاً في التراث الثقافي في يوغوسلافيا السابقة عام ١٩٩٩م^(٢٤).

وتلزم قواعد القانون الدولي القوات المحتلة بوقاية واحترام الممتلكات الثقافية والحفاظ عليها على الأقل، وبشكل لا يقبل الجدل منذ تبني اتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩م، واتفاقية "لاهاي" لحماية الممتلكات الثقافية في النزاعات المسلحة لعام ١٩٥٤م^(٢٥).

من هنا تأتي أهمية التوقف والتدقيق في الأساس القانوني الذي يكفله القانون الدولي الإنساني من أجل ضمان الحماية القانونية، وأشكالها على الممتلكات الثقافية أثناء نشوب النزاعات المسلحة، وهو ما سنتناوله في المطلب الثاني من المبحث الأول.

المطلب الثاني

آليات وأشكال الحماية الدولية للممتلكات الثقافية

يظل مفهوم الحماية القانونية للممتلكات القانونية لا ينطوي على معنى واحد في الوثائق الدولية، فالمدلول الضيق لكلمة "الحماية" هو عدم تخريب الممتلكات

(٢٣) إعلان اليونيسكو بشأن التدمير المتعمد للتراث الثقافي، الدورة الثانية والثلاثين، باريس ٢٠٠٣م، ص ٣.

(24) Bahrani Zainab(2003), Iraq's cultural heritage: Monuments history and loss, The Art Journal Vol 62, December, p. 17.

(٢٥) المادة: ٤ الفقرة: ٣ من اتفاقية لاهاي لعام ١٩٥٤م.

الثقافية المادية، ومنع تدمير الممتلكات الثقافية غير المادية وحماية حقوق مؤلفيها وحماية حقوق مستخدميها، أما المعنى الواسع "الحماية" فإن حماية الممتلكات الثقافية لا تفترض صيانتها وتأمين أداء مهامها فقط، إنما المساعدة على تطور هذا النوع من النشاط الإبداعي واتساع رعايتها الثقافية.

إن ما ينبغي الإشارة إليه في هذا المجال، أن آلية الحماية والمتمثل في الاتفاقيات الثقافية، تعمل في الوقت الحاضر في ثلاثة اتجاهات رئيسية: إذ يتضمن الاتجاه الأول، العمل القانوني الدولي والمتمثل في الاتفاقيات النافذة والوثائق الأخرى ذات الطابع العام أو الإقليمي.

أما الاتجاه الثاني، فيشمل القرارات والتوصيات الصادرة عن اليونسكو وغيرها من المنظمات الحكومية وغير الحكومية.

وأخيراً الاتجاه الثالث الذي يتمثل في العمل الدولي المشترك من مؤتمرات ووثائق دولية، أو حتى مشاريع الاتفاقات والقوانين التي تؤمن تنظيم هذه المسألة. وما تجدر الإشارة إليه، إن لهذه المسألة جذوراً تاريخية ترجع إلى الاتفاقية العامة لحماية البعثات العلمية المبرمة في عام ١٨٨٥م، وإلى اتفاقية "برن" لحماية المصنفات الأدبية والفنية لعام ١٨٨٦م، وكذلك لاتفاقيتي "لاهاي" لعامي ١٨٩٩م و١٩٠٧م فيما يتعلق منها بحماية الممتلكات الثقافية في أوقات الحرب، ثم اتفاقية سان جيرمان الموقعة عام ١٩١٩م ومعاهدة نيد الحرب "معاهدة باريس لعام ١٩٢٨م" (٢٦).

غير أن اتفاق رويرش الذي وقعته الدول الأمريكية عام ١٩٣٥م، يعد أول وثيقة قانونية دولية تنظم مسائل حماية الممتلكات والمؤسسات الثقافية، كذلك خال اتفاقية "لاهاي" لعام ١٩٥٤م لحماية الممتلكات الثقافية في حالة النزاع المسلح، تعد الوثيقة القانونية الأساسية التي جاءت مكملة لجهود "ميثاق رويرش" (٢٧).

(٢٦) علي خليل إسماعيل الحديثي، حماية الممتلكات الثقافية في القانون الدولي، "دراسات تطبيقية

مقارنة"، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٩م، ص ٢٤.

(٢٧) انظر المصدر نفسه، ص ٢٤.

فبموجب اتفاقية "لاهاي" لعام ١٩٠٧م في حالات الحصار أو القصف يجب اتخاذ كافة التدابير اللازمة لتفادي الهجوم، قدر المستطاع، على المباني المخصصة للعبادة، والفنون، والعلوم، والأعمال الخيرية، والآثار التاريخية، والمستشفيات، والمواقع التي يتم فيها جمع المرضى والجرحى شريطة ألا تستخدم في الظروف السائدة آنذاك لأغراض عسكرية، ويجب على المحاصرين أن يضعوا على هذه المباني أو أماكن التجمع علامات ظاهرة محددة يتم إشعار العدو بها مسبقاً^(٢٨).

وفي نفس الإطار نفسه تضمنت معاهدة "لاهاي" لعام ١٩٠٧م مقتضيات تشير إلى أن: "امتلاك البلديات والمنشآت المخصصة لممارسة العبادة وأعمال البر والتعليم والفنون، حتى تلك التي تكون مملوكة للدولة يجب عدها كالممتلكات الخاصة، وأن كل حجز أو أضرار متعمدة لهذه المنشآت والآثار التاريخية والأعمال الفنية والعلمية هو أمر ممنوع وتتعين ملاحظته"^(٢٩).

وستتواصل عملية تعزيز الآليات القانونية لضمان مبدأ حماية الممتلكات الثقافية في الاتفاقيات الدولية المتعاقبة، ولاسيما في البروتوكولات الملحقه لاتفاقيات جنيف الأربع لعام ١٩٤٩م والموقعة في عام ١٩٧٧م.

"تحظر الأعمال الآتية، وذلك دون الإخلال بأحكام اتفاقية "لاهاي" المتعلقة بحماية الأعيان الثقافية في حالة النزاع المسلح المعقودة بتاريخ ١٤ أيار / مايو ١٩٥٤م، وأحكام المواثيق الدولية الأخرى الخاصة بالموضوع:

(أ) ارتكاب أي من الأعمال العدائية الموجهة ضد الآثار التاريخية أو الأعمال الفنية أو أماكن العبادة التي تشكل التراث الثقافي أو الروحي للشعوب.
(ب) استخدام مثل هذه الأعيان في دعم المجهود الحربي.

(٢٨) انظر المادة ٢٧ اتفاقية لاهاي لعام ١٩٠٧م المتعلقة بقوانين وأعراف الحرب البرية.

(٢٩) انظر المادة ٥٦ اتفاقية لاهاي لعام ١٩٠٧م المتعلقة بقوانين وأعراف الحرب البرية.

ج) اتخاذ مثل هذه الأعيان محلاً لهجمات الردع^(٣٠).

فكلا البروتوكولين الإضافيين قاما بتعريف الممتلكات الثقافية على أنها الآثار التاريخية، أو الأعمال الفنية وأماكن العبادة التي تشكل التراث الثقافي أو الروحي للشعوب، بينما السريان ينسحب على النزاعات الدولية حسب البروتوكول الأول وعلى النزاعات غير الدولية حسب البروتوكول الإضافي الثاني، في حين يتم تكريس هذه الحماية لهذه الممتلكات بحظر استخدامها الثقافية في دعم المجهود الحربي، أو اتخاذها محلاً لهجمات الردع.

وتتوقف هذه الحماية عندما تصبح الممتلكات الثقافية هدفاً عسكرياً^(٣١)، وتشمل هذه الأهداف العسكرية ما يأتي:

- الأعيان التي تسهم مساهمة فاعلة في العمل العسكري.
- يكون إسهامها هذا ناتجاً عن طبيعتها أو موقعها أو غايتها أو استخدامها.
- يحقق تدميرها التام أو الجزئي أو الاستيلاء عليها أو تعطيلها في الظروف السائدة حينذاك ميزة عسكرية أكيدة^(٣٢).

وبعد هذا المدخل الضروري الذي يرسم الإطار العام لهذه المسألة، لا بد لنا من استعراض مدلول الحماية وقت الحرب للممتلكات الثقافية في ضوء الأفكار الجديدة التي جاءت بها اتفاقية "لاهاي" لعام ١٩٥٤م، والحقيقة أن الاتفاقية استلهمت في ديباجتها بعض الأحكام المبدئية الخاصة بحماية الممتلكات الثقافية، فبصدد الحكم

(٣٠) انظر كل من المادة: ٥٣ من البروتوكول الإضافي الأول والمادة: ١٦ من البروتوكول الإضافي الثاني لعام ١٩٧٧م.

(٣١) لقد أكد القضاء الدولي على هذا السبب لزال الحماية المقررة على الممتلكات الثقافية. ففي حكمها في قضية Blaskic indictment ذهبت المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة إلى وجوب ألا تستخدم الممتلكات الثقافية وأماكن العبادة لأغراض عسكرية، وألا تكون على مقربة من الأهداف العسكرية.

(٣٢) انظر نفس المرجع السابق.

الأول فقد ورد: "أن الأضرار التي تلحق بممتلكات ثقافية يملكها أي شعب كان، تمس التراث الثقافي الذي تملكه الإنسانية جمعاء، فكل شعب يسهم بنصيبه في الثقافة العالمية"^(٣٣).

أما الحكم الآخر فيتعلق بفاعلية هذه الممتلكات، من حيث ضرورة تنظيمها منذ وقت السلم باتخاذ الإجراءات اللازمة سواء أكانت وطنية أم دولية^(٣٤)، ومن الجدير بالذكر، أن اتفاقية "لاهاي" تتناول صنفين من الحماية للممتلكات الثقافية هي: الحماية العامة، والحماية الخاصة^(٣٥).

وبعد النجاح المحدود لهذين النظامين، استحدث بروتوكول ١٩٩٩م نظاماً جديداً وثالثاً أطلق عليه "الحماية المعززة"^(٣٦) للممتلكات الثقافية التي تمثل تراثاً ثقافياً على أكبر جانب من الأهمية.

أولاً- الحماية العامة: حددت المادة الثانية من الاتفاقية نوعين أساسيين من الحماية العامة للممتلكات الثقافية هما الوقاية والاحترام، فالوقاية تستوجب من الدول أن تتخذ منذ وقت السلم من الإجراءات الكفيلة بذلك وفقاً لما تراه مناسباً لها^(٣٧).

وينبغي التنويه على مسألة مهمة، هي أن الاتفاقية عندما تبنت نوعي الحماية العامة للممتلكات الثقافية، تأخذ بنظر الاعتبار مسألة التباين ما بين الوقاية والاحترام كما يأتي:

- إن معنى الوقاية يقتصر على التدابير الوقائية التي تتخذها كل دولة داخل إقليمها لحماية الممتلكات الثقافية، منذ وقت السلم، في حين أن الاحترام يعني

(٣٣) علي خليل إسماعيل الحديثي، مرجع سابق. ص ٥٦.

(٣٤) انظر: ديباجة اتفاقية لاهاي ١٩٥٤م.

(٣٥) انظر: المواد ٢، ٨ من اتفاقية لاهاي ١٩٥٤م.

(٣٦) انظر: المادة ١٠ من البروتوكول الإضافي الثاني لسنة ١٩٩٩م الاتفاقية لاهاي ١٩٥٤م.

(٣٧) انظر المادة ٢ من الاتفاقية.

الالتزامات المترتبة على عائق الدولة، والدولة الخصم في احترام الممتلكات الثقافية الكائنة في أقاليمها وقت الحرب.

- إن الوقاية تفترض اتخاذ التدابير والإجراءات المناسبة، أما الاحترام فهو يفترض التحفظ من أية تدابير انتقامية وأعمال عدوانية قد تعرض الممتلكات الثقافية للتدمير أو التلف أو التخريب^(٣٨).

- إن التباين يكمن -أيضاً- في أن احترام الممتلكات الثقافية قد لا يلتزم به فيما إذا كانت هناك ضرورات حربية، تستلزم ذلك، وتجدر الإشارة -أيضاً- إلى أنه لا يحق للدولة التحلل من الالتزام باحترام الممتلكات الثقافية حتى وإن لم تتخذ الدولة الخصم التدابير اللازمة لوقايتها^(٣٩).

هذا وتشمل التدابير الوقائية التي تتخذها الدولة أيضاً كل الإجراءات التي من شأنها، أن تلزم أفراد قواتها المسلحة على احترام الممتلكات الثقافية إبان الحرب، وذلك من خلال اللوائح والتعليمات العسكرية^(٤٠)، وغير ذلك من الإجراءات الأخرى، كالعامل على إعداد الأقسام وإنشاء الدوائر الخدمية في صفوف القوات المسلحة التي تعنى بهذه المسألة وتكون على صلة بالسلطات المدنية ذات العلاقة^(٤١).

أما احترام الممتلكات الثقافية إبان الحرب يفترض هو الآخر بعض الإجراءات إلى جانب تلك المذكورة آنفاً، ولعله من المفيد بمكان، الاستدلال بنص المادة ٤ من الاتفاقية التي تسيّر إلى ضرورة الامتناع عن استخدام الممتلكات الثقافية أو الوسائل المخصصة لحمايتها، في الأغراض العسكرية، ومن ثم التحفظ من أعمال النهب والتدمير وغيرها من الأعمال العدائية الموجهة إزاء هذه الممتلكات.

(٣٨) راجع المادة ٤ من الاتفاقية، الفقرات ١-٢-٣.

(٣٩) انظر المادة ٤ من الاتفاقية الفقرات ٢ و٥.

(٤٠) انظر الفقرة الأولى من المادة: ٧.

(٤١) راجع الفقرة الثانية من المادة نفسها.

في حين تتناول المادة ٥ من الاتفاقية هذه المسألة في ظل الاحتلال، وما نلاحظه في هذا الصدد أن مفهوم الاحتلال لم يلق ذلك التحديد الدقيق، مما ينبغي القيام به للإحاطة به وصولاً إلى تحديد فعل المادة ٥ تحديداً دقيقاً. فالقانون الدولي ينظر إلى الاحتلال العسكري، كحادث مادي وقتي وذي نتائج قانونية^(٤٢)، أقرتها اتفاقية "لاهاي" لعام ١٩٠٧م، وأقرتها التشريعات الداخلية لمعظم الدول^(٤٣)، كما أقرتها اتفاقية "جنيف" لعام ١٩٤٩م لحماية السكان المدنيين إبان الحرب^(٤٤).

ويتضح من خلال المادة: ٥ من اتفاقية "لاهاي" لعام ١٩٥٤م أنها تقوم على مبدأ مفاده أن مسؤولية وقاية الممتلكات الثقافية والمحافظة عليها تقع على عاتق دول الاحتلال، والدولة المحتلة على حد سواء.

وتنص الاتفاقية أيضاً على تكريس هذه الحماية العامة باحترام الشعار المميز أثناء نشوب النزاعات المسلحة^(٤٥)، ويترك وضع الشعار ودرجة ظهوره^(٤٦) للسلطات المختصة لكل طرف أسهم في الاتفاقية انظر: الصورة (١).

(٤٢) وتتنحصر هذه النتائج القانونية بقاعدتين: أ- الاحتلال الحربي لا يؤدي إلى نقل السيادة إلى دولة الاحتلال. ب- أنه يؤدي إلى انتقال بعض الاختصاصات مؤقتاً من الدولة المحتلة إلى الدولة القائمة بالاحتلال.

(٤٣) علي خليل إسماعيل الحديثي، مرجع سابق، ص ٥٨.

(٤٤) انظر المادة ٣٣ و ٥٣ من اتفاقية جنيف الرابعة بشأن حماية السكان المدنيين وقت الحرب.

(٤٥) راجع المادة ٢٠ من الاتفاقية المذكورة.

(46) Jan Hdadik (2004), Making of cultural property with the distinctive emblem of 1954 for the protection of cultural property in the event of armed conflict, IRRC, June Vol 86, N° 854 pp. 379-387.



الصورة (١): الشعار المميز الخاص بالمتلكات الثقافية

ثانياً - الحماية الخاصة:

لعل من جملة التدابير التي تتفق فيها نوعا الحماية، وهو ما يتصل بالتحفظ من استخدام المتلكات الثقافية أو الوسائل المخصصة لحمايتها للأغراض العسكرية، ومع ذلك فما يفرق بينهما حقاً هو ما تفرضه الحماية العامة من اتخاذ التدابير والإجراءات الوقائية إزاء المتلكات الثقافية المنقولة والثابتة منها.

في حين أن ما نجده في الحماية الخاصة، أنها تمنح لعدد محدود من الملاجئ المخصصة لحماية المتلكات الثقافية المنقولة، وكذلك لمراكز الأبنية التذكارية والمتلكات الثقافية الثابتة التي تكون على درجة كبيرة من الأهمية^(٤٧).

وهذه الحماية لا تتجسد في التحفظ من استخدام المتلكات الثقافية الثابتة أو الوسائل المخصصة لحماية المتلكات الثقافية المنقولة وحسب، بل في التحفظ من أي عمل عدائي موجه نحو هذه المتلكات^(٤٨)، إذا ما روعيت فيها الشروط الآتية:

- أن تكون على مسافة من أي مركز صناعي كبير أو هدف مهم كالمنشآت العسكرية، والمطارات، ومحطات الإذاعة، والموانئ، ومحطات السكك الحديدية، وشبكات الطرق الرئيسية المهمة.

^(٤٧) راجع المادة ٨ من الاتفاقية.

^(٤٨) راجع المادة ٩ من الاتفاقية.

- لا تستخدم للأغراض العسكرية، وجدير بالذكر أن الحراس المسلحين الذين وضعوا خصيصاً لحراسة الممتلكات الثقافية، أو وجود قوات أمنية مهمتها الطبيعية صيانة الأمن العام، لا يعد استخداماً لأغراض عسكرية.
- تسجيلها في السجل الدولي للممتلكات الثقافية الموضوعة تحت نظام الحماية الخاصة^(٤٩).

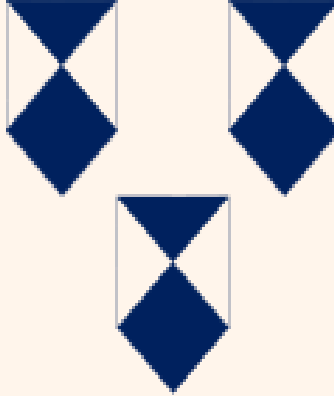
من زاوية أخرى، فإن عدم الالتزام بهذه الشروط من جانب أحد الأطراف في الاتفاقية، سيكون مدعاة للاعتراض على التسجيل من جهة الأطراف الأخرى، ومن ثم الشطب من السجل^(٥٠).

ونود أن نشير إلى مسألة مهمة أخرى، إلى جانب التسجيل في السجل الدولي، وعي وضع شعار الاتفاقية (انظر الصورة الثانية) على الممتلكات الثقافية الموضوعة تحت نظام الحماية الخاصة لعدد محدود من الممتلكات والمؤسسات الثقافية، كما يضاف إلى شكلي الحماية الأولى والثانية حماية ثالثة أكثر تحديداً من ناحية الشروط وتسمى "الحماية المعززة".

(٤٩) تنص المادة ١٢ وهي إحدى مواد اللائحة التنفيذية من هذه الاتفاقية على ما يأتي:

- ينشأ سجل دولي للممتلكات الثقافية الموضوعة تحت الحماية الخاصة.
- يتولى المدير العام لمنظمة الأمم المتحدة للتربية والثقافة والعلوم أعمال هذا السجل وعليه أن يسلم صوراً منه لكل السكرتير العام لهيئة الأمم المتحدة، والأطراف السامية المتعاقدة.
- ينقسم السجل إلى فصول يحمل كل منها اسم طرف سام متعاقد، وينقسم كل فصل إلى ثلاث فقرات بالعناوين التالية: مخابئ، مراكز أبنية تذكارية، ممتلكات ثقافية ثابتة أخرى. ويحدد المدير العام محتويات كل فصل.

(٥٠) راجع المادة ١٦ من اللائحة التنفيذية للاتفاقية.



الصورة (٢): الشعار المميز الخاص بالمتلكات الثقافية المشمولة بنظام الحماية الخاصة

ثالثاً- الحماية المعززة:

يجوز وضع المتلكات الثقافية تحت نظام الحماية المعززة وذلك في الحالات الآتية:

- أن تكون تراثاً ثقافياً على أكبر جانب من الأهمية بالنسبة إلى البشرية.
- وأن تكون محمية بتدابير قانونية وإدارية مناسبة على الصعيد الوطني تعترف لها بقيمتها الثقافية والتاريخية الاستثنائية، وتكفل لها أعلى مستوى من الحماية.
- وأن لا تستخدم لأغراض عسكرية أو كدرع لوقاية مواقع عسكرية، أن يصدر الطرف الذي يتولى أمر مراقبتها إعلاناً يؤكد على أنها لن تستخدم على هذا النحو^(٥١).
- إذا أصبحت هذه المتلكات بحكم استخدامها هدفاً عسكرياً، وبشرط:
- إذا كان الهجوم هو الوسيلة الممكنة الوحيدة لإنهاء استخدام المتلكات على هذا النحو.

(٥١) راجع البروتوكول الإضافي الثاني ١٩٩٩م لاتفاقية لاهي ١٩٥٤م.

- إذا اتخذت جميع الاحتياطات الممكنة في اختيار وسائل الهجوم وأساليبه؛ بهدف إنهاء ذلك الاستخدام وتجنب الإضرار بالمتلكات الثقافية، أو على أي الأحوال حصره في أضيق نطاق ممكن.

ما لم تتح الظروف نتيجة لمتطلبات الدفاع الفوري عن النفس، يصدر الأمر بالهجوم عن أعلى المستويات التنفيذية للقيادة، ويصدر إنذار مسبق فعلي إلى القوات المجابهة بطلب إنهاء الاستخدام للممتلك المحمي، وإتاحة فترة معقولة من الوقت للقوة المجابهة تمكنها من تصحيح الوضع، أما الجمع بين الحماية الخاصة والحماية المعززة في حال مُنحت إحدى المتلكات الثقافية حماية خاصة وحماية معززة، أيهما يطبق؟ فإننا نطبق أحكام الحماية المعززة فقط^(٥٢).

المبحث الثاني

المسؤولية المترتبة عن انتهاكات المتلكات الثقافية

من أجل صون المتلكات الثقافية وإقرار حمايتها من المخاطر السالفة الذكر، فقد استشر فقهاء القانون الدولي أن الوسيلة الفاعلة لضمان حماية المتلكات الثقافية في فترات النزاعات المسلحة يجب أن يكون من خلال تقرير المسؤولية الدولية في حالة مخالفة القواعد المقررة لحمايتها، فإذا وقع ما يثبت حدوث المخالفة، وترتب عليها ضرراً ما استوجب ذلك إصلاحه سواء عن طريق تقديم التعويض العيني أم المالي، ولما كان انتهاك قواعد حماية المتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة ليس قاصراً على الدول، وإنما يمكن أن يرتكب بواسطة الأفراد شأنه في ذلك شأن مخالفة أية قاعدة من قواعد القانون الدولي الإنساني، تم إقرار مبدأ المسؤولية الجنائية لمرتكبي

^(٥٢) راجع بروتوكول لاهاي ٢، "م.٤/فق.ب.".

الأعمال العدائية ضد الممتلكات الثقافية باعتبار هذه الانتهاكات تشكل جريمة من جرائم الحرب التي توجب إنزال العقاب بمرتكبيها^(٥٣).

المطلب الأول

إقرار المسؤولية الدولية عن انتهاك قواعد حماية الممتلكات الثقافية

تعد القواعد المتعلقة بالمسؤولية الدولية في القانون الدولي عامة والإنساني خاصة نظاماً قانونياً أساسياً؛ نظراً لما تقرره من ضمانات تكفل احترام الالتزامات التي يفرضها القانون الدولي على أشخاصه، وما ترتبه من جزاءات على مخالفة هذه الالتزامات وعدم الوفاء بها، وبذلك تساهم أحكام المسؤولية الدولية في حماية الممتلكات الثقافية ضد كل أشكال التهديد كالسرقة، والتدمير، وسوء استخدام السارة المميزة باعتبارها أفعالاً مجرمة^(٥٤).

أولاً- **تثبيت المسؤولية الدولية:** تقوم المسؤولية الدولية عموماً على أساس الخطأ، المخاطر أو الفعل غير المشروع، والمقصود بالخطأ كأساس للمسؤولية الدولية أن يصدر من أحد أشخاص القانون الدولي فعل خاطئ يضر بغيره من الأشخاص، سواء كان الفعل متعمداً أم نتيجة إهمال (غير متعمد)، بمعنى آخر عدم تنفيذ واجب كان بالإمكان أو في الوسع احترامه^(٥٥).

وكما هو معروف فإن هدف كل طرف في نزاع مسلح هو إضعاف الطرف أو الأطراف المتنازعة الأخرى، ولو تطلب الأمر استعمال وسائل وأساليب قتالية جديدة

^(٥٣) لمزيد من التفاصيل في هذا الموضوع راجع: تيطاوني شهرزاد، الحماية الدولية للممتلكات الثقافية أثناء النزعات المسلحة، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي، كلية الحقوق، جامعة الجزائر ١، ٢٠١٣-٢٠١٤م.

^(٥٤) حفيظة مستاوي، المسؤولية الدولية عن انتهاك قواعد حماية الممتلكات الثقافية في النزاعات المسلحة، مجلة العلوم القانونية والسياسية، عدد ١٣، جوان ٢٠١٦م، ص ١٢٨.

^(٥٥) انظر المرجع نفسه.

وأشد تدميراً، لكن الأطراف المتنازعة لا تضع في حساباتها الأضرار التي قد تصيب الممتلكات الثقافية من وراء ذلك، وقد تحتج بالضرورة العسكرية لإثبات شرعية أعمالها في حال إثبات الخطأ عند قيام مسؤولية أحد أطراف النزاع عن التعرض لممتلكات ثقافية مادية، ومن ثم لا يمكن الاعتداد بنظرية الخطأ كأساس لقيام المسؤولية الدولية عن انتهاك قواعد حماية الممتلكات الثقافية رغم أن اتفاقية "لاهاي" لعام ١٩٥٤م أخذت بهذا الأساس الذي لا يحقق حماية فعلية لهذه الممتلكات في النزاعات المسلحة، إلى جانب أساس آخر هو خرق قواعد الحماية المقررة للممتلكات الثقافية بموجب نصوص الوثائق المعنية (فعل دولي غير مشروع).

أما الفعل غير المشروع كأساس للمسؤولية الدولية، فمفاده الإخلال بقاعدة قانونية دولية أيّاً كان مصدرها اتفاقياً أو عرفياً، وقد اعتمدت لجنة القانون الدولي التابعة للأمم المتحدة، مشروع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال الدولية غير الشرعية في ١٢ ديسمبر ٢٠٠١م بما فيها المسؤولية عن انتهاكات القانون الدولي الإنساني المادة ٥٠^(٥٦).

ويشترط لقيام المسؤولية الدولية أن تنسب تلك الانتهاكات إلى شخص من أشخاص القانون الدولي، وبذلك يكون الاعتداء على الممتلكات الثقافية المادية في نزاع مسلح وبأي شكل كان، فعلاً غير مشروع دولياً تؤسس عليه المسؤولية الدولية للطرف المخالف، بغض النظر عن وقوع ضرر من عدمه، لأن انتهاك القانون الدولي الإنساني وفقاً للجنة القانون الدولي وحده كاف لتبرير حق الطرف الضحية، وإن كان الضرر يؤخذ في الاعتبار عند تقدير التعويض^(٥٧)، حينما لم يركز على الضرر كشرط لازم لقيام المسؤولية الدولية انطلاقاً من أن الضرر المعنوي موجود دائماً حتى ولو لم يوجد الضرر المادي.

(56) Résolution adoptée par l'Assemblée générale, « Responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite » Cinquante-sixième session, 12 Décembre 2001, document N°A/RES/56/83.

(٥٧) راجع المادة ١٥ من البروتوكول الإضافي الثاني لاتفاقية لاهاي ١٩٩٩م.

ثانياً - موانع المسؤولية الدولية: إن لجنة القانون الدولي تقنن مجموعة ظروف تستبعد شرعية انتهاكات القانون الدولي الإنساني من أهمها:

- القبول (الرضا)، فلا يمكن لأي طرف في نزاع مسلح أن يقبل انتهاك القواعد الإنسانية التي تحمي الممتلكات الثقافية، ومن ذلك مثلاً أنه لا يجوز عقد اتفاق خاص من شأنه الحد من الحماية التي تكفلها اتفاقية "لاهاي" لعام ١٩٥٤م للممتلكات الثقافية وللموظفين المكلفين بحمايتها^(٥٨).

- الدفاع الشرعي^(٥٩)، فلا يستبعد الدفاع عن النفس عدم شرعية السلوك بالنسبة إلى الالتزامات التي يفرضها القانون الدولي الإنساني، ورغم ذلك كثيراً ما بررت إسرائيل استهدافها للممتلكات الثقافية الفلسطينية تحت هذا الظرف.

- التدابير المضادة، حيث يحظر مشروع المادتين ٢٢ و ٥٠ من مشروع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال الدولية غير الشرعية، الأعمال التآرية أو الانتقامية التي تؤثر على الالتزامات ذات الطابع الإنساني التي تحظر تدابير الاقتصاص عند الممتلكات الثقافية^(٦٠).

- الضرورة، فلا يدفع بالضرورة العسكرية للتوصل من التقيد بأحكام القانون الدولي الإنساني إلا فيما تنص عليه هذه الأحكام صراحة بخلاف ذلك، كنوع من القيود المفروضة على الأطراف المتنازعة حتى لا تتسبب في تقويض الحضارة الإنسانية لشعب ما بأثر رجعي، على الرغم من غموض مفهوم الضرورة العسكرية.

(٥٨) حفيظة مستاوي، مرجع سابق، ص ١٢٩.

(٥٩) راجع المادة ٥١ من ميثاق الأمم المتحدة.

(٦٠) Etienne Clement et Fabrice Quinto, « La protection des biens culturels au Cambodge pendant la période des conflits armés à travers l'application de la convention de la Haye 1954 », Revue Internationale de La Croix Rouge, N° 854 , Vol 86 Juin 2004, pp. 389-398.

المطلب الثاني

المسؤولية الجنائية الفردية

غني عن البيان أن محاكمات الحرب العالمية الثانية لكل من طوكيو ونورمبرغ كان أول تنفيذ لمبدأ المسؤولية الجنائية الدولية الفردية، دونما أي اعتبار للحصانة أو كون الشخص قد تصرف بتكليف من الحكومة أو بأمر من الرئيس كسبب للإعفاء من المسؤولية أو التخفيف من العقوبة، ودونما تمييز من ارتكب جرائم دولية ماسة بالملتمكات الثقافية فعلياً أو بشكل غير مباشر عن طريق التخطيط أو التحريض، وهو ما أيدته الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها الصادر بتاريخ ١١ دجنبر ١٩٤٦م، وبالتالي فإن الأحكام الصادرة عن المحكمة الجنائية الخاصة بنورمبرغ فيما يتعلق بحماية الممتلكات الثقافية المادية أثناء النزاعات المسلحة، فقد شكلت سابقة قضائية في هذا المجال، حيث اعتبرت المحكمة أن التعرض لأماكن العبادة يشكل جريمة دولية كما أدانت بعض قادة الجيش الألماني في روسيا لقيامهم بتدمير أماكن العبادة والكنائس في بعض المدن الروسية المحتلة^(٦١).

شكل النظامان الأساسيان لكل من المحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا السابقة والمحكمة الجنائية الدولية الخاصة بروندا، تطبيقاً أسس لصياغة تدريجية دقيقة وبدائية تجميعية للمبادئ والقواعد التي تشكل القانون المتعلق بالمسؤولية الجنائية الدولية للفرد بمقتضى القانون الدولي الإنساني، ففي محاولة من محكمة يوغسلافيا السابقة لجرائم الحرب تنفيذ قواعد حماية الممتلكات الثقافية المادية، نصت المادة: ٣ من النظام الأساسي على تجريم أي مساس بهذه الممتلكات، معتبرة أن أي مصادرة أو نهب أو تدمير أو إضرار متعمد بالمؤسسات المكرسة للأنشطة الدينية والأعمال

(٦١) حفيظة مستاري، مرجع سابق، ص ١٣٠.

الخيرية والتعليم والفنون والعلوم والآثار والأعمال الفنية والعلمية ، يعد جريمة حرب^(٦٢).

كما أشارت محكمة يوغوسلافيا إلى جريمة التدمير أو الإضرار العمدي بالآثار التاريخية من خلال القصف المستمر لمدينة Dubrovnik، وقد عد فتح الملف من جديد في فبراير ٢٠٠١م حدثاً هاماً؛ لأنه لأول مرة تتم الإشارة لهذا الاتهام في حالة النزاع المسلح غير الدولي، فقد أعلن مدير اليونسكو السابق "كواشيرو ماتسورا" عن سعادته بالمحكمة قائلاً "إن هذا يمثل" سابقة تاريخية" وأضاف: "إنها المرة الأولى منذ أحكام طوكيو ونورمبرغ التي تصدر فيها محكمة دولية حكماً على جرائم ترتكب ضد الممتلكات الثقافية"^(٦٣).

بالإضافة إلى تقديم الرئيس الصربي السابق كارتزيدش للمحكمة يوغوسلافيا في ٢٠٠٨م قد أدى إلى إثارة الجرائم التي مست القيم الثقافية البوسنية خاصة في مدينة Srebrenica.

أما نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لعام ١٩٩٨م، فقد أقام المسؤولية الجنائية للأفراد على أساس ارتكابهم جرائم حرب ثقافية، بحيث يقتصر اختصاص المحكمة على الأشخاص الطبيعيين فيكون الشخص مسؤولاً عن الجرائم بصفته الشخصية سواء ارتكبها بنفسه أم بالاشتراك مع غيره أم عن طريق شخص آخر، أم بالأمر أم بالإغراء على ارتكابها.

وبالرجوع إلى نص المادة ٨ من نظام روما الأساسي المتضمنة جرائم الحرب المعاقب عليها، تنص فقرتها الثانية منها تحديداً، على اعتبار تعدد توجيه هجمات ضد المباني المخصصة للأغراض الدينية أو التعليمية أو الفنية أو العلمية أو الخيرية والآثار التاريخية جريمة حرب شريطة ألا تشكل هذه الممتلكات أهدافاً عسكرية، كما

(٦٢) علي خليل إسماعيل الحديثي، حماية الممتلكات الثقافية في القانون الدولي، دراسة تطبيقية

مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٩م.

(٦٣) حفيظة، مرجع سابق.

أعاد نظام روما الأساسي التأكيد على اعتبار الأفعال المذكورة انتهاكات جسيمة لاتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩م، وبذلك يجرم النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية أي مساس بالممتلكات الثقافية، في كل النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية على حد سواء^(٦٤).

غير أن التطبيق العملي لممارسة المحكمة الجنائية الدولية لاختصاصها بالجرائم المرتكبة في أقاليم الدول الأطراف في نظامها الأساسي، عدم تعرض المحكمة لمسألة الانتهاكات الجسيمة بحق الممتلكات الثقافية.

المطلب الثالث

الجزاء المترتبة عن انتهاك قواعد حماية الممتلكات الثقافية

وضعت أحكام القانون الدولي الإنساني لتجريم الأفعال المرتكبة ضد الممتلكات، ذلك أنها عدت تلك الأفعال من بين الانتهاكات الجسيمة لقوانين وأعراف الحرب، (أي إخلال بأحكام القانون الدولي الإنساني)؛ نظراً لتوفر عنصر الضرر المادي: سرقة، تدمير، ومن ثم فهي تشكل جريمة حرب ثقافية، تؤدي إلى محاكمة المتهمين بارتكابها وتوقيع العقوبات عليهم في حال ثبوت الإدانة، تاركة تحديد نوع العقوبة ومقدارها للقوانين الوطنية، أو أوكلت هذه المهمة للمحاكم الدولية المختصة بالنظر في انتهاكات القانون الدولي الإنساني^(٦٥).

فقد نصت المادة ٥٦ على اتخاذ إجراءات المتابعة بحق مرتكبي الانتهاكات ضد الممتلكات الثقافية، كما نصت المادة ٢٨ من اتفاقية "لاهاي" لعام ١٩٥٤م على

^(٦٤) المستشار محمد أمين المهدي وآخرون، الجرائم التي تختص بها المحكمة الجنائية الدولية،

اللجنة الدولية للصليب الأحمر الدولي، ٢٠١٣م.

^(٦٥) سلامة صالح الرهايفة، حماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة، دار الحامد

للنشر، ٢٠١٢م.

أن تتعهد الأطراف السامية المتعاقدة بأن تتخذ في نطاق تشريعاتها الجنائية كافة الإجراءات التي تكفل محاكمة الأشخاص الذين يخالفون أحكام هذه الاتفاقية أو الذين يأمرهم بما يخالفها، وتوقيع جزاءات جنائية أو تأديبية عليهم مهما كانت جنسياتهم، وهو نفسه ما ذهبت إليه المادة ١٥ من البروتوكول الإضافي الثاني لاتفاقية "لاهاي" ١٩٩٩م.

وكما تقدم فإن مسؤولية الفرد جنائية، ولذلك تطبق عليه جزاءات جنائية: بدنية كالعقوبات السالبة للحرية (الحبس والسجن)، أو مالية (الغرامات المالية والمصادرة)، وفقاً لما هو منصوص عليه في التشريعات الوطنية سواء في قوانين العقوبات أم في القوانين العسكرية، وإذا كانت تشريعات العديد من البلدان لا تلتزم بذلك. أما بالنسبة إلى الدولة فتكون الآثار المترتبة على أعمال نظام الحماية القانونية للممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة، في قيام مسؤوليتها المدنية حسب ما استقر عليه الفقه والقضاء والعمل الدولي عن الانتهاكات الإنسانية المنسوبة إليها من خلال مطالبة الدولة المعنية يجبر الأضرار التي لحقت بالممتلكات الثقافية المحمية مع استبعاد الأعمال الانتقامية بحق تلك الممتلكات كحل قمعي^(٦٦).

(66) Henckaerts(Jean-Marie) & Doswal- Beck louise, Custmory International Humanitarian Law, Volume II: Practice, second published, international committee of the red cross: Cambridge university press 2005, p. 393.

الخاتمة

إن قواعد القانون الدولي الإنساني اهتمت بحماية الأعيان والممتلكات التي تمثل حاجة الإنسان الروحية، والمعنوية كتراث ثقافي، فقد استقر في القانون الدولي العام أن لكل بلد في العالم هوية ثقافية متميزة، وممتلكات ثقافية خاصة هي جزء من مكونات شخصيتها المستقلة، تجسد عبقيتها، وتمثل ثمرة الإبداعي المادي والمعنوي لأبنائها على امتداد التاريخ الإنساني.

ولذلك تلتزم الدول حال دخولها في أي نزاع مسلح بالامتناع عن استهداف الممتلكات الثقافية المشمولة بالحماية، تحت طائلة المسؤولية الجنائية المترتبة على هذا الفعل بموجب الفصل الرابع من البروتوكول الإضافي لعام ١٩٩٩م الملحق باتفاقية "لاهاي" لعام ١٩٥٤م، وبموجب المادة ٨ من نظام روما الأساسي، حيث إن إنشاء المحكمة الجنائية الدولية ودخولها حيز النفاذ سد ثغرة في القانون الدولي، وأحدث تطوراً ملموساً نحو متابعة مسؤولي الجرائم الدولية بما فيها الماسة بالقيم الثقافية، بعيداً عن الاعتبارات السياسية، وذلك على الرغم من اقتصارها على المسؤولية الجنائية الفردية مع أن الفرد عادة ما يرتكب الجريمة باسم الشخص المعنوي أو لصالحه.

وبالرغم من الجهود المبذولة لحماية الممتلكات الثقافية في زمن النزاعات المسلحة لا تزال تحتاج إلى المزيد من بذل الجهد من طرف الجماعة الدولية، فمع مرور نصف قرن على اعتماد اتفاقية "لاهاي" ١٩٥٤م، إلا أن عدد الدول الأطراف في المعاهدة لم يتجاوز ١٠٣، ولم ينضم إلى بروتوكولها الأول سوى ٨٥ دولة، كما لم تصادق إلا ١٥ دولة منذ تاريخ تبني البروتوكول الثاني لعام ١٩٩٩م^(٦٧).

^(٦٧) تنص المادة: ٤٣ من البروتوكول الثاني لعام ١٩٩٩م على تصديق عشرين دولة لدخوله حيز النفاذ.

كما تجدر الإشارة، إلى أن هناك عدداً من الدول الكبرى، بعضها يتمتع بشغل مقاعد دائمة بمجلس الأمن لا ترغب في الانضمام إلى هذه الاتفاقية وبروتوكولها الإضافيين؛ كالصين وكندا واليابان وجنوب إفريقيا والولايات المتحدة^(٦٨). ولتعزيز فعالية نظام المسؤولية الدولية عن انتهاك قواعد حماية الممتلكات الثقافية في نزاع مسلح يمكن تفعيل التوصيات الآتية:

- تعزيز مبدأ الاختصاص القضائي العالمي ليطال الانتهاكات التي تطل الممتلكات لثقافية أثناء النزاعات المسلحة حتى لا يكون القضاء الوطني مقيداً فقط بالجرائم التي تمس بالممتلكات الثقافية والواقعة فوق إقليمه.
- تحفيز الدول على التصديق على نظام روما الأساسي لعام ١٩٩٨م الخاص بالمحكمة الجنائية الدولية من أجل ردع الانتهاكات التي تطل القانون الدولي الإنساني، وكذلك لتعزيز مبدأ التكاملية الذي تفوق عليها المحكمة الجنائية الدولية.
- تطوير القواعد التي تضمنتها اتفاقية "لاهاي" ١٩٥٤م بما يتناسب والتطورات اللاحقة على المستوى التشريعي الدولي سواء بسبب تبني البروتوكول الأول ١٩٧٧م، أم النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ١٩٩٨م.
- العمل على تعزيز الحماية المقررة للممتلكات الثقافية في فترات النزاع المسلح في أشكالها الثلاثة.
- التأكيد على ضرورة التزام الدول الأطراف باتخاذ التدابير الاحتياطية، ونشر المعلومات الواردة باتفاقية "لاهاي" ١٩٥٤م وبروتوكولها الإضافيين، وطرح العديد من الأمثلة الخاصة بسبل تنفيذ هذا الالتزام.
- الحرص على التعريف بالانتهاكات الخطيرة ضد الممتلكات الثقافية التي تستوجب عقاب مقترفها لمحاولة الحد من الإفلات من العقاب.

(٦٨) د. محمد سامح سرور، الحماية الدولية للممتلكات الثقافية في فترات النزاع المسلح، مذكور في عمر مكي القانون الدولي الإنساني في النزاعات المسلحة المعاصرة، منشورات اللجنة الدولية للصليب الأحمر، ٢٠١٦م، ص ٢١٠.

قائمة المراجع

أولاً- المراجع باللغة العربية:

أ- الكتب والمؤلفات:

- (١) د. شريف عتلم، المستشار خالد غازي، دليل تدريب القضاة على أحكام القانون الدولي الإنساني، اللجنة الدولية للصليب الأحمر الدولي، ٢٠٠٨م.
- (٢) د. شريف عتلم، محاضرات في القانون الدولي الإنساني، بعثة اللجنة الدولية للصليب الأحمر الدولي-القاهرة ٢٠٠١م.
- (٣) د. عبد القادر القادري، مفاهيم القانون الدولي، دار توبقال للنشر ١٩٩٠م.
- (٤) د. محمد سامح سرور، الحماية الدولية للممتلكات الثقافية في فترات النزاع المسلح، مذكور في عمر مكي القانون الدولي الإنساني في النزاعات المسلحة المعاصرة، منشورات اللجنة الدولية للصليب الأحمر ٢٠١٦م.

ب- الرسائل الجامعية:

- (١) سلامة صالح الرهايفة، حماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة، دار الحامد للنشر ٢٠١٢م.
- (٢) علي خليل إسماعيل الحديثي، حماية الممتلكات الثقافية في القانون الدولي (دراسة تطبيقية مقارنة) دار الثقافة للنشر والتوزيع ١٩٩٩م.
- (٣) علي خليل إسماعيل الحديثي، حماية الممتلكات الثقافية في القانون الدولي، "دراسات تطبيقية مقارنة"، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ١٩٩٩م.
- (٤) فرنسوا بونيون، نشأة الحماية القانونية للممتلكات الثقافية في حالة النزاع المسلح ضمن إطار القانون الدولي الإنساني التعاقدية والعرفي، اجتماع الذكرى الخمسين لاتفاقية "لاهاي" لعام ١٩٥٤م، منشورات اللجنة الدولية للصليب الأحمر ٢٠٠٤م.

- (٥) المستشار محمد أمين المهدي وآخرون، الجرائم التي تختص بها المحكمة الجنائية الدولية اللجنة الدولية للصليب الأحمر الدولي ٢٠١٣م.
- (٦) تيطاوني شهرزاد، الحماية الدولية للممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي، كلية الحقوق، جامعة الجزائر ١، ٢٠١٣ - ٢٠١٤م.

ج- المقالات:

- (١) أ/حفيظة مستاوي، المسؤولية الدولية عن انتهاك قواعد حماية الممتلكات الثقافية في النزاعات المسلحة، مجلة العلوم القانونية والسياسية، عدد ١٣ جوان ٢٠١٦م.
- (٢) حسن جوني، تدمير الأعيان الثقافية أو احتلال التاريخ، مجلة الإنساني، عدد، ٤٧ شتاء ٢٠٠٩/٢٠١٠م.

د- الوثائق:

- (١) ميثاق الأمم المتحدة ١٩٤٥م.
- (٢) الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨م.
- (٣) اتفاقيات جنيف الأربع ١٩٤٩م.
- (٤) البروتوكولين الملحقين لعام ١٩٧٧م.
- (٥) اتفاقية "لاهاي" لعام ١٩٥٤م الخاصة بحماية الممتلكات الثقافية أثناء النزاعات المسلحة.
- (٦) البروتوكول الأول لمعاهدة "لاهاي" لعام ١٩٥٤م.
- (٧) البروتوكول الثاني ١٩٩٩ الملحق لمعاهدة "لاهاي" ١٩٥٤م.



ثانياً- المراجع باللغة الأجنبية:

Books and Reports:

- 1) David Eric, Principes de droit des conflits armés, Bruxelles, Bruylant, 1994.
- 2) Henckaerts (Jean-Marie) & Doswal-Beck louise (2005), Custmory International Humanitarian Law, Volume II: Practice, second published, international committee of the red cross: Cambridge university press.
- 3) Le Goff (J), Patrimoine et passion identitaire du patrimoine, Ed, Fayard, 1998.
- 4) Leturcq (JG), Patrimoine en temps de guerre, CEDEJ, 2006.
- 5) Robert Layta (2001), Peter G stone, Julian Thomas, Destruction and conservation of Cultural Property Routledge.
- 6) Toman, Jiri, La protection des biens culturels en cas de conflit armé, Ed, UNESCO 1994.
- 7) Protection of Culture Property in the event of armed conflict-Report on the meeting of experts-Advisory service on inter on international humanitarian law-International Committee of the Read Cross-Geneva, 2002.

Articles:

- 1) Etienne Clement et Fabrice Quinto, «La protection des biens culturels au Cambodge pendant la période des conflits armés à travers l'application de la convention de la Haye 1954 », Revue Internationale de La Croix Rouge, N° 854, Vol 86 Juin 2004.
- 2) Bahrani Zainab (2003), Iraq's cultural heritage: Monuments history and loss , The Art Journal Vol62 December.
- 3) Jan Hdadik (2004), Making of cultural property with the distinctive emblem of 1954 for the protection of cultural



property in the event of armed conflict, IRRC, June Vol 86, N° 854.

- 4) Manlio, Frigo (2004) «Cultural property v, cultural heritage: A battle of concepts in international law?», International Review Of the Red Cross, June, Vol 86, N° 854.

Documents:

- 1) Résolution adoptée par l'Assemblée générale, «Responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite» Cinquante-sixième session, 12 Décembre 2001, document N°A/RES/56/83.

جرائم الحرب ومبدأ الشرعية الجنائية الدولية

الدكتور/ عبد الناصر الجهاني *

المخلص:

على الرغم من أن محاكم نورمبرج وطوكيو التي تأسست عقب الحرب العالمية الثانية قد استخدمت مفهوم جرائم الحرب في أنظمتها الأساسية، إلا أن ولادة القانون الدولي الإنساني الحديث ولاسيما اتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩م كانت الأهم في إبراز الانتهاكات التي تشكل جرائم الحرب، ومن ثم تكريس شرعية تلك الجرائم. وقد تم التأكيد على ذلك خلال الإشارة الى جرائم الحرب في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة (١٩٩٣م) والمحكمة الجنائية الدولية لرواندا (١٩٩٤م). ثم جاء النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ليفصل أكثر في تلك الجريمة عن طريق إرساء نظاماً قانونياً متكاملًا.

هذا البحث سوف يتناول كيفية اكتساب جرائم الحرب للشرعية الجنائية الدولية التي تعني أن أي شخص لا يُسأل إلا عن تصرف يشكل وقت وقوعه جريمة حرب وفق القانون الدولي الجنائي. فجرائم الحرب تعرف حالياً على إنها التصرفات التي تشكل انتهاكات لبعض قواعد القانون الدولي الإنساني التي من شأنها أن تثير المسؤولية الجنائية الفردية بموجب القانون الدولي الجنائي. غير أن إيجاد أساس قانوني لهذا التحديد أو التعريف الذي يعكس الشرعية الجنائية الدولية يتطلب البحث في المناسبات التي تم تطبيق فيها مفهوم جرائم الحرب، بداية من محاكم نورمبرج وطوكيو التي تم تأسيسها عقب الحرب العالمية الثانية، ومروراً بالمحاكم الجنائية الدولية المؤقتة، وانتهاءً بالنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

لمزيد من التوضيح والتأكيد على الشرعية الجنائية الدولية لجرائم الحرب، هذا البحث سوف يسلط الضوء على أركان هذه الجريمة التي ساهمت في تأسيسها كل من المادة الثامنة من نظام رومان والملحق المتعلق بأركان الجرائم، وكذلك الممارسات والسوابق القضائية المتعلقة بمحاكم يوغوسلافيا السابقة ورواندا.

الكلمات المفتاحية: جرائم الحرب - المنازعات المسلحة - أركان الجرائم - المحكمة الجنائية الدولية.

*أستاذ القانون الدولي العام المساعد بكلية الحقوق - جامعة السلطان قابوس.



War Crimes and the Principle of International Criminal Legitimacy

Dr. Abdelnaser Aljahani*

Abstract:

Although the Nuremberg and Tokyo tribunals, which were established after the Second World War, used the concept of war crimes in their status, the birth of modern international humanitarian law, particularly the Geneva Conventions of 1949, was the most important in highlighting of the violations that constitute war crimes. And than the legitimacy of these crimes has been devoted. This was clearly confirmed by the referring to war crimes in the statutes of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (1993) and the International Criminal Tribunal for Rwanda (1994). After that the Statute of the International Criminal Court came to elaborate more on these crimes by establishing an integrated legal system.

This research will examine how war crimes acquire international criminal legitimacy, which means that an individual is only responsible for a conduct that at the time of its occurrence constitutes as a war crime in accordance with International Criminal Law. War crimes can be defined as acts that constitute violations of some rules of International Humanitarian Law that would raise individual criminal responsibility under International Criminal Law. However, finding a legal basis for this identification or determination that reflects international criminal legitimacy requires examination the occasions in which the concept of war crimes was applied starting from the Nuremberg and Tokyo tribunals that were established after the Second World War, then the ad hoc international criminal tribunals, and ending with the Statute of the International Criminal Court.

For further clarification and confirmation of the international criminal legitimacy of war crimes, this research will highlight the elements of these crimes, which have been set by Article 8 of the Rome Statute and the Annex on the Elements of Crimes, as well as the practices and case law concerning tribunals of the former Yugoslavia and Rwanda.

Keywords: War Crimes - Armed Conflict - Elements of Crimes - the International Criminal Court.

المقدمة

إن موضوع هذا البحث هو مفهوم جرائم الحرب الذي يغطي التصرفات التي تشكل انتهاكات لبعض قواعد القانون الدولي الإنساني التي من شأنها أن تثير المسؤولية الجنائية الفردية بموجب القانون الدولي، هذه الانتهاكات التي تشكل جرائم حرب قد تحدث في إطار المنازعات المسلحة، سواء أكانت دولية أم غير دولية، ومن ثم فقد تمت تسمية هذا الإطار من الجرائم والقواعد التي تنظمها باسم (قانون جرائم الحرب) أو (القانون الدولي الجنائي للحرب).

مر الإطار القانوني الذي ينظم جرائم الحرب بعدة مراحل، بداية من محاكم نورمبرج وطوكيو التي تم تأسيسها عقب الحرب العالمية الثانية، وانتهاءً بالنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الذي تم تبنيه في روما ودخل حيز النفاذ في الأول من يوليو ٢٠٠٢م. ورغم أن محاكم نورمبرج وطوكيو كانت تمثل نقطة البداية الحقيقية في إيجاد مفهوم جرائم الحرب، فإنها واجهت صعوبات عدة تمثلت من جهة في ضعف التأطير القانوني الذي استندت عليه جرائم حرب، ومن جهة أخرى افتقار جرائم ضد السلام وجرائم ضد الإنسانية للأساس القانوني؛ ومن ثم تم توجيه انتقادات إلى تلك المحاكم لمخالفتها مبدأ الشرعية القانونية.

عقب الحرب العالمية الثانية شهد القانون الدولي العام درجة من التطور الموضوعي لاسيما في مجالات حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، نتج عنه تبني وثائق دولية مهمة مثل الشرعية الدولية لحقوق الإنسان واتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩م والبروتوكولات المكملة لها، هذه الوثائق وعلى وجه الخصوص اتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩م، أسهمت في تكريس مفهوم جرائم الحرب، وظهر ذلك جلياً من خلال المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة (١٩٩٣م) والمحكمة الجنائية الدولية لرواندا (١٩٩٤م)، اللتين تضمنتا جرائم الحرب ضمن النظام الأساسي الخاص بهما، جاء بعد ذلك نظام روما الأساسي الذي قام بجمع القواعد الدولية المبعثرة والمجزأة بين ما هو كامن في القانون الدولي العرفي وما هو ضمن الأنظمة

الأساسية للمحاكم الجنائية الدولية المؤقتة، إذ تضمن نظام روما المادة الثامنة المتعلّقة بجرائم الحرب التي تعد آخر حلقات التطور في قانون جرائم الحرب. هذا البحث يسلط الضوء على التطورات - المشار إليها أعلاه - التي مر بها القانون الدولي الجنائي للحرب أو قانون جرائم الحرب، وذلك بشيء من التفصيل، مع التركيز على المعايير أو المتطلبات الموضوعية التي تم الأخذ بها لاعتبار "انتهاك قاعدة من قواعد القانون الدولي الإنساني" جريمة حرب ضمن القانون الدولي العرفي والقانون الدولي الاتفاقي، ومن جهة أخرى، سوف يتناول البحث بالتفسير الأركان العامة المنصوص عليها في المادة الثامنة من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية التي يجب أن تستوفيها جرائم الحرب المنصوص عليها في هذا النظام.

أهمية البحث:

جاء هذا البحث ليوضح الإطار القانوني العام لجرائم الحرب من حيث مدى شرعيتها القانونية منذ نشأتها إلى الآن؛ إذ إن مثل هذا التأطير القانوني يعزز إقامة نظام عقابي دولي قائم على معاقبة مرتكبي انتهاكات قواعد القانون الدولي الإنساني وأعرافه التي يجب أن تراعى أثناء المنازعات المسلحة الدولية وغيرها، وهذا البحث مهمٌ للمحاكم الوطنية والمؤسسات التعليمية على المستوى الداخلي من حيث التأصيل القانوني والتفسير والتطبيق، خاصة وأنه ركز على تحليل ما نص عليه نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الذي يعد الوثيقة الأكثر حداثة وتفصيلاً لجرائم الحرب.

مشكلة البحث:

أصبحت جرائم الحرب من أكثر الجرائم الدولية تداولاً داخل أروقة القضاء الجنائي الدولي؛ وهذا راجع إلى تنامي ظاهرة المنازعات المسلحة في الآونة الأخيرة ولاسيما المنازعات المسلحة غير الدولية، لذلك فقد حظيت تلك الجرائم باهتمام فقهاء القانون الدولي والسياسيين ومنظمات المجتمع المدني ومختلف منظمات حقوق

الإنسان، وذلك من أجل الحد من ارتكابها ومعاقبة المسؤولين عنها جنائياً، لذلك يتساءل الباحث في هذه الدراسة عن كيفية تطور جرائم الحرب إلى حد اعتبارها جريمة دولية، وماهية قواعد القانون الدولي التي أسهمت في إضفاء درجة من الشرعية القانونية على تلك الجرائم، ويتفرع عن هذه المشكلة الرئيسة مجموعة من التساؤلات الفرعية الآتية:

- ماهي مراحل التطور التي مرت بها جرائم الحرب؟
- ماهي الاتفاقيات الدولية والجهود الدولية المبذولة المعنية بجرائم الحرب؟
- ما هو مفهوم جرائم الحرب وما هي الأركان المكونة لها؟

منهجية البحث:

من أجل الإجابة عن التساؤلات المشار إليها فقد اعتمد هذا البحث على المنهج التاريخي، وكذلك المنهج الوصفي التحليلي؛ لدراسة جرائم الحرب بوصفها جريمة دولية، وذلك من خلال فحص القواعد القانونية الدولية في المصادر الأصلية، وكذلك المعلومات والنقاط القانونية المتوفرة في المصادر الثانوية للقانون الدولي، والتقارير الرسمية المنشورة في المواقع الرسمية للأمم المتحدة والمحكمة الجنائية الدولية المؤقتة والمحكمة الجنائية الدولية الدائمة.

خطة البحث:

سوف يتم تناول موضوع البحث ومعالجة المشكلة المطروحة من خلال التقسيم الآتي:

- المبحث الأول: محاكم نورمبرج وطوكيو
- المبحث الثاني: المحاكم الجنائية الدولية المؤقتة
- المبحث الثالث: نظام روما الأساسي لعام ١٩٩٨م
- الخاتمة

المبحث الأول

محاكم نورمبرج وطوكيو

تعود نشأة محاكم نورمبرج (ألمانيا) وطوكيو (اليابان) إلى إعلان موسكو ١٩٤٣م، إذ قررت دول الحلفاء في الحرب العالمية الثانية ضرورة معاقبة القادة الألمان الذين قاموا بارتكاب جرائم حرب غير محددة النطاق الجغرافي، وذلك أمام محاكم قضائية عسكرية مشكلة لهذا الغرض، وليس عن طريق الإعدامات الفورية كما كان يرغب في ذلك تشرشل رئيس وزراء بريطانيا،^(١) بناء على هذا الاتفاق اجتمع ممثلو كل من فرنسا وبريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية والاتحاد السوفيتي في لندن لوضع إطار قانوني دولي لتلك المحكمة الدولية، وعقب سلسلة من المداولات والمفاوضات انتهى الأمر إلى وضع ميثاق لندن بتاريخ ٨ أغسطس ١٩٤٥م الذي بموجبه تم تأسيس محكمة نورمبرج^(٢) على الجانب الآخر، لم يكن إنشاء المحكمة الدولية العسكرية للشرق الأوسط أو محكمة طوكيو بمثل التعقيد الذي ميز محكمة نورمبرج؛ إذ إن الأولى قد تأسست بموجب إعلان صادر عن الجنرال دوجلاس ماك آرثر في ١٩ يناير ١٩٤٦.^(٣)

نصت المادة السادسة من ميثاق محكمة نورمبرج المرفق باتفاق لندن على ثلاث جرائم تدخل في اختصاص المحكمة، وهي جرائم ضد السلام، وجرائم ضد الإنسانية، وجرائم الحرب بصفة مبدئية؛ تضمنت جرائم الحرب المنصوص عليها في المادة ٦ الفقرة (ب) من محكمة نورمبرج انتهاكات قوانين الحرب المتفق عليها آنذاك وأعرافها،^(٤) وتشمل على سبيل المثال لا الحصر: أفعال القتل، وسوء معاملة السكان المدنيين وترحيلهم لغرض العمل الإجباري داخل الإقليم المحتل أو خارجه، وقتل

(1) Robert Cryer & others, An Introduction to International Criminal Law and Procedure, (Second edition, Cambridge University Press, 2010) p.111.

(2) Ibid.

(3) Ibid, p.115.

(4) Gerhard Werle, Principles of International Criminal Law (T.M.C ASSER, The Hague, 2009) 9.

أسرى الحرب أو الأشخاص الموجودين في البحر أو سوء معاملتهم، وقتل الرهائن، ونهب الممتلكات العامة والخاصة، والتدمير العشوائي للمدن والقرى أو اجتياحها الذي لا تبرره الضرورات العسكرية،⁽⁵⁾ أما المادة الخامسة من ميثاق محكمة طوكيو المتعلقة بالجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة، فتكاد تكون مطابقة للمادة 6 من محكمة نورمبرج، وعلى وجه الخصوص في احتوائها على جرائم الحرب ضمن الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة⁽⁶⁾ في معرض تطبيق الجرائم التي نصت عليها محاكم نورمبرج وطوكيو، أبدى الدفاع عددا من الدفوع، كان من بينها وأهمها هو أن تضمين جرائم ضد السلام وجرائم ضد الإنسانية المنصوص عليها في موثيق نورمبرج وطوكيو مخالف لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، ومبدأ عدم رجعية القواعد الجنائية إلى الماضي؛ إذ إن هذه الجرائم والعقوبات لم يكن لها وجود قبل إنشاء هذه المحاكم،⁽⁷⁾ وفي الرد على تلك الدفوع من قبل الاتهام، فقد ذُكر أن الجرائم المنصوص عليها ضمن ميثاق نورمبرج وطوكيو تشكل جزءاً من القانون الدولي الجنائي الذي يعد حديث النشأة، إذ إن هذه الجرائم تشكل انتهاكاً لقواعد يكون مصدرها إما القانون الدولي العرفي أو القانون الدولي الاتفاقي، ومن ثم فمحاكم نورمبرج وطوكيو لم تُنشئ جرائم جديدة، بل أقرت بوجود تلك الجرائم المكرسة في المصادر المختلفة للقانون الدولي الجنائي،⁽⁸⁾ وبناء على هذه الأسس، استخلص الاتهام في كل من محاكم نورمبرج وطوكيو أنه لم يكن هناك انتهاك لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات أو لقاعدة عدم الرجعية، وهو الأمر الذي تم تأييده من جهة قضاة محاكم نورمبرج وطوكيو.⁽⁹⁾

(5) See Nuremberg Charter <

<https://ghum.kuleuven.be/ggs/events/2013/springlectures2013/documents-1/lecture-5-nuremberg-charter.pdf>> accessed 20 September 2018.

(6) Werle (n4) 12.

(7) Cryer & others (n1) 113 – 118; Miša Zgonec-Rožej, International criminal law – Manual (International Bar Association’s Human Rights Institute, 2010) 53.

(8) Cryer & others (n1) 114 – 119.

(9) Ibid.

على الجانب الآخر كان من الملاحظ أن الحجة المقدمة من الدفاع عن المتهمين بمحاكم نورمبرج وطوكيو المتعلّقة بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات لم تمتد إلى جرائم الحرب؛ وهذا يرجع لوجود إطار قانوني دولي يغطي جرائم الحرب في ذلك الوقت، فجرائم الحرب كما هو منفق عليه تمثل انتهاكات لبعض من قواعد القانون الدولي الإنساني، ومن ثم فهذا يعني أن هناك بعضاً من قواعد القانون الدولي الإنساني - التي كانت عند انتهاكها تشكل جرائم حرب - كانت قائمة ومستقرة إبان تشكيل تلك المحاكم.

في الواقع تعود نشأة القانون الدولي الإنساني إلى القانون الدولي العرفي الذي وضع الأسس الأولية لهذا الفرع من القانون الدولي العام، فالعديد من قواعد القانون الدولي الإنساني ومبادئه مثل: قواعد التناسب، والتمييز، وتحديد الأسلحة المستخدمة في الحروب والمنازعات تكونت بفعل الممارسة بين الدول،⁽¹⁰⁾ وحركة التدوين في مجال القانون الدولي الإنساني لم تُعرف حتى تاريخ ١٨٦٤م، وهو تاريخ تبني اتفاقية جنيف الأولى لتحسين أحوال العسكريين الجرحى في الجيوش في الميدان.⁽¹¹⁾ توالى بعد ذلك العديد من الاتفاقيات الدولية المتعلّقة بالقانون الدولي الإنساني؛ مثل اتفاقية لاهاي لعام ١٨٩٩م التي قامت بتدوين قوانين الحرب البرية وأعرافها، واتفاقية جنيف لعام ١٩٠٦م التي تعد تعديلاً وتطويراً لأحكام اتفاقية ١٨٦٤م، واتفاقية لاهاي لعام ١٩٠٧م التي قامت بتعديل اتفاقية ١٨٩٩م؛ بأن قامت بتطبيقها على الحروب والنزاعات البحرية، وأخيراً اتفاقيتي جنيف ١٩٢٩م؛⁽¹²⁾ حيث تضمنت اتفاقية جنيف الأولى أحكاماً خاصة بتحسين أحوال الجرحى والمرضى والعسكريين في الميدان، وهي صيغة جديدة ومطورة لاتفاقية جنيف لعام ١٩٠٦م، وقد أقرت استخدام شارة

(10) Lindsay Moir, the law of Internal Armed Conflict, (Cambridge University Press, 2002) 19.

(11) Nils Melzer, International Humanitarian Law: A Comprehensive Introduction, (International Committee of the Red Cross, 2016)35.

(12) Ibid.

الهلال الأحمر، بجانب شارة الصليب الأحمر، أما الاتفاقية الثانية فقد تضمنت أحكاماً خاصة بالأسرى، وتوفير الحماية لهم، وجمع المعلومات عنهم.^(١٣)

كل هذه الاتفاقيات - السابق ذكرها - التي وجدت قبل عام ١٩٤٥م (أي قبل إنشاء محاكم نورمبرج وطوكيو)، بالإضافة إلى القواعد العرفية؛ شكلت جميعها إطاراً قانونياً دولياً يجسد القانون الدولي الإنساني الذي يحكم الحروب والنزاعات المسلحة، فالانتهاكات الخطيرة لتلك القواعد سواء كانت اتفاقية أم عرفية قد أثارت - لأول مرة - مبدأ المسؤولية الجنائية الفردية عقب الحرب العالمية الثانية، وهو الأمر الذي جعل محاكم نورمبرج وطوكيو تُقاضي مرتكبي تلك الانتهاكات عن جرائم حرب،^(١٤) الجدير بالذكر أنه على الرغم من أن قواعد القانون الدولي الإنساني السابق نشأتها لمحاكم نورمبرج وطوكيو لم تتضمن بشكل صريح مبدأ المسؤولية الجنائية الفردية أو مفهوم جرائم الحرب، فإن محاكم نورمبرج وطوكيو من خلال المواد السادسة والخامسة على التوالي نصت على جرائم الحرب التي هي بمنزلة انتهاكات لبعض من قواعد القانون الدولي الإنساني المستقرة آنذاك^(١٥) مع ذلك، لم تقدم الأنظمة القانونية لتلك المحاكم تعريفاً دقيقاً واضحاً لمفهوم الانتهاكات التي تشكل جرائم حرب،^(١٦) حيث إنها أوردت أمثلة فقط لتلك الانتهاكات، إذ إن تحديد جريمة الحرب وعناصرها قد أوكل إلى قضاة محاكم نورمبرج وطوكيو، وذلك من خلال تقرير تجريم بعض الانتهاكات الواردة على سبيل المثال في اتفاقيات لاهاي ١٨٩٩م و ١٩٠٧م بشأن قواعد الحرب البرية، وكذلك بروتوكول جنيف ١٩٢٥م الخاص بمنع استعمال

(13) Ibid.

(14) Ibid, 32.

(15) Gideon Boas, International Criminal Law Practitioner Library: International Criminal Procedure (Cambridge University Press, 2011) 226-27.

(16) Miša Zgonec-Rožej (n7) 91.

الأسلحة الخائفة والسامة والجرثومية،^(١٧) لذلك، من الانتقادات التي وُجّهت الى نظامي نورمبرج وطوكيو أنهما لا يتضمنان إطاراً قانونياً واضحاً يُسهم إلى التعرف على ما يشكل جريمة حرب.^(١٨)

من الممكن أن نختم هذا المبحث بالقول: إن محاكم نورمبرج وطوكيو قد أرست مفهوم جرائم الحرب، باعتبار أنه يشكل انتهاكاً للقواعد المكتوبة والأعراف السائدة للقانون الدولي الإنساني التي تحمي قيماً على قدر بالغ من الأهمية، والتي يفضي انتهاكها إلى نتائج إجرامية جسيمة.^(١٩)

المبحث الثاني

المحاكم الجنائية الدولية المؤقتة

قامت منظمة الأمم المتحدة عقب انتهاء الحرب الباردة من خلال مجلس الأمن الدولي بتفعيل آلياتها غير القسرية، لإرساء دعائم السلم والأمن الدوليين، وذلك عن طريق إنشاء محاكم جنائية دولية مؤقتة لمعاقبة الأشخاص المرتكبين لجرائم دولية في غياب محكمة جنائية دولية دائمة،^(٢٠) وبدأت هذه الممارسات بتأسيس المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة والمحكمة الجنائية الدولية لرواندا عن طريق قرارات صادرة عن مجلس الأمن الدولي بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، ومن ثم أصبحت هذه القرارات ملزمة لجميع الدول ولاسيما في مجال التعاون مع تلك المحاكم. إن ظروف تأسيس تلك المحاكم سوف يكون موضوع (المطلب الأول)، بينما (المطلب الثاني) سوف يسلط الضوء على كيفية تنظيمها لجرائم الحرب.

^(١٧) محمد حسن محمد علي، جرائم الإرهاب الدولي واختصاص المحكمة الجنائية الدولية بنظرها (منشأة المعارف - الاسكندرية ٢٠١٣م) ٦٣٤.

^(١٨) Miša Zgonec-Rožej (n7) 91.

^(١٩) المرجع السابق، ص ٦٤٠.

^(٢٠) Werle (n4) 15.

المطلب الأول ظروف التأسيس

بعد وفاة زعيم الحزب الشيوعي اليوغسلافي جوزيف تيتو عام ١٩٨٠م، وانتهاء الاتحاد اليوغسلافي، قررت كل من كرواتيا وسلوفينيا ومقدونيا والبوسنة والهرسك الانفصال عن الاتحاد المنهار، ولم يبق في الاتحاد سوى الجبل الأسود وصربيا،^(٢١) كانت الأخيرة تطمح إلى توحيد تلك الجمهوريات المنفصلة تحت مسمى وكيان جديد وهو دولة صربيا الكبرى، ولكن هذا الطموح تلاشى عقب إعلان كل من كرواتيا وسلوفينيا استقلالهما عام ١٩٩١م، وكذلك أيضاً اختيار المسلمين في البوسنة والهرسك انفصالهما واستقلالهما في استفتاء شعبي عن الجمهورية الفيدرالية ليوغسلافيا،^(٢٢) حتى توقيع اتفاق دايتون للسلام عام ١٩٩٥م، ارتكبت الميليشيات الصربية - التي تشكل أقلية في جمهورية البوسنة والهرسك - المدعومة من الجيش الصربي لدولة صربيا انتهاكات خطيرة للقانون الدولي ضد المسلمين في كرواتيا وسلوفينيا والبوسنة والهرسك،^(٢٣) فقد أباد الصربيون قرى في إقليم يوغسلافيا السابقة وقتلوا المدنيين الأبرياء، وارتكبوا أفظع ألوان التعذيب والمعاملة اللاإنسانية، وأخذ الرهائن، وتدمير المستشفيات، واغتصاب النساء الجماعي، وتشديد المعسكرات للإذلال النفسي، والتصفية الجسدية، والدفن في مقابر جماعية، والتطهير العرقي،^(٢٤) ارتأى مجلس الأمن الدولي أن هذه الأفعال تشكل جرائم دولية، وبناء على ذلك قرر بموجب القرار رقم (٨٠٨) الصادر في ٢٢ فبراير ١٩٩٣م أن الوضع في إقليم يوغسلافيا السابق يشكل تهديداً للسلام والأمن الدوليين، مقررًا تأسيس محكمة جنائية

(21) Ibid, 16.

(22) Ibid.

(23) علي عبد القادر القهوجي، القانون الدولي الجنائي (منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠١م)

٢٧١-٢٧٢.

(24) المرجع السابق.

دولية لمحاكمة الأشخاص المتهمين بارتكاب الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي الإنساني في يوغسلافيا السابقة منذ عام ١٩٩١ م. (٢٥)

أما بالنسبة إلى المحكمة الجنائية الدولية المؤقتة لرواندا، فقد تم تأسيس تلك المحكمة من جهة مجلس الأمن الدولي على خلفية نشوب النزاع المسلح بين قبيلتي الهوتو والتوتسي بسبب الصراع على السلطة بدولة رواندا. وبدأت أحداث هذا النزاع إثر مقتل الرئيس الرواندي بسبب تحطم طائرته بالقرب من مدينة Kigali في أبريل عام ١٩٩٤ م^(٢٦) إثر هذا الحادث نشب قتال عنيف بين الميلشيات المسلحة وقوات الحرس الجمهوري الرواندي راح ضحيته عدد كبير من القادة والوزراء من بينهم الوزير الأول، وكذلك رئيس المحكمة العليا، وكل قادة الحزب الاجتماعي الديمقراطي بالإضافة إلى عدد كبير من أفراد قوات حفظ السلام، وعدد كبير من المدنيين من قبيلتي الهوتو والتوتسي،^(٢٧) ولتدارك الفراغ الدستوري؛ تم إنشاء حكومة مؤقتة للبلاد من حكومة الهوتو وهو الأمر الذي تسبب في حدة النزاع بين قبيلتي الهوتو والتوتسي،^(٢٨) غير أن الأمر بدا واضحاً، وهو أن قبيلة التوتسي هي الضحية الأولى؛ نتيجة للدعم الذي تحصلت عليه قبيلة الهوتو من القوات الحكومية، فانتشرت المذابح ضد أبناء قبيلة التوتسي، ولم يكن هناك تمييز في هذه المذابح بين النساء والأطفال والشيوخ.^(٢٩)

بناء على تلك الأحداث والتقارير المقدمة من الأمين العام للأمم المتحدة التي تؤكد حدوث انتهاكات خطيرة للقانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان بدولة رواندا، أصدر مجلس الأمن الدولي وفق الفصل السابع قراره رقم (٩٥٥) في

(25) UN S/RES/808(1993).

(٢٦) القهوجي، مرجع سابق، ٢٩٦.

(٢٧) المرجع السابق.

(٢٨) المرجع السابق.

(٢٩) المرجع السابق ٢٩٧.

٨ نوفمبر ١٩٩٤م الذي أنشئت بموجبه محكمة جنائية دولية لرواندا لتتولى محاكمة الأشخاص المتهمين بارتكاب جرائم حرب وجرائم إبادة في إقليم رواندا وأراضي الدول المجاورة، وذلك في الفترة ما بين الأول من يناير ١٩٩٤م و ٣١ ديسمبر من السنة نفسها.^(٣٠)

المطلب الثاني

كيفية تنظيم جرائم الحرب

على الرغم من أن الأساس القانوني المتمثل في قواعد القانون الدولي الإنساني الذي ارتكز عليه بشكل رئيس كل من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية المؤقتة ليوغسلافيا السابقة، والنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية المؤقتة لرواندا؛ كان هو اتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩م وبرتوكولاتها الإضافية لعام ١٩٧٧م، إلا أن اختلاف طبيعة المنازعات المسلحة التي اندلعت في يوغسلافيا السابقة عما حدث في رواندا، أدى إلى اختلاف ماهية النصوص التي ارتكزت عليها تلك المحاكم في إطار جرائم الحرب. على أي حال فهذا التباين في الأساس القانوني على مستوى النصوص سوف يتضح جلياً عند دراسة مفهوم جرائم الحرب ضمن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية المؤقتة ليوغسلافيا السابقة (الفرع الثاني) وضمن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية المؤقتة لرواندا (الفرع الثالث)، أما (الفرع الأول) من هذا المطلب فسوف يقوم بالتعريف باتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩م وبرتوكولاتها الإضافية على اعتبار أنها المصدر الاتفاقي لنظامي محكمتي يوغسلافيا السابقة ورواندا.

(30) UN S/RES/955 (1994)

الفرع الأول

اتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩ م وبرتوكولاتها الإضافية

من المهم معرفة الإطار القانوني الدولي الذي استندت عليه الأنظمة الأساسية للمحاكم الجنائية الدولية المؤقتة ليوغسلافيا السابقة ورواندا في اعتبار انتهاكات معينة لقواعد القانون الدولي الإنساني تُشكل جرائم حرب، والمقصود بذلك هو اتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩ م وبرتوكولاتها الإضافية لعام ١٩٧٧ م. هذه الاتفاقيات قد تم تبنيها من خلال مؤتمر دولي انعقد في ١٢ أغسطس عام ١٩٤٩ م حيث اتفق الحاضرون على تحديث اتفاقيات جنيف الأولى (١٩٠٦ - ١٩٢٩ م) المُتعلّقة بحماية ضحايا الحروب والمنازعات المسلحة، وقد نتج عن هذا المؤتمر ٤ اتفاقيات هي: (٣١)

- اتفاقية جنيف الأولى الخاصة بتحسين حالة الجرحى والمرضى في القوات المسلحة في الميدان.

- اتفاقية جنيف الثانية الخاصة بتحسين حالة الجرحى والمرضى والغرقى من أفراد القوات المسلحة في البحار.

- اتفاقية جنيف الثالثة المُتعلّقة بمعاملة أسرى الحرب.

- اتفاقية جنيف الرابعة المُتعلّقة بحماية المدنيين في وقت الحرب.

في معرض تطبيق تلك الاتفاقيات؛ رأَت الجماعة الدولية أن هناك بعضاً من القصور يعترى اتفاقية جنيف الأولى لعام ١٩٤٩ م، فقامت بتبني بروتوكول إضافي عام ١٩٧٧ م، متعلق بحماية ضحايا المنازعات المسلحة الدولية، يوضح مجال الحماية المقررة في تلك الاتفاقية ويوسع دائرته، ناهيك عن تدوينه للقواعد التي تحكم سير الأعمال العدائية واعتباره أن حروب التحرير ضد الاحتلال الأجنبي والهيمنة

(31) Nils Melzer (n11) 36.

الاستعمارية والأنظمة العنصرية من قبيل المنازعات المسلحة الدولية،^(٣٢) وبالترامن مع البروتوكول الإضافي الأول، تم تبني البروتوكول الإضافي الثاني المتعلق بحماية المنازعات المسلحة غير الدولية الذي قام بتأكيد بعض القواعد المنصوص عليها في اتفاقية جنيف الثانية وتوضيحها، مثل مفهوم المنازعات المسلحة غير الدولية ومجال الحماية المقررة^(٣٣) في عام ٢٠٠٥م، تم تبني البروتوكول الإضافي الثالث المكمل لاتفاقيات جنيف الذي أضاف بدوره إشارة مميزة جديدة، بالإضافة إلى إشارتي الصليب الأحمر والهلال الأحمر، وهي الكريستالة الحمراء.

الفرع الثاني

جرائم الحرب ومحكمة يوغوسلافيا السابقة

نصت المادة الثانية من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة على التصرفات التي تُشكّل انتهاكات لبعض من القواعد المكتوبة المنصوص

^(٣٢) الملحق (البروتوكول) الأول الإضافي إلى اتفاقيات جنيف المعقودة في ١٢ آب / أغسطس ١٩٤٩م، والمتعلق بحماية ضحايا المنازعات الدولية المسلحة.

< <https://www.icrc.org/ara/resources/documents/misc/5ntccf.htm> >
accessed 25 September 2018.

^(٣٣) الملحق (البروتوكول) الثاني الإضافي إلى اتفاقيات جنيف المعقودة في ١٢ آب / أغسطس ١٩٤٩م المتعلق بحماية ضحايا المنازعات المسلحة غير الدولية.

< <https://www.icrc.org/ara/resources/documents/misc/5ntce2.htm> >
accessed 25 September 2018.

عليها في اتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩م. (٣٤) أما المادة الثالثة فقد منحت المحكمة الاختصاص في محاكمة الأشخاص على الانتهاكات لقوانين الحرب وأعرافها. (٣٥)

(٣٤) تنص المادة الثانية من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة على أن المحكمة تختص بمحاكمة الأشخاص المسؤولين عن الانتهاكات الخطيرة المنصوص عليها في اتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩م المرتكبة ضد الأشخاص والممتلكات المحمية، وهي تشمل الأفعال الآتية:

- (أ) القتل العمد
- (ب) التعذيب أو المعاملة اللاإنسانية، بما في ذلك التجارب البيولوجية.
- (ج) التسبب عمدًا في معاناة شديدة أو أذى خطير للجسم أو الصحة.
- (د) تدمير الممتلكات والاستيلاء عليها على نطاق واسع .
- (هـ) إجبار أسير حرب أو مدني للخدمة في قوات قوة معادية.
- (و) حرمان أي أسير حرب أو مدني عمدًا من حقوق محاكمة عادلة ومنظمة.
- (ز) الترحيل أو النقل غير المشروع لمدني.
- (ح) أخذ المدنيين رهائن.

UN DOC, Updated Statute Of The International Criminal Tribunal For The Former Yugoslavia <
http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf
 > accessed 2 October 2018.

(٣٥) تنص المادة الثالثة من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة على أن التصرفات التالية تشكل انتهاكات لقوانين الحرب وأعرافها:

- (أ) استخدام أسلحة سامة أو أسلحة أخرى تسبب معاناة غير ضرورية.
- (ب) التدمير العشوائي للمدن أو البلدات أو القرى، أو الدمار الذي لا تبرره الضرورة العسكرية.
- (ج) الهجوم أو القصف بأية وسيلة على المدن أو القرى أو المساكن غير المحمية أو البنايات.
- (د) الاستيلاء أو التدمير أو الإضرار المتعمد للمؤسسات المكرسة للدين والإحسان والتعليم والفنون والعلوم والآثار التاريخية والأعمال الفنية والعلمية.
- (هـ) نهب الممتلكات العامة أو الخاصة.

المرجع السابق.

لا شك أن اتفاقيات جنيف الأربع لعام ١٩٤٩م والبرتوكولين الإضافيين لعام ١٩٧٧م شكلت جميعها تطوراً مهماً في مجال القانون الدولي الإنساني، والأهم من ذلك أن عدداً من نصوصها كانت بمنزلة إطار مرجعي لقانون جرائم الحرب المنصوص عليه في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة.^(٣٦) الجدير بالذكر أن المادة الثانية من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة لم تستعمل مفهوم جرائم الحرب عنواناً لها ولكنها استخدمت مفهوم "الانتهاكات الخطيرة لاتفاقيات جنيف ١٩٤٩م"، من المهم أن نشير إلى خصيصة مهمة تميزت بها جرائم الحرب المنصوص عليها في محكمة يوغوسلافيا السابقة عن محكمة رواندا، وهي موضع تطبيق الانتهاكات الجسيمة، أو بالأحرى مدى اعتبارها جرائم حرب من منظور نوع النزاع المسلح، فقد تمت الإشارة في قرار الاستئناف بشأن الولاية القضائية للمحكمة في قضية Tadić^(٣٧) أن الانتهاكات الجسيمة المنصوص عليها في اتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩م التي انعكست بالمادة الثانية من النظام الأساسي لمحكمة يوغوسلافيا لن تحدث إلا في إطار المنازعات المسلحة الدولية، ومن ثم فالمادة الثانية غير قابلة للتطبيق على المنازعات المسلحة غير الدولية، في الحقيقة هذا النهج يكاد يكون متوقفاً من المحكمة؛ كون المادة الثانية من النظام الأساسي للمحكمة قد تمت صياغتها على أساس النصوص المتعلقة

^(٣٦) شكلت أيضاً اتفاقيات لاهاي بشأن قواعد الحرب ومحاكمات نورمبرج وطوكيو مصدراً آخر للنظام الأساسي للمحكمة الدولية الجنائية ليوغوسلافيا السابقة فيما يتعلق بجرائم الحرب.

^(٣٧) Tadić (دوشكو تاديتش) هو قائد سابق بجيش صرب البوسنة أثناء النزاع المسلح في إقليم يوغوسلافيا السابقة عام ١٩٩١م، وقد وجه إليه الاتهام من جهة الدائرة الابتدائية الثانية بمحكمة يوغوسلافيا السابقة بارتكاب جرائم ضد الإنسانية طبقاً للمادة ٥ من النظام الأساسي للمحكمة وانتهاكات جسيمة لاتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩م، ولأعراف وقوانين الحرب طبقاً للمادتين ٢ و ٣ في مدينة "بريبدور" ضد مسلمي وكروات البوسنة عقب الانتهاء من التحقيقات والمحاكمات، حكم على تاديتش بالسجن لمدة ٢٠ سنة.

Prosecutor v. Tadić (Case No. IT-94-1-T).

بالمنازعات المسلحة الدولية، المنصوص عليها في اتفاقيات جنيف والبروتوكول الإضافي الأول المُتعلّق بالمنازعات المسلحة الدولية، وليس على أساس المادة الثالثة المشتركة المُتعلّقة بالمنازعات المسلحة غير الدولية.^(٣٨)

أما المادة الثالثة من النظام الأساسي لمحكمة يوغسلافيا السابقة، فقد استعملت مفهوماً مختلفاً وهو "انتهاكات قوانين أو أعراف الحرب"، وتعد هذه المادة تكراراً وتكريساً لما انتهجته محكمة نورمبرج؛ على اعتبار أن انتهاكات قوانين أو أعراف الحرب التي ترتكب في إطار المنازعات المسلحة الدولية تُشكل جرائم حرب،^(٣٩) بينما التطور الذي أتت به محكمة يوغسلافيا السابقة من خلال التفسير والتطبيق هو أن جرائم الحرب المنصوص عليها في تلك المادة سوف تطبق على الانتهاكات التي تُرتكب في إطار المنازعات المسلحة غير الدولية،^(٤٠) غير أن هذه الانتهاكات التي تدخل ضمن المادة الثالثة، والتي لم ينص عليها بشكل صريح وتفصيلي، وإنما أُشير فقط إلى أنها يجب أن تُشكل انتهاكات لقوانين أو أعراف الحرب، يجب أن تستوفي بعض المتطلبات التي قد أشارت إليها دائرة الاستئناف في قضية Tadić وهي:^(٤١) أولاً – أن جريمة الحرب ضمن المادة الثالثة يجب أن تشكل انتهاكاً لقاعدة من قواعد القانون الدولي الإنساني، سواء كان مصدرها عرفياً أم اتفاقياً، ثانياً – يجب أن يتضمن الانتهاك قدراً كبيراً من الخطورة مما قد يخلف آثاراً خطيرة في الضحية، ثالثاً – أن مثل هذا الانتهاك يجب أن يؤدي إلى تطبيق مبدأ المسؤولية الجنائية الفردية.

في الحقيقة، فإن الممارسة العملية للمادتين الثانية والثالثة من المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة قد استحدثت عدداً من العناصر أو الأركان العامة التي يجب أن تتصف بها جرائم الحرب المنصوص عليها في تلك المادتين من النظام

(38) Gideon (n15) 231.

(٣٩) محمد حسن محمد، (مرجع رقم ١٦) ص ٦٣٧.

(40) Prosecutor v. Tadić (n37).

(41) Prosecutor v. Tadić, ICTY (Appeals Chamber), decision of 2 October, para 94.

الأساسي للمحكمة، وهي وجود نزاع مسلح دولي بالإضافة إلى وجود رابطة أو علاقة بين الفعل المرتكب والنزاع المسلح،^(٤٢) انعكست هذه العناصر بشكل واضح في جرائم الحرب التي تم النص عليها في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة، ومن ثم فإن هذه العناصر سوف تتم مناقشتها بالتفصيل عند التعرض لجرائم الحرب في إطار النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

الفرع الثالث

جرائم الحرب ومحكمة رواندا

جاءت المادة الرابعة من النظام الأساسي للمحكمة تحت عنوان "انتهاكات المادة الثالثة المشتركة بين اتفاقيات جنيف وانتهاكات البرتوكول الإضافي الثاني"، ونصت على بعض التصرفات - على سبيل المثال لا الحصر - التي تشكل انتهاكات جسيمة للمادة الثالثة المشتركة بين اتفاقيات جنيف المبرمة لعام ١٩٤٩م، وانتهاكات بروتوكولها الإضافي الثاني لعام ١٩٧٧م.^(٤٣)

(42) Elies van Sliedregt, "System criminality at the ICTY", in André Nollkaemper(ed), System Criminality in International Law (Cambridge University Press, 2009) p.183; Miša Zgonec-Rožej (n7) 106.

(٤٣) نصت المادة الرابعة من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية المؤقتة لرواندا على للمحكمة الدولية لرواندا سلطة محاكمة الأشخاص الذين ارتكبوا أو أمروا بارتكاب انتهاكات جسيمة للمادة الثالثة المشتركة بين اتفاقيات جنيف المبرمة في ١٢ أغسطس ١٩٤٩م لحماية ضحايا الحرب، وانتهاكات بروتوكولها الإضافي الثاني المبرم في ٨ يونيو ١٩٧٧م. وتشمل هذه الانتهاكات على سبيل المثال لا الحصر ما يأتي:

(أ) استعمال العنف ضد حياة الأشخاص أو صحتهم أو سلامتهم البدنية أو العقلية، وخاصة القتل أو المعاملة القاسية، مثل التعذيب أو التشويه أو أي شكل آخر من أشكال العقوبة الجسدية.

(ب) العقوبات الجماعية.

(ج) أخذ الرهائن.

(د) أعمال الإرهاب.

==

على الرغم من أن هذه المادة المتعلقة بانتهاكات قواعد القانون الدولي الإنساني أو جرائم الحرب لم تُشر صراحة إلى مفهوم جرائم الحرب كعنوان لها إلا أنها تكاد تكون مطابقة للمادة ٣ (١) من اتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩م والمادة ٤ (٢) من البروتوكول الإضافي الثاني ١٩٧٧م،^(٤٤) الجدير بالذكر أن المادة الثالثة من اتفاقيات جنيف هي متعلقة بالمنازعات المسلحة غير الدولية؛ إذ إنها كما أُشير إليها في اتفاقيات جنيف أنها تُطبق في "حالة قيام نزاع مسلح ليس له طابع دولي في أراضي أحد الأطراف السامية المتعاقدة"،^(٤٥) أما المادة ٤ فهي واقعة ضمن البروتوكول الإضافي الثاني المُتعلق بحماية ضحايا المنازعات المسلحة غير الدولية، فالأفعال المحظورة في تلك المادتين الثالثة والرابعة قد عُدت بمنزلة جرائم حرب بموجب المادة الرابعة من النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية المؤقتة لرواندا، إن سبب اختيار المادتين الثالثة من اتفاقيات جنيف والرابعة من البروتوكول الإضافي الثاني جاء ملائماً لطبيعة النزاع الذي كان قائماً في رواندا؛ فالنزاع كان دائراً بين قبيلتي الهوتو

== (هـ) الاعتداء على الكرامة الشخصية ولاسيما المعاملة المذلة، أو المهينة، أو الاغتصاب، أو الدعارة القسرية، أو أي شكل من أشكال هتك العرض.

(و) السلب والنهب.

(ز) إصدار الأحكام وتنفيذ إعدام من غير صدور حكم قضائي سابق عن محكمة مشكلة حسب الأصول المرعية، تكفل جميع الضمانات القضائية التي تعترف بها الشعوب المتحضرة بوصفها ضمانات أساسية.

(ح) التهديد بارتكاب أي من الأعمال السالفة الذكر.

S/RES/955 (1994).

^(٤٤) سُميت المادة الثالثة بالمادة المشتركة بين اتفاقيات جنيف كونها موجودة بنفس النص في جميع اتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩م.

^(٤٥) انظر: المادة ٣ من اتفاقيات جنيف ١٩٤٩م.

< <https://www.icrc.org/ara/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/overview-geneva-conventions.htm> > accessed 5 October 2018.

والتوتسي داخل رواندا، ومن ثم فهو نزاع مسلح غير دولي طبقاً لمفهوم المنازعات المسلحة غير الدولية المشار إليه في المادة الثالثة المشتركة لاتفاقيات جنيف والمادة الأولى من البروتوكول الإضافي الثاني.^(٤٦)

من خلال القراءة الأولية للمواد المتعلقة بجرائم الحرب لكل من النظام الأساسي لمحكمة يوغسلافيا السابقة والنظام الأساسي لمحكمة رواندا، نجد أن محكمة يوغسلافيا تختص بمحاكمة المسؤولين عن ارتكاب الانتهاكات الخطيرة في اتفاقيات جنيف ١٩٤٩م، التي تحدث في إطار المنازعات المسلحة الدولية ضد الأشخاص والممتلكات بالإضافة إلى الجرائم التي تقع نتيجة لانتهاكات قوانين وأعراف الحرب، على الجانب الآخر، تختص محكمة رواندا بمحاكمة المسؤولين عن انتهاكات المادة الثالثة المشتركة من اتفاقيات جنيف والمادة الرابعة من البروتوكول الإضافي الثاني التي يتم ارتكابها ضد أشخاص في إطار المنازعات المسلحة غير الدولية.

ما يهمنا أن نختم به أن نظامي محكمتي يوغسلافيا السابقة ورواندا لم يجدا صعوبة في إرساء قانون لجرائم الحرب خاص بهما، نتيجة لوجود إطار واضح مكتوب لقواعد القانون الدولي الإنساني متمثلاً في اتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩م وبروتوكولاتها الإضافية ١٩٧٧م. هذا بالطبع على عكس محاكم نورمبرج وطوكيو التي شكك الكثير في شرعية نصوصها؛ نظراً لاعتمادها الكبير على قواعد عرفية.

المبحث الثالث

نظام روما الأساسي لعام ١٩٩٨م

على الرغم من أن نظام روما - في إطار جرائم الحرب - جاء متأثراً بالسوابق القضائية لمحكمتي يوغسلافيا السابقة ورواندا، إلا أنه تضمن أحكاماً إضافية من حيث توسيع دائرة الانتهاكات التي تدخل في إطار جرائم الحرب، لذلك نصت المادة

(46) Miša Zgonec-Rožej (n7) 98.

الثامنة من نظام روما على إطار مفصل لجرائم الحرب لم يوجد في نظامي محكمتي يوغسلافيا السابقة ورواندا. قبل استعراض مفهوم جرائم الحرب، وفق المادة الثامنة، من نظام روما - (وهو موضوع المطلب الثاني) -؛ سوف نتناول في إيجاز ظروف تأسيس نظام روما أو المحكمة الجنائية الدولية الدائمة من خلال (المطلب الأول).

المطلب الأول

ظروف التأسيس

عقب محاكمات نورمبرج وطوكيو، بدأت الأمم المتحدة التفكير نحو إنشاء محكمة جنائية دولية دائمة؛ وبناء على ذلك نُوقش اقتراح إنشاء محكمة جنائية دولية دائمة أثناء المفاوضات بشأن اتفاقية الإبادة الجماعية لعام ١٩٤٨ م.^(٤٧) مع ذلك، نصت المادة السادسة من اتفاقية الإبادة الجماعية على إنشاء "محكمة جزائية دولية" في المستقبل في عام ١٩٥٠ م، أنشأت الجمعية العامة للأمم المتحدة لجنة خاصة مكونة من ممثلين عن ١٧ دولة، وهي ما عرفت بلجنة الـ ١٧ أو لجنة جنيف تكون مهمتها إعداد مشروع إنشاء محكمة جنائية دولية دائمة، وكذلك مدونة الجرائم المرتكبة ضد سلام البشرية وأمنها بعد عدد من المناقشات والمداولات للجنة الـ ١٧، تم وضع مشروع لمحكمة دائمة يتكون من ٥٥ مادة كان من أهمها أن إنشاء المحكمة يكون بموجب اتفاقية دولية بين الدول التي ترغب في ذلك، على أن تتضمن تلك الاتفاقية الجرائم الدولية التي تختص بها المحكمة^(٤٨) وفي عام ١٩٥٣ م، تم العمل على تنقيح هذا المشروع، لكن في وقت لاحق تم تجميد المشروع بسبب عدم اتفاق الجماعة الدولية على تعريف العدوان بسبب الحرب الباردة.^(٤٩)

^(٤٧) القهوجي، مرجع سابق، ١٩٩-٢٠٠.

^(٤٨) المرجع السابق، ٢٠٤.

(49) Miša Zgonec-Rožej (n7) 61.

عقب نهاية الحرب الباردة عام ١٩٨٩م، طلبت الجمعية العامة مرة أخرى من لجنة القانون الدولي معالجة مسألة إنشاء محكمة جنائية دولية، إذ إن قرار الجمعية العامة جاء نتيجة مبادرة تقدمت بها كل من ترينيداد وتوباغو لإنشاء محكمة جنائية خاصة للتعامل مع جريمة الاتجار بالمخدرات؛^(٥٠) تنفيذاً لقرار الجمعية العامة، قامت لجنة القانون الدولي عقب سلسلة من المناقشات بصياغة مشروع للنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية وكان ذلك في عام ١٩٩٤م هذا المشروع تمت مناقشته وتعديله خلال أعوام ١٩٩٤م - ١٩٩٦م عن طريق لجان مُنشأة من جهة الجمعية العامة؛ وذلك بغرض الوصول إلى نص موحد ومقبول على نطاق واسع من جهة الجماعة الدولية، أصدرت الجمعية العامة قراراً عام ١٩٩٦م يتضمن عقد مؤتمر دبلوماسي للمفوضين في سنة ١٩٩٨م لاعتماد اتفاقية النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، على أن تجتمع اللجنة التحضيرية للانتهاء من الصياغة النهائية للاتفاقية وتقديمها إلى المؤتمر لغرض تبنيها.^(٥١)

أخيراً وليس آخراً، قدمت اللجنة التحضيرية مشروع النظام الأساسي إلى المؤتمر الدبلوماسي المعني بإنشاء المحكمة الجنائية الدولية الذي عقدته الجمعية العامة في ١٥ يونيو ١٩٩٨م في روما، وقد شارك في هذا المؤتمر أكثر من ١٦٠ دولة و١٧ منظمة دولية وأكثر من ٢٥٠ منظمة غير حكومية، من أكثر المسائل التي نُوقشت وكانت مثاراً للجدل في المؤتمر هي دور مجلس الأمن وقائمة الجرائم الدولية التي تدخل في اختصاص المحكمة، ونطاق اختصاص المحكمة على الأشخاص الذين ليسوا من رعايا الدول الأطراف^(٥٢) عقب التوصل إلى حل وسط لتلك المسائل وغيرها، تم اعتماد النظام الأساسي في ١٧ يوليو ١٩٩٨م بموافقة ١٢٠ عضواً، مع امتناع ٢١ عضواً عن التصويت ومعارضة سبعة أصوات (الولايات

(٥٠) القهوجي، مرجع سابق، ١٩٩-٢٠٧.

(٥١) المرجع السابق.

(٥٢) المرجع السابق.

المتحدة والصين وإسرائيل والعراق وليبيا واليمن وقطر)^(٥٣) طبقاً للمادة ١٢٦ من نظام روما، دخل الأخير إلى حيز النفاذ في الأول من يوليو ٢٠٠٢م عقب التصديق عليه من ٦٠ دولة، ويبلغ حالياً عدد الدول الأعضاء في نظام روما حتى تاريخ كتابة هذا البحث ١٢٣ دولة.^(٥٤)

المطلب الثاني

جرائم الحرب في نظام روما الأساسي لعام ١٩٩٨م

لم يجد صائغو نظام روما أدنى صعوبة في صياغة جرائم الحرب، إذ وجدوا أمامهم أنظمة قانونية متكاملة وممارسات قضائية ناجمة عن نظام المحاكم الجنائية الدولية المؤقتة، ناهيك عن اتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩م وبروتوكولاتها الإضافية، فجاءت المادة الثامنة من نظام روما الأساسي متضمنة لفئتين رئيسيتين من جرائم الحرب، وهما: جرائم الحرب في إطار المنازعات المسلحة الدولية، وجرائم الحرب في إطار المنازعات المسلحة غير الدولية، تناولت الفئة الأولى من خلال المادة ٨ (٢) (١) الانتهاكات الجسيمة لاتفاقيات جنيف ١٩٤٩م، وقد حصرتها في ٨ أفعال قد تُرتكب ضد أشخاص أو أفعال، كما عدت الفقرة ب من المادة نفسها الانتهاكات الخطيرة الأخرى للقوانين والأعراف السارية على المنازعات الدولية المسلحة - الواردة في ٢٦ فقرة - بمنزلة جرائم حرب.^(٥٥) على الجانب الآخر المتعلق بجرائم الحرب

^(٥٣) المرجع السابق.

^(٥٤) United Nations Treaty Collection, Rome Statute of the International Criminal Court <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XVI-II-10&chapter=18&clang=en> accessed 8 October 2018.

^(٥٥) انظر: المادة ٨ من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية المعتمد في روما في ١٧

يوليو ١٩٩٨م.

في المنازعات المسلحة غير الدولية، قررت المادة ٨ (٢) (ج) أن الانتهاكات الجسيمة للمادة ٢ المشتركة بين اتفاقيات جنيف الأربع تشكل جرائم حرب وقد حصرتها في ٤ أفعال، بينما عدت الفقرة (هـ) أن الانتهاكات الخطيرة الأخرى للقوانين والأعراف السارية على المنازعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي تشكل أيضاً جرائم حرب والتي تم حصرها في ١٢ فعلاً.^(٥٦)

في إطار التجريم، ارتكزت المادة الثامنة من نظام روما بصفة رئيسة على القواعد الدولية المكتوبة للقانون الدولي الإنساني ولاسيما اتفاقية لاهاي الرابعة ١٩٠٧م واتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩م وبرتوكولاتها الإضافية،^(٥٧) غير أنه لا يجب التقليل من المصدر العرفي للقانون الدولي الإنساني الذي اتخذ أيضاً كمصدر للتجريم سواء في إطار جرائم الحرب المتعلقة بالمنازعات المسلحة الدولية أم غير الدولية، على الرغم من تباين الأحكام في المادة الثامنة - نظراً لاختلاف طبيعة النزاع - فإن هناك أركاناً أو عناصر عامة يجب توفرها في جرائم الحرب سواء في إطار المنازعات المسلحة الدولية أم غير الدولية، هذه العناصر يرجع تأسيسها القانوني من جهة إلى الفقرة الأولى من المادة الثامنة من نظام روما والملحق المتعلق بأركان الجرائم، وكذلك الممارسات والسوابق القضائية المتعلقة بمحاكم يوغسلافيا السابقة ورواندا من جهة أخرى، هذه العناصر التي تميز جرائم الحرب المنصوص عليها في المادة الثامنة من نظام روما سوف يتم تسليط الضوء عليها تباعاً.

^(٥٦) المرجع السابق.

^(٥٧) Gideon Boas (n15) 292.

الفرع الأول

العلاقة بين التصرف غير المشروع والنزاع المسلح

أشارت المادة الثامنة من الملحق المتعلق بأركان الجرائم الدولية في المحكمة الجنائية الدولية أن التصرف الذي يشكل جريمة حرب يجب أن يصدر في "سياق نزاع مسلح دولي ويكون مقترناً به"^(٥٨) يشير مصطلح "مقترناً به" إلى العلاقة المحددة بين سلوك الجاني والنزاع المسلح، لمزيد من الإيضاح، هذا العنصر يتطلب وجود شرطين: أن يكون هناك نزاع مسلح، وكذلك وجود صلة كافية بين الجريمة والنزاع المسلح،^(٥٩) يترتب على ذلك أن ليس كل تصرف إجرامي في إقليم يعاني من نزاع مسلح يرقى إلى جريمة طالما أن ليس هناك علاقة بينهما، على سبيل المثال، إذا قتل شخص جاره بسبب الغيرة أو بسبب نزاع خاص على أرض في إقليم به نزاع مسلح فهذا ليس جريمة حرب، هذا العنصر من العناصر الأساسية لأي جريمة حرب سواء كان نزاعاً دولياً أم غير دولي، على عكس جرائم الإبادة الجماعية وجرائم ضد الإنسانية التي ليس من الضروري أن تُرتكب في أوقات النزاع المسلح، الجدير بالذكر أن هذا العنصر ما هو إلا نتاج الممارسات القضائية لكل من المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة والمحكمة الجنائية الدولية لرواندا.^(٦٠)

^(٥٨) انظر: المادة ٨ من المحكمة الجنائية الدولية - أركان الجرائم (اعتمد من قبل جمعية الدول الأطراف في نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في دورتها الأولى المنعقدة في نيويورك خلال الفترة من ٣ إلى ١٠ سبتمبر ٢٠٠٢م).

^(٥٩) Werle (n4) 373.

^(٦٠) Miša Zgonec-Rožej (n7) 107 - 08.

الفرع الثاني

موضوع التصرف غير المشروع

تتضمن العديد من جرائم الحرب معايير معينة تتعلق بضحية الجريمة أو موضوعها، إذ لا يمكن مقاضاة الأشخاص مرتكبي الانتهاكات الجسيمة لاتفاقيات جنيف إلا عند ارتكابها ضد أشخاص أو أعيان "محمية" بموجب اتفاقيات جنيف لسنة ١٩٤٩م وبموجب الشروط الصارمة المنصوص عليها في الاتفاقيات نفسها.^(٦١) وعليه، فإن كل اتفاقية من اتفاقيات جنيف الأربع تحدد الشروط التي يُحمى بموجبها شخص أو شيء، فعلى سبيل المثال، يشمل الأشخاص المحميون في النزاعات المسلحة الدولية المدنيين وسجناء الحرب والمقاتلين الذين لم يعودوا قادرين على القتال لأنهم مرضى أو جرحى أو غرقى.^(٦٢)

على الجانب الآخر، تحدد المادة المشتركة الثالثة من اتفاقيات جنيف المتعلقة بالمنازعات المسلحة غير الدولية الأشخاص المحميين على أنهم "أشخاص لم يعودوا يشاركون مشاركة فعالة في الأعمال العدائية، بما في ذلك أفراد القوات المسلحة الذين ألقوا أسلحتهم والذين عجزوا عن القتال بسبب المرض أو الجروح أو الاحتجاز أو أي سبب آخر".

من الجدير بالذكر؛ أنه علاوة على تضمين النصوص الموضوعية لنظام روما للأشخاص أو الأعيان التي يجب أن تكون موضوع التصرف الإجرامي، فلكذلك أركان جرائم الحرب المنصوص عليها في ملحق أركان الجرائم الدولية التي تقع في اختصاص المحكمة قد أكدت على هذا الركن، على سبيل المثال، نصت المادة ٨ (٢) (أ) المتعلقة بجريمة الحرب المتمثلة في القتل العمد "أن يكون ذلك الشخص أو أولئك الأشخاص ممن تشملهم بالحماية اتفاقية أو أكثر من اتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩م"، كذلك نصت المادة ٨ (٢) (ب) المتعلقة بجريمة الحرب المتمثلة في الهجوم على الأعيان المدنية "أن يكون هدف الهجوم أعياناً مدنية، أي أعياناً لا تشكل أهدافاً عسكرية".

(61) Prosecutor v. Tadić (n39) para 81.

(62) See Articles 13, 24, 25 and 26 of Geneva Convention I.

الفرع الثالث

جسامة أو خطورة التصرف غير المشروع

من ضمن عناصر جرائم الحرب المنصوص عليها في نظام روما هو خطورة أو جسامة الانتهاك، أي أن جرائم الحرب في نظام روما لا تشمل جميع انتهاكات القانون الدولي الإنساني، ولكنها تغطي فقط "الانتهاكات الجسيمة" لاتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩م، والمخالفات الخطيرة للمادة الثالثة المشتركة وغيرها من الانتهاكات الخطيرة للقوانين أو العادات السارية على المستوى الدولي وغير الدولي.^(٦٣) ما يميز نظام روما هو تضمينه لقوائم شاملة للجرائم التي تعد "جسيمة أو خطيرة"، على عكس نظامي محكمتي يوغوسلافيا السابقة ورواندا اللذين نصا على مفهوم الانتهاكات الجسيمة والخطيرة، لكنهما قد تركا تحديده لقضاة المحكمة.^(٦٤)

في سياق هذا الركن، فإنه من الضروري الإشارة إلى المادة ٨ (١) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية التي تنص على أن: "يكون للمحكمة اختصاص فيما يتعلق بجرائم الحرب، ولاسيما عندما ترتكب في إطار خطة أو سياسة عامة أو في إطار عملية ارتكاب واسعة النطاق لهذه الجرائم"، إن النص على مصطلح "لاسيما" ضمن تلك الفقرة يعني أن المحكمة الجنائية الدولية قد لا تختص بجميع جرائم الحرب التي توافرت فيها جميع الأركان بما فيها ركن خطورة أو جسامة التصرف، وإنما يقتصر اختصاصها فقط على جرائم الحرب المرتكبة في إطار خطة أو سياسة عامة أو في إطار عملية ارتكاب واسعة النطاق لهذه الجرائم، يجب التأكيد على أن ما تتضمنه المادة ٨ (١) ليس ركناً من أركان جريمة الحرب،^(٦٥) على عكس جرائم ضد الإنسانية التي تتضمن مثل هذا الشرط الذي هو بمنزلة ركن في جرائم ضد الإنسانية، من ثم، يمكن القول إن التصرفات المنفردة التي تتوفر فيها

(63) Miša Zgonec-Rožej (n7) 109.

(64) Ibid.

(65) Ibid.

جرائم حرب تشكل جرائم حرب وفق نظام روما ولكن قد لا تختص بها المحكمة نظراً لرغبة واضعي نظام روما في تركيز موارد المحكمة على جرائم الحرب الأكثر خطورة وجسامة والتي يظهر فيها دور الدولة بشكل واضح.^(٦٦)

الفرع الرابع

الفاعل في جرائم الحرب

إن مرتكبي جرائم الحرب قد يكونون أعضاء في القوات المسلحة وقد يكونون مدنيين أيضاً؛ إذ إن العلاقة مع النزاع المسلح سوف تلعب دوراً مهماً عندما تُرتكب الجريمة من جهة شخص مدني،^(٦٧) فمن الممكن أن يكون شخص مدني مذنباً بارتكاب جريمة حرب ضد مدنيين آخرين عند ارتكابه للفعل الإجرامي المرتبط مع النزاع المسلح في غياب هذه الرابطة، يشكل الانتهاك مجرد جريمة جنائية عادية بموجب القانون المنطبق في الإقليم المعني،^(٦٨) كذلك؛ في إطار ركن مرتكب جريمة الحرب، تحدد عناصر الجرائم في المحكمة الجنائية الدولية شرطاً آخر ذا علاقة بهذا الركن وهو الوعي بوجود نزاع مسلح، فلا يمكن إدانة مرتكب الجريمة كمجرم حرب إلا إذا كان على علم بالظروف الواقعية التي تثبت وجود نزاع مسلح،^(٦٩) غير أن مرتكب جريمة الحرب غير مُطالب بمعرفة ما إذا كان النزاع المسلح دولياً أو غير دولي.^(٧٠)

في الآونة الأخيرة، لقد لوحظ أن القيادات العسكرية لبعض من الدول تستعين بشركات عسكرية خاصة أو أشخاص مأجورين كما يطلق عليهم "المرتزقة"، الذين

(66) Robert Cryer & others (n1) 288.

(67) Miša Zgonec-Rožej (n7) 108.

(68) Antonio Cassese, International Criminal Law (2nd ed OUP, Oxford 2008) 83.

(٦٩) المرجع السابق.

(70) Werle (n4) 376.

يقومون بمرافقة القوات العسكرية النظامية ويتولون أداء مهام عسكرية متنوعة تختلف ما بين تقديم خدمات لوجيستية وأعمال صيانة وتشغيل وحراسة إلى حد انخراطهم في عمليات قتالية مباشرة أثناء المنازعات المسلحة، مثل ما قامت به الولايات المتحدة الأمريكية في أفغانستان والعراق،^(٧١) طبقاً للتفسير النصي^(٧٢) للمادة ٤ من اتفاقية جنيف الثالثة لعام ١٩٤٩م بشأن معاملة أسرى الحرب أن وصف "أسرى حرب" يشمل فئات معينة يتم القبض عليها أثناء النزاع المسلح الدولي، وهي قد تكون أفراد القوات المسلحة النظامية والمليشيات والوحدات المتطوعة التي تشكل جزءاً من هذه القوات المسلحة، ومن ثم فإنه يمكن القول إن الفئات المدفوعة الأجر التي تُقاتل في جانب القوات النظامية لن ينطبق عليهم وصف "أسرى حرب" عند القبض عليهم من جهة القوات المعادية، إذ إن حصولهم على المقابل يخرجهم من دائرة المليشيات والوحدات المتطوعة، هذه النتيجة تقودنا إلى أثر قانوني مهم ناتج عن أنهم ليسوا بأسرى حرب وهو أن هؤلاء المرتزقة وأفراد الشركات العسكرية الخاصة قد يتم محاكمتهم أمام المحاكم الوطنية للدولة الأخرى الطرف في النزاع عن جرائم وطنية مثل القتل والإرهاب، ناهيك عن إمكانية أيضاً محاكمتهم عن جرائم حرب سواء أمام المحاكم الوطنية أم القضاء الدولي الجنائي،^(٧٣) الجدير بالذكر أن مقاضاة الفاعل عن جرائم الحرب تشمل أيضاً كل من ينطبق عليهم وصف أسرى الحرب، فالأخير يضيف درجة من الحصانة القضائية فقط عن الجرائم الوطنية المنصوص عليها في القوانين الجنائية الداخلية وليس عن الجرائم الدولية مثل جرائم الحرب.^(٧٤)

(71) Carsten Hoppe, "Passing the buck: state responsibility for private military companies" (2008) *European Journal of International Law*, 989; Melzer (n11) pp39-40.

(٧٢) التفسير النصي أو الحرفي هو أحد وسائل تفسير المعاهدات الدولية المنصوص عليها في المادة ٣١ (١) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات الدولية الموقع عليها في ٢٣ مايو ١٩٦٩م ودخلت حيز النفاذ في ٢٧ يناير ١٩٨٠م.

(73) Melzer (n11) p.172.

(74) Ibid.

الفرع الخامس

العنصر المعنوي (القصد الجنائي)

تحدد المادة ٣٠ من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية العنصر المعنوي اللازم المتعلق بجميع الجرائم الخاضعة لولايتها القضائية، طبقاً لهذه المادة من أجل إثبات أن الشخص مذنب بجريمة حرب في إطار النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية؛ يجب إثبات أن الفعل المحظور تم تنفيذه بعلم وإرادة.

ينبغي الإشارة إلى أن المادة ٣٠ ليست هي المادة الوحيدة في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية التي تشتمل على أحكام بشأن هذا العنصر؛ إذ تنص المادة ٣٠ فقط على المتطلبات العامة والمفاهيم الأساسية للعلم والإرادة المنطبقة على كل الجرائم الدولية التي تختص بها المحكمة،^(٧٥) من جهة أخرى، تشمل بعض الأفعال المحظورة المدرجة في المادة الثامنة من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية المتعلقة بجرائم الحرب على العنصر المعنوي الضروري للجريمة،^(٧٦) على سبيل المثال، تنص المادة ٨ (٢) (ب) (٢) على أن الشخص مذنب بجريمة حرب عند "تعمد توجيه هجمات ضد مواقع مدنية" بالإضافة إلى ذلك، تتطلب المادة الثامنة من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية أن جرائم الحرب يجب تنفيذها "بشكل عدواني" أو "عمداً" أو حتى "غادراً".^(٧٧)

(75) Miša Zgonec-Rožej (n7) 110.

(76) Ibid.

(77) انظر: المواد ٨ (٢) (أ) (٤)، ٨ (٢) (أ) (١) و ٨ (٢) (ب) (١١) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

الختام

على الرغم من الانتقادات التي وُجّهت إلى محاكم نورمبرج وطوكيو في إطار انتهاكها لمبدأ شرعية الجرائم، فإن جرائم الحرب - كإحدى الجرائم التي تدخل في اختصاص تلك المحاكم - لم تكن هدفاً لتلك الانتقادات؛ حيث كانت تلك الجرائم مؤسسة على قوانين وأعراف الحرب آنذاك، لذلك ينبغي القول إن إقرار مبدأ المسؤولية الجنائية الفردية عن جرائم الحرب بشكل عملي ولأول مرة؛ كان عن طريق محاكم نورمبرج وطوكيو، على الرغم من أن الأنظمة الأساسية لتلك المحاكم لم تحدد ما يشكل جريمة حرب بشكل واضح، هذه المسؤولية الجنائية الفردية عن جرائم الحرب قد تكرست بشكل واضح في كل من نظامي المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة والمحكمة الجنائية الدولية لرواندا، وكان ذلك راجعاً إلى تطور القانون الدولي الإنساني عن طريق تبني اتفاقيات جنيف الأربع لعام ١٩٤٩م والبروتوكولات الإضافية، جاء نظام روما الأساسي لعام ٢٠٠٢م ليجد أمامه نظاماً قانونياً لجرائم الحرب يكاد يكون شبه متكامل، فقام واضعو النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية - من خلال المادة الثامنة - بتكريس من جهة السوابق القضائية للمحاكم الجنائية الدولية المؤقتة لنورمبرج وطوكيو ويوغسلافيا السابقة، ورواندا، فحرص واضعو نظام روما على الحفاظ على هذا الإرث العرفي التي خلفته المحاكم الجنائية الدولية المؤقتة، على سبيل المثال، تمثل أركان أو عناصر جرائم الحرب الواردة ضمن المادة الثامنة وملحق أركان الجرائم الدولية تكريماً للممارسات القضائية المتبعة من جهة المحاكم الجنائية الدولية المؤقتة، مع فارق واحد وهو وجود شرط جديد ضمن المادة ٨ (١) من نظام روما لا يرقى إلى مرتبة الركن المتمثل في أن المحكمة الجنائية الدولية لن تختص بجرائم الحرب إلا إذا ارتُكبت في "إطار خطة أو سياسة عامة أو في إطار عملية ارتكاب واسعة النطاق"، من جهة أخرى، قام نظام روما بتجريم انتهاكات لأحكام أخرى للقانون الدولي الإنساني منصوص عليها في اتفاقيات جنيف الأربع لعام ١٩٤٩م والبروتوكولات الإضافية لعام ١٩٧٧م.

النتائج:

- هذا البحث توصل إلى عدد من النتائج التي كان من أبرزها الآتي:
- أن جرائم الحرب تحظى بدرجة من الشرعية القانونية منذ نشأتها على عكس جرائم دولية أخرى مثل جرائم ضد الإنسانية.
 - لقد أسهمت قواعد القانون الدولي الإنساني ولاسيما اتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩م في تكريس الشرعية القانونية لجرائم الحرب.
 - لعبت المحاكم الجنائية الدولية المؤقتة ليوغسلافيا السابقة ورواندا دوراً مهماً في توضيح المفهوم القانوني المتعارف عليه حالياً لجرائم الحرب، وكذلك عناصرها الأساسية.
 - تعد المادة الثامنة في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية والوثيقة التكميلية المتعلقة بأركان الجرائم الدولية هي المرجعية القانونية لجرائم الحرب.
 - يتم ارتكاب جرائم الحرب عن طريق القيام ارتكاب إحدى الانتهاكات المنصوص عليها في المادة ٨ (٢) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، ولا سيما عند ارتكاب الانتهاك في إطار خطة أو سياسة عامة أو في إطار عملية ارتكاب واسعة النطاق.
 - أن التفسير القانوني والتفسي للقضايا للمادة الثامنة المتعلقة بجرائم الحرب في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية والوثيقة التكميلية المتعلقة بأركان الجرائم الدولية قد حددا الأركان الأساسية لتلك الجرائم هي ضرورة ارتكابها في إطار نزاع مسلح وأن موضوع التصرف يجب أن يكون محمي بموجب القانون الدولي الإنساني، وأن يكون الانتهاك على درجة معينة من الجسامة والخطورة مع توفر القصد الجنائي عند ارتكاب مثل هذا الانتهاك.

التوصيات:

- هذا البحث توصل إلى عدد من التوصيات، وهي على النحو الآتي:
- النص على جرائم الحرب في القوانين الجنائية للدول وجعلها من أولويات القضاء الوطني، تطبيقاً لمبدأ التكاملية بين القضاء الوطني والقضاء الدولي.
- يجب على الدول نشر الثقافة القانونية لجرائم الحرب من حيث مفهومها القانوني وأركانها وصورها وذلك بين المواطنين والقادة العسكريين والقائمين على السلطات التنفيذية بشكل عام، وذلك حتى لا يتورطوا أثناء المنازعات المسلحة بارتكاب جرائم حرب تحت زريعة عدم العلم بالقانون أو تنفيذ الأوامر الصادرة إليهم من رؤسائهم.
- العمل على ضرورة إدراج استخدام الأسلحة النووية أثناء المنازعات المسلحة ضمن المادة الثامنة من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

قائمة المراجع

أولاً- المراجع باللغة العربية:

أ- الاتفاقيات والمواثيق الدولية:

- (١) المحكمة الجنائية الدولية - أركان الجرائم (اعتمد من قبل جمعية الدول الأطراف في نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في دورتها الأولى المنعقدة في نيويورك خلال الفترة من ٣ إلى ١٠ سبتمبر ٢٠٠٢م).
- (٢) نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية المعتمد في روما في ١٧ يوليو ١٩٩٨م.
- (٣) النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لرواندا (قرار مجلس الأمن ٩٥٥ المؤرخ ٨ نوفمبر ١٩٩٤م).
- (٤) النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية المؤقتة ليوغسلافيا السابقة (قرار مجلس الأمن ٨٢٧ المؤرخ ٢٥ مايو ١٩٩٣م).

- ٥) اتفاقيات جنيف الأربع المعقودة في ١٢ آب / أغسطس ١٩٤٩م.
- ٦) الملحق (البروتوكول) الأول الإضافي إلى اتفاقيات جنيف المعقودة في ١٢ آب / أغسطس ١٩٤٩م والمتعلق بحماية ضحايا المنازعات الدولية المسلحة.
- ٧) الملحق (البروتوكول) الثاني الإضافي إلى اتفاقيات جنيف المعقودة في ١٢ آب / أغسطس ١٩٤٩م والمتعلق بحماية ضحايا المنازعات المسلحة غير الدولية.
- ب- الكتب القانونية:

- ١) علي عبد القادر القهواجي، القانون الدولي الجنائي (منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠١).
- ٢) محمد حسن محمد علي، جرائم الإرهاب الدولي واختصاص المحكمة الجنائية الدولية بنظرها (منشأة المعارف - الاسكندرية ٢٠١٣م).

ثانياً- المراجع باللغة الإنجليزية:

I. Books and journal articles:

- 1) Antonio Cassese, International Criminal Law, (2nd ed OUP, Oxford 2008).
- 2) Carsten Hoppe, "Passing the buck: state responsibility for private military companies" (2008) European Journal of International Law.
- 3) Elies van Sliedregt, "System criminality at the ICTY", in André Nollkaemper (ed), System Criminality in International Law, (Cambridge University Press, 2009).
- 4) Gerhard Werle, Principles of International Criminal Law (T.M.C ASSER, The Hague, 2009).
- 5) Gideon Boas, International Criminal Law Practitioner Library: International Criminal Procedure (Cambridge University Press, 2011).
- 6) Lindsay Moir, the law of Internal Armed Conflict (Cambridge University Press, 2002).



- 7) Miša Zgonec-Rožej, International criminal law – Manual (International Bar Association’s Human Rights Institute, 2010).
- 8) Nils Melzer, International Humanitarian Law: A Comprehensive Introduction (International Committee of the Red Cross, 2016).
- 9) Robert Cryer & others, An Introduction to International Criminal Law and Procedure, (Second edition, Cambridge University Press, 2010).

II. Cases:

- 1) Prosecutor v. Tadić, ICTY (Appeals Chamber), decision of 2 October.

III. UN Documents:

- 1) UN S/RES/955 (1994).
- 2) UN S/RES/808(1993).

IV. Websites:

- 1) United Nations Treaty Collection, Rome Statute of the International Criminal Court:
<https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XVIII-10&chapter=18&clang=_en>
- 2) Nuremberg Charter:
<https://ghum.kuleuven.be/ggs/events/2013/springlectures2013/documents-1/lecture-5-nuremberg-charter.pdf>
- 3) <https://www.icrc.org/ara/resources/documents/misc/5ntccf.htm>
- 4) <https://www.icrc.org/ara/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/overview-geneva-conventions.htm>
- 5) Tadić (IT-94-1): <http://www.icty.org/case/tadic/4>>

الدليل الرقمي وحجته في الإثبات الجزائي

الدكتور/ أحمد محمد العمر*

المخلص:

يبين هذا البحث الطبيعة الخاصة للدليل الرقمي وخصائصه، ومزاياه، وأنواع الأدلة الرقمية وأشكالها. كما يتناول البحث حجية الدليل الرقمي في الإثبات التي تتوقف على مشروعية الحصول عليه؛ بأن يكون وليد إجراءات صحيحة. وقد ظهر لنا وجود اتجاه تشريعي وقضائي وفقهي يجيز اللجوء إلى المراقبة الإلكترونية، كوسيلة حديثة للإثبات، وللكشف عن الجرائم الخطيرة أو بعض الجرائم التي تهدد النظام العام، وهذا الاتجاه يقضي بإعطاء الدليل الرقمي قوة وقيمة إثباتية بصرف النظر عن قيمته القانونية أو افتقاره للنزاهة.

وبالنسبة لمكونات الحاسوب المعنوية ذهب رأي إلى صلاحيتها للتفتيش، تحقيقاً لغاية المشرع من التفتيش؛ وهي البحث عن الأدلة التي تساعد في كشف الحقيقة، وإن كان موضع البحث شيئاً معنوياً.

إن تمتع الدليل الرقمي بحجية في الإثبات الجزائي رهن بقبوله من القاضي، وهذا يستلزم أن يكون استخلاص الدليل وحفظه تم بصورته الأصلية، من دون أن يتعرض لأي عبث أو تلف، وبعد التحقق من سلامة الحاسوب الآلي ودقته، ومن حفظ مخرجات الحاسوب وتخزينها في بيئة مناسبة. كما يستلزم أيضاً أن يكون للدليل أصل ثابت في أوراق الدعوى، وأن القاضي الجزائي أتاح الفرصة أمام الخصوم للإطلاع عليه ومناقشته تفصيلاً في الجلسة، وأخيراً أن يكون اقتناع القاضي بالدليل الرقمي مؤسساً على جزم ويقين، ومستنداً إلى حجج ثابتة وقطعية، تجعل هذا اليقين ثابتاً لا يناقضه شك أو احتمال آخر.

كلمات مفتاحية: المراقبة الإلكترونية - تفتيش - حجية - إثبات جزائي - اقتناع.

*أستاذ مساعد بكلية القانون جامعة صحرار - وأستاذ مشارك في كلية الحقوق بجامعة حلب سابقاً.



Digital Evidence and its Evidence in Criminal Evidence

Dr. Ahmad Mohamad Al Omar

Abstract:

This research examines the special nature of the digital guide, its characteristics, its advantages, and the types and forms of digital evidence. It also shows that there is a legislative, judicial and jurisprudential trend that permits the use of electronic surveillance as a modern means of proof and to detect serious crimes or certain crimes that threaten the system. General, which provides digital evidence and evidence of strength and value regardless of its legal value or lack of integrity.

The jurisprudential opinion that goes to the validity of the computer components of the inspection is also likely to reach the legislator's goal of searching for evidence that helps in uncovering the truth, even if the subject is something of a moral nature.

The authenticity of the digital manual depends on its acceptance by the judge. This requires that the evidence should be extracted and saved in its original form, that it was not subjected to tampering or damage, and that the computer's integrity and accuracy were checked. It also requires that the evidence has a fixed origin in the documents of the case, and that the criminal judge provided the opportunity for the litigants to view and discuss it in detail at the hearing. Finally, the judge's conviction of the digital evidence must be based on certainty and on fixed and categorical arguments. Contradicted by doubt or other possibility.

Keywords: Electronic Surveillance – Inspection – Criminal Evidence – Authenticity – Conviction.

مقدمة

إن التطور العلمي وانتشار التقنية الرقمية، سمح للمجرمين اتخاذ هذه التقنية وسيلة لارتكاب الجرائم أو موضوعاً لها، ما انعكس على طبيعة الوسط الذي ترتكب فيه الجريمة، فأصبح وسطاً معنوياً أو افتراضياً، وظهرت طائفة من الجرائم، سميت بالجرائم الإلكترونية Cyber Crimes، تميزت بطبيعة خاصة، تجسدت في ارتكابها عن طريق إدخال بيانات أو تسجيلات إلكترونية إلى جهاز الحاسوب أو وسيلة إلكترونية أخرى، وعبر شبكة الإنترنت، من غير أن يترك الجاني أي أثر مادي خارجي يمكن فحصه، كما يمكن للجاني عن طريق نبضات إلكترونية رقمية لا تُرى، وفي وقت قصير جداً، أن يعبث ببيانات الحاسوب أو برامجه، وأن يمحوها في زمن قياسي قبل أن تصل يد العدالة إليه؛ ما ينجم عنه صعوبة الحصول على دليل مادي في مثل هذه الجرائم؛ إذ تغلب الطبيعة الإلكترونية على الدليل المتوفر .

والطبيعة الخاصة للجرائم الإلكترونية انعكست على أدلة إثباتها جزائياً، ففرضت على سلطات العدالة ضرورة الاستعانة بالتقنيات العلمية الحديثة والأساليب الفنية في إثباتها، ما استتبع ظهور طائفة جديدة من أدلة الإثبات، هي الأدلة الرقمية^(١).
Digital Evidences .

أهمية البحث:

للدليل الرقمي أهمية كبيرة، وبخاصة في المسائل الفنية؛ إذ أصبح أمراً ضرورياً للإثبات الجزائي في الجرائم الإلكترونية، وبه تتحدد مدى قدرة القاضي الجزائي للوصول إلى الحقيقة من خلاله لتكوين عقيدته، والحكم بالإدانة أو بالبراءة، ولا تنحصر أهمية الدليل الرقمي في إثبات الجرائم الإلكترونية، بل تتسع لإثبات بعض الجرائم التقليدية، التي ترتكب بواسطة الحاسوب.

إن القواعد التقليدية في الإثبات الجزائي أضحت قاصرة أو غير كافية أو غير ملائمة في كشف بعض الجرائم وإثباتها؛ لذا بدأ الاهتمام بالأدلة الرقمية التي أضحت

(١) ترجع تسمية الدليل الرقمي إلى أن البيانات داخل الوسط الافتراضي، سواء أكانت صوراً أم تسجيلات أم نصوصاً، تأخذ شكل أرقام على هيئة الرقمين (٠، ١).

تأخذ مكانتها ودورها بين أدلة الإثبات الجزائي، لمواجهة مرتكبي تلك الجرائم، ومن هنا تظهر أهمية هذا البحث من خلال توضيح ماهية الدليل الرقمي، وبيان أنواعه والصور التي يمكن أن يظهر بها، والشروط التي تؤهله ليكون دليلاً في الإثبات، وبشكل خاص مشروعية إجراءات الحصول عليه، ومدى الحجية التي يتمتع بها أمام القضاء الجزائي.

إشكالية البحث:

تثير الأدلة الرقمية الكثير من التساؤلات والإشكالات التي تتعلق بماهيتها، ومدى إمكانية البحث عنها في الوسط الذي نشأت فيه، وهو وسط افتراضي؛ إذ إن البيانات قد لا تكون مسجلة على أسطوانة صلبة أو مرنة أو على دعامة مادية منقولة، بل تكون في الذاكرة الحية للحاسوب، ويتم محوها في حالة عدم حفظها أو تسجيلها على أية أسطوانة.

غير أن الإشكالية الرئيسية التي تثيرها الأدلة الرقمية تتمثل في مدى قيمتها القانونية، والحجية التي تحظى بها في مجال الإثبات الجزائي، وهذه الإشكالية تطرح علينا مجموعة من الأسئلة التي تحتاج إلى إجابات وافية؛ أولها: هل تتوفر في الأدلة الرقمية الشروط والمتطلبات التي يستلزمها القانون لقبولها ضمن الأدلة الجزائية؟ وثانيها: هل تم مراعاة ضمانات حقوق الأفراد واتباع الإجراءات القانونية في الحصول على الدليل؟ وثالثها يتعلق بدرجة اليقين التي يجب أن يتمتع بها الدليل الرقمي لكي يحظى بقناعة القاضي الجزائي ويقبله كدليل إثبات.

منهج البحث:

بناء على ما تقدم سأحاول من خلال هذا البحث تناول تلك الإشكالات والتساؤلات، وسأتبع في ذلك المنهجين (الوصفي والتحليلي)، مع الإشارة إلى مواقف بعض المشرعين الجزائريين في هذا الشأن.

خطة البحث:

ينقسم هذا البحث إلى فصلين، أعرض في الأول منهما ماهية الدليل الرقمي، مبيناً تعريفه وخصائصه، وأنواعه وأشكاله، وفي الفصل الثاني القيمة القانونية للدليل الرقمي في مجال الإثبات الجزائي، من خلال بيان شروطه، وحجيته.

الفصل الأول

ماهية الدليل الرقمي

إن الحكم على شيء جزء من تصويره، لذا فإنه قبل الحكم على الدليل الرقمي وتقديره دليلاً للإثبات، يستلزم منا وضع تصور واضح له وتحديد معالمه، والإحاطة بماهيته، من خلال تعريفه وخصائصه (مبحث أول)، وأنواعه وأشكاله (مبحث ثان).

المبحث الأول

تعريف الدليل الرقمي وخصائصه

إن الدور الذي سيلعبه الدليل الرقمي في الإثبات الجزائي يجعل بيان تعريفه وخصائصه من الأهمية بمكان؛ لأن معرفة ذلك يسهم في تحديد ما يصلح أن يكون دليلاً، ومدى توفر شروط مشروعيته وتقدير قيمته في الإثبات، وعليه نبين تعريف الدليل الرقمي (مطلب أول)، وخصائصه (مطلب ثان).

المطلب الأول

تعريف الدليل الرقمي

بالنظر إلى حداثة مصطلح الدليل الرقمي فقد تعددت التعاريف التي قدمها الفقهاء وكذلك القوانين له؛ لذا نبين التعريف الفقهي للدليل الرقمي (فرع أول)، ثم التعريف التشريعي (فرع ثان).

الفرع الأول

التعريف الفقهي للدليل الرقمي

الدليل في الاصطلاح القانوني هو: الأداة المؤدية إلى إظهار الحقيقة أو الحق المتنازع فيه، وهو الوسيلة التي يلجأ إليها أطراف النزاع لإقناع القاضي بصحة

الوقائع التي يدعونها^(٢)، فالدليل القانوني اصطلاحاً وسيلة يستعين بها القاضي، ويستدل بها على حقيقة الواقعة موضوع النزاع المطروح أمامه؛ بهدف كشف الحقيقة التي ينشدها.

وقد عرّف بعض الفقهاء الدليل الرقمي بأنه: " الدليل الذي يجد له أساساً في العالم الافتراضي إلى الجريمة"^(٣)، ويرى آخر أن الدليل الرقمي هو: الدليل المأخوذ من أجهزة الحاسوب الآلي، ويكون في شكل مجالات أو نبضات مغناطيسية أو كهربائية ممكن تجميعها وتحليلها باستخدام برامج تطبيقات وتكنولوجيا، وهي مكون رقمي لتقديم معلومات في أشكال متنوعة، كالنصوص المكتوبة أو الصور أو الأصوات أو الأشكال والرسوم، وذلك من أجل اعتماده أمام أجهزة تنفيذ وتطبيق القانون^(٤).

والذي يلاحظ على هذا التعريف أنه يقصر مفهوم الدليل الرقمي على ذلك الذي يتم استخراجها من الحاسب الآلي، ولاشك أن في ذلك تضيق لدائرة الأدلة الرقمية، فهي كما تستمد من الحاسوب الآلي، من الممكن أن يُتوصل عليها من أية آلة إلكترونية أخرى، كالهاتف و آلات التصوير والفاكس، تعتمد التقنية الرقمية في تشغيلها، وتكون مصدراً للدليل الرقمي، كما أن هذا التعريف يخطئ بين الدليل الرقمي ومسألة استخلاصه، إذ عرّفه بأنه الدليل المأخوذ من الحاسب الآلي، وهذا يعني أن الدليل الرقمي لا تثبت له هذه الصفة إلا إذا تم أخذه واستخلاصه من مصدره، وهذا برأينا ليس صحيحاً؛ إذ من شأن التسليم بهذا المعنى القول إن المجالات المغناطيسية أو الكهربائية، قبل فصلها عن مصدرها بواسطة الوسائل الفنية، لا تصلح لأن توصف

(٢) حسين رجب محمد مخلف الزيدي: قواعد الترجيح بين أدلة الإثبات المتعارضة في الدعوى، الجزء الأول، ص ١٢-١٥. الرابط: <http://almerja.com> تاريخ الدخول ١٤/٤/٢٠١٨م.

(٣) عمر محمد أبو بكر بن يونس: الجرائم الناشئة عن استخدام الإنترنت، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤م، ص ٩٦٩.

(٤) Casey, Eoghan (2004), Digital Evidence and Computer Crime, Second Edition, Elsevier. ISBN 0-12-163104-4.

بالدليل الرقمي، ما يعني أن مخرجات الآلة الرقمية لا تكون لها قيمة إثباتية مادامت في الوسط الافتراضي الذي نشأت فيه أو بواسطته، وهذا غير دقيق، وهو ما يصم هذا التعريف بالقصور لكونه لا يعطى تعريفاً جامعاً للدليل الرقمي.

ويعرّف آخر الدليل الرقمي بأنه: "الدليل المشتق من أو بواسطة النظم البرمجية المعلوماتية الحاسوبية، وأجهزة ومعدات أدوات الحاسوب الآلي، أو شبكات الاتصالات من خلال إجراءات قانونية وفنية، لتقديمها للقضاء بعد تحليلها علمياً أو تفسيرها في شكل نصوص مكتوبة، أو رسومات أو صور وأشكال وأصوات، لإثبات وقوع الجريمة ولتقرير البراءة أو الإدانة فيها"^(٥).

وبناء على ما سبق نعرف الدليل الرقمي بأنه: مجموعة مجالات أو نبضات مغناطيسية أو كهربية يمكن تجميعها وتحليلها باستخدام برامج وتطبيقات خاصة لتظهر في شكل صور أو تسجيلات صوتية أو مرئية أو غيرها؛ لتقديمها إلى القضاء بغرض إثبات الوقائع الجرمية، أو لتقرير إدانة أو براءة المتهمين بارتكابها، وفي نطاق الجرائم الإلكترونية تعد الأدلة الرقمية مرحلة متقدمة من الأدلة المادية الملموسة، تستخلص بالاستعانة بما ابتكره العلم الحديث من وسائل التقانة العالية، التي هي محور الأدلة الرقمية وجوهرها، فالأدلة الرقمية نوع متميز من وسائل الإثبات، له من الخصائص العلمية والمواصفات القانونية ما يؤهله ليكون نوعاً جديداً من الأدلة^(٦).

(٥) عبد الناصر محمد محمود فرغلي، محمد عبيد سيف سعيد المسماري: الإثبات الجزائي بالأدلة الرقمية من الناحيتين القانونية والفنية دراسة تطبيقية مقارنة، المؤتمر العربي لأول لعلوم الأدلة الجزائية والطب الشرعي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض ٢-٤/١١/١٤٢٨هـ، ص ١٣. وانظر تعاريف أخرى قريبة من المعنى ذاته، محمد الأمين البشري: التحقيق في الجرائم المستحدثة، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠٤م، ص ٢٣٤.

(٦) منى كامل: التحقيق الجنائي في الجرائم الإلكترونية، بحث قانوني منشور على الشبكة، انظر

الفرع الثاني

التعريف التشريعي للدليل الرقمي

عرّف المُشرّع السوري في المادة الأولى من قانون تنظيم التواصل على الشبكة ومكافحة الجريمة المعلوماتية^(٧)، الدليل الرقمي بأنه: "البيانات الرقمية المخزنة في الأجهزة الحاسوبية أو المنظومات المعلوماتية، أو المنقولة بواسطتها، والتي يمكن استخدامها في إثبات جريمة معلوماتية أو نفيها".

في المقابل نجد أن العديد من القوانين الجزائية الخاصة بمكافحة الجرائم المعلوماتية أو الإلكترونية، وإن لم تشر صراحة إلى الدليل الرقمي، إلا أنها عرّفت البيانات الإلكترونية أو البرامج المعلوماتية، منها القانون رقم (٢) لسنة (٢٠٠٦م) بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات الاتحادي بدولة الإمارات، الذي عرّف في المادة الأولى منه البرنامج المعلوماتي بأنه: مجموعة من البيانات والتعليمات والأوامر، قابلة للتنفيذ بوسائل تقنية المعلومات ومعدة لإنجاز مهمة ما، وقانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات العُماني^(٨)، الذي عرّف في الفقرة د/ من المادة الأولى البيانات الإلكترونية بأنها: "كل ما يمكن تخزينه ومعالجته وتوليده ونقله بوسائل تقنية المعلومات أيا كان شكله كالكتابة والصور والأصوات والرموز والإشارات"^(٩)، وجاء في المادة الأولى من القرار بقانون رقم (١٦) لسنة (٢٠١٧م) بشأن الجرائم الإلكترونية الفلسطيني أن البيانات الإلكترونية هي: "كل ما يمكن تخزينه أو معالجته أو إنشاؤه أو نقله باستخدام تكنولوجيا المعلومات، بوجه خاص الكتابة، أو الصور، أو الصوت، أو الأرقام، أو الحروف، أو الرموز، أو الإشارات، وغيرها"، أما المستند

(٧) الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ١٧ تاريخ ٨/٢/٢٠١٢م.

(٨) الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٢٠١٢/١٢، والمنشور في الجريدة الرسمية العدد ٩٢٩.

(٩) وانظر تعريف مشابه في المادة الأولى من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الإماراتي رقم ٢

الإلكتروني فهو "السجل الإلكتروني الذي يصدر باستخدام إحدى وسائل تكنولوجيا المعلومات، يتم إنشاؤه أو تخزينها أو استخراجها أو نسخه أو إرساله أو إبلاغه أو استلامه بوسيلة تكنولوجيا المعلومات على وسيط مادي أو على أي وسيط إلكتروني آخر، ويكون قابلاً للاسترجاع بشكل يمكن فهمه".

المطلب الثاني

خصائص الدليل الرقمي ومزاياه

أولاً- **خصائص الدليل الرقمي:** يمكننا أن نجمل خصائص الدليل الرقمي في ثلاث: ١- **دليل غير ملموس:** فالدليل الرقمي يفتقر إلى الطبيعة المادية التي تميز الأدلة التقليدية، كالسلاح الذي عليه بصمات القاتل الذي استعمل في جريمة القتل، أو المال المسروق والذي ضبط في حيازة السارق^(١٠)، أما في الجرائم المعلوماتية فإن الآلة التقنية لا تفرز سوى نبضات إلكترونية أو كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية في شكل رموز أو أصوات أو صور أو أية إشارة نقل فيها، إن لم تنعدم الآثار المادية الملموسة، وهي ذات دلالة تعبيرية واضحة ومفهومة أيا كانت الدعامة التي تستعمل في إنشائها أو الوسيط الذي تنتقل عبره^(١١)، ولا يغير من هذه الخصيصة القيام بتجميع تلك النبضات، وترجمتها وإخراجها في شكل دليل ملموس؛ لأن هذا التجميع لا يعد هو الدليل، بل إن هذه العملية لا تعدو كونها عملية نقل لتلك المجالات من طبيعتها الرقمية إلى الهيئة التي يمكن الاستدلال بها على معلومة معينة^(١٢).

(١٠) طارق الخن: الجريمة المعلوماتية، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، ٢٠١٠-٢٠١١م، ص ١٣٠.

(١١) انظر المادة ١٣١٦ من التقنين المدني الفرنسي وفقاً لأحدث تعديلاته.

(١٢) مركز هردو لدعم التعبير الرقمي: الجريمة الإلكترونية وحجية الدليل الرقمي في الإثبات الجزائي، ص ٢٣، انظر الرابط: <http://hrdoegypt.org> ، تاريخ الدخول ٢٤/٤/٢٠١٨م.

٢- دليل من الأدلة التقنية العلمية: الدليل الرقمي ذو طبيعة تقنية؛ إذ إنه ينشأ في عالم تقني افتراضي (هو بيئة تقنية المعلومات)، ولا يسهل إدراكه إلا من الخبير الفني، ويمثل الواقعة التي تنبئ بوقوع جريمة أو فعل غير مشروع، وهي واقعة علمية بناها العلماء والتقنيون^(١٣).

وفهم مضمون الدليل الرقمي يعتمد على استخدام أجهزة خاصة بتجميع وتحليل فحواه، ليكون دليل إثباته، ولما كانت التقنية ابنة العلم فكذلك يُعد جميع ما ينشأ عن التقنية سبباً في تقرير أن الأدلة الجزائية الرقمية هي أدلة علمية يرجع إلى أنها تستمد مما يصنعه أهل العلوم التقنية من آراء واستنتاجات علمية يتم الوصول إليها بواسطة أجهزة وبرامج تقنية^(١٤)، ويخرج من نطاق الأدلة الرقمية كل ما لا يمكن تحديد وتحليل محتواه بواسطة تلك الأجهزة؛ لعدم إمكانية الاستدلال به على معلومة معينة، ما يعدم قيمته كدليل في الإثبات الجزائي^(١٥)، ومن ثم فإن إطلاق الصفة الرقمية على أي دليل يستلزم وجود توافق بين هذا الدليل والبيئة التي يعيش فيها، وهي العالم الافتراضي الكامن في الأقراص والحواسيب والخوادم والشبكات التي يتم تداول الحركة عبرها^(١٦)، وأن تكون الوسيلة العلمية المولدة للدليل قد استقر العمل بها علمياً، وأجمع العلماء على صحة ودقة نتائجها، وأن استعمالها تم عن طريق الخبراء المختصين^(١٧).

(١٣) الدليل الإلكتروني وأثره في مجال نظرية الإثبات الجنائي، مرجع سابق، ص ٥١.

(١٤) ميسون الحمداني: ميسون خلف حمد الحمداني: مشروعية الأدلة الإلكترونية في الإثبات الجنائي، مجلة كلية القانون، جامعة النهرين، ٢٠١٦م، ص ٢٠٠.

(١٥) طارق الجملي: الدليل الرقمي في مجال الإثبات الجزائي، ورقة عمل مقدمة للمؤتمر المغاربي الأول حول المعلوماتية والقانون المنعقد في الفترة من ٢٨-٢٩/١٠/٢٠٠٩م، الذي نظّمته أكاديمية الدراسات العليا، طرابلس، ص ٤.

(١٦) الدليل الإلكتروني وأثره في مجال نظرية الإثبات الجنائي: مرجع سابق، ص ٥٣.

(١٧) محمد كمال شاهين: الجوانب الإجرائية للجريمة الإلكترونية في مرحلة التحقيق الابتدائي دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة ٢٠١٨م، ص ٣٦٥.

٣- **الدليل الرقمي دليل يصعب التخلص منه:** يتسم الدليل الرقمي بأنه يرصد جميع تحركات الفرد وسلوكياته ويسجلها، وهذه السمة من أهم خصائص الدليل الرقمي، وهو بذلك يشبه الدليل العلمي المتعلق بالحمض النووي (DNA)، لجهة صعوبة التخلص منه^(١٨).

وبهذه الخاصية تتميز الأدلة الرقمية عن الأدلة التقليدية، التي تجعل أجهزة العدالة تعاني من مسألة قيام الجاني أو غيره من ذوي المصلحة بالتخلص منها، كالتخلص من بصمات الأصابع بمسحها من موضعها، ويمكن التخلص من الأوراق التي تحمل إقرارات معينة بتمزيقها وحرقها. فيصعب في هذه الحالات وأمثالها، إن لم يكن مستحيلاً استرداد هذه الأدلة، أما في حالة الأدلة الرقمية فالأمر مختلف تماماً، فمع أن الدليل الرقمي يتميز بسرعة زواله وإمكانية إتلافه بسهولة، وأنه متقلب^(١٩)، إلا أنه يمكن إعادته للحياة مرة أخرى، فكل محاولة للتخلص من البيانات الإلكترونية بحذفها أو إلغائها، أو بإعادة التهيئة أو التشكيل للقرص الصلب باستخدام الأمر (Format)، فإن هذه المحاولات لا تشكل عائقاً يحول غير إمكانية استرجاع تلك البيانات، بصورة كلية أو جزئية، وذلك بفضل البرامج الحاسوبية التي تقوم بوظيفة استعادة البيانات والمعلومات والبرامج التي تم حذفها، كاستخدام أداة استرداد الملفات المحذوفة (undeleted tool)^(٢٠)، وهذا يعني أنه يصعب على الجاني إخفاء جريمته أو أدلتها؛ لأنه يمكن استخراج نسخة مطابقة للدليل من خلال النسخ المحفوظة في النظام.

ثانياً- مزايا الدليل الرقمي:

يمتاز الدليل الرقمي بعدة مزايا قد لا يتصف بها الدليل التقليدي، وهي:

(١٨) طارق الخن: مرجع سابق، ص ١٣٠.

(19) Myriam Quémener, Magistrat, Les spécificités juridiques de la preuve numérique (1) AJ Pénal 2014, p. 63.

(٢٠) عمر محمد بن يونس: الدليل الرقمي، الطبعة الأولى، مصر، د.ن، ٢٠٠٧م، ص ٤٧.

١- إمكانية النسخ: يمتاز الدليل الرقمي بسهولة استنساخه بوقت قصير من غير المساس بالأصل؛ إذ يمكن استخراج ما نريد من النسخ المطابقة لأصله تماماً، لها القيمة العلمية والحجية التدليلية في الإثبات ذاتها التي للنسخة الأصلية، فالنسخ تكرر للأصل وليس نسخة منه^(٢١)، وهذه النسخ تمكن الجهات المختصة من إجراء الفحص المعلوماتي عليها، ومن ثم حفظ الدليل من فقدان كلية أو التلف أثناء عملية الفحص، أو التغيير أو العبث في مضمونه^(٢٢).

وهذه الميزة يفتقر لها الدليل التقليدي الذي لا يمكن نسخه، ومن ثم يكون من السهل جداً التخلص منه، كالتخلص من الأوراق المكتوبة بتمزيقها أو حرقها، والتخلص من بصمات الأصابع بمسحها من موضعها على أداة الجريمة أو من مكان ارتكابها.

٢- إمكانية كشف التعديل: قد يقول قائل إنه من السهولة - سواء على الجاني أم على غيره من المحققين أو الخبراء المعلوماتيين أثناء عملية جمع الدليل - التلاعب بالأدلة الرقمية أو إتلافها أو إدراج بيانات رقمية أخرى فيها وبسرعة متناهية، لكن هذا القول يرد عليه بأن هذه السهولة يقابلها إمكانية كبيرة لكشف ومعرفة هذا التعديل أو الإتلاف، عن طريق برامج وتطبيقات تقنية خاصة ترصد كل المعلومات (حركات

(٢١) يوسف مومني: طرق إثبات الجريمة المعلوماتية، استخدام بروتوكول TCP/IP في بحث وتحقيق الجرائم على الكمبيوتر، ص ٨، انظر الرابط: <http://www.lawjo.net> ، تاريخ الدخول ٢٧/٧/٢٠١٧م. وقد حسم المشرع الأمريكي هذه المسألة في المادة ٣/١٠٠١ من قانون الإثبات الأمريكي؛ إذ جاء فيها أنه: "إذا كانت البيانات مخزنة في حاسوب أو آلة مشابهة، فأى مخرجات مطبوعة منها أو مخرجات يمكن قراءتها بالنظر إليها، وتعكس دقتها، تعدّ بيانات أصلية". فالبيانات أو المعلومات المتحصلة من الإنترنت، والتي تمّ استخراجها بوسيلة ما تعدّ دليلاً أصلياً كاملاً. انظر: طارق الخن، مرجع سابق، ص ١٣٦.

(٢٢) عبد الناصر محمد محمود فرغلي، محمد عبيد سيف سعيد المسماري: الإثبات الجزائي بالأدلة الرقمية، مرجع سابق، ص ١٥. طارق الخن: مرجع سابق، ص ١٢٩.

الشخص)، الأمر الذي يكشف فيما إذا تم العبث بالدليل أو تعديله، وإمكانية إجراء المقارنة بين النسخة المعدلة وأصلها، إن وجد^(٢٣).

٣- **السرعة الفائقة والسعة التخزينية العالية:** للدليل الرقمي طبيعة ديناميكية فائقة السرعة، ينتقل من مكان إلى آخر عبر شبكات الاتصال، غير آبهة بحدود الزمان والمكان. كما أن له سعة تخزينية عالية، فلا يخفى على أحد أن آلة الفيديو الرقمية يمكنها تخزين مئات الصور، وأن دسكاً صغيراً يمكنه تخزين مكتبة صغيرة، وهذا بلا شك ما يميز الدليل الرقمي.

المبحث الثاني

أنواع الدليل الرقمي وأشكاله

أدى الاستخدام الواسع للحاسوب والانتشار السريع لوسائل الاتصال الإلكترونية، وازدهار العمل بشبكة المعلوماتية إلى ازدياد تداول المعلومات والبيانات الإلكترونية في الوسط الافتراضي، والتي يمكن تحميلها أو حفظها أو توثيقها بأوعية متعددة، كالأقراص المغناطيسية أو الضوئية أو أقراص الفيديو الرقمية أو غيرها من الأوعية الإلكترونية؛ لذلك فإن للدليل الرقمي أنواعاً عديدة وأشكالاً متنوعة يبدو عليها كدليل إثبات، ومن ثم يتحتم علينا تحديد هذه الأنواع (مطلب أول) وبيان أشكال الدليل الرقمي (مطلب ثان).

المطلب الأول

أنواع الدليل الرقمي

يظهر الدليل الرقمي في صور وأشكال مختلفة تنبثق عنها أنواع عديدة من الأدلة الرقمية، تختلف باختلاف الزاوية التي ننظر منها إلى الأدلة، وهل هي الغاية منها (فرع أول)، أو كيفية تكوينها أو مصدرها (فرع ثان).

(٢٣) طارق الخن: مرجع سابق، ص ١٣٠.

الفرع الأول

أنواع الأدلة الرقمية بالنظر إلى الغاية منها

إذا نظرنا إلى الأدلة الرقمية على اعتبار الغاية منها، وهل هي الإثبات من عدمه، كنا أمام نوعين من الأدلة الرقمية؛ أدلة أعدت لتكون وسيلة إثبات، وأدلة لم تعد لهذه الغاية^(٢٤):

أولاً- الأدلة التي أعدت لتكون وسيلة إثبات: هذا النوع من الأدلة الرقمية يمكن إجماله في طائفتين: الأولى هي: السجلات التي تم إنشاؤها بواسطة الآلة بشكل تلقائي، وتعد هذه السجلات من مخرجات الآلة التي لم يسهم الإنسان في إنشائها كسجلات الهاتف وفواتير أجهزة السحب الآلي ATM والطائفة الثانية هي: السجلات التي حُفِظ جزء منها بالإدخال بواسطة الإنسان وجزء آخر تم إنشاؤه بواسطة الآلة، ومن الأمثلة على ذلك البيانات التي يتم إدخالها إلى الآلة وتمت معالجتها من خلال برنامج خاص، ومن الأمثلة على ذلك إجراء العمليات الحسابية على بيانات محفوظة بسجلات داخل نظام إلكتروني معين.

ثانياً- الأدلة التي لم تعد لتكون وسيلة إثبات: وهذا النوع من الأدلة الرقمية ينشأ من غير إرادة الشخص، أي إنه أثر يتركه الجاني من غير أن يكون راغباً في وجوده، ويسمى هذا النوع من الأدلة بالبصمة الرقمية، ويمكن تسميته أيضاً بالآثار المعلوماتية الرقمية، وهي تتجسد في الآثار التي يتركها مستخدم الشبكة المعلوماتية بسبب تسجيل الرسائل المرسله منه أو التي يستقبلها، وكافة الاتصالات التي تمت من خلال الآلة أو شبكة المعلومات العالمية.

والواقع أن هذا النوع من الأدلة لم يُعد أساساً للحفاظ من جهة من صدر عنه، غير أن الوسائل الفنية الخاصة تمكن من ضبط هذه الأدلة، ولو بعد فترة زمنية من

(٢٤) طارق الجملي: مرجع سابق، ص ٥ وما يليها. سهى عريفات: الطبيعة القانونية للدليل الإلكتروني في مجال الإثبات الجنائي، جامعة القدس، كلية الحقوق، د. ت، ص ٢٠ وما يليها.

نشوتها، فالاتصالات التي تجرى عبر الإنترنت والمراسلات الصادرة عن الشخص أو التي يتلقاها، كلها يمكن ضبطها بواسطة تقنية خاصة بذلك.

وتبدو أهمية التمييز بين هذين النوعين فيما يأتي:

١- الأدلة الرقمية التي لم تعد لتكون دليل إثبات هي الأكثر أهمية من الأدلة التي أعدت لتكون كذلك، لكون هذه الأدلة لم تُعدّ أصلاً لتكون أثراً لمن صدرت عنه، ولذا فهي في العادة ستتضمن معلومات تفيد في الكشف عن الجريمة ومرتكبها.

٢- يتميز النوع الأول من الأدلة الرقمية بسهولة الحصول عليه؛ لكونه قد أعدّ أصلاً لأن يكون دليلاً على الوقائع التي يتضمنها في حين يكون الحصول على النوع الثاني من الأدلة بإتباع تقنية خاصة لا تخلو من صعوبة وتعقيد.

٣- النوع الأول: وكونه أعدّ للإثبات، عادة ما يُعدّ إلى حفظه للاحتجاج به لاحقاً، وهو ما يقلل من إمكانية فقدانه على عكس النوع الثاني الذي لم يُعدّ ليحفظ، ما يجعله عرضة للفقدان لأسباب عدة منها فصل التيار الكهربائي عن الجهاز مثلاً.

الفرع الثاني

أنواع الأدلة الرقمية بالنظر إلى كيفية تكوينها ومصدرها

إذا نظرنا إلى كيفية إنتاج الدليل ومصدره، فإننا نكون أمام نوعين من الأدلة الرقمية هما: نوع ينتجه الحاسوب تحديداً، ونوع آخر يكون الفرد مسؤولاً عن تكوينه، حيث تعيش الأدلة في بيئتها الرقمية، وهو ما يطلق عليه الدليل المخزن رقمياً؛ إذ تفيد دلالة البحث في محتوى هذا الدليل أن الفرد هو الذي قام بتكوينه في بيئة تكنولوجيا المعلومات^(٢٥).

النوع الأول- الأدلة التي ينتجها الحاسوب: في هذا النوع يقوم الحاسوب تحديداً بتكوين محتوى الدليل رقمياً من غير تدخل الفرد في هذا التكوين، فالدليل هنا يعد

(٢٥) عمر محمد بن يونس: الدليل الرقمي، مرجع سابق، ص ٥.

من مخرجات حركة البرامج التي يسيطر عليها الحاسوب ذاته حين استقباله للبرمجيات التي تعمل على تشغيله وتفاعله، وليس مستخدم الحاسوب أو مرتكب الجريمة، وفي مجال الإنترنت فإن المسيطر هو مزود خدمات الإنترنت (ISP) تحديداً الذي سمح بدخول الأشخاص إلى الإنترنت والتمتع بخدماته فما تقوم به مخرجات حركة البرامج في جرائم الإنترنت في إطار تكوين الدليل الرقمي أنها تجعل إمكانية قيامه ليست بالمستحيل، ويبقى الأمر بعد ذلك متعلقاً بمدى إمكانية قبول الدليل في القانون أو أمام القضاء حسب الأحوال.

النوع الثاني - الأدلة التي ينتجها الفرد: فمن حيث التخزين الإلكتروني Computer Stored Records فإنه تعبير يحمل على مفهوم تدخل الفرد في تكوين الملف أو مجموعة الملفات التي يتم تخزينها في الحاسوب؛ لكونه يشكل بيئتها، ذلك أن تخزين البيانات في الحاسوب يأخذ أحد شكلين: إما بيانات يتم استخدامها في شكل معلومات محددة، وإما بيانات يتم تخزينها من غير أن تستخدم، وفي هذه الحالة لا نكون بصدد مساحة مادية في القرص الصلب، وإنما مجرد مجموعة من الأرقام فقط، والمعيار المميز لهذه الملفات عن مخرجات حركة الحاسوب هو التدخل الإنساني، وبشكل مباشر، في تكوينها.

ويلاحظ أن هذا التقسيم ليس مطلقاً، وإنما مقيد بعدم وجود تداخل بين منطقتي عمل مخرجات حركة البرامج وبين التخزين الإلكتروني أو الرقمي، فإذا وجد مثل هذا التداخل، فإن الأمر لا يعدو سوى مزجاً ظاهرياً من حيث تكوين الدليل الرقمي، ومثال ذلك أن يعطي شخص أمراً لبريده الإلكتروني باستمرار بث رسالة معينة تتضمن تشهيراً يمس إحدى الشخصيات، ففي هذه الحالة نكون بصدد بث لتخزين قائم مسبقاً بطريقة نظام مخرجات حركة البرامج. إلا أنه يجب ألا ننسى أن مضمون الرسالة كتبها الشخص المذكور^(٢٦).

(٢٦) عمر محمد بن يونس: مرجع سابق، ص ٦.

ويأخذ المرشد الفيدرالي الأمريكي لتفتيش وضبط الحواسيب الصادر في عام (٢٠٠٢م) بالتقسيم السابق لنوعي الأدلة الرقمية، إذ يميز بين نوعين من السجلات، نوع مخزن في الحاسوب، ويتمثل في الوثائق الإلكترونية التي تحتوي على كتابات عائدة لشخص ما، كرسائل البريد الإلكتروني، وملفات الورد Word، ورسائل غرف الدردشة على الإنترنت، ونوع يؤخذ من الحاسوب، وهي نتائج برامج الحاسوب التي لا تمسها الأيدي البشرية، كسجلات الدخول إلى الإنترنت، وسجلات الهاتف، وإيصالات الصراف الآلي وغيرها، فهذه السجلات هي نتائج البرامج الحاسوبية^(٢٧)، وهذا النوع من السجلات يمكن للمحاكم أن تأخذ به، إذا كان برنامج الحاسوب يؤدي عمله على نحو جيد وسليم^(٢٨).

المطلب الثاني

أشكال الدليل الرقمي

إن الدليل الرقمي المستمد من الحاسوب أو الإنترنت قد يظهر في أشكال وهيئات عديدة، منها: الصور الرقمية، والمحركات الإلكترونية، والتسجيلات الصوتية. أولاً- الصور الرقمية: وهي تتجسد في الحقائق المرئية حول الجريمة، وفي العادة تُقدّم الصورة إما في شكل ورقي أو في شكل مرئي باستخدام الشاشة المرئية، وإذا كانت الصورة الرقمية تمثل تقنية بديلة للصورة الفوتوغرافية التقليدية، وقد تبدو أكثر تطوراً، إذا ما قورنت بها، لكنها ليست بالضرورة أفضل من الصور التقليدية^(٢٩). وتتجه العديد من الدول ولا سيما الغربية منها، إلى استخدام المراقبة الإلكترونية، في الشوارع العامة والأسواق الكبيرة، وأجهزة الصراف الآلي، والمطارات، وذلك عن طريق وضع كاميرات فيديو رقمية توظف في كشف الجرائم وإثباتها، والذي أصبح

(٢٧) عبد الناصر فرغلي، محمد عبيد المسماري: مرجع سابق، ص ١٤.

(٢٨) طارق الخن: مرجع سابق، ص ١٣٣.

(٢٩) طارق الجملي: مرجع سابق، ص ٥.

أمراً ملحاً؛ إذ بالإضافة إلى كون الصور المسجلة في كاميرات المراقبة أداة وقاية من حوادث السرقة والسطو والتحرش وغيرها من الجرائم، فإنها تعد أداة ضبط ودليل إثبات ضد مرتكبي هذه الجرائم^(٣٠).

ثانياً- المحررات الإلكترونية: وهي النصوص التي يتم تحريرها بواسطة الآلة الرقمية، كرسائل البريد الإلكتروني والهاتف المحمول، والبيانات المسجلة بأجهزة الحاسوب، والأوعية الإلكترونية المتضمنة للمعلومات كالأقراص الممغنطة^(٣١)، ومنها - أيضاً - المخرجات الورقية المتضمنة للمعلومات الموجودة على الحاسوب، ويستخدم في ذلك الطابعات، ومنها عرض المعلومات والبيانات المعالجة آلياً، والمتعلقة بالدليل الرقمي عن طريق شاشة الحاسوب.

وقد استخدم الحاسوب في مجال تخزين المعلومات الجزئية بهدف استرجاعها، أو تحليلها مستقبلاً وعند الحاجة كالمعلومات المتعلقة بأوصاف المشتبه بهم الذين يجري البحث عنهم، ونبذة شخصية عن تخصصاتهم الإجرامية، وفي أثناء التحقيق أو المحاكمة يتم البحث في هذه المعلومات المخزنة، للحصول على نتائج تتعلق بتحديد الهوية القضائية، وطباعة صورة الشخص المشكوك في أوصافه عن طريق الطباعة الملحقة بالحاسوب واستعراضها في صورة محرر إلكتروني يظهر على الشاشة^(٣٢)، وبذلك تعد المحررات الإلكترونية شكلاً من أشكال الأدلة الرقمية، والتي يمكن أن تقود إلى برهان صحة الواقعة أو الوقائع موضوع التحقيق أو الحكم.

(٣٠) الدليل الإلكتروني وأثره في مجال نظرية الإثبات الجنائي: مرجع سابق، ص ٤١.

(٣١) عرّف قانون التوقيع الإلكتروني وخدمات الشبكة السوري رقم ٤ لعام ٢٠٠٩م الكتابة الإلكترونية بأنها: "حروف أو أرقام أو رموز أو أي علامات أخرى تثبت على حامل إلكتروني، وتعطي دلالة قابلة للإدراك". كما أن قانون الأونسترال النموذجي لعام ١٩٩٦م، والصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ ١٦/١٢/١٩٩٦م، قد عرّف المحرر الإلكتروني بأنه: "كل وسيلة إلكترونية تستخدم في المعاملات، ويمكن الاحتجاج بها أو اللجوء إليها لأغراض الإثبات".

(٣٢) جميل عبد الباقي الصغير: أدلة الإثبات الجزائي والتكنولوجيا الحديثة، دار النهضة العربية، القاهرة، د.ت، ص ٩٦، أشار إليه الدليل الإلكتروني وأثره في مجال نظرية الإثبات الجنائي، مرجع سابق، ص ٣٧.

وفي دول العالم المتقدم جرى العمل على الاستعانة بالشهادات الإلكترونية، والتي تتم عبر وسائل إلكترونية من خلال شبكة الإنترنت مثلاً، عندما يتعذر على الضحية أو الشاهد، ولا سيما إذا كان طفلاً، الإدلاء بشهادته في المكان الذي يوجد فيه المتهم، وهو مكان انعقاد المحكمة، وهو ما يحصل أيضاً في جرائم الاعتداء الجنسي على الأطفال، وهناك كذلك الإقرار الإلكتروني، سواء أكان مخزناً في ذاكرة الحاسوب الرئيسية أم متداولاً عبر شبكات الحاسوب، والذي يتم إرساله عبر البريد الإلكتروني إلى شخص آخر أو إلى السلطات القضائية عبر الشات عند استجوابه عبر الشبكات، أو عبر البريد الإلكتروني^(٣٣).

ثالثاً- التسجيلات الصوتية: وهي التسجيلات التي يتم ضبطها وتخزينها بواسطة الآلة الرقمية، وتشمل المحادثات الصوتية على الإنترنت والهاتف وغيرها.

الفصل الثاني

حجية الدليل الرقمي في الإثبات

الأدلة الرقمية من الأهمية بمكان؛ نظراً لدورها المتنامي في إثبات الجرائم المعلوماتية التي تعجز الأدلة التقليدية عن إثباتها، ولكن تواجه سلطات التحقيق والمحاكمة صعوبات وعوائق إجرائية جمة، يتعلق بعضها بكون بعض وسائل الحصول على الدليل الرقمي قد يتعارض مع معايير احترام حقوق الإنسان، لا سيما حقه في الخصوصية، فهل يراعى في استخلاص الدليل الرقمي قواعد الإثبات الجزائي، وهل يتصف الدليل الرقمي بالمشروعية؟ (مبحث أول)، والبعض الآخر من الصعوبات يتعلق بمدى حجية الدليل الرقمي أمام القضاء الجزائي، وهل يقبل كدليل إثبات أمام القضاء الجزائي (مبحث ثاني).

(٣٣) الدليل الإلكتروني وأثره في مجال نظرية الإثبات الجنائي: المرجع السابق، ص ٣٩.

المبحث الأول

مشروعية الدليل الرقمي

إن مبدأ حرية الإثبات الجزائي، وحرية القاضي الجزائي في تكوين عقيدته من أي دليل، لا يعني استخدامه بأي طريقة وبالأسلوب الذي ترغب فيه سلطات العدالة. فالدليل الرقمي يجب أن يبحث عنه ويجمع حسب القواعد القانونية، ولا يستطيع القاضي الجزائي قبول دليل لم تُرَاعَ فيه إعلانات حقوق الإنسان، وقواعد النظام العام والآداب العامة في المجتمع، بالإضافة إلى المبادئ التي استقر عليها القضاء^(٣٤)، وهذا الأمر يضعنا أمام تساولين يتعلق الأول بمدى صحة إجراءات التفتيش عن الدليل الرقمي وضبطه، وهل كان الدليل الرقمي وليد إجراءات صحيحة (مطلب أول)، والثاني بمدى جواز ومشروعية التفتيش عن الدليل الرقمي وضبطه في الحاسوب الآلي ومكوناته (مطلب ثان)؟

المطلب الأول

كون الدليل وليد إجراءات صحيحة

القيمة القانونية للدليل الرقمي في مجال الإثبات الجزائي رهن بكون الحصول عليه قد تم بصورة مشروعة، وألا يتم البحث عنه بإجراءات مخالفة للقانون، ويثور في هذا المجال التساؤل حول مشروعية الاستعانة بالوسائل الإجرائية الحديثة في إثبات وقوع الجريمة وتحديد شخصية مرتكبها، وبصفة خاصة تقنية المراقبة الإلكترونية، فما المقصود بالمراقبة الإلكترونية وما هي وسائلها (فرع أول)؟ وما هو حكم الاستعانة بهذه التقنية (فرع ثان)؟

(٣٤) راضية سلام عدنان: مشروعية الدليل الإلكتروني، كلية الحقوق جامعة النهرين، د.ت، ص ٤٤. إلهام شهرزاد رواج: الدليل الرقمي بين مشروعية الإثبات وانتهاك الخصوصية المعلوماتية، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد العاشر، ص ١٩٤.

الفرع الأول

مفهوم المراقبة الإلكترونية ووسائلها

أولاً- مفهوم المراقبة الإلكترونية: تعد المراقبة الإلكترونية وسيلة لجمع المعلومات عن الأشخاص أو الأماكن أو الأشياء. وتعرف بأنها: عمل أمني يعتمد بصورة أساسية على نظام معلوماتي إلكتروني، يقوم فيه شخص (المراقب) بمراقبة سلوك شخص آخر (المراقب) بواسطة الأجهزة الإلكترونية وعبر شبكة الإنترنت، لتحقيق غرض محدد وإفراغ النتيجة في ملف إلكتروني، وتحرير تقارير بالنتيجة^(٣٥)، فالمراقبة الإلكترونية وسيلة يقوم بها عضو من أعضاء الضابطة القضائية ذو كفاءة تقنية عالية، وباستخدام تقنيات وبرامج إلكترونية، بهدف جمع المعلومات والبيانات عن المشتبه به، سواء أكان شخصاً أم مكاناً أم شيئاً، وذلك لتحقيق غرض أمني. ومن ذلك مثلاً أن يقوم عضو الضابطة القضائية بمراقبة أحد الهكرة أثناء اختراقه لحاسوب المجني عليه، أو الدخول إلى أحد المواقع ومراقبة مستخدميه الذين اتخذوه وسيلة للاحتيال على الأشخاص^(٣٦).

وقد أخذ المُشرِّع الجزائري بهذه الوسيلة^(٣٧)، ولم يعد اللجوء إلى المراقبة الإلكترونية طريقة للحصول على الدليل الجنائي الرقمي فحسب، بل أدرجه أيضاً لحماية النظام العام، فقد جاء في المادة (٤) من القانون رقم ٠٤-٠٩ لعام ٢٠٠٩م أنه يمكن القيام

(٣٥) مصطفى محمد موسى: المراقبة الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت، (دراسة مقارنة)، سلسلة اللواء الأمنية في مكافحة الجريمة الإلكترونية، العدد ٥، القاهرة، مطابع الشرطة للطباعة والنشر والتوزيع، ٢٠٠٣، ص ١٩٢. أشار إليه طاهري عبد المطلب، الإثبات الجنائي بالأدلة الرقمية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة المسيلة، ٢٠١٤-٢٠١٥، ص ٢٣.

(٣٦) طارق الخن، مرجع سابق، ص ١١٤.

(٣٧) وذلك بمقتضى القانون رقم ٠٤-٠٩ المؤرخ في ٥/٨/٢٠٠٩م، المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها، والمنشور بالجريدة الرسمية رقم ٤٧ الصادرة بتاريخ ١٦/٨/٢٠٠٩م، ص ٥.

بهذا الإجراء للوقاية من الأفعال الموصوفة بجرائم الإرهاب أو التخريب أو الجرائم الماسة بأمن الدولة، وكذلك في حالة توفر معلومات عن اعتداء محتمل على منظومة معلوماتية على نحو يهدد النظام العام أو الدفاع الوطني أو مؤسسات الدولة أو الاقتصاد الوطني.

ثانياً- وسائل المراقبة الإلكترونية: من أهم وسائل المراقبة الإلكترونية برنامج حصان طراودة، أداة تحديد الموقع الجغرافي.

١- برنامج حصان طراودة: وهو عبارة عن أداة تقنية يُسمح لعناصر الضابطة القضائية بوضعها في حاسوب المشتبه فيه، وبغير رضاه، بهدف الوصول إلى المعطيات المعلوماتية الخاصة به. ولكن هذه التقنية المشتملة على زرع برنامج تجسس، ومن غير علم المشتبه فيه، ينبغي أن تتم وفق قواعد إجرائية صارمة وتحت رقابة قاضٍ.

٢- أداة تحديد الموقع الجغرافي: كما يعد من قبيل المراقبة الإلكترونية وضع أداة تحديد الموقع الجغرافي على سيارة متحركة بهدف مراقبة تحركاتها.

الفرع الثاني

حكم الاستعانة بالمراقبة الإلكترونية

إذا كان بعض المُشرِّعين قد أقر لسلطات الضبط القضائي والتحقيق الاستعانة بتقنية المراقبة الإلكترونية؛ إلا أنهم اشترطوا لذلك توفر بعض الشروط التي تعد بمنزلة ضمانات ضرورية لإبقاء هذه الوسيلة في نطاق الشرعية الإجرائية.

فالمُشرِّع الجزائري يطلب من أجل اللجوء إلى تقنية المراقبة الإلكترونية أن يتم تنفيذها تحت إشراف القضاء، وبإذن منه، فلا يجوز إجراء المراقبة إلا بإذن مكتوب من السلطة القضائية المختصة، وأن تكون هناك ضرورة تتطلب هذا الإجراء، وذلك عندما يكون من الصعب الوصول إلى نتيجة تهم مجريات التحري أو التحقيق من

غير اللجوء إلى المراقبة الإلكترونية، وهو ما نصت عليه الفقرة "ج" من المادة (٤) من القانون السابق ذكره^(٣٨).

وفي فرنسا سمح قانون الإجراءات الجزائية باللجوء إلى هذه التقنية عندما تستدعي ضرورة الاستعلام عن جنائية أو جنحة من الجرائم الخطيرة التي تدخل تحت نطاق تطبيق المادة (٧٠٦-٧٣) منه^(٣٩)، إذ أجاز لقاضي التحقيق بعد استطلاع رأي النائب العام، أن يسمح لعناصر الضابطة القضائية المتصرفين وفق إنابة قضائية، بأن يضعوا أداة تقنية بهدف الوصول إلى المعطيات المعلوماتية من غير رضا المشتبه فيه، كما يحق لهم أيضاً تخزين هذه المعطيات وحفظها ونقلها بما فيها المعلومات الظاهرة على شاشة المستخدم، وتلك المدخلة من جهته، من خلال كتابة النصوص، وهذه الرقابة تكون لمدة (٤) أشهر قابلة للتجديد مرة واحدة فقط^(٤٠).

وقد وجد بعض الفقهاء الفرنسيين في القاعدة العامة المنصوص عليها في المادتين (٨١ و ١٥١) من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي أساساً قانونياً يمكن الاستناد إليه في إجازة استخدام هذه التقنية، إذ تسمح المادتان المذكورتان لقاضي التحقيق، - بناء على إنابة قضائية - أن يتخذ كل الإجراءات التي تساعد على إظهار الحقيقة، أما محكمة النقض الفرنسية فقد قررت أن تحديد مسار الفرد من خلال تقنية تتبع الأثر يعد مبرراً ما دام أنه من أجل الوصول إلى معلومات من شأنها المساعدة في إظهار الحقيقة^(٤١)، وفي قرار آخر أكدت محكمة النقض الفرنسية هذا الحكم، معتبرة أن وضع أداة تحديد الموقع الجغرافي على سيارة في إطار تحريات

^(٣٨) طاهري عبد المطلب: المرجع السابق، ص ٢٤-٢٥.

^(٣٩) وهذه الجرائم هي الإرهاب والاعتداء الجنسي على الأطفال Pédophilie، والقتل وتجارة السلاح والمخدرات والخطف، المرتكبة من خلال عصابات منظمة.

^(٤٠) Myriam Quéméner, Les spécificités juridiques de la preuve numérique (1), AJ Pénal 2014, p. 63.

^(٤١) Crim. 21 juin 2011, n° 11-81.846 أشار إليه Myriam Quéméner: op. cit., p.63.

قضائية، لا يخالف قواعد القانون، ولا يمس بمبدأ حرمة الحياة الخاصة، وأن هذا الإجراء يجد أساساً سليماً له في المادة ٨١ من قانون الإجراءات الجزائية، وأنه ضروري ومتناسب مع الغاية المبتغاة المتمثلة بملاحقة عصابة اتجار بالمخدرات تشكل خطراً جسيماً على النظام العام والصحة العامة^(٤٢).

لكن في المقابل يشكك بعض الفقهاء الفرنسيين بالثقة العالية في صحة المعلومات التي تم تحصيلها من خلال تقنية تحديد الموقع الجغرافي، وأن هذه الثقة تعني أنه من الممكن أن يبنى عليها أحكام قضائية خاطئة، إذا كان هناك خطأ في الدليل التقني، بمعنى أنه نتيجة التسليم بصحة كل ما يصدر عن هذه التقنية، - نظراً للموثوقية والتقنية العالية بهذه الأداة، ومن غير أن ينفي هذا بالمطلق إمكانية الخطأ أو التفسير الخاطئ - يمكن أن تصدر أحكاماً قضائية خاطئة، وأن القناعة التامة بصحة الدليل الجزائي المبني على التقنية الإلكترونية تجعل الحدود بين الحقيقة القانونية والحقيقة العلمية أو التقنية غامضة^(٤٣).

وقد عدت محكمة النقض الفرنسية في قرار أحدث من قراراتها السابقين، أن مثل هذا الإجراء يعد انتهاكاً للحياة الخاصة، وأنه لا يمكن أن يتم إلا تحت رقابة القاضي - الضامن للحرية الفردية - وبأمر منه ومن ثم لا يمكن إجراؤه من غير قاضي يتبع للقضاء الجالس^(٤٤).

مما تقدم نخلص إلى نشوء اتجاه فقهي وقضائي حديث هاجسه الوصول إلى الحقيقة، ولو على حساب نزاهة الدليل الجزائي، وهو ما يظهر جلياً في السماح لأطراف الدعوى بجلب الأدلة ومناقشتها، وإن كانت طريقة الحصول عليها غير مشروعة، ما يستتبع أحياناً قبول القاضي الجزائي لدليل تم الحصول عليه من خلال

(42) Crim. 22 nov. 2011, n° 11-84.308, Bull. crim. n° 234 أشار إليه Myriam Quéméner: op. cit., p. 63.

(43) Xesús Pérez López, La géolocalisation et la preuve pénale (1), AJ Pénal 2014, p. 67.

(44) Crim. 22 oct. 2013, n° 13-81.945.

إجراء يفتقد النزاهة أو الشرعية، ويبدو من هذه الأحكام أن القضاء الفرنسي بدأ ينحو إلى تكريس الاتجاه الفقهي الذي يعطي للدليل قوة وقيمة إثباتية بصرف النظر عن قيمته القانونية^(٤٥)، وفكرة قبول الدليل الإلكتروني الجزائري الذي يتم الحصول عليه بطريقة غير مشروعة، بهدف تحقيق العدالة، تُكرس النظرية الفقهية المتشددة، التي اصطلح على تسميتها بنظرية القانون الجزائري للعدو التي تتمثل في ضرورة معاملة المجرمين، ليس كمواطنين خرجوا عن جادة الصواب، وإنما كأعداء يجب توقي خطرهم بأية طريقة كانت، ولو من غير التقيد بمفهوم الشرعية الموضوعية أو الإجرائية^(٤٦).

وإذا كان الاجتهاد القضائي الفرنسي يسمح بانتهاك مبدأ نزاهة الدليل، ويقبل دليلاً تم الحصول عليه بطريقة غير قانونية من جهة المتخاصمين^(٤٧)، لكنه يتشدد بالنسبة إلى أشخاص القانون العام، ويرى أن مراعاة مبدأ نزاهة الدليل الجزائري له الأولوية ومقدم على مبدأ البحث الفاعل عن الحقيقة، فلا يسمح للمحققين سوى استخدام أدلة محددة طبيعتها بالقانون، وفي حدود احترام الحقوق والحريات الأساسية^(٤٨).

^(٤٥) من الجدير ذكره هنا أن لمحكمة النقض السورية، منذ أكثر من نصف قرن، موقفاً منفرداً، خالفت فيه الأصل القانوني الذي يقضي بضرورة أن يكون البحث والتنقيب عن الدليل قد تم بوسائل مشروعة، وأقرت فيه الاستناد إلى دليل تم الحصول عليه بصورة مخالفة للقانون، واعتبرت أن هذا الدليل لا يمكن التغاضي عنه، ولا إلغائه، لأنه أمر واقع، ولا سبيل لإنكاره، ويصح أن يكون مستنداً للحكم. نقض سوري في ١٤/١١/١٩٦٣م، مجموعة القواعد القانونية، رقم ١١٨٦، ص ٦٣٠، ونقض في ٢٠/٤/١٩٦٥م، مجلة المحامون، السنة ١٩٦٥م، ص ٢٢٤.

^(٤٦) سعيد موقوش: الجريمة الإلكترونية وأزمة الشرعية الإجرائية، جامعة ابن زهر، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، انظر الرابط: <http://fsjes-agadir.info>، تاريخ الدخول ٢٠١٨/٧/٧م.

^(٤٧) انظر أحكام محكمة النقض الفرنسية:

Crim. 6 avr. 1994, Bull. crim. n° 136 ; Crim. 11 juin 2002, n° 01-85.559, Bull. crim. n° 131 ; D. 2002. 2657.

^(٤٨) استنتجت الغرفة الجزائرية لمحكمة النقض الفرنسية في أحد قراراتها عدم نزاهة الدليل الذي تم الحصول عليه من خلال التحريض على ارتكاب جريمة من قبل موظف تابع للسلطة العامة أو من قبل وسيطه، وأن ذلك يقدح في نزاهة الدليل الجزائري. ==

هذا التباين في الموقف استدعى تدخلاً عاجلاً من المشرع الفرنسي، فتبنى مشروع قانون في ٢١ كانون الثاني ٢٠١٤م، أجاز بمقتضاه اللجوء إلى تقنية تحديد الموقع الجغرافي لشخص أو لمركبة باللحظة نفسها، شرط أن يكون ذلك في إطار تحقيق في جريمة معاقب عليها بالسجن لمدة ٣ سنوات أو أكثر، أو في تحقيق عن سبب وفاة أو اختفاء أو البحث عن هارب، ومن ثم أصبح من حق النيابة العامة أن تسمح بتحديد الموقع الجغرافي في إطار تحقيق تجريه، وذلك لمدة (٨) أيام، وإذا استلزم الأمر تمديد هذا الإجراء لمدة أكثر، وجب الحصول على موافقة قاضي الحريات والتوقيف على التمديد وذلك لمدة شهر قابل للتجديد^(٤٩).

المطلب الثاني

مشروعية التفتيش في الحاسوب الآلي ومكوناته

مشروعية الدليل الرقمي تثير إشكالية قانونية، تتعلق بمشروعية التفتيش عن الدليل الرقمي وضبطه في الحاسوب الآلي ومكوناته، إن مكافحة الجرائم المعلوماتية وتوظيف الجناة للتطور الهائل في أنظمة الحاسوب والشابكة يستلزم تمكين أعضاء الضبط القضائي والقضاة من استخدام التقنية ذاتها في ملاحقتهم، والولوج إليها وتفتيشها؛ لاستخلاص الدليل منها على كيفية وقوع الجريمة ونسبتها إليهم، ولكن هل تصلح كل مكونات الحاسوب محلاً للتفتيش (فرع أول)، وما هي الشروط المطلوبة لشرعية التفتيش (فرع ثاني)؟

== Crim. 21 juin 2011, n° 11-81.846.

وفي قرار آخر أشارت إلى مثل هذا الأمر؛ أي التحريض على جريمة للحصول على الدليل، ينتهك مبدأ نزاهة الدليل والحق بالدعوى العادلة، ويجعل الدليل غير مقبول قضائياً.

Crim. 7 févr. 2007, n° 06-87.753, Bull. crim. n° 37 ; D. 2007, 2012.

⁽⁴⁹⁾ Myriam Quémener, op. cit., p. 63.

الفرع الأول

محل التفتيش

إن التفتيش في مكونات الحاسوب وما يرتبط به من شبكات اتصال وغيرها، قد يرد على المكونات المادية له أو المكونات المعنوية.

أولاً- تفتيش المكونات المادية للحاسوب: وهي الأجهزة والأجزاء الأخرى، (المرئية والملموسة)، سواء في الحاسوب الآلي نفسه أم في ملحقاته المتصلة به^(٥٠).

إن تفتيش هذه المكونات، لا يثير أية إشكالية؛ إذ لا خلاف حول خضوعها للتفتيش، على أن يراعى في ذلك قواعد قانون الإجراءات الجزائية، فإذا كانت في حيازة شخص موجود خارج مسكنه، فإن تفتيشه يخضع للقواعد ذاتها التي يخضع لها تفتيش الشخص بوصفه أحد متعلقاته، سواء أكان الحائز هو مالك الجهاز نفسه أم شخصاً سواه، أما إذا كانت موجودة في مكان عام فيخضع تفتيشها لما يحكم هذا المكان من قواعد وأحكام، أما إذا كانت المكونات المادية للحاسوب وملحقاته موجودة في مسكن المتهم أو أحد ملحقاته خضعت للقواعد ذاتها التي يخضع لها تفتيش مسكن المتهم، إذ يجوز تفتيشها وضبطها متى كان تفتيش المسكن جائزاً، والعكس صحيح^(٥١)، وفي الحالة التي تكون فيها هذه المكونات في منزل غير المتهم، كأن تكون النهاية الطرفية للنظام المعلوماتي المراد تفتيشه ممتدة إلى منزل آخر غير

^(٥٠) تقسم المكونات المادية إلى وحدات الإدخال، وهي المسؤولة عن إدخال البرامج، والبيانات المختلفة إلى الجهاز كلوحة المفاتيح، والفارة، والماصح الضوئي، ووحدات الإخراج المسؤولة عن عمليات العرض كافة، واستخراج النتائج التي يتم تنفيذها كشاشة العرض، والسماعات، والطابعة، والرسامات، وأخيراً وحدة المعالجة المركزية، وتضم وحدة الحساب المنطقي، ووحدة التحكم، والذاكرة،

علا عبيات: ما هي مكونات الحاسوب، الرابط: <https://mawdoo3.com>

^(٥١) موسى مسعود أرحومة: الإشكالات الإجرائية التي تثيرها الجريمة المعلوماتية عبر الوطنية، بحث مقدم إلى المؤتمر المغربي الأول حول: المعلوماتية والقانون، الذي نظّمته أكاديمية الدراسات العليا - طرابلس، خلال الفترة ٢٨-٢٩/١٠/٢٠٠٩م، ص ٧. زهية معمش ونسيمة غانم: الإثبات الجنائي في الجرائم المعلوماتية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة عبد الرحمن ميرة - بجاية، ٢٠١٢-٢٠١٣م، ص ١٦.

منزل المتهم، فهذا النوع من التفتيش ينطوي في الحقيقة على معنى تفتيش غير المتهم، ومن ثم لا يجوز إعماله، إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون للقائم بالتفتيش أن يفتش غير المتهم أو منزل غيره^(٥٢).

ثانياً- تفتيش المكونات المعنوية للحاسوب: وهي الجزء البرمجي الذي لا يمكن لمسها أو رؤيتها، ويتكون من برامج النظام وبرامج التطبيقات، وبمعنى آخر تشمل هذه المكونات المعلومات والبيانات المعالجة إلكترونياً، لقد أثار تفتيش هذه المكونات اختلافاً في الرأي وجدلاً واسعاً حول صلاحيتها للتفتيش، والذي يمكن رده إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: يرى أنصاره أن الطبيعة غير المادية للمكونات المعنوية للحاسوب تجعلها غير صالحة لأن تكون محلاً لإجراء التفتيش والضبط عليها، على اعتبار أن التفتيش يهدف في المقام الأول إلى ضبط أدلة مادية تتعلق بالجريمة وتفيد في كشف الحقيقة، وهذا ما تعبر عنه قوانين الإجراءات الجزائية بأن الغرض من التفتيش هو ضبط (أشياء)^(٥٣)، والمقصود بلفظ الشيء هو ما كان مادياً؛ أي محسوساً، ومن ثم فإن المكونات المعنوية والبيانات غير المرئية أو غير المحسوسة لا يمكن عدها شيئاً، فلا تدخل في نطاق النص القانوني الذي استعمل مصطلح شيء، ما يجعل تفتيش هذه المكونات وضبط محتوياتها مخالفاً لنصوص القانون^(٥٤).

ويمثل هذا الرأي جانب من الفقه الفرنسي الذي يرى أن النبضات أو الإشارات الإلكترونية الممغنطة لا تعد من قبيل الأشياء المادية المحسوسة التي يمكن تفتيشها

(٥٢) طارق الجملي: الدليل الرقمي، مرجع سابق، ص ١٦.

(٥٣) من هذه القوانين على سبيل المثال: قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي في المادة ٤٢٧، وقانون الإجراءات الجزائية السوري في المادتين ٩٠ و ١/٩٤، وقانون الإجراءات الجزائية العُماني في المادة ٨٠.

(٥٤) طارق الجملي: مرجع سابق، ص ١٣.

وضبطها^(٥٥)، ومن ثم يستلزم هذا الأمر تدخلاً تشريعياً يتضمن أحكاماً خاصة تكون أكثر ملاءمة لهذه البيانات (غير المحسوسة)، بأن يضاف إلى النصوص الحالية حكماً يجعل التفتيش يشمل البحث في الوسط الافتراضي وضبط المواد المعالجة إلكترونياً أو بيانات الحاسوب الآلي^(٥٦).

الاتجاه الثاني: يرى أنصاره أن المكونات المعنوية للحاسوب كالمكونات المادية تخضع للتفتيش، ويدللون على رأيهم بالقول إن البيانات، وإن كانت بالأصل مجرد ذبذبات ونبضات إلكترونية أو كهرومغناطيسية؛ إلا أنها قابلة للتخزين على أوعية أو وسائط مادية، كالأشرطة الممغنطة والأقراص، وأنه يمكن قياسها بوحدات قياس خاصة، فهي ليست شيئاً معنوياً كالآراء والأفكار، بل هي أشياء مادية محسوسة لها وجود في العالم الخارجي، وعلى ذلك يمكن أن تكون محلاً لإجراء التفتيش والضبط^(٥٧)، شأنها في ذلك شأن الوسائط المادية ذاتها.

ويضيف بعض أنصار هذا الاتجاه أن المرجع في تحديد كلمة "شيء" أو مادة هو مدلول هذه الكلمة في العلوم الطبيعية، إذ تعني كل ما يشغل حيزاً مادياً في فراغ معين، ولما كانت الكيانات المعنوية والبرامج تشغل حيزاً مادياً في ذاكرة الحاسب الآلي، ويمكن قياسها بمقياس معين، وهي تأخذ شكل نبضات إلكترونية تمثل الرقمين

^(٥٥) أشار إليه عبد الفتاح بيومي حجازي: مبادئ الإجراءات الجزائية في جرائم الكمبيوتر والإنترنت، مصر، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٧م، ص ٣٨٠.

^(٥٦) وهذا ما فعلته بعض التشريعات صراحة، فنصت على أن إجراءات التفتيش تشمل أنظمة الحاسوب الآلي، ومن ذلك ما نُصَّ عليه في قانون إساءة استعمال الحاسوب الآلي في إنجلترا الصادر سنة ١٩٩٠م، وهو ما نصت عليه أيضاً اتفاقية بودابست لسنة ٢٠٠١م في المادة ١٩/١-٣. أشار إليه مفتاح بويكر المطردي: مرجع سابق، ص ٤٩.

^(٥٧) هشام محمد فريد رستم: الجوانب الإجرائية للجرائم المعلوماتية، مكتبة الآلات الحديثة، ١٩٩٤م، ص ٦٦-٦٧. أشار إليه مفتاح بويكر المطردي: الجريمة الإلكترونية والتغلب على تحدياتها، المؤتمر الثالث لرؤساء المحاكم العليا في الدول العربية بجمهورية السودان المنعقد في الفترة ٢٣-٢٥/٩/٢٠١٢م، ص ٤٤.

(أو ١)، فإنها ذات كيان مادي، ومن ثم فهي تعد أشياء بالمعنى العلمي للكلمة تصلح موضوعاً للتفتيش والضبط^(٥٨).

الترجيح:

أمام هذا التباين في الرؤى نرى ترجيح الاتجاه الثاني، وتقدير صلاحية المكونات المعنوية للحاسوب لأن تكون محلاً للتفتيش والضبط، وعدم الوقوف عند الدلالة الحرفية لمصطلح "الشيء" للاحتجاج بعدم صلاحية هذه المكونات للتفتيش، ذلك أنه يجب البحث عن إرادة المُشرِّع وغايته عند تفسير ألفاظ النصوص التي أجازت التفتيش، وهي تمكين السلطات المختصة من البحث عن أشياء؛ (أي أدلة)، تساعد في كشف الحقيقة بشأن جريمة وقعت، والتي لا تقتصر على الأشياء بمفهومها المادي؛ لأن المُشرِّع حينما استعمل لفظ (أشياء) لم يكن يقصدها بمعناها الحرفي، بل ما قصده هو البحث عن الدليل في موضعه، بصرف النظر عما إذا كان الموضوع شيئاً مادياً أو معنوياً، وسكوت المُشرِّع عن التصريح بإمكانية تفتيش المكونات المعنوية للحاسوب مرده أنه حين وضع النص لم تكن في ذهنه مسألة الوسط الافتراضي لعدم شيوعه آنذاك^(٥٩).

ولا يُعترض على إمكانية تفتيش الوسط الافتراضي وضبط محتوياته بالقول إن القانون يوجب تحريز المضبوطات، وهو ما لا يتفق وطبيعة المخرجات الرقمية؛ لأن مثل هذا الاعتراض يرد عليه أن هذه المخرجات يمكن تحريزها بطريقة تتفق وطبيعتها، وذلك بتخزينها - في حالة فصلها عن مصدرها - في شريط ممغنط أو في قرص مضغوط، وتحريزها بالطريقة المحددة بالقانون، كما يمكن تحريزها بطباعتها وتحويلها إلى الشكل المادي الملموس^(٦٠).

(٥٨) طارق الجملي: مرجع سابق، ص ١٣.

(٥٩) طارق الجملي: مرجع سابق، ص ١٥.

(٦٠) طارق الجملي: المرجع والموضع السابقين.

مما تقدم نخلص إلى أن المكونات المعنوية للحاسوب والبيانات المتحصلة منه ينطبق عليها لفظ "الشيء"؛ لذا فإن تفتيشها لا يتعارض مع أحكام القانون، وأن ما ينجم عنها من مخرجات رقمية يمكن اعتمادها كدليل جزائي، ما دام التفتيش قد أسفر عن وجود بيانات اتخذت فيما بعد شكلاً مادياً ملموساً سواء عن طريق طباعتها أو عن طريق تخزينها في أشرطة ممغنطة أو أقراص مضغوطة، ومن ثم يمكن ضبطها^(١١)، وبذلك يمكن التعويل على الأدلة الرقمية والاعتماد عليها لإثبات الجرائم، سواء قدمت في شكل رقمي أم ورقي، وقد أخذ المُشرع العراقي بهذا عندما أجاز أن تقدم الأدلة الإلكترونية على شكل نسخ إلكترونية أو ورقية^(١٢).

وقد سمحت المادة (٢٦) من قانون مكافحة الجريمة المعلوماتية السوري، بالتقصي الإلكتروني، والتفتيش، والضبط حيث نصت على ما يأتي: "أ-.... ب-تعدّ البرمجيات الحاسوبية من الأشياء المادية التي يجوز تفتيشها وضبطها، وفق القواعد المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات الجزائية. ج-.... د-.... ه-على كل صاحب أو مدير أي منظومة معلوماتية تُرتكب جريمة معلوماتية باستخدام منظومته، أن يتيح للضابطة العدلية تفتيش وضبط البيانات والمعلومات والبرمجيات الحاسوبية، والحصول على نسخة منها؛ ويمكن في حالات الضرورة ضبط الأجهزة والبرمجيات الحاسوبية المستخدمة أو جزء من مكوناتها".

المبحث الثاني

قبول الدليل الرقمي وحجيته

من المعلوم أن القاضي الجزائي يتمتع بسلطة واسعة في تقدير أدلة الإثبات، وأن يتحرى عن الحقيقة بجميع الأدلة، ما دامت مقبولة لديه، وأنها صالحة وملائمة، ولكي

(١١) راضية سلام عدنان: مرجع سابق، ٤٦.

(١٢) انظر المادة (٢٦/ ثانياً-ب)، والمادة (٢٦/ ثالثاً) من قانون التوقيع الإلكتروني العراقي رقم

٤٢ لسنة ٢٠١٢م.

يحظى الدليل الرقمي بقبول القاضي ويكتسب قوة وحجية لديه، يجب أن يتوفر في الدليل ذاته شروط معينة (مطلب أول)، وأن يعرضه للمناقشة ويبلغ اقتناعه به درجة اليقين (مطلب ثاني).

المطلب الأول

الشروط المتعلقة بالدليل نفسه

الاتجاه السائد في التشريع والقضاء والفقهاء المقارن يرى أن قبول الأدلة الرقمية أمام القضاء الجزائري يستلزم توفر شروط معينة فيها، منها أن يكون استخلاص المعلومات المخزنة إلكترونياً وحفظها بصورتها الأصلية التي أنشئت عليها، وبصورة تضمن عدم تعرضها لأي شكل من أشكال العبث أو التلف (فرع أول)، وأن يتم التحقق من سلامة الحاسوب الآلي ودقته في عرض المعلومات المخزنة، وحفظ مخرجاته وتخزينها في بيئة مناسبة (فرع ثان).

الفرع الأول

استخلاص المعلومات الإلكترونية وحفظها بصورتها الأصلية

وعدم تعرضها لأي عبث أو تلف

إن الاحتجاج بالبيانات الرقمية في إثبات الوقائع الجرمية يقتضي أن يكون أصلها موجوداً، وأن يتم تقديمه إلى المحكمة، وقد يحتج البعض بالقول إن هذا الأمر يحول غير قبول البيانات الرقمية كدليل إثبات؛ لأن ما يتم تقديمه إلى المحكمة ليس الملفات الإلكترونية المخزنة في الحاسوب ذاتها، وإنما نسخاً عنها تخزن في أقراص ممغنطة أو أشرطة أو غيرها، أو تطبع في أوراق، لكن هذه الحجة لم يعد لها وزن وتم تذليلها، وذلك بتدخل المشرع في بعض الدول بالنص على أنه: "إذا كانت البيانات مخزنة في حاسوب أو آلة مشابهة، فإن أي مخرجات مطبوعة منها أو مخرجات يمكن

قراءتها بالنظر إليها وتعكس دقة البيانات، تعدّ بيانات أصلية^(٦٣)، وبناء عليه فإن ما يستخرج بواسطة الطابعة من بيانات أو ملفات مخزنة في الحاسوب أو على شبكة المعلوماتية تُعدّ دليلاً أصلياً، كما أن قانون الأمم المتحدة النموذجي للتجارة الإلكترونية^(٦٤)، الذي اعتمد بتاريخ ١٢/٦/١٩٩٦م، قد اعترف بالدليل الكتابي الرقمي، وأوضح أنه إذا اشترط القانون أن تكون المعلومات مكتوبة فإنها مثل هذا الشرط يُستوفى، متى أمكن تخزينها والاطلاع عليها عند الحاجة لذلك.

ويضاف إلى ما سبق أنه يجب ضمان عدم تعرض الملفات الإلكترونية لأي عبث أو تلف أو تغيير في محتوياتها، وأنّ الدليل الذي قُدّم إلى المحكمة هو الدليل نفسه الذي تمّ جمعه وحفظه، ولم يطرأ عليه أي تعديل، وأنه تمّت مراعاة سلامته حتى يبقى بالحالة نفسها التي ضبط بها^(٦٥)، وقد نصت على ذلك المادة (٢٥) من قانون مكافحة الجريمة المعلوماتية السوري؛ إذ جاء فيها أنه: "أ- يعود للمحكمة تقدير قيمة الدليل الرقمي، شريطة تحقّق ما يلي: أ-.... ب- ألا يطرأ على الدليل المقدم إلى المحكمة أي تغيير خلال مدة حفظه".

يذكر أن وجود احتمال أو شك في صدق مضمون الملفات لا يقدر في إمكانية الاستناد إليها وتمتعها بحجية في دلالتها على الوقائع التي تتضمنها، إذا أمكن التغلب على هذا الشك، والتأكد من دقة تلك الملفات بإخضاعها لاختبارات فنية، أو بعرضها على العضو الذي كان حاضراً عند ضبطها وسماع شهادته للتأكد من صحتها^(٦٦).

(٦٣) انظر المادة: ٣/١٠٠١ من قانون الإثبات الفيدرالي الأمريكي. أشار إليه طارق الخن: مرجع سابق، ص ١٣٦.

(٦٤) انظر الرابط: <http://www.uncitral.org>

(٦٥) طارق الخن: مرجع سابق، ص ١٥٧.

(٦٦) قبلت إحدى المحاكم الدليل الرقمي رغم الدفوع المتعلقة بالعبث بهذا الدليل، لأن هذه الدفوع جاءت على شكل تخمين، دون أن يوجد أي دليل يدعمها. وفي قضية أخرى قررت المحكمة: "إن حقيقة وجود احتمال بتعديل البيانات الموجودة في الحاسوب غير كافية للقول بعدم جدارة الدليل."==

ولتأمين سلامة البيانات المخزنة في الحاسوب وعدم تعرضها للعبث، يرى الفقه أنه عند معاينة مسرح الجريمة المعلوماتية وضبط البيانات الرقمية، يجب مراعاة عدة أمور، وهي^(٦٧):

- ١- تحديد أجهزة الحاسوب الآلي الموجودة في مكان المعاينة، وتحديد مواقعها، وعزل الحواسيب عن الشبكة، وتصوير الأجهزة الموجودة بالحالة التي هي عليها.
- ٢- عدم نقل المواد المعلوماتية خارج مسرح الجريمة إلا بعد التأكد من خلو المحيط الخارجي لموقع الحاسوب من أي مجال لقوى مغناطيسية يمكن أن يتسبب في محو البيانات المسجلة.
- ٣- قصر المعاينة والضبط على الباحثين والمحققين الذين لديهم كفاءة علمية وخبرة فنية في مجال الحاسوبات والشبكات واسترجاع المعلومات، وأن يكونوا ممن تلقوا تدريباً جيداً على ذلك.

الفرع الثاني

التحقق من سلامة الحاسوب الآلي ودقته

وحفظ مخرجات الحاسوب في بيئة مناسبة

على القاضي التحقق من أن الظروف والكيفية التي تم بها الحصول على الدليل الرقمي، وذلك بالتأكد من أن الحاسوب كان يعمل في جميع الأحوال بصورة سليمة، أو أن أحد أجزائه الذي لم يكن يعمل بصورة سليمة أو كان معطلاً، لم يؤثر في إخراج الدليل أو في دقة محتوياته^(٦٨)، فمجرد توفر الدليل العلمي لا يعني أن يحكم

== كما ذكرت وزارة العدل الأمريكية في المرشد الفيدرالي لتفتيش وضبط الحواسيب الصادر عام ٢٠٠٢م، وصولاً إلى الدليل الإلكتروني في التحقيقات الجزائية: "إن غياب دليل واضح على حدوث العبث في الدليل، لا يؤثر على أصالة ودقة سجلات الحاسوب". انظر :

Casey, Eoghan: op. cit., p. 170.

^(٦٧) جاسم خريبط خلف: صعوبات الدليل الجنائي في الجرائم المعلوماتية، مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية، جامعة ذي قار، السنة ٢٠١٦م، العدد ١٢، ص ١٩.

^(٦٨) انظر المادة ٦٩ من قانون الشرطة والإثبات الجزائي البريطاني (Pace) المعدل في ١٤ تشرين الأول عام ٢٠٠٢م.

القاضي مباشرة بغير البحث بالظروف التي تحصل منها، إذ يجب التأكد من خلو المحيط الخارجي للحاسب من مجالات الممرات المغناطيسية التي قد تؤثر في دقة البيانات أو في وجودها.

وقد جاء في المادة (٢٥) من قانون مكافحة الجريمة المعلوماتية السوري أنه: "يعود للمحكمة تقدير قيمة الدليل الرقمي، شريطة أن تكون الأجهزة الحاسوبية أو المنظومات المعلوماتية المستمدّ منها هذا الدليل تعمل على نحو سليم".

ولضمان سلامة الحاسب الآلي وتخزين بياناته في بيئة سليمة، يرى الفقه المقارن أن على رجل الضابطة القضائية عندما يصل إلى مسرح الجريمة، مراعاة الآتي^(٦٩):
١- عدم نقل المواد المعلوماتية خارج مسرح الجريمة إلا بعد التأكد من خلو المحيط الخارجي للحاسب من مجالات الممرات المغناطيسية التي قد تتسبب في محو البيانات.

٢- حجز الحاسوب أو القرص الصلب، وجميع الحاويات المادية والذواكر، كالسواقات والأقراص الممغنطة.

٣- وضع ملصقات على الأشياء المضبوطة، وتوثيقها وتغليفها، وتحضيرها لنقلها بالحالة التي كانت عليها إلى مكان الاختبار والفحص.

٤- ضبط وتحريز الدعائم الأصلية للمعطيات التي لها دلالة عند عرضها للمحكمة، وعدم الاكتفاء بضبط النسخ، وعدم الضغط على القرص بوضع أشياء ثقيلة عليه.

٥- توفير الحرارة والرطوبة المناسبة لتخزين الأحرار المعلوماتية وإبعادها عن الأتربة أو الغبار؛ لمنع تأثيرها على السطح المغناطيسي، ما يجعله غير قابل للقراءة أو الكتابة.

٦- حماية وتأمين البرامج المضبوطة قبل تشغيلها فنياً.

٧- وضع علامات مادية خاصة تميز كل دليل إلكتروني عن غيره.

(٦٩) طارق الخن: مرجع سابق، ص ١٢٦. خريبط: مرجع سابق، ص ١٩. معمش: ص ١٣.

المطلب الثاني

مناقشة الدليل الرقمي والاقتناء اليقيني به

من المستقر في الفقه والقانون المقارن أن للقاضي سلطة واسعة في تقدير الأدلة واستنباط ما تتضمنه الوقائع من دلالات، سعياً منه لكشف الحقيقة، لكن مقتضيات تحقيق العدالة وتجنب إدانة شخص بريء أو إفلات مجرم من العقاب، توجب على القاضي الجزائي قبل إصدار حكمه، أن يقوم بفحص الأدلة الجزائية، ومن بينها الأدلة الرقمية وطرحها في الجلسة ليتناولها الخصوم بالمناقشة (فرع أول)، وتكوين اقتناعه اليقيني بها (فرع ثان)، وصولاً إلى الحقيقة التي ترضي ضميره وتحقيقاً للعدالة.

الفرع الأول

مناقشة الدليل الرقمي

إن مبدأ المواجهة، الذي يعد من أهم القواعد التي تحكم إجراءات المحاكمة الجزائية، يفرض على القاضي الجزائي أن يطرح الدليل الرقمي على الخصوم لمناقشته، ويبنى على ذلك أن يكون لهذا الدليل أصل ثابت في أوراق الدعوى، وأن تتاح الفرصة أمام الخصوم للإطلاع عليه ومناقشته، تفصيلاً في الجلسة، وهذا ما تؤكدُه قوانين الإجراءات الجزائية؛ إذ تقضي بأنه لا يسوغ للقاضي أن يعتمد في قراره أو يبنيه إلا على الأدلة التي قدمت أثناء المحاكمة، وتناقش فيها الخصوم بصورة علنية^(٧٠)، وهذا الحكم ينطبق على الدليل الرقمي، أي كانت صورته أو شكله، فعلى المحكمة أن تطرح الدليل على بساط البحث في الجلسة، وتجعله محلاً للمناقشة

(٧٠) انظر على سبيل المثال المادة ١٧٦ من قانون أصول المحاكمات الجزائية السوري، والمادة ٢١٥ من قانون الإجراءات الجزائية العماني، والمادة ٢١٢/٢ف من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، والمادة ٤٢٧/٢ف من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي.

بحضور الخصوم، وأن تستمع إلى أقوالهم بشأنه، قبل أن تعتمد كدليل إثبات في الدعوى المعروضة أمامها.

ولا شك أن إقرار هذا المبدأ والإلتزام به يعد من جهة أولى ضمانات مهمة من ضمانات المحاكمة العادلة، وركيزة أساسية لحق الدفاع في أثناء مرحلة المحاكمة؛ إذ يتيح الفرصة لكل طرف في الخصومة الجزائية بتقديم ما لديه من مستندات، بما فيها الأدلة الرقمية، وإطلاع الطرف الآخر عليها، ومنحه الوقت الكافي؛ لتحضير دفاعه والرد عليها^(٧١)، فضلاً عما يحققه هذا المبدأ من رقابة المحكمة الجزائية على الأعمال والإجراءات السابقة على المحاكمة، ومراقبة التقدير الذي خلصت إليه سلطة التحقيق^(٧٢)، ومن جهة ثانية يهدف مبدأ المواجهة إلى غاية أساسية تتمثل في أن يكون للدليل الرقمي أصل في أوراق الدعوى، فيكون اقتناع القاضي مبنياً على أساس من الأدلة القضائية (أي التي طرحت في الجلسة بحضور الخصوم).

وبناء على ذلك يترتب على مبدأي المواجهة والحضورية، أنه لا يجوز للقاضي أن يبني اقتناعه استناداً إلى معلوماته الشخصية، أو إلى اقتناع ورأي غيره، بل لا بد أن يكون اقتناعه مبنياً على عقيدته التي استخلصها من الأدلة التي قدمت أثناء المحاكمة وتناقش بشأنها الخصوم؛ لأنه من خلال هذه المناقشة تتضح قوة أو ضعف الأدلة، فيبني القاضي قناعته من خلال الأخذ بها أو باستبعادها^(٧٣).

(٧١) طاهري عبد المطلب: الإثبات الجزائي بالأدلة الرقمية، مرجع سابق، ص ٥٦.

(٧٢) طارق أحمد ماهر زغلول: شرح قانون الإجراءات الجزائية العماني، الجزء الثاني، المحاكمة وطرق الطعن في الأحكام، الطبعة الأولى، دار الكتاب الجامعي، ٢٠١٦م، ص ٢١١، ص ١٥٧.

(٧٣) معمش وغانم: مرجع سابق، ص ٧٤.

المطلب الثاني

الاقتناع اليقيني والجازم بالدليل الرقمي

إن مبدأ القناعة الوجدانية يخول القاضي الجزائي حرية كاملة وسلطة واسعة في تقدير الأدلة التي تطرح أمامه في الدعوى، بما فيها الأدلة الرقمية، واستخلاص اقتناعه من هذا الدليل أو ذلك، وبأية وسيلة يراها موصلة إلى الحقيقة، شرط أن يصدر القاضي حكمه عن اقتناع يقيني بالأدلة، وبخاصة الأدلة المتحصلة من الحاسب الآلي ومخرجاته الإلكترونية، فسلطة القاضي الجزائي في تقدير الأدلة مقيدة بضرورة أن يؤسس قناعته على أدلة قاطعة وحاسمة؛ لأن الأحكام الجزائية لا تبنى على الشك أو التخمين بل على الجزم واليقين^(٧٤)، والوصول إلى يقينية الدليل الرقمي يتم عن طريق ما يستنتجه القاضي بمختلف وسائل إدراكه من خلال معاينته لهذا الدليل، وما ينطبع في ذهنه من تصورات ذات درجة ثقة عالية من التوكيد عن طريق التحليل والاستنتاج والربط بين الوقائع^(٧٥).

وإذا كانت سلطة القاضي الجزائي في تقدير الدليل تتسع لتشمل الأدلة العلمية؛ إلا أن تطور العلوم وتشعب فروعها، ومقتضيات المنطق والعقل والعدالة توجب على القاضي، (وهو ذو تكوين قانوني غير قادر على إدراك الحقائق المتعلقة بأصالة الدليل الرقمي)، أن يؤسس اقتناعه بالدليل الرقمي على رأي الخبرة الفنية في هذا

(٧٤) وهذا ما أكدته محكمة النقض السورية في العديد من أحكامها؛ إذ تقول: "إن القضاء مؤسسة مهمتها الحكم بالعدل والقسط، ولا يكون ذلك إلا بالعمل على إبراز الوقائع واضحة جلية لا لبس فيها ولا غموض، تدعمها أدلة قاطعة وحاسمة لا يتطرق إليها الشك والشبهة، ولا يلتبس فيها الاحتمال، وكل دليل يحمل في طياته شكاً أو شبهة أو احتمالاً يجب أن يكون مصيره الإهمال؛ لأن في ذلك فقط يسود الحق ويقوم العدل". نقض في ١٩٦٨/٥/٢٣م، مجموعة القواعد القانونية، رقم ١٥، ص ١٤. ونقض سوري في ١٩٦٣/١٢/٢٦م و١٩٦٤/٤/٢٧م، مجموعة القواعد القانونية، رقم ١٣، ص ١٢.

(٧٥) طارق زغلول: مرجع سابق، ص ٢٢٢.

المجال^(٧٦)، فيجعل من هذا الرأي سنداً له في تمتع الدليل الرقمي بقيمة إثباتية قد تصل إلى حد اليقين، فتحديد القيمة العلمية للدليل أمر لا يملك القاضي أية سلطة في تقديرها؛ لأنها حقيقة ثابتة، وليس من اختصاصه مناقشة الأمور العلمية البحتة، وإنما هي من اختصاص ذوي الخبرة في هذا الشأن^(٧٧)، وليس للمحكمة الجزائية أن تثبت فيها من تلقاء ذاتها^(٧٨)، كما أنها لا تستطيع أن تحل نفسها محل الخبير الفني في المسائل الفنية البحتة، وعليها الاستعانة بخبير تخضع خبرته ورأيه لتقديرها^(٧٩). أما بالنسبة إلى الظروف والملابسات التي وجد فيها الدليل، فالقاضي الجزائي يستطيع أن يرفض هذا الدليل إذا تبين له أن وجوده لا يتناسب منطقياً مع ظروف الواقعة؛ لأن القاضي يتمتع بسلطة تقدير الأدلة، والتحقق من سلامة إجراءات الحصول عليها ومشروعيتها.

(٧٦) الدليل الإلكتروني وأثره في مجال نظرية الإثبات الجنائي: مرجع سابق، ص ١٨٨.

(٧٧) وهذا ما استقر عليه الاجتهاد القضائي. انظر في ذلك نقض سوري في ٣١/١١/١٩٦٤م، مجموعة القواعد القانونية، رقم ٥٢ ص ٣١، وفي ١٢/١١/١٩٦٧م، رقم ٥٣ ص ٣١، وفي نقض سوري في ٢٢/٦/١٩٧٧م، المحامون، س ٤٢، رقم ٧٥٩، ص ٥٨٣. ونقض مصري في ٢٣/٥/١٩٧٣م، مجموعة أحكام النقض، س ٢٣ ق ٢٦، ص ٩٧، وفي ٢٥/١١/١٩٨٤م، مجموعة أحكام النقض، س ٣٥ ق ١٨٥، ص ٨٢١.

(٧٨) وتأكيداً لهذا الحكم نص القرار بقانون رقم ١٦ لسنة ٢٠١٧م، بشأن الجرائم الإلكترونية الفلسطينية، في المادة ٣٨ منه على أنه لا يجوز استبعاد أي دليل ناتج عن وسيلة من وسائل تكنولوجيا المعلومات، أو أنظمة المعلومات، أو شبكات المعلومات، أو المواقع الإلكترونية، أو البيانات والمعلومات الإلكترونية، بسبب طبيعة ذلك الدليل.

(٧٩) نقض سوري، في ٣١/٢/١٩٦٥م، وفي ١٨/٦/١٩٦٤م، وفي ٢٢/٧/١٩٧٧م، السابق الإشارة إليها. ونقض جزائي مصري في ٢٣/٥/١٩٧٣م، مجموعة أحكام النقض، س ٢٣، ق ٢٦، ص ٩٧.

ويعد الرأي الغالب في الفقه المقارن أن الأدلة المستخرجة من الحاسوب تتمتع باليقين المنشود في الأحكام الجزائية، ومن ثم هي من أحسن وأفضل الأدلة^(٨٠)، باعتبارها أحد أقسام الأدلة المادية العلمية، بل أكثر منها حجبية في الإثبات؛ لأنها محكمة بقواعد علمية وحسابية قاطعة لا تقبل التأويل^(٨١). ويمكن وصول القاضي إلى اليقين في هذه الحالة من خلال ما يعرض عليه من مخرجات إلكترونية بمختلف أنواعها وأشكالها، وما ينطبع في ذهنه من تصورات واحتمالات بالنسبة إليها، وأن يحدد قوتها الاستدلالية على صدق نسبة الجريمة إلى شخص معين من عدمه^(٨٢).

وقد نصت قوانين بعض الدول على اعتبار النسخ المستخرجة من البيانات والمعلومات المخزنة في الحاسوب من أفضل الأدلة المتاحة لإثبات هذه البيانات، ومن ثم تعد من أفضل الأدلة ويتحقق مبدأ اليقين فيها^(٨٣)، واستلزام يقينية المخرجات الإلكترونية يعد ضماناً أساسية تحد من احتمال انحراف القاضي بممارسة سلطته في تقدير الأدلة، وتضفي عليها المصادقية واقترابها من الحقيقة، ومن ثم قبولها كأدلة إثبات في المواد الجزائية، فلا محل لدحض قرينة البراءة وافترض عكسها إلا عندما يصل اقتناع القاضي إلى حد الجزم واليقين، والذي يتم عن طريق ما تستنتج وسائل الإدراك المختلفة للقاضي من خلال ما يعرض عليه من مخرجات الحاسوب سواء أكانت مخرجات إلكترونية أم كانت مجرد عرض لهذه المخرجات على الشاشة

(٨٠) معمش وغانم: مرجع سابق، ص ٧٥. علي حسن الطويلة: مرجع سابق، ص ٩.

(٨١) محمد الأمين البشري: التحقيق في الجرائم المستحدثة، الرياض، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ٢٠٠٤م، ص ٢٥٠. ناصر بن محمد البقمي: أهمية الأدلة الرقمية في الإثبات الجنائي (دراسة وفق الأنظمة السعودية)، بحث منشور على موقع المنهل، ص ١٩.

انظر الرابط: <https://platform.almanhal.com>، تاريخ الدخول ١١/٧/٢٠١٨.

(٨٢) معمش وغانم: مرجع سابق، ص ٧٥، طاهري عبد المطلب: مرجع سابق، ص ٥٢. الدليل الإلكتروني وأثره في نظرية الإثبات الجنائي: مرجع سابق، ص ١٤٠ وما يليها.

(٨٣) علي حسن الطويلة: مرجع سابق، ص ٨.

الخاصة بالحاسوب أو على الطريفات، كما اشترطت بعض التشريعات، كالإيوناني والنمساوي والسويسري والنرويجي، في سبيل يقينية الدليل الجزائي أن يكون الدليل الرقمي مقروءاً، سواء أكان مطبوعاً على ورق بعد خروجه من الحاسوب أم كان مقروءاً على شاشة الحاسوب ذاته^(٨٤).

وبناء على ما تقدم نستطيع القول إن القاضي الجزائي إذا قرر صحة الدليل الرقمي، وإن استخلاصه كان متسقاً مع ظروف الواقعة وملابساتها، فإنه يستطيع بناء قناعته عليه^(٨٥)، شرط أن تتوفر الضمانات التي يستلزمها القانون لكي يأتي الاقتناع القضائي سليماً، ولكن من الواجب أن يؤسس القاضي الجزائي قناعته على جزم ويقين، مستنداً إلى حجج ثابتة وقطعية، تجعل هذا اليقين ثابتاً لا يناقضه شك أو احتمال آخر، فالدليل الرقمي من حيث إثباته للوقائع الإجرامية، تتوفر فيه شروط اليقين، ويترتب على ثبوت التهمة بلوغ الاقتناع بالإدانة درجة اليقين من جانب القاضي الجزائي؛ لأن الاقتناع ثمرة اليقين^(٨٦)، وبناء عليه يسمح الدليل الرقمي للقاضي بأن يستند إليه كدليل إثبات، ويكون الحكم الذي بني عليه حكماً سليماً وعادلاً.

^(٨٤) ميسون الحمداني: مرجع سابق، ص ٤٧-٤٨.

^(٨٥) من الجدير ذكره هنا أن الاجتهاد القضائي المصري استقر، حديثاً وفي عدد من القضايا، على الأخذ بالأدلة الرقمية والاعتراف بحجية الملفات التي يتم الحصول عليها من الوسائل الإلكترونية، متى اطمأن إليها القاضي الجزائي، ولو كانت ذات طبيعة خاصة، باعتبارها أدلة إثبات في المواد الجزائية. انظر في ذلك بهاء المري: كاميرات المراقبة والدليل الإلكتروني وحجبتها في الإثبات الجنائي، الرابط: <https://www.facebook.com> تاريخ الدخول ١٦/٩/٢٠١٨م.

^(٨٦) معمش وغانم: مرجع سابق، ص ٧٥.

الخاتمة

تناولنا في هذا البحث الدليل الرقمي، فبيننا ماهيته، والخصائص التي يتميز بها، وأنواعه والأشكال التي يظهر بها، كما عرضنا لمدى الحجية التي يتمتع بها كدليل إثبات أمام القضاء الجزائي، وقد خلصنا إلى بعض النتائج نبيها، ثم نردفها بالتوصيات التي نراها ملحة.

أولاً- النتائج:

١- الدليل الرقمي عبارة عن مجموعة من المجالات أو النبضات المغناطيسية أو الكهربائية تجمع وتحلل باستخدام برامج وتطبيقات تقنية خاصة، وتظهر في شكل صور أو تسجيلات صوتية أو مرئية، يُقدّم إلى القضاء؛ لإثبات الجريمة أو لتقرير الإدانة أو البراءة.

٢- يتميز الدليل الرقمي بثلاث خصائص رئيسية، هي أنه دليل غير ملموس، وأنه دليل علمي تقني، وأنه يصعب التخلص منه، وهذه الخصائص أكسبته طبيعة خاصة، وجعلت له أهمية كبيرة وأفضلية في الإثبات الجزائي.

٣- يمتاز الدليل الرقمي بإمكانية نسخه مرات عديدة منه، وإمكانية كشف أي تعديل له أو تلاعب فيه، والسرعة الفائقة في الانتقال من مكان إلى آخر والسعة التخزينية العالية.

٤- للأدلة الرقمية أنواع متنوعة منها ما أعد ليكون دليل إثبات، ومنها ما لم يعد لهذه الغاية، ومنها ما ينتجه الحاسوب أو يتدخل الفرد في تكوينها.

٥- يمكن للدليل الرقمي أن يظهر في شكل صور رقمية، أو محررات إلكترونية، أو تسجيلات صوتية.

٦- يحتل الدليل الرقمي دوره في الإثبات الجزائي، متى تم، كان وليد إجراءات صحيحة، وحفظ بصورته الأصلية، وبشكل يضمن عدم تعرضه لأي عبث أو تلف، وثبتت سلامة الحاسوب الذي استمد منه الدليل، وتم حفظ مخرجاته في بيئة مناسبة.

٧- إن مكونات الحاسوب المعنوية تصلح محلاً للتفتيش والضبط؛ نظراً لإمكانية إسباغ الصفة المادية عليها، من جهة أنها تقاس بوحدات قياس خاصة، وأنها تشغل

حيزاً مادياً في ذاكرة الحاسوب، وإعمالاً لغاية المُشَرِّع من إجازة التفتيش، وهي تمكين السلطات المختصة من البحث عن أشياء تفيد في كشف الحقيقة سواء أكان موضعها شيئاً مادياً أم معنوياً.

٨- يتمتع الدليل الرقمي بحجية في الإثبات الجزائي، ما دام القاضي أطلع عليه الخصوم وأتاح لهم مناقشته تفصيلاً، وتوصل إلى اقتناع يقيني وجازم بصحته، وأنه حاز على القيمة العلمية التي قررها ذو الاختصاص والخبرة.

٩- إن الاتجاه الحديث في التشريع والفقهاء المقارن يعد المعلومات المخزنة في الحاسوب ومخرجاته من أفضل الأدلة المتاحة للإثبات، وتتمتع باليقين المتطلب في الإثبات الجزائي.

ثانياً- التوصيات:

بناء على ما توصلنا إليه من نتائج نوصي بالآتي:

١- النص صراحة في قوانين الإجراءات الجزائية أو التشريعات الخاصة بالجرائم الإلكترونية على اعتبار الأدلة الرقمية من الأدلة المعتمدة للإثبات، والاعتراف لها بالحجية أمام القاضي الجزائي، وكذلك على الشروط والإجراءات الضرورية التي تكفل صحة الدليل الرقمي ومطابقته للأصل.

٢- العمل على إعداد الخبرات الفنية المتخصصة واستخدام الوسائل العلمية الحديثة في مجال التحقيق الجزائي الإلكتروني، وتخصيص ضابطة قضائية، من ذوي التأهيل والإعداد العلمي والفني، للبحث والتحري في الجرائم المعلوماتية والأدلة الرقمية.

٣- توعية المؤسسات والأفراد من مستخدمي الإنترنت والحاسب الآلي، وبخاصة المصارف والمراكز العلمية المهمة، بضرورة اتخاذ وسائل الحماية المناسبة لأنظمتهم وبياناتهم المعلوماتية، وتغيير وترقية نظم الحماية بصورة مستمرة.

٤- التعاون والتنسيق المستمر بين أجهزة العدالة ومزودي خدمة الاتصالات وشبكة الإنترنت، سواء بتقديم جميع المعلومات التي تساعد في كشف الحقيقة أم باتخاذ التدابير كافة للحفاظ على الأدلة الجنائية الرقمية.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً- باللغة العربية:

- ١) إلهام شهرزاد روابح: الدليل الرقمي بين مشروعية الإثبات وانتهاك الخصوصية المعلوماتية، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد العاشر. د.ت.
- ٢) بهاء المري: كاميرات المراقبة والدليل الإلكتروني وحجبتها في الإثبات الجنائي، <https://www.facebook.com> انظر الرابط:
- ٣) جاسم خريبط خلف: صعوبات الدليل الجنائي في الجرائم المعلوماتية، مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية، جامعة ذي قار، السنة ٢٠١٦م، العدد ١٢.
- ٤) حسين رجب محمد مخلف الزيدي: قواعد الترجيح بين أدلة الإثبات المتعارضة في الدعوى، الجزء الأول، الرابط: <http://almerja.com>
- ٥) الدليل الإلكتروني وأثره في مجال نظرية الإثبات الجنائي - دراسة مقارنة، بحث منشور على موقع كلية القانون جامعة كربلاء، ص ٢٩، انظر الرابط: <http://law.uokerbala.edu.iq>
- ٦) راضية سلام عدنان: مشروعية الدليل الإلكتروني، كلية الحقوق جامعة النهريين، د.ت.
- ٧) زهية معمش ونسيمة غانم: الإثبات الجنائي في الجرائم المعلوماتية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، ٢٠١٢م - ٢٠١٣م.
- ٨) سعيد موقوش: الجريمة الإلكترونية وأزمة الشرعية الإجرائية، جامعة ابن زهر، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، انظر الرابط: <http://fsjes-agadir.info>
- ٩) سهى عريقات: الطبيعة القانونية للدليل الإلكتروني في مجال الإثبات الجنائي، كلية الحقوق بجامعة القدس، د.ت.
- ١٠) طارق أحمد ماهر زغلول: شرح قانون الإجراءات الجزائية العماني، الجزء الثاني، المحاكمة وطرق الطعن في الأحكام، الطبعة الأولى، دار الكتاب الجامعي، ٢٠١٦م.

- ١١) طارق الجملي: الدليل الرقمي في مجال الإثبات الجزائي، ورقة عمل مقدمة للمؤتمر المغاربي الأول حول المعلوماتية والقانون المنعقد في الفترة من ٢٨-٢٩/١٠/٢٠٠٩م، الذي نظّمته أكاديمية الدراسات العليا، طرابلس.
- ١٢) طارق الخن: الجريمة المعلوماتية، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، ٢٠١٠-٢٠١١م.
- ١٣) طاهري عبد المطلب: الإثبات الجنائي بالأدلة الرقمية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة المسيلة، ٢٠١٤-٢٠١٥م.
- ١٤) عبد الفتاح بيومي حجازي: مبادئ الإجراءات الجزائية في جرائم الكمبيوتر والإنترنت، مصر، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٧م.
- ١٥) عبد الناصر محمد محمود فرغلي، محمد عبيد سيف سعيد المسماري: الإثبات الجزائي بالأدلة الرقمية من الناحيتين القانونية والفنية، دراسة تطبيقية مقارنة، المؤتمر العربي الأول لعلوم الأدلة الجزائية والطب الشرعي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض ٢-٤/١١/١٤٢٨هـ.
- ١٦) عمر محمد أبوبكر بن يونس: الجرائم الناشئة عن استخدام الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤م.
- ١٧) عمر محمد بن يونس: الدليل الرقمي، الطبعة الأولى، مصر، ٢٠٠٧م.
- ١٨) محمد الأمين البشري: التحقيق في الجرائم المستحدثة، الرياض، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ٢٠٠٤م.
- ١٩) موسى مسعود أرحومة: الإشكالات الإجرائية التي تنبئها الجريمة المعلوماتية عبر الوطنية، بحث مقدم إلى المؤتمر المغاربي الأول حول: المعلوماتية والقانون، الذي نظّمته أكاديمية الدراسات العليا - طرابلس - خلال الفترة ٢٨-٢٩/١٠/٢٠٠٩م.
- ٢٠) مركز هردو لدعم التعبير الرقمي: الجريمة الإلكترونية وحجية الدليل الرقمي في الإثبات الجزائي، ص ٢٣، انظر الرابط: <http://hrdoegypt.org>
- ٢١) مفتاح بوبكر المطردي: الجريمة الإلكترونية والتغلب على تحدياتها، المؤتمر الثالث لرؤساء المحاكم العليا في الدول العربية بجمهورية السودان المنعقد في الفترة ٢٣-٢٥/٩/٢٠١٢م.

٢٢) ممدوح عبد المجيد عبد المطلب: استخدام بروتوكول TCP/IP في بحث وتحقيق الجرائم على الكمبيوتر، بحث منشور على الشبكة، انظر الرابط:

<https://www.f-law.net>

٢٣) منى كامل: التحقيق الجنائي في الجرائم الإلكترونية، بحث قانوني منشور على الشبكة، انظر الرابط:

<https://amday55.blogspot.com>

٢٤) ميسون خلف حمد الحمداني: مشروعية الأدلة الإلكترونية في الإثبات الجنائي، مجلة كلية القانون، جامعة النهدين، ٢٠١٦م.

٢٥) موسى مسعود أرحومة: الإشكالات الإجرائية التي تثيرها الجريمة المعلوماتية عبر الوطنية، بحث مقدم إلى المؤتمر المغاربي الأول حول: المعلوماتية والقانون، الذي نظمته أكاديمية الدراسات العليا - طرابلس، خلال الفترة ٢٨-٢٩/١٠/٢٠٠٩م.

٢٦) ناصر بن محمد البقمي: أهمية الأدلة الرقمية في الإثبات الجنائي (دراسة وفق الأنظمة السعودية)، بحث منشور على موقع المنهل. انظر الرابط:

<https://platform.almanhal.com>

٢٧) يوسف مومني: طرق إثبات الجريمة المعلوماتية، استخدام بروتوكول TCP/IP في بحث وتحقيق الجرائم على الكمبيوتر، انظر الرابط:

<http://www.lawjo.net>

ثانياً- باللغة الأجنبية:

- 1) Casey, Eoghan (2004), Digital Evidence and Computer Crime, Second Edition, Elsevier. ISBN 0-12-163104-4.
- 2) Myriam Quémener, Les spécificités juridiques de la preuve numérique (1), AJ Pénal 2014.
- 3) Xesús Pérez López, La géolocalisation et la preuve pénale (1), AJ Pénal 2014.

معالم الحضارة في علم أصول الفقه

الدكتور/ هاني كمال جعفر*

الملخص:

هذا البحث محاولة لإظهار جوانب من معالم الحضارات في أصول الفقه، إذ إن معرفة الحكم الشرعي لما يُستجد من حوادث ووقائع لم يرد بخصوصها نص، ولم يتكلم عنها الفقهاء السابقون؛ لعدم وجودها في عصرهم، تجعل أصول الفقه ثروة منهجية قيّمة تؤدي بالعقل إلى حل إشكالية تنأهي النصوص وتوالي الوقائع.

إن أصول الفقه يمكن وصفه بـ [نموذج الفكر الإسلامي الأعلى] المعبر عن روح الحضارة الدينية؛ وذلك لدورانه حول نصوص التشريع، ومن ثم أحسب الموضوع ذا أهمية من جهتين؛ الأولى: أنه يتعرض بالأصالة لنوع النظام المعرفي الذي ينبغي أن يحكم حياتنا، ومدى كفاءة هذا النظام وكفايته (أصول الفقه)، والثانية: أنه يتعرّض لغاية حياتية، كثر فيها الحوار، وعقدت لها المجامع والندوات، وصدرت بشأنها التآليف والمقالات، وسُجلت فيها الإنجازات (الحضارة).

الكلمات المفتاحية: الفكر الإسلامي الأعلى - أداة فهم التشريع - أصول الفقه والمنهج الفكري - المنهج العلمي الإسلامي - منهج التعامل مع النص الشرعي.

*مدرس أصول الفقه والتشريع الإسلامي - كلية الحقوق - جامعة الزقازيق.



Milestones of Civilization in the Principles of Fiqh

Dr. Hany Kamal Gaafar

Abstract:

This research is an attempt to show aspects of the features of civilization in the fundamentals of jurisprudence. The knowledge of the Islamic ruling on the occurrence of incidents and facts that have not been mentioned in the text, and did not talk about the former jurists because of their absence in their time, make the assets of jurisprudence valuable methodological wealth lead to reason to solve problematic texts and the sequence of events.

The origins of fiqh can be described as [the model of higher islamic thought] expressed in the spirit of religious civilization. This is due to its rotation around the texts of the legislation. Therefore, I consider the subject to be important in two ways. First, it deals with the kind of knowledge system that should govern our lives, The system and its adequacy (Usool al-Fiqh). The second is that it is exposed to life, where there is a lot of dialogue, and the meetings and symposia were held for them.

I have been keen to look at the features of civilization in the fundamentals of jurisprudence intellectually and socially; and in this inventory face; that civilization lies in the righteous thought, and the orderly meeting of human life.

Keywords: Higher Islamic Thought - Understand the Legislation - Origins of Jurisprudence and Intellectual Approach - Islamic Scientific Method - Method of Dealing with the Legitimate Text.

المقدمة

الحمدُ لله رب العالمين، الرحمن الرحيم، مالك يوم الدين، وأصلي وأسلمُ على إمام حضارة العالمين، نبيِّنا محمدٍ الأمين، على نحوِ صلاة الله والملائكة وعباده المؤمنين.

أما بعد، فقد تقرر أن أصول الفقه من أجلِّ علوم الشريعة؛ إذ به يُتوصَّل إلى معرفة أدلتها، وكيفية استثمارها لكشف الأحكام الشرعية منها، ولولاه لم يثبت من الشريعة قليل ولا كثير؛ فإن كل حكم شرعي لا بُدَّ له من سبب موضوع ودليل يدل عليه وعلى سببه، فإذا ألغينا أصول الفقه ألغينا الأدلة، فلا يبقى لنا حكمٌ ولا سبب؛ فإن إثبات الشرع بغير أدلته وقواعدها بمجرد الهوى خلافُ الإجماع^(١)، ومن هنا تبرز فائدته، وأنه بمنزلة المقدمات لبيان مراد الله ورسوله.

قضية البحث:

هذا البحث محاولةٌ لإظهار جوانبٍ من معالم الحضارات في أصول الفقه؛ فالأحكام الشرعية -وهي من مباحث الأصول- خطابات الله المتعلقة بأفعال المكلفين، خطاباتٌ حضاريةٌ؛ لأنها عامة لا تقتصر على فئة أو طائفة بعينها، ومن ثم فحضارتها في كونها تحتوي أوامر ونواهي إلهية، متى التزمها المكلفون سعدوا في الدنيا والآخرة، وتلك حضارة ظاهرة عند من يتأملها؛ لأنها من حكيمة حميد. وعندي أن أول معلمٍ حضاريٍّ سبق إليه أصول الفقه: أنه أداة لفهم القرآن الكريم، منبع الحضارات؛ ففهم القرآن واستنباط ما فيه من أحكام سبيلها الوصول إلى التحضُّر لابد له من أدوات، من هذه الأدوات: أصول الفقه؛ باعتبار أن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب؛ فقول الله تعالى: ﴿اسْتَجِيبُوا لِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ إِذَا دَعَاكُمْ لِمَا يُحْيِيكُمْ﴾ [الأنفال: ٢٤] مع قوله: ﴿فَلَوْلَا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَائِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ﴾ [التوبة: ١٢٢].

وقوله: ﴿لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ﴾ [النساء: ٨٣] دلالةٌ على أن الإحياء يكون بالنفقة في الدين واستنباط أحكامه، وهو عين الحضارة.

(١) نفائس الأصول في شرح المحصول - للقرافي ١ / ١٠٠.

ومن كان متبحراً في الأدلة الشرعية أمكنه أن يستدل على غالب الأحكام بالنصوص والأقيسة^(٢)، ولم يحتج معها إلى تكلف في الرأي أو استحداث أدلة لم يعتبرها الشارع، وهذا المعنى طاف حوله الإمام الشافعي رحمه الله في صدر رسالته حين قال: "ليست تنزل بأحد من أهل دين الله نازلة إلا وفي كتاب الله الدليل على سبيل الهدى فيها"^(٣)، فهو - رحمه الله - يشير إلى مركزية القرآن الكريم في تقرير الأحكام؛ ذلك أن النازلة تكتسب حكمها من كتاب الله بتتبعه على خصوصها، أو بإلحاقها به، أو باندراجها في مدلوله، أو بدليل آخر دل النص على اعتباره، ومن ثم تمكن استساغة هذا التقرير: العلم بدلائل الوحي يعصم من الزيغ، وهذا وجه حضاري مفيد.

إن معرفة الحكم الشرعي لما يُستجد من حوادث ووقائع لم يرد بخصوصها نص، ولم يتكلم عنها الفقهاء السابقون؛ لعدم وجودها في عصرهم، تجعل أصول الفقه ثروة منهجية قيمة تؤدي بالعقل إلى حل إشكالية تنتهي النصوص وتوالي الوقائع، يقول الإمام الرازي رحمه الله: "معرفة حكم الله تعالى في الوقائع النازلة بالمكلفين واجبة، ولا طريق إلى تحصيلها إلا بهذا العلم ... وإنما قلنا: إنه لا طريق إلى معرفة حكم الله تعالى إلا بهذا العلم؛ لأن المكلف إما أن يكون عامياً أو لا يكون، فإن كان عامياً ففرضه السؤال؛ لقوله: ﴿فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾ [النحل: ٤٣، والأنبياء: ٧]، وإن كان عالماً فالعالم لا يمكنه أن يعرف حكم الله تعالى إلا بطريق؛ لانعقاد الإجماع على أن الحكم بمجرد التشهي غير جائز، ولا معنى لأصول الفقه إلا تلك الطرق، فثبت أنه لا سبيل إلى معرفة حكم الله تعالى إلا بأصول الفقه"^(٤).

الدوافع والمسوغات:

وقد دعنتني إلى بحث معالم الحضارات في أصول الفقه أموراً، منها: أنني وجدت إنزال العلوم على الواقع فيه إظهاراً لقيمتها وبياناً لفائدتها، وعلم أصول الفقه جامع لأسرار الشريعة - حيث البحث في أدلة أحكامها - لا بد من إظهار أهميته بصورة

(٢) ينظر: مجموع الفتاوى - لابن تيمية ١٩ / ٢٨٩.

(٣) الرسالة - للإمام الشافعي، ص ١٩.

(٤) المحصول ١ / ١٧٠.

واقعية، وأني انتبهُتُ لكلمةٍ قالها الإمام الغزالي: "كلُّ علم لا يستولي الطالب في ابتداء نظره على مجامعه ولا مبانيه، فلا مطمع له في الظفر بأسراره ومباغيه"^(٥)، وأني غرْتُ على تخصصٍ كأصول الفقه قضيتُ في دراسته فترة ليست قصيرة، وأني قرأت ثلاثة مراجع كانت بالنسبة لي نقطة الانطلاق، الأول: بحثُ عالم البلاغة الأستاذ الدكتور/ محمد أبي موسى، الموسومُ: (مناهج علمائنا في بناء المعرفة)، وكانت لتفاعل قراءتي معه نتائجُ منها: حديثُه -وهو بلاغيٌّ- عن رسالة إمامنا الشافعي رضي الله عنه، وأنها قامت على الاستنباط من القرآن والأخبار، وكشفت عن تفاعل العقل مع النقل، وبالتالي فهي دالة على منهجٍ فذٍّ في التفكير، وتنبئُه إلى ضرورة معرفة كيفية الاستنباط، وتلمُّس عِلل الأحكام والكشف عنها، ونبذه الاقتصارَ على حرفية النصوص^(٦)، والتمسكُ في نقل العلم بما سطره العلماء وترديده دون ما فهم أو انفعال، ووصفُه قراءة إسماعيل بن يحيى للرسالة خمسمائة مرة أنها تجريبية عجيبة.

الثاني: كتاب: (مناهج البحث عند مفكري الإسلام)، لأستاذ الفلسفة الدكتور/ علي سامي النشار، وقد أهدتُ منه: وصفَه أصول الفقه بـ [نموذج الفكر الإسلامي الأعلى] المعبر عن روح الحضارة الإسلامية؛ وذلك لدورانه حول نصوص القرآن والسنة، وتقريره أن منهج البحث الإسلامي موجود لدى علماء أصول الفقه، واعترافه أن للإمام الشافعي الفضل الذي لا ينكر في وضع المنهج الفقهي الحضاري، المتمثل في القانون الكلي المرجوع إليه في معرفة دلائل الشريعة، ومراتبها، وكيفية معارضاتها وترجيحاتها، والمسمى: علم أصول الفقه، وتصريحه أن أستاذه الشيخ/ مصطفى عبد الرازق -رحمهما الله- كان يرى أن المنهج الإسلامي المعرفي الحق ينبغي تلمسه في علمين: أصول الفقه والكلام.

والثالث: كتاب (نشأة الفكر الفلسفي في الإسلام) له أيضاً، ومن لطائفه: أنه اعتبر أصول الفقه بالنسبة إلى الفقيه منهجاً منطقياً مقابلاً لمنهج الفيلسوف ومنطقه.

(٥) مقدمة المستنصفي.

(٦) قلت: هو عين ما قاله القرافي رحمه الله: "الجمود على المنقولات أبداً ضلالٌ في الدين، وجهلٌ بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين" الفروق ١/١٧٧.

وصوبت نظري تجاه الإنجازات، وحديث الإنشاءات، فألفت أصول الفقه ثروة معرفية بل من روافد الحضارة للإنسانية.

هذه أمورٌ دفعنتي إلى تقديم محاولة أُبين فيها حاكمية هذا العلم، وهيمنتته على سائر علوم الشرع، فليس كما قد يظن نظريات جامدة ليس لها أي مدلول واقعي، بل إنه يُسهم في التحضر الإنساني؛ فمن زاول علم أصول الفقه وفقه ما اشتمل عليه من الضوابط والقواعد، جزم بأن جميع الاستنباطات العقلية التي وصلت عقول أهالي الأمم (المتمدنة) إليها، وجعلوها أساساً لوضع قوانين تمدنهم وأحكامهم، قل أن تخرج عنه؛ فما يسمى عند الأمم الإسلامية: أصول الفقه، يسمى عند غيرها: الحقوق الطبيعية، أو النواميس الفطرية^(٧).

أهمية الموضوع:

ومن ثم أحسب الموضوع ذا أهمية من جهتين؛ الأولى: أنه يتعرض بالأصالة لنوع النظام المعرفي الذي ينبغي أن يحكم حياتنا، ومدى كفاءة هذا النظام وكفايته (أصول الفقه). والثانية: أنه يتعرض لغاية حياتية، كثر فيها الحوار، وعقدت لها المجامع والندوات، وصدرت بشأنها التآليف والمقالات، وسجلت فيها الإنجازات (الحضارة).

الدراسات السابقة:

على أنني لم أجد -في حدود اطلاعي- من أسهم فيه، أو نادى إليه.

مقاصد البحث وغاياته:

ولقد حرصتُ أن أبحث معالم الحضارات في أصول الفقه من جانب فكري، واجتماعي؛ ولي في هذا الحصر وجهة؛ أن الحضارة تكمن أولاً في الفكر المستقيم، والاجتماع المنظم للحياة البشرية.

(٧) ينظر: المرشد الأمين للبنات والبنين - لرفاعة الطهطاوي، ص ٢٦٧ و٢٦٨.

قلت: وثم مناسبة بين تسمية أصول الفقه بالحقوق الطبيعية أو النواميس الفطرية؛ ذلك أن أصول الفقه باعتباره يبحث في أدلة الشريعة، وما الحقوق والناواميس إلا مبنوثة فيها؛ ضرورة نصب الدليل على المقال، فكان أصول الفقه مظهرًا لها وكاشفًا عنها من هذه الجهة.

فكان موضوع البحث: [معالم الحضارة في أصول الفقه]، وجعلته ذا معلمين وخاتمة؛ فأما المعلم الأول: فصرفت عنايتي فيه لبيان الحضارة الأصولية الفكرية، وأما المعلم الثاني: فعكفت على استنباط حضارة علم الأصول الاجتماعية، وأما الخاتمة: فسأذكر فيها أهم نتائج البحث وتوصياته ومقترحاته. تلك إذا نظرة مجملة عن معالم بحث الحضارات الأصولية، والله أسأله الإخلاص والقبول، ولا حول ولا قوة إلا بالله، يقول الحق وهو يهدي السبيل.

مبحث تمهيدي في بيان مصطلحات عنوان البحث

المطلب الأول: المقصود بالمعالم.

المطلب الثاني: المقصود بالحضارة.

المطلب الأول المقصود بالمعالم

أرشدت مراجع اللغة إلى أن (المعالم) جمعُ (معلم)، والعرب أطلقته على معان، بتحصيلها ألفتها أربعة:

الأول: أثر الشيء الذي يتميز به عن غيره. ومن ذلك: (العلامة)، يقال: علّمتُ على الشيء علامةً: إذا جعلته متميزاً عن غيره. ويقال: أعلم الفارس: إذا كانت له علامة في الحرب^(٨). ومنه خبر رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: «يُحَسِّرُ النَّاسُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ عَلَى أَرْضٍ بَيْضَاءَ عَفْرَاءَ، كَقُرْصَةِ نَقِيٍّ» قَالَ سَهْلٌ أَوْ غَيْرُهُ: «لَيْسَ فِيهَا مَعْلَمٌ لِأَحَدٍ»^(٩).

(٨) تنظر مادة (علم) في: العين / ١٥٣ - باب العين واللام والميم، ومقاييس اللغة ٤/ ١٠٩-١١٠، كتاب العين.

(٩) أخرجه الإمام البخاري ٨/ ١٠٩ - برقم ٦٥٢١.

الثاني: خلاف المَجْهَل، وعليه: فكل جنس من الخلق هو في نفسه مَعْلَمٌ، أي: غير مجهول^(١٠).

الثالث: موضعُ ومكانُ الاجتماعِ، ومنه: سمي مؤسِم الحج مَوْسِمًا؛ لأنه مَعْلَمٌ، أي: موضعٌ يُجتمِع فيه^(١١).

الرابع: الدليل وما يُستدل به، فمعالم الدين، ومعالم الطريق: دلالتهما^(١٢).
قلت: تحصّل لـ (المعالم) في لغة العرب أربعة معانٍ، ومن ثمّ معالم الحضارة في أصول الفقه: آثارها، والعلم بها، ومواضعها، ودلائلها.

أما المقصود بـ (المعالم) اصطلاحًا: فلم أجد -فيما وُفِّقت للرجوع إليه - من اصطلاح على تحديد المراد بهذا اللفظ، رُغم استعماله وتداوله بين طوائف العلماء قديمًا وحديثًا.

والذي يظهر والله أعلم أن جهة المعنى الاصطلاحي لا تنتفك عن جهة المعنى اللغوي، فالاتفاق بين العلماء على هذا حاصل، حيث إطلاقهم لفظ (معالم) على أسماء مؤلفاتهم، على اختلافها زمنًا وموضوعًا؛ فثم: (المعالم) في السنن للخطابي، و(معالم التنزيل) في التفسير للبخاري، و(المعالم) في أصول الفقه للرازي. لذا أجد نفسي مطمئنة لتعريف (المعالم) اصطلاحًا بأنها: الشيء الذي يستدل به على وجود غيره.

(١٠) تنظر مادة (علم) في: مقاييس اللغة ٤/١٠٩ - ١١٠، كتاب العين.

(١١) ينظر: العين ٧/٣٢٢.

(١٢) تنظر مادة (علم): جمهرة اللغة ٢/٩٤٨، وتاج العروس ٣٣/١٣٢.

المطلب الثاني المقصود بالحضارة

أفاد العالمون بالعربية أن لفظ (حضارة) يرجع إلى جذر لغوي مؤلف من ثلاثة حروف: الحاء والضاد والراء (حضر)، وهو يعني: إيراد الشيء، ووروده ومشاهدته. و(الحضر): خلاف البدو. والحضارة: سكون الحضر والإقامة فيه^(١٣).

و(الحضارة) أيضا: خلاف البادية، سميت بذلك لأن أهلها حضروا الأمصار ومساكن الديار التي يكون لهم بها قرار^(١٤). قال ابن منظور: الحاضر: المقيم في المدن والقرى، وكذلك المقيم على الماء يقال له: حاضر^(١٥). ويمكن أن يوجّه كلامُ ابن منظور رحمه الله بأن الإقامة تقتضي الاستقرار وال عمران، والسواحل والشطآن خليقة بذلك.

أما (الحضارة) في الاصطلاح الشرعي: فهي من الكلمات التي حظيت بالبحوث الواسعة المستفيضة، وقد نشأت أول الأمر بسيطة تعني: حياة أهل الحضر المترفة المستقرة على البلدان والأمصار، وضاف الأنهر، وما تتسم به هذه الحياة من رقي مادي ومعنوي يتسع ليشمل الأخلاق، والعادات، والطباع، والعقائد، وال عمران، والسياسة، وغيرها. والمعروف أن حياة الحضر مستقرة، تساعد على ازدهار العلم والمعرفة، وتعين على إنشاء العمران، وهذه هي عناصر قيام الحضارة.

وضدها: (البداءة)؛ وتعني: حياة أهل البدو المتنقلة، المقتصرة على الضروري من سبل العيش، والتي تسكن الخيام، وترعى الماشية والأغنام، وما تستتبعه من فظاظة الخلق، وجفوة الطباع، وقد وصف ابن خلدون تلك الحياة بالخشونة والبعد عن منازع الحضارة^(١٦).

(١٣) تنظر مادة (حضر) في: الصحاح ٢/٦٣٣، ومقاييس اللغة ٢/٧٥، ومجمل اللغة ١/٢٤٠، ولسان العرب ٤/١٩٧، والقاموس المحيط، ص ٣٧٦.

(١٤) تنظر مادة (حضر) في: المحكم والمحيط الأعظم ٣/١٢٢.

(١٥) تنظر مادة (حضر) في: لسان العرب، حرف الراء، فصل الحاء ٤/١٩٧.

(١٦) ينظر: مقدمة ابن خلدون ١/٢٤٤ - ٢٤٧ وقيم حضارية في القرآن الكريم، د. توفيق محمد سبع، ط/ مجمع البحوث الإسلامية، ص ١٤-١٦.

وفي حديثٍ لرسول الله - صلى الله عليه وسلم - : "لَا يَبِيعُ حَاضِرٌ لِبَادٍ"^(١٧) نهى عن تعامل الحضري مع البدوي بالبيع؛ لما فيه من احتمال الغش، ووقوع الدخل والخديعة، ودليل على مقابلة لفظ الحضارة لفظ البدوة^(١٨).

وتمت لطيفة راقية لي: وهي أنه على قدر اتصال الخلق بالفطرة السوية والتقوى، يكون التحضر في ازدياد، فكلما تمسكوا بالفطرة حققوا نصيباً كبيراً من الحضارة، وبفقد بعدهم عن الفطرة يكون الضلال عن منهج الحياة فضلاً عن الحضارة.

يقول ابن خلدون رحمه الله "النفس إذا كانت على الفطرة الأولى كانت متهيئة لقبول ما يرد عليها وينطبع فيها من خير أو شر، قال - صلى الله عليه وسلم - : (كل مولود يولد على الفطرة، فأبواه يهودانه أو ينصرّانه أو يمجّسانه)^(١٩)... أهل الحضرة لكثرة ما يعانون من فنون الملاذ وعوائد الترف والإقبال على الدنيا والعكوف على شهواتهم منها، قد تلونت أنفسهم بكثير من مذمومات الخلق والشر، وبعدت عليهم طرق الخير ومسالكه بقدر ما حصل لهم من ذلك... وأهل البدو وإن كانوا مقبلين على الدنيا مثلهم، إلا أنه في المقدار الضروري في الترف، ولا في شيء من أسباب الشهوات واللذات ودواعيها، فعوائدهم بالنسبة إلى أهل الحضرة أقل بكثير، فهم أقرب إلى الفطرة الأولى، وقد يتوضح فيما بعد أن الحضارة هي نهاية العمران وخروجه إلى الفساد ونهاية الشر والبعد عن الخير، فقد تبين أن أهل البدو أقرب إلى الخير من أهل الحضرة، والله يحب المتقين"^(٢٠).

والذي يظهر أن إنباءه بإفساد الحضارة العمران إذا ما ابتعد أهل العمران عن المنهج الإلهي، كما إذا كانت الحضارة مادية محضة آخذة في الترف إلى حد بعيد، فإن هذا اللون قلما يزدهر وسرعان ما ينتحر، أما عندما تقوم الحضارة على دعائم من الروح والمادة معاً، فإنها تدعم العمران، وتوسع قاعدته، وتنتشر العلم في آفاقه،

(١٧) أخرجه الإمام البخاري في مواضع، منها: ١٩١/٣ - برقم ٢٧٢٣، والإمام مسلم ١٠٣٣/٢ - برقم ١٤١٣.

(١٨) ينظر: قيم حضارية في القرآن الكريم، د. توفيق محمد سبع، ط/ مجمع البحوث الإسلامية، سنة، ص ٢١.

(١٩) أخرجه الإمام البخاري ١٠٠/٢ - برقم ١٣٨٥، والإمام مسلم ٢٠٤٧/٤ - برقم ٢٦٥٨.

(٢٠) مقدمة ابن خلدون ٢٤٨/١.

والفضائل في ربوعه. وأراه قد أصاب؛ لأنه استند إلى حديث القرآن عن مصارع الظالمين الذي قال الله فيهم: ﴿إِنَّهُمْ كَانُوا قَبْلَ ذَلِكَ مُتْرَفِينَ﴾ [الواقعة: ٤٥]، وقوله فيمن أعرضوا: ﴿مَتَّعْنَهُمْ وَأَبَاءَهُمْ حَتَّى نَسُوا الذِّكْرَ وَكَانُوا قَوْمًا بُورًا﴾ [الفرقان: ١٨]، فالآيتان تؤكدان أن الترف مؤد بالضرورة إلى الأغلال، وصارف للقلب عن ذكر الله، وكفى به للحياة دماراً^(٢١).

والجدير بالذكر أن الإسلام هو منبع الحضارات وتاجها؛ وأحسب أن ذلك عائد إلى أصل وحدة تكوين الإنسان، ووحدة مهمته التي من أجلها خلق، فالناس جميعا خالقهم واحد، وكلهم لآدم وهو من تراب، وجميعهم ورثوا بالفطرة مسؤولية أمانة الاستخلاف في الأرض، ﴿إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً﴾ [البقرة: ٣٠]، وجميعهم جاء خلقهم وتكوينهم مؤهلا لمهمة الاستخلاف، ﴿رَبَّنَا الَّذِي أَعْطَى كُلَّ شَيْءٍ خَلْقَهُ ثُمَّ هَدَىٰ﴾ [طه: ٥٠]^(٢٢).

إن الحضارة المادة والروح معا؛ وإذا استعرضنا حضارات السابقين، كحضارة سبأ - مثلاً - نجدها تمثلت في وجود مادي ملموس؛ حيث البساتين النضرة، ذات الأفياء والظلال، فهما جنتان عن يمين وشمال، قد تجلت فيهما دقة التنسيق وجودة الثمار، ويتأمل يسير نرى أن القوم قد حققوا جانبا واحدا من الحضارة وهو الجانب المادي، أما الجانب الروحي المتمثل في شكرهم نعمة الله عز وجل فقد ذهلوا عنه وأهملوه، ومحال أن تنهض حضارة على جانب واحد.

وكذا الحال في حضارة عاد، فقد تمثلت في النحت والبناء والعمارة وإقامة المصانع، قال تعالى: ﴿أَلَمْ تَرَ كَيْفَ فَعَلَ رَبُّكَ بِعَادٍ إِرْمَ ذَاتِ الْعِمَادِ الَّتِي لَمْ يُخْلَقْ مِثْلُهَا فِي الْبِلَادِ﴾ [الفجر: ٦-٨]، ﴿وَتَتَّخِذُونَ مَصَانِعَ لَعَلَّكُمْ تَخْلُدُونَ﴾ [الشعراء: ١٢٦]، ولما أعرضت أرواحهم عن الله ﴿فَصَبَّ عَلَيْهِمْ رَبُّكَ سَوْطَ عَذَابٍ﴾ [الفجر: ١٣].

(٢١) ينظر: قيم حضارية في القرآن الكريم، د. توفيق محمد سبع، ط/ مجمع البحوث الإسلامية، ص ٢٥-٢٦.

(٢٢) ينظر: الإسلام وحوار الحضارات، ١٣٠/٢ - ١٣١.

وأما ثمود فحضارتهم كذلك كانت في بناء القصور وإقامة المساكن والبيوت ونحتها، قال الله تعالى: ﴿ وَثَمُودَ الَّذِينَ جَابُوا الصَّخْرَ بِالْوَادِ ﴾ [الفجر: ٩]، ﴿ وَبَوَّأَكُمْ فِي الْأَرْضِ نَتَّخِذُونَ مِنْ سَهُولِهَا قُصُورًا وَتَنْحِتُونَ الْجِبَالَ بُيُوتًا ﴾ [الأعراف: ٧٤]، وأهملت هي الأخرى جانب الروح، ﴿ فَأَخَذْتَهُمُ الرَّجْفَةُ فَأَصْبَحُوا فِي دَارِهِمْ جَاثِمِينَ ﴾ [الأعراف: ٧٨] (٢٣).

ولقد حققت الحضارة العربية الإسلامية للبشرية جمعاء كثيرا من وسائل التقدم وعوامل الترقى، ويكفي شاهدا لذلك: ما أبدعه الفكر العربي الإسلامي من مفاهيم ونظريات تناولت أهم معضلات هذا العصر؛ فلم يحدث في تاريخ الحضارات القديمة والحديثة، أن تألق الفكر الحضاري وبلغ أوج عظمته ما بلغه الفكر العربي الإسلامي، الذي شمل جميع نواحي الحياة ومستجداتها (٢٤).

وأخلص إلى أن مفهوم الحضارة: كل عمل أو إنتاج تتمثل فيه الخصائص الإنسانية الفكرية والوجدانية والسلوكية، أي: كل ما ينشئه الإنسان عقلا، وخلقا، ومادة، وروحا، دنيا، ودين (٢٥)، وبتحديد الحضارة بهذا المفهوم تعتبر الفلسفة والعلم والدين والأدب والأخلاق من جوانب الحضارة، **والمجتمع الحضاري** إذا: هو ما له هذه الجوانب، **والإنسان الحضاري:** هو الذي له إنتاج في أي من هذه الجوانب، **والشعب المتحضر:** هو الذي يتضح الطابع الإنساني وخصائص الإنسانية في علاقة أفرادها، وفي موقفه وسلوكه من الشعوب والمجموعات البشرية الأخرى.

وهنا يمكن أن يقال: إن الإنسان قد يصنع الحضارة، ولكنه نفسه قد يكون غير حضاري، أو غير متحضر؛ أعني: إذا لم يتأثر بالحضارة سلوكيا، وهو ما يجعل الدين بالأصالة دليلا على التحضر؛ ذلك أن الدين يعكس السلوك على العمل (٢٦).

(٢٣) ينظر: قيم حضارية في القرآن الكريم ص ٣٤-٣٨، والإسلام وحوار الحضارات، ١٣٦/٢ - ١٤٠.

(٢٤) ينظر: معالم الحضارة العربية الإسلامية، للأستاذ/ سليم طه التكريتي، ص ١٧٨، بحث منشور بمجلة الأقاليم العراقية، عام ١٩٦٦م.

(٢٥) ينظر: الإسلام والحضارة العربية، د. محمد محمد حسين، ص ٦.

(٢٦) ينظر: الدين والحضارة الإنسانية، د. محمد البهي، ملحق مجلة الأزهر، عدد ربيع الأول ١٤٣٧ هـ - ديسمبر ٢٠١٥م، ص ٧، وص ٢٣-٢٥، وروح الحضارة والثقافة الإسلامية، للعلامة==

المعلم الأول الحضارة الفكرية في أصول الفقه

مدخل في اتصال أصول الفقه بالفكر:

علتُ همّتي لدراسة هذا المعلم الحضاري الأصولي، لما وجدت أحد الفلاسفة المعاصرين^(٢٧) قد هاله - وهالني - ادعاء فئة من علماء أوروبا أن الحضارة الإسلامية لم تكن سوى صورة مشوهة لحضارة اليونان، بل جسر عبرت عليه نحو أوروبا، الأمر الذي يقضي أن الحضارة الإسلامية ذيل لحضارة اليونان، فحث على دعوة أستاذه الشيخ/ مصطفى عبد الرزاق - رحمهما الله - إلى الإفادة من أصول الفقه على نحو فلسفي، حتى استطاع أن يوجه تفكير عدد من الباحثين إلى دراسة الفكر الإسلامي في إطار منهج عال رائده أصول الفقه؛ ذلك أنه يعد نموذج الفكر الإسلامي الأعلى - على حد تعبيره- والنموذج الوحيد المعبر عن روح الحضارة الإسلامية، وكيف لا وعماد وظيفته فهم نصوص الوحيين (الكتاب والسنة)؟ فأحرى به أن يكون " اتجاه العقل العلمي الذي لا يكاد يعنى بالجزئيات والفروع... بل يعنى بضبط الاستدلالات التفصيلية بأصول تجمعها، وذلك هو النظر الفلسفي"^(٢٨).

والقراءة المتأنية لصفحات الحقب الإنسانية، والحضارات المختلفة في الشرق والغرب، تبين أنها ازدهرت عندما تم تغيير الأنفس والآفاق، مصداقاً لقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ لَا يُغَيِّرُ مَا بِقَوْمٍ حَتَّى يُغَيِّرُوا مَا بِأَنْفُسِهِمْ﴾، [الرعد: ١٢]، والسبيل لتغيير الأنفس مهمة تلقى على عاتق النخب الفكرية والثقافية؛ من أجل البحث عن الوجهة الصحيحة لمعالجة مشكلة التخلف العلمي والأدبي والحضاري، وأصول الفقه هو أبرز هذه العلوم، التي أسهمت في تشييد صرح الرؤية العلمية والحضارية للأمة الوسط؛ لما يقدمه من آليات وأدوات معرفية، ومنهجية الخطاب الشرعي وإدراك مقاصده

==محمد الفاضل بن عاشور، ملحق مجلة الأزهر، عدد شعبان ١٤٣٣هـ، ص ٦٨ - وارتفاق الكون في التحضر الإسلامي، د. عبد المجيد عمر النجار، بحث منشور بمجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، الكويت، العدد الثلاثون، شعبان ١٤٧١هـ، ١٩٩٦م، ص ٩٢.
(٢٧) هو الدكتور/ علي سامي النشار - أستاذ الفلسفة الإسلامية بكلية الآداب، في جامعة الإسكندرية. ينظر كتابه: نشأة الفكر الفلسفي في الإسلام، ص ٧.
(٢٨) تمهيد لتاريخ الفلسفة الإسلامية، ص ٢٣٠، ونشأة الفكر الفلسفي في الإسلام ١/٤٧.

ومراميه، والسعي إلى إيجاد أنجح القنوات والسبل لتنزيله على واقع الأفراد والجماعات والأمم.

لقد تضافر فقه الاستنباط بين أهل العلم الأوائل، فلم يكن علم استنباط الأحكام ومقايسة الأمور والاجتهاد في المسائل أمراً جديداً على الصحابة رضوان الله عليهم، والقرون الثلاثة الأولى، بل انطلق هذا المنظور عندهم من زمن النبوة، إذ أقر النبي - صلى الله عليه وسلم - معاذاً على اجتهاد رأيه فيما لم يجد فيه نصاً عن الله ورسوله حين قال: "أجتهد رأيي ولا آلو"^(٢٩) وكان إحاق النظر بالنظر، ومقايسة الأمور بالتعليل في عرف القوم، أمراً يألّفونه في جميع النوازل دون استتلاف أو تعنيف^(٣٠).

وقد عرض ابن القيم - رحمه الله - نماذج من اجتهاد هؤلاء الصحابة فقال: "قد كان أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يجتهدون في النوازل، ويقيسون بعض الأحكام على بعض، ويعتبرون النظر بنظيره"^(٣١).

(٢٩) أخرجه الإمام أحمد في المسند ٤١٧/٣٦ - برقم ٢٢١٠١.

(٣٠) تشهد لذلك حادثة بني قريظة حين قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لأصحابه يوم الأحزاب: «لا يصلين أحد العصر إلا في بني قريظة» فأدركهم وقت العصر في الطريق، فقال بعضهم: لا نصلي حتى نأتيها، وقال آخرون: بل نصلي ولم يرد منا ذلك، فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فلم يعنف واحدة من الطائفتين.

فالطائفة الأولى: تمسكت بالنص فلم يصل في الطريق؛ امتثالاً لأمر النبي - صلى الله عليه وسلم -، والطائفة الأخرى: اجتهدت رأياً وتخوفت فوات الصلاة، فصلت في الطريق في وقتها، ثم أدركت النبي - صلى الله عليه وسلم -، ولم يعنف أحداً منهما للاجتهاد المسوغ، ولعل الطائفة الثانية أصوب من التمسك بالظاهر.

قال ابن القيم - رحمه الله -: "كل من الفريقين مأجور بقصده إلا أن من صلى حاز الفضيلتين امتثال الأمر في الإسراع وامتثال الأمر في المحافظة على الوقت ولا سيما ما في هذه الصلاة بعينها من الحث على المحافظة عليها وأن من فاتته حبط عمله وإنما لم يعنف الذين أخروها لقيام عذرهم في التمسك بظاهر الأمر ولأنهم اجتهدوا فأخروا لامتنالهم الأمر لكنهم لم يصلوا إلى أن يكون اجتهادهم أصوب من اجتهاد الطائفة الأخرى". ينظر: زاد المعاد ١٢٠/٣، وفتح الباري لابن حجر ٤١٠/٧.

(٣١) أعلام الموقعين عن رب العالمين ١/ ١٥٥.

وقال المزني رحمه الله: "الفقهاء من عصر رسول الله -صلى الله عليه وسلم- إلى يومنا وهم جزءاً، استعملوا المقاييس في الفقه في جميع الأحكام في أمر دينهم، وأجمعوا بأن نظير الحق حق، ونظير الباطل باطل؛ فلا يجوز لأحد إنكار القياس؛ لأنه التشبيه بالأمر والتمثيل عليها"^(٣٢).

لقد كان أصول الفقه بالنسبة إلى للمسلمين قانون التشريع وفلسفته يحرر عقولهم من الجمود، ويعززها على التفكير والاجتهاد، يقول إمام الحرمين الجويني: " نحن نعلم قطعاً أن الوقائع التي جرت فيها فتاوى علماء الصحابة وأقضيتهم، تزيد على المنصوصات زيادة لا يحصرها عد ولا يحويها حد، فإنهم كانوا قايسين في قريب من مئة سنة، والوقائع تترى، والنفوس إلى البحث متطلعة، وما سكتوا عن واقعة صائرين إلى أنه لا نص فيها، والآيات والأخبار المشتملة على الأحكام نصاً وظاهراً، بالإضافة إلى الأقضية والفتاوى كغرفة من بحر لا ينزف، وعلى قطع نعلم أنهم ما كانوا يحكمون بكل ما يعن لهم من غير ضبط وربط، وملاحظة قواعد متبعة عندهم، وقد تواتر من شيمهم أنهم كانوا يطلبون حكم الواقعة من كتاب الله تعالى، فإن لم يصادفوه، فنشوا في سنن رسول الله - صلى الله عليه وسلم -، فإن لم يجدوها، اجتهدوا ورجعوا إلى الرأي"^(٣٣).

يتضح من هذا أن فقه الاجتهاد أو الاستنباط القائم على الفكر، كان موجوداً من الزمن المبكر في عصر النبوة والخلفاء الراشدين رضوان الله عليهم، وهو الذي يشكل أسس الفكر الأصولي العلمية والمنهجية.

إذا تحقق ذلك فإن حضارة أمر ما تعني: الوصول إلى قمة النجاح فيه، والإتيان به على نحو فريد لم يسبق أحد إليه، وإن من الحضارة الفكرية في أصول الفقه: التوصل إلى الحكم الشرعي الذي إذا حصله المكلف اتصل بربه مصدر التحضر، وإنتاج الحكم الشرعي من مهمة أصول الفقه.

(٣٢) جامع بيان العلم وفضله ٢ / ٨٧٢ - فقرة رقم ١٦٤٨.

(٣٣) البرهان في أصول الفقه - ١٣/٢. وينظر: الفكر الأصولي، دراسة تحليلية نقدية - عبد الوهاب إبراهيم، ص ٢٨.

يقول الإمام الغزالي: "علم أنك إذا فهمت أن نظر الأصولي في وجوه دلالة الأدلة السمعية على الأحكام الشرعية، لم يخف عليك أن المقصود معرفة كيفية اقتباس الأحكام من الأدلة"^(٣٤).

وقد صرح الصفي الهندي أن مهمة أصول الفقه: "معرفة الأحكام الشرعية التي بها انتظام المصالح الدينية والدنيوية"^(٣٥) وهل الحضارة تعدو ذلك؟ إن أخطر آفة تصيب العقل الناظر في نصوص الشريعة هي الغلو في الإفراط؛ كالأخذ بالعزائم في مواضع الرخص، أو التفريط كالتحلل من الدين بالكلية، وماء نماء هذه الآفة هو الجهل بمناهج الفهم والتفكير، ولقد كادت الأمة الإسلامية أن تبلى بها؛ إذ دخل في الإسلام أمم كانت لهم ديانات أخرى، فبدأت طائفة منهم تنظر في النصوص من غير منهج مدون أو فكر مستقيم، وما لبثوا حتى تقطن الإمام الشافعي - رضي الله عنه -، وقد عاش عمراً من حياته العلمية في العراق، وما استتبعه ذلك العيش من وجود طوائف عديدة تمكنت من إذاعة مذهبها غير المعتمد على الكتاب والسنة^(٣٦)، فاضطر - رحمه الله - إلى أن يؤلف في أصول الفقه، جامعاً قواعد الفهم ومنهج التفكير^(٣٧).

من معالم الحضارة الفكرية في أصول الفقه (حاكمية أصول الفقه على العلوم الاجتماعية))

يُعد أصول الفقه المنهج الأساس للعلوم الإسلامية؛ ذلك أنه بواسطته تُضبط التكاليف الشرعية، وينظم الاستمداد من الوحي، ولما كانت العلوم الإسلامية قاطبة آخذة في الإفادة من نصوص الوحيين؛ بغية الهدى إلى الرشاد، فإن جميعها آيلة إلى منهج فكري مستقيم رائده أصول الفقه، هذه دعوى أقيم الدلائل عليها فيما يأتي:

^(٣٤) المستصفي، ص ٧.

^(٣٥) نهاية الوصول ١/٢٧.

^(٣٦) ينظر: جماع العلم - ص ٤، وفيه رد الإمام الشافعي على طائفتين، إحداهما: ترى الاستغناء بالقرآن عن السنة، والأخرى: اكتفت بحجية السنة المتواترة دون ما عداها.

^(٣٧) ينظر: إسهام علم أصول الفقه في تعزيز قيم الوسطية - ص ١.

أصول الفقه والمنهج الفكري^(٣٨):

منهج البحث الذي سلكه الصحابة والسلف من بعدهم لفهم كتاب الله وسنة رسوله - صلى الله عليه وسلم -، هو ما يسمى: أصول الفقه ومناهج الاستنباط، وما القواعد الأصولية التي دونها الأصوليون إلا استقراءً لسلوك الصحابة والتابعين للمنهج نفسه، يقول إمام الحرمين - رحمه الله -: "أما الفن المترجم بأصول الفقه، فحاصله: نظم ما وجدنا من سيرهم، وضم ما بلغنا من خبرهم، وجمع ما انتهى إلينا من نظرهم، وتتبع ما سمعنا من عبرهم، ولو كانوا عكسوا الترتيب لاتبعناهم"^(٣٩)، رضي الله عنهم.

ولقد أنكر مؤرخو المنطق وعلم مناهج البحث أن يكون للمسلمين سبق في المنهج العلمي، فما هم إلا تابعو المنهج القياسي اليوناني، أو بمعنى أدق: اتخذوا المنطق "الأرسططاليسي" منهجاً لأبحاثهم، فهو آلة الفكر، وعاصم الذهن من الزلل!! وثم تساؤل يثار: ما حظ الفكر الإسلامي من مناهج البحث العلمي؟ أو: ما منهج الحضارة الإسلامية الذي سار عليه علماءؤها ومفكروها؟ وتلزم الإجابة عنه في السطور الآتية:-

إن من أهم خصائص المنهج العلمي للمسلمين أنه يعتمد على الإدراك والتأمل، ولا يقدر في هذا استعمالهم القياس في منهج العلم؛ ذلك أن القياس الأصولي يختلف عن قياس أرسطو، فما هو إلا: حركة فكرية تنقل العقل من حكم كلي إلى أحكام جزئية، أو من حكم عام إلى آخر خاص، أما القياس الأصولي: فينقل العقل من حالة جزئية إلى أخرى جزئية؛ لوجود جامع بينهما، بواسطة تحقيق علمي دقيق.

(٣٨) المنهج في اللسان العربي يعني: الطريق الواضح، كما في قولنا: نهج الأمر، أي: أوضحه، ويعني أيضاً: الانقطاع، يقال: أتانا فلان ينهج، أي: منقطع النفس. معجم مقاييس اللغة ٧٦١/٥.
وعرفه العلماء المعاصرون بأنه: التنظيم الصحيح لأفكار عدة؛ بغية كشف الحقيقة أو البرهنة عليها.
أزمة البحث العلمي - د. عبد الفتاح خضر، ص ١٢.
(٣٩) غياث الأمم، ص ٤٠٦.

بل إن علماء الإسلام عدوا القياس موصلاً إلى اليقين، إذا كان مصدرُ أصله الكتاب^(٤٠)، بينما (التمثيل) الأرسططاليسي يوصل إلى الظن فحسب، فضلاً عن أن قياسهم راجع إلى نوع من الاستقراء العلمي الدقيق القائم على قانونين: (العلية) أي: إن لكل معلول علة، و(الاطراد) أي: وقوع الحوادث، فثمت إذاً نظام في الأشياء واطراد في وقوع الحوادث، وهو ما يخالف تماماً القياس الأرسططاليسي.

بل إن قياس الأصول حتى يتحقق لابد له من أركان أربعة: أصل، وفرع، وعلة مشتركة، وحكم، وهو ما يجعل القياس عملية دقيقة، ويزيد في المنهجية العلمية، على خلاف الحال التي عليها قياس أرسطو؛ حال تعاقب حادثتين إحداهما بعد الأخرى^(٤١).

ومعلوم قطعاً أن للإمام الشافعي -رضي الله عنه- في وضع المنهج الحضاري الأصولي فضلاً لا ينكر يقول الرازي رحمه الله مُخبراً: "الناس كانوا قبل الإمام الشافعي يتكلمون في مسائل أصول الفقه، ويستدلون ويعترضون، ولكن ما كان لهم قانون كلي مرجوع إليه في معرفة دلائل الشريعة، وفي كيفية معروضاتها وترجيحاتها، فاستنبط الشافعي علم أصول الفقه، ووضع للخلق قانوناً كلياً يرجع إليه في معرفة مراتب أدلة الشرع، فثبت أن نسبة الشافعي إلى علم الشرع كنسبة أرسطاطاليس إلى علم العقل"^(٤٢).

من ثم لا نجد غرابة حين نجد الإمام الشافعي يضع ضوابط التفكير العلمي، ويتحدث عن شرط العلم بكتاب الله تعالى قائلاً: "الواجب على العالمين أن لا يقولوا إلا من حيث علموا، وقد تكلم في العلم من لو أمسك عن بعض ما تكلم فيه منه لكان الإمساك أولى به، وأقرب من السلامة له إن شاء الله"^(٤٣)، أو حين نراه يوجب على

(٤٠) قال أبو بكر الجصاص رحمه الله: "القياس مما قد دل عليه الكتاب، وهو غير خارج عنه؛ لأنه معلوم أنه - قلت: يعني الله تعالى - لم يرد الإخبار عن حكم كل حادثة نصاً في الكتاب، وإنما المراد نصاً ودليلاً، فلم يكن القول بالقياس خارجاً عن حكم الكتاب، وكذلك قوله تعالى: {اتبعوا ما أنزل إليكم من ربكم} [الأعراف: ٣]؛ لأن القياس من موجب ما أنزل إلينا" ١. هـ من أصول الجصاص ٨٣/٤.

(٤١) ينظر: مناهج البحث ص ٨٦، ونشأة الفكر الفلسفي ٤١/١.

(٤٢) مناقب الشافعي، ص ١٥٧.

(٤٣) الرسالة، ص ٣٤.

العالم ألا يقول إلا من جهة العلم؛ ذلك أن الوصول إلى المعرفة والنتائج المتوخاة من غير مقدمات استدلالية، يعد خلافاً معرفياً، قال رضي الله عنه: "من تكلف ما جهل، وما لم تثبته معرفته، كانت موافقته للصواب - إن وافقه من حيث لا يعرفه - غير محمودة، والله أعلم، وكان بخطئه غير معذور" (٤٤).

وقد ذكر الدكتور/ النشار - رحمه الله - أن العقل الإنساني لا يستطيع أن يفكر أو يستدل، من غير أن يكون له منهج فكري أو استدلال، فالمنهج هو طريق البحث عن الحقيقة في أي علم من العلوم، أو أي نطاق معرفي، ومن ثم فمنهج البحث هو المعبر عن روح الحضارة لأمة من الأمم، فحيث توجد حضارة يوجد منهج، وما يميز حضارة عن أخرى هي مناهجها، وأن منهج البحث الإسلامي موجود لدى علماء أصول الفقه، بل إن أصول الفقه [نموذج الفكر الإسلامي الأعلى] المعبر عن روح الحضارة الإسلامية؛ وذلك لدورانه حول نصوص القرآن والسنة.

وكان أستاذه الشيخ/ مصطفى عبد الرزاق - رحمه الله - (وهو فيلسوف مسلم) يرى أن المنهج الإسلامي الحق ينبغي تلمسه في علمين أصيلين، هما: (علم أصول الفقه وعلم الكلام)، وجاء تلميذه الدكتور/ النشار ليكشف عن منهجية أصول الفقه، وأنه منهج الفقيه ومنطقه، بل يعد مقابلاً لمنهج الفيلسوف ومنطقه؛ فلقد كان علماً معتاداً به منذ أن وضع بعض الصحابة قواعده، وليقرر أن المسلمين أنتجوا تفكيراً منطقياً جديداً، أظهرها به المنهج التجريبي الذي عرفته أوروبا بعد ذلك، وسارت في ضوئه إلى حضارتها الحديثة (٤٥).

ويأتي الدكتور/ علي جمعة ليبرهن على منهجية أصول الفقه، فيصرح أنه منهج التعامل مع النص الشرعي، ففي تعريفه عند البيضاوي مثلاً: معرفة دلائل الفقه إجمالاً، وكيفية الاستفادة منها، وحال المستفيد (٤٦)، ويمكن استخلاص أركان ذلك المنهج، من حيث إنه يحرص على معرفة: (مصادر البحث، طرق البحث، شروط

(٤٤) الرسالة، ص ٥٠.

(٤٥) ينظر: نشأة الفكر الفلسفي في الإسلام، ١/٣٥ و٣٦ و٥٤، ومناهج البحث عند مفكري الإسلام ص ٧ و٧٩.

(٤٦) منهاج الوصول، ص ١٨.

الباحث)، وهي الأركان المنطقية لأي منهج في البحث العلمي، البعيد عن الخرافة والذاتية، فمنهج البحث هو الباعث على التفكير المنطقي لمريد الوصول إلى الحق، وأصول الفقه سبيل إلى ذلك؛ إذ إنه يقوم على فهم ما تقوم به الحجج الشرعية من القرآن والسنة، ويشتمل على الإجراءات اللازمة للتعامل مع نصوصهما^(٤٧).

يمتاز منهج أصول الفقه الفكري بطابع الإلزام، ويدل على ذلك: حديث جابر وابن عباس - رضي الله عنهما - في الرجل الذي أفتاه أصحابه بوجوب الغسل بدل التيمم، وكان قد أصابته شجة برأسه ونام فاحتلم، فبلغ ذلك النبي - صلى الله عليه وسلم - فقال: "قتلوه! قتلهم الله، ألا سألوا إذا لم يعلموا، فإنما شفاء العي السؤال"^(٤٨)، وإلزام المنهج الأصولي هنا: في إنكار رسول الله عليه الصلاة والسلام على هؤلاء الصحابة الذين أفتوا عن جهل، فكان خروجاً منهم عن منهج الاجتهاد. يقول ابن تيمية - رحمه الله -: "إن هؤلاء أخطأوا بغير اجتهاد؛ إذ لم يكونوا من أهل العلم"^(٤٩)، ومن هنا يتبين معلم الإلزام في المنهج الفكري الأصولي.

وما ابتعدت شقة الخلاف بين الناس إلا من الغفلة عن قواعد المنهج الأصولي الفكري، الضابط للرأي والنظر، ولو حكمنا المنهج ما كان خلافتنا إلا نافعاً، وما تفرقتنا التفرقة المذموم الذي يضرب بنسب إلى التعصب والميل إلى هوى النفس^(٥٠).

أصول الفقه والفلسفة:

لم يخلُ علم الأصول من أثر الفلسفة، وقد أشار إلى ذلك ابن خلدون - رحمه الله -، وجعل علم الخلافات والجدل فرعين لعلم الأصول^(٥١)، وهما علمان لا ينكر صلتهم بالمنطق منكر، بل جعل طاش كبرى زاده فروع أصول الفقه أربعة: (علم النظر، أي: المنطق، وعلم المناظرة، وعلم الجدل، وعلم الخلاف)^(٥٢)، وكل هذه العلوم

(٤٧) ينظر: أصول الفقه وعلاقته بالفلسفة الإسلامية، ص ٧.

(٤٨) أخرجه غير واحد من المحدثين، منهم: الدارقطني ٣٤٩/١ - برقم ٧٢٩.

(٤٩) رفع الملام عن الأئمة الأعلام، ص ٤١.

(٥٠) ينظر: منهج البحث في العلوم الإسلامية - د. الزوادي قوميدي، ص ٢٧٩.

(٥١) ينظر: المقدمة ١٩٩/٢.

(٥٢) ينظر: مفتاح السعادة / ٥٥٥.

عقلية فلسفية؛ وكونها فروعاً لأصول الفقه دليل على مبلغ اصطباغ أصول الفقه بالصبغة الفلسفية^(٥٣).

ويشتمل أصول الفقه - فلسفياً - على بيان الإجراءات اللازمة لفهم النص الشرعي وتنزيله على الواقع البشري، فالحكم الشرعي - مثلاً - هو خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين بالافتضاء، أو التخيير، أو الوضع^(٥٤)، وله أقسام تشمل الواقع البشري، فمنه: (واجب، ومندوب، ومباح، ومكروه، وحرام)، ومصدر الحكم الشرعي هو الأدلة الإجمالية، فهذه إجراءات تمثل أصول الفلسفة الإسلامية^(٥٥).

أصول الفقه واللغة:

بدأ الإمام الشافعي - رضي الله عنه - رسالته ب: كيف البيان؟ وهو سؤال لغوي محض، يدل على تأثر أصول الفقه باللغة، وضرورة حصول الاتحاد بينهما، وتحدث - رضي الله عنه - عن أمية الشريعة في كثير من أساليب القرآن الكريم، والتي منها قوله تعالى: ﴿فَمَنْ تَمَنَّعَ بِالْعُمْرَةِ إِلَى الْحَجِّ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامًا ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ وَسَبْعَةٍ إِذَا رَجَعْتُمْ تِلْكَ عَشْرَةٌ كَامِلَةٌ ذَلِكَ لِمَنْ لَمْ يَكُنْ أَهْلُهُ حَاضِرِي الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ﴾ [البقرة: ١٩٦]، ويبيّن أن أصول الفقه عن الله ورسوله يقتضي أن يكون بلغة خطاب مفهومة؛ وهذا ما أفادته هذه الآية؛ إذ اقتضت أن صوم الثلاثة في الحج والسبع في الرجوع عشرة أيام كاملة، فقوله تعالى: ﴿تِلْكَ عَشْرَةٌ كَامِلَةٌ﴾ احتمل أن يكون زيادة في التبيين، واحتمل أن يكون أعلمهم أن (ثلاثة) إذا جمعت إلى (سبع)، كانت (عشرة كاملة).

ومنها قوله تعالى: ﴿وَوَاعَدْنَا مُوسَى ثَلَاثِينَ لَيْلَةً وَأَتَمَمْنَاهَا بِعَشْرِ فِتْمٍ مِيقَاتُ رَبِّهِ أَرْبَعِينَ لَيْلَةً﴾ [الأعراف: ١٤٢]، الذي أفاد أن (ثلاثين) و(عشرا) أربعون؛ إذ إن قوله: (أربعين ليلة) يحتمل أن تكون، إذا جمعت (ثلاثون) إلى (عشر)، كانت (أربعين)، وأن تكون زيادة في التبيين.

^(٥٣) ينظر: تمهيد لتاريخ الفلسفة الإسلامية ص ٧٥-٧٦.

^(٥٤) المحصول للرازي ١/٨٩.

^(٥٥) ينظر: علم أصول الفقه وعلاقته بالفلسفة الإسلامية - د. علي جمعة، ص ١١.

ومنها قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ أَيَّامًا مَعْدُودَاتٍ فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ [البقرة: ١٨٣ - ١٨٤]، مع قوله: ﴿شَهْرُ رَمَضَانَ الَّذِي أُنزِلَ فِيهِ الْقُرْآنُ هُدًى لِلنَّاسِ وَبَيِّنَاتٍ مِنَ الْهُدَى وَالْفُرْقَانِ فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ وَمَنْ كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ [البقرة: ١٨٥]، يفيدان افتراض الصوم عليهم، ثم بينت الآية الثانية أن رمضان شهر، والشهر عندهم ما بين الهالين، وهو قد يكون ثلاثين، وتسعاً وعشرين، فدللت الآيتان على تبيين جماع العدد^(٥٦).

إن لغة الخطاب الأصولي تعالج مشكلة الفهم عن الله ورسوله - صلى الله عليه وسلم -، ولذا أكد الشافعي - رحمه الله - ضرورة أن تتحمل لغة الخطاب معاني البيئة المخاطبة، وسياقاتها الاجتماعية، وخصوصياتها النفسية، قال - رحمه الله -: "فإنما خاطب الله بكتابه العرب بلسانها، على ما تعرف من معانيها، وكان مما تعرف من معانيها: اتساع لسانها"^(٥٧)، فالارتباط الوثيق بين القصد الإفهامي والقصد التكليفي من ضرورات لغة الخطاب الأصولي.

والبحث اللغوي يمثل أهم أعمدة بناء أصول الفقه، والتوسع في معرفة اللسان هو أحد الركائز الرئيسة لفهم إجماليات الدلائل واستنباط أحكامها، وتوضح العلاقة بين الأصول واللغة، إذا علمنا أن موضوع أصول الفقه هو الأدلة الشرعية الكلية من حيث ما يثبت بها من الأحكام الكلية، والأحكام الشرعية من حيث ثبوتها بالأدلة، وهذه الأدلة والأحكام مدارها على أصلين أساسيين هما: القرآن الكريم وأحاديث الرسول - صلى الله عليه وسلم -، والقرآن الكريم أنزله الله سبحانه وتعالى بلسان عربي مبين، وبهذا اللسان نطق الرسول مشرعاً عن طريق السنة، وبدون معرفة اللغة العربية والإلمام بقواعدها والإحاطة بأساليب العرب في كلامها، لا يمكن التوصل إلى معرفة معاني القرآن الكريم والسنة النبوية معرفة كاملة، فضلاً عن الوقوف على دلالات الألفاظ ومقاصدها واستنباط الأحكام منها.

(٥٦) الرسالة، ص ٢٦.

(٥٧) الرسالة، ص ٥٠.

ولقد أكد هذه الحقيقة الإمام تاج الدين السبكي - رحمه الله - وهو يتحدث في شروط المجتهد حيث قال: "واعلم أن كمال رتبة الاجتهاد يتوقف على ثلاثة أشياء، أحدها: التأليف في العلوم التي يتهدب بها الذهن؛ كالعربية وأصول الفقه، وما يحتاج إليه من العلوم العقلية في صيانة الذهن عن الخطأ، بحيث تصير هذه العلوم ملكة الشخص، فإذا ذاك يثق بفهمه لدلالات الألفاظ من حيث هي، وتحريره: تصحيح الأدلة من فاسدها، والذي نشير إليه من العربية وأصول الفقه كانت الصحابة أعلم به منا من غير تعلم، وغاية المتعلم أن يصل إلى بعض فهمهم، وقد يخطئ أو يصيب"^(٥٨). كما قرر اللغويون أن سبب الخطأ في الشريعة، وعدم إدراك معاني الوحي، إنما يرجع إلى ضعف الاهتمام باللغة العربية، والقصور عن امتلاك ناصيتها، يقول ابن جني - رحمه الله - : "إن أكثر من ضل من أهل الشريعة عن القصد فيها، وحاد عن الطريقة المثلى إليها، فإن ما استهواه واستخلف حلمه: ضعفه في هذه اللغة الكريمة الشريفة"^(٥٩)، فالذي لا يعرف اللغة لا يستطيع استخراج الأحكام واستنباطها من القرآن الكريم والسنة النبوية.

من ثم فإن الأصوليين فاقوا النحاة واللغويين في استنباطهم المعاني الدقيقة التي تحملها الألفاظ، والتي لا يستطيع أن يدركها إلا الأصولي، يقول الإمام السبكي رحمه الله: "إن الأصوليين يتعرضون لأشياء لم يتعرض لها أهل اللغة"^(٦٠).

وقال: "فإن قلت: قد عظمت أصول الفقه، وهل هو إلا نبذ جمعت من علوم متفرقة؛ نبذة من النحو، وهي الكلام في معاني الحروف التي يحتاج إليها الفقيه؟ قلت: ليس كذلك؛ فإن الأصوليين دققوا في فهم أشياء من كلام العرب لم يصل إليها النحاة ولا اللغويون، فإن كلام العرب متسع جداً، والنظر فيه متشعب، فكتب اللغة تضبط الألفاظ ومعانيها الظاهرة، دون المعاني الدقيقة التي تحتاج إلى نظر الأصولي، واستقراء زائد على استقراء اللغوي، مثاله: دلالة صيغة "افعل" على الوجوب، و"لا

(٥٨) ينظر: الإبهاج في شرح المنهاج ٨/١.

(٥٩) الخصائص - ٢٤٨/٣.

(٦٠) الإبهاج ٢١/١.

تفعل" على التحريم، وكون "كل وأخواتها للعموم"، فلو فتشت كتب اللغة، لم تجد فيها شيئاً من ذلك غالباً^(٦١).

أصول الفقه والتفسير:

أشار ابن جزى الغرناطي - رحمه الله - في تفسيره إلى أن الكلام على القرآن يستدعي الكلام في أصول الفقه، وأن المفسرين قد أغفلوا أصول الفقه في قواعد التفسير، قال - رحمه الله -: " أما أصول الفقه فإنها من أدوات تفسير القرآن، على أن كثيراً من المفسرين لم يشتغلوا بها، وإنما لنعم العون على فهم المعاني وترجيح الأقوال، وما أحوج المفسر إلى معرفة النص، والظاهر، والمجمل، والمبين، والعام، والخاص، والمطلق، والمقيد، وفحوى الخطاب، ولحن الخطاب، ودليل الخطاب، وشروط النسخ، ووجوه التعارض، وأسباب الخلاف، وغير ذلك من علم الأصول"^(٦٢). ومن هذه الوجهة بسط ابن عاشور - رحمه الله - القول في أهمية علم الأصول في التفسير، وذلك من جهتين، الأولى: أنه علمٌ قد أودعت فيه مسائل كثيرة هي من طرق استعمال العرب وفهم موارد اللغة، وقد أهملها اللغويون أنفسهم، كمسائل الفحوى، والمفاهيم، والثانية: أنه علم يضبط قواعد الاستنباط، وهي للمفسر أكثر احتياجاً. وبهاتين الجهتين يمتد أصول الفقه كأداة معينة على تفسير كتاب الله، بل يمتد إلى تفسير أغلب النصوص على الإطلاق^(٦٣).

ولنضرب مثلاً للوظيفة التفسيرية لعلم الأصول بقاعدة: "حمل المطلق على المقيد"، فمن المطلق: خبر أبي هريرة - رضي الله عنه - : «مَا أَسْقَلَ مِنَ الْكَعْبَيْنِ مِنَ الْإِزَارِ فِي النَّارِ»^(٦٤)، ومن المقيد: خبر عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : «مَنْ جَرَّ ثَوْبَهُ خِيَلَاءَ، لَمْ يَنْظُرِ اللَّهُ إِلَيْهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ»^(٦٥)، فثبت بأصول الفقه أن مناط التحريم هو البطر والخيلاء، فلو اتخذت

(٦١) الإيهاج ٧/١.

(٦٢) التسهيل لعلوم التنزيل ١/٥ و١٨٠.

(٦٣) ينظر: التحرير والتنوير ١/٢٦.

(٦٤) أخرجه الإمام البخاري ١٤١/٧٤ - برقم ٥٧٨٧.

(٦٥) أخرجه الإمام البخاري ٦/٥ - برقم ٣٦٦٥.

هذه القاعدة من قواعد علم الأصول منهجاً في تفسير الأخبار والترجيح بينها، لما وقع تعارضُ البتة.

أصول الفقه والطب:

تفاعل الأطباء مع قول الله تعالى: ﴿ فِيهِ شِفَاءٌ لِلنَّاسِ ﴾ [النحل: ٦٩]، وأدركوا أن العسل ليس شفاءً من كل الداءات، وهو ما قرره الأصوليون قبل؛ حيث أفادوا أن كلمة ﴿ شِفَاءٌ ﴾ أنت منكرة، لكنها لم تقع في سياق النفي أو النهي حتى تفيد عموماً، على هذا اتفاق أرباب المذاهب الأربعة^(٦٦)، وهو منسوب إلى عامة أهل العلم.

كما تفاعلوا مع قول الله تعالى: ﴿ وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَدْنَىٰ فَاعْتَرَلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ وَلَا تَقْرُبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ ﴾ [البقرة: ٢٢٢]، وقرروا أن نهى القرآن الكريم عن إتيان النساء وهن حيض أمر معجز؛ من حيث ما أثبتته البحث الطبي والدراسات المعنية أن الدم الذي تفرزه المرأة في الحيض فاسد وملوث بـ(الميكروبات)، فإذا ما حدثت مباشرة أدت إلى احتباس هذا الدم الملوث وعدم نزوله، وهو ما يضر بالمرأة والرجل على السواء، فضلاً عن أن مقاومة (المهبل) لغزو (البكتيريا) تكون في أدنى مستواها أثناء الحيض؛ إذ يقل إفراز (المهبل) (الحامض) الذي يقتل (الميكروبات)، ولو سلم الرجل من هذا الأذى لا تكاد تسلم منه المرأة؛ لأن إتيانها يزجج النسل فيها إلى ما ليست مستعدة له ولا قادرة عليه، لاشتغالها بوظيفة طبيعية أخرى، وهي إفراز الدم المعروف^(٦٧).

^(٦٦) قال ابن أمير الحاج: "أطبق أئمة الأصول والفقه عليه" التقرير والتحبير ١/١٨٧.

ينظر للحنفية: أصول السرخسي ١/١٦٠، والتوضيح على التنقيح (مع التلويح) ١/١٠١. وللمالكية: شرح تنقيح الفصول ص ١٧٩، والفروق ١/١٩١. وللشافعية: التقريب والإرشاد ١/١٤٣، والإحكام ٢/٢٠٥، والتمهيد للإسنوي ص ٣١٨. وللحنابلة: روضة الناظر ٢/١٣، والمسودة ص ١٠٣، وبدائع الفوائد ٤/٢.

^(٦٧) ينظر: خلق الإنسان بين الطب والقرآن، د. محمد البار ص ١٠١، والإعجاز القرآني في أحكام الحيض والاستحاضة، د. محمد عبد اللطيف سعد، ص ٦٠، والمحيض بين الدين والطب، د. سهير مختار، ص ٤٨-٥٠، وأحكام مباشرة النساء في أثناء فترة الدماء، د. عبد الله بن عبد المحسن الطريقي، مجلة جامعة الإمام محمد بن سعود، العدد الرابع، رجب ١٤١١هـ، ص ٨٦.

وقد كان للأصوليين قصب السبق في تعيين علة النهي عن إتيان الحائض، فأفادوا أن حظر وطء الحائض للأذى الموجود في الحيض وهو القدر والنجاسة^(٦٨)، وأن الآية دليل على تحريم إتيان المرأة في فرجها حال الحيض، وقد حكي الاتفاق على ذلك غير واحد^(٦٩).

حتى لقد قدمت العلة على الحكم ورتب عليها؛ لطفاً منه سبحانه ليؤخذ بالقبول من المتساهلين الذين يرون الحجر عليهم في أمور غرائزهم وشهواتهم تحكماً، ويعلم أنه حكم للمصلحة لا للتعبد كما عليه اليهود^(٧٠).

من معالم الحضارة الفكرية في أصول الفقه (الاستدلال)

البحث في قضية الدليل بحث في روح التفكير العلمي؛ إذ العلوم كافة تستند إلى الدليل وتخضع له، وإلا صارت ضرباً من التفكير الخرافي^(٧١)، لذلك قال التفتازاني - رحمه الله -: "الدليل مقدم بالذات، والبحث عنه أهم في فن الأصول"^(٧٢)، وهو استجابة لطلب واضع "الرسالة" من قبل، حين قال: "على أهل العلم طلب الدلالة"^(٧٣)، وهو المنهج نفسه الذي ارتضاه الظاهرية أنفسهم فيمن يثبت حكماً بلا برهان أنه "حرام بنص القرآن وإجماع الأمة"^(٧٤).

^(٦٨) ينظر: أصول الشاشي، ص ١٦٩، والفييه والمتفقه ٢ / ١٠٢، وروضة الناظر ٢ / ١٩٧، وكشف الأسرار ١ / ٢٥٧.

^(٦٩) ينظر: مراتب الإجماع ص ٢٣، ومجموع الفتاوى ٢١ / ٦٢٤، والمغني لابن قدامة ١ / ٢٢٣، وفتح الباري لابن رجب ٢ / ٣٠.

^(٧٠) ينظر: إعلام الموقعين ٤ / ١٢٤، وتفسير المنار ٢ / ٢٨٥.

^(٧١) ينظر: الفكر المنهجي العلمي ص ٢٢.

^(٧٢) التلويح ١ / ٣٩.

^(٧٣) الرسالة ص ١٣٨.

^(٧٤) الأحكام ٥ / ٥١.

بل نجد الأصوليين معنيين بترتيب الأدلة والترجيح بينها، فقد عقد القاضي الباقلاني باباً أسماه: [القول في حصر أصول الفقه وترتيبها وتقديم الأول فالأول منها]، بين فيه مراتب الأدلة، وما ينبغي منها تقديمه والتأخير^(٧٥).

فالأدلة ذاتها ليست على وزن واحد، وبناءً على تمييزها وترتيبها يأتي الاستدلال صحيحاً، وقل من هذا دأبه، قال ابن تيمية - رحمه الله - : "إن التمييز بين جنس المعروف وجنس المنكر، أو جنس الدليل وغير الدليل، يتيسر كثيراً، فأما مراتب المعروف والمنكر ومراتب الدليل، بحيث يقدم عند التزاحم أعرف المعروفين، وينكر أنكر المنكرين، ويرجح أقوى الدليلين، فإنه هو خاصة العلماء بهذا الدين"^(٧٦). وقال الزركشي وهو يحث المجتهد على الأخذ بأقوى الأدلة: "اعلم أنه حق على المجتهد أن يطلب لنفسه أقوى الحجج عند الله ما وجد إلى ذلك سبيلاً؛ لأن الحجة كلما قويت، أمن على نفسه من الزلل"^(٧٧).

ونجدهم أيضاً معنيين بالتفريق بين القطعي والظني من الأدلة، فثبتت بالأولى أصول الدين، وبالأخرى أصول الفقه، يقول ابن عقيل - رحمه الله - : "لا تطلب لأصول الفقه الأدلة القطعية؛ إذ ليست كأصول الديانات، بدليل أنه لا يفسق المخالف فيها ولا يكفر، ومبناها على لغات العرب المنقولة، والاستدلالات الإقناعية دون الدلائل القطعية"^(٧٨).

وقد نبه الزركشي - رحمه الله - على أمر ذي بال في شأن وجود الأدلة الظنية في الشريعة، واعتباره بقصد التخفيف والتوسعة على العباد، قائلاً: "اعلم أن الله تعالى لم ينصب على جميع الأحكام الشرعية أدلة قاطعة، بل جعلها ظنية قصداً للتوسيع على المكلفين؛ لئلا ينحصروا في مذهب واحد لقيام الدليل عليه"^(٧٩).

(٧٥) التقريب والإرشاد ٣١٠/١.

(٧٦) اقتضاء الصراط المستقيم - ١٢٧/٢.

(٧٧) البحر المحيط ٢٦٧/٨.

(٧٨) الواضح في أصول الفقه ١٣٢/٤.

(٧٩) البحر المحيط ١١٩/٨.

وبهذا امتازت الأصول من الفروع؛ إذ كانت الفروع مستندة إلى آحاد الأدلة وإلى مأخذ معيّنة، فبقيت على أصلها من الاستناد إلى الظن، بخلاف الأصول؛ فإنها مأخوذة من استقراء مقتضيات الأدلة بإطلاق، لا من آحادها على الخصوص. قال في الموافقات^(٨٠): "اتفقت الأمة - بل سائر الملل - على أن الشريعة وضعت للمحافظة على الضروريات الخمس وهي: (الدين، والنفس، والنسل، والمال، والعقل) وعلمها عند الأمة كالضروري، ولم يثبت لنا ذلك بدليل معين، ولا شهد لنا أصل معين يمتاز برجوعها إليه، بل علمت ملاءمتها للشريعة بمجموع أدلة لا تنحصر في باب واحد، ولو استندت إلى شيء معين، لوجب عادة تعيينه، وأن يرجع أهل الإجماع إليه، وليس كذلك؛ لأن كل واحد منها بانفراده ظني، ولأنه كما لا يتعين في التواتر المعنوي أو غيره أن يكون المفيد للعلم خبر واحد دون سائر الأخبار، كذلك لا يتعين هنا؛ لاستواء جميع الأدلة في إفادة الظن على فرض الانفراد، وإن كان الظن يختلف باختلاف أحوال الناقلين، وأحوال دلالات المنقولات، وأحوال الناظرين في قوة الإدراك وضعفه، وكثرة البحث وقلته، إلى غير ذلك.

فنحن إذا نظرنا في الصلاة، ف جاء فيها قوله تعالى: ﴿أَقِيمُوا الصَّلَاةَ﴾ [البقرة: ٤٣]، وجاء مدح المتصفين بإقامتها، وذم التاركين لها، والنفس: نُهي عن قتلها، وجعل قتلها موجبا للقصاص متوعداً عليه، ومن كبائر الذنوب المقرونة بالشرك كما كانت الصلاة مقرونة بالإيمان، ووجب سد رمق المضطر، ووجبت الزكاة والمواساة والقيام على من لا يقدر على إصلاح نفسه، وأقيمت الحكام والقضاة والملوك لذلك، ورتبت الأجناد لقتال من رام قتل النفس، ووجب على الخائف من الموت سد رمقه بكل حلال وحرام من الميتة والدم ولحم الخنزير، إلى سائر ما ينضاف لهذا المعنى، علمنا يقينا وجوب الصلاة وتحريم القتل، وهكذا سائر الأدلة في قواعد الشريعة.

من هنا تظهر أهمية الدليل في حياة الأمة، من حيث كونها ملزمة بالقول بالدليل واتباعه، والمصير إليه في إجماعها وسائر قضاياها، وهو ما يدل على انتفاء العيب في أعمالها وتصرفاتها، وتظهر ريادة أصول الفقه في هذا المقام، إذ نجد أبا الحسين

(٨٠) ٣١/١ .

البصري يعقد باباً في أن "الأمة لا تجتمع إلا عن دلالة أو أمانة، ولا تجتمع عبثاً... ومعلوم أن النبي - صلى الله عليه وسلم - لا يقول إلا عن وحي، فالأمة أولى أن لا تقول إلا أن عن دليل"^(٨١).

من معالم الحضارة الفكرية في أصول الفقه

((تدوين أصول الفقه ودوره في نبذ التفرق والدعوة إلى الاتفاق))

قبل تدوين أصول الفقه كان لكل فقيه نهج خاص في الاستنباط يصل به إلى الحكم المطلوب؛ لهذا كان الخلاف في المناهج كثيراً، وإن كان غالباً ما ينحصر في مدرستين، هما: أهل الحديث وأهل الرأي، رغم عدم خروجهما عن كتاب الله وسنة رسوله - صلى الله عليه وسلم -، بدليل أن مدرسة الرأي اشترطت لمن يستنبط بالرأي أن يكون له أصل يعتمد عليه من كتاب أو سنة أو إجماع أو قياس^(٨٢)، ولم يمنع ذلك من وقوع الخلاف بين المدرستين.

وباستقراء رسالة الشافعي - رضي الله عنه - والوقوف على الملاحظات التاريخية التي كان لها وقع كبير في كتابتها وصياغتها بتلك الدقة، تبين أن قضية المنهجية والتفكير العلمي المبني على التععيد والتأصيل، كان لها هاجس مهم لوضع الأصول عند الشافعي - رضي الله عنه -، فقد أراد أن يضع حداً للفوضى الفكرية والمنهجية التي سادت عصره، وبالفعل استطاع أن يجمع بين مدرستين كبيرتين في تاريخ الفقه الإسلامي: مدرسة أهل الحديث، ومدرسة الرأي.

يشهد لذلك أحمد بن حنبل - رضي الله عنه - في عبارة له: "كنا نلعن أهل الرأي وبلغوننا، حتى جاء الشافعي فمزج بيننا"^(٨٣)، ومزجه بين المدرستين - لا جرم - أقامه بوضع أصول علمية وضوابط منهجية؛ لأنه لا بد من إتقان الأصل أولاً وإحكامه لتنضبط الفروع المخرجة عليها، من هنا يقرر الإمام الغزالي: "لا مطمع في الإحاطة

(٨١) المعتمد ٥٦/٥.

(٨٢) ينظر: المدخل إلى أصول الفقه - الدواليبي، ص ٢٨٦.

(٨٣) ترتيب المدارك ٩١/١.

بالفرع وتقديره والاطلاع على حقيقته إلا بعد تمهيد الأصل وإتقانه؛ إذ مثار التخبط في الفروع ينتج عن التخبط في الأصول^(٨٤).

من معالم الحضارة الفكرية في أصول الفقه (النظر إلى المآلات)

النظر في المآل هو التفكير فيما قد يؤول إليه الحكم الشرعي بعد النطق به^(٨٥)، وهو أصل من أصول التشريع في الإسلام، قال الشاطبي - رحمه الله -: "النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعاً، كانت الأفعال موافقة أو مخالفة؛ وذلك أن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالإقدام أو بالإحجام، إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل، مشروعاً لمصلحة فيه تستجلب، أو لمفسدة عنه تدرأ، ولكن له مآل على خلاف ما قصد فيه، وقد يكون غير مشروع لمفسدة تنشأ عنه أو مصلحة تندفع به، ولكن له مآل على خلاف ذلك"^(٨٦).

ويحدثنا عن كيفية النظر إلى المآل، فيقول: "ضابطه: أنك تعرض مسألتك على الشريعة، فإن صحت في ميزانها فانظر في مآلها بالنسبة إلى حال الزمان وأهله، فإن لم يؤد ذكرها إلى مفسدة فاعرضها في ذهنك على العقول، فإن قبلتها، فلك أن تتكلم فيها، إما على العموم، إن كانت مما تقبلها العقول على العموم، وإما على الخصوص إن كانت غير لائقة بالعموم، وإن لم يكن لمسألتك هذا المساغ، فالسكوت عنها هو الجاري على وفق المصلحة الشرعية والعقلية"^(٨٧).

وليس النظر في المآل من صفة كل عالم أو متعلم، بل هو صفة خاصة لا تتحصل إلا للعالم الراسخ في العلم، وهو العالم الرباني الحكيم، فذلك بحق من خصائصه المتعلقة به.

(٨٤) المنخول ص ٥٩، وينظر: الفكر المنهجي العلمي عند الأصوليين، ص ٢٠.

(٨٥) ينظر: الموافقات - ١٢٠/٣.

(٨٦) الموافقات ١٧٧/٥.

(٨٧) الموافقات ١٧٢/٥.

ومن النظر في المآل: نظر عمر -رضي الله عنه- في مآل سهم المؤلفة قلوبهم؛ فإنه بدقة فكره لاحظ أن الحكم فيه معلل بعلّة تأليف قلوبهم، ومن ثم وازن بين أحوال الدولة آنذاك وبين تحقيق العلة، ووجد أن الدولة قد قويت شوكتها، وامتد سلطانها، ولم تعد حاجة لتأليف قلوب الراغبين عن الإسلام بالمال، ومن هنا لما رأى أن المصلحة العامة تقتضي ألا تأليف، وأوقف هذا السهم لتخلف مقصده، إذ لا عبرة بالوسائل ما لم تتحقق المقاصد^(٨٨).

ومنه: ما يستتبعه النهي عن تلقي السلع، وبيع الحاضر للبادي، وتحريم الاحتكار؛ إذ إن حرية التصرف الاقتصادي في هذه الأمور مقيدة باعتبار ما سيجره إطلاقها من حيث المآل بالفساد^(٨٩).

إن اعتبار مآلات الأفعال ذو أثر أصولي حضاري؛ من حيث إنه يستهدف متطلبات الاجتهاد الصحيح، وكفالة المصالح المشروعة من التكاليف الشرعية، كما إنه يكشف عن طبيعة العلاقة بين الأحكام الشرعية والواقع المعاصر، ويوضح الصورة الشرعية لبعض القضايا التي كثر الجدل حولها في الآونة الأخيرة، ما جعل بعض الكتاب يتهمون الشريعة بالقصور والجمود الفكري، بل العجز عن الحلول للمشكلات المعاصرة بدعوى: أن نصوصها محدودة لم تعالج إقضايا ظرفية تجاوزها الزمن^(٩٠). ولقد نعت الشاطبي -رحمه الله- العالم الرباني الحكيم بأنه الذي "يتحقق بالمعاني الشرعية مُنْزَلة على الخصوصيات الفرعية، بحيث لا يصدده التبخر في الاستبصار بطرف عن التبخر في الاستبصار بالطرف الآخر، فلا هو يجري على عموم واحد منهما دون أن يعرضه على الآخر، ثم يلتفت مع ذلك إلى تنزل ما تلخص له على ما يليق في أفعال المكلفين... ويسمى صاحب هذه المرتبة: الرباني، والحكيم، والراسخ في العلم، والعالم، والفقير، والعامل؛ لأنه يرى بصغار العلم قبل كباره، ويوفي كل أحد حقه حسبما يليق به، وقد تحقق بالعلم وصار له كالوصف المجبول عليه، وفهم عن الله مراده من شريعته، ومن خاصيته أمران: أحدهما: أنه يجيب السائل عما

(٨٨) المناهج الأصولية - د. فتحي الدريني، ص ١٦.

(٨٩) ينظر: اعتبار المآلات، ص ٣٩.

(٩٠) ينظر: اعتبار المآلات، ص ١٠.

ما يليق به في حالته على الخصوص إن كان له في المسألة حكم خاص، والثاني: أنه ناظر في المآلات قبل الجواب عن السؤالات^(٩١).

النظر إلى مآل الحكم يكشف عن حضارة فكرية أصولية، من حيث هو نوع من الموازنة بين ظاهر الدليل الشرعي ونتائجه، من مصالح أو مفساد، فهو الأثر المترتب عن الفعل، قال الشاطبي -رحمه الله-: "إن الأعمال مقدمات لنتائج المصالح، فإنها أسباب لمسيبات هي مقصودة للشارع، والمسيبات هي مآلات الأسباب، فاعتبارها في جريان الأسباب مطلوب، وهو معنى النظر في المآلات"^(٩٢). وقد ساق الشاطبي -رحمه الله- على أن الشريعة جاءت باعتبار مآلات الأفعال والأحكام دلائل، منها:

وقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾ [البقرة: ١٨٣].

وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ﴾ [الأنعام: ١٠٨].

وقوله تعالى: ﴿فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا لِكَيْ لَا يَكُونَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ﴾ [الأحزاب: ٣٧].

وقوله تعالى: ﴿رُسُلًا مُبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ لِئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى اللَّهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ﴾ [النساء: ١٦٥]، فهذه الأدلة وغيرها أشارت إلى أهمية اعتبار المآل على الجملة.

المعلم الثاني

معالم الحضارة الاجتماعية في أصول الفقه

مدخل في اتصال أصول الفقه بالاجتماع:

لا عجب أن نرى عبد الرحمن بن خلدون - رحمه الله - قد أعمل القواعد الأصولية في إرساء قواعد علم العمران البشري؛ فإنه اعتمد على القياس في الكشف عن الأخطاء التي وقع فيها المؤرخون في نقلهم الأخبار في غفلة عن مقايستها

(٩١) الموافقات - ٢٣٢/٥.

(٩٢) الموافقات - ١٧٨/٥.

بنظائرها، يقول -رحمه الله-: "كثيراً ما وقع للمؤرخين والمفسرين وأئمة النقل من المغالط في الحكايات والوقائع؛ لاعتمادهم فيها على مجرد النقل غثاً أو سميناً، ولم يعرضوها على أصولها ولا قاسوها بأشباهها، ولا سبروها بمعيار الحكمة والوقوف على طبائع الكائنات، وتحكيم النظر والبصيرة في الأخبار، فضلوا عن الحق وتاهوا في ببداء الوهم والغلط"^(٩٣)، فنراه يعتمد المقايسة والمقارنة منهجاً لدراسة الظواهر الاجتماعية، وكذا الأخبار التاريخية وصولاً بأصول الفقه إلى القوانين الحاكمة لل عمران البشري^(٩٤).

ولا عجب أن تتنوع الأحكام التكليفية إلى واجب ومندوب ومباح، ومكروه وحرام؛ مراعاة لأحوال البشر، ولذا قد يجب ما هو مندوب والعكس، وقد يكون المباح في حق شخص هو بعينه حرام أو فرض في حق آخر. بل لا عجب أن يتفقق فهم ابن حجر - رحمه الله - عن أن "إظهار السرور في الأعياد من شعائر الدين"^(٩٥)، فمن أصول فقه العيد: إظهار السرور، والأعياد: موطن اجتماع، وشعائر الدين: هي الحضارة، والمعنى: إظهار السرور في الأعياد من الحضارة، وهو معلم لا يدلنا عليه إلا أصول الفقه.

إن هذا يدل على أن علم الأصول علم اجتماعي صرف؛ والناظر في سيرة القرن الأول يلحظ بجلاء كيف كان أصول الفقه موظفاً كعلم اجتماعي.

من معالم الحضارة الاجتماعية في أصول الفقه (الاعتبار بالموازانات)

إن الميل إلى الأنفع والأخذ بالأصلح أمر طبيعي تقبله الفطرة السوية، قال العز بن عبد السلام رحمه الله: "اعلم أن تقديم الأصلح فالأصلح، ودرء الأفسد فالأفسد، مركز في طبائع العباد نظرًا لهم من رب الأرباب"^(٩٦).

(٩٣) المقدمة، ص ٩٢.

(٩٤) ينظر: الفكر المنهجي العلمي، ص ٢١.

(٩٥) فتح الباري ٢ / ٤٤٣.

(٩٦) قواعد الأحكام في مصالح الأنام - ص ٧.

والموازنة تعني المقابلة بين الضر والنفع؛ بهدف استكشاف الراجح منهما^(٩٧)، وأول من أطلق مصطلح "الموازنة" بين المصالح والمفاسد هو الإمام العز، قال - رحمه الله - : "إذا تعارضت المصلحتان وتعذر جمعهما، فإن عُلم، رجحان إحداهما قدمت، وإن لم يعلم، رجحان، فإن غلب التساوي فقد يظهر لبعض العلماء، رجحان إحداهما فيقدمها ويظن آخر رجحان مقابلها فيقدمه، فإن صوبنا المجتهدين، فقد حصل لكل واحد منهما مصلحة لم يحصلها الآخر، وإن حصرنا الصواب في أحدهما فالذي صار إلى المصلحة الراجحة مصيب للحق والذي صار إلى المصلحة المرجوحة مخطئ معفو عنه، إذا بذل جهده في اجتهاده، وكذلك إذا تعارضت المفسدة والمصلحة"^(٩٨).

إنك ربما ذهبت إلى مستشفى من المستشفيات، فلا تجد الطبيب المنوط به تخفيف آلام المرضى، وخاصة في وقت صلاة التراويح في رمضان، أو في صلاة الجمعة، وربما تتجول في حجرات المرضى فلا تجد طبيباً يقوم بما عُهد إليه، بل تجده في صفوف المصلين!^(٩٩).

إذا ثبت هذا فأصول الفقه يدلنا على حضارة اجتماعية، تتجلى في تبصيرنا بفقه الموازنات، فحضارة الشعوب تقتضي أن يعيشوا أصحاب أقياء، فضلا عن مداواتهم -بالأحرى- إذا كانوا مرضى، لكن الموازنة بين تخفيف آلام المرضى وبين أداء الصلاة في جماعة، توجب ترجيح الأول على الثاني من غير ارتياب؛ أداء الصلاة يجبره، إذا سقط قضاؤها، أما تخفيف الألم فلا يجبره إلا الأداء وجوباً مضيقاً، ثم ماذا يرجو مؤدي الصلاة في جماعة غير ثواب الله؟ إن تخفيف ألم المرضى أكد ثواباً. إذا نتساءل: هل يمكن بطريقة تفكير الأصولي أن يستفيد عالم الاجتماع؟ وهل يمكن لعالم الاجتماع أن يستفيد من كيفية ترتيب الأصولي أفكاره في ذهنه؟

(٩٧) تأصيل فقه الأولويات - محمد همام ملحم، ص ٥٠.

(٩٨) ينظر: قواعد الأحكام - ٦٠/١.

(٩٩) ينظر: نظرات في التجديد - د. عباس شومان، ص ١١٩.

والجواب: أن الأصولي يفرق بين القطعية والظنية، وهذا التفريق يفيد في التعامل مع النصوص الشرعية، ويمكن لعالم الاجتماع أن يتبنى هذا المنهج؛ فيفرق بين القطعي والظني في دراسة الواقع^(١٠٠).

من معالم الحضارة الاجتماعية (فهم العلة من تشريع الحكم)

فهم العلة من تشريع حكم الإيلاء:

الإيلاء هو حلف الزوج على ترك جماع زوجته مدة مخصوصة^(١٠١)، والأصل في ترتب أحكامه قوله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِنْ نِسَائِهِمْ نَرْيُصُ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ﴾ [البقرة: ٢٢٦]، وينتج الإيلاء أثره من طلاق أو تفريق عند جمهور الفقهاء إذا قصد بالحلف ترك الجماع أربعة أشهر^(١٠٢)، أما إذا كان الحلف على غير ترك جماع فليس فليس بإيلاء، لكن الإمام النخعي - رحمه الله - له فهم خاص لهذا الحكم، إذ يتوسع في مدلول الإيلاء توسعاً يدل على عمق نظره وحضارة أصله الفقهي الذي أنتج هذا التفاعل، فهو يجعل مفهوم الإيلاء متعدياً لحالات الحلف للإضرار بالمرأة، سواء أكان بترك جماعها، أم إساءة عشرتها، قال رحمه الله: "من الإيلاء ألا تكلمها، ولا تجمعها، ولا يجتمع رأسك ورأسها، ولتغيظنها، أو لتسوانها"^(١٠٣).

وهذا - لعمرى - فهم دقيق وعميق لروح النص، وسعة إدراك معانيه ومراميه، وكأنه - رحمه الله - يؤصل لفقه اجتماعي غاية في التحضر والرقي؛ حيث رأى أن الله جعل الأجل الذي حدده للمولي مخرجاً للمرأة من سوء العشرة والإضرار بها من الزوج، وليست اليمين على ترك جماعها كما هو منطوق الآية فحسب، بل فهم أن

(١٠٠) ينظر: علاقة أصول الفقه بالفلسفة ص ٣٦-٣٧.

(١٠١) بدائع الصنائع ٣ / ١٦١.

(١٠٢) ينظر: المغني ٧ / ٢٩٨.

(١٠٣) ينظر: موسوعة فقه إبراهيم النخعي ص ١٧٢، ويراجع: التطور والثبات في فهم نصوص الشريعة، ص ٧١.

مقصود الآية التنبية على حرمة الإضرار بالزوجة، ومتى امتد ضرر الزوج إلى زوجته مدة أربعة أشهر فيفترق بينهما؛ لظهور عدم التوافق المدلول عليه بالمدة. لقد نظر النخعي -رحمه الله- إلى الغاية التي من أجلها ترك الزوج وطء زوجته، فوجدها (الإضرار)، فجعل تلك الغاية مناطاً للحكم.

فهم العلة من تشريع منع خروج النساء إلى المساجد ليلاً:

جاءت الأحاديث عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - متضافرة، بشأن جواز خروج النساء إلى المساجد ليلاً، ومنها حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: «لا تمنعوا إماء الله مساجد الله»^(١٠٤). لكن خروج المرأة ولو إلى الصلاة فيه من الفتن ما لا يخفى، ومن الضرر ما يحتاط له؛ فقلما يسلم خروجهن عن طيب، وحسن ثياب، وإظهار زينة وحلي، فضلاً عن إن الأصل انشغال المرأة بحال زوجها^(١٠٥)، فرفع عنها الحرج في مكثها في بيتها، وقد قال الله تعالى: ﴿وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ﴾ [الأحزاب: ٣٣]، وهو في الشواب أَلْزَمَ، وقالت عائشة - رضي الله عنها -: «لو أدرك رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ما أحدث النساء لمنعهن كما منعت نساء بني إسرائيل»^(١٠٦).

ولم يزل فقهاؤنا - رحمهم الله - يقيدون خروجهن للصلاة "غير متطيبات، ولا يلبسن ثوب شهرة ولا زينة، وأن يلبسن ثياباً قصده من البياض وغيره"^(١٠٧)، وفي أوقات مخصوصة هي الفجر والمغرب والعشاء؛ حيث يؤمن انتشار الفساق في غير الجمعة والظهر والعصر، فهُم بالفجر والعشاء نائمون، وفي المغرب بالطعام مشغولون، والمختار عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - أن لا يجوز شيء من ذلك؛ لفساد الزمان والتظاهر بالفواحش^(١٠٨).

(١٠٤) أخرجه الإمام البخاري ٦/٢ - برقم ٩٠٠، والإمام مسلم ١/٣٢٧ - برقم ٤٤٢.

(١٠٥) ينظر: الحاوي ٢/٤٥٥، وإحكام الأحكام ١/١٩٧، والاختيار ١/٨٢، وشرح الزرقاني على الموطأ ١/٦٧٣.

(١٠٦) أخرجه الإمام البخاري - رضي الله عنه - في كتاب: الأذان، باب: خروج النساء إلى المساجد بالليل والغلس ١/١٧٣-٨٦٩.

(١٠٧) الأم ١/٢٦٧.

(١٠٨) ينظر: الاختيار مع المختار ١/٥٩.

من معالم الحضارة الاجتماعية في أصول الفقه (مراعاة الوقائع)

الأصولي من يستطيع التوصل بمعرفة الوقائع إلى معرفة حكم الله ورسوله؛ كما توصل شاهد يوسف بشق القميص من دبرٍ إلى معرفة براءة يوسف وصدقته، وكما توصل سليمان بذكائه في قوله: "أتتوني بالسكين أشق الولد بينكما" إلى معرفة عين الأم، وكما توصل أمير المؤمنين على بن أبي طالب بقوله للمرأة التي أنكرت حمل كتاب حاطب: "لتخرجن الكتاب أو لنجردنك" إلى استخراج الكتاب منها، قال ابن القيم: "ومن تأمل الشريعة وقضايا الصحابة وجدها طافحة بهذا، ومن سلك غير هذا أضعاع على الناس حقوقهم، ونسبه إلى الشريعة التي بعث الله بها رسوله"^(١٠٩).
قال الإمام الشافعي: "مكثت عشرين سنة أتتبع أيام الناس، أستعين بذلك على الفقه"^(١١٠).

وقال أبو حامد - رحمه الله - : "اعلم أن كل من طلب المعاني من الألفاظ ضاع وهلك وكان كمن استدبر المغرب وهو يطلبه، ومن قرر المعاني أولاً في عقله ثم أتبع المعاني الألفاظ فقد اهتدى"^(١١١).

وقال القرافي - رحمه الله - : "وعلى هذا القانون تراعى الفتاوى على طول الأيام، فمهما تجدد في العرف اعتبره ومهما سقط أسقطه ولا تجمد على المسطور في الكتب طول عمرك، بل إذا جاءك رجل من غير أهل إقليمك يستفتيك، لا تجره على عرف بلدك واسأله عن عرف بلده واجره عليه وأفته به دون عرف بلدك والمقرر في كتبك، فهذا هو الحق الواضح، والجمود على المنقولات أبداً ضلال في الدين، وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين"^(١١٢).

ومن مراعاة الوقائع: أن النبي - صلى الله عليه وسلم - سئل في أوقات مختلفة عن أفضل الأعمال وخيرها، فأجاب بأجوبة مختلفة قد توهم - في الظاهر - تناقضاً،

(١٠٩) الإعلام، ٦٩/١.

(١١٠) رواه الخطيب البغدادي في: الفقيه والمتفقه ٤١/٢، والبيهقي في: مناقب الشافعي ٤٩٩/١.

(١١١) المستصفي، ص ١٨.

(١١٢) الفروق ١٧٦/١.

ففي الصحيح أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - سُئل: أي الأعمال أفضل؟ قال: "إيمان بالله"، قال: ثم ماذا؟ ال: "الجهاد في سبيل الله"، قال ثم ماذا؟ قال: "حج مبرور" (١١٣)، ثم سُئل: أي الأعمال أفضل؟ قال: "الصلاة لوقتها"، قال: ثم أي؟ قال: "الجهاد في سبيل الله" (١١٤).

ومن مراعاة الوقائع كذلك: تضمين الصناع؛ وهم الأجراء الذين يقع التعاقد معهم لصنع شيء أو إصلاحه، كالخياط، والصبّاغ، وأشباههما. وهو مبدأ أقرته الشريعة لجبر ما يحصل من ضرر، وزجر من يعتدي، قال تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٥٨]، ووجوب الأداء يستلزم شغل الذمة بها، وذلك ما يتحقق به معنى الضمان (١١٥).

والأصل في الصناع ألا يضمنوا باعتبارهم أجراء مؤتمنين، وقد أسقط النبي - صلى الله عليه وسلم - عنهم الضمان فيما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: «لا ضمان على مؤتمن» (١١٦). إلا أن مصلحة الناس قضت بتضمينهم؛ فحفظ الأموال من الأمور الغالبة التي تجب مراعاتها (١١٧)، بل لما كان للناس حاجة إلى الصناع؛ لتقوم مصالحهم وتقضى حوائجهم، فليس كل أحد يحسن أن يخيط ويقصر ثوبه أو يطرزه، والصناع لما كان الغالب في أحوالهم غيابهم عن أمتعة الناس والتفريط فيها وتركهم حفظها، كانت المصلحة في تضمينهم؛ إذ لو لم يثبت تضمينهم مع مسيس الحاجة إلى استعمالهم لأفضى ذلك إلى أحد أمرين: إما ترك الاستصناع بالكلية، وذلك شاق على الخلق، وإما أن يعملوا ولا يضمنوا عند دعواهم الهلاك والضياع، فتضيع الأموال، ويقل الاحتراز، وتتطرق الخيانة، فكانت المصلحة في التضمين (١١٨).

(١١٣) البخاري ١٣٣/٢ - ١٥١٩.

(١١٤) البخاري ١٥٦/٩ - ٧٥٣٤.

(١١٥) الضمان في الفقه الإسلامي، للشيخ/ علي الخفيف، ص ٩.

(١١٦) أخرجه الإمام الدارقطني في السنن ٤٥٥/٣ - ٢٩٦١، والبيهقي في: السنن الكبرى ٤٧٣/٦ - ١٢٧٠٠.

(١١٧) ينظر: كشف القناع عن تضمين الصناع، لابن رجال المعداني، ص ٧٤.

(١١٨) ينظر: الإشراف ١١٨٢ - ٦٦٥/٢، والمنتقى للباقي ٧١/٦، والاعتصام ١٨/٣ - ١٩.

قال الإمام مالك - رضي الله عنه - : «لو كان ذلك إلى أمانتهم لهلكت أموال الناس، وضاعت قلوبهم، واجترؤوا على أخذها، ولو تركوها لم يجدوا مستعتباً، ولم يجدوا غيرهم ولا أحداً يعمل تلك الأعمال غيرهم، فضمنوا ذلك لمصلحة الناس»^(١١٩).
وعليه عمل الخلفاء الراشدين - رضي الله عنهم -، فقد قضوا بتضمين الصناع، قال علي - رضي الله عنه - : «لا يصلح الناس إلا ذلك»^(١٢٠).
ومنها: ما رواه قتادة - رحمه الله - قال: «يضمن كل عامل أخذ أجراً إذا ضيع»^(١٢١).

وروي أن علياً - رضي الله عنه - كان «يضمن الخياط، والصباغ، وأشباه ذلك احتياطاً للناس»^(١٢٢).

ومن مراعاة الوقائع: جواز إخراج القيمة في صدقة الفطر؛ فالعلة في إخراج صدقة الفطر هي إغناء الفقراء، كما يدل عليها قوله عليه الصلاة والسلام: «أغنوهم عن السؤال في هذا اليوم»، وهي تتحقق اليوم بإنفاق الأموال دون الأصناف الواردة في حديث صدقة الفطر "صاعاً من تمر أو صاعاً من شعير"^(١٢٣)، فماذا يفعل الفقير بالأصناف من المطعومات؟ هو يريد سد حاجاته هو وعياله، لا شك أن المطعومات إن فاضت عنده سبيبعها بالمال ليسد حاجاته، فضلاً عن كون الأصناف الواردة من المطعومات كانت هي السبيل الأوحى في مجتمع مكة آنذاك.

إن مقاصد الشريعة الإسلامية تتفق وجواز إخراج صدقة الفطر أموالاً، وهذا معاذ بن جبل يأخذ القيمة في الصدقة ولم يجمد أمام قول الرسول - صلى الله عليه وسلم - له: "خذ الحب من الحب"^(١٢٤)، بل نظر إلى المقصد من هذا النص النبوي،

(١١٩) المدونة ٤٠٠/٣.

(١٢٠) ينظر: مصنف ابن أبي شيبة ٣٦٠/٤ - ٢١٠٥١.

(١٢١) مصنف عبد الرزاق الصنعاني ٢١٦/٨ - ١٤٩٤٥.

(١٢٢) مصنف عبد الرزاق ٢١٧/٨ - ١٤٩٤٨.

(١٢٣) الموطأ ٤٠٣/٢ - ٩٨٩.

(١٢٤) أخرجه ابن زنجويه في: الأموال ٨٩٩/٣ - ١٥٩٨.

فها هو يقول لأهل اليمن فيما رواه البخاري: "أتتوني بخميس أو لبيس آخذه منكم مكان الصدقة، فإنه أهون عليكم وخير للمهاجرين"^(١٢٥).

"إن التمسك بحرفية السنة أحياناً لا يكون تنفيذاً لروح السنة، بل يكون مضاداً لها"^(١٢٦)، فالرسول - صلى الله عليه وسلم - راعى ظروف البيئة والزمن، فأوجب صدقة الفطر مما في أيدي الناس من الأطعمة، لاسيما أن النقود كانت عزيزة عند العرب، وبخاصة أهل البادية، فكان الأيسر لهم إخراج الطعام.

والأغنياء من الصحابة كانوا محدودين، تكاد اليد الواحدة أن تحصرهم، والعبارة في الأحكام على الكثير الشائع لا على القليل النادر كما أفاد الأصوليون، أما عن تنبيه النبي عن المال فهو لأن المجتمع النبوي آنذاك كان في طور البناء، أما الآن فقد استقرت المجتمعات، فلا حاجة لصاع من تمر أو بر أو شعير، الفقير لا يحتاج إلى هذه الأصناف، بقدر ما يحتاج شراء ما يكفيه هو ومن يعول.

إن مدينة كالقاهرة - مثلاً - بها أكثر من ستة ملايين مسلم، لو كلفتهم بإخراج ستة ملايين صاع من القمح أو الذرة أو الشعير أو التمر أو الزبيب، من أين يجدونها؟ وهب أنهم وجدوها، ماذا يستفيد الفقير من هذه الحبوب وهو لم يعد يطحن أو يخبز؟ إنما يشتري الخبز جاهزاً من المخازن، إننا نلقي عليه بذلك عبئاً حين نعطي له حبوباً؛ لأنه سيبيعها ليغني نفسه.

من معالم الحضارة الاجتماعية في أصول الفقه (تحسين علاقة المسلمين بغيرهم)

لقد تضمنت آية من القرآن الكريم قاعدة في علاقة المسلمين بغيرهم، هي قوله تعالى: "لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ [الممتحنة: ٩]" قال ابن الجوزي -

(١٢٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١٨٩/٤-٧٣٧٢.

(١٢٦) كيف نتعامل مع السنة النبوية؟ معالم وضوابط، د. / القرضاوي، ص ١٣٥.

رحمه الله - : "هذه الآية رخصة في صلة الذين لم ينصبوا الحرب للمسلمين، وجواز برهم" (١٢٧).

وقد أكد ابن جرير - رحمه الله - على عموم الآية لغير المسلمين فقال: "أولى الأقوال في ذلك بالصواب قول من قال: عني بذلك: لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين من جميع أصناف الملل والأديان أن تبروهم وتصلوهم، وتقسطوا إليهم، إن الله عز وجل عمّ بقوله: (الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم) جميع من كان ذلك صفته، فلم يخص به بعضاً دون بعض" (١٢٨).

حتى إنه يجب رد السلام عليهم تماماً كالمسلمين؛ أخذاً بعموم "وإذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها أو ردوها".

على أن قد وردت آية عامة في المشركين، وهي قوله تعالى: ﴿لَا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ يُوَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَلَوْ كَانُوا آبَاءَهُمْ أَوْ أَبْنَاءَهُمْ أَوْ إِخْوَانَهُمْ أَوْ عَشِيرَتَهُمْ﴾ [المجادلة: ٢٢]، فالخاص مقدم على العام، ومن ثم يدخل في استحقاق البر والصلة جميع أصناف الملل والأديان، ما داموا لم تصدر منه مقاتلة في الدين أو إخراج من الديار (١٢٩).

قال في (دفع إيهام الاضطراب) (١٣٠): "الكافر الذي لم ينه عن بره والإقساط إليه مشروط فيه عدم القتال في الدين، وعدم إخراج المؤمنين من ديارهم، والكافر المنهي عن ذلك فيه هو المقاتل في الدين المخرج للمؤمنين من ديارهم المظاهر للعدو على إخراجهم".

إن الإسلام يستبقي أسباب السلام العالمي المؤلف للقلوب، بالبر والإقساط، حتى لقد عد منهما: التصديق على من لا يد لهم، والوقف عليهم، فإله تعالى قد قال:

(١٢٧) زاد المسير ٢٧٠/٤.

(١٢٨) جامع البيان ٣٢٣/٢٣.

(١٢٩) ينظر: تفسير الطبري ٣٢٣/٢٣.

(١٣٠) ص ٢٣٦.

﴿وَيُطْعَمُونَ الطَّعَامَ عَلَى حُبِّهِ مِسْكِينًا وَيَتِيمًا وَأَسِيرًا﴾ [الإنسان: ٨] ^(١٣١)، بل من البر والإقساط تحريم الاعتداء ولو بكلمة.

قال القرافي - رحمه الله - : "من اعتدى عليهم [قلت: يعني أهل الذمة] ولو بكلمة سوء أو غيبة في عرض أحدهم، أو نوع من أنواع الأذية، أو أعان على ذلك، فقد ضيع ذمة الله تعالى وذمة رسوله - صلى الله عليه وسلم - وذمة دين الإسلام" ^(١٣٢).

من معالم حضارة أصول الفقه الاجتماعية (التحاكم إلى صحيح الأعراف والعادات)

العرف دليل شرعي معتبر في استنباط الأحكام الشرعية، وقد اتفق الأصوليون على العمل به، قال السيوطي - رحمه الله - : "اعلم أن اعتبار العادة والعرف رجوع إليه في الفقه، في مسائل لا تعد كثرة" ^(١٣٣)، من ذلك: الحرز في السرقة، فلم يبين الشارع الحكيم ضابط ما يعتبر حرزا للمال مما لا يعتبر، ومن هنا تقرر ضرورة اللجوء إلى العرف؛ سبيلا إلى الوصول إلى الحكم الشرعي، قال السيوطي رحمه الله: "كل ما ورد به الشرع مطلقا، ولا ضابط له فيه، ولا في اللغة، يرجع فيه إلى العرف، ومثله بالحرز في السرقة" ^(١٣٤).

وقال ابن النجار مورداً أمثلة كثيرة: "ضابطه: [قلت: العرف المعتبر] كل فعل رتب عليه الحكم، ولا ضابط له في الشرع ولا في اللغة، كإحياء الموات، والحرز في السرقة، والأكل من بيت الصديق، وما يعد قبضاً وإيداعاً وإعطاءً وهديةً وغصباً، والمعروف في المعاشرة، وانتفاع المستأجر بما جرت به العادة، وأمثال هذه كثيرة لا تنحصر، ومأخذ هذه القاعدة وموضعها من أصول الفقه في قولهم: "الوصف المعل

^(١٣١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي ٣٨٦/٢، وأحكام القرآن للجصاص ٣/ ٥٨٣، وأحكام القرآن للكيا ٤/ ٤٠٩، ونواسخ القرآن، ص ٢٠٦.

^(١٣٢) الفروق ٣/ ١٤.

^(١٣٣) الأشباه والنظائر، ص ٩٠.

^(١٣٤) الأشباه والنظائر، ص ٩٨.

به قد يكون عرفياً" أي: من مقتضيات العرف وفي باب التخصيص في تخصيص العموم بالعادة^(١٣٥).

ومن ذلك: أن ثبوت المالية في الأشياء مآله إلى العرف، فيتحدد به ما يعد مالاً شرعاً وما لا، ومن ثم فكل ما تعارف الناس على اعتباره ثمناً للأشياء فهو نقد، قال ابن تيمية -رحمه الله-: "وأما الدرهم والدينار فما يعرف له حد طبيعي ولا شرعي بل مرجعه إلى العادة والاصطلاح"^(١٣٦).

بل قد تتغير الأحكام بتغير الأعراف، فقد ذكر الشاطبي - رحمه الله - أن من أنواع الأعراف: العادات المتبادلة، يقول: "المتبدلة، منها: ما يكون متبدلاً في العادة من حسن إلى قبح، وبالعكس، مثل: كشف الرأس؛ فإنه يختلف بحسب البقاع في الواقع، فهو لذوي المروءات قبيح في البلاد الشرقية، وغير قبيح في البلاد المغربية، فالحكم الشرعي يختلف باختلاف ذلك، فيكون عند أهل المشرق قادحاً في العدالة، وعند أهل المغرب غير قادح"^(١٣٧).

وعقد القرافي رحمه الله فصلاً للتفريق بين قاعدتي الخبر والإنشاء في الألفاظ، وأن مرجع الفرق إلى تغير العرف؛ فالإمام مالك رضي الله عنه كان يفتي بوقوع الطلاق ببعض الألفاظ التي نحو: أنت خلية، وحبلك على غارك، وبين أن هذا وغيره ما اقتضاه العرف في زمنهم، ومما يوجب تغير الحكم تبعاً له، قال القرافي: "إن مالكاً أو غيره من العلماء إنما أفتى في هذه الألفاظ بهذه الأحكام؛ لأن زمانهم كانت فيه عوائد اقتضت نقل هذه الألفاظ للمعاني التي أفتوا بها فيها؛ صونا لهم عن الزلل، وإذا وجدنا زماننا عريا عن ذلك وجب علينا أن لا نفتي بتلك الأحكام في هذه الألفاظ؛ لأن انتقال العوائد يوجب انتقال الأحكام، كما نقول في النقود وفي غيرها فإننا نفتي في زمان معين بأن المشتري تلزمه سكة معينة من النقود عند الإطلاق؛ لأن تلك السكة هي التي جرت العادة بالمعاملة بها في ذلك الزمان فإذا وجدنا بلداً آخر وزماناً

(١٣٥) شرح الكوكب المنير ٤/٤٥٢.

(١٣٦) مجموع الفتاوى ١٩/٢٥٢.

(١٣٧) الموافقات ٢/٤٨٩.

آخر يقع التعامل فيه بغير تلك السكة تغيرت الفتيا إلى السكة الثانية، وحرمت الفتيا بالأولى لأجل تغير العادة.

وكذلك القول في نفقات الزوجات والذرية والأقارب وكسوتهم تختلف بحسب العوائد، وقبض الصدقات عند الدخول أو قبله أو بعده، في عادة نفتي أن القول قول الزوج في الإقباض؛ لأنه العادة وتارة بأن القول قول المرأة في عدم القبض، إذا تغيرت العادة، أو كانوا من أهل بلد ذلك عادتهم، وتحرم الفتيا لهم بغير عادتهم ومن أفتى بغير ذلك كان خارقاً للإجماع، فإن الفتيا بغير مستند مجمع على تحريمها، وكذلك التلوم للخصوم في تحصيل الديون للغرماء وغير ذلك مما هو مبني على العوائد مما لا يحصى عدده، متى تغيرت فيه العادة تغير الحكم بإجماع المسلمين^(١٣٨).

وقد عقب ابن القيم على هذا بقوله: "هذا محض الفقه، ومن أفتى الناس بمجرد المنقول في الكتب على اختلاف عرفهم وعوائدهم وأزمنتهم وأمكنتهم وأحوالهم وقرائن أحوالهم، فقد ضل وأضل، وكانت جنايته على الدين أعظم من جناية من طبب الناس كلهم على اختلاف بلادهم وعوائدهم وأزمنتهم وطبائعهم بما في كتاب من كتب الطب على أبدانهم، بل هذا الطبيب الجاهل وهذا المفتي الجاهل أضر ما على أديان الناس وأبدانهم والله المستعان"^(١٣٩).

إن تغير الأحكام بتغير الأعراف راجع إلى عوامل أهمها: تغير الأزمنة، وتغير الأمكنة، وتغير الأحوال، وتغير النيات، وتغير العوائد، فكل هذه أسباب تجعل المجتهد يغيّر من حكمه، فيخرج على مناط آخر غير الذي كان رأى، فالنبي -صلى الله عليه وسلم- شرع لأتمته إيجاب إنكار المنكر ليحصل بإنكاره من المعروف ما يحبه الله ورسوله، لكن إذا كان إنكار المنكر يستلزم ما هو أنكر منه وأبغض إلى الله ورسوله، فإنه لا يسوغ إنكاره وإن كان الله يبغضه ويمقت أهله، وهذا كالإنكار على الملوك والولاة بالخروج عليهم، فإنه أساس كل شر وفتنة إلى آخر الدهر^(١٤٠).

(١٣٨) الفروق ١/٤٥.

(١٣٩) إعلام الموقعين ٣/٦٦.

(١٤٠) إعلام الموقعين ٣/١٢.

من معالم الحضارة الاجتماعية في أصول الفقه (مراعاة حال المستفتي))

من الواجب على المفتي أن ينزل نفسه من المستفتي منزلة الطبيب من المريض الذي جاء يلتمس العلاج عنده، فكما أن الطبيب يحاول أن يتعرّف صورة المرض، وأسبابه، ويعطي من العلاجات ما يراه ناجحاً لمداواته، ويوجه بالإرشادات التي ينبغي اتباعها، فكذلك المفتي يخبر من جاءه مستبيناً مسترشداً في أمر قد نزل به، بالعلاجات القرآنية والنبوية، والتوجيهات المستوحاة من شريعة الله التي جعلها شفاءً ورحمة للمؤمنين، وقد صور لنا الإمام الشافعي ذلك بقوله: «المستفتي عليل، والمفتي طبيب، فإن لم يكن ماهراً بطبه وإلا قتله»^(١٤١).

وهذا الأمر قد أوّلاه الأصوليون عنايتهم البالغة، فطالما دعوا إلى ضرورة معرفة أحوال الناس، جاء عن الإمام أحمد - رضي الله عنه - : "لا ينبغي للرجل أن ينصب نفسه للفتيا حتى تكون فيه خمس خصال: أن تكون له نية، فإنه إذا لم تكن له نية، لم يكن عليه نور، ولا على كلامه نور، والثانية: أن يكون له وقار وسكينة، والثالثة: أن يكون قوياً على ما هو فيه، وعلى معرفته، والرابعة: الكفاية، وإلا مضغه الناس، والخامسة: معرفة الناس"^(١٤٢).

وقد عقب ابن القيم رحمه الله على الخصلة الخامسة بقوله: (أما قوله: "معرفة الناس"، فهذا أصل عظيم يحتاج إليه المفتي، فإن لم يكن فقيهاً في الأمر والنهي ثم يطبق أحدهما على الآخر، وإلا كان ما يفسد أكثر مما يصلح، فإنه إذا لم يكن فقيهاً في الأمر له معرفة بالناس تصور له الظالم بصورة المظلوم وعكسه، والمحق بصورة المبطل وعكسه، وراج عليه المكر والخداع والاحتتيال، وتصور له الزنديق في صورة الصديق، والكاذب في صورة الصادق، ولبس كل مبطل ثوب زور تحته الإثم والكذب والفجور، وهو لجهله بالناس وأحوالهم وعوائدهم وأعرافهم لا يميز هذا من هذا، بل

^(١٤١) الفقيه والمتفقه ٣٩٤/٢.

^(١٤٢) الواضح في أصول الفقه ٤٦٠/٥.

ينبغي له أن يكون فقيهاً في معرفة مكر الناس وخداعهم واحتيالهم وعوائدهم وأعرافهم؛ فإن الفتوى تتغير بتغير الزمان والمكان والعوائد والأحوال^(١٤٣).

إن من مراعاة حال المستفتي: مراعاة تغير الزمان والمكان؛ فهي سنة من سنن الخالق في تشريعه لخلقهم، يؤكد هذا الأمر الإمام القرافي بقوله: "هذه سنة الله في خلقه، فأول بدء الإنسان في زمن آدم كان الحال ضعيفاً ضيقاً فأبيحت لأختها وأشياء كثيرة وسع فيها، فلما اتسع الحال وكثرت الذرية، وعتت النفوس، حُرِمَ ذلك في زمن بني إسرائيل، وحُرِمَ السبت... وفُرِضَ عليهم خمسون صلاة... إلى غير ذلك من التشديدات، ثم جاء آخر الزمان فهزمت الدنيا وضعف الجسد، وقل الحبيب ولان النفوس، أحلت تلك المحرمات، وعملت الصلوات خمساً و خفت الواجبات، فقد اختلفت الأحكام و الشرائع بحسب اختلاف الأزمان و الأحوال، و ظهر أنها سنة الله في سائر الأمم، وشرع من قبلنا شرع لنا فيكون ذلك بيانا على الاختلاف عند اختلاف الأحوال في زماننا وظهر أنها من قواعد الشرع وأصول القواعد، ولم يكن بدعا عما جاء به الشرع"^(١٤٤).

ثم يأتي العلامة ابن خلدون فيقرر: أن أحوال العالم والأمم وعوائدهم ونحلهم لا تدوم على وتيرة واحدة ومنهاج مستقر، إنما هو اختلاف على الأيام والأزمنة وانتقال من حال إلى حال، وكما يكون ذلك في الأشخاص والأوقات والأمصار، فكذلك يقع في الآفاق والأقطار والأزمنة والدول، سنة الله التي قد خلت في عبادته"^(١٤٥).

ولذا أكد القرافي أن إصدار الفتوى دون مراعاة هذه التغيرات جهالة في الدين فقال: "إن إجراء الأحكام التي مدرکہا العوائد مع تغير تلك العوائد، خلاف الإجماع و جهالة في الدين، بل كل ما هو في الشريعة يتبع العوائد، يتغير الحكم فيه عند تغير العادة إلى ما تقتضيه العادة المتجددة"^(١٤٦).

(١٤٣) إعلام الموقعين ٤/١٥٧.

(١٤٤) ينظر: الذخيرة - ٤٦/١٠ - ٤٧.

(١٤٥) مقدمة ابن خلدون، ص ٢٨.

(١٤٦) الإحكام في تمييز الفتاوى من الأحكام. شهاب الدين القرافي، ص ٢٣١-٢٣١، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، ١٩٦٧م. وينظر: الفتوى ورعاية مقاصد الشريعة الإسلامية - بحث منشور بموقع:

<https://bennanikarim.wordpress.com/2013/12/10>

نتائج البحث:

أحسب الأمور الآتية كفيلاً بأن تظهر نتائج البحث:

■ أصول الفقه يعد موردًا لدعائم حضارية: لناظم معرفي يتمثل في الجمع بين قراءة الوحي والكون، أو بمعنى آخر: كتاب الله المسطور وكتاب الله المنظور، ولقد أتى القرآن بمقارنات بين الكتابين؛ كما في قوله تعالى: (الحمد لله الذي خلق السموات والأرض وجعل الظلمات والنور)، وقوله: (الذي خلق الموت والحياة ليبلوكم أيكم أحسن عملاً) ... (سبع سموات طباقاً)، فهذا كتاب الله المنظور، أما قوله تعالى: (الحمد لله الذي أنزل على عبده الكتاب ولم يجعل له عوجاً)، وقوله: (تبارك الذي نزل الفرقان على عبده ليكون للعالمين نذيراً) فهو كتاب الله المسطور، كما يمثل أصول الفقه أساساً فكرياً عماده الاجتهاد، ومنهجاً كلياً يجمع بين فقه التنزيل وفقه الواقع، والمعنى: أن أصول الفقه يساعد على إعطاء الحوادث الجديدة ما يناسبها من الأحكام، ذلك أن الحوادث وإن كانت متناهية في نفسها بانقضاء دار التكليف، إلا أنها لكثرتها وعدم انقطاعها ما دامت الدنيا، غير داخلية تحت حصر الحاصرين، فلا تعلم أحكامها جزئياً^(١٤٧).

■ أطلق أبو حامد الغزالي - رحمه الله - على أصول الفقه: علم الاستثمار! وعلى المجتهد: مستثمراً، وعلى الحكم الشرعي: استثماراً، وعلى الأدلة من الكتاب والسنة والإجماع: مثمراً، وعلى وجوه دلالتها: طرق الاستثمار^(١٤٨)، فإطلاق علم الاستثمار وتوصيف أركانه بهذه الأوصاف دليل على حضارة هذا العلم؛ فقد سلف أن الحضارة إحرار تقدم، وهو يتسع أن يكون استثماراً.

■ بلغت مسيرة [الحضارة] ذروتها بظهور المذاهب الفقهية؛ حيث الاجتهاد في أحكام أفعال العباد، بل لا تكاد تخلو كتب المذهب الواحد من أكثر من رواية في المسألة الواحدة، ولا ريب أن المذهب الفقهي الواحد قائم على أصول فقهية؛ فإن لكل فقه أساساً وأصلاً.

^(١٤٧) ينظر: فتاوى الأمة وأصول الفقه، د. سيف الدين عبد الفتاح، ص ٥٢١، ومعالج في الاجتهاد الفقهي ص ٣٤١ و ٣٤٥، والجوانب التربوية لأصول الفقه، ص ٥٥.
^(١٤٨) ينظر هذا التصور في: المستصفي، ص ٧.

■ تبنى بعض العلماء المعاصرين النظر إلى أصول الفقه باعتباره منهجاً علمياً لإدراك الوجود، بل هو شبيه بالمنهج التجريبي في علم الفيزياء، فيقول: "علم أصول الفقه هو المنهج الذي يوازي المنهج التجريبي في علم الفيزياء، فأصول الفقه هو منهج المسلمين في الوصول إلى الحق في مجال الوحي"^(١٤٩).

ثالثها: تجديد يتعلّق بمستجدات حياة الناس لوصولها بحبل الدين، وإيجاد الحلول المناسبة، بل اقتراح الصيغ الملائمة، وأصول الفقه وسيلة إلى ذلك أيضاً، وإليه أشار إمام الحرمين رحمه الله بقوله: "القول الكاشف للغطاء، المزيل للخفاء، أن الأمر لله والنبي منهيه، فإن لم يكن في العصر نبي، فالعلماء ورثة الشريعة، والقائمون في إنائها مقام الأنبياء، ومن بدع القول في مناصبهم أن الرسل يتوقع في دهرهم تبديل الأحكام بالنسخ، وطوارئ الظنون على فكر المفتين، وتغاير اجتهاداتهم يغير أحكام الله على المستفتين، فتصير خواطرهم في أحكام الله تعالى حالة محل ما يتبدل من قضايا أوامر الله تعالى بالنسخ". رابعها: تجديد هو اختراع وليس ابتداءً، ومنه ما أحدثه السلف من تدوين الدواوين، وإحداث السجون، والجمع للتراويح، وقد يكون مهما أحدثه الخلف من الاجتماع للذكر وتلاوة القرآن. خامسها: تجديد يتعلّق بالاجتهاد في أحكام لم يسبق فيها نظر للعلماء، أو سبق فيها النظر لكن ظهر ما يعارضه.

■ "من زاول علم أصول الفقه، وفقه ما اشتمل عليه من الضوابط والقواعد، جزم بأن جميع الاستنباطات العقلية التي وصلت عقول أهالي باقي الأمم المتمدنة إليها، وجعلوها أساساً لوضع قوانين تمدنهم وأحكامهم، قل أن تخرج عن تلك الأصول التي بنيت عليها الفروع الفقهية، التي عليها مدار المعاملات، فما يسمى عندنا بعلم أصول الفقه، يشبه ما يسمى عندهم بالحقوق الطبيعية أو النواميس الفطرية، وهو عبارة عن قواعد عقلية تحسناً وتقريباً، يؤسسون عليها أحكام المدنية"^(١٥٠).

(١٤٩) الأستاذ الدكتور/ علي جمعة، علم أصول الفقه وعلاقته بالفلسفة الإسلامية، ص ٢٦.
 (١٥٠) المرشد الأمين للبنات والبنين - لرفاعة الطهطاوي، ص ٢٦٧ و٢٦٨، ط/ دار الكتاب المصري، ودار الكتاب اللبناني، ٢٠١٢م.

- أصول الفقه يأتي استجابة حضارية لتوجيه نبوي يقضي بصيانة مصدر من مصادر الاستدلال (هو السنة النبوية) من أي محاولة تحجر من وظيفته؛ ففي سنن أبي داود رحمه الله من حديث أبي رافع -رضي الله عنه- أن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- قال: (لَا أَلْفِينٌ أَحَدَكُمْ مَتَكُنًا عَلَى أُرَيْكَتِهِ يَأْتِيهِ الْأَمْرُ مِنْ أَمْرِي مِمَّا أَمَرْتُ بِهِ أَوْ نَهَيْتُ عَنْهُ فَيَقُولُ: لَا نَدْرِي مَا وَجَدْنَا فِي كِتَابِ اللَّهِ اتَّبِعْنَاهُ)، وعلى ذلك -أعني صيانة مصادر الاستدلال- درج أهل العلم، فأقاموا علم أصول الفقه.
- جاء في خبر لرسول الله -صلى الله عليه وسلم-: «إِنَّ اللَّهَ يَبْعَثُ لِهَذِهِ الْأُمَّةِ عَلَى رَأْسِ كُلِّ مِائَةِ سَنَةٍ مَنْ يُجَدِّدُ لَهَا دِينَهَا»^(١٥١)، والتجديد الوارد في الخبر الشريف يمكن أن يجلي معالم حضارية لأصول الفقه، أولها: تجديد ما اندثر من أحكام الدين في حياة الناس، ثانيها: إنشاء طرائق خادمة للدين، ومنه: "من سن في الإسلام سنة حسنة"، فكون المنهج الأصولي داخلاً في هذا السنن غير بعيد.
- حيث ثبت أن القرآن الكريم منبع الحضارات قصصاً وعبراً ومنهجاً، فإن فهمه واستنباط ما فيه من أحكام سبيلها الوصول إلى التحضر لابد له من أدوات، هذه الأدوات هي أصول الفقه؛ باعتبار أن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب.
- طلب الربيع بن مهدي من الإمام الشافعي -رضي الله عنهما- أن يكتب له كتاباً في الناسخ والمنسوخ، وابتداء الإمام الشافعي مباحث رسالته بالبيان، يعد أول معلم حضاري فكري لأصول الفقه.
- العلم بأدلة الشريعة المعتمدة ومراتبها -بدءاً بالكتاب فالسنة فالإجماع فالقياس- سبيل بناء الحضارات، والجهل بها مهد ضياعها، فمهما قصر الناظر في دراية واحد منها فقد اقتبس شعبة من التخبط والضلال، وفي المقابل من كان متبحراً في الأدلة الشرعية أمكنه أن يستدل على غالب الأحكام بالنصوص والأقيسة، ولم يحتج معها إلى تكلف في الرأي أو استحداث أدلة لم يعتبرها الشارع، وهذا المعنى طاف حوله الإمام الشافعي -رحمه الله- في صدر رسالته حين قال: "فليست تنزل بأحد من أهل دين الله نازلة إلا وفي كتاب الله الدليل على سبيل

(١٥١) أخرجه أبو داود عن أبي هريرة رضي الله عنه ١٠٩/٤ - برقم ٤٢٩١.

الهدى فيها"، وليس يعني -رحمه الله - دلالة النص القرآني على عين كل نازلة، ولكنه يشير إلى مركزية القرآن الكريم في تقرير الأحكام، وذلك أن النازلة تكتسب حكمها من كتاب الله بتصميمه على خصوصها، أو بإلحاقها بما كان منصوصاً، أو باندرجها في مدلول نص عام، أو من خلال دليل آخر دل الكتاب الحكيم على اعتباره.

ويقول شيخ الإسلام ابن تيمية -رحمه الله-: "لا يوجد قط مسألة مجمع عليها إلا وفيها بيان من الرسول -صلى الله عليه وسلم-، وقد استقرنا موارد الإجماع فوجدناها كلها منصوصة"^(١٥٢)، والمراد أن العلم بدلائل الوحي يعصم من الزيغ، والجهل بها جسر موصل إلى سلسلة انحرافات يتفاوت خطرها بقدر بعدها عن رحاه، فكلما ابتعد المرء عن دائرة الوحي سارت به أهواؤه، ليبني أحكامه على أنقاض النصوص^(١٥٣).

■ قوله تعالى: "وما أنزلنا عليك الكتاب إلا لتبين" وأصول الفقه بيان، أو أدوات للبيان ويمكن أن يكون ذلك قياساً منطقياً فأقول: القرآن بيان للحضارات، وأصول الفقه علم بيان ما في القرآن، إذ أصول الفقه علم الحضارات.

■ المدقق في علم الأصول يلحظ أنه يشكل منهجية تشريعية تعنى بضبط مناحي الاستدلال، وتحديد سبل استنتاج المعاني من أدلة الشريعة في صورة كليات وقواعد إجمالية، وإن من معالم الحضارات فيه: أنه يتغيا استقراء الدلائل الإجمالية؛ بلوغاً لتقرير قواعد كلية تهدف إلى الوقوف على المعاني المقصودة شرعاً، لتغدو معاهد التدليل من قواعد التأصيل المستخرجة من الكتاب والسنة موصوفة بـ(الربانية)^(١٥٤).

■ مشكلة الأقول الحضاري معقدة ذات أعراض متعددة، وأمراض متنوعة، منها: انعدام المبادرة، وتراجع الاجتهاد والنظر في فقه الواقع، واعتماد استظهار المدونات والوقوف على حرفيتها نظاماً تعليمياً وفكرياً، وافتراق الكلمة وانشقاق الصف، تلك

(١٥٢) ينظر: مجموع الفتاوى ١٩ / ١٩٥ و ١٩٦.

(١٥٣) ينظر: من معالم الانحراف الأصولي، مشاري الشثري، بحث منشور بمجلة البيان السعودية، العدد ٢٩٩.

(١٥٤) ينظر: أثر القواعد الأصولية في ترشيد العمل الخيري، د. عبد الجليل زهير، ص ٣١٤.

بعض علامات الأقول الذي يحاول الباحث استنهاض الحضارة بأصول الفقه واستجلاء معالمها من خلاله، وإن العودة إلى أصول الفقه، ذلك المنهج الفريد الجامع بين إرشاد الوحي وسداد العقل أمر له فقه حضاري، بعقول أمة تلقّت الرسالة الخاتمة مؤتمنة عليها، ولذا كان لها الشهود، ﴿لِتَكُونُوا شُهَدَاءَ عَلَى النَّاسِ﴾ [البقرة: ٤٣] (١٥٥).

التوصيات:

يوصي الباحث بضرورة إكمال معالم الحضارات الأصولية، وتتنوع نظرتهم لتشمل معالم الحضارة العقدية، ومعالم الحضارة التربوية، ومعالم الحضارة الاقتصادية، ومعالم الحضارة السياسية، هذه دعوى حجتها: أن الحضارة تأتي أول ما تأتي من عقيدة المرء بخالقه سبحانه، وهذه العقيدة مُحْتَاجَةٌ إلى فكرٍ ينمّيها، حتى إذا ما استقرّ ليحيا دعت الضرورة إلى اجتماعٍ تتنظمه تربيةً راشدة، وإلى اقتصادٍ وسياسةٍ يقومان هذه الحياة.

ويقترح إنشاء مؤسسة علمية أصولية، معنية بتبنيّ البحوث الأصلية في مجال أصول الفقه، كما هو الحال في مقاصد الشريعة؛ أنشئ لها -على سبيل المثال- مركزُ دراساتٍ مقاصد الشريعة التابع لمؤسسة الفرقان للتراث الإسلامي بلندن.

المصادر والمراجع

- (١) الإبهاج في شرح المنهاج لتقي الدين ابن عبد الكافي السبكي وولده تاج الدين أبي نصر عبد الوهاب، ط/دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٦ هـ - ١٩٩٥ م.
- (٢) إثارات تجديدية في حقول الأصول، للشيخ الدكتور/ عبد الله بن بيه.
- (٣) أثر القواعد الأصولية في ترشيد العمل الخيري، د. عبد الجليل زهير، بحث منشور بمجلة المشكاة، كلية التربية، جامعة السلطان قابوس، العدد السابع، ٢٠٠٩ م.
- (٤) أثر الوسائل المستحدثة في إثبات الرؤية في الفقه الإسلامي، د. محمد الرملاوي، ط/ دار البشائر الإسلامية.

(١٥٥) إثارات تجديدية في حقول الأصول، للشيخ/ عبد الله بن بيه، ص ٧.

- ٥) الإحكام في أصول الأحكام لسيف الدين الآمدي (ت: ٦٣١هـ)، تحقيق/عبد الرزاق عفيفي، ط/المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق - لبنان.
- ٦) إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، لابن دقيق العيدن طبعة السنة المحمدية.
- ٧) أحكام القرآن لأبي بكر الرازي الجصاص الحنفي (ت: ٣٧٠هـ)، بتحقيق/ محمد صادق القمحاوي - عضو لجنة مراجعة المصاحف بالأزهر الشريف، ط/ دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٤٠٥هـ.
- ٨) أحكام مباشرة النساء في أثناء فترة الدماء، د. عبد الله بن عبد المحسن الطريقي، مجلة جامعة الإمام محمد بن سعود، العدد الرابع، رجب ١٤١١هـ.
- ٩) الاختيار لتعليل المختار " لعبد الله بن محمود بن مودود الموصللي (ت: ٦٨٣هـ)، ط/ مطبعة الحلبي - القاهرة، ١٣٥٦هـ - ١٩٣٧م.
- ١٠) إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول" للشوكاني (ت: ١٢٥٠هـ)، بتحقيق/الشيخ أحمد عزو عناية، الطبعة الأولى لدار الكتاب العربي، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.
- ١١) إسهام علم أصول الفقه في تعزيز قيم الوسطية، د.الناجي الأمين، بحث منشور بجامعة طيبة بالسعودية، ٢٠١١م.
- ١٢) الأشباه والنظائر للسيوطي (ت: ٩١١هـ)، الطبعة الأولى لدار الكتب العلمية، ١٤١١هـ - ١٩٩٠م.
- ١٣) الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر (ت: ٣١٩هـ) بتحقيق/ صغير أحمد الأنصاري أبي حماد، الطبعة الأولى لمكتبة مكة الثقافية، رأس الخيمة - الإمارات العربية المتحدة، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.
- ١٤) أصول السرخسي لشمس الأئمة السرخسي (ت: ٤٨٣هـ)، ط/دار المعرفة - بيروت.
- ١٥) أصول الفقه وعلاقته بالفلسفة الإسلامية، د. علي جمعة، ط/ المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ١٩٩٦م.
- ١٦) اعتبار المآلات، د. عبد الرحمن السنوسي، ط/ دار بن الجوزي، ١٤٢٤هـ.
- ١٧) الاعتصام للشاطبي (ت: ٧٩٠هـ)، بتحقيق: محمد بن عبد الرحمن الشقير، وسعد بن عبد الله آل حميد.

- ١٨) إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن قيم الجوزية (ت: ٧٥١هـ)، بتحقيق/ محمد عبد السلام إبراهيم، الطبعة الأولى لدار الكتب العلمية - بيروت، ١٤١١هـ - ١٩٩١م.
- ١٩) اقتضاء الصراط المستقيم لمخالفة أصحاب الجحيم- لابن تيمية (ت: ٧٢٨هـ)، بتحقيق: ناصر عبد الكريم العقل، الطبعة السابعة لدار عالم الكتب، بيروت، لبنان - ١٩٩٩م.
- ٢٠) الإقناع لابن المنذر (ت: ٣١٩هـ)، بتحقيق/ الدكتور عبد الله بن عبد العزيز الجبرين، الطبعة الأولى، ١٤٠٨هـ.
- ٢١) الأم لمحمد بن إدريس الشافعي (ت: ٢٠٤هـ)، ط/ دار المعرفة، بيروت، ١٤١٠هـ/ ١٩٩٠م.
- ٢٢) الأموال، لابن زنجويه (ت: ٢٥١هـ)، بتحقيق الدكتور/ شاكِر ذيب فياض، الطبعة الأولى لمركز الملك فيصل للبحوث والدراسات الإسلامية، السعودية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.
- ٢٣) أوائل الشهور العربية، للعلامة/ أحمد محمد شاكر، بدون طبعة وتاريخ.
- ٢٤) البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لابن نجيم المصري (ت: ٩٧٠هـ)، الطبعة الثانية لدار الكتاب الإسلامي.
- ٢٥) البحر المحيط في أصول الفقه، لأبي عبد الله بدر الدين الزركشي (ت: ٧٩٤هـ)، الطبعة الأولى لدار الكتب، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.
- ٢٦) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لعلاء الدين الكاساني (ت: ٥٨٧هـ) الطبعة الثانية لدار الكتب العلمية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.
- ٢٧) بدائع الفوائد لابن القيم (ت: ٧٥١هـ)، ط/ دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان.
- ٢٨) البرهان في أصول الفقه لإمام الحرمين أبي المعالي الجويني (ت: ٤٧٨هـ)، بتحقيق/ صلاح بن محمد بن عويضة، الطبعة الأولى لدار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.
- ٢٩) السنن الكبرى لأبي بكر البيهقي (ت: ٤٥٨هـ)، بتحقيق/ حمد عبد القادر عطا، الطبعة الثالثة لدار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.

- ٣٠) التحرير والتنوير المسمى: «تحرير المعنى السديد وتنوير العقل الجديد من تفسير الكتاب المجيد» لمحمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور التونسي (ت: ١٣٩٣هـ)، ط/ الدار التونسية للنشر، تونس، ١٩٨٤هـ.
- ٣١) التطور والثبات في فهم نصوص الشريعة - زياد مقداد.
- ٣٢) تفسير الطبري المسمى: "جامع البيان في تأويل القرآن" لابن جرير الطبري (ت: ٣١٠هـ)، بتحقيق: أحمد محمد شاكر، ط/ مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م.
- ٣٣) التقريب والإرشاد للقاضي أبي بكر الباقلاني (ت: ٤٠٣هـ)، بتحقيق د. عبد الحميد بن علي أبو زنيد، الطبعة الثانية لمؤسسة الرسالة، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م.
- ٣٤) التقرير والتحبير لابن أمير حاج (ت: ٨٧٩هـ)، الطبعة الثانية لدار الكتب العلمية، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.
- ٣٥) التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (ت: ٤٦٣هـ)، بتحقيق/ مصطفى بن أحمد العلوي، ومحمد عبد الكبير البكري، ط/ وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، ١٣٨٧هـ.
- ٣٦) تمهيد لتاريخ الفلسفة الإسلامية، للشيخ مصطفى عبد الرزاق، ط/ لجنة التأليف والنشر والترجمة، ١٩٤٤م.
- ٣٧) التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، لجمال الدين الإسنوي (ت: ٧٧٢هـ)، بتحقيق/د. محمد حسن هيتو، الطبعة الأولى لمؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤٠٠هـ.
- ٣٨) شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح لسعد الدين التفتازاني (ت: ٧٩٣هـ) ن ط/ مكتبة صبيح بمصر.
- ٣٩) ثبوت الأهلة في الشريعة الإسلامية، دراسة تخصص الطالب/ نهاد صالح طوسون، في الشريعة الإسلامية - بجامعة أم القرى في مكة.
- ٤٠) جامع بيان العلم وفضله لان عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (ت: ٤٦٣هـ)، بتحقيق/ أبي الأشبال الزهيري، الطبعة الأولى لدار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.

- (٤١) جماع العلم للإمام الشافعي (ت: ٢٠٤هـ)، الطبعة الأولى لدار الآثار، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م.
- (٤٢) حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح، للطحطاوي الحنفي (ت: ١٢٣١هـ)، بتحقيق/ محمد عبد العزيز الخالدي، الطبعة الأولى لدار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.
- (٤٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير" لابن عرفة الدسوقي المالكي (ت: ١٢٣٠هـ)، ط/ دار الفكر.
- (٤٤) الحاوي للموردي (ت: ٤٥٠هـ) بتحقيق/ علي محمد معوض، وعادل أحمد عبد الموجود، الطبعة الأولى لدار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.
- (٤٥) حجة الله البالغة ل شاه ولي الله الدهلوي» (ت: ١١٧٦هـ)، بتحقيق الشيخ/ السيد سابق، الطبعة الأولى لدار الجيل، بيروت، لبنان، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م.
- (٤٦) حقيقة القولين، للإمام الغزالي، مطبوع ضمن العدد الثالث من مجلة الجمعية الفقهية السعودية.
- (٤٧) الخصائص لابن جني (ت: ٣٩٢هـ)، ط/ الهيئة المصرية العامة للكتاب.
- (٤٨) خلق الإنسان بين الطب والقرآن، د. محمد البار، الطبعة الثامنة للدار السعودية للنشر والتوزيع - جدة.
- (٤٩) سنن الدارقطني لأبي الحسن الدارقطني (ت: ٣٨٥هـ)، بتحقيق/ شعيب الارنؤوط، وآخرين، الطبعة الأولى لمؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م.
- (٥٠) الذخيرة للقرافي (ت: ٦٨٤هـ)، بتحقيق/ محمد بي خبزة، الطبعة الأولى لدار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٩٩٤م.
- (٥١) الرسالة، للإمام الشافعي (ت: ٢٠٤هـ)، بتحقيق الشيخ/ أحمد شاكر، الطبعة الأولى لمكتبة الحلبي، مصر، ١٣٥٨هـ/ ١٩٤٠م.
- (٥٢) رفع الملام عن الأئمة الأعلام، لابن تيمية، ط/ الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد، الرياض، المملكة العربية السعودية، ١٩٨٣م.

- ٥٣) روضة الناظر وجنة المناظر، لابن قدامة المقدسي (ت: ٦٢٠هـ)، الطبعة الثانية لمؤسسة الريان، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م.
- ٥٤) زاد المسير في علم التفسير، لجمال الدين أبي الفرج ابن الجوزي (ت: ٥٩٧هـ)، بتحقيق/ عبد الرزاق المهدي، الطبعة الأولى لدار الكتاب العربي، بيروت، ١٤٢٢هـ.
- ٥٥) سنن ابن ماجه لأبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني (ت: ٢٧٣هـ)، بتحقيق/ شعيب الأرنؤوط وآخرين، الطبعة الأولى لدار الرسالة العالمية، ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م.
- ٥٦) شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، لمحمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني المصري الأزهري، بتحقيق/ طه عبد الرؤوف سعد، الطبعة الأولى لمكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.
- ٥٧) شرح الكوكب المنير لابن النجار الحنبلي (المتوفى: ٩٧٢هـ)، ط/ دار الفكر، بيروت.
- ٥٨) شرح تنقيح الفصول لشهاب الدين القرافي (ت: ٦٨٤هـ)، بتحقيق/ طه عبد الرؤوف سعد، الطبعة الأولى لشركة الطباعة الفنية المتحدة، ١٣٩٣هـ - ١٩٧٣م.
- ٥٩) شرح صحيح البخاري، لأبي الحسن ابن بطلال (ت: ٤٤٩هـ)، تحقيق/ أبي تميم ياسر بن إبراهيم، الطبعة الثانية لمكتبة الرشد، السعودية، الرياض، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م.
- ٦٠) الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وسننه وأيامه، المسمى: صحيح البخاري، للإمام البخاري (ت: ٢٥٦هـ)، بتحقيق/ محمد زهير بن ناصر الناصر، الطبعة الأولى لدار طوق النجاة، ١٤٢٢هـ.
- ٦١) المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم -، المسمى: صحيح الإمام مسلم، للإمام مسلم بن الحجاج النيسابوري (ت: ٢٦١هـ)، بتحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ط/ دار إحياء التراث العربي، بيروت.

- (٦٢) الضمان في الفقه الإسلامي، للشيخ/ علي الخفيف، ط/ دار الفكر العربي، ٢٠٠٠م.
- (٦٣) علم المقاصد الشرعية، د. نور الدين الخادمي، ط/ العبيكان، ٢٠٠١م.
- (٦٤) غياث الأمم في التياث الظلم، لإمام الحرمين (المتوفى: ٤٧٨هـ).
- (٦٥) تحقيق: عبد العظيم الديب، ط/ مكتبة إمام الحرمين، ١٤٠١هـ.
- (٦٦) فتاوى السبكي لتقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي (ت: ٧٥٦هـ)، ط/ دار المعارف.
- (٦٧) فتح الباري شرح صحيح البخاري، لابن رجب الحنبلي (ت: ٧٩٥هـ)، بتحقيق/ محمود بن شعبان بن عبد المقصود، وآخرين، الطبعة الأولى لمكتبة الغراء الأثرية، المدينة النبوية، ١٤١٧هـ.
- (٦٨) الفتح المبين في طبقات الأصوليين، للأستاذ الشيخ/ عبد الله مصطفى المراغي، ناشره: محمد علي عثمان ١٩٤٧م.
- (٦٩) الفتوى ورعاية مقاصد الشريعة الإسلامية، بحث منشور بموقع: <https://bennanikarim.wordpress.com/2013/12/10>
- (٧٠) الفتيا ومناهج الإفتاء، محمد الأشقر، ط/ مكتبة المنار، ١٩٧٦م.
- (٧١) الفروع لمحمد بن مفلح (ت: ٧٦٣هـ)، بتحقيق/ عبد الله بن عبد المحسن التركي، الطبعة الأولى لمؤسسة الرسالة ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.
- (٧٢) الفروق، المسمى: "أنوار البروق في أنواء الفروق"، لشهاب الدين القرافي (ت: ٦٨٤هـ)، ط/ عالم الكتب.
- (٧٣) الفقيه والمتفقه للخطيب البغدادي (٤٦٣هـ)، ط/ دار ابن الجوزي، الطبعة الثانية، ١٤٢١هـ.
- (٧٤) الفكر المقاصدي، د. أحمد الريسوني، ط/ جريدة الزمن، ١٩٩٩م.
- (٧٥) الفكر المنهجي العلمي عند الأصوليين، محمد عبد السلام عوام، ط/ المعهد العالمي للفكر الإسلامي.
- (٧٦) قواطع الأدلة في الأصول، لابن السمعاني (ت ٤٨٩هـ)، تحقيق/ محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، ط/ دار الكتب، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ - ١٩٩٩م.

- (٧٧) قواعد الأحكام في مصالح الأنام، للعز بن عبد السلام (ت: ٦٦٠هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٤ هـ - ١٩٩١ م.
- (٧٨) القواعد الشرعية ومقاصد الشريعة، عيسى بوراس، العدد السابع لمجلة الحياة الجزائرية.
- (٧٩) كشف القناع عن تضمين الصناع، لابن رجال المعداني (ت: ١١٤٠هـ)، بتحقيق/ محمد أبي الأجبان، ط/ الدار التونسية، ١٩٨٦ م.
- (٨٠) كيف نتعامل مع السنة النبوية؟ معالم وضوابط، د./ القرضاوي، ط/ دار الشروق، ٢٠٠٢ م.
- (٨١) مجموع الفتاوى، لشيخ الإسلام أحمد بن تيمية (ت: ٧٢٨هـ)، بتحقيق/ عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، ط/ مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية.
- (٨٢) المجموع شرح المذهب، للإمام النووي (ت: ٦٧٦هـ)، ط/ دار الفكر.
- (٨٣) المحصول للرازي (ت: ٦٠٦هـ)، دراسة وتحقيق/ الدكتور طه جابر فياض العلواني، الطبعة الثالثة لمؤسسة الرسالة، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م.
- (٨٤) المدونة للإمام مالك بن أنس (ت: ١٧٩هـ)، الطبعة الأولى لدار الكتب العلمية، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م.
- (٨٥) مراتب الإجماع لابن حزم الأندلسي الظاهري (ت: ٤٥٦هـ)، ط/ دار الكتب العلمية، بيروت.
- (٨٦) المرشد الأمين للبنات والبنين، لرفاعة الطهطاوي.
- (٨٧) مسند الإمام أحمد، للإمام أحمد بن حنبل - رضي الله عنه - (ت: ٢٤١هـ)، بتحقيق/ أحمد محمد شاكر، الطبعة الأولى لدار الحديث، القاهرة، ١٤١٦ هـ - ١٩٩٥ م.
- (٨٨) المسودة في أصول الفقه لآل تيمية، ط/ دار الكتاب العربي.
- (٨٩) المصنّف في الأحاديث والآثار لأبي بكر بن أبي شيبة، (ت: ٢٣٥هـ)، بتحقيق/ كمال يوسف الحوت، الطبعة الأولى لمكتبة الرشد، الرياض، ١٤٠٩ هـ.
- (٩٠) المصنّف لأبي بكر عبد الرزاق الصنعاني (ت: ٢١١هـ)، بتحقيق/ حبيب الرحمن الأعظمي، الطبعة الثانية للمجلس العلمي، الهند، ١٤٠٣ هـ.

- ٩١) المعتمد في أصول الفقه لأبي الحسين البصري (ت: ٤٣٦هـ)، الطبعة الأولى لدار الكتب العلمية، ١٤٠٣هـ.
- ٩٢) معجم مقاييس اللغة لابن فارس (ت: ٣٩٥هـ)، بتحقيق/ عبد السلام محمد هارون، ط/ دار الفكر، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.
- ٩٣) المغني لابن قدامة المقدسي (ت: ٦٢٠هـ)، ط/ مكتبة القاهرة، ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م.
- ٩٤) مقاصد الشريعة الإسلامية دراسات في قضايا المنهج ومجالات التطبيق، تصدره مؤسسة الفرقان للتراث الإسلامي، لندن.
- ٩٥) مقاصد الشريعة الإسلامية، للطاهر بن عاشور، بتحقيق/ محمد الحبيب ابن الخوجة، ط/ وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.
- ٩٦) المقدمة، لعبد الرحمن بن خلدون، ط/ الدار الذهبية.
- ٩٧) من معالم الانحراف الأصولي، مشاري الشترى، بحث منشور بمجلة البيان السعودية، العدد ٢٩٩.
- ٩٨) مناقب الشافعي، لأبي بكر البيهقي (ت: ٤٥٨هـ)، بتحقيق/ السيد أحمد صقر، الطبعة الأولى لمكتبة دار التراث، القاهرة، ١٣٩٠هـ - ١٩٧٠م.
- ٩٩) المناهج الأصولية، د. فتحي الدريني، ط/ مؤسسة الرسالة، ٢٠١٣م.
- ١٠٠) مناهج التأويل في الفكر الأصولي، إسماعيل نقاز، ط/ مركز نماء، ٢٠١٧م.
- ١٠١) المنتقى شرح الموطأ، لأبي الوليد الباجي (ت: ٤٧٤هـ)، الطبعة الأولى لمطبعة السعادة، مصر، ١٣٣٢هـ.
- ١٠٢) المنحول من تعليقات الأصول، للإمام الغزالي (ت: ٥٠٥هـ)، تحقيق/ الدكتور محمد حسن هيتو، الطبعة الثالثة لدار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، دار الفكر دمشق، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م.
- ١٠٣) منهاج الوصول إلى علم الأصول، للقاضي البيضاوي (ت: ٦٨٥هـ)، ط/ مؤسسة الرسالة.
- ١٠٤) الموافقات للشاطبي (ت: ٧٩٠هـ)، بتحقيق/ أبي عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، الطبعة الأولى لدار بن عفان، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م.

- ١٠٥) الموطأ للإمام مالك بن أنس - رضي الله عنه - (ت: ١٧٩هـ)، بتحقيق/ محمد مصطفى الأعظمي، الطبعة الأولى لمؤسسة زايد بن سلطان للأعمال الخيرية والإنسانية، الإمارات، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.
- ١٠٦) نشأة الفكر الفلسفي في الإسلام، د. علي سامي النشار، ط/ دار المعارف.
- ١٠٧) نظرات في التجديد، د. عباس شومان، ط/ مجمع البحوث الإسلامية، ٢٠١٨م.
- ١٠٨) نفائس الأصول في شرح المحصول، لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي (ت: ٦٨٤هـ)، بتحقيق/ عادل أحمد عبد الموجود، وعلي محمد معوض، الطبعة الأولى لمكتبة نزار مصطفى الباز، ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م.
- ١٠٩) نهاية الوصول في دراية الأصول للصفى الهندي الأرموي، رسالتنا عالمية: صالح سليمان اليوسف، وسعد سالم السويح، بجامعة الإمام بالرياض.
- ١١٠) الواضح في أصول الفقه، لأبي الوفاء بن عقيل (ت: ٥١٣هـ)، بتحقيق د/ عبد المحسن التركي، ط/ مؤسسة الرسالة.

زواج الخاطف بالمخطوفة القاصر (رخصة للعنف أم قيد مصلحة)

الدكتور/ بوشي يوسف*

المخلص:

رغم التطورات السياسية والقانونية التي شهدتها المجتمع الدولي في موضوع حقوق المرأة؛ إلا أننا نجد العديد من القوانين العقابية كقانون العقوبات الجزائري في موقف مرتبك ومتناقض مع الأهداف والغايات عند صياغة النصوص الجنائية كرد فعل عن الاعتداءات التي تقع على المرأة بذاتها، ومن بينها ما تعلق بحريتها، وسلامتها الجسدية والجنسية.

وهو ما أعربت عنه التقارير الدولية من طرف لجنة مناهضة التمييز ضد المرأة، ومن بين صور هذا التناقض والتضارب مسألة زواج المخطوفة القاصر من خاطفها، وعدّه مانعاً من المتابعة القضائية التي تُعلّق على شرط تقديم شكوى ممن لهم الحق في إبطال الزواج، وهذا ما يُشكّل في نظر البعض رخصة يستغلها الجناة في خدمة نواياهم الإجرامية؛ للتهرب من المسؤولية الجنائية.

الكلمات المفتاحية: المخطوفة القاصر - زواج الخاطف - الشكوى - المتابعة - الحق في العقاب.

* أستاذ محاضر (أ) - جامعة ابن خلدون تيارت - الجزائر.



Kidnapper's Marriage to a Minor Kidnapped Child (Allowance of Violence or Restriction of Interest)

Dr. Bouchi Youcef

Abstract:

Despite the political and legal developments witnessed by the international community on the subject of women's rights, we find many punitive laws such as the Algerian Penal Code in a situation that is inconsistent with the goals and objectives when establishing the law that criminalizes attacks on women themselves, including those related to their freedom and physical and sexual integrity.

This is confirmed by the international reports of the Committee against Discrimination against Women, for example the issue of the marriage of a minor abducted by her abductor, which is considered to be an obstacle to judicial follow-up. Unless you represent a complaint against those who have the right to end up marriage. This is the point of view of some people, it is used as a license exploited by criminals in the service of their criminal intent to escape from their criminal responsibility

Keywords: Abducted Minor - Kidnapper's Marriage - Complaint - Follow-up - Right to Punishment .

المقدمة

رغم التطورات السياسية والقانونية التي شهدتها المجتمع الدولي في موضوع حقوق المرأة والمحافظة على صحتها وأدميتها؛ إلا أنه لا يزال هناك نقص كبير في تعامل القانون الداخلي مع العنف ضد المرأة^(١)، ومن الموائيق الدولية إعلان القضاء على العنف ضد المرأة لعام (١٩٩٣م) الذي يُعد الصك الأول-في هذا المجال- الذي تم إصداره من جهة أعضاء الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة، حيث عرّف العنف ضد المرأة في المادة الأولى بأنه: "لأغراض هذا الإعلان يعني تعبير العنف ضد المرأة، أي فعل عنيف تدفع إليه عصبية الجنس ويترتب عليه أو يرجح أن يترتب عليه أذى أو معاناة للمرأة سواء من الناحية الجسمانية أو الجنسية أو النفسية، بما في ذلك التهديد بأفعال من هذا القبيل أو القسر والحرمان التعسفي من الحرية سواء حدث ذلك في الحياة العامة أو الخاصة"^(٢).

وبمقارنة هذه النصوص والموائيق الدولية -أو بعضها على الأقل- مع موقف القوانين العقابية لا سيما قانون العقوبات الجزائري نجده في موقف مرتبك ومتناقض مع الأهداف والغايات عند صياغة النصوص الجنائية كرد فعل عن الاعتداءات التي تقع على المرأة بذاتها، ومن بينها ما تعلّق بحريتها وسلامتها الجسدية والجنسية. وهو ما عبّر عنه التقرير المقدم من اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، في دورتها الحادية والخمسون في ٢ آذار/ مارس ٢٠١٢م كرد عن التقرير

(١) شهبال دزبي، العنف ضد المرأة، دراسة مقارنة في القانون الدولي العام والقانون العام الداخلي، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، ٢٠١٠م، ص، ١٦.
(٢) المادة الثانية من إعلان القضاء على العنف ضد المرأة لعام ١٩٩٣م.

الجامع للتقريرين الدوريين الثالث والرابع للجزائر (CEDAW/C/DZA/3-4) في جلستها (١٠٣١ و ١٠٣٢) المعقودتين في ٢٢ شباط/فبراير ٢٠١٢م حيث جاء فيه: "تُعرب اللجنة مجدداً عن قلقها من أن تشريع الدولة الطرف، بالرغم من الأحكام الواردة في المادتين (٢٩ و ٣١) من الدستور واللتين تتصان على المساواة أمام القانون دون تمييز بما في ذلك التمييز القائم على أساس الجنس، يفتقر إلى الأحكام المدنية والجنائية الشاملة التي تُحدد وتمنع التمييز ضد المرأة طبقاً للمادة ١ من الاتفاقية، فضلاً عن الأحكام المتعلقة بالحقوق المتساوية للمرأة تماشياً مع المادة ٢ (أ) من الاتفاقية، وهو ما يحول دون إمكانية إنفاذ المبدأ الدستوري المتعلق بالمساواة على نحو فعال".

ويضيف التقرير في عنصر آخر تحت عنوان (القوانين التمييزية) بأنه: "ترحب اللجنة إدخال عدد من التعديلات التشريعية الرامية إلى القضاء على التمييز ضد المرأة على النحو المشار إليه أعلاه، ولكنها تعرب عن قلقها؛ لأن العديد من الأحكام لا تزال باقية في قوانين، مثل قانون الأسرة وقانون العقوبات، وهي مناقضة لالتزامات الدولة الطرف بمقتضى الاتفاقية، وغيرها من صكوك حقوق الإنسان الدولية ذات العلاقة بالموضوع"^(٣).

ولقد لفت انتباهنا موضوع -في إطار قانون العقوبات- مرتبط بالعنف الواقع على المرأة أو الفتاة القاصر والمُتمثل في خطف القاصر، وهو الفعل المعاقب عليه وفقاً

(٣) تقرير اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، الدورة الحادية والخمسون، ١٣ شباط/فبراير - ٢ آذار/مارس ٢٠١٢م، الملاحظات الختامية للجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، الجزائر، ٢٠١٢م، ص ٦.

لنص المادة (٣٢٦) من قانون العقوبات بقولها: "كل من خطف أو أبعده قاصراً لم يكمل الثامنة عشرة وذلك بغير عنف أو تهديد أو تحايل أو شرع في ذلك فيعاقب بالحبس لمدة من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من ٢٠.٠٠٠ إلى ١٠٠.٠٠٠ دينار. وإذا تزوجت القاصر المخطوفة أو المبعدة من خطفها فلا تتخذ إجراءات المتابعة الجزائية ضد هذا الأخير إلا بناء على شكوى الأشخاص الذين لهم صفة في طلب إبطال الزواج ولا يجوز الحكم عليه إلا بعد القضاء بإبطاله"^(٤).

وتقابل هذه المادة من قانون العقوبات الفرنسي المادة (٣٥٦) التي خضعت لعدة تعديلات إلى غاية إلغائها سنة (١٩٩٤م)^(٥) التي تنص على أنه: "يعاقب بالسجن لمدة تتراوح بين سنتين وخمس سنوات والغرامة من ٥٠٠ ف إلى ١٥٠٠٠ ف كل من خطف أو اختطف، أو حاول خطف أو تحويل أي قاصر عمره ثماني عشرة سنة.

(٤) المادة ٣٢٦ من الأمر ٦٦-١٥٦ المؤرخ في ٨ يونيو ١٩٦٦م المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

(٥) Article 356 Code pénal (ancien) Créé par Loi 1810-02-17 promulguée le 27 février 1810, Modifié par Ordonnance 45-1417 1945-06-28 art. 1 JORF 29 juin 1945, Modifié par Loi 56-1327 1956-12-29 art. 7 JORF 30 décembre 1956, Modifié par Ordonnance n°58-1298 du 23 décembre 1958 - art. 31 JORF 24 décembre 1958, Modifié par Loi n°85-835 du 7 août 1985 - art. 8 (VT) JORF 8 août 1985 en vigueur le 1er octobre 1985, Abrogé par Loi n°92-1336 du 16 décembre 1992 - art. 372 (V) JORF 23 décembre 1992 en vigueur le 1er mars 1994.

- **Article 356 France** : Celui qui, sans fraude ni violence, aura enlevé ou détourné, ou tenté d'enlever ou de détourner, un mineur de dix-huit ans, sera puni d'un emprisonnement de deux à cinq ans et d'une amende de 500 F à 15000 F. Lorsqu'une mineure ainsi enlevée ou détournée aura épousé son ravisseur, celui-ci ne pourra être poursuivi que sur la plainte des personnes qui ont qualité pour demander l'annulation du mariage et ne pourra être condamné qu'après que cette annulation aura été prononcée.

عندما تتزوج القاصر أو المختطفة من أحد الخاطفين، لا يمكن مقاضاته إلا بشكوى أشخاص لديهم الحق في طلب إلغاء الزواج، ولا يمكن أن يتم الحكم عليه إلا بعد أن يتم النطق بالإلغاء".

والفقرة الأخيرة من المادتين -في القانون الفرنسي والجزائري- هي محل دراستنا وأكثر ما يهمنا، ويبدو التطابق واضحاً بين النصين لفظاً ومضموناً. غاية ما هنالك أن القانون ترك لمن له مصلحة (لمن له الحق في إبطال الزواج) ليقرر هذه المصلحة في مسامحة الجاني أو التصالح معه، بزواجه بمخطوفته ورض الطرف عما اقترفه، أو إقامة شكوى التي بمقتضاها تتحرك النيابة العامة لتحريك الدعوى العمومية ومباشرتها وتوقيع العقاب.

أهمية الموضوع وأهدافه:

يحظى موضوع اختطاف الفتاة القاصر والزواج بها بأهمية كبيرة من حيث محل الحماية في القانون الجنائي (وهي الطفولة) فالاعتداء على القصر اعتداء على الطفولة، ولقد نصّت المادة (٧٢) من الدستور الجزائري بأنه: "تحظى الأسرة بحماية الدولة والمجتمع، تحمي الأسرة والدولة والمجتمع الطفل، يقمع القانون العنف ضد الأطفال"^(٦). وتعد حماية الطفولة مما تقتضيه الفطرة الإنسانية لعدم اكتمال النضج

(٦) الدستور الجزائري ٢٨ نوفمبر ١٩٩٦م، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم ٩٦-٤٣٨ مؤرخ في ٢٦ رجب عام ١٤١٧هـ - الموافق ٧ ديسمبر سنة ١٩٩٦م، والذي يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، المصادق عليه في استفتاء ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٩٦م، في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد ٧٦ المؤرخة في ٨ ديسمبر ١٩٩٦م. المعدل وآخر تعديل بالقانون رقم ١٦-٠١ المؤرخ في ٦ مارس ٢٠١٦م الجريدة الرسمية رقم ١٤ المؤرخة في ٧ مارس ٢٠١٦م.

العقلي، إضافة إلى الضعف الجسدي والنفسي للطفل أو القاصر، ما يجعل الدعوات تتعالى، دولية^(٧) كانت أم وطنية لحماية هذه الفئة بأولوية^(٨)، وهي مناسبة جعلت المشرع يصدر القانون (١٥-١٢)^(٩) المتعلق بحماية الطفل.

إضافة إلى انتشار الجرائم الواقعة على الفُصّر في الآونة الأخيرة - كما سنبينه لاحقاً - بشكل كبير، ما حتم على المشرع تحت ضغط الشارع إلى إعادة النظر في النصوص المتعلقة بالطفل في قانون العقوبات^(١٠)، بتجريم صور عديدة ومنها؛ التحرش الجنسي^(١١) وغيرها. غير أنه لا تزال الجزائر ضمن قائمة معتبرة من الدول

(٧) اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بحقوق الطفل، صادقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ ٢٠ نوفمبر ١٩٨٩م، وصادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم التشريعي رقم ٩٢-٠٦ المؤرخ في ١٧/١١/١٩٩٢م، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم ٨٣ المؤرخة في ١٨/١١/١٩٩٢م؛ الميثاق الإفريقي لحقوق الطفل وصحته ورفاهيته المعتمد بأديس بابا سنة ١٩٩٠م، صادقت عليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم ٠٣-٢٤٢، المؤرخ في ٨ يونيو ٢٠٠٣م، المتضمن التصديق على الميثاق الإفريقي لحقوق الطفل وصحته ورفاهيته، الجريدة الرسمية عدد ٤١، المؤرخة في ٩ يوليو ٢٠٠٣م. ولقد نصت المادة ٢ من هذا القانون بأنه: "يقصد في مفهوم هذا القانون بما يأتي: - الطفل كل شخص لم يبلغ الثامنة عشرة (١٨) سنة كاملة...".

(٨) يتكرر في القانون (١٥-١٢) مصطلح **المصلحة الفضلى للطفل**... يؤخذ بعين الاعتبار في تقدير المصلحة الفضلى للطفل، كدليل على إيلاء المشرع أهمية بالغة للطفل في جميع الجوانب المعنوية والفكرية والعاطفية والبدنية والوسط العائلي.

(٩) القانون رقم ١٥-١٢ المؤرخ في ٢٨ رمضان ١٤٣٦هـ - الموافق لـ ١٥ يوليو ٢٠١٥م، المتعلق بحماية الطفل، الجريدة الرسمية رقم ٣٩ المؤرخة في ١٩ يوليو ٢٠١٥م.

(١٠) من بين القوانين المعدلة لقانون العقوبات في إطار الجرائم المرتكبة على الأطفال، القانون ٠٦-٢٣ المؤرخ في ٢٠ ديسمبر ٢٠٠٥م، والقانون ١٤-٠١ المؤرخ في ٤ فبراير ٢٠١٤م؛ ١٥-١٩ المؤرخ في ٣٠ ديسمبر ٢٠١٥م.

(١١) نصّت المادة (٣٤١) مكرر والمضافة بموجب القانون ١٥-١٩ المعدل والمتمم لقانون العقوبات الجزائري بأنه: "يعد مرتكباً لجريمة التحرش الجنسي... كل شخص يستغل سلطة وظيفته أو ==

التي لم تلغ فكرة زواج المخطوفة من الخاطف كمانع من المتابعة، الأمر الذي يعد انتهاكاً كبيراً لحماية الطفولة، وإهداراً لحقوق المرأة بشكل عام.

تهدف دراسة الموضوع إلى بيان عوار هذا النص وإخلالاته على صعيد القواعد العامة في القانون الجنائي، وفي مجالات السياسة الجنائية، وتناقضاته ضمن أحكام قانون الأسرة، ومخالفاته للواقع الذي يشهد تطور الظواهر الإجرامية الواقعة على الفتيات القُصّر.

إنها دعوة صادقة للمُشرِّع في اتجاه العدول وإلغاء هذا المانع من المحاكمة، بإطلاق يد النيابة العامة في تحريك الدعوى العمومية باعتباره الأصل، تحقيقاً لرغبة الأصوات المنادية بإلغائها وتكريس لحق الدولة في العقاب.

نطاق البحث وإشكاليته:

لإبراز عيوب النص المُتعلِّق بزواج المخطوفة من الخاطف يتحتم علينا دراسة الموضوع ببيان النموذج القانوني لجريمة اختطاف الفتاة القاصر في قانون العقوبات الجزائري، إضافة إلى وضع المسألة ضمن الأحكام العامة للقانون الجنائي، ثم بيان الاعتراضات الموجهة لهذا النص مع الاستعانة ببعض النصوص المُقارنة المطابقة أو المفارقة له على سبيل المقارنة، باعتباره المنهج الملائم للبحث، إضافة إلى المنهج التحليلي الذي يستهدف بالدراسة والتحليل لمختلف الأحكام القانونية التي تنيرها مسألة زواج المخطوفة من الخاطف، وبيان موطن القصور بمؤازرة أحكام القضاء.

==مهنته عن طريق إصدار الأوامر للغير أو بالتهديد أو الإكراه أو ممارسة ضغوط عليه قصد إجباره على الاستجابة لرغباته الجنسية، يعد مرتكباً للجريمة... كل من تحرش بالغير بكل فعل أو لفظ أو تصرف يحمل طابعاً أو إيهاماً جنسياً...". كما أن المادة ١٤٣ من القانون ١٥-١٢ جاءت لتؤكد على تجريم القانون عن طريق الإحالة إلى قانون العقوبات كل الجرائم الواقعة على الطفل لا سيما الاستغلال الجنسي للطفل واستعماله في البغاء وفي الأعمال الإباحية والاتجار به والتسول به أو تعريضه للتسول واختطاف الطفل.

وعلى العموم فإن الموضوع يثير العديد من التساؤلات، يمكن تلخيصها في: ما هي العلة من إقرار هذا الحكم في القوانين العقابية على وجه العموم وفي القانون الجزائري على وجه الخصوص؟ وهل يُعد زواج الخاطف من المخطوفة مبرراً كافياً لإعفائه من العقاب؟ وما طبيعة هذا المبرر ضمن القواعد العامة للقانون الجنائي؟ وهل يُعد رخصة مشجعة على العنف أو أن مصلحة عدم العقاب أولى بالاعتبار؟ للإجابة على هذه التساؤلات نحاول أن نتناول الموضوع في ثلاثة مطالب؛ دراسة جريمة خطف الفتاة القاصر (المطلب الأول) ثم زواج الخاطف بالمخطوفة كمانع للمتابعة (المطلب الثاني) والاعتراضات الموجهة إلى هذه الفكرة (المطلب الثالث).

المطلب الأول

جريمة خطف الفتاة القاصر

قبل الخوض في بيان الاعتراضات المرتبطة بموضوع زواج المخطوفة القاصر بخاطفها كمبرر أو مانع من المتابعة، لا بد لنا أن نتطرق لجريمة الاختطاف ببيان نموذجها القانون ومشتراطاتها في ظل قانون العقوبات الجزائري، أي عناصرها التي يفترضها المشرع الجنائي لاكتمال النموذج القانوني للجريمة، مع ما يثيره من إشكالات، وفي البداية علينا أن نعرف جريمة الاختطاف القاصر (الفرع الأول) ثم دراسة أركان جريمة خطف القاصر (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف جريمة الخطف

لا تضع التشريعات تعريفاً محدداً لهذه الجريمة، وهو ما درج عليه قانون العقوبات الجزائري، وعلى خلاف من ذلك نجد قانون العقوبات السوداني في المادة (١٦٢) قد عرّف الاختطاف بأنه: "كل من يرغم أي شخص بالقوة أو يغيره بأية طريقة من طرق

الخداع على أن يغادر مكاناً ما بقصد ارتكاب جريمة اعتداء على نفس ذلك الشخص أو حرّيته"^(١٢).

ولقد عرّف بعض الباحثين جريمة الاختطاف بأنها: "التعرض المفاجئ والسريع بالأخذ والسلب لما يمكن أن يكون محل استناداً إلى قوة مادية أو معنوية ظاهرة أو مستترة"^(١٣).

ويعرّف الاختطاف أيضاً بأنه: "انتزاع الشيء المادي أو المعنوي من مكانه وإبعاده عنه بتمام السيطرة عليه". ويؤخذ على هذين التعريفين عدم الدقة من حيث عدم بيان محل الاختطاف، كما لم يبين أسلوب الاختطاف بالعنف أو الإكراه أو الحيلة أو الاستدراج أو بدونه.

ومن التعريفات من أقرنت الخطف بقاء كونه واقعاً على إنسان فقط، فقد عرّفه البعض بأنه: "سلب الفرد أو الضحية حرّيته باستخدام أسلوب أو أكثر من أساليب العنف والاحتفاظ به في مكان ما يخضع لسيطرة وحماية ورقابة المختطفين تحقيقاً لغرض معين"^(١٤). وهذا التعريف اشترط في الخطف أن يكون بأسلوب أو أكثر من أساليب العنف، في حين أن المادة (٣٢٦) من قانون العقوبات الجزائري أوضحت أن الخطف قد يكون من غير عنف أو تهديد أو تحايل، فإذا توفرت هذه الأساليب العنيفة، تطابق الفعل مع النص التجريمي في المادة (٢٩٣) مكرر ١ التي تنص على أنه: "يعاقب بالسجن المؤبد كل من يخطف أو يحاول خطف قاصر لم يكمل ثمانية عشرة سنة، عن طريق العنف أو التهديد أو الاستدراج أو غيرها من الوسائل".

(١٢) المادة ١٦٢ من قانون العقوبات السوداني لسنة ١٩٩١م.

(١٣) كمال عبد الله محمد، جريمة الخطف في قانون مكافحة الإرهاب والعقوبات - دراسة مقارنة، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، ٢٠١٢م، ص ٢٦.

(١٤) عبد الناصر حريز، الإرهاب السياسي، دراسة تحليلية، مكتبة مدبولي، القاهرة، مصر، ١٩٩٦م، ص ١٥٠.

وفي المجال القضائي عرّفت محكمة النقض السورية الخطف بأنه: "عبارة عن انتزاع المخطوف من محل وجوده ونقله من المكان الذي أخذ منه إلى مكان آخر، والخداع هو كل أسلوب من شأنه التأثير على إرادة المعتدى عليه ويسلبه الرضا"^(١٥). وهذا التعريف قريب جداً من المعنى الاصطلاحي الفقهي، لكنه لم يقصر أو يشترط في الخطف استعماله بالعنف أو (بغيره وهو أمر محمود) كما سنبينه، إضافة إلى أنه أعطى صورة الخداع كمثال لسلب الحرية والإرادة، رغم أنها لم تقصر الخطف على الأفراد.

ومن التعريفات لجريمة الخطف بشكل عام: "الخطف هو الأخذ السريع باستخدام كافة أشكال القوة أو بطريق التحايل أو الاستدراج، لما يمكن أن يكون محل لهذه الجريمة، وإبعاد المجني عليه من مكانه أو تغيير خط سيره، وذلك بتمام السيطرة عليه دون الفصل بين الفعل وبين الجرائم اللاحقة له، وبغض النظر عن كافة الدوافع"^(١٦)، وهذا التعريف في نظرنا يشتمل على جميع عناصر الجريمة ومحدداتها:

- يطابق التعريف معنى الاختطاف (الأخذ بسرعة).
- يشمل كل ما يمكن أن يكون محلاً للاختطاف.
- يبيّن أساليب الخطف التي تكون بكل صنوف القوة أو التحايل أو بالاستدراج.
- الهدف من الخطف هو إبعاد الضحية من مكانها أو تغيير خط سيرها دون إرادة للمجني عليه.
- تمام السيطرة على المجني عليه بإبعاده إلى مكان غير مكانه.
- تطرق التعريف إلى الجرائم المصاحبة أو اللاحقة للجريمة.
- لا يراعي المُشرِّع في الخطف دافعاً مُعيَّناً.

(١٥) نقض سوري، جناية ٣٢٠ قرار ٢٤٤ تاريخ ٦/٣/١٩٦٨م. مقتبس عن: رزان محمد ياسر العليبي، صفاء أوتاني، جريمة الخطف في القانون السوري، مجلة جامعة البعث، المجلد ٣٨، العدد ١، ٢٠١٦م، ص ٩٠.

(١٦) كمال عبد الله محمد، المرجع السابق، ص ٢٨.

وفي مجال البحث فإننا نفضل التعريف الذي يبيّن العناصر المرتبطة بالموضوع، وهو محل الاختطاف، وهي الفتاة القاصر وسنها وعملية الخطف (أي وسيلة الخطف)، ومن خلال تبيان هذه العناصر، فإننا نرى أن نعرّف خطف الفتاة القاصر بأنه: "انتزاع أو نقل الفتاة القاصر التي لم تبلغ ثمانية عشرة سنة من بيتها ونقلها إلى بيئة أخرى بأسلوب من أساليب العنف أو التهديد أو التحايل أو بدون ذلك، وإخفائها عن لهم الحق في المحافظة عليها"، ويبيّن هذا التعريف عناصر مهمة في الجريمة وهي:

- محل الجريمة وهو الفتاة القاصر.
 - عنصر الانتزاع أو النقل إلى بيئة أخرى.
 - أسلوب النقل والانتزاع.
 - إخفاء المخطوفة القاصر عن من لهم الحق في الحفاظ عليها.
- وهذا التعريف يتلاءم مع مفهوم المُشرّع الجزائري للاختطاف -ومن بعده القضاء كما سنبينه-، وفقاً لنصي المادتين (٣٢٦ و ٢٩٣) مكرر ١ من قانون العقوبات، غير أننا لا نؤيد منحى المُشرّع والقضاء في مفهومهما للاختطاف؛ ذلك أن معنى الاختطاف يقتضي العنف، أو التهديد، أو التحايل، أو الاستدراج، أو الإغواء.
- أما عن موقف القضاء الجزائري فقد عدّ إغراء الطفل نوعاً من الحيلة، حتى ولو وافق الطفل على السير مع خاطفه، وفي هذا الصدد صدر قرار عن المحكمة العليا عن غرفة الجنح والمخالفات بتاريخ ٥ جانفي ١٩٧١م بأنه: "الجريمة تقوم في حق من خطف أو أبعده قاصراً حتى ولو كان هذا الأخير موافقاً على اتباع خاطفه"^(١٧).
- ورغم هذا القرار إلا أنه في حالة هروب القاصرة من بيت والديها من تلقاء نفسها من غير تأثير من خاطفها فقد قرر القضاء انتفاء الجريمة. حيث جاء في القرار الصادر بتاريخ ٥ جانفي ١٩٨٨م بأنه: "تشتت المادة (٣٢٦) من قانون العقوبات

(١٧) قرار المحكمة العليا، غرفة الجنح والمخالفات، رقم ١٢٦١٠٧، بتاريخ ١/٥/١٩٧١م، نشرة القضاء، العدد ١ لسنة ١٩٧١م، ص ٤٥.

لتطبيقها توافر فعل الخطف أو الإبعاد، بحيث إنه إذا ثبت أن القاصرة تعمدت الهروب من بيت والديها من تلقاء نفسها دون تدخل المتهم أو تأثير منه انتفت الجريمة^(١٨). وهذا المنحى يمكن رفضه من عدة جوانب: من جانب المعنى الواضح للاختطاف، ومن جانب آخر ما يقتضيه القاصر.

فالمعنى الواضح للاختطاف أنه من غير المتصور تحقيق فعل الاختطاف من غير عنف، ولا تهديد، ولا حيلة، أو تحايل، أو تدليس، أو غير ذلك، ولعل هذا الأمر الذي جعل العديد من التشريعات لا تفترض في الخطف إلا بصورة من صور العنف، فالخطف لغة: "انتزاع الشيء من مالكه، أو حائزه بالقوة والتدليس". ولتحقق الركن المادي لا بد أن يكون الخطف بالإكراه؛ أي جبراً عن المخطوف ورغماً عن إرادته أو بالتحايل عليه، الأمر الذي مفاده إن إرادته إما معدومة بالإكراه والعنف أو مغلوبة بالتدليس.

كما أننا -من جانب آخر- نرى عدم صحة فعل هروب القاصر من تلقاء نفسها أو بمحض إرادتها كسبب لانتفاء وصف الاختطاف لاعتبارات قصر السن؛ لأن هذا الهروب يصدق في حال كون الفتاة بالغة، أما وأن الفتاة قاصرة فلا يعتد برضاها. ولما كان موقف المُشرِّع في التفرقة بين فعل الخطف بعنف أو من غير عنف في غير محله، مع ما يتفرع عنه من اعتبار زواج الخاطف بالمخطوفة قد يكون مُبرراً لمنع محاكمة الجاني إلا بشكوى -في حالة الاختطاف من غير عنف أو ما في حكمه- فإن هذا الحكم في غير محله كذلك؛ لأن المُقدِّمات إذا كانت غير موفقة استعارت النتائج الحكم نفسه.

(١٨) قرار المحكمة العليا، غرفة الجناح والمخالفات، رقم ٤٩٥٢١، بتاريخ ١٥/١/١٩٨٨م، المجلة القضائية، العدد ٢ لسنة ١٩٩١م، ص ٢١٤.

الفرع الثاني

أركان جريمة خطف القاصر وإبعادها

تقتضي دراسة أركان جريمة خطف الفتاة القاصر بيان عناصر السلوك المادي للجريمة (أولاً)، ثم بيان الركن المعنوي (ثانياً)، بالتفصيل الآتي:
أولاً- عناصر السلوك المادي للجريمة:

لاكتمال النموذج القانوني لهذه الجريمة يجب بيان عناصر السلوك المادي والمُتمثل في العنصر المفترض وهو محل الجريمة؛ أي المجني عليه (I) ثم شرط أن يكون الخطف من غير عنف ولا تهديد أو تحايل (II) .

I. المجني عليه في الجريمة:

يشترط لقيام الجريمة أن تكون الضحية قاصراً لم تكمل الثامنة عشر، وإن كان المُشرّع لم يبين جنس المخطوف -ذكر أو أنثى- في الفقرة الأولى "كل من خطف أو أبعده قاصراً". غير أنه لما تكلم عن زواج الخاطف من المخطوفة يكون قد ميّز بين الذكر والأنثى في الفقرة الثانية، وخص الإناث القصر بخصوصية موضوعية وإجرائية، بينما ميّز قانون العقوبات المصري في الخطف بين الجنسين، فقد نصت المادة (٢٨٨) من قانون العقوبات المعدلة بموجب المرسوم رقم (١١) لسنة (٢٠١١م) على أنه: "كل من خطف بالتحايل أو الإكراه طفلاً ذكراً لم يبلغ ثماني عشرة سنة ميلادية كاملة، بنفسه أو بواسطة غيره يعاقب بالسجن المشدد مدة لا تقل عن خمس سنوات"^(١٩)، في حين نصت المادة (٢٨٩) من القانون ذاته على أنه: "كل من خطف بنفسه أو بواسطة غيره من غير تحيل ولا إكراه طفلاً لم يبلغ سنة اثنتي عشرة سنة ميلادية كاملة يعاقب بالسجن المشدد مدة لا تقل عن خمس سنوات، وتكون العقوبة السجن مدة لا تقل عن خمس سنوات إذا كان الطفل المخطوف قد تجاوز سنّه اثنتي عشرة سنة ميلادية كاملة ولم يبلغ ثماني عشرة سنة ميلادية كاملة، فإذا كان المخطوف

(١٩) المادة ٢٨٨ من قانون العقوبات المصري المعدلة بموجب المرسوم رقم ١١ لسنة ٢٠١١م.

أنثى تكون العقوبة السجن المشدد مدة لا تقل عن عشر سنين، ومع ذلك يحكم على الفاعل جنائية الخطف بالإعدام أو السجن المؤبد إذا اقترنت بها جريمة واقعة المخطوف أو هنك عرضه^(٢٠)، ومن خلال هذه المادة فإن المُشرِّع يتدرج بالعقوبة بالتشديد بمعيار سن المجني عليه، ثم جنس المجني عليه، وما تؤول إليه عملية الاختطاف بمواقعه أو هنك عرض المجني عليه.

والواضح في هذه الجريمة أن المُشرِّع -في القانون الجزائري أو المصري- يحمي القاصر أو المخطوفة ذكر أو أنثى لذاتها، وليس حماية للسلطة العائلية. ونتساءل عن إمكانية التعذر بجهل سن الضحية المخطوفة؟ والجواب أنه لا يجوز للجاني في حالة القاصر أن يدعي أنه يجهل سن الضحية، وأنه كان يعتقد أنها بلغت سن الرشد، إذ وضع المُشرِّع قرينة العلم بقصر السن لا تقبل إثبات العكس في هذا الصدد.

II. أن يكون الخطف من غير عنف ولا تهديد أو تحايل:

يقوم السلوك المادي لهذه الجريمة على فعل الخطف المتكوّن من عنصرين: الأول يتمثل في انتزاع الفتاة القاصر من بيئتها، والثاني نقلها إلى محل آخر والاحتفاظ بها وإخفائها عن لهم الحق في المحافظة عليها، والبيئة التي تنتزع من الفتاة القاصر هي الأماكن التي يضعها فيها من عهد إليهم رعايتها والمحافظة عليها^(٢١). ولقد اشترطت المادة أن يكون الخطف من غير عنف أو تهديد أو تحايل، فإذا ارتكبت بإحدى هذه الوسائل، تحولت الجريمة من جنحة إلى جنائية يعاقب عليها بموجب المادة (٢٩٣) مكرر، ولقد تساءلنا سابقاً عن عدم إمكانية تصور فعل الخطف أو الانتزاع أو النقل من غير عنف، بما يفيد أن إرادة المجني عليها في الخطف -

(٢٠) المادة ٢٨٩ من قانون العقوبات المصري.

(٢١) حمو بن إبراهيم فخار، الحماية الجنائية للطفل في التشريع الجزائري والقانون المقارن، رسالة دكتوراه في العلوم، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، ٢٠١٤م، ص ١٤٩.

في كل الحالات- إما معدومة في حالتي العنف والتهديد أو معيبة في حالتي التحايل والتدليس إعمالاً لقاعدة "أن الغش يفسد كل شيء" (٢٢).

والإكراه قد يكون مادياً باتخاذ الجاني وسائل عنف من شأنها تحمل المجني عليه على الإذعان لمطالب الجاني، كالتهديد بسكين في يد أو أن يضع وراء ظهر المجني عليه مسدس، ويأمر بالتحرك وإلا فإنه سيفرغ محتوى هذا المسدس من طلقات في ظهر المجني عليه، أو أن يطعنه بالسكين في جنبه، ويجد المجني عليه نفسه في مرارة الاختيار، إمّا حياته أو الإذعان لطلب الجاني، ويرضخ لإرادة هذا الأخير مكرهاً (٢٣)، وقد يكون الإكراه المادي بغير قوة ظاهرة، بل بقوة مستترة، كما في السيطرة باستخدام المواد المخدرة أو المنومة أو بالتنويم المغناطيسي أو استعمال غاز مؤثر على الأعصاب، أو غير ذلك من الوسائل التي تفقد القدرة على الاختيار والمقاومة، أو تجعله في غيبوبة (٢٤).

وقد يكون الإكراه معنوياً أو أدبياً بالتهديد بالحقاق أذى جسيم بالمجني عليه أو ذويه دون المساس مباشرة بجسم المجني عليه، كالتهديد بقتل والده أو والدته أو ابنه أو إفشاء أسرار خطيرة تمس ذوي المجني عليه، ويعد من ذوي المجني عليه الذين لهم الحق في حضائنه ورعايتهم، كالوالدين والجددين والجدتين، وقد تكون الفتاة قبل خطفها في رعاية ناظر المدرسة أو رب الحرفة (٢٥).

أما التحايل فهو يتضمن الغش والتدليس كوسيلة احتيالية تؤثر في إرادة المجني عليه أو ذويه، وتدفع المجني عليه لمرافقة الجاني إلى المكان الذي يريد إخفائه فيه،

(٢٢) عادل عبد العليم، شرح جرائم الخطف، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٦م، ص ١٤.

(٢٣) نفس المرجع، ص ١٤.

(٢٤) عبد الوهاب عبد الله أحمد المعمري، جرائم الاختطاف - دراسة قانونية مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٦م.

(٢٥) عادل عبد العليم، المرجع السابق، ص ١٤.

كأن يتزَيَّ بزَيِّ رجال الأمن أو يدعي المرض ويطلب من قائد السيارة إسعافه^(٢٦)، ولا يعد الكذب المجرد ضمن التحايل، بل يجب أن يحتوي الكذب على وسائل احتيالية تحمل على تصديقه كالجاني الذي يقلد صوت والد الطفل المجني عليه بالهاتف وهو يكلم إدارة المدرسة ليخبرها بأن جدة الطفل قد توفيت مبدئياً تأثره بالفاجعة، وطالب بإلحاح مقابلة الطفل في مكان معين خارج المدرسة تجنباً لصدمة، لتقتنع إدارة المدرسة بتسليم الطفل، والعبرة في قيام التدليس بتقدير محكمة الموضوع من غير معقّب، طالما استخلصته من ظروف الواقعة وفقاً لمعيار الرجل العادي^(٢٧).

ونشير إلى أن العديد من التشريعات اقتصر في تجريم فعل الاختطاف على الخطف بالعنف أو التهديد أو التحايل، وعدت مجرد الإغواء يعد اختطافاً باستعمال الحيلة أو التحايل، ومن ثم لا نرى مبرراً في إمكانية أن يكون الخطف من غير تهديد أو عنف أو تحايل، بل حتى في حالة هروب الفتاة بإرادتها؛ لأنه لا يتصور هروب الفتاة دون التأثير على مشاعرها أو تشجيعها بالاحتفاظ بها دون التبليغ عن هذه الواقعة.

ثانياً- الركن المعنوي في خطف الفتاة القاصر:

تعد جريمة خطف القاصر جريمة عمدية يُشترط فيها العلم والإرادة، أي باتجاه إرادة الجاني إلى انتزاع الفتاة القاصر من ذويها الذين لهم الحق في رعايتها، وقطع صلتها بهم وإبعادها عنهم، ولا يؤخذ بعين الاعتبار الباعث، كما لا يشترط الاعتداء الجنسي على الضحية ولا إغواؤها، فمجرد إبعاد الفتاة من مكانها المعتاد ونقلها إلى مكان آخر يكفي لقيام الجريمة.

ويتعيّن على الجاني أن يحيط علماً وقت ارتكاب الجريمة بجميع الوقائع المادية لجريمة الاختطاف، وأن يحيط علماً بموضوع الحق المُعتدى عليه، (وهو الفتاة القاصر) متوقعاً النتيجة الإجرامية، ويفترض -كما سبق بيانه- علم الجاني بسن

(٢٦) عبد الوهاب عبد الله أحمد المعمري، المرجع السابق، ص ١٢٦.

(٢٧) عادل عبد العليم، المرجع السابق، ص ١٥.

المجني عليها، فلا يمكن أن يحتج بعدم علمه، فإذا تحققت عناصر القصد الجنائي على النحو السابق، قامت المسؤولية الجنائية في حق الخاطف.

المطلب الثاني

زواج الخاطف بالمخطوفة القاصر كمانع للمتابعة

في هذه الجريمة على غرار بعض الجرائم يعلّق تحريك الدعوى العمومية على شكوى من أشخاص حدّدهم المشرّع كأمر استثنائي، وعلى هذا الأساس ينبغي عدم التوسع في تفسيره، وقصره على أضيق نطاق من حيث الجريمة التي خصها المشرّع بضرورة تقديم الشكوى، والأشخاص الذين لهم الحق في تقديمها، وفي الجريمة محل الدراسة ينبغي أن نبيّن تقرير مسألة زواج المخطوفة القاصر من الخاطف في قانون العقوبات (الفرع الأول)، والعلة من تقرير هذا المانع من المتابعة (الفرع الثاني)، ثم وضع هذه المسألة ضمن القواعد العامة للقانون الجنائي (الفرع الثالث).

الفرع الأول

تقرير مسألة زواج الخاطف من المخطوفة القاصر كمانع للمتابعة

أوردت المادة (٣٢٦) الفقرة الثانية من قانون العقوبات بأنه: "إذا تزوجت القاصر المخطوفة أو المبعدة من خاطفها فلا تتخذ إجراءات المتابعة الجزائية ضد الأخير إلا بناء على شكوى الأشخاص الذين لهم صفة في طلب إبطال الزواج، ولا يجوز الحكم عليه إلا بعد القضاء بإبطاله".

يُفوّض القانون إلى النيابة العامة تتبع الجرائم، فيقيم الدعوى على فاعلها لتدافع على الحق العام، فوظيفتها مباشرة الاتهام نيابة عن المجتمع، وتنص المادة (٢٩)

من قانون الإجراءات الجزائية بأنه: "تباشر النيابة العامة الدعوى العمومية باسم المجتمع وتطالب بتطبيق القانون..."(٢٨).

ومن هنا يتبين أن النيابة العامة تختص وحدها بمباشرة الدعوى العمومية، ومن ثم لا يُقبل من المتهم طلب إدخال متهم آخر في الدعوى بحجة أنه هو المسؤول عن الجريمة أو مُسهّم بدوره فيها، وعلى النيابة أن تلتزم حدود إنابتها، فليس لها أن تنتازل عن حقها في رفع الدعوى، ولا أن تتصالح مع المتهم، ولا أن تسحب الدعوى بعد رفعها، ولو تبين أن المحكمة غير مختصة، فيحق لها حينئذ أن تطلب الحكم بعدم الاختصاص، وإذا انهارت الأدلة تفوض للمحكمة الرأي أو تطلب الحكم بالبراءة، ولها أن تستأنف الحكم الصادر في الدعوى وإن كانت قد أمرت بحفظها لسبب من الأسباب^(٢٩)، غير أنها في بعض الأحيان تعلق مباشرة الدعوى العمومية على شكوى من المجني عليه؛ لاعتبارات متعددة. وهي حالات تغل يد النيابة العامة عن تحريك الدعوى، ولا تتمكن من ذلك إلا بناء على شكوى أو إذن أو طلب، ومنها ما أشارت إليه المادة (٣٢٦) فقرة (٢) من تقرير أن زواج المخطوفة القاصر يشكل مانعاً من المتابعة إلا بناء على شكوى ممن لهم الحق في طلب إبطال الزواج.

ومن هنا وجب بيان مفهوم الشكوى كقيد على المتابعة (أولاً)، والشروط التي تتطلبها المادة لتقديم الشكوى (ثانياً).

(٢٨) الأمر ٦٦-١٥٥ المؤرخ في ١٨ صفر عام ١٣٨٦ الموافق ٨ يونيو ١٩٦٦م، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المعدل والمتمم.

(٢٩) محمد رشاد متولي، جرائم الاعتداء على العرض في القانون الجزائري والمقارن، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثانية، ١٩٨٩م، ص ٤١.

أولاً- مفهوم الشكوى كقيد على المتابعة:

الشكوى "عبارة عن إجراء يباشره المجني عليه أو وكيل خاص عنه، يطلب فيه من القضاء تحريك الدعوى العمومية في جرائم معينة يحددها القانون على سبيل الحصر وذلك لإثبات المسؤولية الجنائية وتوقيع العقاب على الجاني"^(٣٠).

ولا يُشترط لدى المُشرّع الجزائري وجوب إفراغها في شكل مُعيّن، بمعنى يمكن أن تتم الشكوى في أي صورة تعبر عن رغبة الولي أو من له مصلحة في إبطال عقد الزواج في تحريك الدعوى العمومية، ويصح أن تكون الشكوى كتابة أو شفاهة يدلي بها الولي أمام جهة مختصة كضابط الشرطة القضائية أو وكيل الجمهورية.

ثانياً- الشروط التي تتطلبها المادة لتقديم الشكوى:

تتطلب المادة (٣٢٦) فقرة (٢) لتقديم الشكوى، أن تقدم ممن لهم الحق في إبطال الزواج، إذ يجب أن ترفع دعوى بطلان أمام محكمة شؤون الأسرة من طرف ولي الزوجة المخطوفة، والولي وفقاً لقانون الأسرة هو أبوها أو أحد أقاربها، وفي غيابهم يكون القاضي وليها؛ إذ القاضي ولي من لا ولي له، وعندما تصدر المحكمة حكمها ببطلان الزواج يمكن لمن له مصلحة أن يقدم شكوى ضد الجاني^(٣١)، ومن ثم يتسنى للنيابة أن تتابع الجاني بجنحة خطف القاصر، أو إبعاده طبقاً لنص المادة (٣٢٦) من قانون العقوبات.

والملاحظ أن المُشرّع لم يحدد الوقت الذي يجب فيه تقديم الشكوى، إذ إنها إذا قدمت خلاله تكون مقبولة وفي غيره لا تكون مقبولة، وهو كما يرى الدكتور محمد

(٣٠) عبد الله أوهابيه، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري - التحري والتحقيق، دار هومة،

الجزائر، ٢٠٠٣م، ص ٩٧.

(٣١) مرزوقي فريدة، جرائم اختطاف القاصر، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر ١، كلية الحقوق بن

عكنون، ٢٠١١م، ص ٧٠.

رشاد متولي - بشأن جريمة الخيانة الزوجية - بأنه: "يجب أن يتدارك المُشرِّع الجزائري عندما يحين الوقت للتعديل أن يتدارك هذا الوضع لينص فيه على مهلة"^(٣٢).

غير أننا لا نوافق هذا المسعى؛ لأنه في مصلحة المختطف؛ بل أن بقاء الأمر من غير تحديد يجعل للولي فرصة في أي وقت لأبطال الزواج أو التراجع عن قراره، بما يحيط تعامل الزوج (المختطف) من ظروف تجعله يتراجع، وتستمر هذه الفرصة إلى التقادم، والذي يبدأ من يوم بلوغ المخطوفة سن الرشد الجنائي وهو (١٨) سنة، وهي مرحلة يعيش فيها الخاطف صراع نفسي خشية المتابعة.

كما يشترط للحكم بعقوبة على الجاني أن يصدر حكماً بإبطال الزواج، وهذا ما جاء في القرار رقم (٣١٣٧١٢) (٣٣) الذي جاء في حيثياته: "عن الوجه المثار والمأخوذ من مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه، بدعوى أن قضاة الموضوع حاكموا الطاعن وأدانوه رغم أنه تزوج من الضحية قبل المحاكمة، وأن هذا الزواج لم يبطل رغم عدم توفر شروط المحاكمة طبقاً للمادة (٣٢٦) فقرة (٢) من قانون العقوبات مخالفين بذلك القانون، ويستحق في قرارهم النقض والبطان عن الوجهين معاً:

وحيث إنه بالرجوع إلى قضية الحال ثبت من القرار المنتقد والحكم المؤيد أن قضاة الموضوع قاموا بإدانة الطاعن ومحاكمته، رغم معابنتهم لوقائع الزواج وتنازل الطرق المدني المُمثِّل في الأبوين في الجلسة.

وحيث إن قرارهم هذا يعد مخالفاً لروح نص القانون، مما يؤدي إلى نقض القرار وإبطاله، وحيث إن هذه النقطة القانونية التي تم الفصل فيها من المحكمة العليا جعلت موضوع المحاكمة بدون أساس قانوني على الدرجتين".

(٣٢) محمد رشاد متولي، المرجع السابق، ص ٥٢.

(٣٣) قرار المحكمة العليا، غرفة الجناح والمخالفات، رقم ٣١٣٧١٢ الصادر بتاريخ ٢٦ / ٤ / ٢٠٠٦ م،

المجلة القضائية، العدد ١ لسنة ٢٠٠٦ م، ص ٥٩٧.

وفي قرار آخر^(٣٤) جاء فيه: "في حالة زواج المختطفة مع خاطفها لا تقوم المتابعة إلا بعد إبطال الزواج، ومن ثم فإن قضاة الموضوع الذين أدانوا المتهم دون مراعاة الزواج الذي أبرمه مع الضحية، على أساس قد سجل في غير حضور ولي الزوجة وحتى هي نفسها، قد أساؤوا تطبيق القانون".

الفرع الثاني

العلة من تقرير هذا المانع من المتابعة

يقرر المُشرِّع في حالة زواج المخطوف من الخاطف عدم محاكمة الجاني إلا بناء على شكوى، حماية لشرف الفتاة؛ فالشرف هو العلو والمجد^(٣٥)، وفي هذا الصدد يعمل بالمعنى الموضوعي الاجتماعي للشرف، إذ إن علم أفراد المجتمع بالفعل غير المشروع يمس شرف المجني عليها على نحو تؤثر في حياتها العادية، وتزول مكانتها لديهم، ولا يقتضي الشرف الوصول إلى ذروة إهداره، بالاعتداء الجنسي على الفتاة، بل مجرد التهديد بالخطر، ويوافق في هذا المقام لفظ آخر متداول هو "العار"، الذي يعني السبِّة والعيب، لذلك تقول العرب بأن: "كل الجروح يمكن التئامها إلا جرح العار، فإنه باق لا يلتئم"^(٣٦).

وإضافة إلى ذلك فإن شرف الفتاة يتلم شرف الأسرة بأكملها، لا سيما وأن في هذه الجرائم يتلمس المُشرِّع نهج حماية مقومات الكيان الاجتماعي مستعيناً فيها بالعادات والتقاليد^(٣٧)، وهو الأمر المتقرر في جرائم اختطاف الفتيات القصر، وفي غيرها من

(٣٤) قرار المحكمة العليا، غرفة الجرح، رقم ١٢٨٩٢٨، بتاريخ ٠٣/٠١/١٩٩٥م، المجلة القضائية، العدد ١ لسنة ١٩٩٥م، ص ٢٤٩.

(٣٥) ابن منظور، لسان العرب، المجلد التاسع، دار صادر بيروت، لبنان، دون سنة الطبع، ص ١٦٩.

(٣٦) شهبال دزبي، المرجع السابق، ص ١٧٠ - ١٧١.

(٣٧) نفس المرجع، ص ١٧٠.

جرائم العرض كجريمة الخيانة الزوجية، فالزوجان يشرفان على نظام الأسرة وراحتها وطمأنينتها^(٣٨)؛ لذلك ترك للمضرور منهما أمر تقدير الموازنة بين المصلحتين، عدم العقاب أو العقاب للزوج المضرور، وفي جريمة خطف الفتاة القاصر تتنازع مصلحتان (مصلحة العقاب ومصلحة الفتاة وأسرتها)، فترك أمر تقدير المصلحتين أيهما أرجح إلى من لهم الحق في إبطال الزواج.

كما أن جريمة الخطف المرتبطة باعتداء جنسي ثم الزواج من المخطوفة يعد في نظر البعض^(٣٩) من المسائل الذاتية ذات بعد شخصي، لا يتعدى ضررها سوى طرفي العلاقة الخاطف والمخطوفة.

غالباً ما يكون الاختطاف مرتبط بالعملية الجنسية التي تفقد الفتاة عذريتها، ولقد أصبحت عذرية الفتاة مجالاً واسعاً للجدل، إذ أصبح المقبولون على الزواج يلجأون إلى إجراء الفحوصات الطبية لإثبات عذرية الفتاة، والتأكد من أن الغشاء طبيعي أم مصطنع^(٤٠) بفعل العمليات الجراحية، وبفقدان الفتاة عذريتها تتضاءل فرصها في الزواج أو تتعدم في كثير من الأحيان، لا سيما إذا علم أن الاختطاف كان بإرادتها أو من غير عنف ولا تهديد أو تحايل، ومن هنا يكون زواج الخاطف من المخطوفة

(٣٨) محمد رشاد متولي، المرجع السابق، ص ٤٤.

(٣٩) محمد رشاد متولي، المرجع السابق، ص ٤٤.

(٤٠) أفتى فضيلة الدكتور/ نصر فريد واصل مفتي جمهورية مصر بأنه: "أن الفتاة التي اختطفت وفقدت عذريتها نتيجة اغتصابها أصابها ضرر وقتل نفسي ومعنوي كبير أدى إلى وجود جرح بداخلها، وهو نوع من المرض إذا أمكن علاجه نكون قد أعدنا لها عرضها وشرفها، والواجب على المجتمع الذي قصر في حقها ولم يؤمنها ويحميها أن يعيد إليها ما تم سلبه منها مرة أخرى، فمن أفسد شيئاً فعليه إصلاحه، والإصلاح يكون بإجراء العملية الجراحية وإعادة عذريتها مرة أخرى". نصر فريد واصل، فتوى موقف الشريعة الإسلامية من عمليات إعادة غشاء البكارة للمغتصابات، مجلة روز اليوسف، العدد ٣٦٧٢، السنة الرابعة والسبعون، الصادر في ٦ رجب ١٤١٩هـ - الموافق ٢٦/١٠/١٩٩٨م، ص ٢٠.

نوعاً من التعويض على "تقويت فرصة"، إضافة إلى تعويض عن الضرر النفسي والجسماني.

وتفصيلاً للمُبَرَّرات التي جعلت التشريعات تسائر المُشَرِّع الفرنسي، أن هذا الزواج اللاحق لارتكاب إحدى الجرائم -كالاختطاف- بين الفاعل والمعتدى عليها، والذي يفترض أنه يقوم على أسس من المودة والرحمة، وتحل به العلاقة بين الرجل والمرأة، يجعل من حسن السياسة تنازل المجتمع عن حقه في عقاب الجاني؛ لأن السير في إجراءات المحاكمة أو تنفيذ الحكم الصادر بشأنها إذا لم يحل دون إتمام الزواج ويمنع نشوء الرابطة الزوجية، فقد يجعل استمرارها أمراً مستحيلاً، خصوصاً وأن بعض الأفراد يلجأون إلى ارتكاب الجرائم بقصد الزواج، كجريمة الخطف بقصد الزواج.

وقد أوضحت المحكمة العليا الليبية حكمة تشريع النص محل الدراسة^(٤١) بقولها: "وبين من سياق هذا النص أنه استثناء من القاعدة العامة، وهي محاكمة الجاني عما اقترفه من الجرم، وهذا الاستثناء يبرره أولاً الحفاظ على سمعة المجني عليها في المجتمع الذي تعيش فيه، بعد أن تلم عرضها وجرحتها في شرفها، وكانت ضحية معدومة الإرادة، نتيجة لما قام به المعتدي من إكراه مادي وأدبي عليها، أو استعمال قوة مادية يشلّ بها مقاومتها، أو استخدام أساليب المكر والخداع أو غير ذلك، مما يفقد المجني عليها حرية الاختيار ويحملها على الاستسلام لما يطلب منها.

ويبرره ثانياً ترغيب الجاني وتشجيعه على الزواج من المعتدى عليها عن طريق وقف الإجراءات الجنائية بالنسبة إليه، إذا كانت قد بدأت فعلاً أو إيقاف تنفيذ الحكم إذا كان قد صدر"^(٤٢).

إن زواج الخاطف من المخطوفة يؤدي إلى حماية اجتماعية نسبية للمرأة، وذلك في حالة أدى الاختطاف والاعتداء الجنسي إلى حمل، فقد يدفع المرأة أو ذويها إلى

(٤١) المادة ٤٢٤ من قانون العقوبات الليبي.

(٤٢) قرار المحكمة العليا الليبية جلسة ٢١-٦-١٩٨٤م، مجلة المحكمة العليا سنة ٢٢ العدد ١، ص ١٨٥.

إسقاطه، وهو جرم معاقب عليه حتى ولو كان الدافع التخلص من العار، فبزواج الجاني من المجني عليها يمنع هذا الجرم^(٤٣).
غير أنه رغم هذه المُبررات التي يمكن الاستناد إليها كذريعة لشرعنة فعل الاختطاف وإباحته فإن لنا اعتراضات عديدة سنوردها في حينها.

الفرع الثالث

وضع المسألة ضمن القواعد العامة للقانون الجنائي

إذا وضعنا مسألة زواج الخاطف من المخطوفة القاصر ضمن تفسيرات القواعد العامة للقانون الجنائي فإننا نجد احتمالات عدة أو تساؤلات، فهل يمكن تكيف زواج الخاطف من المخطوفة عدولاً اختيارياً معيماً من العقاب؟ أو أنها توبة؟ أو هي صورة للظروف القانونية المعفية؟ أو هي مانع من موانع المحاكمة لاقترانها بقيد؟
في الفرض الأول (عدول اختياري أو التلقائي) فإن هذا الأخير "يفترض أن الفاعل يستطيع إتمام الجريمة ولا يريد"، ويرجع ذلك لأسباب نفسية خاصة جعلت مرتكب فعل الاختطاف يتخذ قراره في حرية تامة بعدم المضي في إتمام الجريمة، وفي تعبير آخر يكون العدول الاختياري إذا لم يكون ثمة عوامل خارجية مستقلة عن شخص الفاعل أثرت عليه ووجهت إرادته إلى عدم إتمام الجريمة.
غير أن هذه الصورة تقتضي في المحاولة أو الشروع دون تحقق النتيجة الإجرامية والتي يستبعد العقاب فيها، لاعتبارات متصلة بسياسة العقاب^(٤٤).

وفي الفرضية الثانية يمكن أن يتلاءم زواج المخطوفة من الخاطف بما يسمى لدى الفقه الجنائي بـ "التوبة الإيجابية" التي تقتضي تمام الجريمة بتحقق نتائجها، ثم

^(٤٣) انعام صادق رشيد حكواتي، الحماية الجزائية للمرأة في القانون الجنائي، مذكرة مقدمة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، ١٩٩٨م، ص ٥٠.
^(٤٤) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة، بيروت، لبنان، دون سنة الطبع، ص ٥٠٦.

يسعى المجرم بعد ذلك لإصلاح ضررها^(٤٥)، وفي جريمة الخطف تتحقق النتيجة الإجرامية بمجرد الخطف، وفي زواج المخطوفة من الخاطف إصلاح للضرر، ويرد على هذا الفرض أن توبة الفاعل لا تعفيه من العقاب، وإن كان من الممكن اعتبارها سبباً مخففاً للعقاب، بحسب رأي القاضي وفي حدود سلطته التقديرية.

وعلى فرض عدم صحة هذا الرأي فيمكن تكيف مسألة زواج المخطوفة القاصر من خاطفها بأنها من الأعدار المعفية، وهي "تلك الأعدار التي تؤدي إلى عدم العقاب تماما وتسمى بموانع العقاب"^(٤٦)، كالمادة (٩٢) من قانون العقوبات الجزائري التي تنص على أنه: "يعفى من العقوبة كل من يبلغ السلطات الإدارية أو القضائية عن جناية أو جنحة ضد أمن الدولة قبل البدء في تنفيذها أو الشروع فيها. وتخفّض العقوبة درجة واحدة إذا كان الإبلاغ قد حصل بعد انتهاء التنفيذ أو الشروع فيه ولكن قبل بدء المتابعات.

وتخفّض كذلك العقوبة درجة واحدة بالنسبة للفاعل إذا مكّن من القبض على الفاعلين أو الشركاء في نفس الجريمة أو في جرائم أخرى من نفس النوع وبنفس الخطورة وذلك بعد المتابعات..."^(٤٧). وكذا المادة (١٩٩) من القانون ذاته بأنه: "إذا أخبر أحد مرتكبي الجنايات المبيّنة في المادتين السابقتين السلطات أو كشف لها عن شخصية الجناة قبل إتمام هذه الجنايات وقبل بدء أي إجراء من إجراءات التحقيق فيها أو سهل القبض على الجناة الآخرين حتى بعد بدء التحقيق، فإنه يستفيد من العذر المعفي بالشروط المنصوص عليها في المادة (٥٢).

(٤٥) عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الجزء الأول، الجريمة، ديوان

المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، بن عكنون، الجزائر، ٢٠٠٤م، ص ٣٩١.

(٤٦) نفس المرجع، ص ٣٩١.

(٤٧) المادة ٩٢ من قانون العقوبات الجزائري.

ويجوز مع ذلك أن يحكم على الشخص الذي يعفى من العقوبة بالمنع من العقوبة بالمنع من الإقامة من خمس سنوات على الأقل إلى عشر سنوات على الأكثر^(٤٨). وهذا الإعفاء في المادة الأخيرة متعلق بكل من يخبر أو يكشف للسلطات عملية اكتشاف جرائم تزوير النقود المنصوص عليها في المادتين (١٩٧ و ١٩٨) من قانون العقوبات. وكذا المادة (٢١٧) من قانون العقوبات^(٤٩) التي تعفي الشاهد الذي عدل عن شهادته الكاذبة قبل أن يترتب عليها استعمال المحرر أي ضرر للغير. وبالمقارنة بين هذه الأمثلة وجريمة خطف القاصر والزواج منها فإن الجريمة تكون قد تمت في جميع عناصرها، بينما في الأمثلة السابقة فإنها تشترط وفقاً للعبارة "قبل البدء في تنفيذها أو الشروع فيها" وتخفف... بعد انتهاء التنفيذ أو الشروع فيه" "قبل إتمام هذه الجنايات" "قبل أن يترتب على استعمال المحرر أي ضرر للغير". ومن ثم لا يستجيب زواج المخطوفة بالخاطف لمنطق وشروط موانع العقاب، إضافة إلى أن هذا الإعفاء من العقاب - كما في الأمثلة السابقة - ليس معلقاً على تقديم شكوى، وأصوب الاحتمالات أن هذه المسألة هي مانع من موانع المحاكمة معلق على شرط وهو تقديم شكوى ممن لهم الحق في إبطال الزواج، غاية ما هنالك أن تبني هذه المسألة في معظم التشريعات العقابية يثير اضطراباً كبيراً في القواعد العامة للقانون الجنائي، ولا تتلاءم مع أحكامه.

(٤٨) المادة ١٩٩ من قانون العقوبات الجزائري.

(٤٩) تنص المادة ٢١٧ فقرة ٢ من قانون العقوبات على أنه: "ومع ذلك فإنه يستفيد من العذر المعفي بالشروط المنصوص عليها في المادة ٥٢ كل من أدلى بوصفه شاهداً أمام الموظف بإقرار غير مطابق للحقيقة ثم عدل عنه قبل أن يترتب على استعمال المحرر أي ضرر للغير وقبل أن يكون هو نفسه موضوعاً للتحقيق".

المطلب الثالث

الاعتراضات المتعلقة بزواج الخاطف من المخطوفة كمانع للمتابعة

تلقى قضية زواج المخطوفة القاصر من خاطفها كمبرر لمنع متابعة الجاني عديد الاعتراضات، لعل أهمها ما تعلق بجوانب علم السياسة الجنائية (الفرع الأول)، وكذا الاعتراضات المرتبطة بمجال سياسة العقاب (الفرع الثاني)، إضافة إلى الردود المتعلقة بالنص وواقعه (الفرع الثالث).

الفرع الأول

الاعتراضات المرتبطة بالسياسة الجنائية

يعود استعمال مصطلح السياسة الجنائية لأول مرة إلى الفقيه الألماني لودويغ فويرباخ Ludwig Feuerbach مع بداية القرن التاسع عشر، وتحديداً سنة (١٨٠١م)^(٥٠) والذي عنى بها: "مجموع الوسائل التي يمكن اقتراحها للمشرع أو اتخاذها بواسطته في وقت معين في بلد ما من أجل مكافحة الإجرام فيه"^(٥١)، وتعرّف أيضاً بأنها الوسيلة التي تضع القواعد التي تتحدد على ضوءها صياغة نصوص القانون الجنائي من حيث التجريم والوقاية والعلاج، وهي التي ترسم المبادئ التي يلزم السير عليها في تحديد ما يعد جريمة، ويقرر العقوبات، وما يتخذ من تدابير مانعة^(٥٢)، وفروع السياسة الجنائية سياسة التجريم؛ وسياسة العقاب؛ وسياسة الوقاية؛ وقد نصّت

(50) Delmas-Marty, les grands systèmes de politique criminelle, les presses universitaires de France, 1992, p.13.

(٥١) أحمد فتحي سرور، أصول السياسة الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٧٢م،

ص ١٣.

(٥٢) نفس المرجع، ص ١٧.

المادة (٣٣) فقرة (٣) من قانون الإجراءات الجزائية بأنه: "... يعمل النائب العام على تنفيذ السياسة الجزائية التي يعدها وزير العدل، ويرفع تقريراً دورياً عن ذلك" (٥٣). ووفقاً لهذا المفهوم وتبني الدولة له كجزء من سياستها، فإنه لا بد لنا أن نضع مسألة زواج الخاطف من المخطوفة في سياق السياسة الجنائية ومدى تعارضها معه، في إطار فكرة التجريم أو العقاب أو الوقاية، ولعل من بين الاعتراضات المرتبطة بالسياسة الجنائية زيادة البعد الكريمونولوجي (أولاً)، الأثر السيئ للاختطاف على المجتمع والضحية (ثانياً)، وعدم تلاؤم هذا المانع من المحاكمة مع تطور ظاهرة الاختطاف (ثالثاً)، إضافة إلى دور هذا المانع العكسي في التشجيع على الإجرام (رابعاً).

أولاً- زيادة البعد الكريمونولوجي:

إن جرائم الاختطاف تؤدي في معظمها إلى اعتداءات جنسية، وفي أعمال زواج المخطوفة القاصر من الخاطف يؤدي إلى زيادة البعد الكريمونولوجي، أي أنها جرائم خفية يستحيل كشفها بسهولة إلا إذا قام المجني عليه بالإبلاغ عنها، أما إذا لم يبلغ عنها فلا تكتشف أي أمر الجريمة معلق في يد المجني عليه، وهو ما يزيد من خطورة البعد الكريمونولوجي (٥٤)، فغالبية الأفراد المجني عليهم في مثل هذه الجرائم يفضلون عدم الإبلاغ؛ لأنهم يعتقدون أن في ذلك فضح لأموهم، وهناك لستر الفتاة خوفاً من فضيحة الفتاة التي قد تعد في معظم الأوقات سبباً في ذلك، نتيجة لإغرائها، أو لباسها غير المحتشم، أو لعودتها المتأخرة ليلاً، أو سيرها في طريق مهجور، أو أنها سيئة السمعة. وقد ترفض الفتاة التبليغ حفاظاً على عائلتها من التشهير بها أو خوفاً منهم،

(٥٣) المادة ٣٣ من الأمر ٦٦-١٥٥ المؤرخ في ٨ يونيو سنة ١٩٦٦م، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم.

(٥٤) نسرين عبد الحميد نبيه، الإجرام الجنسي، المرجع السابق، ص ٣٧.

مما يجعل هذه الجرائم توصف بجرائم ذات الرقم الأسود (الجرائم الموجودة غير المثبوتة)^(٥٥).

ويمكن تلخيص أسباب زيادة البعد الكريمونولوجي فيما يأتي:

- خوف المجني عليه على نفسه أو أسرته من الفضيحة.
- خوف المجني عليه على كرامة أسرته أو انهيارها أو الخوف على مستقبلها.
- خوف من ضياع المستقبل المهني.
- خوف المجني عليها من نظرة المجتمع الذي ينظر إلى الفتاة نظرة سيئة، وكأنها هي التي أجمرت وليس مجنياً عليها ويُلقى عليها اللوم.

ثانياً- الأثر السيئ للاختطاف على المجتمع والضحية:

إن من أخطر نتائج جرائم الاختطاف -بأي صورة كانت- مخاطرها على المجتمع في غياب الأمن والأمان، فلا يأمن الفرد على عرضه وشرفه، فكيف سيأمن الفرد على ترك بناته يخرجن إلى المدارس والجامعات؟ ولذلك يعد انتشار هذه الجرائم مؤشراً إلى انهيار الأخلاق والقيم في المجتمع. كما أن من مخاطر هذه الجرائم -الأمر الذي يقتضي عدم الرأفة بالجناة- ذلك الأثر السيئ الذي ينعكس على الضحايا، بفقدان الثقة في المجتمع ويجعلهم شخصيات مضطربة وغير سوية، وقد يصابون بأمراض نفسية عصبية، وقد تصاب الفتاة بمرض نفسي يجعلها تكره الرجال فتعزف عن الزواج بحسبانها أن كل الرجال ذئاب بشرية، كما قد يصل بها اليأس إلى الانتحار في أقصى الحالات.

وقد يرتب هذا النوع من الإجرام أثراً أكثر خطورة، وهو تحول المجني عليهم إلى مجرمين كرد فعل، فينتقمون من ضحايا بريئة، وقد يكون اختطاف الفتاة مدعاة إلى انحرافها وممارسة الرذيلة نتيجة اليأس.

(٥٥) نفس المرجع، ص ٣٧.

ويرد على أن زواج المخطوفة من الخاطف يعد بمنزلة تعويض عن فوات الفرصة في الزواج، ومساعدة الضحية على تكوين أسرة طبيعية، وتجنّبها التهميش الاجتماعي والعار الذي يلحق بها، أنه على الأغلب لن يكون للمرأة أي خيار في رفض الزواج، فنقع بذلك ضحية لعنف مزدوج يتمثل في إكراهها بالعيش مع مغتصبها، وكذا إعفاء مرتكبي الاغتصاب من العقاب والملاحقة، في الوقت الذي يتوجب فيه على المُشرّع منع وردع كل أنواع العنف الموجه ضد المرأة؛ لأنه لا يمكن للتشريع أن يمنح حصانة قانونية للمجرم المغتصب في حال زواجه من الضحية، فكيف تستقيم حياة زوجية أسرية سليمة حصادها الأبناء الصالحين وطرفا المعادلة جانٍ من جانب، ومجني عليها أو ضحية من جانب آخر؟

كما أن مساعدة المجتمع المرأة على رتق غشاء بكارتها في حالة الاعتداء عليها في جرائم الاغتصاب، وفقا لما أشار إليه الدكتور المفتي/ نصر فريد واصل في فتواه السابقة، والتي لقيت اعتراضاً من البعض^(٥٦)، أن هذا التعويض المجتمعي -جواز رتق غشاء البكارة- ليس مبرراً لإعفاء الجاني بقوله: "... والشخص الذي يقوم باختطاف فتاة واغتصابها يكون حارياً عقوبته الإعدام... والعفو عنه لا يجوز لأنه (حرايه)"^(٥٧).

ثالثاً- عدم تلائم هذه المسألة مع تطور الظاهرة الإجرامية:

لقد انتشرت في الآونة الأخيرة ظاهرة اختطاف الأطفال كماً ونوعاً، وبشكل ملفت للنظر، وأصبح لهذه الجريمة أبعاداً دولية، لعل أهمها انتشار الجرائم المنظمة التي تعد الخطف والاتجار مطية لها.

^(٥٦) يرى رأي معارض لعملية إعادة غشاء البكارة بأنه يجب الوقوف بحسم ضد هذه العمليات من باب سد الذرائع؛ لأنه غش وخداع لمن يقدم على الزواج من هذه الفتاة، كما أنه مشجع للبنات على الخطأ. انظر في عرض هذا الرأي: أحمد محمد بدوي، جرائم العرض، سعد سمك للمطبوعات القانونية والاقتصادية، القاهرة، مصر، ١٩٩٩م، ص ٢٦٣.

^(٥٧) نصر فريد واصل، المرجع السابق، ص ٢٠.

وحسب الإحصائيات المُسجلة لدى مصالح الشرطة القضائية في الجزائر فقد تم تسجيل سنة (٢٠٠٥م) ما يقارب (٥٠٩١) طفل تعرض لعنف المجتمع؛ في مقدمتهم (٣٠٣٨) طفل ضحايا العنف الجسدي أغلبيتهم ذكور، يليه العنف الجنسي الذي تعرض له (١٤٧٢) ضحية مثلت البنات أغلبيتهم، في هذه الحالة (٨٣٨) فتاة مقابل (٦٣٤) ذكر. كما تم إحصاء حالات لظاهرة الاختطاف بتسجيل (١٣٩) حالة سنة (٢٠٠٥م) و (٢٦) حالة بين شهري مارس وأبريل من سنة (٢٠٠٦م)^(٥٨).

وتشير مصالح الأمن إلى أن عدد الأطفال الذين تم اختطافهم خلال سنتي (٢٠٠٦ و ٢٠٠٧م) الذين تمكنت مصالح الشرطة من العثور عليهم وتقديم مختطفهم للعدالة هو (٢٥٢) طفل، علماً بأن الفتيات هن الأكثر عرضة للخطف، ولعل السبب الرئيسي أو الباعث من الجريمة هو التعدي الجنسي^(٥٩).

وكشفت عميدة الشرطة ورئيسة المكتب الوطني لحماية الطفولة بمديرية الشرطة بالجزائر أنه في سنة (٢٠١٣م) تم الاعتداء جنسياً على (١٨١٨) طفل، و (٢٥٦) طفل صحية اختطاف وإبعاد.

ولقد سجلت المصالح المعنية في سنة (٢٠١١م) حوالي (٢٨) عملية اختطاف في شهر واحد، أي ما يقارب عملية اختطاف كل يوم حتى صارت هذه الجرائم هاجساً داخل الأسرة الجزائرية، وهو الأمر الذي يتطلب أكثر صرامة وغلظة مع هذه الجرائم.

(٥٨) إحصائيات منشورة على الموقع:

<http://www.annabaa.org/nbanews/60/165.htm>

مقتبس عن: حاج علي بدر الدين، الحماية الجنائية للطفل في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير في العلوم الجنائية وعلم الإجرام، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق، ٢٠٠٩-٢٠١٠م، ص ١٠.

(٥٩) حاج علي بدر الدين، المرجع السابق، ص ٤٤.

رابعاً- التشجيع على هذه الجرائم:

لقد أصبح الاعتقاد السائد في الآونة الأخيرة بأن نص المادة (٣٢٦) فقرة (٢) يشجع على جرائم خطف الإناث، ويسيء لصورة المرأة في المجتمع، ويمس بحقوقها في الحماية والأمن؛ لأن هذا الأمر يؤدي إلى تحجيم الجريمة، ومن ثم يزيّن للمجرمين جناية الخطف بدلاً من أن ينفهم منها، ويتخذ في ذلك ذريعة زواجه من المخطوفة مستغلاً الظروف التي تعانيها المخطوفة وكذلك أسرتها^(٦٠).

ومن الدراسات العيادية التي تبين ما نحن بصدد، وتبرر عدم أخذ المختطفين بعين الرأفة ما يأتي: -في دراسة الدكتوراه التي أعدتها الدكتورة/ زهراء جعدوني بعنوان: "الاعتداء الجنسي - دراسة سيكوباتولوجية للتوظيف النفسي للمعتدي الجنسي"، التي تناولت فيها عينة من سبع حالات من خمس ولايات الغرب الجزائري إذ اختارت العينات على أسس معينة؛ الطابع العنيف في السلوك الجنسي، ذكراً بالغاً وقت ارتكاب الفعل، غير مصاب باضطرابات ذهنية وأن تكون الضحية أنثى^(٦١).

وتذكر الباحثة حالة عينة المدعو (سنوسي) الذي يقول: "كنت على علاقة مع هذه الفتاة منذ حوالي ثمانية أشهر... طلبت مني الارتباط بها فرفضت، انقطعت عني بعد ذلك لمدة، ... راقبتها لأيام، وتحينت فرصة خروجها لوحدها لأركبها في سيارة استأجرتها وأبعدتها بعيداً عن الأنظار، رفضت الإصغاء إلى وبدأت تصرخ في وجهي، فجأة وقعت عليها كالمجنون وبدأت في ممارسة الجنس عليها رغم صدها وصراخها..."^(٦٢). وتشخص الدكتورة الحالة البنيوية للحالة بأن (سنوسي) "شخص تعلم منذ طفولته معارضة قوانين الأسرة -تقصد احترام السلوكيات التي تفرضها

(٦٠) أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص ٢٤٧.

(٦١) جعدوني زهراء، الاعتداء الجنسي (دراسة سيكوباتولوجية للتوظيف النفسي للمعتدي الجنسي)، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في علم النفس العيادي والمرض، جامعة وهران، كلية العلوم الاجتماعية، قسم النفس وعلوم التربية، دائرة علم النفس العيادي، الموسم الجامعي ٢٠١٠-٢٠١١م، ص ج.

(٦٢) جعدوني زهراء، المرجع السابق، ص ١٨٥.

الأسرة- والمجتمع وإبرام علاقات جديدة بديلة لعلاقاته المتكسرة، شخص عنيف في حديثه وفي تعامله، تسوده الرغبة في الهيمنة وتدمير الآخر إن هو عارضه أو أخطأ في حقه، لينتقم منه، انتقام من القانون والتمرد عليه مما يجعل سلوكياته لا مسؤولة. هناك إغراء للعوانية وسلوك منحرف ولا أخلاق...^(٦٣). ولنترك لكل ذي لب سديد وعقل راجح الخيار والرأي في أن يتعامل مع (سنوسي) بمثل ما تعاملت معه المادة (٣٢٦) فقرة (٢) مع فرض توفر شروطها، هل يستحق أن يتزوج بهذه الفتاة ضحية الاختطاف؟ كيف ستعيش هذه الفتاة مع هذه الشاكلة من العيئة أو الحالة؟

الفرع الثاني

الاعتراضات المرتبطة بالسياسة العقابية

إن أشد الاعتراضات القانونية في هذا الصدد هي الملاحظات المرتبطة بالسياسة العقابية، وفي مقدمتها إهدار حق الدولة في العقاب (أولاً)، وكون هذا المانع مشجع على إفلات المجرمين من العقاب (ثانياً)، الذي يستفيد منه حتى الشريك في الجريمة (ثالثاً).

أولاً- إهدار حق الدولة في العقاب:

عند حدوث أية جريمة أياً كانت درجة خطورتها ينبثق عنها حقان، حق أساسي أصلي وهو حق الدولة في العقاب^(٦٤)، لا يجوز التنازل عنه وهو حق أصيل لا يجوز

^(٦٣) نفس المرجع، ص ١٩٢.

^(٦٤) بالرغم من اتفاق الفقه الجنائي على وجود حق الدولة في العقاب إلا أنهم اختلفوا في طبيعته؛ طبيعة الرابطة العقابية التي تنشأ بين الدولة والمتهم. فرأى البعض أن الجريمة بمجرد وقوعها ترتب على الدولة التزاماً بمعاقبة مرتكبها، غير أن هذا الرأي انتقد بشدة على أساس أن أي التزام ينشأ بين طرفين أحدهما سلبي (من يقع عليه الالتزام)، والآخر إيجابي (من ينفذ الالتزام لمصلحته) فيمكن لهذا الأخير بذلك إجبار الطرف الملتمزم بتنفيذ الالتزام. وفي هذه الحالة أي في حالة التزام==

الاتفاق على مخالفته، ومُتعلّق بالنظام العام؛ ويشكل التنصل من سلطة الدولة في توقيع العقاب جريمة كما هو في المواد (١٨٨) وما بعدها من قانون العقوبات المتعلقة بجريمة الهروب^(٦٥)، بل أوجب المُشرّع ضمها (أي جمعها) مع العقوبة الأصلية. وقد صدر قرار المحكمة العليا بأن: "يعرّض قرارهم للنقض، قضاة الموضوع الذين صرحوا بعقوبة الهروب على حدة دون ضمها (جمعها) إلى العقوبة الأصلية المحكوم بها على الجريمة التي أدت إلى حبس المتهم"^(٦٦).

==الدولة بمعاينة المجرمين لا يوجد الطرف الإيجابي الذي يقابل الدولة ويجبرها على تنفيذها، كل ما هنالك أن عقاب المجرم إن كان التزاما فإنه التزام أدبي أو سياسي لا أكثر. وهناك من رأى بأن هذا الحق هو حق للجاني؛ لأن الدولة بتنفيذ العقاب تمكن الجاني من العودة للمجتمع بعد تمرده عليه، وهذا مجرد تصور فلسفي وعاطفي لا يتماشى مع المنطق، ويؤدي إلى نتائج غريبة، فالقول بهذا يعني إمكانية إسقاط هذا الحق أو التنازل عنه. ولذلك يترجح الرأي القائل بأن تكييف الرابطة العقابية التي تجمع بين الدولة ومرتكبي الجرائم بأنها حق للدولة له أطرافه (الدولة ومرتكب الجريمة) والدولة هنا طرف إيجابي لهذه الرابطة؛ لأنها صاحبة الحق، ويسمى الجاني بالطرف السلبي لأنه يخضع للعقوبة، ومضمون هذا الحق ما يمنح للدولة من سلطات، ومحل حق الدولة في العقاب خضوع للعقوبة في نفس أو في الذمة المالية. عمر عبد السعيد رمضان، مبادئ قانون الإجراءات الجزائية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٩٣م، ص ٥٥؛ فوزية عبد الستار، شرح قانون الإجراءات الجزائية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٨٦م، ص ٤٤.

^(٦٥) تنص المادة ١٨٨ من قانون العقوبات الجزائري بأنه: "يعاقب بالحبس من شهرين إلى ثلاث سنوات إلى ثلاث سنوات كل من كان مقبوضا عليه أو معتقلا قانونا بمقتضى أمر أو حكم قضائي ويهرب أو يحاول الهروب من الأماكن التي خصصتها السلطة المختصة لحبسه أو من مكان العمل أو أثناء نقله.

ويعاقب الجاني بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات إذا وقع الهروب أو الشروع فيه بالعنف أو بالتهديد ضد الأشخاص أو بواسطة الكسر أو تحطيم باب السجن".

^(٦٦) قرار المحكمة العليا ملف رقم ٦٤٤٠٠، الغرفة الجزائرية بتاريخ ٥-٦-١٩٩٠م، المجلة القضائية، العدد ٣ لسنة ١٩٩١م، ص ٢٠٥.

أما الحق الثاني فهو حق المجني عليه وهو حق تبعي^(٦٧)، ويتمثل أساساً في التعويض عن الأضرار الناجمة عن الجريمة، أما القول بأن الجرائم الجنسية -والتي تكون غالباً مرتبطة بالاختطاف- يغلب فيها الجانب الشخصي كحق أصلي، فهو أمر مخالف للقانون.

بل أن فكرة الملائمة كخاصية للدعوى العمومية وجدت من يعارضها في إطار حفظ الأوراق، كما في القانون الإجراءات الجزائية بنص المادة (٣٦) بأنه: "تلقى المحتضر والشكاوى والبلاغات ويقرر في أحسن الحالات ما يتخذه بشأنها، ويخطر الجهات القضائية المختصة بالتحقيق أو المحاكمة للنظر فيها أو يأمر بحفظها بمقرر يكون قابلاً دائماً للمرجعة، ويعلم به الشاكي و/أو الضحية إذا كان معروفاً في أقرب الآجال".

ونظراً لكثرة الانتقادات الموجهة إلى خاصية الملائمة الممنوحة لأعضاء النيابة العامة في عدم رفع الدعوى العمومية؛ كونهم ليسوا ملائكة منزهين عن الخطأ، أو أنبياء معصومين، ذهبت كثيراً من التشريعات إلى إلغاء العمل بهذه الخاصية، وإلزام النيابة العامة في جميع الحالات برفع الدعوى الجنائية إلى القضاء ليكون صاحب الحق دون غيره بالفصل في الدعوى". ومن أمثلة القوانين التي ألغت العمل بميزة الملائمة القانون الإيطالي، حيث كانت المادة (٧٤) من قانون الإجراءات الجزائية الإيطالي تعطي النيابة العامة حق الملائمة، إلا أنه عدل عن ذلك، حيث أوجب القانون على النيابة العامة رفع الدعوى العمومية، ويكون الفصل فيها عن طريق القضاء.

ويرجع التأكيد على التخلي أو اشتراط حصرية إلى الأسباب القانونية أو الموضوعية لحفظ الأوراق إلى أن الهدف من كل نظام للإجراءات الجنائية هو كفالة حق الدولة في عقاب الجاني، بقدر اهتمامه بحماية الأبرياء سواء بسواء. "فليس هدف

(٦٧) نسرين عبد الحميد نبيه، المرجع السابق، ص ٤٤.

الدعوى الجنائية هو إدانة المتهم؛ بل الوصول إلى تطبيق صحيح للقانون، ويستوي أن تكون نتيجة هذا التطبيق هي الإدانة أم البراءة؛ فالمجتمع تعنيه تبرئة من يستحق البراءة، بقدر ما تعنيه إدانة من يستحق الإدانة".

وبهذا التفصيل فإن زواج الخاطف من المخطوفة كمانع من متابعة الجاني يُشكّل إهداراً لحق الدولة في العقاب، فلا معنى لوجود سياسة جنائية، إذا لم تضمن الدولة تطبيقها تطبيقاً سليماً على أرض الواقع، ولا معنى لتعيين الدولة قضاةً في النيابة العامة ليحرصوا على ضمان حقها المشروع في العقاب، ثم لا تحرص على استيفائه، ولا معنى لتطبيق القانون المنصوص عليه في الدستور، إذا لم يحقق الغاية المرجوة منه، والهدف الأسمى بضمن الأمن والاستقرار للمجتمع، والمساواة بين أفراده أمام القانون، وترسيخ ثقة كل المواطنين في دولتهم وعدالتهم.

ثانياً- إفلات المجرم من العقاب:

إن زواج الخاطف من المخطوفة القاصر يهدد القوة الردعية للعقوبة، ويقيد أهداف الجزاء الجنائي المُتمثّل في تحقيق الردع العام والردع الخاص، فيهدر الردع الخاص؛ لأن الجاني يتخذ زواجه من المخطوفة كذريعة للإفلات من العقاب، كما لا يؤدي إلى تحقيق الردع العام؛ لعدم علم الكافة بالجريمة لتعلقها بشكوى.

الجريمة عدوان على العدالة كقيمة اجتماعية، وهي عدوان على الشعور المستقر بها في ضمير الأفراد، وهذا الأخير يؤدي أهمية ملموسة تتمثّل في إرضاء العقوبة شعور المجني والمشاعر العامة، ويكفل استبعاد جانب العوامل الجرمية، بتلقين المحكوم عليه الشعور بالمسؤولية قبل المجتمع، فيوجهه ذلك إلى السلوك الاجتماعي السليم، وإرضاء المشاعر العامة؛ يوّلّد لدى المجتمع الاستعداد لتقبل المجرم بين صفوفه عندما تنقضي العقوبة، فيتحقق بذلك تأهيله^(٦٨)، وفي غياب هذا الشعور

(٦٨) محمود نجيب حسني، المجلد الثاني، المرجع السابق، ص ٩٥٢.

يؤدي إلى هبوط مستوى الشعور بالعدالة، كما في حالة زواج الخاطف من المخطوفة، مع استمرار الوصمة الإجرامية المجتمعية.

ومما يُشاهد في بعض الأحيان أن يلتجأ الشباب والفتيات إلى استعمال هذا الإعفاء من العقاب كحيلة تجعل الأهل أمام الأمر الواقع في حالة عدم موافقتهم على الزواج، (أي استخدام طريقة غير مشروعة لتحقيق غرض مشروع)، وهذا غير جائز وغير مقبول، وهذا النص يتفق مع ما درجت عليه بعض المناطق عند عدم رضى الأهل بزواج الفتى من فتاته التي اختارها فيتفقان على أن يلقاها في الفلاة، وهي ترعى أو عند جلبها للماء أو الحطب فيلمسها أو يطرحها أرضاً أو يمزق ملابسها، فتصبح الفتاة ويهرب الجاني بعد أن يفزع الناس إليها، وللجاني أن يتزوجها بعد إتمام مراسيم الزواج، وهو الأمر الذي يحتم وجوب التخلص من هذه العادات، لا التأكيد عليها ومنح مرتكبيها منفذ قانوني يعفيه من العقاب^(٦٩).

ولقد لفت انتباهنا موقف المُشرِّع السوري الذي أشار في المادة (٥٠٠) من قانون العقوبات بأنه: "١- من خطف بالخداع أو بالعنف فتاة أو امرأة بقصد الزواج، عوقب بالحبس من ثلاث سنوات إلى تسع سنوات. ٢- يتناول العقاب الشرع في ارتكاب هذه الجريمة". ولا شك أن هذا موقف محمود من طرف المُشرِّع السوري لسد كل من تسول له نفسه أن يتخذ الزواج ذريعة للإفلات من العقاب، ولم يشترط المُشرِّع صفة معينة في الأنثى فيكفي شرط الحياة ويستوي أن تكون بكرًا أو ثيبًا.

وتقوم الجريمة بمجرد إقدام الجاني -رجلاً- على أي فعل من شأنه انتزاع الفتاة أو المرأة من المكان الذي تمكث فيه وتوجد فيه، أيًا كان هذا المكان، ونقلها وإبعادها إلى مكان آخر، بوسيلة الخداع والتحايل كالوعد الكاذبة، أو بوسيلة العنف أو الإكراه^(٧٠)، وهو مسلك سليم بالنظر إلى ما تؤديه هذه الجريمة من الآثار السلبية على سمعة الأنثى وسمعة نوبها، وبالتالي الانتهاك الفاضح للجانب المعنوي من

(٦٩) انعام صادق رشيد حكواتي، المرجع السابق، ص ٥٢.

(٧٠) رزان محمد ياسر العلي، صفاء أوتاني، المرجع السابق، ص ٩٢.

شخصياتهم. وفيما عدت بعض التشريعات -كالتشريع الجزائري- أن الزواج مانع من محاكمة الجاني عدت المادة (٥٠٠) من قانون العقوبات السوري أن الخطف بقصد الزواج قصد خاص، وهو ظرف مشدد للجريمة فشتان بين الاعتبارين.

ثالثاً- استفادة الشريك من زواج الخاطف من المخطوفة:

إعمالاً لمبدأ المساواة بين المواطنين في الحقوق والواجبات أمام القانون والقضاء سواء في الإغفاء أم العقاب، فإن السؤال يطرح ههنا: هل يؤدي إغفاء الفاعل الأصلي إلى استفادة الشريك منه؟

يرى الدكتور "شهبال دزبي" تعليقاً على نص المادة (٣٩٨) من قانون العقوبات العراقي أن هذا العذر المعفي عذراً شخصياً وليس ظرفاً عينياً، ومن ثم يكون المُشَرِّع قبل العذر قرّر إغفاء الجاني الأصلي للجريمة؛ وذلك بناء على عقد زواج صحيح بينه وبين المجني عليها^(٧١)، وهذا يعني أن الشريك والمسهم مع الجاني لا يستفيد من الإغفاء من العقاب؛ لأنه لا يستفيد من الإغفاء من العقاب سوى من تزوج بالمجني عليها وحده.

ويؤكد آخرون^(٧٢) بأنه: "لا يستفيد من الإغفاء ومن العقاب الوارد في قانون العقوبات العراقي الشركاء في الجريمة؛ لأن النص صريح حيث يشترط المُشَرِّع عقد زواج صحيح بين مرتكب إحدى الجرائم المذكورة وبين المجني عليها، وذلك بوصفه عذراً شخصياً يطبق على من توافر فيه سبب الإغفاء من العقاب وفقاً للقاعدة العامة في الأعدار الشخصية".

يرى الدكتور أحسن بوسقيعة تأسياً بالقضاء الفرنسي^(٧٣) أن الإغفاء يستفيد منه الشريك، وهو الأمر المعمول به حتى في جريمة الزنا. ومن ثم لا تقبل رغبة الزوج

(٧١) شهبال دزبي، المرجع السابق، ص ١١٥.

(٧٢) منى عبد العالي موسى، نافع تكليف مجيد، أثر العلاقة الزوجية في تطبيق القانون الجنائي في العراق، مجلة جامعة بابل، المجلد ٢٤، العدد ٢ لسنة ٢٠١٢م، ص ٦٦٧.

(73) Crim 2-10-1852 D.1852.1.312.

(أو الزوجة) في أن تسير الدعوى ضد الشريك (أو الشريكة) وحده لأنه حكم تطبيقاً لذلك: "إذا اضمحلت جريمة الزوجة وزالت آثارها لسبب من الأسباب وقبل صدور حكم نهائي على الشريك، فإن التلازم الذهني يقتضي محو جريمة الشريك أيضاً؛ لأنه لا يتصور قيامها مع انعدام ذلك الجانب الخاص بالزوجة، وإلا كان الحكم على الشريك تأثيماً غير مباشر للزوجة التي عدت بمنأى عن كل شبهة إجرام"^(٧٤)، وإذا سقط حق الزوج في إقامة دعوى الزنا ضد زوجته استفاد من ذلك الشريك. وقد قصت محكمة النقض المصرية بأنه: "إذا كانت الوقائع الثابتة بالحكم تتوافر فيها أركان جريمة الزنا وامتنع رفع الدعوى العمومية على الزوجة بسبب تطلقها وجب أن يستفيد الشريك من ذلك فلا تصح معاقبته بعدئذ، ولا بتهمة أنه دخل منزلاً بقصد ارتكاب جريمة فيه"^(٧٥).

ولقد صرحت بعض التشريعات بذلك صراحة مثل قانون العقوبات الليبي في المادة (٤٢٤) بقولها: "إذا عقد الفاعل زواجه على المعتدى عليها تسقط الجريمة والعقوبة وتنتهي الآثار الجنائية بالنسبة للفاعل أو الشركاء...".

والحقيقة أن الأمر الفاصل في القضية هو حل الإشكال المتعلق بزواج الخاطف من المخطوفة هل هو ظرف شخصي أو موضوعي عيني؟ فقد نصت المادة ٤٤ فقرتين الثانية والثالثة من قانون العقوبات الجزائري بقولها: "ولا تؤثر الظروف

==مقتبس عن: أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، الجرائم ضد الأشخاص والجرائم ضد الأموال، الجزء الأول، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، بوزريعة، الجزائر، ٢٠٠٣م، ص ١٨٧.

(٧٤) نقض مصري في ١٠/٤/١٩٣٣م، مجموعة القواعد القانونية، جزء ٣ رقم ١٠٥، ١٥٨. مقتبس عن: محمد رشاد متولي، المرجع السابق، ص ٩٤.

(٧٥) نقض مصري، في ٢٣/١٢/١٩٣٥م، المجموعة القانونية، الجزء ١ ص، ٧١٧. مقتبس عن: عبد الحكم فودة، الجرائم الماسة بالأداب العامة والعرض في ضوء الفقه وقضاء النقض، دار الكتب القانونية، مصر، ١٩٩٤م، ص ٧٠٨.

الشخصية التي ينتج عنها تشديد أو تخفيف العقوبة أو الإعفاء منها إلا بالنسبة للفاعل أو الشريك الذي تتصل به هذه الظروف.

والظروف الموضوعية اللصيقة بالجريمة التي تؤدي إلى تشديد أو تخفيف العقوبة التي توقع على من ساهم فيها يترتب عليها تشديدها أو تخفيفها، بحسب ما إذا كان يعلم أو لا يعلم بهذه الظروف...".

فالظروف المادية (الموضوعية) هي "التي تتصل بالركن المادي للجريمة، سواء في ذلك الفعل أو النتيجة أو صلة السببية، وتفترض تغيراً في مقدار خطورته، ويمتد تأثيرها إلى الشركاء والمتدخلين جميعاً، سواء أكانت مشددة للعقاب أو مخففة أو معفية منه، وسواء علموا بها أم جهلوا".

وسند هذا الحكم أن الظروف المادية تتعلق بالجريمة ذاتها ويسأل عنها الشركاء والمتدخلون جميعاً، فهي لا تتغير باختلافهم. بينما الظروف الشخصية فهي "التي تتصل بالركن المعنوي للجريمة وتفترض تعديلاً في خطورة الإرادة أو الشخصية الجرمية"^(٧٦).

ومن خلال هذا يترجح لنا بأن زواج المخطوفة بالخاطف هو ظرف شخصي متعلق بالخاطف ولا يرتبط بالركن المادي للجريمة، وبالتالي لا يستفيد من مانع المحاكمة سوى من تعلق به، ودليل ذلك ما أشارت إليه المادة ٣٢٦ فقرة ٢ "وإذا تزوجت القاصر المخطوفة... من خاطفها فلا تتخذ إجراءات المتابعة الجزائية ضد هذا الأخير...". فتمنع إجراءات المحاكمة ضد الخاطف المتزوج زواجا صحيحا بالمخطوفة.

(٧٦) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، المجلد الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، دون سنة النشر، ص ٧٥٩.

الفرع الثالث

الاعتراضات المرتبطة بالنص واقعاً ومضموناً

لقد توجهت أنظار المنظمات الحقوقية والنسائية إلى هذا النص بذاته في العديد من الدول بالنقد وتوجيه الرأي العام بضرورة إلغائه (وهو ما حصل فعلاً)، وهو ما يدل على أن واقع مسألة زواج المخطوفة بالخاطف أصبح في خبر كان لدى العديد من التشريعات (أولاً)، فضلاً على أن النص في حد ذاته يحتوي على مواطن النقد في مضمونه (ثانياً).

أولاً- الاعتراضات المرتبطة بواقع النص:

لقد اتجهت العديد من التشريعات العقابية إلى إلغاء هذا النص لا سيما الفقرة المتعلقة بزواج المخطوفة القاصر من الخاطف، ومن ذلك قانون العقوبات الفرنسي حيث كانت المادة (٣٥٦) -السابقة الذكر- تشير إلى ذلك، غير أنه بإصلاح هذه المادة سنة (١٩٩٤م) تم إلغاء هذه المسألة، منهية لجدل كبير.

وفي مصر وبعد الانتقادات بخصوص المادة (٢٩١) من قانون العقوبات الخاصة بزواج خاطف الأنثى ممن خطفها، وافق مجلس الوزراء على مشروع قرار رئيس الجمهورية لإلغاء هذه المادة التي تنص على أنه: "لا عقاب لخاطف الأنثى حالة زواجه منها زواجاً شرعياً....". وفي هذا الصدد أوضح وزير العدل أن المذكرة التفسيرية تشير إلى أن: "الاعتقاد قد ساد في الآونة الأخيرة بأن نص المادة (٢٩١) الذي قرر هذا المانع من العقاب يشجع الجناة على جرائم خطف الإناث... وأن هذا الزواج الذي يتم بين مجرم اقترف جريمة نكراء وأنثى وقعت عليها الجريمة"^(٧٧). ولقد تم إلغاء هذه المادة فعلاً سنة (١٩٩٩م).

وفي الأردن أقر مجلس النواب مشروع القانون المعدل لقانون العقوبات لسنة (٢٠١٧م)، ووافق النواب على إلغاء المادة (٣٠٨) المثيرة للجدل والتي توقف تنفيذ

(٧٧) أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص، ٢٥٣.

العقوبة بحق الجاني في الجرائم الجنسية، إذا ما تزوج من ضحيته، وأشار أن الحكومة ملتزمة بموقفها بإلغاء المادة (٣٠٨)؛ لتعزيز حماية الأسرة الأردنية، باعتبارها اللبنة الأساسية لمجتمع قوي ومتماسك، على اعتبار أن المادة تمس القواعد المفصلية التي تشكل المجتمع المبني على قيم العدالة والأسرة والدين الحنيف^(٧٨). ويقرر شطب المادة (٣٠٨) ينضم الأردن إلى قائمة دول أجنبية وعدد قليل من الدول العربية التي ألغت من تشريعاتها نصوصاً تُعفي الجاني من العقاب في حال تزوج من المجني عليها، ومنها كوستاريكا عام (٢٠٠٧م)، وبيرو (١٩٩٧م)، وأوروغواي (٢٠٠٦م)، وفرنسا سنة (١٩٩٤م)، وإيطاليا سنة (١٩٨١م)، ومصر (١٩٩٩م)، والمغرب (٢٠١٤م).

تصدرت في المملكة المغربية قضية الفتاة "أمينة الفيلاي" التي تبلغ من العمر (١٦) عاماً من مدينة العرايش (شمال المغرب)، والتي تناولت سم الفئران لنتهي جحيماً كانت تعيشه مع زوجها الذي كان افتض بكارتها قبل الزواج، وتم زواجهما في مصالحة عائلية أمام المحكمة، وبعد ذلك اختلفت الروايات، سواء كانت تلك المتعلقة بفض البكارة أو الظروف التي دفعت إلى لزواج، أو ما عاشته مع زوجها في منزل عائلته.

وأطلقت الجمعيات النسائية والحقوقية على عملية فض البكارة، التي تمت في غابة قريبة من المدينة، بأنها "عملية اغتصاب"، وأن الزواج تم بالإكراه والعنف، ليفجر وزير العدل والحريات قنبلته، بناء على ما لديه من وثائق تتعلّق بمحضر الشرطة، وتحقيق النيابة العامة بعملية فض البكارة أو محضر الصلح، على أن

^(٧٨) حمزة المزرعاوي، النواب يلغي المادة ٣٠٨ من قانون العقوبات، مقال نشر في ١ أغسطس

٢٠١٧، تاريخ الاطلاع ١/١/٢٠١٩م، الموقع:

<http://www.addustour.com/articles/1049430>.

افتراض البكارة كان برضا الفتاة، التي كانت على علاقة مع الشاب -الجانبي- والزواج بعد ذلك^(٧٩).

وفي يوم ١٧ مارس ٢٠١٢م تظاهر العشرات من النساء أمام مقر البرلمان المغربي للمطالبة بتغيير القانون الجنائي، للحيلولة من غير تكرار حادثة أمينة الفيلاي الأليمة، حيث رفعت شعارات من بينها "كلنا أمينة" و "المحكمة ها هي والعدالة فين- أين-هي؟" و "الشعب يريد تغيير القانون". وجمع ما يجاوز المليون توقيع. ولقد أثارت هذه الحادثة الأليمة، نقاشاً واسعاً في صفوف المهتمين بوضعية المرأة في المغرب من جمعيات وهيئات نسائية وحقوقية وأيضاً رسمية، وتمحور هذا النقاش حول مسألة سن الزواج، وعواقب الاغتصاب، خاصة وأن تقريراً لشبكة الرابطة الديمقراطية لحقوق المرأة لسنة ٢٠١٠م و٢٠١١م كشف عن (٧٢) حالة اغتصاب ضمن العنف الجنسي، و(٤٦) حالة تحرش جنسي، و(٢١) حالة اغتصاب قاصر، و(٤) حالات زنا المحارم، و(١١٧) حالة اغتصاب زوجي، و(١٩) محاولة اغتصاب، و(٣) حالات تغريب بقاصر^(٨٠).

عدت منظمات نسائية مغربية أن حالة أمينة الفيلاي "اغتصاب" لطفولتها، وذهبت إلى أن ما ورد في القانون الجنائي المغربي من إسقاط المتابعة بحق الجاني في حال زواجه من ضحيته يمثل "شرعنة إفلات مرتكبي جريمة الاغتصاب من العقاب، ورمي الضحية بين مخالب المعتدي بتزويجها له، وفرض العيش تحت رحمته في انتهاك تام لحقوقها"^(٨١). إلا أن الواقع يشير إلى أن زواج "أمينة الفيلاي" لا يُعد

(٧٩) محمود معروف، في المغرب ... انتحار أمينة يفجر سجلات مجتمعية واسعة، مقال منشور على الإنترنت بتاريخ ٢٧ مارس ٢٠١٢م، تاريخ الاطلاع: ٢٠١٩/١/١، ص ١. الموقع:

<https://www.swissinfo.ch/ara>

(٨٠) نفس المرجع، ص ١.

(٨١) عزيز ايدمين، تفاصيل انتحار "أمينة الفيلاي" الطفلة القاصر المتزوجة من مغتصبها، مقال نشر بمحمدية بريس في ٢٠١٢/٠٣/١٥، تاريخ الاطلاع: ٢٠١٩/١/١، ص ١. الموقع:

<http://www.maghress.com/mohammediapress>

استثناءً من الناحية القانونية والاجتماعية بالمغرب، حيث إنه -إضافة إلى ما ينص عليه القانون- تذهب الفتاة وعائلتها إليه كحل للحفاظ على سمعة وشرف الفتاة وعائلتها.

على إثر الاحتجاجات وجدت مطالب تغيير القوانين المغربية المتعلقة بالاغتصاب مساندة من المنظمات والهيئات الحقوقية والنسائية الدولية، وأدان خبراء حقوقيون ونواب البرلمان الأوروبي واقعة انتحار الفتاة أمينة الفيلاي، وأعربوا عن قلقهم من تطورات هذه القضية.

وطالب الأمين العام لمنظمة (يوروميد) "ميشيل توبيانا" بتغيير القانون الذي يعفي المعتدي في المغرب من العقوبة الجنائية، إذا ما تزوج من الضحية التي اغتصبها، وقال: "المغرب أجرى بعض الإصلاحات الدستورية في مجال القانون والقضاء، ولكن لا تزال توجد بعض النقاط المثيرة للجدل".

وقالت منظمة "هيومن رايتس ووتش" إنه ينبغي على المغرب أن يسن قانوناً فاعلاً حول العنف الأسري، وأن يلغي مقتضيات القانون الجنائي التي تسمح باغتصاب أو ممارسة الجنس مع قاصر، بتجنب الملاحقة القضائية، إذا تزوجوا بضحاياهم.

ونقل التقرير عن "سارة ليا ويتسن" المديرية التنفيذية لقسم الشرق الأوسط وشمال أفريقيا في "هيومن رايتس ووتش"، أن "الفصل ٤٧٥، بقدر ما هو سيئ، فإنه ليس سوى غيض من فيض، من فشل المغرب في مجال حماية النساء والفتيات من العنف. وعلى الرغم من إصلاحات مدونة الأسرة المغربية في عام (٢٠٠٤م)، فإن الفتيات والنساء لا يزلن بعيدات عن الحماية بموجب القانون، عندما يقعن ضحايا للعنف"^(٨٢). وكان نتيجة هذه الاحتجاجات والتقارير من المنظمات والهيئات الحقوقية والجهات الرسمية المغربية أن تم إلغاء هذه المادة في سنة (٢٠١٤م).

(٨٢) محمود معروف، المرجع السابق، ص ٢.

واستمراراً في موجة إلغاء زواج المخطوفة من الخاطف لحقت تونس بالركب في تموز/ يوليو (٢٠١٧م)، عندما صوت برلمانها على تغليظ العقوبات بحق المعتصب، ثم لبنان في الشهر ذاته بإلغاء المادة (٥٢٢) من قانون العقوبات الخاص بها.

ثانياً- الاعتراضات المرتبطة بمضمون النص:

إن مما يعاب على هذا النص وشاكلته لدى القوانين أنه لا يقدم أية ضمانات في مجال هذا الزواج زيادة على كونه زواجا شرعياً (I)، فضلاً عن أن المُشرِّع بإقراره لهذا المانع ينتهك حق من الحقوق وهو الحق في الوصول إلى العدالة (II)، زيادة على مخالفته الصريحة لأحكام قانون الأسرة (III).

I. عدم تقديم ضمانات لاستمرار الزواج:

من خلال متابعة هذا النص الموروث عن التشريع الفرنسي نجد أن التشريعات -رغم تباينها في بعض التفاصيل- لا تُقدِّم ضمانات كفيلاً باستمرار الزواج، وحتى لا يُعد ذريعة للإفلات من العقاب، ولذلك فإن قانون العقوبات العراقي في جريمة الاعتصاب في المادة (٣٩٨) نص على أنه: "إذا انتهى عقد الزواج بطلاق صادر من الزوج بغير سبب مشروع أو بطلاق حكمت به المحكمة لأسباب تتعلق بخطأ الزوج أو سوء تصرفه، وذلك قبل انقضاء ثلاث سنوات على الحكم في الدعوى يعاد النظر بالعقوبة لتشيدها بطلب من الادعاء العام أو من المجني عليه أو من كان ذي مصلحة".

وهذا النص يضع ضماناً لمستقبل هذا الزواج، رغم أنه لم يحدد فترة زمنية محددة لعقد الزواج بمعنى متى يتم الزواج؟ هل قبل أو بعد القبض على الجاني أو أثناء التحقيق، أو قبل صدور الحكم أو بعده؟ ومن الضمانات التي يحددها هذا النص ما يأتي:

- امتناع الزوج عن إنهاء الزوج بغير سبب جدي أو مشروع.
- عدم أساءته تصرف أو ارتكابه أخطاء تعطي للزوجة طلب التطليق.

- تحديد مدة تبدو كافية لاستمرار الزواج وهي مدة ثلاث سنوات تبدأ من الحكم في الدعوى.

- في حالة إخلاله بهذه الضمانات يعاد النظر في العقوبة المشددة.

- طلب الادعاء العام أو من المجني عليها أو من كان ذي مصلحة.

ولا نجد لدى المُشرِّع مثل هذا الحكم رغم اقتناعنا بعدم صلاحية هذا النص، ولو مع الضمانات التي يمكن إعمالها.

II. تعارض هذا النص مع الحق في الوصول إلى العدالة:

أعطت هذه المادة الحق في تقديم الشكوى للولي، وهو في رأينا إهدار لحق من الحقوق، وهو الحق في التقاضي والوصول إلى العدالة بالنسبة إلى الفتاة المخطوفة. وفي هذا السياق فإن لجنة مناهضة التمييز ضد المرأة في تقريرها السابق الذكر (٢٠١٢م) تحت عنوان فرعي: "دواعي القلق الرئيسية والتوصيات"، قد أوصت بشأن الشكاوى في البند (٢١) بما يأتي:

- "تحت اللجنة الدولة الطرف على تيسير الوصول الفعلي إلى العدالة وتوصيها بما يلي:

(أ) تيسير تقديم الشكاوى من قبل النساء ضحايا التمييز، وخاصة توفير المساعدة القانونية اللازمة؛

(ب) رصد تأثير كافة الجرائم المرتكبة ضد النساء بما في ذلك الأفعال التي تنطوي على العنف المنزلي أو العنف الجنسي، ووضع قاعدة للبيانات تتضمن معلومات عن عدد الشكاوى والتحقيقات والملاحقات والإدانات والأحكام الصادرة بحق الجناة، وتقديم تقرير عن ذلك إلى اللجنة"^(٨٣).

(٨٣) تقرير اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، الدورة الحادية والخمسون، ١٣ شباط/فبراير - ٢ آذار/مارس ٢٠١٢م، الملاحظات الختامية للجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، الجزائر، ٢٠١٢م، ص ٧.

III. معارضة النص لأحكام قانون الأسرة:

من خلال الاطلاع على أحكام قانون الأسرة الجزائري، نجد أن زواج المخطوفة من الخاطف يخالف أحكام هذا القانون من جهة إبطال عقد الزواج؛ فإن عقد الزواج يبطل إذا تم عرفياً ولا يمكن تسجيله؛ لسببين أولها: انعدام الأهلية بنص المادة (٧) من قانون الأسرة التي تنص على أنه: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام ١٩ سنة"^(٨٤).

ومن ثم فإن الزواج الذي يتم قبل هذا السن، ومن غير ترخيص قضائي فهو باطل، وللمحكمة أن تنثيره من تلقاء نفسها، مع الإشارة إلى أن الترخيص السابق لإبرام عقد الزواج لا يقيد سلطة القاضي المانح للإذن، إذا ما تأكد له الدخول بالفتاة قبل إبرام العقد، بوجود حمل الفتاة، وهو ما يقتضي الاستبراء حسب ما نصت عليه المادة (٣٤) من قانون الأسرة.

وثاني الأسباب هو تخلف ركن الولي حيث نصت المادة (١) فقرة ٢ من قانون الأسرة على أنه: "يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له"^(٨٥). ويكون جزاء هذا الزواج الذي تم دون ولي هو الفسخ قبل الدخول وعدم ثبوت الصداق فيه.

والخلاصة أن زواج عديمة الأهلية وفاقدة التمييز (أقل من ١٦ سنة) يكون باطلاً (البطلان المطلق) ولا يزول بالإجازة، ولو كانت الفتاة مُميّزة ودون سن الشد (١٨ سنة) فيكون باطلاً دون إجازة الولي أو الوصي، ومن ثم فما الداعي لوجود هذا النص الذي لا يتلاءم مع أحكام البطلان في عقد الزواج؟

(٨٤) المادة ٧ من الأمر ٠٢-٠٥ المؤرخ في ٢٧ يوليو ٢٠٠٥ المعدل والمتمم للقانون رقم ٨٤-

١١ الصادر في ١١ يونيو ١٩٨٤م، المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

(٨٥) المادة ١١ من قانون الأسرة الجزائري.

الخاتمة

- من خلال عرض هذا البحث بتفصيلاته يمكن الوصول إلى العديد من النتائج والتوصيات، تتمثل النتائج فيما يأتي:
- أن جريمة خطف الفتاة القاصر تعني بأنه: "انتزاع أو نقل الفتاة القاصر التي لم تبلغ ثمانية عشرة سنة من بيئتها ونقلها إلى بيئة أخرى بأسلوب من أساليب العنف أو التهديد أو التحايل أو بدون ذلك وإخفاؤها عن لهم الحق في المحافظة عليها".
 - أن تعريف المُشَرِّع والقضاء لمفهوم الاختطاف يشتمل على قصور واضح؛ ذلك أن معنى الاختطاف يقتضي العنف أو التهديد أو التحايل أو الاستدراج أو الإغواء.
 - وفقاً للمعنى الواضح للاختطاف يُدرك أنه من غير المتصور تحقيق فعل الاختطاف من غير عنف ولا تهديد ولا حيلة أو تحايل أو تدليس أو غير ذلك من الصور التي تكون فيها إرادة القاصر حاضرة؛ ذلك أن القاصر ولو مع الهروب أو الرضى بالانتقال مع الخاطف فهو غير معتبر من الناحية القانونية ولا يُعتد به؛ لقصر سن الفتاة، ومن ثم لا مجال لإعمال الفقرة (٢) من المادة (٣٢٦) من قانون العقوبات.
 - أن المُشَرِّع غلّ يد النيابة العامة عن تحريك الدعوى العمومية، ولا يمكن لها ذلك إلا بناء على شكوى كما أشارت المادة (٣٢٦) فقرة (٢) من تقرير أن زواج المخطوفة القاصر يكون مانعاً من المتابعة إلا بناء على شكوى ممن لهم الحق في طلب إبطال الزواج، إذ يجب أن تُرفع دعوى بطلان أمام محكمة شؤون الأسرة من طرف ولي الزوجة المخطوفة، وعندما تصدر المحكمة حكمها ببطلان الزواج يمكن لمن له مصلحة أن يقدم شكوى ضد الجاني، ومن ثم يتسنى للنيابة أن تتابع الجاني بجنحة خطف القاصر أو إبعاده.
 - إن تقرير مسألة زواج الخاطف من المخطوفة قد تكون له مبررات -معترض عليها بشدة- وهي حماية لشرف الفتاة؛ إذ إن علم أفراد المجتمع بالواقعة يمس

شرف المجني عليها على نحو يؤثر في حياتها العادية وتزول مكانتها لديهم، كما يمس شرف عائلتها.

- كما أن جريمة الخطف المرتبطة باعتداء جنسي ثم الزواج بالمخطوفة يعد من المسائل الذاتية ذات بعد شخصي لا يتعدى ضررها سوى طرفي العلاقة (الخاطف والمخطوفة).

- إن زواج الخاطف من المخطوفة نوع من التعويض على "تفويت فرصة"، إضافة إلى تعويض عن الضرر النفسي والجسماني، كما يؤدي إلى حماية اجتماعية نسبية للمرأة، وذلك في حالة أدى الاختطاف والاعتداء الجنسي إلى حمل، الأمر الذي يدفع المرأة أو ذويها إلى إسقاطه، وهو جرم معاقب عليه.

وفي مقابل هذه المبررات فقد تناولنا العديد من الانتقادات والاعتراضات من نواحٍ عديدة (قانونية وعلمية)، ما يؤكد أن هذه المسألة المقررة في قانون العقوبات الجزائري وعديد من التشريعات، إنما هي رخصة للجناة بالعبث بأعراض الفتيات القصر، بإغرائهن أو دفعهن للاستجابة لميولهم الجنسية، وإرغام ذويهم بالخضوع للأمر الواقع، ولعل من بين الاعتراضات ما يأتي:

١. أن تبني هذه المسألة في معظم التشريعات العقابية يثير اضطراباً كبيراً في القواعد العامة للقانون الجنائي ولا تتلاءم مع أحكامه، بل هي مخالفة صريحة للسياسية الجنائية الحديثة؛ المتفرعة عن التجريم الوقائي الحمائي للمجتمع.

٢. إن جرائم الاختطاف تؤدي في معظمها إلى اعتداءات جنسية، وفي أعمال زواج المخطوفة القاصر بالخاطف يؤدي إلى زيادة البعد الكريمونولوجي (الجرائم المخفية)، فيستحيل كشفها بسهولة إلا إذا قام المجني عليه بالإبلاغ عنها.

٣. من أخطر نتائج جرائم الاختطاف -بأي صورة كانت- مخاطرها على المجتمع في غياب الأمن والأمان، ولذلك يُعد انتشار هذه الجرائم مؤشراً لانحيار الأخلاق والقيم في المجتمع، كما أن من مخاطر هذه الجرائم ذلك الأثر السيئ الذي ينعكس على الضحايا، بفقدان الثقة في المجتمع، ويجعلهم شخصيات مضطربة وغير سوية،

مصابون بأمراض نفسية عصبية، وقد يكون مدعاة لانحرافها وممارسة الرذيلة نتيجة اليأس.

٤. إن انتشار ظاهرة اختطاف الأطفال في الآونة الأخيرة كماً ونوعاً، وبشكل ملفت للنظر، واستفحال بعدها من البعد الوطني إلى البعد الدولي بانتشار الجرائم المنظمة يجعل من غير المعقول أخذ المجرم بعين الرأفة.

٥. إن زواج الخاطف من المخطوفة كمانع من متابعة الجاني يُشكّل إهداراً لحق الدولة في العقاب، الذي يستهدف ضمان الأمن والاستقرار في المجتمع، والمساواة بين أفرادها أمام القانون، وترسيخ ثقة كل المواطنين في دولتهم وعدالتهم.

٦. إن زواج الخاطف من المخطوفة القاصر كمانع من المحاكمة يهدد القوة الردعية للعقوبة، ويفقّد أهداف الجزاء الجنائي المتمثل في تحقيق الردع العام والردع الخاص.

٧. من بين الاعتراضات على مسألة زواج الخاطف من المخطوفة القاصر سقوط الجريمة والعقوبة في جانب الخاطف، وانتهاء الآثار الجنائية بالنسبة للشركاء كذلك؛ وهو ما يخالف القواعد العامة في قانون العقوبات فيما يتعلّق بقضية المسؤولية الجنائية للشريك، بإعمال أحكام الظروف الموضوعية أو الشخصية، وهذه الأخيرة لا يستفيد منها إلا من اتصلت به (الخاطف).

٨. أن مما يدل على عوار هذا النص اتجاه العديد من التشريعات العقابية إلى إلغائه، بخصوص الفقرة المتعلّقة بزواج المخطوفة القاصر من الخاطف.

٩. من خلال متابعة هذا النص نجد أن التشريعات رغم تباينها في بعض التفاصيل، لا تقدم ضمانات كافية باستمرار الزواج، وهو ما يوفر ذريعة للجناة من التهرب من المسؤولية الجنائية.

١٠. بإعمال فكرة زواج الخاطف من المخطوفة القاصر، وتطبيق أحكام الولاية في الزواج على القاصر وإعطاء الحق في تقديم الشكوى للولي فقط يُنتهك أحد أهم الحقوق، وهو الحق في التقاضي والوصول إلى العدالة بالنسبة إلى لفتاة المخطوفة.

١١. أن زواج المخطوفة من الخاطف يخالف أحكام قانون الأسرة من جهة إبطال عقد الزواج؛ ذلك أن الزواج الذي يتم قبل هذا السن، ومن غير ترخيص قضائي باطل، وللمحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها.
وعلى هذا الأساس فإننا نوصي بإلغاء هذه الفقرة، وإطلاق يد النيابة العامة في ممارسة اختصاصها الأصلي، وتكريس حق الدولة في تطبيق العقاب.

قائمة المراجع

- (١) ابن منظور، لسان العرب، المجلد التاسع، دار صادر بيروت، لبنان، دون سنة الطبع.
- (٢) أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، الجرائم ضد الأشخاص والجرائم ضد الأموال، الجزء الأول، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، بوزريعة، الجزائر، ٢٠٠٣م.
- (٣) أحمد فتحي سرور، أصول السياسة الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٧٢م.
- (٤) أحمد محمد بدوي، جرائم العرض، سعد سمك للمطبوعات القانونية والاقتصادية، القاهرة، مصر، ١٩٩٩م.
- (٥) جعدوني زهراء، الاعتداء الجنسي (دراسة سيكوباتولوجية للتوظيف النفسي للمعتدي الجنسي)، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في علم النفس العيادي والمرضي، جامعة وهران، كلية العلوم الاجتماعية، قسم النفس وعلوم التربية، دائرة علم النفس العيادي، الموسم الجامعي ٢٠١٠-٢٠١١م.
- (٦) حاج علي بدر الدين، الحماية الجنائية للطفل في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير في العلوم الجنائية وعلم الإجرام، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق، ٢٠٠٩-٢٠١٠م.

- (٧) حمو بن إبراهيم فخار، الحماية الجنائية للطفل في التشريع الجزائري والقانون المقارن، رسالة دكتوراه في العلوم، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، ٢٠١٤م.
- (٨) رزان محمد ياسر العليبي، صفاء أوتاني، جريمة الخطف في القانون السوري، مجلة جامعة البعث، المجلد ٣٨، العدد ١٤، ٢٠١٦م.
- (٩) شهبال دزبي، العنف ضد المرأة، دراسة مقارنة في القانون الدولي العام والقانون العام الداخلي، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، ٢٠١٠م.
- (١٠) عادل عبد العليم، شرح جرائم الخطف، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٦م.
- (١١) عبد الحكم فودة، الجرائم الماسة بالأداب العامة والعرض في ضوء الفقه وقضاء النقض، دار الكتب القانونية، مصر، ١٩٩٤م.
- (١٢) عبد الله أوهابية، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري - التحري والتحقيق، دار هومة، الجزائر، ٢٠٠٣م.
- (١٣) عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الجزء الأول، الجريمة، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، بن عكنون، الجزائر، ٢٠٠٤م.
- (١٤) عبد الناصر حريز، الإرهاب السياسي، دراسة تحليلية، مكتبة مدبولي، القاهرة، مصر، ١٩٩٦م.
- (١٥) عبد الوهاب عبد الله أحمد المعمري، جرائم الاختطاف - دراسة قانونية مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٦م.
- (١٦) عمر السعيد رمضان، مبادئ قانون الإجراءات الجزائية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٩٣م.
- (١٧) فوزية عبد الستار، شرح قانون الإجراءات الجزائية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٨٦م، ص ٤٤.

- ١٨) كمال عبد الله محمد، جريمة الخطف في قانون مكافحة الإرهاب والعقوبات - دراسة مقارنة، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، ٢٠١٢م.
- ١٩) محمد رشاد متولي، جرائم الاعتداء على العرض في القانون الجزائري والمقارن، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثانية، ١٩٨٩م.
- ٢٠) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة، بيروت، لبنان، دون سنة الطبع.
- ٢١) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، المجلد الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، دون سنة الطبع.
- ٢٢) مرزوقي فريدة، جرائم اختطاف القاصر، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر ١، كلية الحقوق بن عكنون، ٢٠١١م.
- ٢٣) منى عبد العالي موسى، نافع تكليف مجيد، أثر العلاقة الزوجية في تطبيق القانون الجنائي في العراق، مجلة جامعة بابل، المجلد ٢٤، العدد ٢ لسنة ٢٠١٢م.
- ٢٤) نصر فريد واصل، فتوى موقف الشريعة الإسلامية من عمليات إعادة غشاء البكارة للمغتصبات، مجلة روز اليوسف، العدد ٣٦٧٢، السنة الرابعة والسبعون، الصادر في ٦ رجب ١٤١٩ هـ - الموافق ٢٦/١٠/١٩٩٨م.

بحوث الإنترنت:

- ١) حمزة المزرعاوي، النواب يلغي المادة ٣٠٨ من قانون العقوبات، مقال نشر في ١ أغسطس ٢٠١٧م، تاريخ الاطلاع ١/١/٢٠١٩م، الموقع:
<http://www.addustour.com/articles/1049430>.
- ٢) محمود معروف، في المغرب ... انتحار أمينة يفجر سجلات مجتمعية واسعة، مقال منشور على الإنترنت بتاريخ ٢٧ مارس ٢٠١٢م، تاريخ الاطلاع:
<https://www.swissinfo.ch/ara> ١/١/٢٠١٩م، الموقع:

٣) عزيز ايدمين، تفاصيل انتحار "أمينة الفيلاي" الطفلة القاصر المتزوجة من مغتصبها، مقال نشر بمحمدية بريس في ١٥/٠٣/٢٠١٢م، تاريخ الاطلاع: ٢٠١٩/١/١، الموقع:

<http://www.maghress.com/mohammediappress>

القوانين الجزائرية:

١) الدستور الجزائري ٢٨ نوفمبر ١٩٩٦م، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم ٩٦-٤٣٨ مؤرخ في ٢٦ رجب عام ١٤١٧هـ - الموافق ٧ ديسمبر سنة ١٩٩٦م والذي يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، المصادق عليه في استفتاء ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٩٦م، في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد ٧٦ المؤرخة في ٨ ديسمبر ١٩٩٦م. العدل وآخر تعديل بالقانون رقم ١٦-٠١ المؤرخ في ٦ مارس ٢٠١٦م الجريدة الرسمية رقم ١٤ المؤرخة في ٧ مارس ٢٠١٦م.

٢) القانون رقم ١٥-١٢ المؤرخ في ٢٨ رمضان ١٤٣٦هـ الموافق لـ ١٥ يوليو ٢٠١٥م، المتعلق بحماية الطفل، الجريدة الرسمية رقم ٣٩ المؤرخة في ١٩ يوليو ٢٠١٥م.

٣) الأمر ٦٦-١٥٦ المؤرخ في ٨ يونيو ١٩٦٦م المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

٤) الأمر ٦٦-١٥٥ المؤرخ في ١٨ صفر عام ١٣٨٦هـ - الموافق ٨ يونيو ١٩٦٦م، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المعدل والمتمم.

٥) الأمر ٠٥-٠٢ المؤرخ في ٢٧ يوليو ٢٠٠٥م المعدل والمتمم للقانون رقم ٨٤-١١ الصادر في ١١ يونيو ١٩٨٤م المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

القوانين المقارنة:

١) قانون العقوبات المصري المعدلة بموجب المرسوم رقم ١١ لسنة ٢٠١١م.

٢) قانون العقوبات الليبي.

- ٣) قانون العقوبات العراقي.
- ٤) قانون العقوبات السوري.
- ٥) قانون العقوبات المغربي.
- ٦) قانون العقوبات الأردني.

الاتفاقيات:

- ١) اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بحقوق الطفل، صادقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ ٢٠ نوفمبر ١٩٨٩م، وصادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم التشريعي رقم ٩٢-٠٦ المؤرخ في ١٧/١١/١٩٩٢م، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم ٨٣ المؤرخة في ١٨/١١/١٩٩٢م.
- ٢) الميثاق الإفريقي لحقوق الطفل وصحته ورفاهيته المعتمد بأديس بابا سنة ١٩٩٠م، صادقت عليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم ٠٣-٢٤٢، المؤرخ في ٨ يونيو ٢٠٠٣م، المتضمن التصديق على الميثاق الإفريقي لحقوق الطفل وصحته ورفاهيته، الجريدة الرسمية عدد ٤١، المؤرخة في ٩ يوليو ٢٠٠٣م.

التقارير:

- ١) تقرير اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، الدورة الحادية والخمسون، ١٣ شباط/فبراير - ٢ آذار/مارس ٢٠١٢م، الملاحظات الختامية للجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، الجزائر، ٢٠١٢م.

المراجع الأجنبية:

- 1) Delmas-Marty, le grands systèmes de politique criminelle, les presses universitaires de France, 1992.



- 23) Gassim, Yousif, 2003, Commercial Transaction in the light of ShariaDubai Police Academy.
- 24) Ibn Abdeen, Mohamed ibn Ameen ibn Omer ibn Abdel Aziz.1992. Radel Muhtar Ala Al Dur Al Muktar (Hashiyat Ibn Abdeen), Dar Alfikir, Lebanon.
- 25) Ibn Gudama,Mowafaqel Din Abdullah Ibn Ahmed, 1985, Elmughni, Dar Ihya Al Turath.
- 26) Ibn Juzzi, Mohamed ibn Ahmed, 1994, Al Quwaneen Al Fiq'hiya. Dar Al Maarifa.
- 27) Ibn Katheer,Ismaeel Ibn Omar, 2002, Tafseer Al Quran Al Azeem, Vol 1, Dar Tayba.
- 28) Ibn Majah, Mohamed Ibn Yazeed. 1417, Sunnan Ibn Majah, Al Ma'arif library.
- 29) Itfaish, Mohamed Yousif, 1973, Sharh Kitab Elneel Wa Shifa Elaleel, Vol 8, Elershad press.
- 30) Mahmoud, Ahmed Shawgi, 1990, principles of law for development (theory and application), Cairo university press.
- 31) Muslim, Muslim Ibn El Hajaj El Niesaboury, 1996, Sahih Muslim, Ihia Al Trath El Arabi, Beirut.
- 32) Oxford English Dictionary. 2012. Oxford University press.
- 33) Poole, Jill, Textbook on Contract Law. 2012. Oxford University Press.
- 34) Sudanese Civil Procedural Act No.1983.
- 35) <http://abusalmandeyauddeeneberle.wordpress.com/summary-of-legal-maxims-of-islamic-jurisprudence/>
- 36) <http://articles.islamweb.net/media/index.php?id=10254&lang=A&page=article>
- 37) [http://baseera.net/uploads/pdfAl Shaikh Ahmed Al Khalili, Risalat Al Ensan Fi Al Hayat](http://baseera.net/uploads/pdfAl%20Shaikh%20Ahmed%20Al%20Khalili,%20Risalat%20Al%20Ensan%20Fi%20Al%20Hayat)
- 38) <http://islamstory.com/economyinislamiccivilization/html>
- 39) <http://www.indonesiacompanylaw.com/2012/04/26/corporate-social-responsibility-by-limited-liability-companies/>
- 40) <http://www.latrobe.edu.au/news/articles/2011/article/religion-and-development>
- 41) <http://www.merriam-webster.com/dictionary/usury/>
- 42) http://www.realitysandwich.com/homepage_sacred_economics



Finally, I would not purport that the efforts exerted, so far, in this research paper were perfect and thorough, but I have tried my best to motivate researchers, especially in majors like economy, law, Sharia jurisprudence, and Tafseer (interpretation), to have a fresh look at this topic.

REFERENCES:

- 1) Abu Dawood, Suliaman Ibn Al Ashath El Sagestani, 2009, Sunan Abi Dawood, Asria Press-Lebanon.
- 2) Al Asglani, Ahmed bin Hajar, No date, Fatah El Baree Sharh Saheeh El Bukharee, El Rayan press.
- 3) Al Asglani, Ahmed bin Hajar, 1986, Fatah El Baree Sharh Saheeh El Bukharee, El Rayan press.
- 4) Al Bahooti, Mansoor ibn Younis, (2010), Kashaf Al Ginaa an Matn Al Ignaa, Dar Al Kutob Al Ilmiya.
- 5) Al bukhari, Mohamed Ibn Ismaeel, 1986, Sahih Al Bukhari, Dar Al Rayan.
- 6) Al Darami, Abdullah Ibn Abdurrahman Al Tameemi, 1987, Sunan Al Darami, Dar Al Kitap Al Arabi.
- 7) Al Garafi. Ahmed ibn Idriss, 1967, Anwar Al Boroq Fi Anwaa Al Foroq, Aalam Al Kutob.
- 8) Al Hakim, Mohamed Ibn Abdullah, 1998, Al Mustadrak , Dar Al Marifa.
- 9) Al Khalili, Ahmed Ibn Hamad, 2003, Fatawa Al Muamalat, Dr Al Turath, Oman.
- 10) Al Khateeb, Mohamed ibn Ahmed, (1994), Mugnee Al Muhtaj Ila Maarifat Alfaz Al Menhaj, Dar Al Kutob Al Ilmiya.
- 11) Al Maqdisi, Mohamed Ibn Moflih Ibn Mohamed. No date. Al Adap Al Shareeya and Al Menah Al Mareeya, Aalam Al Kutop, Aalam Al Kutop.
- 12) Al Mawsely, Abu Yaalee Ahmed Ibn Ali, 1984, Musnad Abu Yaalee Al Mawsely, Mamoon press, Damascus.
- 13) Al Shawkani, Mohamed bin Ali, 1993, Nail Al Awtar, Dar Al Hadeeth.
- 14) Al Tabarani, Suliaman Ibn Ahmed Ibn Ayoup. 1997. Al Mogam Al Sakeer, Dar Al Fikr.
- 15) Al Toosi, Suliman Ibn Saeed, 1987, Mukhtasar Sharh Al Rowdha, Vol. 2, Dar Al Resala.
- 16) Chartbrook Ltd v Persimmon Homes Ltd [2009] UKHL 38, [2009] 1 AC 1101 (Case law).
- 17) Civil Circular No.40/1405.PI Issued by the Sudanese Chief Justice Fauad Al Amin in 5th of January 1985.
- 18) El Bayhagy, Ahmed bin Ali bin El Hussain bin Mussa, 2003, El Sunnan El Kubra.
- 19) El Ansari, Zakria, 1997, Elghurar Elbahia fee Shrah Elbahja Elwardia, Dr Al Kutup Al Ilmia.
- 20) El Karshi, Mohamed, 1989, Sharh Mukhtasar Khalil, Dar Al Fikr.
- 21) El Kassani, Abu baker bin Masaud, 1986, Badayee Elsanayee fee Tarteeb Alsharayee, Vol 7, Scientific Books press.
- 22) El Sanhoory, Abdelraziq Ahmed, 1998, Masadir Elhug fee Elfiqih Aleslami, Vol 3, Alhalabi Press.



Conclusion:

This research paper has reached many results that might impact many of the classic conceptions in both secular and Islamic economy. It also produced a fresh look at many of the textual authorities that were left for a long time with great ambiguity. In this conclusion, we will not report all those results; rather we will mention the most important outcomes.

First of all, the paper stated the definition of usury as: "A description emerges out of specific terms which normally affect mutual contracts, the impact of which always appears in an imbalanced consideration, either by unduly increasing one party's obligations or by unduly decreasing the other party's rights and vice-versa."

Also, the study proved that usury is one kind which affects only mutual contracts. So, accordingly, the research divides usury into six groups, depending on the mutual contract that is affected by usury. The groups are: the exchange of goods usury, loans usury, sale of goods usury, hiring contracts usury, company contracts usury and the marriage contract usury.

The paper proved that the rationale and the shared abstracts between all cases that are prohibited as usury are: the elimination of the greediness off the human behaviour. The discovery of this rationale will give reasonability to many of the old rules in civil transactions laws, such as *laesio*, monopoly, and pricing of goods.

The research also proved that in all mutual contracts, apart from the sale of goods contract, the considerations have to be equivalent accurately, so the allowed excess in all these contracts is zero percent. Whereas in the sale of goods contracts, in which profit is allowed, the excess, which is the profit, may reach up to 5% of the capital of the sold goods. So, if the consideration in the mutual contracts attained 6%, this 6% would be a usurious excess, totally, in all mutual contracts and only 1% of it will be a usurious excess in the sale of goods contract.

In addition, the paper discussed some Islamic transactions whose essence was illustrated and the paper clarifies how they can be conducted to be free of usury. In particular, the paper clarified that Murabaha is not a transaction in itself, but it is a criterion of how the price of the ordered goods can be specified and calculated. Also, the paper clarified that Mudharaba and Musharaka, in which the bank is a mere partner and not a financial corporation, it is usurious for the bank to transfer some of its obligations to the client (the money provider). Furthermore, the paper discussed the bank operations such as the issuance of letters of credit and credit cards, and ratified the commission that is usually charged by the banks, if it is a fixed sum and not exorbitant.

Moreover, the research discussed the impact of usury upon the transactions where it clarified that there are two impacts of usury, one of which is a civil effect and the other is criminal. So, the paper critiques the laws that prevent their courts from hearing usurious disputes. Accordingly, the paper strongly recommends a speedy amendment of these laws so as to enable the courts of hearing, try any usury allegation and to decide what the perfect remedy will be according to the general principles and rules.

this regard not to be copied by any other country willing to switch its economic system to the Islamic one.

The criminal impact of usury appears also in two ways, one of which occurs when the usury eater repeats dealing in usurious transactions. There was no precedent of defining such a crime in any criminal act. Also, there was no scholar in any jurisdiction, as far as this research is concerned, said that the repetition of usury dealing is a crime. However, empirically, we can say whenever Allah informs us that a specific action will lead the perpetrator to abide in the fire forever, He would inform us then about an action which disturbs the public interest or the Lord's rights, as Sharia scholars like to describe. Therefore, the breach of usury provisions twice by any person is a crime which deserves punishment (Ta'zeer). For example, the verses which stated the ruling of (haraba), murder, and adultery were drafted in the same way where Allah annexed the provisions by threatening to put perpetrators eternally in the Hell. In Surat Al Ma'eda Allah said: " the punishment of those who wage war against Allah and His Messenger, and strive with might and main for mischief through the land is: execution, or crucifixion, or the cutting off of hands and feet from opposite sides, or exile from the land: that is their disgrace in this world, and a heavy punishment is theirs in the Hereafter."⁽⁶⁸⁾ Other examples can be read in Surat Al Nissaa,⁽⁶⁹⁾ in Surat Al Furgan,⁽⁷⁰⁾ and in Surat Al Nissaa.⁽⁷¹⁾

The other way of having a criminal impact of a usurious transaction is when a sect in the community combines to deal usuriously in some goods or services or even in a special market. So, according to verse (279) of Surat Al Baqarah, the activity of this sect will be repudiation and rebellion for which they deserve to be punished by launching a war against them. The verse says: " O ye who believe! Fear Allah, and give up what remains of your demand for usury, if ye are indeed believers* I ye do not, Take notice of war from Allah and His Messenger. But ye turn back; ye shall have your capital sums: Deal not unjustly, and ye shall not be dealt with unjustly."⁽⁷²⁾

All in all, the impact of usury can be a civil or a criminal impact. The civil impact is that the usurious contract will be voidable. The criminal impact appears when the usurer repeats the dealing in usury or when the usury was committed by a sect of the community in an open and rebellious way. The civil remedy usually is the dismissal of the usurious excess and the contract will automatically will turn out to be valid. The criminal sanctions in the case of the individual perpetrator will be normal penalty (Ta'zeer), but when the perpetrator is a sect of the community the sanction will be a war launching against them.

⁽⁶⁸⁾ Surat Al Maeda v. 32.

⁽⁶⁹⁾ Surat Al Nissa'a v. 93.

⁽⁷⁰⁾ Surat Al Furgan v. 68-69.

⁽⁷¹⁾ Surat Al Nissa'a v. 30.

⁽⁷²⁾ Surat Al Baqarah, v. 278-279.



impact is criminal sanctions that will be imposed upon the offender (the usurer). Each of these impacts has its own ramifications which should be clarified in detail.

The civil impact of usury upon the contract appears in two ways, one of which relates to the validity of the contract itself and the other way is the administration of the effects of the usurious contract after it has been entered. In regard to the validity of the transaction, the contract will become invalid, i.e. it would not be held null and void; rather it will be just voidable for the sake of whomever that void ability has been decided. This impact in Sharia is the same as the impact of usury in the law especially in regard to the *laesio (injustice consideration)* impact which always renders the contract voidable by virtue of the nonequivalence of the parties' obligations. This usurious impact is not a scholastic opinion but it is the direct address of Allah in all usury verses which we mentioned earlier in this paper. For example, Allah said: " But if ye turn back, ye shall have your capital sums: Deal not unjustly, and ye shall not be dealt with unjustly."⁽⁶⁶⁾ So, in this verse Allah states frankly that usury does not nullify the transaction but it nullifies the usurious excess and prohibits its possession or claiming, so that means the transaction in itself remains valid and executable. The other way by which the usury would impact the transaction is that the obligations of the exploited party will become exorbitant by virtue of the usurious excess. So, in this case the exploited party is exempted from paying the usurious excess and also is allowed to delay the discharge of the purified obligations to a time in which they can pay without struggling or experiencing *res ongustae domi* (financial difficulties). This impact is also declared frankly in the previous verses of Surat Al Baqarah.

It is worth mentioning that some law systems in some Islamic jurisdictions such as Sudan, courts are prohibited by the law from hearing any usurious action especially if it has been filed from the usurer. So, if a usurious action was filed, the court would summarily dismiss it in a case where usury is evident, or the action wouldn't stand such a defense which might be put forward by the other opponent at any stage even before the high court and for the first time; that is because this defense is a public policy defense which can be raised at any time.⁽⁶⁷⁾ Although these provisions negatively affect the usurer's position in the usurious transaction, they can be exploited by them as a shield to avoid ending up before the court of law. In regard to the other party, these provisions will leave them without any protection against a mighty usurer who can exploit them to the extent of slavery. So, for the legal system not to end up assisting usurers, an amendment has to be made to nullify articles such as article 110 of the Sudanese Civil Procedural Act 1983 and usury disputes should be left to be solved by the application of the general rules; because there is no need for such provisions which may harm the public interest, instead of saving it. The result declared here despite its locality, it is feasible and useful to be known in other jurisdictions especially in the Islamic world, so as misconception in

⁽⁶⁶⁾ Surat Al Baqarah v. 275.

⁽⁶⁷⁾ Article 110 Sudanese Civil Procedural Act 1983; Civil Circular No.40/1405PI.

share of profit it has got and the share of profit it had already agreed upon, is merely a usurious excess which has to be prohibited.

Bank Transactions

Banks perform many kinds of transactions which are described as bank transactions or operations. In this research paper we are not going to discuss all those kinds of transactions, rather we are going to discuss only the issuance of letters of credit and money transfer.

In regard to the issuance of letters of credit, the local bank actually works as a bailor for a buyer before the seller, in order to reassure the later that the payment will be full and in time, and also, to guarantee the perfect delivery of the goods agreed upon. So, it is a bail contract which can be done in consideration of a reasonable sum of money as a charge. Also, it is permissible for the bailor to get a guarantee from the bail seeker before the issuance of the letter of credit; because it is a commercial activity for which it can get a commission. However, it is usurious for the bank to get any sort of interest for the period between the issuance of letter of credit and the delivery of the goods by the buyer; because that period is the essence of the bail contract. Sometimes the bank might not get the money immediately after the delivery. In such a case, the transaction will no longer be described as a letter of credit, but it will be a loan contract. In other words, from the time of the delivery of the goods documents, the relation between the bank and the buyer will change to be a relation between lender and borrower. Therefore, the provisions of the usury in the loan contracts have to be applied.

The same ruling applies to the money which is transferred between banks either nationally or internationally; because the bank here is providing a service for which it deserves a commission. This commission is sometimes called charge or fees.

Furthermore, what we have just said about the letters of credit and the money transfer, is true also in regard to credit cards transactions during the period of 0% of interest charge; because the fees that are charged by the card issuer will be in consideration of the trust given in the market to the card holder and not for the borrowing of the money spent by him. The ruling would have been different if that charge varies depending on the money spent or the total sum of purchases. Notice has to be given that, in order for the credit card fees to get that ruling, it must be unified for all card holders and not exorbitant.

All in all, when the bank is providing banking services, such as opening accounts, issuing letters of credit or transferring money, the charges that might be obtained from the client would not be a usurious excess. However, when the bank is involved in a commercial trade or is investing customers' money in such as Murabaha, Musharaka or Mudharaba, any charge might be gotten for the services rendered, will be usurious excess.

Impact of Usury on Transactions:

The impact of usury appears in two ways, one of which is civil impact which affects just the transaction between the parties of the usurious contract, and the other



that the vast majority of Islamic scholars agree on it, this rule is invalid and does not represent the real Sharia ruling, because those scholars do not get the right meaning of the usury verses and proverbs which were clarified in the very beginning of this research. So, the views of those scholars, whoever they were, will never restrict the general provisions of Sharia and also will never be capable of validating whatever is prohibited by verses of the Quran or the proverbs of Prophet Mohamed (PBUH). The sale of goods is an exceptional contract in which profit was ratified as an exception for the rule prohibiting the usurious excess, so any wide interpretation of that exception ought to be held unacceptable in this regard, simply because it will create a contradiction in the system.

In conclusion, the instalment plan, in itself, in the sale of goods contracts does not affect the rate of the profit which always has to remain 5%, no matter what the number of the instalments are or the period of the deferring payment is.

Mudharaba

Mudharaba is a kind of partnership in which one of the partners has to provide the money and the other has to invest that money in a specific trade or activity for a limited period of time, at the end of which the partners have to share any profit or loss according to a proportion agreed upon beforehand.

When the Mudharaba deals with individuals, usury may not be involved, however, when the investor partner is an Islamic bank and the money provider partner is an individual, the usury will be evident at the time of the Mudharaba liquidation; because at that time the money provider might find himself getting just 25% percent of the profit while the bank has contracted to give them 50% of the profit. The bank mostly justifies the decrease in the profit proportion by providing the following calculation:

- 2.5 % charities (zakat);
- 10% taxes;
- 5% facilitations;
- 5% bank commissions;
- 2.5% administrative fees.

Obviously the Islamic bank as an investor has got 50% of the net profit of the Mudharaba in spite of the fact that it has just got 25% of the gross income as investment expenses (above mentioned), and the money provider got 37.5%, because this is the 50% already have agreed upon. So the sum remains in the bank as its share of the profit will be 37.5%. Therefore, the total profit of the Islamic bank will be 62.5%. Accordingly, there is a usurious excess equal to 12.5%. This situation would not have happened if the Islamic bank had charged the gross income, the charity and the taxes only; because the facilitation, the bank commissions and the administrative fees were spent for the execution of the core of its job, so, why does it deserve 50% of the profit in the first place?

In conclusion, when liquidating the Mudharaba that way, the Islamic bank is not really dealing equivalently with the money provider and the difference between the

on the basis of the period of delay. The transaction now is usurious because, on one hand, the bank has got profit only for the lapse of time which is a usurious loan anyway, and on the other hand the accumulation of the profit for four years inflated its rate to 28%. So, in all cases the price of the goods that has been sold by Murabaha will be very onerous and exorbitant in a way that urges sellers in Murabaha to prefer it over other productive activities and meanwhile the buyer will be left economically paralyzed; because that exorbitant price will consume all the savings in their hands and therefore they might simply lose their desire to work enthusiastically and creatively. So the loser at the end of the day will be the whole community the guardian of the public interest. So, again we have to remind readers of what we said earlier, that usury was not prohibited for itself but rather it was prohibited for its harmful social effects.

To sum up, Murabaha being a sale of goods contract does not allow vendors to get more profit than is permitted in any sale of good contract, so, if any profit more than 5% is obtained by the vendor, it might be therefore, usurious excess.

The Impact of Instalment Plans on the Sale of Goods Contracts:

Sale of goods by instalment plan is a normal sale of goods contract in which the price is postponed and divided into equal instalments so as to be paid on regular fixed dates in the future. This kind of sale of goods is usually practiced by individuals but also might be practiced by corporations initiated especially for this purpose. In this contract, the capital of the goods might be increased by virtue of the managerial expenses which relate to the management of the corporation itself and its activities of debt collection and dispute resolution administration. Hence, the impact of the instalment plan will be seen as an increase in the price of the goods by virtue of these additional expenses, so the excess of the price here is not a usurious excess.

In practice there are many Islamic companies active in this kind of sale of goods contract. They normally have multi prices for the same commodities. For example, you would find a car in the instalment company's showroom with a panel stating the following words in writing:

Price in cash \$35000 USD

Price divided into twelve monthly instalments, \$37000 USD. (3084 monthly*12)

Price when the deposit is 20% in cash and the rest divided into twelve instalments is 38000 (7800 cash + 2616. 7monthly*12)

Price when the deposit is 20% in cash and the rest is divided into 36 monthly instalments is 50000 (10000 in cash+1111 monthly * 36)

In this example, any excess obtained over the sum of 37000 which discloses the extra expenses over the normal sale of goods, will be considered as usurious excess; because it is merely obtained in consideration of the lapse of time and not to cover real expenses.

Someone might say that all Islamic scholars are agreed that any delay in the consideration must be compensated by an excess in the price.⁽⁶⁵⁾ In spite of the fact

⁽⁶⁵⁾ Gasim, op. cit., p.111.



commodities are needed but have not been acquired by the seller yet. Therefore, we would find its practice in the international sale of goods in which there is a big risk of dealing either with the buyer who, you do not know if he is going to pay or not, or with the seller, who you do not know if he will supply the perfect goods agreed upon or not. So, to eliminate this risk a suitable intermediary will be involved in this transaction to buy the goods himself and then re-sell them to the buyer. Also, sometime Murabaha might be useful in the national market where the buyer cannot afford the price of the goods immediately, so the buyer might look for an intermediary to buy the goods himself and re-sell them to him on the basis of a postponed price or instalment price. Although the intermediary in both cases can be a natural person (an individual), a corporation or a bank, the latter is the most usual intermediary in Murabaha especially in the field of international trade. So, it can be envisaged that Murabaha can be sought by a buyer who is willing to pay immediately after receiving the goods or a buyer who is asking for a postponed payment or an instalment payment. It is worth mentioning that Murabaha is considered as a normal sale of goods contract if it is agreed upon while the goods are in the seller's possession. To put it in short Murabaha is a term which is normally put on the sale of goods contract to realize a specific effect, so, Murabaha is not a transaction in itself, rather it is a criterion by which the price will be assessed for specified goods agreed upon by parties of the sale of goods contract.

Accordingly, the profit in Murabaha must be calculated as normal profit in the sale of good contracts generally, so the seller in Murabaha is not allowed to get more than 5% profit on commodities from the buyer who ordered the commodities to be brought for him. Although the seller in Murabaha may assess the profit on the basis of the original price of the commodities and any further expenses spent before the delivery, it is not allowed for him to calculate those expenses as an additional percentage of the profit. For instance, if the buyer asks a bank to buy for him a car by Murabaha and the bank agreed on 5% profit term, the bank must calculate the capital of the car as the sum of the original price, the freight, the insurance and the custom and then gets 5% of the total sum on top of it to come up with the total price that has to be paid by the buyer. However, if the bank in the last example gets 6% or more as a profit or gets 5% profit per annum, the transaction therefore will be usurious; because the profit will be more than double the maximum permissible rate.

The practice in some Islamic banks,⁽⁶⁴⁾ runs with the second example; because (in regard to the Murabaha in cars) the bank often asks the customer to bring a pro forma invoice then the bank will finance the car for a maximum period of four years on the basis of 7% profit per annum. So, if the price in the pro forma invoice was SGP 35000, the price that will be paid by the purchaser to the bank would be $35000 * 28\% + 35000 = 44800$ SGP. Therefore, this transaction was usurious from two sides. One usurious side is 7% is an exorbitant profit; because it is more than the maximum permissible rate. The other usurious side is the accumulation of the profit

⁽⁶⁴⁾ Sudanese Islamic banks, especially Al Salam Bank, Omdurman National Bank and Faisal Islamic Bank 2016-2017



by a very important maxim which is read: (*Adam Al Israf Wa Al Tabzeer*). This maxim means: NO REDUNDANCY PERMITTED. Accordingly, the validity of any commercial activity must be tested against this maxim. It is worth to be mentioned here that the prohibition of any redundant activities is not a mere legislative task that has to be performed by issuing an ordinance, but it is a divine imposition that every member in the Muslim community must comply with. Therefore, all Muslims are not expected to produce or consume goods more than they need. Hence, the regulation of the sale of goods contract in Quran and Sunnah is well orchestrated with these principle features of the Islamic system.

It is worth mentioning that the pricing of goods in Sharia is not something that can be arranged by an authoritative decision; rather it is an automatic result of the application of the usurious excess calculation mechanism. So, that was the reason behind the refusal of Prophet Mohamed (PBUH) when someone asked him to price goods for people. Prophet Mohamed (PBUH) said: "To price goods is not my job; it is Allah's own decision. So, I would not do it; because I want to meet Allah on the Resurrection Day where no one of you will have a complaint against an unjust action that has been done by me to him."⁽⁶²⁾ Prophet Mohamed (PBUH) said this proverb not to prove that the Islamic market is free, rather he said it to show in a precise way that Allah has already done the pricing by limiting the maximum rate of the profit. So, trading people have to decide, what is the just price; because they are the only people who know the actual capital of their goods. So, it is up to them, either to tell the truth and have the just profit and then the blessing of Allah, or to conceal the truth and have an exorbitant price and then Allah will deprive their deals of any blessing. Thus, if these provisions are known for the Muslims' community, we will find the vast majority of that community complying with it and that will automatically curb the steady rise of the price curve and put an end to inflation as well.

In conclusion, the enactment of the rules of usury generally and in the sale of goods specifically, is one way that purifies the Sharia provisions from any doubt of contradiction and makes it evident that Sharia has its own economic features which are different from any other known economic notion and not a hybrid one of any.

Contemporary Islamic Transactions:

Here we will shed light on some contemporary Islamic transactions; because they are the most striking transactions in daily life and also because the practice regarding them has been affected by the misconception of the theory of usury, on the one hand, and the misconception of the nature of these transactions. So, to clarify these two points we will discuss Murabaha, Mudharaba, instalment sale and Bank transactions.

Murabaha:

Murabaha is defined as a sale of goods transaction in which the seller has agreed beforehand with the buyer on the profit that he has to get when goods are brought by him.⁽⁶³⁾ So, in this definition Murabaha is usually conducted when specific

⁽⁶²⁾ Abu Dawood, op. cit., proverb 3450.

⁽⁶³⁾ Gasim, op. cit., p.232-244.



it becomes clear enough why the sale of goods contract is an exceptional transaction, and when it would be permitted and how we could calculate the permissible profit.

To sum up, profit will be usurious if it exceeds double the maximum limit of the charity (zakat) rate of the same goods. The profit, accordingly, can be calculated in commodities as two times two point five percent ($2 \times 2.5\% = 5\%$).

Why Does the Regulation of Sale of Goods Contracts Come That Way?

The answer to this question shows the exact wicked effect of usury and also sheds more light on the rationale behind its prevention. So, there are two reasons to justify that way of regulation.

First, to enable consumers to be linked easily with producers and satisfy their needs in obtaining reasonable prices. Consumers normally located in areas different from producers' areas. So, for producers to have their commodities sold, they have to be linked by a trading body with consumers. The relation between the trading body and the producer may be an agency relation, or a sale of goods relation, but the relation between the trading body and the consumers is always a sale of goods relation. So, this way the consumers will be able to get their needs at the producer prices or at least at reasonable prices, because the link was very short which involves only three stages (producer-dealer-consumer). Although the shortage of that link serves the consumer's interest, also the producer indirectly benefits from it; because the reasonability of the prices keeps the demand in the normal range which means stability in the production rate and sustainability in the supply of goods. This result is not going to be only a private benefit for the producers; rather, it serves the public interest also by its positive impact upon whole community economy by virtue of the inflation rate stability.

Second, sale of goods contract was regulated in that manner, to protect the economy from inflation. If we stuck to the exceptionality of the profit in the sale of goods contracts, we would understand why we must get it at that rate, and why we have to practice it in limited occasions. In other words, the economic cycle in Sharia has to be very short from the start of production and pass through only one link to reach its final destination which is the consumers. Sharia sees trading activities as not true-born activities in the Islamic economic system, however it permits trading activities that involve the sale of goods, agency or brokering exceptionally. Therefore, they have to be practiced in a very restricted way. In the secular economy, the cycle is the same (production, trading, and consumption) but all its stages are genuine, so, there is no problem for each stage to be multiplied. Accordingly, in Sharia, especially if this new theory of usury is adopted, the economy will never suffer a high rate of inflation. That is because the prices will remain stable by virtue of the application of the usurious excess calculation mechanism and also as a direct impact on the restriction of (stage two) in the economic cycle (the trading/distribution stage). In other words, the impact of these procedures will curb prices in an affordable range, the issue which may stimulate the demand naturally and in the meantime will protect the purchasing power of the currency from any deterioration. Furthermore, the Sharia methodology of managing wealth is colored



same result (doubling of the profit over twice the charity rate) will also be attained if the goods were sold without necessity to more than one retailer. Every retailer would put his maximum entitled profit, so, when the goods reach the consumer, their price will be very exorbitant and onerous, as we said before, by virtue of the repetitive doubling of the just profit which was put by the consecutive sellers. Another argument that can be put forward to illustrate the usuriousness of the profit in the last example is: that monopoly is forbidden in Sharia; because it prevents goods from reaching the consumer or delays those goods from reaching them, with the intention of increasing the demand and then the price of these goods. This monopoly, conventionally happens when individual traders dry the market of specific goods by storing them, hiding them or stopping importing them. Also, in the Islamic community when wholesale traders bought goods from another wholesale trader, he must have known that this activity would not serve any interest apart from his own; rather the wholesale trader must have known that will damage the community interest; because it causes inflation and speeds up the deterioration of the national currency. So, this kind of commercial activity has to be prohibited; because it is in contrary to the rule of Sharia which says: "avoidance of damaging and harmful things is a good excuse for preventing an activity which is not going to do other than a mere interest."⁽⁶⁰⁾ Also there is another rule in Sharia says: "public interest is privileged and advanced, so it has to be satisfied even if its satisfaction sacrifices individuals' interest."⁽⁶¹⁾ Hence, reselling goods that way should be prohibited notwithstanding the validity of the profit; because it directly harms public interest. On the other hand, logically we have to give every new case the same ruling as the previous case if the two cases share the same rationale or the same associate abstract. Given the fact that repetitive reselling is obviously done on purpose to attain profit and neglects the interest of the community, the seller in this hypothesis deserves to be described as a greedy person in the same meaning which we have illustrated previously. Hence, the profit which is permitted (exceptionally) by Surat Al Baqarah becomes prohibited by virtue of the damage and the harm that it will cause if it remains permissible.

Someone might say it is not clear why the profit has to be limited? Simply the answer is because it is an exception as we have said before, so, if it is left without restrictions and limits, it would not be an exception and sellers may be allowed to decide whatever amount of profit they like to get and to practice whatever makes their trade booming. For example, if there is no limit on profit, it will be permissible for merchants to get 100 percent or more profit on their merchandises or they can monopolize goods for the purpose of raising their prices to their satisfaction. So, to protect the community from merchants' greediness and to curb the bad effect of these trading conducts and practices, the sale of goods contract is allowed not to satisfy the greedy needs but to eliminate them totally from the community members. Now

⁽⁶⁰⁾ <http://abusalmanteyauddeeneberle.wordpress.com/summary-of-legal-maxims-of-islamic-jurisprudence/>

⁽⁶¹⁾ Ibid.



verse Allah says frankly that a (double) of riba (excess) is permitted. In other words, Allah says that the prohibited riba (excess) is the one that more than double the permitted excess. So, in this verse Allah was talking about the sale of goods contracts and was not talking about any other transaction which may not be conceivable to include an excess of any kind; because all other contracts as we have seen before, allow zero percent excess but the sale of goods contract in contrary allows an excess. Then in this verse the above mentioned question so far has been answered partially; because we still have to illustrate the proportion to which Allah has ascribed the double in that verse.

As we mentioned, previously, that Allah whenever mentions usury, He mentions along with charity (zakat), so, what is the reason that can justify this style of drafting which seems as a kind of repetition anyway? Simply, Allah wants to link charity (zakat) with usury for two purposes. The first purpose is to clarify the rationale behind the prevention of usury which is, as we mentioned before, the elimination of greediness from the humanitarian community. Greediness, as we clarified, starts to appear when there is no donation of charity (zakat). Also, we clarified previously that Abdullah Ibn Masaud narrated that Prophet Mohamed (PBUH) said:” whoever donates charity, will never be described as a greedy person”⁽⁵⁹⁾. Hence, the person who allows himself to make a profit in sale of goods contract more than double the rate of charity of the sold goods, his profit deserves to be described as greediness; because if they got three times the rate of charity (zakat), they would indirectly get back beforehand any charity (zakat) that they have to pay in the future. So, that is one way of eating others' earnings without lawful justification. Also, the seller in this regard will hamper the buyer's ability to add any more excess whatsoever; because the goods will become unaffordable by virtue of the inflation of its price. The second purpose is to put a rule for calculating the usurious excess so as to be identified by a clear limit. We mentioned above, that the seller is allowed to get profit, which is an excess, and meanwhile he has to pay a charity (zakat) for the same goods, which is an apparent deficit. So, the reasonable limit of the profit must be calculated in an equation that makes the profit be seen as a real earning. I.e. the profit that is not likely to be consumed by the charity (zakat) donation. Moreover, the profit should not be exorbitant but it has to be allowed to the extent that would not cause an inflation in the price of goods - the effect that might happen also by virtue of reselling the goods time and time again. That equation is: profit has to be calculated in its maximum as double the charity rate for the same goods. For instance, if a seller makes a profit equal to three times the charity rate (7.5%) that means they get back beforehand the (zakat) charity which they have to pay after a year from now. So, the sellers who earn profit more than the rate allowed, deserve to be labelled as greedy people; the description that classifies their earnings therefore as usurious profit. The

⁽⁵⁹⁾ Al Tabarani, Suliaman Ibn Ahmed Ibn Ayoup, 1997, *Al Mogam Al Sakeer*, Dar Al Fikr, page210; Al Maqdisi, Mohamed Ibn Moflih Ibn Mohamed, No date, *Al Adap Al Shareeya and Al Menah*, page 303; <http://articles.islamweb.net/media/index.php?id=10254&lang=A&page=article>



involves an excess which is the profit. So, how can we differentiate between usurious excess and permissible profit?

The answer is: profit is an excess which is specified by the legislature (Allah), but usurious excess is an excess which is normally specified by the parties to the contracts and therefore it is usually inaccurate in its rate and limit which is left, somewhat, to the parties' autonomy. The usurious excess in the sale of goods contract is very evident if we get to know the governing authority, and how much is the permissible profit accordingly. Hence, the evaluation of the usurious excess in the sale of goods contracts is governed by a different rule from the rest of the mutual contracts. Sometimes usurious excess might be mixed with profit, due to the ambiguity of that rule or the ignorance of it by some laymen. So, light has to be shed on the rule specifying the profit on sale of goods contracts, in order to clarify its usurious excess and its limit.

As we have already mentioned, profit is an excess specified by the legislature in Sharia. That is because Allah said in the Quran: "O ye who believe! Eat not up to your property among yourselves in vanities: But let there be amongst you Traffic and trade by mutual good-will: Nor kill (or destroy) yourselves: for verily Allah hath been to you Most Merciful"⁽⁵⁷⁾. In this verse, Allah apparently clarifies the general rule of the usurious excess and meanwhile puts the exception of profit as an excess anyway. Allah prohibits obtaining the money of others without lawful justification; because it is going to be unjust earning for the beneficiary, but he excludes that unjust earning if it is acquired by virtue of dealing in the sale of goods contracts consensually as profit. The Profit in sale of goods contract is originally prohibited, however, it is allowed as an exception. According to this interpretation, the exceptional rule of law has to be restricted whereas to be applicable on a specific meaning or a case which contradicts the general rule or the original maxim. Is this the case with the provisions inferred from this verse?

The answer is yes; because the word "trade" in the verse points to the sale of goods contract; because it was described as consensual trade. In other words, When Allah mentioned the word "trade" in this verse, he meant mutual contracts among trade activities but because we know from other sources that the excess is not allowed in other mutual contracts, the meaning of the mutual contract intended here must be minimized so as to refer only to the sale of goods contract. However, there is still one more restriction needed for the exception here to be logically understood. The other restriction is the limit of the excess permitted (the profit limit) in a sale of goods contract. So, when may we describe the excess in the obligations of the parties in a sale of goods contract as a profit, and when may we describe it as a usurious excess?

The answer to this question will be clear if we get to know the interpretation of the previously mentioned verse in which Allah said: "O ye who believe! Devour not usury, doubled and multiplied; but fear Allah that ye may (really) prosper."⁽⁵⁸⁾ In this

⁽⁵⁷⁾ Surat Al Nissa'a, v. 29.

⁽⁵⁸⁾ Surat Al Imran v. 130.



before it is too late, or enter the marriage contract and both parties know each other very well. Dealing with the imbalance issue in this very early stage of the contract will help the parties and their families avoid many difficulties that might arise if they have just entered into the contract without proper investigation. Thus, the proposed party to the marriage contract may disguise his suitability to the other party (as a partner in the marriage contract), so, if the contract is entered into and the reality is discovered, then the cost of either continuing this contract or quitting it, will be very high. That is what was meant by Prophet Mohamed (PBUH) when he said: "Usury is seventy-three kinds the least of which resembles the sin of someone who commits adultery with his mother, and the most vicious usury is the one that has been concluded by disguising a fake reputation"⁽⁵⁵⁾. In this proverb notice has to be given to three hints. First, the total types of usury are much more than the scholars think so far. Second, usury does not have mere economic impacts, but it can have, in the meantime, social effects much more obvious than the economical ones. Third, the most usurious contract is the contract that is obtained by faking a good reputation to convince others to enter into a mutual contract (such as the marriage contract).

After we have clarified so far, the definition of usury, its rationale, its kinds and the analysis of the transactions affected by it, it is time to specify the limit of the excess which infects the contract by usury, so as to be able to study some contemporary Islamic transactions on the ground of the comprehensive theory of usury in Sharia.

Limit of the Usurious Excess in Mutual Contracts:

Many concepts are mixed and confused with usurious excess. Usurious excess in mutual contracts sometimes might be labelled as a charge, fees, premium, profit, or commission, but that change in the name does not affect its nature as a usurious excess. The rule of thumb in the interpretation of contracts is: "the consideration has to be given to the parties' intention"⁽⁵⁶⁾. Hence, the words of the contract and the phrases comprising its terms are less important when it comes to the meaning of the contract and its effect. So, if we get to know what the permitted excess is, and how it can be calculated, the difference between the usurious excess and the other terms will be obvious. In other words, it will be easy for anyone to recognize the usurious excess even if it is given another terminology.

In the loan, hiring, company, partnership, marriage and exchange of goods contracts the excess has to be zero percent. For example, in the loan contract, the obligation of the lender has to be equal to the obligation of the borrower, so any excess in any party's obligation over the other will be considered as a usurious excess. Thus, this is the rule which governs the usurious excess in all the above mentioned contracts. However, in the sale of goods contract the situation is not as clear as in the rest of the mutual contracts, because this contract, by its very nature,

⁽⁵⁵⁾ Al Hakim, op. cit., proverb 2306.

⁽⁵⁶⁾ Poole, Jill, Textbook on Contract Law, 2012, Oxford University Press, page 223; Chartbrook & Persimmon Case [2009].



profits of the shareholders would be usurious, if that equation was imbalanced or disturbed.

The Fifth Sunnah Text: Usury on the Hiring (Rent, Lease and Labour) Contracts:

Hiring contracts are contracts that involve selling benefits (services) of bodies of human beings, such as labourers and professionals, or selling benefits (services) of things such as houses, offices and cars. In Sharia the equivalence between the services rendered and the due rent (wage, salary or charge) is essential and crucial, where it has to be balanced in every phase. i.e. a labourer working in packing fruit where the normal labourer gets \$50 USD per 8 hours, the labour contract will be imbalanced if the employee agrees to have \$ 25 USD per 8 hours. Also, if the job can be done by any professional for \$150 USD, it will be an imbalanced contract if the professional asks for \$300 or 200 USD. So, the excess in the obligation of any party will be unjust, therefore it is a usurious excess. Sometimes the usurious excess might exist even in balanced contracts during the discharge time of the obligations. For instance, the labourer might not perform the work as it has to be or the employer might delay the payment of the wages for an unreasonable period of time. Prophet Mohamed (PBUH) said: "I will be the opponent of whoever hired someone and after he got his services, he refused to give him his rent (wage, charge or salary)".⁽⁵³⁾ Also, Prophet Mohamed (PBUH) said: "Employers have to give employees their wages immediately after they have finished the agreed work and before they leave the workplace".⁽⁵⁴⁾ In other words, the effect of the non-compliance with the provisions of these two proverbs will render the hiring contract usurious. This result has not been declared before by Sharia scholars. In conclusion, usury might affect the hiring contracts if the obligations of the employer and the employee were imbalanced. The imbalance usually comes from the greediness of the employer or the dishonesty of the laborer.

The Sixth Sunnah Text: the Usurious Marriage Contract:

The marriage contract is the only contract in which all the Islamic scholars by consensus declared that the parties to it (husband and wife) have to be equivalent to each other or the contract will be held invalid. However, Islamic scholars adopt different notions about the criteria of that equivalence. In my opinion, the concern of Islamic scholars about the equivalent parties in the marriage contract comes from their keenness to help people in the Muslim community to enter a balanced marriage contract. So, lots of efforts have been exerted by the scholars in this regard; because those scholars know that if this issue is left without a good solution, then the efforts of the community to avoid the effects of the imbalanced marriage will be doubled many times. Also, that efforts will raise the awareness of the community to the seriousness of the equivalence of parties in marriage, so that will help them and their families to investigate the issue thoroughly and to have the proposal terminated

⁽⁵³⁾ El Bayhagy, Ahmed bin Ali bin El Hussain bin Mussa, 2003, El Sunnan El Kubra, proverb 984.

⁽⁵⁴⁾ Ibn Majah, op. cit., proverb 817.



essential pre-requisites for the sale of goods contract so as to achieve its usurious end, which is the exorbitant price. One of those activities is monopoly. So, monopoly was prohibited because merchants, by utilizing it increase the demand for the goods then the prices will accordingly go up.⁽⁴⁹⁾

Finally, sometimes the parties of the sale of goods contract might intend to enter into a different prohibited contract such as a usurious loan, so, in order not to get caught as usurers, they would conduct their contract as a sale of goods contract. For example, (A) offers to sell his car to (Z) for USD \$20,000 after (Z) has agreed to pay, (A) offers again to buy the car from (Z) for USD \$22000, to be paid after six months. So, in this example, in spite of the fact that A and Z entered into two sales of goods contracts, the real deal between them was a usurious loan contract; because A has got a loan of USD \$ 20,000 for six months with 10% interest.⁽⁵⁰⁾ This kind of transaction in Sharia is called the Sale of E'ena.⁽⁵¹⁾

In conclusion, the sale of goods contract is the most prevalent contract in daily life. Although usury often affects the price of goods, the means normally utilized by the usurer differ from one case to another. So, the causes of usury in the sale of goods contract are less important than the occurrence of the exorbitant price itself; because that is the main factor which renders the contract usurious, even if there was no malicious cause for that excess (the usurious excess), as we will see when we discuss the limit of the prohibited excess later.

The Fourth Sunnah Text: the Usurious Company Contract:

Company contract in Sharia, as in any other legal system, has to be based on the principle of equal sharing of losses and profits. So, if this base is imbalanced, then usury might be present in the transaction. For example, a partner might stipulate that he/she will take part of a specific firm if other partners agree to give him 50% of any profit and to be exempted from 75% of any loss, while his share was same as the rest of the partners. This partner has held the highest rate of profit and got the lowest share of any loss usuriously, because it is unjust earnings anyway. One of Sahaba narrated that Prophet Mohamed (PBUH) said: "Allah said: I will be the third partner of any two partners (shareholders), however, if one of them has done any dishonesty, I will leave them together and give up taking part in their company."⁽⁵²⁾ This proverb clarifies the existence of usury in companies, firms and partnership contracts; because the companionship of Allah in any activity means that the activity is blessed by Him, so, when Allah said that "He is going to leave partners together..." that means He is going to deprive their activity of any blessings. Empirically, it was proved that no commercial activity can be deprived of the blessing of Allah unless it is usurious. In conclusion, the partners in any kind of company must distribute the profits and losses according to an equation proportionate to their shares. Hence, the

⁽⁴⁹⁾ Al Hakim, Mohamed Ibn Abdullah, op. cit., proverb 2208.

⁽⁵⁰⁾ Ibn Katheer, Ismaeel Ibn Omar, 2002, Tafseer Al Quran Al Azeem, Vol. 1, Dar Tayba, page 710.

⁽⁵¹⁾ Ibid.

⁽⁵²⁾ Abu Dawood, op. cit., proverb 3383.



companies which is well known and practiced in western legal jurisprudence and culture.⁽⁴⁶⁾

The Third Sunnah Text: Usury in the Sale of Goods Contracts:

The sale of goods contract is an agreement by which one party (the seller) exchanges goods or services in consideration of (price) money, which the other party (purchaser) has to pay. Usury can affect the sale of goods contract, in which the parties always seek a better deal, i.e. the deal that serves their interest better. So, usury being a non-equivalence in the mutual obligations can result from many causes in regard to this contract. It is difficult to state all those causes in this research paper but we are going to highlight the most prominent ones that will make usury in this contract easy to be diagnosed.

First of all, a false statement in negotiations often produces many usurious deals; because a false statement is the main factor in misrepresentation and cheating, which render the price either cheaper or higher than it has to be. Thus, the seller might feel at the end of the day that he has received the goods for less than its reasonable price. Also, the purchaser might feel that he has paid more than the reasonable price if he was affected by the misrepresentation. Therefore, in both cases the usury infected the contract; because there was no equivalence between the parties' obligations. The same provisions were stated by Prophet Mohamed (PBUH) when he said: "The parties in the sale of goods contract, during the negotiation stage of that contract have the choice of terminating any agreement they entered into before leaving the negotiation table. So, if they negotiate their deal in good faith, credibility and transparency, Allah will bless them and their concluded deal. However, if they negotiate in bad faith, telling lies or concealing substantial information, Allah will deprive their deal of all blessing."⁽⁴⁷⁾ It is worth mentioning here that the undue influence falls into this category, e.g. if a manager bought goods from an employee for less than its normal price, the contract then might be usurious, by virtue of the undue influence.

Second, Prophet Mohamed (PBUH) also mentioned numerous cases which are usurious sale of goods contracts. In spite of the fact that He did not say that explicitly, one can understand that by inference from the final result which is usurious. So, in the sale of Musarraah, the contract is forbidden because there is a wrong belief in the buyer's mind which results from the misrepresentation which shows the goat as if it produces lots of milk. Likewise, Prophet Mohamed (PBUH) also prohibited some sale of goods contracts for the same reason, some of which are the sale of Mulamassa, the sale of Munabaza, the sale of Najash, the sale of Muhakala and the sale of Talagi Al Rukban.⁽⁴⁸⁾

Third, Prophet Mohamed (PBUH) prohibited some activities which are not considered a sale of goods directly and in themselves, but they are considered

⁽⁴⁶⁾ <http://www.indonesiacompanylaw.com/2012/04/26/corporate-social-responsibility-by-limited-liability-companies/>

⁽⁴⁷⁾ Al Bukhari, op. cit., Pr. 1979.

⁽⁴⁸⁾ Ibid.



without any procrastination. The authority of this ruling is the proverb of Prophet Mohamed (PBUH) in which he said: "Procrastination of payment from the rich person is a mere unjust behavior; hence the doer deserves to be punished."⁽⁴⁴⁾

Ruling Documentation of the Loan and the Security of Payment:

Whenever debt is created, the creditor normally asks for warranties, mortgage or any other security to ensure future payment of the debt, in addition to the ordinary documentation. However, in regard to loan contracts, before or after entering into, the creditor is not allowed to ask for any sort of security for payment other than the ordinary documentation. This difference results from the different nature of the loan which is a duty (imposition) and has to be discharged by one of the community members, as we clarified above, but other debts are subject to the parties' autonomy, so it is up to the community member to enter the contract creating the debt or not or entering that contract after he has got a mortgage or any other security of payment or none of that would apply. This difference was practiced by Prophet Mohamed (PBUH) on a variety of occasions, one of which we have already mentioned when we stated that the Prophet Mohamed (PBUH) bought food with a postponed price from a Jewish merchant and gave him his shield as a mortgage." Notice that here the debt was created in the course of the sale of goods contract. Also we have mentioned that Prophet Mohamed (PBUH) had borrowed a sum of money from Jabir, so, later on when Jabir asked him to pay back, he paid back the debt excessively." It has not mentioned in the Sunnah or the Quran that the lender of the loan may get a security for payment. Furthermore, in debt verse in Surat Al Baqarah Allah said clearly that debts have to be documented in writing if there is a competent writer and witnesses, but when debt is created in the course of trade practices, it is allowed to be documented by a mortgage. Therefore, the last ruling of the documentation (mortgage) is an exception in that verse, which we must interpret narrowly and literally in a manner that does not include debts, created from loans.

Somebody may object that loan might be created by way of trade as well. For instance, a wealthy person, instead of liquidating his assets, would go to his friend to borrow a sum of money to finance his due deal. What is wrong if the lender asks for security or mortgage? The answer is that there is nothing wrong with that, but that is not a loan, it is a practice of investment and trading, so, it is allowed for the lender to have a mortgage. The affirmation of that is in the same verse when Allah said: "unless it is a trade that you manage between you..."⁽⁴⁵⁾ So, it is not essential for the management of trade to be conducted by selling or purchasing, rather it can be conducted by lending money or things or borrowing them.

It is worth mentioning here that the concept of: "the loan is a duty imposed upon lenders for the sake of borrowers, is similar to the concept of the social liability of

⁽⁴⁴⁾ Al Darami, Abdullah Ibn Abdurrahman Al Tameemi, 1987, Sunan Al Darami, Dar Al Kitap Al Arabi, proverb 2586.

⁽⁴⁵⁾ Surat Al Baqarah v. 282.

several community members, the rest of the community will be excused from doing so. The ruling of the loan here is like the ruling of the funeral prayer (salat eljenaza), which, if it has been prayed by some Muslims, the rest of the Muslims are excused from praying it even if they are attending the funeral.⁽³⁹⁾

The rule being a discretionary imposition means that somebody in the Muslim community must do it or otherwise the whole community must be held guilty. However, this ruling is applicable to the loan contract on the side of the creditor (lender).

The creditor is not allowed to determine the date of paying back, and also, if that date is determined by the debtor who has failed to pay back it back, the creditor must postpone the payment of the debt to a future date by which the debtor can pay back without any difficulty.

The authority for all these provisions is the notion in Islam about money and the philosophy governing its regulation in that regard. Islam does not consider holy the individual's possessions and property of wealth as capitalism does, and at the same time does not consider community interest holy to the extent that it may sacrifice individuals' own property as communism and socialism do. Islam does not adopt a notion that conciliates the opposing notions of capitalism and communism, as some Islamic scholars purported.⁽⁴⁰⁾ However, Islam has its own notion which sees money as for Allah, who is the owner and individuals are mere agents for him. Those agents have to comply with the agency stipulations and terms or, otherwise, their disposition will be held invalid. That is because Allah said: " Believe in Allah and His apostle, and spend (in charity) out of the (substance) whereof He has made you (agents). For those of you who believe and spend (in charity), - for them is a great Reward."⁽⁴¹⁾ Also Allah said: "...give them something yourself out of the means which Allah has given to you."⁽⁴²⁾ Also, Prophet Mohamed (PBUH) clarified the limits of this agency when he said: " On the Resurrection Day no one will be called to heaven or pulled to hell unless they are questioned about their age, where they passed their youth, what they did during it, their money how they acquired and how they spent it, and how they utilized their knowledge."⁽⁴³⁾ So, people are just agents for Allah, their job is to work on the wealth during their life according to His instructions among which is to lend people money as a loan. Hence, any refusal or hesitation to do so, will be a breach of the agency contract legally and a sin religiously.

The ruling of the loan on the side of the debtor is that they are allowed to ask others to lend them money but they must pay it back as soon as they become solvent

⁽³⁹⁾ Al Garafi. Ahmed ibn Idriss. 1967. Anwar Al Boroq Fi Anwaa Al Foroq. Aalam Al Kutob. Vol. 1. Page 116.

⁽⁴⁰⁾ <http://islamstory.com/economyinislamiccivilization/html> (retrieved on 17/01/2019).

⁽⁴¹⁾ Surat Al Hadid v. 7.

⁽⁴²⁾ Surat Al Nour v. 33.

⁽⁴³⁾ Gassim, Yousif, 2003, Commercial Transaction in the light of Sharia, Dubai Police Academy, page 22; [http://baseera.net/uploads/pdf/Al Shaikh Ahmed Al Khalili, Risalat Al Ensan Fi Al Hayat.](http://baseera.net/uploads/pdf/Al%20Shaikh%20Ahmed%20Al%20Khalili,%20Risalat%20Al%20Ensan%20Fi%20Al%20Hayat.pdf)



"Allah will bless a person who is tolerant if he sells, purchases, pays back debts or asks others to pay him back."⁽³⁵⁾

The Second Proverb: "Jabir narrated: I had lent Prophet Mohamed (PBUH) a sum of money and when I came to get my money back, he paid me back the original debt and gave me an excess."⁽³⁶⁾

In this proverb Prophet Mohamed (PBUH) clarifies that the loan can incur an interest but this interest has to be granted voluntarily by the debtor when paying the debt back and not to be stipulated by the creditor at any time. Thus, the excess in this case is not a usurious interest; because it is considered as tolerance in transactions and encouragement for people to get involved in loan transactions without fear of being exploited by greedy people.

Somebody may argue that Prophet Mohamed (PBUH) said: "if someone lends another a loan and the borrower gives him a gift or offers him a lift, he is prohibited from accepting that gift or from getting that ride."⁽³⁷⁾ The meaning of this proverb is that lift and that gift are a plain usury, so that is the reason behind that prohibition.

This argument will stand because there is no contradiction between this proverb and the proverb of Jabir. There is no contradiction because Jabir's proverb details the provisions of the loan in general; however, the last proverb is a private proverb detailing the provisions of the loan in a specific geographical zone and in a specific period of time. We are saying that because there is another proverb which was narrated for Prophet Mohamed (PBUH), in which Abi Burdah Ibn Abi Mussa said: I came to Madina and I met Abdullah Ibn Sallam where he said to me: "you are in a place in which usury is prevalent and very usual, so, if someone owes you money, and that person gave you a bunch of hay or oat as a gift, you should not take it, it is a usury."⁽³⁸⁾ Accordingly, the prohibition in the previous proverb was applicable only to Madina community and in the time of Prophet Mohamed (PBUH); hence, that was the historical and the geographical circumstances from which these provisions had come. However, how can we answer questions like: Is it your choice to enter into a loan contract? This question will be answered through the clarification of loan ruling.

Ruling on Loan:

A loan is a private mutual contract; however, it differs in term of the parties' autonomy from other mutual contracts. In other word, according to what we mentioned in the interpretation of the loan verses, and also according to the special status of the debtor and the variation between them and the status of the debtor in other transactions such as sale of goods contract where the price is postponed, the solvent prospective creditor, religiously, must lend the money needed by the debtor. This ruling means that there is an imposition on a solvent creditor but it is a discretionary imposition (Farid kefaya), so when it has been fulfilled by one or

⁽³⁵⁾ Al bukhari, op. cit., proverb 1979.

⁽³⁶⁾ Al Shawkani, Mohamed bin Ali, 1993, Nail Al Awtar, Dar Al Hadeeth, proverb 2295.

⁽³⁷⁾ Ibid, proverb 2296.

⁽³⁸⁾ Ibid, proverb 2298.

ultimate sovereign in the Sharia system, this fact renders the transactions in which He is taking part, a transaction relating to public policy. So, the party's autonomy regarding such transactions is very restricted and limited, whereas there is no choice for the lender other than to wait until the creditor has become solvent and is able to pay back. Also, the creditor has only the choice of getting 0% interest on his loan notwithstanding the amount of the debt or the time of the delay. So, most of the terms governing the loan transaction were regulated by (hard and fast rules) mandatory rules. This kinds of rules are always enacted to regulate relations which involve government as a supreme authority and individuals as subjects. So, sometimes loan provisions and regulations in Sharia seems as if they govern a relation of three parties instead of just two parties, as the normal case might be. For example, all the terms governing the sale of goods contract are regulated by the provisions governing a relation purported to be initiated between two parties (the seller and the purchaser) and those parties always are individuals even if the state is one of them. But in a labour contract, daily working hours are regulated by a mandatory rule that involves the government as a third party along with the employer and the employee. So, this mode of regulation of the labour relation restricts the parties' autonomy regarding this issue i.e. they do not have any choice other than to abide by the rule governing the daily working hours. The same interpretation applies to loan provisions, because when Allah mentioned loan in all the Quran verses He said: the loan is for Allah and is not for the debtor (the borrower). Moreover, this method of stating public policy issues is not odd but it was said by Allah in a Holy proverb (Hadeeth qudusy) regarding the relation between partners with companies and partnerships and to what extent they must trust in each other. In this Holy proverb Allah said: "I will be the third party in any kind of company between two, but if one of them becomes dishonest I will quit being their partner and leave them together."⁽³⁴⁾

It is worth mentioning here that the draft of the loan verse that way has another important implication which is the companionship of Allah in the partnership relation and in the Loan relation which emphasizes his blessings to the relation, so, his exit from that relation means withdrawal of his blessing. Also, it is obvious that blessing has to stop if the creditor repudiates the contract or breaches their promise by asking for interest, asking for early payment or refusing to excuse or to wait for the insolvent debtor. In other words, when this breach happens, the considerations of the contract (company or loan) will not be equal as it has to be. So, that means the contract is now becoming usurious. Allah is not going to sue the usurer before a court of law, but indeed He is going to withdraw His blessing from the whole deal in the meaning of the verse 276 of Surat Al Baqarah, previously mentioned.

In conclusion, this proverb clarifies how the loan can be beautiful and then not usurious. It also illustrates that the loan can be beautiful if it has been conducted tolerantly by all parties. The instruction that can be inferred from this proverb also can be read directly from another proverb in which Prophet Mohamed (PBUH) said:

⁽³⁴⁾ Abu Dawood, Suliaman Ibn Al Ashath El Sagestani, 2009, Sunan Abi Dawood, Asria Press-Lebanon, proverb 3383.



So, He promises them if they do so, He will forgive all their sins and reward them by Jannah (garden), but if they repudiate this promise, they will be considered as wandered away from Allah's Mercy, so they will end up in the hell.

In this verse the Quran is digging even deeper in the faith of the addressees in order to make sure that they will only think of how to obey Allah's orders.

In **Surat Al Hadid** Allah said: "who is he that will Loan to Allah a beautiful loan? For (Allah) will increase it manifold to his credit, and he will have (beside) a liberal Reward."⁽³¹⁾

In this verse Allah intended to clarify that to lend a loan is more appreciated than to just give away to charity. Also, He repeated the same meaning that he had already mentioned in Surat Al Taghabun when He said: "If ye loan to Allah, a beautiful loan, He will double it to your (credit), and He will grant you forgiveness: for Allah is Most ready to appreciate (service), Most forbearing."⁽³²⁾

To sum up, Allah urges believers to deal with beautiful loans and He did not stipulate to that transaction any term other than to be beautiful. So, what is the meaning of this stipulation? When it would be existed and when the loan transaction lacks this stipulation? These questions will be dealt with later, after we state the Sunnah proverbs regarding the loan transaction.

The Loan Transaction in the Sunnah:

The First Proverb: It was narrated that Prophet Mohamed (PBUH) said: "there was a merchant used to lend people money. This merchant was mentioned by Prophet Mohamed (PBUH) because he was very easy and tolerant in getting back his debts from debtors and always when he finds someone suffering a financial hardship he might say to his clerks dismiss his debt from the book may Allah dismisses our sins. Prophet Mohamed (PBUH) said: Allah forgives all his sins just for that manner of dealing (the tolerance)."⁽³³⁾

This proverb clarifies how dealings between people have to be, and also illustrates when the loan or any other transaction can be described as beautiful (of goodness). So, the goodness of the loan simply can be seen when the debtor pays back the debt without any procrastination, and also, when the creditor is tolerant of the insolvent debtor and postpones the due debt without asking for more interest, or dismisses the debt totally. For example, the creditor will not become tolerant if he postpones the due debt in consideration of getting back 2% interest per-week. Furthermore, if the solvent debtor delays the payment of the due debt, he will hold it, now, wrongfully and intolerantly. All in all, the goodness of the loan is not deemed to have an effect on just the creditor as it has been misinterpreted, but also it has an effect on the debtor as well, so both parties have to be tolerant in order to have a beautiful loan.

On the other hand, this proverb also construes the public policy issue in the loan relation which has been already stated in all loan verses in the Qur'an. Allah is the

⁽³¹⁾ Surat Al Hadid v. 11.

⁽³²⁾ Surat Al Taghabun v. 17.

⁽³³⁾ Al bukhari, Mohamed Ibn Ismaeel, 1986, Sahih Al Bukhari, Dar Al Rayan, proverb 1972.

the loan provisions, to mention that those provisions were enacted by Allah who controls the people's fate.

Accordingly, the loan in this verse is neither charity nor *zakat*; because charity in terms of its sum is up to the donor's discretion, he who has the absolute freedom to decide what and how much to give away. In *zakat* also, Allah decides how much the donor has to pay and to whom he has to give the donation. However, in the loan, the creditor has to give the debtor the same amount of money which he was looking for. This difference between the three concepts justifies our notion; because in charity and *zakat* the donor will feel satisfaction, internal peace and pleasure as it is a tribute performance for him, but in the loan the creditor might feel dissatisfaction, stress, and sadness as it is mere gambling or losing money. Hence, Allah labelled the loan as "*qard*" which means in Arabic "to cut from your skin" as an expression to clarify how difficult it is for the creditor to give a sum of money as a loan to the debtor.

In **Surat Al Muzzammil** Allah said: "thy Lord doth know that thou standest forth (to prayer) nigh two-thirds of the night, or half the night, or a third of the night, and doth a party of those with thee. But Allah doth appoint night and day in due measure; He knoweth that ye are unable to keep count thereof. So He hath turned to you (in mercy): read ye, therefore, of the Qur'an as much as may be easy for you. He knoweth that there may be (some) among you in ill-health; others travelling through the land, seeking of Allah's bounty; yet others fighting in Allah's Cause, read ye, therefore, as much of the Qur'an as may be easy (for you); and establish regular Prayer and give regular Charity; and loan to Allah a beautiful loan. And whatever good ye send forth for your souls ye shall find it in Allah's Presence, - yea, better and greater, in Reward and seek ye the Grace of Allah. For Allah is oft- Forgiving, Most Merciful."⁽²⁹⁾

In this verse, which was revealed early in Mecca's time before the immigration of Prophet Mohamed (PBUH) to Medina, Allah clarifies that this new religion is not just a religion of ceremonies but it is about living a good life as well. So, while Allah asks you to worship him during day and night, He also, asks you to work and earn money commercially or by any other lawful means. However, Allah notifies new believers that if they leave worship so as to work to earn money, the work has to be good and beautiful, and then their work will be treated by Allah as worship in itself.

In **Surat Al Maeda** Allah said: " Allah did aforetime take a covenant from the children of Israel, and we appointed twelve captains among them. And Allah said: I am with you: if ye (but) establish regular prayers, practice regular charity, believe in my apostles, honor and assist them, and loan to Allah a beautiful loan, verily I will wipe out from you your evils, and admit you to gardens with rivers flowing beneath; but if any of you, after this, resisteth faith, he hath truly wandered from the path of rectitude."⁽³⁰⁾

In this verse Allah clarified that in previous religions such as Judaism, He asked believers to do things such as defend messengers, pray, give charity and give loans.

⁽²⁹⁾ Surat Al Muzzamil v. 20.

⁽³⁰⁾ Surat Al Maeda v. 12.



personal rights relation (*in personam relation*) which is the same as the relation that is normally created when a seller and a purchaser enter a sale of goods contract in which the purchaser receives the goods and postpones the price to be paid to a certain date in the future. However, still there is a difference between the two relations because the borrower in the loan relation is not in the same situation as the purchaser in the relation to the sale of goods contract. When the borrower gets the loan, he will be suffering a financial hardship, but when the purchaser buys the goods, they, at least, will know when and how they are going to pay the price, even if they do not have the money now for a reason other than insolvency. Hence, for this difference it is unjust to impose the same legal system upon the relation between the debtor and the creditor in both transactions; because even though the creditor, on one hand, in both transactions is a solvent person or at least he is not in severe need of the money, which is going to become a debt after the contract is entered into. On the other hand, the debtor in the loan relation in contrast to the debtor in the sale of goods relations, is, supposedly, suffering a financial hardship or at least is in severe need of the money which is going to become a debt later on. So, in conclusion, it is accurate to say that all debts, generally, have to be governed by the same legal provisions but if debts are created by entering into a loan contract, the debts would be governed by different legal provisions.

There are many texts in both the Quran and Sunnah supporting the above mentioned argument. So, in the following paragraphs we will state these texts from the Quran first and then from the Sunnah.

The Loan in the Quran Verses:

Surat Al Baqarah: Allah said: “who is he that will loan to Allah a beautiful loan, which Allah will double unto his credit and multiply many times? It is Allah that giveth (you) Want or plenty, and to him shall be your return.”⁽²⁷⁾

In this verse Allah urges lenders to lend their money and promises them that if they do so, he will bless their wealth. The urging comes because the borrower has nothing to reassure the lender that they are going to pay back the loan. Hence Allah addresses this point by considering the loan is to him so He is the real borrower and not the debtor and that is very reassuring to believers, more than any other mortgage. Also, Allah defeats the greediness which may prevent lenders from giving their money to insolvent people by promising lenders not just to help them avoid loss but by blessing their money and multiplying their earnings. This methodology of enactment is, at least, realistic; because economically speaking, we need solvent people to help insolvent people so as to increase production in the community and consolidate, intuitively, peaceful coexistence among its members. This is the same notion as that of the social engineering scholars when they said that laws are likely to achieve development if they come out of the "origins of belief" of the community in which they are supposed to be applied.⁽²⁸⁾ It is enough for the believers to obey

⁽²⁷⁾ Surat Al baqarah v. 245.

⁽²⁸⁾ Mahmoud, Ahmed Shawgi, 1990, principles of law for development (theory and application), Cairo university press, page 172.



equivalent to each other, so each party has to expect an equal consideration to what he has paid to the other party. Thus, if the party had got less than the expected consideration, the other party would not have been held innocent of committing a misrepresentation, cheating, fraud or at least taking advantage of the situation. In this case, the deal that has been achieved is unlawful; because the excess in one mutual consideration was obtained by greediness, so the best description of that excess then, is to be usurious excess, the description which was already given to the transaction by Prophet Mohamed (PBUH). In other words, Prophet Mohamed (PBUH) meant to say that, in order for the exchange of goods not to be usurious, the goods paid by one party has to be equal in term of quality and quantity to the goods paid by the other party and the delivery of the goods must be completed immediately without any delay. The perfect example of this transaction is conceivable when you ask someone to give you change for a 100 Dollar note. In order to achieve this deal, the other party has to give you, immediately after he has received the \$100 note, ten \$10 notes, twenty \$5 notes or five \$20 notes. In any of these cases, each of you has got \$100 without any excess or deficit, but one of you got 10 notes the value of each is \$10 and the other got one note whose value is \$100 and the exchange of both considerations was conducted immediately, on the spot.

This transaction is not rare but it is often practiced by car dealers when accepting customers' old cars and giving them new ones and then charging them the difference.⁽²⁵⁾ It is worth mentioning that this proverb does include the rules of currency exchange which is not different from the normal rules of exchange of other kinds of goods. The emphasis of this inference was stated in a proverb narrated by Ali Ibn Abi Talip in which Prophet Mohamed (PBUH) said: "there is no difference between Dinnar and Dinnar or Dirham and Dirham, so, if someone needs to have a gold coin (wariq) he is allowed to have that by exchanging it with raw gold. Also, if someone needs to have raw gold, he is allowed to have it by exchanging it with a gold coin (wariq), but people have to make sure that the exchange is (haa and haa)."⁽²⁶⁾

The Third Sunnah Text:

To properly explain the following proverb, we have to give an illustration to the loan transaction as it is seen by Islamic teachings.

Loan as a Transaction:

The loan is a transaction in which a person called a debtor receives (by borrowing) a sum of money from a person called a creditor so as to pay it back during or at the end of an agreed period of time.

Accordingly, the loan is a private transaction in which the debtor and the creditor deal in money and not in goods. Also, when the loan contract is entered, the lender becomes a creditor and the borrower becomes a debtor and the loan sum becomes an undue debt. So, the legal relation between the debtor and the creditor will be a

⁽²⁵⁾ Al Khalili, Ahmed Ibn Hamad, 2003, Fatawa Al Muamalat, Dr Al Turath, Oman, p.133.

⁽²⁶⁾ Ibn Majah, Mohamed Ibn Yazeed, 1417, Sunnan Ibn Majah, Al Ma'arif library, proverb 2261.



the transaction mentioned in the proverb not to be usurious, it must satisfy the following terms: **First**, the mutual considerations must be the same in quality and quantity. **Second**, the exchange of the mutual considerations must be executed immediately (on the spot) without any delay. **Third**, if the items of the deal turned out to be slightly or largely different in quality or quantity, the deal would not be usurious as long as the deal was executed and delivered immediately.

This clear text poses many questions the answer of which may make the usury theory that produced by Islamic scholars so far, a little bit dubious and cloudy. The questions are:

(1) Is it going to be a transaction of any known kind if someone exchanges a specific quality and quantity of gold with the same quality and the same quantity of gold on the spot? i.e you gave your gold to your counterpart and you got the gold immediately from him.

(2) Usury, being an excess of one of the parties' considerations, is that going to be available in exchanging gold with gold like what has been described in the proverb or in the question one?

(3) Why Prophet Mohamed (PBUH) stipulates the immediate delivery, even when the items of goods in the deal are different? Is that in any contradiction with the proverb in which was said: "Prophet Mohamed (PBUH) had bought food from a Jewish person to pay him later on and gave him his shield as a mortgage."?

The answer of the first question is yes in spite of the fact that the transaction there is not a sale of goods as the proverb declared expression. The intended transaction there is the exchange of goods; because the sale of goods transaction can be conducted in cash or on postponed price, and it must be an exchange between goods and money as a price and cannot be conducted between two goods as a consideration to each other. So, Prophet Mohamed (PBUH) there clarified the terms of the exchange contract and showed when it would be a usurious exchange contract. In other words, Dinars and Dirhams at the time of Prophet Mohamed (PBUH) were not manufactured as today's money, so, it is sure that when someone got a Dinar, it would not be quite equivalent to any other Dinar even if they had been coined by the same blacksmith. Thus, if someone gives another a Dinar to get in return a Dinar from him, the two Dinars would not be the same in term of the weight and the quality. Hence, the difference between those two Dinars makes the deal usurious. Although the later illustration was credible at the time of the proverb, it is not applicable today, where we do not have golden currency anymore. However, the same can be applied to the garment gold especially when a customer needs to exchange his old jewelry with new ones.

Someone might ask: is the exchange of gold with gold going to be of any benefit to any of the parties of this transaction? The answer is yes but an illustration has to be given. No person will enter any contract unless that contract satisfies his interest. So, the contract of exchange is not going to be an exception to this rule. Therefore, Prophet Mohamed (PBUH) meant to say the mutual goods in the exchange must be



must wait for the debtor who is suffering financial hardship to pay back whenever it is possible for him to do so.⁽²²⁾

In conclusion, Allah in these three Surats (Al Room, Al Imran, and Al Baqarah) defines usury in Islam and its impact upon public interest in (Al Room's verse). In (Al Imran's verse), Allah clarifies when the usury may affect the sale of goods transaction. In the last verse of (Al Baqarah), Allah sets the social, commercial, and criminal impact of the usurious dealing.

Second: Sunnah Proverbs:

We will discuss hereinafter five Sunnah texts as follow:

The First Sunnah Text:

"Omar Ibn El Khatab Narrated that: Prophet Mohamed (PBUH) said: "it is usury to sell gold with gold unless that deal has been finalized (haa and haa), also, it is usury to sell date with date unless that deal has been finalized (haa and haa), also, it is usury to sell oat with oat unless that deal has been finalized (haa and haa)."⁽²³⁾

When this proverb was said by Prophet Mohamed (PBUH), it was not understood except by Omar Ibn El Khatab, hence, it has not been narrated by anyone of Sahaba. The reason behind this is the ambiguity of the proverb which includes the phrase (haa and haa). So, because it did not make sense for all the attendees, among whom Omar who understood the meaning of the proverb, he learned it by heart and the rest could not.

Prophet Mohamed (PBUH) himself in a later proverb clarified the ambiguity of the previous one.

The ambiguity of this proverb was clarified by Prophet Mohamed (PBUH) himself in later proverbs which were said by him. That might have happened because someone had asked him to do so or he had noticed himself the non-compliance of Sahaba with the previous proverb. Therefore, in my point of view, the subsequent proverbs have tackled the same topic in different words. So the idea of usury in these proverbs has shed more light and the ambiguity has been somewhat cleared.

The Second Sunnah Text:

"Omar Ibn El Khatab narrated:" dealing in gold with gold, silver with silver, bur with bur, oat with oat, date with date and salt with salt must be same with same, equivalent with equivalent and the considerations have to be exchanged immediately (on the spot). However, if these kinds of goods varied, people would deal as they wish but it must be an immediate deal on the spot."⁽²⁴⁾

In this proverb Prophet Mohamed (PBUH) illustrated what he had meant by the phrase (haa and haa) when he said: "must be same with same, equivalent with equivalent and the considerations have to be exchanged immediately (on the spot)." Therefore, in this proverb Prophet Mohamed (PBUH) meant to say that in order for

⁽²²⁾ Al Toosi, Suliman Ibn Saeed, ibid.

⁽²³⁾ Al Mawsely, Abu Yaalee Ahmed Ibn Ali, 1984, Musnad Abu Yaalee Al Mawsely, Mamoon press, Damascus (usury chapter).

⁽²⁴⁾ Muslim, Muslim Ibn El Hajaj El Niesaboury, 1996, Sahih Muslim, Ihia Al Trath El Arabi, Beirut, proverb 1583.



establish regular prayers and regular charity, will have their reward with their Lord: on them shall be no fear, nor shall they grieve. *O ye who believe! Fear Allah, and up what remains of your demand for usury, if ye are indeed believers. * If ye do it not, Take notice of war from Allah and His Messenger. But if ye turn back, ye shall have your capital sums: Deal not unjustly, and ye shall not be dealt with unjustly. * If the debtor is in a difficulty, grant him time Till it is easy for him to repay. But if ye remit it by way of charity, that is best for you if ye only knew. * And fear the Day when ye shall be brought back to Allah. Then shall every soul be paid what it earned, none shall be dealt with unjustly."⁽²¹⁾

These verses were the latest to be inspired to Prophet Mohamed (PBUH) in the regulation of usury, so, this means that usury had been the first prohibition to be revealed in transactions, and also it was the latest provisions to be imposed on transactions.

The meaning of these verses is: Allah asserts that people who devour usury contrary to these regulations and because they see no difference between it and the profit in the sale of goods contract; they will not be able to look after themselves and their business properly, because they will be like insane people who cannot manage to do anything good for their business. This insanity is just one effect of dealing in usury and it is the social effect. Other effects of dealing in usury are two: one is the impact of usury on transactions, the second is the impact of usury on the public interest. The impact of usury on the transaction is to render it invalid (fasid), so when the transaction becomes free of the exorbitant excess, the transaction will become valid and no further sanction will be imposed upon the usury devourer. The impact of usury on the public interest appears when the usury devourer repeats the breach of the usury regulations by dealing in usury after they have already repented of dealing in it. Thus, the impact of usury, here, is a public interest issue; because Allah said in this case the wrong doer is going to be a companion of Fire forever. Such a penalty is usually imposed upon a person who made an assault against public interest or committed a crime. Allah continues to clarify the impact of usury by saying: dealing in usury will not fulfill the dealers' goals of making profit and developing their wealth, but in contrary, people who look after each other, by giving charity or offering help, will contribute to the enhancement of society's well-being and indirectly enhance the environment of their own investment and their personal earnings. Also, Allah said: if usury devourers (usurers) become very strong and start to threaten the state economy, the president can take every possible step to stop them from dealing and spreading dealing in usury and undermining the state economy. The president has to do so, even if that remedy leads him to launch a war against them. At the end of these verses Allah says, if usury devourer repents, they deserve to have their capital of the usurious transaction and they have to be prevented from getting any sort of interest. Moreover, repentant usurers have no right to get any sort of bail or warranties to insure paying back their capital from the other party but they

⁽²¹⁾ Surat Al Baqarah, v. 275-281.



Mohamed's mission used to trade with Romans in Summer and trade with Yemen in Winter.⁽¹⁸⁾ So, it might be reasonable to say that the only transaction that can be usurious when the Quran was revealed was the loan, but even this has to be supported by the clear concept of usury, which was missed or misunderstood until the start of the drafting this paper.

In the **Surat Al Imran** Allah said: " O ye who believe! Devour not usury, doubled and multiplied; but fear Allah that ye may (really) prosper."⁽¹⁹⁾ (Surat Al Imran, v 130).

In this verse Allah clarifies that in the sale of goods transaction, in which some profit is allowed to be entertained by the seller, this profit which is an interest, anyway, it must be one fold of the due charity (zakat) of the same goods or otherwise it will be usurious. So, people who would like to practice a blessed commerce have to practice it that way and to calculate their profit according to that formula.

Accordingly, this verse, contrary to what it has been said by most of the scholars who interpreted the Quran, it specialized in stating the usury provisions in the sale of goods; that is because in all the Islamic transactions other than the sale of goods the parties are not allowed to have as a consideration more than the exact lawful consideration. For example, in loans the debtor has to pay back the same amount which has already been borrowed from the creditor. Likewise, in the other kinds of contracts, no interest can be allowed to any party whatsoever. However, in the sale of goods contract the seller is allowed to have profit measured on the base of the capital that was already spent by them when they bought the goods. So, when Allah said in this verse "O ye who believe! Devour not usury, doubled and multiplied", He said it to enable us infer from this verse that Allah allowed in this verse for believers to have usury less than (doubles); because the prohibition comes when the usury is multiple doubles. In Arabic when multiple things are mentioned, the interpretation has to be: two things or more.⁽²⁰⁾ Therefore, this verse is stating provisions of usury in the sale of goods contracts; because it is the only transaction in which profit, as an excess, is allowed. Later on we will clarify how this doubles are going to be calculated and then give more details about the relation between this verse and the transaction of sale of goods.

In the **Surat Al Baqarah** Allah said: "Those who devour usury will not stand except as stand one whom the Evil one by his touch Hath driven to madness. That is because they say: "Trade is like usury," but Allah hath permitted trade and forbidden usury. Those who after receiving direction from their Lord, desist, shall be pardoned for the past; their case is for Allah (to judge); but those who repeat (the offense) are companions of the Fire: They will abide therein (for ever) *Allah will deprive usury of all blessing, but will give increase for deeds of charity: For He loveth not creatures ungrateful and wicked. * Those who believe, and do deeds of righteousness, and

⁽¹⁸⁾ Ibid, Vol. 24, page 623.

⁽¹⁹⁾ Surat Al Imran, v 130.

⁽²⁰⁾ Al Toosi, Suliman Ibn Saeed, 1987, Mukhtasar Sharh Al Rowdha, Vol. 2, Dar Al Resala, page 489.



"stinginess" in the verse as "to take your fellow's money and add it, without lawful cause, to your own property."⁽¹⁵⁾ So, this interpretation gives the word "stinginess" and the word "greediness" the same meaning of "avarice" and "cupidity" in which the person does not feel overly that anyone has to keep out his belongings, but he also feels that he has the full right to access another's belongings. This sort of behaviour would be a very selfish and very disputative when others discovered it. Hence, for the legislature to maintain peaceful coexistence in the country and then the well-being of the people, good legislative policy should take into account the ban of all kinds of conduct that lead to or disclose greediness of people toward each other in the Civil Transactions Act. Some such conducts are classified as misrepresentation, cheating, exorbitant profit, profiteering and mean exploitation. Therefore, to ban certain conduct it is not necessary for it to be usurious in itself, but it is enough for such a conduct to lead to usury.

To sum up, Allah prohibits usury, to help the human community be more cooperative, peaceful and productive. So, for the human community to achieve that goal and then to fulfil its well-being, people in the community must get rid of their greediness and become very tolerant in all their transactions.

Textual Authorities of Usury

First: Quran Verses:

Allah said in **the Surat Al Room**: "that which ye lay out for increase through the property of (other) people will have no increase with Allah. But that which ye lay out for charity, seeking the countenance of Allah, (will increase): it is these who will get a recompense multiplied."⁽¹⁶⁾

In this verse which was inspired to Prophet Mohamed (PBUH) at Mecca, in the time before his immigration to Yathrip, Allah told people (believers and non-believers) that usury is very harmful and devastating to their community's economy and will never fulfil their intention and goal of investing their money that way; because it is not going to create any additional value for their development, however, zakat (special charity) in spite of the fact that it is mere expense on their capital but it is really going to help developing their economy by creating a real support to production factors⁽¹⁷⁾.

Moreover, this verse does not state the provisions of usury in loans only, but it states usury in its vast Islamic meaning which includes all mutual transactions in which usury as a non-equivalence in obligations, can be envisaged. The argument that usury in loans was the only kind of usury that had been known when the Quran was revealed is not sustained; because people in the Arab peninsula knew all kinds of transactions before Mohamed's mission and Mohamed (PBUH) himself practiced trading in all sorts of transactions. For instance, He (PBUH) sells, initiates partnership, rents and gives mortgage. Also, it is well known that Arabs before

⁽¹⁵⁾ Al Hakim, Mohamed Ibn Abdllah, 1998, Al Mustadrak, Vol. 3, Dar Al Marifa, page 311.

⁽¹⁶⁾ Surat El Room, v 39.

⁽¹⁷⁾ Al Tabari, Mohamed Ibn JareerTafseer Al Tabari, Vol. 24, Dar Al Marif, page 623 ; ibid, vol. 20, Page 104.



misrepresentation, and committing many kinds of sins and crimes to obtaining other's money with undue reasons by greedy people. This shared abstract was mentioned in many texts in the Quran and Sunnah. In the following paragraphs we are going to state these texts.

In the Quran Allah said: "Who is he who will lend God a loan of goodness, that He may double it for him, and will have a generous reward"⁽¹¹⁾. Also, Prophet Mohamed (PBUH) said: "Compassion of Allah will be upon who is tolerant when selling, tolerant when buying, tolerant when asking his debtor to pay back, and tolerant when he is paying back his creditor."⁽¹²⁾

The crucial question should be posed here is: when and how does the loan become one of goodness in the verse? In addition, when and how does the person become tolerant in the proverb? The answer concerning the loan is: it will be of goodness when it is free of any sort of wickedness, and, as long as there is no wickedness other than usury, so, the loan will be of wickedness when it is usurious. The answer to the other question is very simple when you think empirically in the Islamic instructions regarding transactions. Therefore, it is obvious that the tolerance of any person in transactions means that the person should be a facilitator and easy in every stipulation in the transaction notwithstanding the beneficiary of that stipulation. I mean, in other words, one party has to be easy and facilitator even though the stipulation is for the sake of the other party to the transaction or even though the stipulation was for his sake but now it is not. It is worthy to be mentioned that Islamic teachings instruct believers to be of goodness and more tolerant so as to eliminate greediness and free their behaviour from all vilifying factors. Abu Hurayra narrated that prophet Mohamed (PBUH) said: "A Muslim would be the most tolerant in paying back loans if he paid them in excess. Prophet Mohamed (PBUH) said that, when he was paying back a bigger camel to someone who had previously lent him a smaller one."⁽¹³⁾ So, here in this case Prophet Mohamed (PBUH) or any person in his circumstances would have thought of procrastinating the performance of his obligation. He might have done that to get some sort of compromise from the creditor in a kind of mitigation of the obligation, or at least to get back the difference of the price between the bigger camel, which he has to pay now, and the smaller camel, which has already been taken by him as a debtor. However, prophet Mohamed (PBUH) did that to teach us how tolerant (of goodness) we have to be and why.

Therefore, we have to be tolerant to get rid of greediness and to achieve well-being in our contemporary life and dwell in heaven after our death. In accordance with that, Allah said in the Quran: "So be conscious of God as much as you can, and listen, and obey, and give for your own good. He [whoever] who is protected from his stinginess—these are the prosperous."⁽¹⁴⁾. Ibn Massaud construes the word

(11) Surat El Hadid, v.11.

(12) Al Asglani, Ahmed bin Hajar.No date. Fatah El Baree Sharh Saheeh El Bukharee, El Rayan press, pro 1970.

(13) Ibid.

(14) Surat El Taghabun, v.16.



Islamic scholars do not agree on one theory regarding contracts but they agreed upon the concept of the existence of the contract when its principles (poles) are found, and also they agreed that the contract wouldn't be null and void if it was affected by a term stipulated, contrary to the legislature's will and intention. So, when such a term exists in any contract the contract is valid but the term has to be removed and considered as null and void⁽⁸⁾. This much of agreement among Islamic scholars is quite enough (for it) to be said that the impact of usury on the contract is only to render it invalid but capable of being rectified. The same result, also, can be declared according to the Quranic verse which can be read as: "O you who have believed, fulfil [all] contracts"⁽⁹⁾. This verse has to be understood in the light of Prophet Mohamed's proverb (Peace Be Upon Him (PBUH)), in which he said: "Muslims are obliged to perform their own agreed terms, but those terms which were stipulated to legalize illegal things or to forbid legal things shall be held null and void."⁽¹⁰⁾. So, usury, whose authority will soon be stated from the Quran and Sunna, always results from a term in a mutual contract. Hence, the usurious term will be nullified and the contract will remain valid, otherwise, the contract will be held invalid retroactively. Furthermore, this analysis also represents the trends of the usury verses in the Quran, as we will discuss later in this research.

To sum up, usury is a prohibited effect for a permissible term. The contract, which is affected by usury, is an invalid contract but it can be rectified by dismissing the usury term and its effect, if any.

Rationale Behind Usury Prevention:

Islamic scholars, when they speak about usury rationale and the shared abstract between issues prohibited as usury might speak about monetary, price, similarity and edibility of the prohibited issue as usury. Obviously, those scholars do not intend to show more than the rationale and the shared abstract of preventing the transaction of some items such as gold, silver, oat, wheat, bur and salt. In other words, they intend to clarify why the usury is thought to be found in dealings with these six items. Accordingly, some scholars deny the effect of usury in items other than these six ones, depending on their opinion that Prophet Mohamed (PBUH) has intended to prevent usury in just these types of goods. Other scholars widen the effect of usury where it can be envisaged in other items even if there were no shared abstract between them and these six items. There is a third group of scholars who see that usury can affect any goods associated with these six items in the rationale of prohibitions, so, in their opinion, the mention of these six items comes only as an example.

However, we will be able to see the shared abstract and the rationale behind the prevention of usury in all these cases clearly as: "to eliminate greediness of human behaviour". Greediness leads to taking advantage of others, cheating, making

⁽⁸⁾ El Sanhoory, Abdelraziq Ahmed, 1998, Masadir Elhug fee Elfiqh Aleslami, Vol 3, Alhalabi Press.

⁽⁹⁾ Quran Kareem, Surat Elmaydah v.1.

⁽¹⁰⁾ El Bayhagy, Ahmedy bin Ali bin El Hussain bin Mussa, 2003, El Sunnan El Kubra.



which we use the transaction that is susceptible to be affected by usury, as a base for it.

The new classification being built on the affected transaction, is not a clone of the classic classification of some other scholars, who classified the usury into *beyoo* (sales) usury and *deyoon* (debts) usury. We are not adopting this later classification; because it is susceptible to the same criticism as the former classification which is objectively expressing the same mistaken concept in different words and terminology.

Hence, and according to the comprehensive analysis of the resources (the Quran and Sunnah) and the contracts that are usually affected by usury, we come up with a whole new classification of usury. The new classification sees usury as only one concept, and it always exists in transactions, as an effect of a term or a promise. The new classification is also based on the fact that usury affects mutual contracts only. Therefore, we find it necessary for the concept of usury to be understood, that the classification should be in six groups, according to the different mutual contracts that might be affected by it.

Accordingly, usury is classified into six groups as follows:

- Group One: usury in the contract of loan.
- Group Two: usury in the sale of goods contract.
- Group Three: usury in exchange and trading in transactions.
- Group Four: usury in hiring (rent, lease and labor) contracts.
- Group Five: usury in companies and partnership contracts.
- Group Six: usury in the Marriage contract.

Later we will give details and all arguments supporting the crafting of each group and its validity.

However, in order to specify the ramifications of the concept of usury, we have to analytically discuss and clarify usury in each of the above mentioned groups. The usury is not a transaction in itself, but it is an effect resulting out from a term in one of any mutual contract. So, for example, in a loan contract the creditor may stipulate that the debtor has to reimburse the debt and 4% interest per month. In this example the interest, notwithstanding its rate, is usury and not the loan itself but the loan therefore can be considered usurious. The same analysis is true if the transaction is a sale of goods contract. Usury may exist when the seller who bought goods for \$20 stipulates to have \$40 as a price from the purchaser. The usury in the last example does not affect the whole transaction but it affects just \$19 of the price. The stipulation of the \$40 in the last example might have been valid, if the seller had said that the price had to be \$21. The interest in the loan contract and the excess in the price of the sale of goods contract is the usury (the paper will discuss the limit of the profit and its authority later). Thus, usury as a description (an impact) of mutual contracts wouldn't affect the contract itself but it affects the excess which renders the parties' obligations imbalanced or one party's obligations become without a just consideration.



one of the most important of its goals. Therefore, the paper will craft its own definition, in order to leave readers with a clear concept of the research topic, also, to give the readers an ample opportunity to follow the logic supporting the making up of the definition.

It is worth to be mentioned here that the following definition is crafted according to the agreed features of the riba in all schools and the crafted definition tries to avoid the critiques that have been raised against the previous definitions. Accordingly, and depending on the empirical methodology, the research undertook a survey to all kinds of contracts that might be susceptible to riba, classified them according to the authorities underpinning their usuriousness, inferred the rationale behind the prevention of riba, listed the characteristics that draw the clear boundaries of the usury concept in the affected contracts, and come up with the common features of these contracts. Thus, this methodology, at the end of the day, led to making up the following definition:

Definition of the term usury is:

A description emerges out of specific terms which normally affect mutual contracts, the impact of which always appears in an imbalanced consideration either by undue increasing one party's obligations or by unduly decreasing the other party's rights and vice-versa.

So, this definition states clearly that riba is not a transaction in itself, but it is a description that might label a transaction in specific circumstances. Also, this definition makes it clear that riba is affecting only mutual contracts. Moreover, the definition puts forward the criteria of how to measure the usurious excess which will normally render the contract usurious. Finally, the definition puts it frankly that the imbalance of the mutual considerations might be by virtue of the increase or decrease unduly the obligations of contract parties.

In the following pages the research will discuss the aforementioned features of the definition and put forward all the available proofs that hopefully establishes a strong ground for a clear theory of ribba.

Types of Usury:

Most of Islamic scholars often classify usury into two kinds, one of which is *Nasseia* usury and the other is *Fadul* usury⁽⁷⁾. We see this classification as inaccurate in spite of the fact that it is semi-settled among all Islamic Scholars; because it is very arbitrary and does not make any clarification or simplification of the concept of usury so as to be understood and dealt with by common people or even by specialists. Rather, that classification adds a great deal of ambiguity to the rationale of the concept of usury and the Islamic economic system as a whole.

Usury normally affects one kind of transactions according to our definition above-mentioned and also depending on the objective analysis that has already been undertaken of the resources investigated (the Quran and Sunna) and previous research. Therefore, we are going to adopt a different classification for usury, in

⁽⁷⁾ El Kanssani⁷, op. cit., p.105; ElKarshi , op. cit., p.26 ; Ibn Gudama, op. cit., p.300; Al Ansari, op. cit., p.413 ; Itfaish, op. cit., p.32.

that it is not confining the concept of riba to specific contracts, it does not mention frankly that it can be applied upon mutual contracts, accordingly, mutual contracts like company, marriage and rent contracts might not be included. So, this construe why no scholar says that riba might affect the above mentioned contracts. Moreover, this definition has not put a test, whatsoever, to measure the excess, hence the excess might not be clear enough to distinguish between contracts in the same type. Thus, this definition, for the purposes of this study, is not conclusive and not comprehensive.

Second, Definition of Usury in Malikiya and Shafiya Schools:

These two schools agreed upon a unified definition for riba as: “it is a contract with a private consideration which according to the legal test unjust, not resembling the other consideration, or involve deferral of one consideration or one of them.”⁽⁵⁾ The critiques that have been mentioned in Ahnaf School commentary can be raised here. Additionally, the phrase “private mutual consideration” makes the definition more ambiguous; because this phrase is vague enough to include many types of mutual contracts, which might pose a question of what are the features of that private mutual consideration? Accordingly, the definition by itself and in the light of opinion of commentators does not help clarifying the phrase. All in all, this definition is not conclusive and comprehensive and therefore would not be of much help for this study.

Thirdly, definition of usury in Hanabila School:

Hanabila has put forward a very short definition for the term riba as: “the excess in a special thing.”⁽⁶⁾ This definition is not differing than the language definition; accordingly it is wide enough to the extent that might engulf any kind of excess notwithstanding the affected contract. However, in practice the impact of this definition renders numerous of transactions that would be classified as usurious in other schools, are valid transactions, in Hanabila’s point of view, according to the definition. So, that very last point, at least, might be seen as a fundamental conflict of views between this school and the rest of the Islamic jurisprudence schools in spite of the fact that all these schools are depending on the same authorities.

To sum up, the definitions aforementioned do not support this study, because they did not clarify the concept of riba in a way that help researcher to undertake a productive research in the topic.

What is the Way Out of this Issue?

First of all, that problem occurred because many of the scholars, who had tried to make up a definition for the term usury, studied the term without using the suitable methodology that can really lead to the proper analysis and the accurate classification of the concept and then result in a reasonable understanding. As it has been said in the introduction the ambiguity of the term ‘usury’ was the main issue, which urges me to undertake research in this topic, so, the definition of the term is

⁽⁵⁾ Ibn Juzzi, Mohamed ibn Ahmed, (not dated), Al Quwaneen Al Fiq’hiya, page 164.

⁽⁶⁾ Al Bahooti, Mansoor ibn Younis, (2010), Kashaf Al Ginaa an Matn Al Ignaa, Dar Al Kutob Al Ilmiya, vol. 3, page 251.



Relying on the empirical methodology the paper collects and compares the data on this topic, and then it discusses analytically and critically all the ideas of this research in every proposed problem, so as to reach the most respectful results that will be a positive addition to the body of knowledge.

In order to use the above-mentioned methodology to reach the proposed goals of this research, the paper discusses the following points as the main problems of this research:

- Definition of usury;
- Usury types;
- Rationale Behind Usury Prevention;
- The Textual Authorities (the Quran and Sunnah) and the classification of them according to the contract affected. (Exchange of goods, loan, sale of goods, hiring, company, and marriage contracts);
- Limit of the usurious excess in mutual contracts;
- Contemporary Islamic transactions;
- Usury Impact on Civil and Commercial Transactions.

Definition of usury:

Riba is an Arabic word which means excess⁽²⁾, but in the Sharia terminology it means usury, which sometimes might mean an exorbitant interest in loan contracts. In both Arabic and English languages, people rarely use the term usury but they usually use the term *riba* in Arabic and the term interest in English. Although the term in both languages is old enough to define the concept of *riba* properly, still there is no consensus on a conclusive and comprehensive definition. The reason behind that was: scholars, in general, and especially Islamic scholars have not yet adopted a unified definition for it, rather there were many contradictory definitions of the term. Each of them cannot be described as a comprehensive one to clarify the term in a way that, at least, prevents other similar concepts from being mixed with it⁽³⁾. So, the paper before it chooses a definition for the term usury, it will discuss critically the definitions have already been made by each of the four prominent schools (Hanafiya Malikiya, Shafiya, and Hanabila), so as to come up with its own definition.

First, Definition of Usury in Hanafiya School:

Ahnafs define the term (usury) Riba as: “the excess that is not corresponding to any consideration and cannot be justified by any legal test other than the mere stipulation of one party in the mutual contract.”⁽⁴⁾ This definition in spite of the fact

⁽²⁾ Qamoos Al Maani, (RAB) chapter.

⁽³⁾ El Kassani, Abu baker bin Masaud, 1986, *Badayee Elsanayee fee Tarteeb Alsharayee*, Vol 7, Scientific Books press; El Karshi, Mohamed. 1989. *Sharh Mukhtasar Khalil*, Dar Al Fikr; Ibn Gudama, Mowafaqel Din Abdullah Ibn Ahmed. 1985. *Elmughni*, Dar Ihya Al Turath; El Ansari, Zakria. 1997. *Elghurar Elbahia fee Shrah Elbahja Elwardia*, Dr Al Kutub Al Ilmia; Itfaish, Mohamed Yousif. 1973. *Sharh Kitab Elneel Wa Shifa Elaleel*, Vol 8, Elershad press.

⁽⁴⁾ Ibn Abdeen, Mohamed ibn Ameen ibn Omer ibn Abdel Aziz, (1992), *Radel Muhtar Ala Dur Al Muktar* (Hashiyat Ibn Abdeen), Dar Alfikir, Lebanon, vol. 4, page 184; Al Khateeb, Mohamed ibn Ahmed, (1994), *Mugnee Al Muhtaj Ila Maarifat Alfaz Al Menhaj*, Dar Al Kutub Al Ilmiya, vol. 2, page 21.



Introduction:

Usury is an old term, which appeared in most human regulations and most religions that have existed so far on the earth⁽¹⁾. It seems like a concept which spoils economic regime as Islamic scholars say. Also, it seems like a great booster for the economy, and a very essential tool for keeping wealth from shrinking as secular economists assume. Recently, all these facts have become dubious, especially after the occurrence of the last economic recession in 2008, which has affected the United States of America and the European Community; because most of the economists say that the main cause of this crisis was the accumulated debts and their ramifications. Meanwhile, Islamic scholars are claiming that if the world economy had switched itself toward usury-free transactions, this economic crisis would not have happened. Neither the secular economists nor the Islamic scholars have succeeded in providing a proper detailed solution to this crisis, which spreads all over the world. It is obvious and understood that secular economists are trying some stimulus measures that might enable them to rescue the world economy, but it is going to be a bit confusing when you see the Islamic scholars are proposing a substitute solution, which is more usurious than the secular one.

These facts pose many questions in one's mind, some of which are: Why did Allah prohibit usury? Is it going to be damaging to the economy if it is not prohibited? How could that damage happen? Is there a theory, so far, illustrating usury and its provisions either in the economy or in religions? Are there any trustworthy resources from which we can spot the past and contemporary revelations of Allah regarding usury provisions? Has economic thinking, so far, succeeded in utilizing the ideas and thoughts of usury in managing the economy and tackling its problems and obstacles? Do activists in academia deal with the research in this regard properly?

All the above-mentioned questions and others, urged me to undertake research in this topic, at least, to get the answer for myself. However, when I started reading on the topic I was really stunned by the great deal of pseudoscience especially in the old Islamic jurisprudence research, which I can describe as just repetition of what has been said by preceding scholars. Therefore, the ambiguity of the concept of usury in previous studies really reassured me that this topic needed to be looked at it all over again; because it is correct to say that there is no clear concept of usury in Islamic jurisprudence. In addition, these previous studies rendered me very enthusiastic to research the topic aiming to correct the misconception of usury and probably to come up with the missed Islamic solution that we have been waiting for, for 1400 years.

So, the main problem of this research is still the same as the questions posed above but it becomes very clear to me that I have to clarify, by this research, if there is a theory of usury in the Sharia, and what are its features, if any?

(1) Oxford English Dictionary. 2012; Oxford University press; <http://www.merriam-webster.com/dictionary/usury/> (retrieved on 15/01/2019); http://www.realitysandwich.com/homepage_sacred_economics (retrieved on 15/01/2019).

فكرة الربا وأثرها في المعاملات المدنية والتجارية

د. عباس محمد طه الصديق*

المخلص:

يركز هذا البحث على فكرة الربا وأثرها على المعاملات اليومية التي تجري بين الناس. وتقصت الدراسة فكرة الربا في النصوص القرآنية ونصوص السنة وآراء الفقهاء مستخدمة المنهج الاستقرائي للتعامل مع المشكلات البحثية التي تعهدتها كتعريف الربا وحكمة تحريمه وأثره ومعدل الفائدة المقبول إن وجد.

توصل البحث إلى عدد من النتائج الأصلية والتي تمثل نظرية متكاملة للربا في الشريعة الإسلامية، والتي يمكن تطبيقها ليس فقط في المجتمعات الإسلامية ولكن بالإمكان تبنيها بواسطة المجتمع الإنساني قاطبة بغض النظر عن الديانة التي ينتمي إليها طالما كان هدف ذلك المجتمع الوصول إلى السلام الاجتماعي والرفاهية والاستقرار.

ومن بين أهم النتائج التي توصلت إليها هذه الدراسة، إيجاد تعريف جامع مانع للربا وتقسيم جديد لأنواعه واستنباط الحكمة أو العلة من تحريمه والكشف عن تفسير جديد لبعض النصوص الغامضة أو المشكلة في كل من القرآن السنة التي تتعلق به بالإضافة إلى الكشف عن النظرية الإسلامية في الاقتصاد والتي تؤسس لكل نتائج هذه الدراسة.

الكلمات المفتاحية: الاقتصاد الإسلامي - البنوك الإسلامية - الربا - الفائدة.

*كلية الحقوق - جامعة السلطان قابوس - قسم القانون الخاص - قانون مدني (فض منازعات ووسائل بديلة وإدارة قضائية).



Concept of Usury in Islamic Sharia and its Impact on Civil and Commercial Transactions

Dr. Abbas Mohamed Taha El Siddik*

Abstract:

This research paper focused on the concept of usury and its impact on daily transactions.

The study traced the concept of usury in the Quran verses, Sunnah, and Scholars' opinions using the empirical methodology to deal with the problems of this research, such as the definition of usury, the rationale of prohibition, the impact of usury and the acceptable rate of interest, if any.

The research paper reached genuine results, which represent a comprehensive usury theory in Sharia. Some of those results are the definition, the rationale of prohibition, the type of usury, the new interpretation for some authorities in both the Quran and Sunnah, the limit of profit in the sale of goods contract and it discloses the economic theory in Sharia which justifies all the research outcomes.

The new theory can be applied among not only Islamic communities, but also can be adopted by all human societies notwithstanding their religion as long as they are keen to achieve peace, stability of dealing and the well-being of humanity.

Key Words: Islamic economy - Islamic banking – usury - interest.

*Collage of Law, Sultan Qaboos University, Department of Private Law, Civil Law (DR, ADR & JA).





المعهد القضائي
HIGHER JUDICIAL INSTITUTE

Journal Of Jurisprudence And Legal Studies

Specialized & Refereed Scientific Journal (Semi-Annual)
Issued by the Higher Judicial Institute
Sultanate of Oman

In This Issue:

- **The Discretion's Criminal Judge in Qualitative Selection and Gradual Punishment**
- **The Protection of Cultural Property in Armed Conflict: Protection and Violations**
- **War Crimes and the Principle of International Criminal Legitimacy**
- **Digital Evidence and its Evidence in Criminal Evidence**
- **Milestones of Civilization in the Principles of Fiqh**
- **Kidnapper's Marriage to a Minor Kidnapped Child "Allowance of Violence or Restriction of Interest"**
- **Concept of Usury in Islamic Sharia and its Impact on Civil and Commercial Transactions**