



Al-Haq journal
ISSN | 3005-3919

مجلة الحق

العدد الخامس ديسمبر 2016



الناشر
كلية القانون - جامعة بني وليد - ليبيا



النوثق

الدار الوطنية للكتاب بنغازي 2014/ 236

المراسلات : مجلة الحق

كلية القانون بني وليد

البريد الإلكتروني: alhakk68@gmail.com

العدد الخامس، ديسمبر 2016

| سعر النسخة الواحدة خارج ليبيا | سعر النسخة الواحدة في ليبيا | |
|-------------------------------|-----------------------------|-------------------|
| 1.5 دولار أمريكي | 0.5 د.ل | الطلبة |
| 5 دولار أمريكي | 10 د.ل | المشركون |
| 6 دولار أمريكي | 12 د.ل | الأفراد |
| 7 دولار أمريكي | 15 د.ل | الهيئات والمؤسسات |

ضوابط النشر

1. أن يكون منضبطا بالمنهجية العلمية الصحيحة.
2. أن يتسم بالجدية والتأصيل العلمي.
3. ألا يكون جزءا من رسالة علمية أو أطروحة دكتوراه، أو أنه قد نشر من قبل بوجه من الوجوه.
4. تقبل الأعمال العلمية بإحدى اللغات الحية في إطار أهداف المجلة، مع ملخص لها باللغة العربية لا يزيد عن صفحتين.
5. أن يكون ضمن مجال العلوم القانونية أو الشرعية.
6. ألا يقل البحث العلمي عن 15 صفحات، ولا يزيد عن 30 صفحة، مرفقا بالسير الذاتية للباحث.
7. أن تكون الهوامش في كل صفحة بترقيم يخصها.
8. أن يكون حجم الهوامش 14 والمتن 16، بخط Traditional Arabic، بما في ذلك الآيات القرآنية.
9. أن يقدم الباحث عمله من ثلاث نسخ ورقية، ونسخة إلكترونية (على قرص) بصيغة الورد (word).
10. أن يملأ الباحث الاستمارات الخاصة بالنشر (تعهد بعدم النشر والالتزام بالضوابط المتبعة - بيانات السيرة الذاتية - نموذج تعديل الملاحظات (إذا تطلب الأمر)).
11. أن تكون معلومات النشر في آخر البحث، مرتبة معجميا على أسماء الكتب.
12. أن تكون الإحالة على المصادر في الهامش باسم الكتب ، وليس على أسماء المؤلفين.
13. أن يكون تخريج الأحاديث من المصادر الأصلية مع ذكر الكتاب والباب، ورقم الحديث والجزء والصفحة، والحكم على الحديث إذا كان في غير الصحيحين .
14. أن يقدم الباحث ملخصا عن بحثه لا يتجاوز صفحة واحدة

مجلة سنوية تصدر عن كلية القانون / جامعة بني وليد

| | | |
|-----------------|---------------------------|--------------|
| المشرف العام | د. مفتاح أغنية محمد | هيئة التحرير |
| رئيس التحرير | د. علي محمد شقلوف | |
| المدير التنفيذي | د. حكيم محمد عثمان | |
| مدير التحرير | أ. إبراهيم الحسين إبراهيم | |

| | | |
|----------------------------|------------------------|-------------------|
| د. منصور الفيتوري حامد | د. علي رمضان المخزوم | اللجنة الاستشارية |
| د. عمران خلف | د. عطية الحداد | |
| د. ضو مفتاح أبو غرارة | د. عبد الحميد الزيايدي | |
| د. عبد الله امبارك الدعيكي | د. الهادي علي ازبيدة | |

البحوث المنشورة بالمجلة لا تعبر بالضرورة عن رأي المجلة أو الجامعة

قائمة المحتويات

| | | |
|-----|---|--|
| 6 | 1 | افتتاحية العدد |
| 7 | 2 | العقوبات في السنة النبوية وعلاقتها بالسلم المدني • د/ محمود محمد علي أغنية |
| 27 | 3 | ضوابط العمل بفقہ المقاصد • د/ بشير أحمد محمد |
| 49 | 4 | المسؤولية الدولية للدولة في ظل القانون الدولي العام • د/ طارق نص الدعيكي |
| 86 | 5 | الفرقة بين الزوجين بسبب العيب دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الليبي • د/ موسى مفتاح بشابش |
| 106 | 6 | المسؤولية القانونية عن خرق قواعد القانون الدولي الإنساني • د/ مفتاح أغنية محمد |
| 132 | 7 | القبض في قانون الإجراءات الجنائية الليبي مقارنا بالقانون الإجرائي المصري • د/ مفتاح محمود اجبارة |

8 حماية جسم الإنسان في الشريعة الإسلامية والقانون
الوضعي 159

• أ/ إبراهيم الحسين إبراهيم

9 مدى مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية 195

• د/ الداء محمد إبراهيم

10 آفة المخدرات وعلاقتها بالجريمة 220

• د/ مختار أبو سبيحة الشيباني

افتتاحية العدد

الحمد لله، والصلاة والسلام على أشرف خلق الله، محمد بن عبد
الله ﷺ:

أما بعد: فإن من دواعي سرورنا أن نقدم العدد الخامس من مجلة الحق التي
تصدر عن كلية القانون بني وليد آمليين أن تكون هذه المجلة دافعاً لتقديم الإضافة في
مجال البحث العلمي.

وإن هيئة التحرير بالمجلة يسعدها تلقي الملاحظات والمقترحات التي من
شأنها الدفع بهذه المجلة إلى الأمام لتكون أفضل مما هي عليه، شكلاً ومضموناً.

وبهذه المناسبة أيضاً فإن هيئة التحرير بالمجلة تهيب بالباحثين القانونيين من
أساتذة الجامعات ورجال القضاء والمحامين المساهمة في إثراء مادتها العلمية ببحوثهم
وتعليقاتهم في ميدان تخصصهم، وسنكون شاكرين لهم حسن تواصلهم مع المجلة
ومتابعة ما يكتب فيها، فذلك كفيل بضمان استمرارها وتجديدها.

فمزيداً من العمل الجاد والمثمر حتى يتواصل مثل هذا العطاء العلمي الذي هو المرآة
التي تعكس الدور الحقيقي لجامعة بني وليد بشكل عام وكلية القانون بشكل خاص للنهوض
برسالة المجلة على الوجه المنشود.

هيئة التحرير بالمجلة

العقوبات في السنة النبوية وعلاقتها بالسلم المدني

د/ محمود محمد علي أغنية

محاضر بكلية القانون/ قسم الشريعة الإسلامية/ جامعة بني وليد

مُقَدِّمَةٌ

الْحَمْدُ لِلَّهِ وَحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمدا عبده ورسوله صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم تسليما كثيرا. **أَمَّا بَعْدُ:** فَإِنَّ الشريعة الإسلامية هي شريعة السلم والسلام، ودين المحبة والوئام، فمن أسمائه جل وعلا السلام، فهو السلام ومنه السلام وإليه السلام، خلقنا في هذه الدنيا لعبادته وهو يدعو إلى دار السلام، ومن صفات عباده الذين شرفهم بنسبتهم إليه أنهم يقابلون الجهل بالسلام، قال تعالى: ﴿وَعِبَادُ الرَّحْمَنِ الَّذِينَ يَمْشُونَ عَلَى الْأَرْضِ هَوْنًا وَإِذَا خَاطَبَهُمُ الْجَاهِلُونَ قَالُوا سَلَامًا﴾⁽¹⁾.

ولقد أولت الشريعة الإسلامية السلم المدني عناية كبيرة من خلال إشاعة روح السلم والاستقرار الاجتماعي، فمن أولى المسببات للسلم والأمان توحيد الله سبحانه وتعالى وإفراجه بالعبادة، قال تعالى: ﴿الَّذِينَ آمَنُوا وَلَمْ يَلْبِسُوا إِيمَانَهُمْ بِظُلْمٍ أُولَئِكَ لَهُمُ الْأَمْنُ وَهُمْ مُهْتَدُونَ﴾⁽²⁾ فلما سمع ذلك أصحاب النبي ﷺ شق عليهم ذلك فقالوا: ﴿أَوَإِنَّا لَا يظلم نفسه فقال: ليس هو كما تظنون إنما هو قول لقمان لابنه ﴿يُنَيِّى لَا تُشْرِكْ بِاللَّهِ إِنَّ الشُّرْكَ لَظُلْمٌ عَظِيمٌ﴾⁽³⁾﴾⁽⁴⁾.

ومتى انعدم الأمن وهو أولى حقوق الإنسان، فإنه لا استمتاع للإنسان لا بنعمة الصحة التي قد يفقدها بسبب انعدام الأمن، ولا بما يتحقق له من توفر قوت يومه، وهو الأمن الغذائي، ويتضح ذلك جليا حين من الله على قريش بهما فقال: ﴿الَّذِي أَطْعَمَهُمْ مِّنْ جُوعٍ وَآمَنَهُمْ مِّنْ خَوْفٍ﴾⁽⁵⁾. ويؤكد هذا المعنى أيضا نبينا ﷺ حيث يقول: ﴿أَمِنَ مِنْكُمْ آمَنًا فِي سِرْبِهِ، معافى في جسده، عنده قوت يومه، فكأنما حيزت له الدنيا بحذاقيرها﴾⁽⁶⁾.

(1) سورة الفرقان، الآية رقم (63).

(2) سورة الأنعام، الآية رقم (82).

(3) سورة لقمان، الآية رقم (13).

(4) أخرجه البخاري في صحيحه عن ابن مسعود ﷺ، كتاب استتابة المرتدين والمعاندين وقتالهم، باب ما جاء في المتأولين، ح رقم (6520). (54/8). و مسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، باب صدق الإيمان وإخلاصه، ح رقم (124). (80/1).

(5) سورة قريش، الآية رقم (4).

(6) أخرجه الترمذي في سننه عن عبيد الله بن محصن الخطمي ﷺ، كتاب الزهد، باب من بات آمنا في سربه، ح رقم "2346". (574/4). وحسنه الألباني في صحيح سنن الترمذي (274/2) برقم (1913).

قال الماوردي: "اعلم أن ما به تصلح الدنيا حتى تصير أحوالها منتظمة وأمورها ملتئمة ستة أشياء في قواعدها وإن تفرعت وهي: دينٌ متبع، وسلطان قاهر، وعدل شامل، وأمنٌ عام، وخصبٌ دائم، وأمل فسيح"⁽¹⁾.

وبذلك يكون السلم المدني في أعلى مراتب درجات حقوق الإنسان التي ينبغي أن تتحقق له على أرض الواقع في مجتمع، ولا سبيل إلى تحقيق هذا السلم إلا بما شرعه الله -جل وعلا- من العقوبات التي تعمل على إغلاق كل المنافذ المؤدية إلى أنواع الفتن والاعتداءات التي تعصف بأمن الناس واستقرارهم؛ لذا فالشارع الحكيم حدد أنواع العقوبات في الجرائم التي تمس المصالح العامة، وأوجب على حكام المسلمين العمل على تنفيذها.

يقول ابن القيم: "لولا عقوبة الجناة والمفسدين لأهلك الناس بعضهم بعضا، وفسد نظام العالم، وصارت حال الدواب والأنعام والوحوش أحسن من بني آدم،... ومن المعلوم أن عقوبة الجناة لا تتم إلا بمؤلم يردعهم، وبجعل الجاني نكالا وعظة لمن يريد أن يفعل مثل فعله، وعند هذا لا بد من إفساد شيء منه بحسب جريمته في الكبر والصغر والقللة والكثرة"⁽²⁾.

والعقوبات ردع للمجرم لما في العقوبة من إيلاام جسدي ونفسي يجعله يفكر ألف مرة قبل أن يقدم على الجريمة مرة أخرى، وردع للمجرمين الآخرين حتى لا يرتكبوا مثل جنائته. والإسلام جاء لإيجاد مجتمع فاضل تحتفي فيه الرذائل، وتظهر فيه الفضائل، ولا يمكن أن تحتفي الرذائل إلا إذا كان ثمة زواجر تحمي المجتمع وتنقي جوهره.

ولما كانت السنة النبوية هي المصدر الثاني للتشريع الذي تستقى منه الأحكام وتؤسس عليه القواعد التي تستقيم بها حياة الناس لكي يعيشوا حياة طبيعية جاءت هذه الدراسة لتسليط الضوء بشكل أكبر على العلاقة الوثيقة بين السنة النبوية والسلم المدني، وبشكل أدق أحاديث الحدود والقصاص و التعازير وعلاقتها بالسلم المدني.

(1) أدب الدنيا والدين، أبو الحسن علي بن محمد الماوردي، تحقيق: محمد كريم راجح، دار إقرأ، 1405هـ، ص 134.

(2) إعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن قيم الجوزية، تحقيق: د. طه عبد الرؤوف سعد، دار الجيل، بيروت، د.ت، (121/2-122).

الدراسات السابقة في الموضوع

- 1- الأحاديث الواردة في الحدود والتعزير والقصاص دراسة حديثة فقهية، عبدالله بن محمد بن سعود آل مساعد، رسالة دكتوراه من الجامعة الإسلامية في المدينة المنورة .
- 2- فقه الجنايات للدكتور يوسف بن عبدالله الشيبلي من منشورات صفحة موقع الدكتور يوسف بن عبدالله الشيبلي.
- 3- دعوى التعارض بين تشريعات الحدود ومفاهيم العصر للدكتور عبداللطيف الشيرازي الصباغ بحث مقدم إلى ندوة تشريعات الحدود - كلية الحقوق - جامعة قاريونس - بنغازي ليبيا 1976م.

وجملة القول: إن هذه الدراسات على عظم فائدتها، إلا أنها لم تأت بشكل مستقل للبحث في علاقة السلم المدني بأحاديث الحدود والعقوبات وليس من بينها دراسة مستوعبة لكامل جوانب الموضوع.

وقد قسمت هذا البحث إلى مقدمة ومبحثين وخاتمة:

مقدمة

المبحث الأول : السلم المدني و أحاديث العقوبات

المبحث الثاني: أثر العقوبات على السلم المدني

الخاتمة

المبحث الأول : السُّلم المدني وأحاديث العقوبات

أولاً: السُّلم المدني

قبل الوصول إلى المعنى العام للسُّلم المدني، ينبغي الوقوف عند أفراد المُعرَّف؛ لِأَنَّ الحُكْمَ على الشيءِ فَرَعٌ عن تصوُّره، والسُّلم المدني مُركَّبٌ إضافي، يتكوَّن من المضافِ وهو السُّلم، والمضاف إليه وهو المدني، وبما أنَّ معرفةَ المُركَّبِ تتوقَّف على معرفة مفرداته- وفي ذلك يقول الرازي: " اعلم أنَّ المُركَّبَ لا يمكنُ أنْ يُعْلَمَ إلا بعد العُلْمِ بمفرداته "⁽¹⁾ -؛ لذا كان من المُستحسن تعريف كل من المُصطلحين على حدة، ومن ثَمَّ الوصول إلى المعنى العام للسُّلم المدني.

السُّلم في اللغة

السُّلْمُ بكسر السين وفتحها الصلح. قال تعالى: ﴿وَإِنْ جَنَحُوا لِلسُّلْمِ فَاجْنَحْ لَهَا﴾⁽²⁾. يُقال: سَأَلَمَهُ مُسَأَلَمَةً وَسَأَلَمًا، وسَلِمَ المسافرُ يَسْلَمُ سَلَامَةً : خلص ونجا من الآفات فهو سالم⁽³⁾. قال ابن فارس: "السين واللام والميم معظم بابه من الصحة والعافية... فالسلامة: أن يسلم الإنسان من العاهة والأذى"⁽⁴⁾.

المدني في اللغة

اسم منسوب إلى مدينة، وهي مصر الجامع وتجمع على مدن ومدائن⁽⁵⁾. قال ابن فارس: "الميم والداال والنون ليس فيه إلا مدينة ويجمعونها مدنا."⁽⁶⁾.

المعنى العام للسلم المدني

لم أقف على تعريف محدد للسلم المدني؛ لكن يمكن استخلاص المعنى العام الذي يدور حوله مصطلح السلم المدني فهو يسعى إلى تعميق الترابط المجتمعي بين أفراد الوطن وذلك بإشاعة ثقافة السلام والوئام والتسامح، واحترام البشر وحقوقهم، ورفض جميع أشكال العنف والتطرف.

(1)المحصل في علم الأصول، محمد بن عمر الرازي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، (9/1)، 1408 هـ .

(2)سورة الأنفال، الآية "61".

(3)ينظر: المصباح المنير، مادة (سلم)، أحمد بن محمد بن علي الفيومي، دار الحديث، القاهرة، ط1، (ص172-173)، 1424هـ، 2003م.

(4)مقاييس اللغة، مادة (سلم)، أحمد بن فارس بن زكريا الرازي، راجعه وعلق عليه: أنس محمد الشامي، دار الحديث، القاهرة، ط1، (ص412-413)، 1429هـ، 2008م .

(5)ينظر: المصباح المنير، مادة (مدن)، (ص336).

(6)مقاييس اللغة، مادة (مدن)، (ص855).

ثانيا: أحاديث العقوبات

لقد بين القرآن الكريم أبرز العقوبات من قصاص وحدود إلا أن السنة النبوية باعتبارها مكملتها ومبينة جاءت ببعض العقوبات التي لم ترد في القرآن الكريم وبينت ما أجمله، ويمكن تقسيم هذه العقوبات إلى ثلاثة أقسام قصاص وحدود وتعازير . وقبل أن نصل إلى الأحاديث الواردة في العقوبات ينبغي أن نعرف العقوبة لغة وشرعا.

العقوبة في اللغة : من عاقبه عقابا ومعاقبة ، واعتقت الرجل إذا جازيته بخير وعاقبته أي جازيته بشر ، والعقاب هو المجازاة بفعل السوء والأخذ بالذنب⁽¹⁾.

العقوبة اصطلاحا:

"زواجر وضعها الله تعالى للردع عن ارتكاب ما حظر وترك ما أمر"⁽²⁾.

أ- القصاص

القصاص في اللغة

قال ابن فارس: "القاف والصاد أصل صحيح يدل على تتبع الشيء. من ذلك قولهم: اقتصصت الأثر، إذا تتبعته. ومن ذلك اشتقاق القصاص في الجراح، وذلك أنه يفعل به مثل فعله بالأول"⁽³⁾.

القصاص اصطلاحا

"معاقبة الجاني على جريمة القتل والقطع والجرح عمدا بمثلها"⁽⁴⁾.

والقصاص على نوعين⁽⁵⁾:

الأول: قصاص في النفس: وهو عقوبة أصلية للقتل العمد.

الآخر: قصاص فيما دون النفس: وهو القصاص في الجروح، وقطع الأطراف، وهو عقوبة أصلية للاعتداء على ما دون النفس عمدا.

(1) ينظر: مقاييس اللغة، مادة (عقب)، (ص423)، المصباح المنير، مادة (عقب)، (ص128).

(2) الأحكام السلطانية والولايات الدينية، أبو الحسن علي بن محمد الماوردي، دار الكتب العلمية، بيروت، 1398هـ، 1978م.

(3) مقاييس اللغة، مادة (قص)، (ص744-745)،

(4) المدخل الفقهي العام، مصطفى أحمد الزرقا، دار الفكر، دمشق، 1387هـ، 1968م، (2/613).

(5) ينظر: الذخيرة، أحمد بن إدريس القرافي، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1994م، (327/22).

مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، محمد بن أحمد الشربيني، دار الكتب العلمية، بيروت، (3/4).

بعض الأحاديث الدالة على القصاص:

- 1- قوله ﷺ: «لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله إلا بإحدى ثلاث النفس بالنفس والشيب الزاني والمارق من الدين التارك للجماعة»⁽¹⁾.
- 2- قوله ﷺ: «من قتل له قتيل فهو بخير النظرين: إما أن يودي وإما أن يقاد»⁽²⁾.
- 3- عن أنس بن مالك رضي الله عنه، قال: «إن يهوديًا رضَّ رأس جارية بين حجرين، فقيل لها من فعل بك هذا أفلان أفلان؟ حتى سمي اليهودي فأومأت برأسها، فجيء باليهودي فاعترف فأمر به النبي ﷺ فرضَّ رأسه بالحجارة»⁽³⁾.
- 4- قوله ﷺ: «من قتل عبده قتلناه ومن جده عبده جدعناه»⁽⁴⁾.
- 5- عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: «قتل غلام غيلة، فقال عمر: لو اشترك فيه أهل صنعاء لقتلتهم به»⁽⁵⁾.

ب- الحدود

الحد في اللغة:

قال ابن فارس: "الحد: الحاجز بين الشيئين، و فلان محدود إذا كان ممنوعاً... و حدُّ العاصي سمي حداً؛ لأنه يمنعه عن المعاودة"⁽⁶⁾.

(1) أخرجه البخاري في صحيحه عن ابن مسعود رضي الله عنه، كتاب الديات، باب قول الله تعالى: أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن واللسن باللسن، ح رقم (6878). (209/12). ومسلم في صحيحه، كتاب القسامة، باب: ما يباح به دم المسلم، ح رقم (1676). (316/4).

(2) أخرجه البخاري في صحيحه عن أبي هريرة رضي الله عنه، كتاب الديات، باب: من قتل له قتيل فهو بخير النظرين، ح رقم (6486). (2522/6).

(3) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الديات، باب إذا أقر بالقتل مرة قتل به، ح رقم (6490). (2524/6).

(4) أخرجه أبو داود في سننه عن سمرة بن جندب رضي الله عنه، كتاب الديات، باب من قتل عبده أو مثلاً به أيقاد منه؟ ح رقم "4515". والترمذي في سننه، كتاب الديات، باب ما جاء في الرجل يقتل عبده، ح رقم "1414" وقال: "هذا حديث حسن غريب". وقال الألباني في تخريج مشكاة المصابيح: "إسناده ضعيف". ح رقم "3404".

(5) أخرجه البخاري، كتاب الديات، باب: إذا أصاب قوم من رجل هل يعاقب أم يقتص منهم كلهم؟ ح رقم (6989). (394/5).

(6) مقاييس اللغة، مادة (حد)، (ص 188).

وحدود الله نوعان:

النوع الأول: حدود حدها الله للناس في مطاعمهم ومشاربهم ومناكحهم، وغير ذلك من الأمور التي أحلها وحرّمها ونهى عن تعديها.

النوع الثاني: عقوبات وضعها الله لمن ارتكب ما نهى الله تعالى عنه، مثل حد الزنا وحد القذف.

الحدود اصطلاحاً:

"عقوبة مقدرة واجبة حقاً لله تعالى"⁽¹⁾.

أنواع الحدود:

اختلف الفقهاء في عدد الحدود، والمتفق عليه عند جمهور الفقهاء ستة حدود وهي⁽²⁾:

- | | |
|-------------|---------------|
| 1_ حد الزنا | 2- حد السرقة |
| 3- حد القذف | 4- حد الحرابة |
| 5- حد الخمر | 6- حد الردة |

بعض الأحاديث الواردة في الحدود:

- 1- قوله ﷺ: ﴿لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله، و أنني رسول الله، إلا بإحدى ثلاث: الثيب الزاني، والنفس بالنفس، والتارك لدينه المفارق للجماعة﴾⁽³⁾.
- 2- قوله ﷺ: ﴿من بدل دينه فاقتلوه﴾⁽⁴⁾.
- 3- قوله ﷺ: ﴿أخذوا عني، خذوا عني، فقد جعل الله لهن سبيلاً، البكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم﴾⁽⁵⁾.
- 4- عن عائشة - رضي الله عنها - قالت: ﴿لما نزل عذري قام رسول الله على المنبر فذكر ذلك وتلا القرآن، فلما نزل أمر برجلين وامرأة فضربوا الحد﴾⁽⁶⁾.

(1) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين أبوبكر بن مسعود الكاساني، دار الكتب، بيروت، 1402هـ، 1982م، (33/7).

(2) فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ابن حجر العسقلاني، تحقيق: محب الدين الخطيب، دار المعرفة، بيروت، (61/15).

(3) سبق تخريجه، ص 9.

(4) أخرجه البخاري في صحيحه عن ابن عباس رضي الله عنهما، كتاب استنابة المرتدين، باب: حكم المرتد والمرتدة واستنابتهم، ح رقم "6922".

(5) أخرجه مسلم في صحيحه عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه، كتاب الحدود، باب: حد الزنا، ح رقم "1690".

(6) أخرجه أبوداود في سننه، كتاب الحدود، باب: في حد القذف، ح رقم "4474".

5- قوله ﷺ: ﴿لَا تَقْطَعْ يَدَ سَارِقٍ إِلَّا فِي رِيعِ دِينَارٍ فَصَاعِدًا﴾⁽¹⁾.

6- عن أنس بن مالك ﷺ أن النبي ﷺ أتى برجل قد شرب الخمر فجلده بجريدتين نحو أربعين قال: وفعله أبوبكر فلما كان عمر استشار الناس فقال عبد الرحمن بن عوف: أخف الحدود ثمانون، فأمر به عمر⁽²⁾.

ج - التعازير

التعزير لغة:

قال ابن فارس : " العين والزاء والراء كلمتان: أحدهما: التعظيم والنصر. والكلمة الأخرى جنس من الضرب. فالأولى: النصر و التوقير، كقوله تعالى " وتعزروه وتوقروه " والأصل الآخر التعزير، وهو الضرب دون الحد "⁽³⁾.

التعزير اصطلاحاً:

" تأديب على ذنوب لم تشرع فيها الحدود "⁽⁴⁾.

ولقد أعطى الشارع ولي أمر المسلمين صلاحية فرض العقوبة المناسبة والتي يراها كفيلة بتأديب الجاني وإصلاحه، وحماية الجماعة وصيانتها وهي تبدأ بالزجر والنصح، وتتراوح بينهما الحبس، والنفى والتوبيخ، والغرامات المالية، ومصادرة أدوات الجريمة. والحرمان من تولي الوظائف العامة، ومن أداء الشهادة.... وقد تصل إلى أشد العقوبات كالحبس والجلد والقتل وذلك في الجرائم الخطيرة، كالتجسس لحساب العدو مثلاً، أو معتاد الجرائم الخطيرة.

بعض الأحاديث الواردة في التعازير:

1- قوله ﷺ: ﴿لَا يَجْلُدُ فَوْقَ عَشْرَةِ أَسْوَاطٍ إِلَّا فِي حَدِّ مَنْ حُدَّ اللَّهُ بِهِ﴾⁽⁵⁾.

2- عن بجز بن حكيم عن أبيه عن جده ﷺ أن النبي ﷺ حبس رجلاً في تهمة ثم خلى عنه⁽⁶⁾.

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

(239/25) . ومسلم في صحيحه، كتاب الحدود، باب: حد السرقة ونصاحبها، ح رقم (1684). (1312/3).

(2) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الحدود، باب ما جاء في ضرب شارب الخمر، ح رقم "6773".

(3) مقاييس اللغة، مادة (عزر)، (ص 669).

(4) الأحكام السلطانية والولايات الدينية، (ص 263).

(5) أخرجه البخاري في صحيحه عن أبي بردة الأنصاري، كتاب الحدود، باب: كم التعزير والأدب؟، ح رقم (6456). (2522/6).

(6) أخرجه الترمذي في سننه، كتاب الدييات عن رسول الله ، باب ما جاء في الحبس في التهمة، ح رقم "1417".

وحسنه الألباني في السلسلة الصحيحة، ح رقم "3710".

- 3- عن سلمة بن الأكوع رضي الله عنه قال: **﴿أَتَى النَّبِيَّ ﷺ عَيْنٌ مِنَ الْمُشْرِكِينَ وَهُوَ فِي سَفَرٍ، فَجَلَسَ عِنْدَ أَصْحَابِهِ يَتَحَدَّثُ، ثُمَّ انْقَلَبَ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: اطْلُبُوهُ وَاقْتُلُوهُ. فَقَتَلَهُ فَنَقَلَتْهُ سَلْبَةً﴾** (1).
- 4- قوله ﷺ: **﴿مَرُوا أَوْلَادَكُمْ بِالصَّلَاةِ لَسَبَعٍ وَاضْرِبُوهُمْ عَلَيْهَا لِعَشْرِ...﴾** (2).

ثالثا: شبهة حول العقوبات

ظهرت في الآونة الأخيرة بعض الممارسات المشينة التي لا تقرها الشريعة الإسلامية ولا تمت إليها بصلة من قبل جماعات تدعي الانتساب إلى الإسلام وإقامة دولته و تطبيق حدود الله فتقوم بالذبح بالسكين والتمثيل بالحث، وهو ما نهي عنه ﷺ وذلك في قوله: **﴿لَا تَمَثَلُوا﴾** (3).

ولقد حضت الشريعة الإسلامية على الإحسان في كل شيء حتى وقت تطبيق عقوبة القتل فقال صلى الله عليه وسلم: "إن الله كتب الإحسان على كل شيء، فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة،..." (4).

وإحسان القتلة يكون باستخدام الوسيلة السريعة لقتل الجاني، أما التلذذ بالقتل والذبح كما تذبح الشياه فهذا لم يقل به أحد من علماء المسلمين، وما يردده بعض الغلاة التكفيريين من أحاديث يزعمون أنها تؤيد مذهبهم، وما يفعلون نهيهم إلى جهلهم وقلة علمهم، ومن أبرز ما يستدلون به حديث النبي صلى الله عليه وسلم "أما والذي نفس محمد بيده لقد جئتكم بالذبح" (5).

والاستدلال بهذا الحديث على عملية الذبح استدلال غير صحيح؛ لأن الذبح في لغة العرب يأتي بمعنى القتل وهو المقصود هنا؛ لأنه لم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه فعل ذلك ولو مرة واحدة، فعلم أنه غير مقصود به الذبح الذي يكون في الحيوان، وإنما المراد هو مجرد القتل، وإنما قال هذه

(1) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الجهاد والسير، باب الحربي إذا دخل دار الإسلام بغير أمان، ح رقم 2886.

(2) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الصلاة، باب: متى يؤمر الغلام بالصلاة، ح رقم (494). (332/2). وأحمد في مسنده، (287/2). والدارقطني في سننه، (230/2). وصححه الألباني في إرواء الغليل (266/2).

(3) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الجهاد والسير، باب تأمير الإمام الأمراء على البعوث ووصيته إياهم بأداب الغزو وغيرها، ح رقم (1731).

(4) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الصيد والذبائح، باب الأمر بإحسان الذبح والقتل وتحديد الشفرة، ح رقم (1955). (1548/3).

(5) أخرجه أحمد في مسنده، ح رقم (7036). (610/11-611). وقال الشيخ أحمد شاكر: "إسناده صحيح". وصححه الألباني في صحيح السيرة النبوية، ص 148.

الكلمات لأولئك النفر المشركين من أهل قريش الذين ناصبوه العداة وآذوه، فالنبي ﷺ لم يأت إلا بالخير والهدى والنور قال تعالى: "وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ"⁽¹⁾. وليبان هذه الحقيقة بجلاء ينبغي توضيح ماهي الآلة المستخدمة في تنفيذ عقوبة القصاص .

الآلة المستخدمة في القصاص:

اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين:

الأول: ذهب الحنفية والحنابلة إلى أن الآلة المستخدمة في القصاص هي السيف وذلك بضرب عنق الجاني ولو قتله بغيره⁽²⁾. واستدلوا بأدلة منها:

1- ما روي عنه ﷺ: ﴿إِلَّا قَوْدًا⁽³⁾ إِلَّا بالسيف﴾⁽⁴⁾.

وجه الدلالة في الحديث: أن القود لا يكون إلا بالسيف⁽⁵⁾.

قال السرخسي: " هذا تنصيص على نفي وجوب القود، واستيفاء القود بغير السيف، والمراد بالسيف السلاح، وإنما كنى بالسيف عن السلاح لأنه المعد للقتال على الخصوص بين الأسلحة هو السيف، فإنه لا يراد به شيء سوى القتل"⁽⁶⁾.

2- قوله ﷺ: ﴿إِن الله كتب الإحسان على كل شيء، فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة، وليحد أحدكم شفرته، وليرح ذبيحته﴾⁽⁷⁾.

(1) سورة الأنبياء، الآية رقم "107".

(2) ينظر: المبدع شرح المقنع، إبراهيم بن محمد بن محمد بن مفلح، تحقيق: محمد حسن الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط1، 1418هـ. 1997م، (256/7).

(3) القود: القصاص، ويقال: أقاد الأمير القاتل بالقتيل، أي: قتله به قوداً. انظر: القاموس المحيط، مجد الدين محمد بن يعقوب، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة، بيروت-لبنان، ط6، 1419هـ-1998م، (ص 313).

(4) أخرجه ابن ماجه من حديث أبي بكره ﷺ. كتاب الديات، باب لا قود إلا بالسيف، ح رقم: (2667). البيهقي في سننه، أبواب القصاص بالسيف، باب: ما روي في أن لا قود إلا بجديدة، ح رقم (16091). (110/8). قال ابن الملقن: "هذا الحديث مروي من طرق كلها ضعيفة" البدر المنير، كتاب الجراح، باب ما يجب به القصاص، ح رقم (14). (390/8). وقال الألباني في إرواء الغليل: "ضعيف". (285/7).

(5) ينظر: شرح معاني الآثار، أبو جعفر أحمد بن محمد الطحاوي، شرح معاني الآثار، خرج أحاديثه: إبراهيم شمس الدين، دار الكتب العلمية-بيروت، ط1، 1422هـ، 2001م، كتاب الجنائيات، باب: الرجل يقتل رجلاً كيف يقتل؟ ح رقم (4917) (81/3).

(6) المبسوط، أبو بكر محمد بن السرخسي، دار الكتب العلمية، بيروت، 1414هـ، ط1، (219/26).

(7) سبق تخريجه، ص16.

وجه الدلالة في الحديث: إن النبي ﷺ أمر بالإحسان في القتل، فيجب أن يقتصر منه بطريقة تتناسب وتلائم مع الاستيفاء بالإحسان، والقصاص بالسيف هو الذي يحقق ذلك⁽¹⁾.

3- إن القصد من القصاص في النفس تعطيل وإتلاف الجملة، وقد أمكن هذا بضرب العنق⁽²⁾.

المذهب الثاني: ذهب المالكية والشافعية وبعض الحنابلة والظاهرية إلى المماثلة في استيفاء القصاص فيفعل بالجاني ما فعله بالجاني عليه فإن قتله بحجر قتل به وإن قتل غرقاً قتل به كذلك إلا إذا كان الفعل محرماً في نفسه ففيه أقوال⁽³⁾.

واستدلوا بأدلة منها:

1- قوله تعالى: ﴿فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾⁽⁴⁾.

2- قوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ﴾⁽⁵⁾.

وجه الدلالة في الآيتين: المماثلة في القصاص فيعاقب الجاني بمثل ما فعل.

3- عن أنس بن مالك رضي الله عنه، قال: «لَإِنْ يَهُودِيًّا رَضَ رَأْسَ جَارِيَةٍ بَيْنَ حَجْرَيْنِ، فَقِيلَ لَهَا مِنْ فَعَلْ بِكَ هَذَا أَفْلاَنَ أَفْلاَنَ؟ حَتَّى سَمِيَ الْيَهُودِي فَأَوْمَأَتْ بِرَأْسِهَا، فَجِيءَ بِالْيَهُودِي فَاعْتَرَفَ فَأَمَرَ بِهِ النَّبِيُّ ﷺ فَرَضَ رَأْسَهُ بِالْحِجَارَةِ»⁽⁶⁾.

وجه الدلالة في الحديث: أن النبي ﷺ فعل باليهودي وهو الجاني هنا مثل ما فعل بالمرأة.

4- إن القصاص موضوع على المماثلة ولفظه يشعر به فيجب أن يستوفى منه مثل ما فعل⁽⁷⁾.

ويستثنى من جواز الاستيفاء بمثل آلة الجناية ما إذا قتله بمحرم في نفسه كتجريب الخمر واللواط والسحر ونحوه فلا يقتل بمثله اتفاقاً، ويعدل إلى القتل بالسيف.

(1) ينظر: الكافي في فقه الإمام أحمد، عبدالله بن أحمد بن قدامة، دار الكتب العلمية بيروت، 1414هـ، (251/3).

(2) ينظر: فقه الجنائيات، يوسف الشبيلي، ص 82.

(3) ينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد الدسوقي، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط 1، 1417هـ، (222/6). مغني المحتاج، (44/4). العدة شرح العمدة، عبدالرحمن بن إبراهيم المقدسي، تحقيق: صلاح بن محمد عويضة، دار الكتب العلمية، بيروت، 1426هـ، (225/2). المحلى، علي بن أحمد بن حزم، تحقيق: أحمد شاكر، دار إحياء التراث العربي، بيروت-لبنان، ط 1، 1418هـ، (28/12).

(4) سورة البقرة، الآية رقم (194).

(5) سورة النحل، الآية رقم (126).

(6) سبق تخريجه، ص 13.

(7) ينظر: فقه الجنائيات، يوسف الشبيلي، ص 82.

والمتأمل في القولين السابقين يرى أن المقصود هو إيقاع العقوبة المحددة من قبل الشرع وهي القتل وإتلاف هذه النفس بأسهل وأسرع طريقة، والوسيلة التي كانت متاحة في ذلك الوقت وتضمن تنفيذ العقوبة بسرعة هي السيف، فإذا وجدت أداة أخرى أسرع من السيف وأقل إيلافا فلا مانع شرعا من استعمالها.

قال الجصاص: "إن المراد بالقصاص إتلاف نفسه -أي القاتل- بأيسر الوجوه وهو السيف"⁽¹⁾.

وقال السرخسي: " والمراد بالسيف السلاح، وإنما كنى بالسيف عن السلاح لأنه المعد للقتال على الخصوص بين الأسلحة هو السيف، فإنه لا يراد به شيء سوى القتل"⁽²⁾.

فالعلة هي إذا إيقاع القتل بأي أداة تزهق روح الجاني بأيسر ما يمكن من الألم والعذاب، والحكم يدور مع علته وجودا وعدما فمتى وجدت العلة؛ ثبت بها الحكم، فإذا زالت العلة؛ زال الحكم بزوالها و انتهى بانتهائها، فأى وسيلة تحققت فيها العلة وهي كما ذكرنا إزهاق روح القاتل بأيسر الطرق جاز استخدامها لتنفيذ القصاص والإعدام ضمن ضوابط ينبغي مراعاتها.

وبناء عليه يجوز استخدام وسائل غير السيف في القصاص والإعدام ضمن ضوابط محددة ما دامت تحقق مقصود المشرع من إحسان القتل، وهذا ما اعتمدته لجنة الفتوى في الأزهر التي جاء في نصها: "واللجنة ترى... أنه لا مانع شرعا من استيفاء القصاص بالمقصلة والكروسي الكهربائي وغيرهما مما يفضي إلى الموت بسهولة وإسراع، ولا يتخلف الموت عنه عادة، ولا يترتب عليه تمثيل بالقاتل، ولا مضاعفة تعذيبه"⁽³⁾.

(1) أحكام القرآن، أبو بكر، أحمد بن علي الجصاص، ضبط نصه وخرج أحاديثه: عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1415هـ - 1994م، (1/199).

(2) المبسوط، السرخسي، (26/219).

(3) ينظر: مجلة الأزهر، عدد رجب 1356هـ - 1937م، (ص 503).

المبحث الثاني: أثر العقوبات على السلم المدني

لقد وضعت الشريعة الإسلامية عقوباتها بناء على طبيعة الإنسان، ففي طبيعة الإنسان أن يخشى ويرجو، وطبيعة الإنسان تلازمه في الخير والشر، في الأعمال المباحة والمحرمة فلا يرتكب الجريمة إلا لما ينتظره منها من منفعة، ولا ينتهي عن الجريمة إلا لما يخشاه من مضارها، فكلما اشتدت العقوبة؛ كلما ابتعد الناس عن الجريمة، وحصلت مقومات السلم المدني وكلما خفت الجريمة؛ كلما زاد إقبال الناس عليها وتدهورت الأوضاع السلمية .

والغاية من العقاب أمران⁽¹⁾ :

أحدهما: حماية الفضيلة، وحماية المجتمع من أن تتحكم الرذيلة فيه وهذه غاية عامة.

الثاني: غاية خاصة تعود على الجاني بتكفير ذنبه وتطهيره . وإلى هذا أشار العلماء عندما وصفوا العقوبات بأنها جوارب وزواجر، فهي جوارب بالنسبة للمعاقبين فهي تطهرهم من أدران المعاصي والذنوب ، وهي زواجر بالنسبة للمجتمع فتحميه من تسلط الناس بعضهم على بعض وبذلك تكون الفضائل في حمى وحسن حصين.

والعقوبات المقررة في الإسلام عقوبات ملائمة للجرائم المرصودة لها، فقد جاءت على كمال العدل والإنصاف ، فليس في هذه العقوبة إفراط ومجاوزة كما لا يوجد تفريط وتساهل، بل جاءت العقوبة على قدر تلك المعصية تقديرا من الله وهو العليم الحكيم . قال ابن القيم : " من حكمة الله - سبحانه وتعالى - ورحمته أن شرع العقوبات في الجنايات الواقعة بين الناس بعضهم على بعض في النفوس والأبدان والأعراض والأموال كالقتل والجراح والقذف والسرقة فأحكم سبحانه وتعالى وجوه الزجر الرادعة من هذه الجنايات غاية الأحكام، وشرعها على أكمل الوجوه المتضمنة لمصلحة الردع والزجر، مع عدم المجاوزة لما يستحقه الجاني من الردع، فلم يشرع في الكذب قطع اللسان ولا القتل، ولا في الزنا الخصاص، ولا في السرقة إعدام النفس، وإنما شرع لهم في ذلك ما هو موجب أسمائه وصفاته من حكمته ورحمته، ولطفه وإحسانه وعدله، لتزول النوائب وتنقطع الأطماع عن التظالم والعدوان، ويقنتع كل إنسان بما آتاه مالكة وخالقه، فلا يطمع في استلاب غير حقه"⁽²⁾.

(1) ينظر: الأحاديث الواردة في الحدود والتعزير والقصاص دراسة حديثة فقهية، عبدالله بن محمد بن سعود آل مساعد، رسالة دكتوراه من الجامعة الإسلامية في المدينة المنورة، ص22.

(2) إعلام الموقعين عن رب العالمين، (114/2).

وما يزعمه أعداء الإسلام من أنّ القصاص غير مطابق للحكمة، لأنّ فيه إقلال عدد المجتمع بقتل إنسان ثان بعد أن مات الأول، وأنّه ينبغي أن يعاقب بغير القتل فيحبس، وقد يولد له في الحبس فيزيد المجتمع، كلّ كلام ساقط، عار من الحكمة، لأنّ الحبس لا يردع الناس عن القتل، فإذا لم تكن العقوبة رادعة فإنّ السفهاء يكثر منهم القتل فيتضاعف نقص المجتمع بكثرة القتل، وأن عقوبات الحدود متعارضة مع مفاهيم الرحمة والرفق فذلك مغالطة كبيرة؛ لأن العقاب لا يسمى عقاباً إلا لأنه يتسم بطابع القسوة والشدّة، وقيم الرحمة والرفق قيم إنسانية نبيلة، ولكنها يجب أن تفهم على حقيقتها وأن تستعمل في محلها وإلا انقلبت من المصلحة إلى المفسدة. قال ابن تيمية: " فإن إقامة الحد من العبادات، كالجهاد في سبيل الله فينبغي أن يعرف أن إقامة الحدود رحمة من الله بعباده فيكون الوالي شديداً في إقامة الحد، لا تأخذه رأفة في دين الله فيعطله، ويكون قصده رحمة الخلق، بكف الناس عن المنكرات؛ لإشفاء غيظه، وإرادة العلو على الخلق، به بمنزلة الوالد إذا أدب ولده، فإنه لو كف عن تأديب ولده، كما تشير به الأم رقة ورأفة لفسد الولد، وإنما يؤدبه رحمة به وإصلاحاً لحاله، مع أنه يود ويؤثر أن لا يحوجه إلى تأديب، وبمنزلة الطبيب الذي يسقي المريض الدواء الكريه، وبمنزلة قطع العضو المتآكل والحجم، وقطع العروق بالفصاد ونحو ذلك، بل بمنزلة شرب الإنسان الدواء الكريه، وما يدخله على نفسه من المشقة لينال به الراحة فهكذا شرعت الحدود".⁽¹⁾

وقد شرعت العقوبات على أساس محاربة الدوافع الخاصة بكل جريمة، فهي في الزنا الرجم للمحصن، والجلد لغير المحصن وتغريب عام، وهي في السرقة القطع، وفي القذف والشرب الجلد، وهي في الحراة وقطع الطريق كما قال سبحانه: ﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَاداً أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ﴾⁽²⁾. وهي في الردة والبغي القتل، وهي في القتل والجرح العمد القصاص، وفي القتل الخطأ الدية. وعلة التشديد في هذه الجرائم بالذات أنها من الخطورة بمكان، والتساهل فيها يؤدي إلى انهيار الأخلاق، وفساد المجتمعات، إذ هي جرائم رئيسة تتصل بالحياة العامة ولا يقتصر ضررها على مرتكبيها فقط، ولكنه يتعدى إلى الأفراد والجماعات.

فالقتل العمد عدوان على الحياة التي اختص الله وحده بمنحها للإنسان، فهو عدوان على حق الله، زد على ذلك ما يترتب على هذه الجريمة من الاستهانة بجرمة الدماء، وتأريث الأحقاد والعداوات، وإشاعة الفتن والذعر بين الناس؛ ولذلك كان قتل نفس واحدة بمثابة عدوان على البشرية كلها ﴿ مِنْ

(1) السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، تقي الدين ابن تيمية، مكتبة ابن تيمية، ص 128.

(2) سورة المائدة، الآية رقم (22).

أَجَلٍ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا⁽¹⁾ ، وكان قتل النفس عمدا هو الجرم الذي لا يكفر عنه دية ولا عتق رقبة ﴿ وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا ﴾⁽²⁾ ، وكان القصاص هو الجزاء العادل ﴿ وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾⁽³⁾ فكانت العقوبة مشددة فيها؛ لأنها تمس كيان الأمة ونظامها، فالتساهل فيها يؤدي إلى أسوأ النتائج، والتشدد فيها يؤدي إلى قلة وقوعها.

قال قتادة: " جعل الله هذا القصاص نكالا وعظة لأهل السفه والجهل من الناس، وكم من رجل قد هم بداهية لولا مخافة القصاص لوقع بها، ولكن الله حجز بالقصاص بعضهم عن بعض، وما أمر الله بأمر قط إلا وهو صلاح في الدنيا والآخرة، ولا نهى الله عن أمر قط إلا وهو أمر فساد في الدنيا والآخرة، والله أعلم بالذي يصلح خلقه"⁽⁴⁾.

وجرمة الزنا تشيع الفوضى الجنسية في بيئات الإنسان، وتظهر الشخص منتكسا قدرا كالحَيوان، وما يترتب على ذلك من اختلاط الأنساب، وإثارة الأحقاد، وتهديد بنيان الأسرة والذرية.. وفي السرقة عدوان على أموال الناس، وحرمانهم من الاستمتاع بأمنهم وأموالهم اللذين من حقهم أن يستمتعوا بهما.. وقطع الطريق فيه ترويع للآمنين والاعتداء على أموال الناس ودمائهم، بشكل جماعي أشبه ما يكون بالعصابات المسلحة التي تستهين بالإنسان وما يملكه الإنسان. والقذف فيه تجريح للأعراض، وتلويث للسمعة، وإشاعة للسوء والشكوك في جو الأسر، وتلك حالات تهدد البيوت بالانهيار.

وفي شرب الخمر - أم الخبائث - سلب للعقل - أشرف ما وهب الله الإنسان وميزه به عن الحيوان - كما أنها تعرض شاربها للعريضة والتعدي على حرمان الناس، وتحطم قوى الشباب، وتضر بنفوسهم وعقولهم وجسومهم، وكم شرح الأطباء ما لها من ضرر جسيم على النفس والجسم، وأجمعوا على ضررها البالغ وأثرها السيئ على الأمة في دينها ورجالها وأخلاقها.

وفي الردة كفر بالإسلام ونظامه، وتجريح له واستهانة به، وخروج على نظام الجماعة المسلمة، ذلك أن الإسلام عقيدة وشريعة، أو دين ودولة، فالخارج عن الإسلام أقل ما يوصف به أنه خارج على نظام الدولة، وهو يشبه في أيامنا هذه جريمة الخيانة العظمى، وعقوبتها الإعدام.

(1) سورة المائدة، الآية رقم (32).

(2) سورة النساء، الآية رقم (93).

(3) سورة البقرة، الآية رقم (179).

(4) جامع البيان في تأويل القرآن، محمد بن جرير الطبري، دار الكتب العلمية، بيروت، 1412 هـ، 1992 م، (229/2).

وقد وقع إجماع المسلمين منذ إنشاء المذاهب الفقهية على قتل المرتد مستدلين بحديث "من بدل دينه فاقتلوه"⁽¹⁾ ولكنهم لا يعتبرون قتله عقابا له على كونه لم يعد مسلما، إنما يعتبرون ذلك نتيجة خيانتة للملة الإسلامية التي انخرط في عداد أفرادها ثم غدرها فلو ستر كفره لم يتعرض له أحد، ولم يثق على بيضة قلبه كما كان يقع للمنافقين⁽²⁾.

فالحكمة من هذه الحدود هي زجر الناس وردعهم عن اقتراف تلك الجرائم، وصيانة المجتمع من الفساد، والتطهر من الذنوب .

يقول الماوردي: " الحدود زواجر وضعها الله عز وجل للردع عن ارتكاب ما حظر وترك ما أمر به "⁽³⁾.

قال العز بن عبدالسلام : " ربما كانت أسباب المصالح مفسد فيؤمر بها أو تباح ، لا لكونها مفسد؛ بل لكونها مؤدية إلى المصالح، وذلك كقطع الأيدي المتأكلة حفظا للأرواح، وكالمخاطرة بالأرواح في الجهاد، وكذلك العقوبات الشرعية كلها ليست مطلوبة لكونها مفسد، بل لكون المصلحة هي المقصودة من شرعيتها، كقطع يد السارق، وقتل الجناة، ورجم الزناة وجلدهم "⁽⁴⁾.

(1) أخرجه البخاري في صحيحه، ح رقم (6922)

(2) الأحكام السلطانية والولايات الدينية، أبو الحسن علي بن محمد الماوردي، دار الكتب العلمية، بيروت، 1398هـ، 1978م، (ص 221).

(3) الأحكام السلطانية والولايات الدينية، (ص 221).

(4) قواعد الأحكام في مصالح الأنام، عز الدين بن عبدالعزيز بن عبدالسلام، دار المعرفة، بيروت، ط1. (22/2).

الخاتمة

وقد توصلت فيها إلى النتائج التالية:

- 1- إن الشريعة الإسلامية بشكل عام والسنة النبوية بشكل خاص تسعى إلى إرساء مقومات السلم المدني من خلال الحفاظ على الضروريات الخمس فشرعت القصاص حفاظاً على الجناية على النفس، وشرعت حد الردة حفاظاً على الجناية على الدين، وشرعت حد الزنا والقذف حفاظاً على الجناية على النسل والعرض، وشرعت حد السرقة حفاظاً على الجناية على المال، وشرعت حد الحرابة حفاظاً على الجناية على النفس والمال، وشرعت حد شرب الخمر حفاظاً على الجناية على العقل.
- 2- لقد أنزل الله العقوبات تطهيراً وكفارة لمرتكبيها ليعودوا إلى ما كانوا عليه قبل العقوبة من تقوى، وللحفاظ على المجتمع الإسلامي من الفساد وانتشار الرذيلة، وهي الوسيلة الوحيدة التي تردع من شب على الجريمة ولا سبيل لإصلاحه إلا بمعاقبته العقاب الذي يستحقه.
- 3- إن شرعية هذه العقوبات المترتبة على وقوع المعاصي جاءت على كمال العدل والإنصاف، فليس في هذه العقوبة إفراط ومجاوزة كما لا يوجد تفريط وتساهل؛ بل جاءت العقوبة على قدر تلك المعصية تقديراً من الله وهو العليم الحكيم .
- 4- صلاحية الشريعة الإسلامية لكل زمان ومكان وشمولها لجميع جوانب الحياة، وكذلك شمول عقوباتها لجميع الجرائم التي توجد على وجه الأرض، فإنه ليس لقائل أن يقول إن الشريعة لم تحدد سوى عقوبات بعض الجرائم، أما الباقي فقد تركته هماً. فإن إسناد عقوباتها إلى ولي الأمر يجعلها شاملة لكل جريمة تحدث خصوصاً إذا علمنا أن أغلب العقوبات التعزيرية لها ما تدخل تحته من القواعد الكلية في الشريعة الإسلامية.



قائمة بأهم المصادر والمراجع

- 1- الأحاديث الواردة في الحدود والتعزير والقصاص دراسة حديثة فقهية، عبدالله بن محمد بن سعود آل مساعد، رسالة دكتوراه من الجامعة الإسلامية في المدينة المنورة، (د.ت).
- 2- الأحكام السلطانية والولايات الدينية، أبو الحسن علي بن محمد الماوردي، دار الكتب العلمية، بيروت، 1398هـ، 1978م.
- 3- أحكام القرآن، أبو بكر، أحمد بن علي الجصاص، ضبط نصه وخرج أحاديثه: عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1415هـ - 1994م.
- 4- أدب الدنيا والدين، أبو الحسن علي بن محمد الماوردي، تحقيق: محمد كريم راجح، دار إقرأ، 1405هـ.
- 5- إرواء الغليل في تخریج أحاديث منار السبيل، محمد ناصر الدين الألباني، بإشراف زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، 1399هـ.
- 6- إعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن قيم الجوزية، تحقيق: د. طه عبد الرؤوف سعد، دار الجليل، بيروت.
- 7- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين أبوبكر بن مسعود الكاساني، دار الكتب، بيروت، 1402هـ، 1982م.
- 8- جامع البيان في تأويل القرآن، محمد بن جرير الطبري، دار الكتب العلمية، بيروت، 1412هـ، 1992م.
- 9- الجامع الصحيح المختصر، محمد بن إسماعيل البخاري، تحقيق: د. مصطفى البغا، دار ابن كثير، بيروت، ط2، 1407هـ.
- 10- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد الدسوقي، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط1، 1417هـ، 1996م.
- 11- الذخيرة، أحمد بن إدريس القرافي، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1994م.
- 12- سلسلة الأحاديث الصحيحة، محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، بيروت، ط4، 1405هـ.
- 13- سنن ابن ماجه، محمد بن يزيد بن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر، بيروت، ط1.
- 14- سنن أبي داود، سليمان بن الأشعث أبوداود، تحقيق: محي الدين عبد الحميد، دار الفكر، بيروت، ط1.

- 15- سنن الترمذي، محمد بن عيسى الترمذي، تحقيق: أحمد محمد شاكر و محمد فؤاد عبد الباقي، دار الكتب العلمية ، بيروت، ط1.
- 16- سنن الدارقطني، علي بن عمر الدارقطني ، صححه: عبدالله المدني، دار المحاسن، القاهرة، ط1، 1996م.
- 17- السنن الكبرى، أبوبكر أحمد بن الحسين البيهقي، وفي ذيله الجوهر النقي لابن التركماني، دار الفكر، بيروت.
- 18- السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، تقي الدين ابن تيمية، مكتبة ابن تيمية.
- 19- شرح معاني الآثار، أبو جعفر أحمد بن محمد الطحاوي، شرح معاني الآثار، خرج أحاديثه: إبراهيم شمس الدين، دار الكتب العلمية-بيروت، ط1، 1422هـ، 2001م.
- 20- صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، طبعة رئاسة إدارات البحوث العلمية والإفتاء، الرياض، ط1، 1980، 1م.
- 21- العدة شرح العمدة، عبدالرحمن بن إبراهيم المقدسي، تحقيق: صلاح بن محمد عويضة، دار الكتب العلمية، بيروت، 1426هـ، 2005.
- 22- فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ابن حجر العسقلاني، تحقيق: محب الدين الخطيب، دار المعرفة، بيروت .
- 23- القاموس المحيط، مجد الدين محمد بن يعقوب، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي، ، بيروت-لبنان، ط6، 1419هـ-1998م.
- 24- قواعد الأحكام في مصالح الأنام، عزالدين بن عبدالعزيز بن عبدالسلام، دار المعرفة، بيروت، ط1.
- 25- الكافي في فقه الإمام أحمد، عبدالله بن أحمد بن قدامة، دار الكتب العلمية بيروت، 1414هـ، 1994.
- 26- المبدع شرح المقنع، إبراهيم بن محمد بن مفلح، تحقيق: محمد حسن الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط1، 1418هـ. 1997م.
- 27- المبسوط، أبوبكر محمد بن السرخسي، دار الكتب العلمية، بيروت، 1414هـ، ط1.
- 28- المحصول في علم الأصول، محمد بن عمر الرازي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1408 هـ .
- 29- المحلى، علي بن أحمد بن حزم، تحقيق: أحمد شاكر، دار إحياء التراث العربي، بيروت-لبنان، ط1، 1418هـ، 1997.
- 30- المدخل الفقهي العام، مصطفى أحمد الزرقاء، دار الفكر، دمشق، 1387هـ، 1968م.
- 31- المصباح المنير، أحمد بن محمد بن علي الفيومي، دار الحديث، القاهرة، ط1، 1424هـ، 2003م.

ضوابط العمل بفقہ المقاصد

د/ بشير أحمد محمد

كلية العلوم الشرعية/ مسلاتة

مُتَكَلِّمًا

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

إن ضوابط المقاصد المعتبرة في الاجتهاد هي نفسها ضوابط المصلحة باختلاف أنواعها؛ لأن مدار المقاصد وجوهرها هو تحقيق المصالح الشرعية بجلب المنافع للناس ودرء المفاسد والمهالك عنهم. ودور المقاصد في الاجتهاد غير خاف، فهي التي من خلالها أو على ضوءها يسترشد المجتهد في الوصول إلى المناسب عند تنزيله الأحكام الشرعية على الوقائع والمستجدات، فالمقاصد هي تلك المعاني المقصودة للشارع، وهي مطلب المجتهدين وطريقهم إلى الاجتهاد الموفق، غير أن هذه المقاصد التي لها هذه الأهمية هي كذلك في نفس الأمر لها خطورة عظيمة إذا ما وقعت في أيدي من لا يبالي أو لا يهتم بتقدير المقاصد كما ينبغي، أو ممن لا يبذل في البحث وسعه عن مصادرها وطرقها التي تعرف بها، فتصير المقاصد والحالة هذه دعاية أكثر منها تحقيقا، وقد تصبح بدعوى اتباع المصالح معدومة الحقيقة، كل هذا وغيره محتمل، ولهذا وُضعت لها ضوابط دقيقة لتمييز المقاصد الحقيقية منها عن غيرها، ولتسد الأبواب أمام المتلاعبين بالشرعية، وتعين المجتهدين على اتباع المسلك الصحيح للاجتهاد ولا شك أن ضوابط المقاصد هي نفسها ضوابط المصلحة - كما سبق - ، "فطرح مسألة الضوابط والقيود الواجب استحضارها في عملية مراعاة المقاصد واعتبارها في العملية الاجتهادية له نفس الأهمية المتعلقة بالتأكيد والحث على مكانة المقاصد والمصالح نفسها".⁽¹⁾

ولقد تناولت في هذا البحث ضوابط المصالح في خمسة مطالب

ففي المطلب الأول تعرضت لمفهوم الضوابط والمقاصد وأقسام المصلحة من حيث الاعتبار وعدمه.

وفي المطلب الثاني تناولت الضابط الأول "عدم معارضة المصلحة للنص".

وفي المطلب الثالث تناولت الضابط الثاني "عدم معارضة المصلحة للإجماع".

وفي المطلب الرابع تناولت الضابط الثالث "عدم معارضة المصلحة للقياس".

وفي المطلب الخامس تناولت الضابط الرابع "عدم تفويت المصلحة لمصلحة أهم منها".

وأنتهت هذا البحث بخاتمة اشتملت على النتائج وثبت للمصادر والمراجع.

(1) الاجتهاد المقاصدي، د. نور الدين الحادمي 139/1.

المطلب الأول: مفهوم الضوابط، والمقاصد وأقسام المصلحة من حيث الاعتبار وعدمه

1- تعريف الضوابط- في اللغة

تطلق الضوابط في اللغة ويراد بها المبالغة في الحفظ.

جاء في المصباح المنير ما نصه: "ضبط" من باب: ضرب، حفظه حفظاً بليغاً، ومنه قيل: "ضبطت" البلاد وغيرها إذا قمت بأمرها قياماً ليس فيه نقص.⁽¹⁾

فالضبط هو إحكام الشيء وحفظه؛ لئلا يختلط بغيره، أو يختلط غيره به، وهذا هو معناه في الاصطلاح، حيث نص صاحب معجم مصطلحات أصول الفقه "على أن الضبط هو الحزم والحفظ"⁽²⁾ "فالضابط هو ما يحجز الشيء عن الالتباس بغيره"⁽³⁾

ولهذا كان اختيار العلماء للضوابط أكثر دقة واحترازاً من استعمال الشروط؛ إذ إن الشروط فيها معنى الاستثناء بخلاف الضوابط، يقول الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي: "ومن هنا نعلم أن موقع الضوابط - الآتية - من المصلحة هو موقع كشف وتحديد لا موقع استثناء وتضييق، أي أن ما وراء هذه الضوابط ليس داخلياً في حدود المصلحة وإن توهم متوهم أنه قد يدخل فيها، ومن ثم فلا يتصور التعارض بين المصلحة الحقيقية وأدلة الأحكام بحال، وإنما التعارض إذا وقع كائن بين أدلة الأحكام وما توهمه الباحث مصلحة، فإذا توهم مفكر أن مصلحة الناس تقضي بحرية تعاملهم بالربا، فالتعارض ليس إلا بين وهمه وكلام الله - تعالى -"⁽⁴⁾

"ومن أجل تأكيد هذه الحقيقة آثرت استعمال كلمة (ضوابط) على الشروط"⁽⁵⁾.

والمقاصد التي تراعى في الاجتهاد والتي لها ضوابطها وشروطها إنما هي جملة المعاني الملحوظة في التصرفات الشرعية والمتوصل إليها باستخدام الأدلة والمصادر التشريعية على نحو النص والإجماع والقياس والاستصلاح والاستحسان وغيره.

فتحديد تلك الضوابط لدى علماء الأصول هو عينه ما اتصل بتحديد ضوابط وشروط تلك المصادر التشريعية المتعددة، وبالتالي كان لزاماً على الباحث أن يبين ضوابط المقاصد من خلال بيان وعرض ضوابط كل من المصلحة المرسله والعلة وشروط التأويل الصحيح.⁽⁶⁾

(1) المصباح المنير للفيومي 357/2 "مادة ضبط"

(2) معجم مصطلحات أصول الفقه، د. قطب مصطفى سانو ص 263 "حرف الضاد".

(3) ضوابط المصلحة د. محمد سعيد رمضان البوطي ص 109.

(4) المصدر نفسه.

(5) المصدر نفسه.

(6) الاجتهاد المقاصدي 148/1 "بتصرف".

2- مفهوم المقاصد

المقاصد لغة: القصد والمقصد: مشتقان من الفعل ((قصد)) والقصد: استقامة الطريق، والاعتماد، والأُمُّ، والعدل، والتوسط، وإتيان الشيء، يقال: قصدته، وله، وإليه، يقصده.⁽¹⁾

قال ابن جني: أصل (ق ص د) ومواقعها في كلام العرب الاعتزام والتوجه والنهوض نحو الشيء على اعتدال كان ذلك أو جور، هذا أصله في الحقيقة، وإن كان قد يخص في بعض المواضع بقصد الاستقامة دون الميل.⁽²⁾

- المقاصد في الاصطلاح

لم يرد تعريف اصطلاحي مضبوط للمقاصد عند المتقدمين من الأصوليين والفقهاء، رغم أن الإمام الشاطبي يعد أول من أفرد المقاصد الشرعية بالتأليف وتوسع فيها أكثر مما قبله، بل إن علم المقاصد لم ير النور إلا في زمنه كتأليف وتأصيل، حيث خصها بالبحث في فصل أو باب مستقل، نراه لم يورد تعريفاً اصطلاحياً لها؛ لأن اعتناؤه كان بالتأصيل والتطبيق أكثر منه بالحدود والتعريفات، والمتتبع للموافقات يجد فيه عدة إشارات إلى معاني المقاصد إلا أنها تبقى إشارات لا تعريفات محددة مضبوطة، ولعل الشيخ محمد الطاهر ابن عاشور وهو ثاني أبرز من كتب في مقاصد الشريعة بعد الشاطبي هو أول من أورد تعريفاً للمقاصد، فقد عرفها بقوله: "مقاصد التشريع العامة هي المعاني والحكم الملحوظة للشارع في جميع أحوال التشريع أو معظمها"⁽³⁾ وهو تعريف للمقاصد العامة، أما المقاصد الخاصة فقد عرفها بقوله: "معرفة المقاصد الشرعية الخاصة في أبواب المعاملات، وهي الكيفيات المقصودة للشارع، لتحقيق مقاصد الناس النافعة، أو لحفظ مصالحهم العامة في تصرفاتهم الخاصة"⁽⁴⁾

فالمقاصد الخاصة وإن كانت خاصة من وجه إلا أنها من وجه آخر هي خادمة للمصالح العامة، وعليه فهي مقصودة في محلها الخاص الذي يفضي إلى مراعاة المقاصد العامة وحفظها، وهذا ربط بين الجزئي والكلبي الذي ينبئ عن دقة التشريع المترابط في أحكامه ومقاصده وقواعده.⁽⁵⁾

3-3- أقسام المصلحة

قسم العلماء المصلحة من حيث اعتبار الشارع لها وعدم اعتباره إلى ثلاثة أقسام:

(1) ينظر لسان العرب لابن منظور 3/354، 353، والنفيس للتبليسي 4/1848 "مادة قصد".

(2) لسان العرب 3/355.

(3) مقاصد الشريعة الإسلامية لابن عاشور، ص 49.

(4) المصدر نفسه ص 14.

(5) ينظر أثر المقاصد الشرعية في التطبيقات الفقهية لمبدأ الاستحسان، د. بشير أحمد محمد، بحث منشور في مجلة كلية

الآداب، جامعة طرابلس 2014، ص 58.

الأول: المصلحة المعتبرة وهي التي قام الدليل على اعتبارها، وشرعت الأحكام من أجل تحقيقها كحفظ حياة الناس، حيث شرع له إيجاب القصاص من القاتل العامد، وكحفظ أموال الناس الذي شرع له حد السرقة... إلخ.

الثاني: المصلحة الملغاة: وهي المصلحة التي شهد لها الشارع بالإلغاء، بأن وضع أحكاماً تدل على عدم الاعتداد بها، وأمثلتها كثيرة كالتعامل بالربا، وكتل المريض اليأس من الشفاء نفسه، وكالتسوية في أنصبة الميراث بين أولاد الميت ذكوراً وإناثاً، بدعوى أن الجميع أولاد الميت ينتسبون إليه بالسواء، فكما ينتسبون إليه بالسواء، فكذلك يتساوون في الأنصبة سواء بسواء، فإن كل هذا مصادم لنص الشارع⁽¹⁾

الثالث: المصلحة المرسلة "وهي التي لم يشهد لها أصل معين بالاعتبار، وإن كانت مما تتلقاه العقول بالقبول".⁽²⁾

وعرفها البيضاوي بأنها "وصف مناسب لحكم لم يعلم من الشارع اعتباره ولا الغاؤه"⁽³⁾ وهو قول الرازي⁽⁴⁾

فالمصلحة المرسلة، هي المطلقة عن التقييد لا اعتباراً ولا إلغاءً، هذا هو معناها في اللغة⁽⁵⁾ والاصطلاح، إلا أن عدم التقييد لا يعني إهمالها من الشارع، بل معناه أن الشارع لم يخصها بعينها، أي أن شاهدها الذي يشهد لها بعيد، فهي مراعاة في العموم، وبالتالي فإنها ترجع إلى المصلحة المعتبرة، غاية الأمر أن مرتبتها من حيث قوة الدليل متأخرة عن المصلحة المعتبرة التي خصها بعينها ودل عليها الدليل بخصوصها. ومن أمثلتها اتخاذ السجون، أو ضرب النقود، وكالمصلحة التي اقتضت أن الزواج الذي لا يثبت بوثيقة رسمية لا تسمع الدعوى به عند الإنكار، وكمصلحة التسجيل عند عقد البيع حتى تنقل الملكية للمشتري... إلخ⁽⁶⁾، فهذه وغيرها كلها مصالح لم ينص عليها الشارع بعينها، ولم يشرع لها أحكاماً بخصوصها، ولم يدل دليل على إلغائها، إلا أنها لما كانت تدرء المفساد عن المجتمعات وتحفظ لهم حقوقهم كانت هذه المصالح مقبولة عند أهل العقول الراجحة، وكل ما يحقق للأمة من منافع حقيقية أو يدرء عنها المفساد والمضار فإن الشريعة الإسلامية تتبناه بقواعدها العامة ومقاصدها الكلية، وهذا هو شأن المصالح المرسلة.

(1) ينظر أصول الفقه، د. وهبة الزحيلي 34.20/2

(2) رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب لتاج الدين السبكي 227/4.

(3) الإجماع في شرح المنهاج 2633/6.

(4) ارشاد الفحول للشوكاني 632/2.

(5) لسان العرب لابن منظور 284/11، القاموس المحيط للفيروز آبادي "مادة رسل".

(6) ينظر علم أصول الفقه، عبد الوهاب خلاف ص 75.

المطلب الثاني: الضابط الأول: عدم معارضة المصلحة للنص

النص من حيث ثبوته ودلالته على معناه نوعان:

الأول النص القطعي، وهو المقطوع به ثبوتاً ودلالة، فالنص قطعي الثبوت هو ما قُطع بنسبته إلى قائله أو صاحبه وهذا شامل للقرآن الكريم كله، كما يشمل المتواتر من السنة⁽¹⁾، كقوله - تعالى -: **قُلْ هُوَ اللَّهُ أَحَدٌ**⁽²⁾.

فإذا ما عارضت المصلحة نصاً قطعياً، فالمصلحة والحالة هذه مصلحة موهومة لا اعتبار لها؛ لأنه متى اتضحت قطعية النص اتضحت في المقابل أن المصلحة التي تعارضه مصلحة موهومة، إذ الظني لا يثبت أمام القطعي بحال، لامتناع اجتماع العلم والظن على محل واحد.⁽³⁾

من ذلك دلالة النص في قوله - تعالى -: **(وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ)**⁽⁴⁾، فدلالة النص قطعية في كون نصيب الزوج من زوجته النصف في حالة عدم وجود ولد لها، فهذا النص يجب أن يطبق دون أي اجتهاد بأي وجه من وجوه مقاصد التشريع في أي عصر من العصور؛ لقطعية ثبوته ودلالته على المعنى المراد للشارع، وكذلك حد الزاني والزانية في قوله - تعالى -: **(الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ)**⁽⁵⁾.

فالمائة قطعية في دلالتها حيث لا تدل إلا على مدلول واحد دون زيادة أو نقصان، وهكذا الشأن في كل آيات الأحكام التي تدل على المراد منها دلالة واضحة لا تحتمل إلا معنى واحداً تطبق على الوقائع الخاصة بها دون اجتهاد، كافتراض الصوم والصلاة، وحرمة الربا، وكل ما له في الكتاب نصاب مقدر أو عدد معين⁽⁶⁾.

فالمصلحة التي يعوّل عليها المجتهد لا ينبغي أن تعارض النصوص القطعية؛ لأن ذلك يؤول إلى تقرير التعارض بين القواعد الشرعية، أي بين النص القطعي ودليل المصلحة المرسلة وشاهدها البعيد،

(1) هذا هو الأصل في قطعي الثبوت، إلا أن أخبار الآحاد وإن كانت ظنية إلا أن أغلبها يقوي بعضها بعضاً كما أنها ترجع إلى أصول قطعية، وهذا البحث سيتعرض للقطعي والظني في الدلالة من النصوص التي تتعارض والمصلحة، لأن القطعي والظني من حيث الثبوت له مضانه التي تختص بالبحث فيه كدراسة السند والمتن ودرجات قبولهما وضعفهما من ذلك كتب الرجال والعلل والجرح والتعديل وغيرها.

(2) سورة الإخلاص، الآية 1

(3) ينظر ضوابط المصلحة ص 120.

(4) سورة النساء، الآية 12.

(5) سورة النور، الآية 2.

(6) ينظر سد الذرائع في الشريعة الإسلامية، محمد هشام البرهاني ص 22.

وهذا مردود؛ لاتهام الشريعة بالتناقض، ثم إنه لا يتصور هذا التعارض إلا إذا كان النص لم تثبت قطعيته فيكون التعارض الواقع بين المصلحة والنص الظني - كما سيأتي - وهو من قبيل التعارض الواقع بين الظنيين، أو بين الظني والقطعي إن كانت المصلحة قطعية، وهو غير مستحيل وممكن الترجيح؛ لأنه والحالة هذه لم يقع التعارض بين قطعيين، أما إذا ثبتت قطعية النص فالمصلحة التي تعارضه مصلحة موهومة أو مظنونة، فلا يمكن أن تكون هناك مصلحة مؤكدة أو غالبية والنص القطعي يعارضها، إنما هي ضلال الفكر، أو نزعة الهوى أو غلبة الشهوى أو ما في حكمها.⁽¹⁾

الثاني: النص الظني: وهو النص الذي يدل على أكثر من معنى، سواء كان ثبوته قطعياً أو ظنياً فهذا النوع دلالاته غير قطعية، سواء كانت دلالاته راجحة في إحدى معانيه - وهو الظاهر - أو غير راجحة، فمتى كانت دلالاته محتملة لمعان متعددة فهو النص الظني في الدلالة.

والتعارض بين المصلحة وهذا النوع من النص قد يكون جزئياً كالذي يكون بين الخاص والعام والمطلق والمقيد، فمتى كان كذلك فهو واقع بين دليلين شرعيين متمثلاً في الظاهر من الكتاب والقياس الصحيح، لا بين نص من كتاب ومجرد مصلحة متخيلة، والتأويل والترجيح في هذه الحالة يعود إلى اجتهاد الأصولي الثبت في فهمه وعلمه.⁽²⁾

وعلى كل فإن صحة تأويل الظاهر قد ذهب إليه مالك والشافعي وأبو حنيفة - رحمهم الله - فتأويل الظاهر من النص بما ينسجم مع مقتضى القياس من تخصيص وإضمار.. وغير ذلك تأويل صحيح؛ لأن فيه إعمالاً للدليلين معاً، وإعمال الدليل أولى من إهماله.⁽³⁾

من ذلك - مثلاً - قوله - تعالى -: **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ**⁽⁴⁾، فظاهر هذه الآية هو العموم لكل أنواع الأموال وفي جميع الأوقات، إلا أنه معارض بحكم جواز أخذ المضطر من مال الغير عنوة دون رضاه بقدر الضرورة، قياساً على جواز أكل الميتة للمضطر.⁽⁵⁾

فالشرع قد جرت عاداته على تخصيص العام في كثير من نصوصه حتى قال علماء الأصول: "ما من عام إلا وخصص" مما يدل على أن عادة الشارع قد جرت على تخصيص معظم العمومات حتى كان التخصيص سنة في التشريع، ولهذا أخذ به الكثير من فقهاءنا متى كان موافقاً لمقتضى القياس.⁽⁶⁾

(1) ينظر الاجتهاد المقاصدي، د. نورالدين الخادمي 149/1.

(2) ينظر ضوابط المصلحة ص 126، والمدخل إلى علم المقاصد، د. عبد القادر حرز الله ص 137-138.

(3) المصدران السابقان.

(4) سورة النساء، الآية 29.

(5) ينظر ضوابط المصلحة ص 127، المدخل إلى مقاصد الشريعة ص 138.

(6) ينظر المناهج الأصولية، د. فتحي الدريبي ص 189.

فالنص متى كانت دلالاته تدل على أكثر من معنى كالقرء والملامسة وغيرهما، فإن الاجتهاد والحالة هذه يكون في حصر تلك المعاني وتحديد أقربها إلى المراد الإلهي وأنسبها إلى المصلحة المشروعة، فيعتمد منها ما كان أنسب وأقرب، ولا يعتبر هذا تعارضاً بين النص والمصلحة، بل هو عمل وأخذ بأحد دلالات النص، بخلاف ما إذا تعارضت المصلحة وجميع مدلولات النص الظني، كأن يخالف مدلولي الحيض والطهر للقرء بإحداث قول ثالث غيرهما بدعوى مصلحة المرأة أو الرجل، أو مخالفة معنيي الملامسة من مجرد اللمس، والوطء إلى معنى ثالث غيرهما، فمخالفة كل معاني النص الظني إلى معنى آخر غيرهما بدعوى جلب المصلحة، فهو تعارض غير مقبول ومردود، شأنه شأن التعارض القائم بين النص القطعي والمصلحة الذي لا يجوز بحال، والمصلحة والحالة هذه مصلحة موهومة ملغاة⁽¹⁾.

وقد سبق القول أن النص القطعي في دلالاته الذي لا يفهم منه إلا وجه واحد هو المراد الإلهي على وجه اليقين، بخلاف النص الظني في دلالاته الذي يمكن أن يفهم منه أكثر من وجه واحد من الوجوه المحتملة، بصرف النظر عن كونه راجحاً أو مرجوحاً، إذ الرجحان وعدمه لا ينقله من الظني إلى القطعي⁽²⁾.

فأحكام الله منها ما هو قطعي كأصول العقيدة، وما علم من الدين بالضرورة من أحكام الشريعة المنصوص عليها على وجه يقيني الدلالة، فهذه الأحكام هي أحكام معينة ثابتة، وليس لأحد أن يتأول في الفهم ما جاء في النصوص من أحكام التعبد، أو أنصبه الميراث، أو أنواع الحدود ومقاديرها ثم تحصل المخالفة لهذه الأحكام، فيدعي المتأول أن هذا المحصول المخالف هو من الفهم المندرج ضمن مراعاة المصلحة الشرعية، فمثل هذا الفهم والتأويل لا يعتد به حتى لا تصبح الحقيقة الدينية عرضة للنسخ بحجة الاجتهاد العقلي الذي تهدر فيه الحقائق الشرعية فلا يبقى للتشريع الإسلامي حقيقة ثابتة، بل يمكن أن تحل محله شريعة عقلية خالصة ثم يُدعى بأنها شريعة إلهية، أو مصالح شرعية اقتضتها ظروف البشرية⁽³⁾.

وعليه فإن محل الاجتهاد هو النصوص ظنية الدلالة إذا ما تعارضت والمصلحة، والاجتهاد حينها يكون في معرفة المراد من النص وقوة دلالاته على المعنى، إذ ربما يكون النص عاماً، وقد يكون مطلقاً، وربما يكون بصيغة الأمر أو النهي، وقد يرشد الدليل إلى المعنى بطريق العبارة أو الإشارة أو غيرهما، وربما يراد بالأمر الندب أو الإباحة وإن كان في الأصل للوجوب، كما قد يصرف النهي إلى الكراهة وإن كان حقيقة في التحريم، فهذا كله مجال للاجتهاد⁽⁴⁾.

(1) ينظر الاجتهاد المقاصدي 149/1-150.

(2) ينظر فقه التدين فهماً وتنزيلاً، د. عبد المجيد النجار ص 62.

(3) ينظر فقه التدين فهماً وتنزيلاً، ص 62-65.

(4) ينظر تجديد الفقه الإسلامي، د. جمال عطية، د. وهبة الزحيلي ص 192.

المطلب الثالث: الضابط الثاني "عدم معارضتها للإجماع"

الإجماع في اللغة: يطلق الإجماع ويراد به أحد معنيين:

- الأول: العزم على الشيء والإمضاء، ومنه قول الله - تعالى - : **فَأَجْمِعُوا أَمْرَكُمْ وَشُرَكَاءَكُمْ** (1)
 الثاني: الاتفاق على الشيء، جاء في المصباح المنير ما نصه "وأجمعوا على الأمر اتفقوا عليه" (2)
وفي الاصطلاح: فهو "اتفاق مجتهدي أمة محمد - صلى الله عليه وسلم - بعد وفاته في
 حادثة على أمر من الأمور في عصر من الأعصار" (3) أو "هو اتفاق العلماء المجتهدين من أمة النبي -
 صلى الله عليه وسلم - بعد انتقاله إلى الرفيق الأعلى على حكم شرعي" (4).

وللإجماع أنواع متعددة لاعتبارات مختلفة إلا أن الذي يهمنا في هذا البحث هو القطعي منه والظني. فالإجماع منه ما هو قطعي، ومنه ما هو ظني، فإن كان قطعياً (5) كالإجماع على العبادات والمقدرات، والإجماع على أن الجدة كالأم في حرمة الزواج منها، وكتحريم الجمع بين المرأة وخالتها، فهذه كلها أحكام ثابتة لا تتغير، ولا مجال للمصلحة في التعارض معها، فمتى تعارضت المصلحة مع مثل هذه الإجماعات فإن المصلحة والحالة هذه مصلحة موهومة لا اعتبار لها شأنها شأن المصلحة التي تعارض النصوص القطعية، ولا يقال إنها مصلحة قطعية، إذ لو كانت كذلك لما عارضت الإجماع القطعي في أحكامه الثابتة التي لا تتغير ولا تتبدل بتبدل الزمان ولا المكان (6).

فالمصلحة القطعية الحقيقية في مثل هذه الحالات هي التي أنتجها الإجماع القطعي، وكل ما يخالفها فهو وهم مردود. ثم إن الإجماع من أول مهامه هو الرفع من مستوى دلالة النص وإن كان ظنياً في دلالته ابتداءً إلى مستوى القطع، وإذا حصل له ذلك بالإجماع فمناقضته غير ممكنة، وكل مصلحة تعارضه فهي مصلحة مظنونة، والظني لا يقوى على القطعي. فحكم الإجماع وسنده هو الاتفاق واجتماع الأمة المزكى من الشرع (7).

أما إن كان الإجماع ظنياً، وهو القائم على أحكام متغيرة بتغير الزمان والمكان والأحوال فمثل هذا الإجماع ينظر في الحكم المجمع عليه، فإن وجدناه لا يزال محصلاً للمصلحة فيه فهو باق ببقاء

(1) سورة يونس، الآية 71.

(2) المصباح المنير، 109/1 "مادة جمع".

(3) البحر المحيط للزركشي 487/3.

(4) صناعة الفتوى وفقه الأقليات، عبد الله بن بيه ص 55.

(5) يقصد بالقطعي هو ما كان قائماً على الثوابت التي لا تتغير.

(6) ينظر تعلييل الأحكام، مصطفى شلي ص 324، والاجتهاد المقاصدي للخادمي 152/1-153.

(7) المصدران السابقان.

المصلحة؛ لأن قيامه ابتداء على المصلحة المتغيرة ولم تتغير، بخلاف ما إذا تغيرت المصلحة ووجدناه لا يحصلها فالعمل والحالة هذه بالمصلحة وهو واجب مادام هذا الحكم شرع دائراً مع المصلحة وجوداً وعدم⁽¹⁾، حتى لا تتهم الشريعة بعدم الصلاحية لكل الأزمنة والأمكنة وهي التي بنت أحكامها الشرعية على مصلحة الإنسانية عاجلاً وأجلاً، وعليه فإن مثل هذا النوع من الإجماع يتغير بتغير المصلحة.

"ومجرد الاتفاق في عصر على حكم لمصلحة لا يكفي في أبديته، بل لابد مع هذا الاتفاق من اتفاق آخر على أنه دائم لا يتغير".⁽²⁾ ومن أمثلة هذا النوع ما أخبر به الزهري عن الصحابة ومن بعدهم أنهم كانوا يقبلون شهادة القريب لقريبه مطلقاً من غير شذوذ، فلما تغيرت الأحوال وضعف سلطان الإيمان على النفوس وكثرت التهم منع من جاء بعدهم ذلك للمصلحة المتمثلة في حفظ حقوق الناس من الضياع⁽³⁾. ولذا كان سعيد بن المسيب وجماعة من الفقهاء السبعة⁽⁴⁾ يفتون بجواز التسعير محافظة على مصالح الناس مع ورود النهي عنه⁽⁵⁾، وترك الصحابة له مجمعين على ذلك الترك، ولا دليل لهم في ذلك سوى العمل وفق المصلحة، فقد قدموا المصلحة على هذا النوع من الإجماع؛ لأن الإجماع دائر على المصلحة المتغيرة، ولا يخفى أن مثل هذا التعارض في الحقيقة هو تعارض قائم بين مصليحتين: مصلحة راجحة وأخرى مرجوحة؛ لأن كل ما مداره المصلحة المتغيرة فهو عرضة للتغيير بتغيرها، فيقدم الراجح منهما على المرجوح⁽⁶⁾.

(1) ينظر تعليل الأحكام ص 324.

(2) المصدر نفسه ص 324.

(3) المصدر نفسه ص 326.

(4) الفقهاء السبعة هم: سعيد بن المسيب، وعروة بن الزبير، والقاسم محمد بن أبي بكر، وخارجه بن زيد بن ثابت، وأبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام، وسليمان بن يسار، وعبيد الله بن عتبة بن مسعود، ينظر أعلام الموقعين لابن القيم 40/1.

(5) عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن رجلاً جاء، فقال: يا رسول الله، فقال: ((بل أَدْعُو))، ثم جاءه رجل فقال: يا رسول الله، فقال: ((بل الله يخفض ويرفع وإني لأرجو أن ألقى الله وليس لأحد عندي مظلمة)) وفي رواية ((إن الله هو المسعر القابض الباسط الرازق، وإني لأرجو أن ألقى الله وليس أحد منكم يطالبني بمظلمة في دم ولا مال)) أخرجه أبو داود، كتاب البيوع، باب في التسعير، رقم الحديث ((3450))، ((3451)) ج 3 ص 1497، 1498، والترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء في التسعير، رقم الحديث: ((1314)) وقال أبو عيسى: حديث حسن صحيح.

(6) سواء كان الترجيح بتقديم المصلحة العامة على الخاصة عند التعارض، أو كانت إحدى المصليحتين دائمة والأخرى منقطعة أو غيرهما من أسباب الترجيح.

فمن هذا الجانب ينبغي أن ينظر إلى التعارض القائم بين هذا النوع من الإجماع والمصلحة المتعارضة معه، ومعلوم أن المصلحة الراجحة مقدمة كما هو مقرر.

المطلب الرابع: الضابط الثالث "عدم معارضة المصلحة للقياس"

القياس في اللغة: هو التقدير، تقول: قاسه بغيره وعليه، أي على غيره إذا قدره على مثاله.⁽¹⁾

وفي الاصطلاح: هو ((حمل معلوم على معلوم لمساواته في علة حكمه عند الحامل)).⁽²⁾

فالقياس هو المصدر الثالث من مصادر التشريع بعد القرآن والسنة والاجماع.

وللقياس أركان أربعة هي: الأصل، والفرع، والوصف الجامع بين الفرع والأصل "علة"، وحكم الأصل، هذا ما عليه جمهور الأصوليين⁽³⁾ كقياس النبيذ على الخمر، إذ الخمر أصل ثبتت حرمة بالنص، والنبيذ فرع يلحق بالخمر في الحكم؛ لاشتراكهما في العلة؛ إذ علة تحريم الخمر هي الضرر، لما فيه من ذهاب للعقل وإيذاء الناس فيلحق به كل ما من شأنه ذلك حفظاً للعقول.

فالإسكار وصف يتناسب مع حكمه المتمثل في الحرمة، وهذا الوصف هو ما يطلق عليه الأصوليون بالمناسب، أو الوصف المناسب، متى كان الحكم المسلط على الوصف يؤدي إلى مصلحة أو درء مفسدة، لا العكس، وهو سند ومعيار لتسليط الأحكام عليه اجتهادياً، وقد عرف الأصوليون هذا المناسب بتعريفات متقاربة تتمثل في جلبه للمصالح واستبعاده للمفاسد وهو معنى قولهم: إن المناسب "هو ما لو عرض على العقول تلقته بالقبول"⁽⁴⁾ وكذلك قولهم: "المراد بالمناسب ما هو على منهاج المصالح، بحيث إذا أضيف الحكم إليه انتظم".⁽⁵⁾

وعلى كل فإن الذي ينبغي ألا يغفل عنه أن المناسب لا يعتبر مناسباً ما لم تترتب عليه مصلحة عند تعلق أو ارتباط الحكم بالوصف هذا هو الميزان الحقيقي للمناسب، فإذا ارتبط الحكم بالوصف ولم ينتج عن هذا الارتباط أو التعلق مصلحة فلا مناسبة إذاً، فالأمر منضبط ومقيد بجلب المصلحة أو درء المفسدة اللتين هما نتيجتا هذا الارتباط وإلا فلا مناسبة.

ولأهمية المناسب ودوره في تقديم الراجح على المرجوح وبناء الأحكام عليه اعتنى به الأصوليون اعتناء غاية في الدقة، فقسموه إلى تقسيمات عدة لاعتبارات مختلفة.

(1) النفيس للتليسي 1924/4 ((مادة قس)).

(2) الآيات البينات للعبادي 3/4.

(3) ينظر بحوث في القياس، د. محمد محمود فرغلي ص 98، وهذا هو القياس الأصولي، إلا أن القياس بمفهومه العام أعم وأشمل من القياس الأصولي، فهو يشمل المصلحة المرسله، والاستحسان، وغيرها كالقواعد العامة للشريعة.

(4) تعليل الأحكام ص 239.

(5) المصدر نفسه.

فمن حيث اختلاف مراتبه قسموه إلى المعتر، والملغى، والمرسل - وقد سبق بيان ذلك - عند الكلام على أقسام المصلحة، ولأهمية المناسب المعتر نوضح بعض التفاصيل المتعلقة به، حيث قرر الأصوليون أن اعتبار الوصف المناسب يكون بواحد من أربعة:

1- اعتبار نوع الوصف في نوع الحكم، كالإسكار في الحرمة، فالإسكار نوع من الوصف، والتحريم نوع من الحكم، فاعتبر الشارع هذا النوع في ذلك النوع.

2- اعتبار نوع الوصف في جنس الحكم، مثال ذلك: امتزاج النسبين مع التقديم. فامتزاج النسبين نوع من الوصف، ومطلق التقديم جنس؛ لاشتماله على أنواع متعددة منها: التقديم في الإرث، والتقديم في عقد النكاح وغيرهما.

فالأخ الشقيق يقدم على الأخ لأب لامتزاج النسبين في الشقيق - الوالد والوالدة - فيقدم في الإرث على الأخ لأب، ويلحق به التقديم في ولاية النكاح والصلاة على الميت منهما، فهذا كله إلحاق لوصف مناسب.

3- اعتبار جنس الوصف في نوع الحكم كاعتبار المشقة في سقوط الصلاة، فإن مطلق المشقة جنس، وسقوط الصلاة نوع، فالشارع اعتبر مطلق المشقة في سقوط الصلاة؛ لأنه شرع سقوط بعض الصلاة عند مشقة السفر، وشرع سقوط الصلاة مطلقاً على الحائض للمشقة، فالمشقة وجدت في السفر فاعتبرها الشارع، ووجدت في الحيض "قضاء الصلوات الفائتة على الحائض" فاعتبرها الشارع كذلك، فالمشقة عموماً جنس، والصلاة نوع لاندرج الأفراد تحته، فجنس الوصف "المشقة" اعتبر في نوع الحكم "سقوط الصلاة أو بعضها".

4- اعتبار جنس الوصف في جنس الحكم كاعتبار الشارع للمظنة مطلقاً مع مطلق الحكم، من ذلك اعتبار الشارع لمظنة الوطء في الخلوة بالأجنبية، ومظنة القذف لشارب الخمر، فاعتبر الشارع هذه المظنة في مطلق الحكم وهو التحريم، فكل من مطلق المظنة ومطلق الحكم جنسان، إذاً فجنس الوصف اعتبر في جنس الحكم، والدليل على أنهما جنسان؛ لأن مظنة الوطء عند الخلوة وتحريمها خاصان، والخاص يحقق العام، فمظنة الوطء تحقق مطلق المظنة، وتحريم الخلوة يحقق مطلق التحريم، وبذلك يكون الشارع عندما اعتبر التحريم عند الخلوة، كأنه اعتبر مطلق الحكم عند مطلق المظنة⁽¹⁾، والغرض من هذا النوع من التقسيمات وغيره هو محاولة ضبط الأقسام للمناسب ولعرفة المقبول من غيره وإن كان الضبط في ذاته عسيراً جداً.⁽²⁾

(1) ينظر ارشاد الفحول للشوكاني 626/2، وأصول الفقه، محمد أبو النور زهير 81/4.

(2) ينظر تعليل الأحكام ص 256.

فإجراء القياس والترجيح بين الأقيسة والمصالح عند التعارض متوقف على اعتبار الشارع لها قوة وضعفاً، بصورة مباشرة وغير مباشرة⁽¹⁾، ولهذا اعتنى الأصوليون بالقياس من حيث تقسيماته ليصلوا إلى وضع معايير تضبط المقدم من المتأخر في الرتبة، والراجح من المرجوح عند التعارض، فقسموه إلى قياس قطعي وظني.

فالقطعي: هو ما قطع فيه بعلة الحكم في الأصل وقطع فيه بوجود هذه العلة في الفرع كقياس الضرب على التأفيف بجامع الإيذاء، فعلة التحريم التي هي في الأصل موجودة قطعاً في الفرع.⁽²⁾

والقياس الظني بعكس القطعي: وهو ما لم يقطع فيه بالأمرين معاً، -علة الحكم في الأصل والفرع- أو بأحدهما دون الآخر، كقياس التفاح على البر بجامع الطعم، فكلاهما مطعوم إلا أن علة تحريم البر متفاضلاً كونه مطعوماً غير مقطوع بها، فقد تكون العلة الكيل أو الاقتيات أو الادخار أو جميع ما ذكر، وإذا كانت العلة مظنونة في الأصل ففي الفرع من باب أولى.⁽³⁾

وينقسم إلى قياس أولى، وقياس مساوٍ، وقياس أدنى.

فالقياس الأولي: هو ما كان الفرع فيه أولى بالحكم من الأصل لقوة العلة فيه، مثل قياس الضرب على التأفيف.

والقياس المساوي: هو ما كان الفرع فيه مساوياً للأصل في الحكم، مثل إحراق مال اليتيم على أكله بجامع التلف في كل ليثبت حكم الإحراق كما ثبت في الأصل.

والقياس الأدنى: هو ما كان الفرع فيه أقل ارتباطاً بالحكم من الأصل، كقياس التفاح على البر بجامع الطعم في كل منهما، ليثبت حرمة بيع التفاح ببعضه بعضاً متفاضلاً كما هو ثابت في البر، ووجه الأدونية، أن التحريم ثابت في الأصل - البر - سواء كانت العلة الطعم أو الكيل، أو الاقتيات، أو الادخار، فهذه الأوصاف كلها موجودة في البر بخلاف الفرع - التفاح-، ولهذا فهو أدون من البر ولم يكن يساوي البر إلا إذا كانت العلة في البر هي الطعم دون سواه من الأوصاف.⁽⁴⁾

كما ينقسم القياس إلى جلي وقياس خفي

فالقياس الجلي، أو ما في معنى الأصل: هو ما قطع فيه بنفي تأثير الفارق بين الأصل والفرع كقياس الضرب على التأفيف، وقياس إحراق مال اليتيم على أكله ظلماً.

(1) ينظر الاجتهاد المقاصدي 154/1.

(2) ينظر أصول الفقه، محمد أبو النور زهير 31/4.

(3) ينظر المصدر نفسه.

(4) ينظر أصول الفقه، محمد أبو النور زهير 31/4.

والقياس الخفي: هو ما لم يقطع فيه بنفي تأثير الفارق بين الأصل والفرع، كقياس القتل بالمتقل على القتل بالمحدد بجامع القتل العمد العدوان، فالقتل بالمحدد يجب فيه القصاص، أما القتل بالمتقل ففيه خلاف، والقائلون بوجوبه قياساً على المحدد، إلا أن الفارق بينهما قد يكون معتبراً، فلم يقطع بنفي تأثير الفارق، فقد يكون المؤثر هو هذا الفارق ((المحدد)) ولهذا كان القياس خفياً لا جلياً.⁽¹⁾

وقد تناول إمام الحرمين هذه التقاسيم وغيرها بالتفصيل، فيذكر - رحمه الله - أن المرتبة العليا المعدودة من مسالك القياس ما يقال إنه في معنى الأصل، حيث قال: ((وهو على كل حال مقدم على ما بعده، والسبب فيه أنه ملتحق بأصله قطعاً، والتحاقه به مقطوع به غير مظنون))⁽²⁾

وعليه فإنه إذا ما تعارض القياس الذي في معنى الأصل مع أي نوع آخر من القياس فإنه يقدم القياس الذي في معنى الأصل على جميع أنواع القياس الأخرى.⁽³⁾

ولا شك أن القياس كان من أجل مراعاة مصلحة موجودة في الفرع بناء على مساواته للأصل في علة حكمه المنصوص عليه، فبين مطلق المصلحة والقياس عموماً وخصوصاً، فكل قياس هو مراعاة للمصلحة، وليس كل مراعاة للمصلحة قياساً، لأن المصلحة المرسله التي هي جزء من مطلق المصلحة ليست قياساً - أصولياً - فهي التي لا شاهد لها يؤيده من أصل يقاس عليه، ولا دليل يلغيه من نص كتاب أو سنة.⁽⁴⁾

وخلاصة القول: أن علاقة المصلحة بالقياس وثيقة، وتعارض المصلحة مع القياس قد يكون في صورة تعارض الأقيسة مع بعضها بعضاً، ولهذا بينت في هذا المطلب بعض أنواع المناسب وبعض مراتب الأقيسة وأنواعها حتى يظهر المراد من هذا المطلب المتمثل في عدم معارضة المصلحة للقياس، فيقدم القياس الأولى على الأدون، والقياس الذي في معنى الأصل على غيره عند التعارض، كما يقدم القياس الصحيح على المصالح المرسله عند التعارض.

(1) المصدر نفسه 32/4.

(2) البرهان للجويني 182/2.

(3) المصدر نفسه.

(4) وكونها لا شاهد لها لا يعني أنها مجردة عن أي دليل تستند إليه، إذ لو كانت كذلك لما أمكن للمجتهد جعلها دليلاً على حكم من أحكام الشريعة، فالمصلحة المرسله هي نوع من المصالح المعتره غاية الأمر أن دليلها لم يتناولها بعينها وبخصوصها، بل هو عام تناول الجنس البعيد لها كجنس حفظ الأرواح والعقول والأموال، ينظر ضوابط المصلحة ص 190.

المطلب الخامس: الضابط الرابع "عدم تفويت المصلحة لمصلحة أهم منها أو مساوية لها".

ولمعرفة ميزان التفاوت بين المصالح ينبغي أن ننظر إلى المصلحة من ثلاثة جوانب

الأول: النظر إليها من حيث ذاتها وقيمتها.

الثاني: النظر إليها من حيث مقدار شمولها وخصوصها.

الثالث: النظر إليها من حيث تأكيد حصولها وعدمه.

فإذا ما تعارضت مصلحتان وكانتا في مناط واحد، بحيث لا يمكن الجمع بينهما، إذ يلزم من تقديم إحدهما تفويت الأخرى، ففي هذه الحالة لا بد من النظر في المصلحتين من الجوانب الثلاثة، أي عرض المصلحتين على ميزان الترجيح المتمثل في الجوانب الثلاثة السابقة للوصول إلى المصلحة الراجحة منهما.⁽¹⁾

ففي الجانب الأول: وهو النظر من حيث اعتبار ذات المصلحة وقيمتها ومرتبها، من حيث كونها ضرورية، أو حاجية، أو تحسينية⁽²⁾، فإننا إذا نظرنا في تفاوت قيم المصالح واختلافها من حيث ذاتها، فإننا نجد أن كليات المصالح المعتبرة شرعاً متفاوتة حسب أهميتها في خمس مراتب وهي: حفظ الدين، وحفظ النفس، وحفظ العقل، وحفظ النسل، وحفظ المال، وهي مرتبة في الأولوية على النحو السابق، ووفق هذا الترتيب فإن حفظ الدين مقدم على حفظ النفس، وحفظ النفس مقدم على حفظ العقل، وحفظ العقل مقدم على حفظ النسب، وهذا الأخير مقدم على حفظ المال، ثم إن لهذه الكليات الخمس وسائل متدرجة حسب الأهمية في ثلاث مراتب: ضروريات، فحاجيات، فتحسينيات.⁽³⁾

فالضروريات: هي التي لا بد منها لقيام مصالح الدين والدنيا، إذ لا تستقيم الحياة الدنيا بدونها، كما أن بفواتها فوت النجاة والنعيم في الآخرة.⁽⁴⁾

وعليه فإن كل ما يحفظ به هذه الكليات يكون ضرورياً، كالضرورة إلى الجهاد لحفظ الدين، والضرورة إلى تناول الغذاء لحفظ الأنفس، والضرورة إلى تحريم الخمر لحفظ العقول، والضرورة إلى إباحة المعاملات المالية لحفظ الأموال.⁽⁵⁾

(1) ينظر ضوابط المصلحة ص 219.

(2) المصدر نفسه.

(3) المصدر نفسه.

(4) ينظر الموافقات للشاطبي 202/2.

(5) ينظر ضوابط المصلحة ص 218.

أما الحاجيات: فهي التي يتحقق بها رفع الحرج والتوسعة على المكلفين في حياتهم، كالرخص المخففة عند لحوق المشقة لحفظ الدين، وكإباحة الصيد لحفظ النفوس.

وأما التحسينيات: فهي المرتبة التي تلي المرتبتين السابقتين ولا ترتقي إلى مستواهما، وإنما تُحسَّن تحصيلهما متمثلة في محاسن العادات ومكارم الأخلاق والآداب، كحكم إزالة النجاسة وستر العورة، وأخذ الزينة، والتقرب بالنوافل لحفظ الدين، وكآداب الأكل والشرب لحفظ الأنفس، وكاجتناب كل ما من شأنه أن يصرف العقل عن مهامه ووظائفه التي خلق من أجلها كاجتناب الملهيات وغيرها.⁽¹⁾

فهذه المراتب من المصالح متفاوتة في الأهمية، فأولها رتبة الضروريات وتليها الحاجيات ثم التحسينيات، فالضروريات مقدمة على الحاجيات، والحاجيات مقدمة على التحسينيات عند التعارض؛ إذ الضروريات أصل والحاجيات والتحسينيات خادمة للضروريات.⁽²⁾

فالضروري هو الأصل وهو المقصود الأول، وأما ما سواه فهو مبني عليه كوصف من أوصافه، أو كفرع من فروعها، ويلزم من اختلال الأصل اختلال الباقي؛ لأن الأصل إذا اختل اختل الفرع من باب أولى.⁽³⁾

ثم إن هذه المراتب الثلاثة ينضم إليها ما هو كالتممة والتكملة لها، فمكملات الضروريات كالتماثل في القصاص، ونفقة المثل، وأجرة المثل، والمنع من النظر إلى المرأة الأجنبية، وشرب قليل المسكر، والورع في المتشابهات، وإظهار شعائر الدين، كصلاة الجماعة في الفرائض والسنن، وصلاة الجمعة وغيرها كثير، فإن كل هذه لا تدعو إليها ضرورة ولا تظهر فيها شدة حاجة ولكنها مكملة للضروري.

ومكملات الحاجيات كاعتبار الكفاءة، ومهر المثل في الصغيرة، فكل ذلك لا تدعو إليه حاجة مثل الحاجة إلى أصل النكاح.

ومكملات التحسينيات كمندوبات الطهارة، وكالإنفاق من طيبات المكاسب، وكالاختيار في الضحايا والعقيقة.⁽⁴⁾

ثم إن الحاجيات من مكملات الضروريات، والتحسينيات مكملات للحاجيات وللضروريات، وبعد هذا البيان الموجز علينا ألا نغفل عما اشترطه فقهاؤنا بشأن هذه المراتب ومكملاتها عند التعارض من حيث الاعتبار وعدمه، حيث اشترطوا ((أن كل تكملة منها - من حيث هي تكملة -

(1) ينظر المصدر نفسه، ونظرية المقاصد، د. أحمد الريسوني ص 117.

(2) ينظر الموافقات 210/2.

(3) ينظر الموافقات 208/2 ((بتصرف)).

(4) الموافقات 204/2.

شرط، وهو ألا يعود اعتبارها على الأصل بالإبطال⁽¹⁾ مثال ذلك، أصل البيع ضروري، ومنع الغرر والجهالة فيه مكمل، فلو اشترط نفي الغرر مطلقاً لانحسم وانسد باب البيع⁽²⁾ واختل الضروري، ولهذا اغتفر الغرر اليسير في البيع، وكذلك ستر العورة فهو تحسيني ومكمل للحاجي وللضروري، وهو من باب محاسن الصلاة، فلو طلب على الإطلاق وتُمسك به لتعذر أداء الصلاة على من لم يجد ساتراً يستر به عورته.⁽³⁾

فالتمسك بالكماليات أو المكملات مع عدم إمكانية الحصول عليها يخل بالحاجيات والضروريات وهكذا شأن كل المكملات، فإن التمسك بها في حالة عدم الحصول عليها مغل بالضروريات، بل معدم لها، فلا تحصل صلاة لمن تمسك بستر العورة أو الطهارة، ولا تحصل المحافظة على الأنفس لمن تمسك بالغذاء الصحي المباح وهو غير ممكن الحصول عليه، ولا يحصل الزواج لمن تمسك بالوليمة وهو غير قادر عليها، وهكذا فإن التمسك بالمكملات مع عدم الحصول عليها يخل بالضروريات إن كان من مكملاتها، وبالحاجيات والتحسينيات كذلك.

وشرط اعتبار المكمل بالأصل يعود على الأصل بالإبطال أو الإلغاء كما اشترطه فقهاؤنا، يجعل الأمر ميسوراً أمام المجتهد لترجيح وتقديم إحدى المصلحتين المتعارضتين، غاية ما في الأمر أنه على المجتهد أن يعين الواقعة محل النظر وينزلها في موقعها ورتبتها الحقيقية، فلا ينزل الحاجي مكان التحسيني أو الضروري ولا العكس، وإلا فإن الاجتهاد سيختل والأحكام ستتضارب، وحينها قد يصبح المندوب مقدماً على الواجب، والمباح مقدماً عليهما.

فتحديد مرتبة المسألة المعروضة وتنزيلها في الرتبة المستحقة لها غاية في الأهمية، وهي أول مراحل الاجتهاد.

أما إن كان التعارض واقعاً بين مصلحتين في رتبة واحدة كأن وقع بين الضروري لحفظ الدين، والضروري لحفظ النفس، فالأمر واضح، فيقدم ما حقه التقديم وفق الترتيب المعروف - كما سبق - فيقدم ضروري حفظ الدين على ضروري حفظ النفس.... إلخ وهكذا الشأن في حالة ما إذا كان التعارض بين الحاجيات أو التحسينيات، كحاجي حفظ الدين مع حاجي حفظ العقل، فيقدم حاجي حفظ الدين على حاجي حفظ العقل، وهكذا يقدم تحسيني حفظ الدين أو النفس على تحسيني حفظ النسل أو العقل عند التعارض، وضابط ذلك: أن التعارض متى كان في الرتب المتساوية - كالضروري مع

(1) المصدر نفسه 204/2.

(2) المصدر نفسه 205/2.

(3) المصدر نفسه 206/2.

الضروري أو الحاجي مع الحاجي أو التحسيني مع تحسيني آخر، فالمنظور إليه والحالة هذه هو متعلق المتعارضين، فمتعلق الدين مقدم على متعلق حفظ النفس ... وهكذا⁽¹⁾

وإذا كان التعارض في رتب مختلفة، كالتعارض بين الحاجي والتحسيني، أو الحاجي والضروري فإن المنظور إليه هي الرتبة نفسها لا متعلقها كما في الحالة الأولى، فالحاجي مقدم على التحسيني مطلقاً، وكذلك الضروري مقدم عليهما، فحاجي حفظ العقل مقدم على تحسيني حفظ الدين، لأن رتبة الحاجي مقدمة على رتبة التحسيني بصرف النظر عن متعلقهما.

أما إن كانت المصلحتان المتعارضتان متعلقتين بكل واحد كالدين، أو النفس، أو العقل فعلى المجتهد والحالة هذه أن ينتقل إلى الجانب الثاني، المتمثل في النظر إليهما من حيث مقدار شمولهما؛ لأن المصالح وإن اتفقت فيما هي مصلحة له من حيث الحاجة إليها، إلا أنها غالباً ما تختلف في مقدار شمولها، فمن المصالح ما تقتصر على القليل من الناس، ومنها ما تعم الكثير منهم، ولا شك أن المصالح التي تعم أكثر الناس مقدمة على ما لا تعم إلا القليل منهم، ولهذا تقرر تقديم المصلحة العامة على الخاصة، فترجيح مصلحة عامة أهل السوق على مصلحة الواحد منهم في تلقيه للركبان⁽²⁾ والشراء منهم خارج البلدة، لأن المصلحة الأولى أعم وأشمل من المصلحة الثانية رغم أنهما مصلحتان متساويتان في الرتبة، وكتائهما متعلقتان بكل واحد وهو حفظ المال، لذا كان النظر إلى الأعم والأشمل.

أما عن الوجه الثالث المتمثل في النظر من حيث توقع وقوع المصلحة وحصولها وعدمه، فهو جانب مهم عند تقديم إحدى المصلحتين المتعارضتين، إذ من الأفعال ما تكون نتيجته مؤكدة الوقوع، ومنه ما تكون مظنونة، كالتجارة في مال اليتيم نقداً، فالمصلحة المتوقعة المتمثلة في نماء المال مؤكدة في العادة، بخلاف التجارة في ماله ديناً دون توثيق، فالمصلحة أقرب إلى الموهومة، وربما تكون النتيجة مظنونة على اختلاف درجات الظن، كبيع السلاح في وقت الفتن، وبيع العنب للخمار، فالمفسدة والحالة هذه راجحة الوقوع.⁽³⁾

وخلاصة القول: إن معرفة معايير تقديم المصالح بعضها على بعض عند التعارض له أهمية لا تخفى، وأكثر مجال تطبيقات هذا التعارض عند النوازل والمستجدات، ففتاوى أغلب الفقهاء المعاصرين

(1) ينظر فقه الموازنات الشرعية، د. عبد المجيد محمد السوسوة ص55، وضوابط المصلحة ص220.

(2) نعى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن تلقي الركبان فقال: "لا تلقوا الركبان ولا يبيع بعضكم على بيع بعض، ولا تناجشوا ولا يبيع حاضر لباد" الحديث أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع باب النهي للبائع أن يخلع الإبل والبقر وكل محفلة، رقم الحديث "2150" 4/450، ومسلم، كتاب البيوع باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه، وسومه على سومه، وتحريم النجش، وتحريم التصرية "1515" 5/419، ومالك في الموطأ كتاب البيوع، باب ما ينهى عنه المساومة والمبايعة 2/526.

(3) ينظر ضوابط المصلحة ص222.

في المستحبات الطبية والاقتصادية والعلمية مستندة ومعتمدة على المقاصد الشرعية بجلب المصالح ودرء المفاسد.

يقول الشيخ محمد الطاهر ابن عاشور: ((... وهذا جماع القول في المصالح المعتبرة، وإطالة الكلام في ذلك فائدة عظيمة ليتعلم مزاوول هذا العلم أن طريق المصالح هو أوسع طريق يسلكه الفقيه في تدبير أمور الأمة عند نوازها ونوائها إذا التبت عليه المسالك، وإنه إن لم يتبع هذا المسلك الواضح والحجة البيضاء فقد عطل الإسلام عن أن يكون ديناً عاماً وفاقياً⁽¹⁾))

((فالترجيح بين المصالح والمفاسد من أدق أعمال المجتهد وأصعبها، وهو خلاصة علمه، وتظهر براعته في هذا المجال عند المتشابهات التي لا يعلمها كثير من الناس)).⁽²⁾

الخاتمة

أنهي هذا البحث بخاتمة أبين فيها أهم النتائج والتوصيات

أولاً: النتائج

من خلال هذا البحث توصلت إلى النتائج الآتية:

- 1- لا اعتبار لأي مصلحة تعارض النصوص القطعية، إذ المصلحة الحقيقية هي الالتزام بالنصوص القطعية، فأى اجتهاد يؤوّل النصوص القطعية الثابتة التي لا تتغير بحال، فهو اجتهاد مرفوض وتأويل مردود، إذ لا اجتهاد مع النص.
- 2- لا تعارض حقيقي بين قواطع الأدلة.
- 3- يُقبل الاجتهاد متى كان النص ظنياً، إلا أنه يشترط في من يتولاه أن يكون أهلاً للاجتهاد، كما يشترط كذلك عدم إلغاء النص بالكلية، بحيث لا مجال لإعمال النص وتطبيقه في بعض أجزائه، بخلاف ما إذا كان للنص مجال لتطبيق بعضه، كتخصيص العام وتقييد المطلق وترجيح أو تقديم أحد معاني النص المتعددة.
- 4- كل مصلحة تعارض الإجماع القطعي فهي مصلحة موهومة، بخلاف المصلحة التي تعارض الإجماع الظني القائم على المصالح المتغيرة.
- 5- الإجماع القائم على المصالح المتغيرة لا يعد إجماعاً قطعياً، فقد يتغير بتغير المصلحة التي يحرص التشريع على تحصيلها وعدم تفويتها.

(1) مقاصد الشريعة الإسلامية ص 85، 86.

(2) مقاصد الشريعة عند ابن تيمية، د. يوسف أحمد محمد البدوي، ص 199.

6- القياس يطلق ويراد به: القياس الأصولي، كما يراد به القياس العام الذي يشمل القواعد العامة، والاستحسان والمصلحة المرسله...، والتعارض القائم بين المصلحة والقياس بنوعيه هو من قبيل تعارض الأقيسة بعضها مع بعض.

7- المصلحة المرسله نوع من أنواع المصالح المعتبرة، غاية الأمر أن شاهدها الذي يشهد لها لم يخصها بعينها، فهو بعيد، فنسبة القرب والبعد للشاهد هو الذي جعلها في هذه المرتبة المتأخرة عن المصالح المعتبرة قريبة الشاهد.

8- معايير تقديم المصالح المتعارضة متعددة، ويمكن الوصول إلى الراجح منها من خلال النظر المعمق والدقيق في جوانب متعددة ومختلفة، وعليه فإنه كلما وجد التعارض بين مصلحتين أمكننا الترجيح بينهما إلا ما قل وندر، بل التوقف يكاد يكون معدوماً لكثرة تلك الجوانب المرجحات.

ثانياً: التوصيات

لا شك أن مجال المقاصد الشرعية والعمل وفقها له أهمية كبيرة من جانب، وخطورة عظيمة من آخر، لتعلقه بالفتوى. وقد بين فقهاؤنا قديماً وحديثاً ضوابط العمل بالمقاصد، إلا أن هذه الضوابط قد تحتاج إلى زيادة فيها وتفصيل لبعضها، ودور الباحثين هو سد حاجة مجتمعهم من متطلباتهم الدينية والدنيوية، كما أن دورهم ينبغي أن يتطور بتطور الحياة ونوازها بخاصة في هذا الزمن الذي تكاثرت فيه المستجدات التي تحتاج إلى تكييف شرعي لتسليط الأحكام الشرعية عليها وفق المقاصد الشرعية وضوابطها القديمة والحديثة، لهذا وغيره أوصى الباحثين بالبحث أكثر في ضوابط المقاصد حتى لا تنقلب المقاصد والعمل بها إلى حجة واهية يتدرع بها كل من لا يبالي بالشرعية ومكارمها بدعوى المقاصد والمصالح، فتقلب الموازين وتتغير الثوابت وتحل الفوضى ما لم تضبط المقاصد والعمل بها بضوابط غاية في الدقة تسد باب الهوى وترد قول الزائغين، وتنهى أمر المتلاعبين، ضوابط منبثقة من النصوص القطعية واجتهادات المجتهدين، تفتح للخير أبواباً وتغلق كل أبواب الشر.

والله أسأل أن يوفقنا لما فيه الخير والنفعة والصلاح



المصادر والمراجع

- القرآن الكريم، برواية حفص عن عاصم.
1. الآيات البينات، للإمام أحمد بن قاسم العبادي، دار الكتب العلمية بيروت لبنان ط1، 1996م.
 2. الإبهاج في شرح المنهاج، علي عبد الكافي السبكي، تحقيق د. أحمد جمال الزمزمي، ونور الدين صغيري، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، الإمارات العربية المتحدة دبي، ط1، 2004م.
 3. الاجتهاد المقاصدي، حجيته .. ضوابطه .. ومجالاته ..، د. نور الدين الخادمي، مكتبة الرشد، السعودية، ط1، 2005م.
 4. إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، محمد بن علي الشوكاني، تحقيق د. شعبان محمد إسماعيل، دار السلام، القاهرة، ط1، 1998م.
 5. أصول الفقه، محمد أبو النور زهير، دار المدار الإسلامي، بيروت لبنان ط2، 2004م.
 6. البحر المحيط في أصول الفقه، بدر الدين الزركشي، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط2، 2007م.
 7. بحوث في القياس، د. محمد محمود فرغلي، دار الكتاب الجامعي، القاهرة، 1983م.
 8. البرهان لإمام الحرمين، "عبد الملك عبد الله بن يوسف الجويني"، تحقيق د. عبد العظيم الديب، دار الأنصار، ط2، 1400هـ.
 9. التبيان مجلة تصدر عن كلية الآداب، جامعة طرابلس، العدد التاسع، يوليو 2014م 1435هـ.
 10. تجديد الفقه الإسلامي، د. جمال عطية، د. وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق سوريا، ط1، 2002م.
 11. تعليل الأحكام، محمد مصطفى شلي، دار النهضة العربية، بيروت.
 12. رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب، تاج الدين السبكي، تحقيق الشيخ علي معوض، والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، عالم الكتب، بيروت لبنان، ط1، 1999م.
 13. سد الذرائع في الشريعة الإسلامية، محمد هشام البرهاني، ط1، 1995م.
 14. سنن أبي داود للإمام الحافظ أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني، تحقيق د. عبد القادر عبد الخير، والأستاذ سيد إبراهيم، دار الحديث، القاهرة، 1999م.
 15. سنن الترمذي للإمام الحافظ أبي عيسى الترمذي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1992م.

16. صحيح البخاري، للإمام الحافظ البخاري "مطبوع مع فتح الباري" دار الحديث، القاهرة، ط1، 1992م.
17. صناعة الفتوى وفقه الأقليات للشيخ عبد الله الشيخ بن بيه، مركز الدراسات والأبحاث وإحياء التراث، الرباط المغرب، ط1، 2012م.
18. صحيح مسلم، للإمام الحافظ مسلم، دار الحديث، القاهرة، ط4، 2001م.
19. ضوابط المصلحة، د. محمد سعيد رمضان البوطي، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، ط6، 2000م.
20. علم أصول الفقه، عبد الوهاب خلاف، دار الحديث القاهرة، 2000م.
21. فقه التدين فهماً وتنزيلاً، د. عبد المجيد النجار، الزيتونة للنشر والتوزيع، تونس، ط2، 1995م.
22. فقه الموازنات الشرعية، د. عبد المجيد محمد السوسوة، دار القلم، دمشق سوريا، ط1، 2000م.
23. لسان العرب لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، دار صادر، بيروت.
24. المدخل إلى علم المقاصد، د. عبد القادر حرز الله، مكتبة الرشد، السعودية، ط1، 2005م.
25. المصباح المنير في غريب شرح الكبير، أحمد بن محمد الفيومي، دار الفكر.
26. معجم مصطلحات أصول الفقه، د. قطب مصطفى سانو، دار الفكر، دمشق سوريا، ط1، 2000م.
27. مقاصد الشريعة الإسلامية للإمام محمد الطاهر ابن عاشور، دار السلام، القاهرة، ط1، 2005م.
28. مقاصد الشريعة عند ابن تيمية، د. يوسف أحمد محمد البدوي، دار الأصمعي، الرياض السعودية، ط1، 2009م.
29. المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، د. فتحي الدريني، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، ط3، 1997م.
30. الموافقات في أصول الشريعة للإمام أبي إسحاق الشاطبي، تحقيق د. محمد الإسكندراني وعدنان درويش، دار الكتاب العربي، بيروت لبنان، ط1، 2002م.
31. الموطأ للإمام مالك بن أنس، دار الحديث القاهرة، ط2، 1997م.
32. نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، د. أحمد الريسوني، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ط1، 1992م.
33. النفيس من كنوز القواميس، د. خليفة محمد التليسي، الهيئة القومية للبحث العلمي، ليبيا.

المسؤولية الدولية للدولة
في ظل القانون الدولي العام

أ/ طارق نصر الدعيكي

محاضر مساعد بكلية القانون/ قسم القانون العام/

جامعة بني وليد

مُقَدِّمَةٌ

تعتبر المسؤولية الدولية من أهم القضايا التي يعالجها القانون الدولي ويهتم بها، فالمسؤولية تمثل مكانةً أساسية في كل الأنظمة القانونية، ويرجع ذلك إلى ما تقرره من ضماناتٍ تكفل إحترام الواجبات، وتنفيذ الإلتزامات التي يفرضها القانون على أشخاصه، فالمسؤولية الدولية هي الإلتزام الذي يفرضه القانون الدولي على الأشخاص الدوليين سواء أكانوا أشخاصاً معنويين، أو أشخاصاً طبيعيين بإصلاح الضرر لصالح من كان ضحيةً تصرفٍ أو إمتناعٍ مخالفٍ لأحكام القانون الدولي، أو تحمل العقابِ جراءَ هذه المخالفة.

إنَّ كلَّ إلتزامٍ يفرضه نظامٌ قانوني على أشخاص القانون الدولي هو إلتزامٌ واجبٌ التنفيذ، بمعنى أنه إذا تخلف الشخص القانوني عن القيام بتنفيذ إلتزامه تحمّل تبعية هذا التخلف، وإلا فلا معنى لوجود هذا الإلتزام، والنظام القانوني الدولي شأنه شأن النظام القانوني الداخلي يفرض على أشخاصه إلتزامات واجبة التنفيذ، فإذا تخلف الشخص القانوني الدولي عن القيام بإلتزامه ترتب على تخلفه تحمّل تبعية المسؤولية الدولية لإمتناعه عن الوفاء به، وارتباط الإلتزام الدولي بالمسؤولية الدولية أمرٌ مسلّمٌ به، حيث نصّت عليه بعض أحكام الإتفاقيات.⁽¹⁾

يُنشأ إذاً الإخلال بالإلتزام دولي رابطة قانونية بين الشخص الدولي الذي أخلّ بإلتزامه أو إمتنع عن الوفاء به والشخص الدولي الذي حدث الإخلال في مواجهته، وهذه الرابطة القانونية تمنح الأخير الحق في أن يطالب الأول بالتعويض، وهذا ما نصت عليه المحكمة الدائمة للعدل الدولي في القضية المعروضة عليها بين بريطانيا العظمى وألبانيا والمعروفة بقضية مضيق كورفو في عام 1949، حيث قررت المحكمة أن التعويض يكون مستحق الأداء بمجرد الحكم بالمسؤولية الدولية، طبقاً لقواعد القانون الدولي العام.

ومن الطبيعي أن يكون لكل نظامٍ قانوني أشخاصٌ تخاطبهم قواعده، فترتّب لهم الحقوق وتفرض عليهم الإلتزامات، وهؤلاء الأشخاص هم أعضاء الهيئة التي ينظمها ويحكمها هذا النظام القانوني. وتُعرف الشخصية القانونية الدولية بأنها: "أهلية إكتساب الحقوق وتحمل الإلتزامات على المستوى الدولي".

(1) د. حامد سلطان، عائشة راتب، صلاح عامر، القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987، ص 299.

وفي القانون الدولي العام التقليدي الشخصية القانونية الدولية لا تثبت إلا للدول، وتتميز بأنها شخصية كاملة، فالدولة تتمتع بالحقوق وتحمل الإلتزامات التي يقرها القانون الدولي العام، وهي من الأشخاص الأصلية لهذا القانون.⁽¹⁾

وبوجه عام تُعرّف المسؤولية الدولية "أنها إذا تحلّف الشخص القانوني الدولي عن القيام بالإلتزامات يترتب بحكم الضرورة تحمل تبعية المسؤولية الدولية لإمتناعه عن الوفاء بهذا الإلتزام".⁽²⁾

وتعد المسؤولية الدولية من أقدم المبادئ التي حكمت العلاقات بين الجماعات في العصور القديمة، فقد ساد في المجتمعات القديمة نظام الأخذ بالثأر الذي استمر قرونًا، فكان للمتضرر أن يثأر للحق المعتدى عليه بذاته، ووفق ما تمليه عليه غريزته دون أي حدود، وكان هذا يتفق مع المبدأ الذي كان سائدًا في تلك الحقبة، من أن القوة تُنشئ الحق، فالمعتدى عليه يحصل على العدل بنفسه أو بمعاونة أسرته أو قبيلته و لم يكن الثأر مقصورًا على شخص الجاني، وإنما يتعداه إلى أي فرد من أفراد أسرته أو قبيلته، الأمر الذي يؤدي إلى إندلاع النزاعات المستمرة بين هذه الجماعات، ويمكن القول: إن المسؤولية في هذه الحقبة تأسست على مجرد إحداث الضرر دون البحث في نية الفاعل أو مسؤوليته الأدبية.

و في القانون الروماني إستندت المسؤولية على الضرر الناجم عن التعدي المادي، بحيث يكفي أن يكون الجاني مُمَيَّرًا حتى يمكن تقرير مسؤوليته، بمجرد تسببه في إحداث الضرر.

و في الشريعة الإسلامية أخذت المسؤولية بنظرية الضمان بمعنى لا يشترط المطالبة بالتعويض، وأن يكون الضرر ناجمًا عن الإعتداء، أو القيام بفعل محظور، كما أن الإسلام لم يرفض القواعد التي كانت سائدة قبله، بل أبقى على الصالح منها، فأبقى على نظام القصاص في قوله تعالى: {وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ} ⁽³⁾، وعلى نظام الدية في قوله تعالى: {وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ} ⁽⁴⁾.

ثم بعد ذلك تأثرت المسؤولية الدولية بعدة أفكار منها ما يراه الفقيه "جروسويس" أن الدولة لا تُسأل إن لم يُنسب خطأ لأصحاب السلطة العليا بها، لأن شخصية الدولة كانت مقترنة بشخص الحاكم، لتركز السلطات في يده، وبالتالي كان خطأه يمثل خطأ الدولة.

وعندما بدأت الدولة في الظهور كشخص معنوي مستقل عن شخص حاكمها بدأ الفقهاء بالبحث عن أساس آخر بعيداً عن معيار الخطأ، ثم ظهرت بعد ذلك نظريات أخرى في بداية القرن

(1) د. جابر غنيمي، الفرد في القانون الدولي العام، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 2011-2012، ص4.

(2) د. حامد سلطان، عائشة راتب، صلاح عامر، مرجع سابق ذكره، ص299 .

(3) سورة البقرة، الآية 178.

(4) سورة النساء، الآية 91.

العشرين، ووضعت المدرسة الإيطالية نظرية جديدة تبحث في العلاقة السببية، ثم ظهرت نظرية أخرى وهي نظرية المخاطر.⁽¹⁾

إن قواعد المسؤولية الدولية لا تزال في معظمها ذات صبغة عرفية نتيجة لعدم التوصل إلى إبرام إتفاقية شاملة بشأن ذلك، وهذا لا يعني أنه لم تتم محاولات بشأن تقنين القواعد ذات العلاقة، ففي عام 1930 نظرت اللجنة الثالثة لمؤتمر تدوين القانون الدولي في لاهاي في مسودة قرار لمناقشة إتفاقية تتعلق بمسؤولية الدولة الناجمة عن الأضرار اللاحقة بالأشخاص الأجانب وممتلكاتهم في إقليمها، هذه الدورة لم تتوصل إلى حل، نظرًا لإختلاف وجهات النظر بين الدول المشاركة في هذا المؤتمر، وفي عام 1955 سعت لجنة القانون الدولي إلى العمل على فكرة تأسيس وتدوين المسؤولية الدولية عن الأضرار والخسائر التي قد تلحق بالأشخاص الأجانب وممتلكاتهم في الخارج.

هذه المحاولة شهدت العودة إليها في عام 1963 مع تعيين روبرتو أفو مقررًا خاصًا لها، و خلاصة هذه المحاولة أنه قد تمّ الفصل بين القواعد الأولية التي تهتم بتعريف مضمون الإلتزامات الدولية التي يؤدي خرقها إلى مسؤولية دولية، والقواعد القانونية التي تعتبر أن الدولة هي مسؤولة بموجب القانون الدولي عن أفعال مشروعة وغير مشروعة، وما يترتب عليها من نتائج قانونية، ثم شهد موضوع تقنين المسؤولية الدولية للدولة تطورًا بطيئًا من عام 1963 إلى عام 1976، حيث كانت هناك ثمانية تقارير "لروبرتو أفو" ومن عام 1976 إلى عام 1986 سبعة تقارير "لريفن" ومن عام 1986 إلى عام 1996 ثمانية تقارير "لارنغو ريزي"، وأصبح هناك مشروع لمجموعة من المواد حول المسؤولية الدولية للدول، وكانت القراءة الأولى 1996، والتي من أهم رهاناتها التوسع في مفهوم المسؤولية الدولية من خلال تقديم أصناف مختلفة من الأفعال غير المشروعة التي تؤسس لهذه المسؤولية، وأخيراً كانت القراءة الثانية 2001.

حيث إعتمدت لجنة القانون الدولي مشاريع مواد حول مسؤولية الدولة عن الأفعال غير المشروعة دوليًا، عرضته الجمعية العامة للأمم المتحدة على أنظار الحكومات بموجب قرارها (83/56) في 2001.

أهمية الموضوع:

المسؤولية الدولية تمثل مكانًا بارزاً في النظام القانوني الدولي، وتعتبر إحدى الدعائم الأساسية التي يقوم عليها هذا النظام.

يذهب الفقهاء التقليديون في شرح مبدأ المسؤولية الدولية في القانون الدولي إلى أن للمسؤولية جوانب ثلاثة :

(1)د. رشاد عارف السيد، القانون الدولي العام في ثوبه الجديد، دار الفرقان، عمان، 2001، ص 176.

- فهي لا تقع إلا على عاتق دولة ، بمعنى أن الدولة وحدها هي التي تلزم بإصلاح الضرر أو التعويض عن الفعل غير المشروع .
- ولا تقوم إلا لمصلحة دولة، فالدولة هي فقط التي لها أن تثير المسؤولية الدولية استنادًا إلى حقها في مراقبة حسن تطبيق قواعد القانون الدولي .
- و تثار طبقًا لأحكام القانون الدولي أو بالإلتجاء إلى التحكيم أو القضاء الدولي.

الهدف من الموضوع:

يعتبر تنظيم المسؤولية الدولية أداة التقدم للمجتمعات والأنظمة القانونية ككل، فهي جزء أساسي من كل نظام قانوني، وإن مدى فعاليته تتوقف على مدى تطور قواعد مسؤوليته، إذ إن المسؤولية يمكن أن تعتبر أداة تطوير بما تكفله من ضمانات ضد التعسف . وهي وسيلة لضمان حقوق الدول، ولهذا فهي تدعم وتعزز الأمن والتعاون بين دول العالم وإحترام الحقوق الأساسية.

إشكالية الموضوع:

هذا الموضوع يطرح سؤالاً يتمحور حول قيام المسؤولية الدولية للدولة في ظل القانون الدولي ؟

فرضية الموضوع:

تقتضي الإجابة عن هذه الإشكالية التعرض إلى المسؤولية التي تتعلق بالدول. و هي مسؤولية تطرح مسائل قانونية متعددة. و يمكن دراسة هذه المسؤولية من خلال:

- الأساس القانوني للمسؤولية الدولية للدولة (المبحث الأول).

- أنواع المسؤولية الدولية للدولة (المبحث الثاني).

المبحث الأول : الأساس القانوني للمسؤولية الدولية للدولة

إن الأساس القانوني لنظام ما أو لمسألة معينة هو تفسير ذلك النظام أو تلك المسألة وفقاً للقواعد أو المبادئ القانونية السائدة في مجتمع معين، وبهذا الخصوص فقد أُسست المسؤولية الدولية في بداياتها على أساس نظرية الخطأ والمخاطر، ثم تتطور هذا الأساس فأصبح أساس مسؤولية الدولة هو إرتكابها لفعل غير مشروع، بالإضافة إلى إمكانية إتخاذ بعض المبادئ القانونية الدولية المستقرة كأساس للمسؤولية الدولية⁽¹⁾، ويمكن دراسته من خلال:

(1) د. جعفر عبد السلام ، مبادئ القانون الدولي العام، ط4، دار عبد الرحمن للنشر، طنطا، بدون سنة نشر،

الفقرة الأولى: النظريات ذات العلاقة بمسؤولية الدولة

قسم الفقه الدولي الأساس القانوني إلى ثلاثة اتجاهات هي:

أ: فكرة الخطأ: النظرية التقليدية

سادت هذه النظرية إبان العصور الوسطى عندما كان الفكر السائد هو ارتباط شخصية الدولة بشخصية الأمير، الذي يملك وحده إزام دولته بمقتضى تصرفاته. وطبقا لهذه النظرية لا تسأل الدولة إلا إذا ارتكبت سلوكا دوليا خطأ بعمل إيجابي أو بتصرف سلبي عمدا أو بإهمال⁽¹⁾.

وكان الفقيه الهولندي هوجو جروسيسوس من المنادين بهذه النظرية في القانون الدولي العام، وقد أقامها بناء على أنه في العصور الوسطى كان الملوك يعتبرون أنفسهم هم الدولة، كان الفقيه الهولندي هوجو جروسيسوس من المنادين بهذه النظرية في القانون الدولي العام، وقد أقامها بناء على أنه في العصور الوسطى كان الملوك يعتبرون أنفسهم هم الدولة، فلا تنفصل تصرفات الملك عن تصرفات الدولة، وكان يستند في ذلك على الأفكار الرومانية القديمة، ومفاد هذه النظرية التقليدية أنه من الضروري لكي يعتبر الشخص الدولي مسؤولاً يجب أن يصدر من هذا الشخص الدولي خطأ، سواء كان عمداً أو إهمالاً أو تقصيراً أو رعونة أو عدم إحتياط واحتراز، وهذا لا يكفي أن يكون الفعل الصادر عن الشخص الدولي مخالفاً لإلتزام دولي أيّاً كان مصدره، بل يجب أن تتوافر فيه صورة من صور الخطأ المعروفة قانوناً.⁽²⁾

وظلت هذه النظرية هي الأساس المقبول للمسؤولية الدولية، وسيطرت على الفقه الدولي حتى أوائل القرن العشرين الذي شهد هجوما عنيفا ضد فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية الدولية، وقد تزعمت ذلك المدرسة الإيطالية، فحاولت هذه المدرسة التحرر من أفكار القانون الروماني ومفاهيم القانون الخاص التي بدأت تتسرب إلى القانون الدولي العام.⁽³⁾

وترى البداية المدرسة الإيطالية أن إرادة الدولة هي المصدر الرئيسي الوحيد لإلتزاماتها، ومن الصعب إشتراط توافر الخطأ لدى شخص معنوي وهو الدولة، لذلك ترى أن الخطأ قد تسبب في تعقيدات في الحياة الدولية لتعذر تحديد كيف ومتى يتوفر عنصر الخطأ⁽⁴⁾.

(1)Oppenheim, L."InternationlLaw " vol. I, 8,th edition edy Lauterpacht, H.,London, 1955,p.343.

(2)د. محمد طلعت الغنيمي، الإتجاهات الحديثة في القانون الدولي العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1985، ص 147.

(3)د. محمد طلعت الغنيمي، مرجع سابق ذكره، ص 664.

(4)د. محمد مصطفى يونس، النظرية العامة لعدم التدخل في شؤون الدولة" دراسة فقهية تطبيقية في مبادئالقانون الدولي العام المعاصر، رسالة دكتوراه، جامعة الرقازيق، القاهرة، 1985، ص 361.

وقد إعتبرت محكمة العدل الدولية في حكمها الصادر بتاريخ 1949 في قضية مضيق كورفو بين بريطانيا العظمى وألبانيا، أن هذه الأخيرة لم تتصرف وفق ما يجعل إستعمال مضيقها من قبل دولة أجنبية لا يمثل خطراً على سلامتها مما يرتب عليها المسؤولية.

وقد أُنْتُقِدَتْ هذه النظرية على أساس أنها تفسر المسؤولية على أساس أن الدولة تُختلط بشخص الحاكم⁽¹⁾، وكانت أفعال الأخير تُقيّد الدولة، أما الآن فقد انفصلت شخصية الحاكم أو رئيس الدولة عن الدولة، ومن الإنتقادات التي وجهت لهذه النظرية أنها ناشئة عن القانون الخاص ولا يمكنها أن تنتقل كما هي إلى القانون الدولي العام، وهي مشحونة بالعناصر النفسية التي يصعب تحليل وتقدير مداها⁽²⁾، وبرغم الإنتقادات السالفة، فإن نظرية الخطأ لم تفقد أهميتها.

ب: الفعل غير المشروع :

تقوم المسؤولية على عنصر موضوعي لا يلعب فيه الخطأ أي دور، حيث يقوم على أساس أن هناك فعلاً غير مشروع أو فعلاً مخالفاً لإلتزام دولي صدر عن الشخص الدولي بصرف النظر عن الخطأ، ويشترط هذا الإلتزام لتحقيق المسؤولية الدولية وقوع إخلال بإلتزام دولي أيّاً كان مصدره؛ معاهدة أو عرف دولي أو مبدأ عام من مبادئ القانون، ولا يُشترط هنا حصول ضررٍ ينتج عن هذا الإخلال بل يُكتفي بالإخلال فقط⁽³⁾.

وقد أُطلق على هذه النظرية " نظرية الفعل غير المشروع"⁽⁴⁾ التي بنيت على العلاقة السببية التي تقوم بين نشاط الدولة وبين العمل المخالف للقانون الدولي، فهي تستند على فكرة الضمان، ومن ثمّ فإنّ سوء النية لدى الموظف الرسمي، بحيث لا تكون هذه الأضرار شرطاً ولا تؤثر على توافر المسؤولية من عدمه، وإن كان يفيد في إثبات نسبة الفعل إلى الشخص الدولي، وحسن النية هنا يرفع عن الشخص القانوني المسؤولية الدولية؛ فلو أنّ الشخص الدولي أتى فعلاً بدعوى أنه دفاع عن نفسه وثبت أنه أتى الفعل بسوء نية فإن ذلك يرفع عن العمل صفة المشروعية⁽⁵⁾.

(1) د. محمد حافظ غانم، المسؤولية الدولية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1962، ص 141

(2) د. محمد سامي عبد الحميد، أصول القانون الدولي العام، ج 1، ط 1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1972، ص 429.

(3) د. طارق عزت ربحا، قانون حقوق الإنسان بين النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 451.

(4) د. طارق عزت ربحا، مرجع سابق ذكره، ص 451.

(5) د. محمد طلعت الغنيمي، مرجع سابق ذكره، ص 667.

وقد أنتقدت هذه النظرية لأنها نظرية واسعة النطاق ، وتقييم المسؤولية الدولية على ضمان مطلق للمتضرر بصرف النظر عن خطأ الدولة، وهي بهذا لا تتماشى مع الأوضاع القائمة في المجتمع الدولي⁽¹⁾. من أجل ذلك نجد القضاء الدولي لا يعتمد عليها إلا في حالات إستثنائية كمسؤولية الدولة عن أعمال موظفيها غير المختصين وتُفضل نظرية الخطأ لما تحتويه من مزايا لأنها أكثر ملائمة للأساس الحقيقي للمسؤولية الدولية الذي يتمثل في تأمين العلاقات بين الدول⁽²⁾.

ومن الأمثلة القضائية عن الفعل غير المشروع الحكم الصادر عن محكمة العدل الدولية بتاريخ 1927 في النزاع بين ألمانيا وبولونيا بشأن مصنع كروزوف، حيث تبنت المحكمة نظرية الفعل غير المشروع وقضت بإصلاح ألمانيا الضرر الذي لحق ببولونيا في صورة مناسبة⁽³⁾.

وفي منازعات التحكيم فإن اللجنة العامة للمطالبات المشتركة بين الولايات المتحدة والمكسيك والتي أنشأت بمقتضى إتفاق عام 1933 ، تناولت شروط إسناد المسؤولية الدولية لدولة ما، وذلك في منازعات شركة "Dicksan Carweel Company" حيث قررت اللجنة أن ذلك يتطلب أن يسند إلى الدولة فعل دولي غير مشروع أي أن يقع إنتهاك لإلتزام تفرضه قاعدة قانونية دولية⁽⁴⁾.

ج: تحمل التبعية: نظرية المخاطر :

هذا الاتجاه يُنادي بتأسيس المسؤولية الدولية على أساس المخاطر أو تحمل التبعية، مثال ذلك: قيام الدولة بأعمال مشروعة ولكنها تمثل خطورة استثنائية كعمليات التجارب النووية وإطلاق الصواريخ وسفن الفضاء⁽⁵⁾.

كما تقوم فلسفة هذه النظرية على أساس أن من يُدخل شيئاً خطراً في المجموعة الدولية يكون مسؤولاً عن الأضرار التي تنجم عن هذا الشيء حتى ولو لم يُنسب إليه خطأ أو إهمال، أي أن الشخص الدولي يُعد مسؤولاً عن كل ما يُسببه من ضرر للغير حتى ولو كان عمله مشروعاً أو لم ينسب إليه خطأ فإن كل ما تتطلبه هذه النظرية هو نشاط وضرر وعلاقة سببية بين النشاط والضرر⁽⁶⁾.

ومن الأحكام التي طبق فيها القضاء الدولي نظرية المخاطر قضية السفينة الفرنسية وتتلخص وقائعها في أنه في نوفمبر 1874 صادرت السلطات النيكارغوية صناديق أسلحة كانت تحملها سفينة

(1) د. جعفر عبد السلام ، مرجع سابق ذكره، ص 227.

(2) د. محمد طلعت الغنيمي، مرجع سابق ذكره، ص 669.

(3) موجز الأحكام و الفتاوى الصادرة عن محكمة العدل الدولي الدائمة، قضية مصنع كروزوف، 1927.

(4) د. صلاح هاشم، المسؤولية الدولية على المساس بسلامة البيئة البحرية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، القاهرة، 1990، ص 123.

(5) د. محمد حافظ غانم، مرجع سابق ذكره، ص 89.

(6) د. طارق عزت رخا، مرجع سابق ذكره، ص 452.

فرنسية أثناء رسوها في ميناء نيكارغوا، فاحتج مالك السفينة على هذا الإجراء باعتباره مخالفا للقانون الدولي، وطلب تدخل حكومته التي تقدمت بشكوى طلبت فيها التحكيم الدولي، وتم توقيع اتفاق تحكيم في عام 1879 يقضي بعرض النزاع على محكمة النقض الفرنسية، التي أصدرت بدورها حكمها في عام 1880 بمسؤولية نيكارغوا عن تعويض الأضرار التي لحقت بمالك السفينة، رغم تسليم المحكمة بمشروعية الإجراء الذي اتخذته نيكارغوا كنوع من أنواع الدفاع الشرعي⁽¹⁾.

وهناك أيضا الدعوى المرفوعة من أستراليا أمام محكمة العدل الدولية ضد فرنسا في 1973 وذلك للتعويض عن الأضرار التي أصابت السكان المقيمين بالقرب من مناطق التجارب النووية الفرنسية، وأدت لأصابتهم بالضغط العصبي الناشئ عن هذه التجارب، وذلك على أساس المسؤولية المطلقة نظرية المخاطر⁽²⁾.

ورغم أن المحكمة قد أوقفت نظر الدعوى ورأت أن الدعوى أصبحت غير ذات موضوع، بعد أن أصدرت فرنسا في العام التالي مباشرة إلتزام بعدم إجراء تجارب نووية في المستقبل، إلا أن البعض، إستند إلى هذه القضية للقول بإقرار المحكمة لنظرية مسؤولية المطلقة في مجال التجارب النووية.

وفي الحقيقة، طالما لم تفصل المحكمة في الدعوى، لا يمكننا أن نحدد إتجاهها مسبقا، فلا يمكن أن نستنتج أن إتجاه المحكمة كان نحو الأخذ بالمسؤولية المطلقة أو غيرها⁽³⁾.

ويؤخذ على هذه النظرية أنه لا يمكن الأخذ بها بصفة عامة في كل جوانب الحياة، فإذا كانت المسؤولية على أساس المخاطر ضمانا للدولة المتضررة من جراء عمل مشروع للدولة المتسببة، ويظهر ذلك في التجارب النووية والصواريخ وسفن الفضاء، فالحياة الدولية تقتضي أن تخرج الدولة عن إلتزاماتها الدولية لتعد مسؤولة دوليا⁽⁴⁾.

إن كل نظرية يمكن أن تُتخذ أساساً للمسؤولية في حالات معينة، ولا يمكن أن نبنى المسؤولية على نظرية واحدة، فالمسؤولية الدولية تنتج عن فعل يخالف قاعدة من قواعد القانون وهذا الفعل قد يكون:

- تصرفا إذا كان الإلتزام بالإمتناع عن عمل.

(1) د . سمير محمد فاضل، الإلتزام الدولي بعدم تلويث البيئة في ضوء إعلان استكهولم، المجلة المصرية للقانون الدولي، القاهرة، 1978، ص330.

(2) د . أبو الخير أحمد عطية، الإلتزام الدولي بحماية البيئة البحرية والمحافظة عليها من التلوث، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، 1995، ص396.

(3) مذكور في د . بن عامر التونسي، أساس المسؤولية الدولية أثناء السلم في ضوء القانون الدولي المعاصر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1989، ص112.

(4) د . محمد مصطفى يونس، مرجع سابق ذكره، ص262.

– أو إمتناعاً إذا كان الإلتزام بإتيان عملٍ ما.⁽¹⁾

الفقرة الثانية: أركان المسؤولية الدولية للدولة

لم يختلف الفقه الدولي في موضوع المسؤولية الدولية على شيء قدر إختلافه على العناصر المكونة للمسؤولية الدولية، فمن ناحية التسمية يذهب بعض الفقهاء إلى مصطلح أركان المسؤولية الدولية، ومنهم من أطلق عليه مصطلح شروط المسؤولية الدولية، وهناك من قال بالعناصر المكونة للمسؤولية الدولية.

إن أركان المسؤولية الدولية هي الأركان التي لا يقوم الفعل إلا بها فيلزم من وجودها الوجود ومن عدمها العدم، وقد اختلف فقهاء القانون الدولي حول عدد أركان المسؤولية، فمنهم من يقول: إنها ثلاثة أركان، ومنهم من يقول: إنها ركنان، فالقائلون بأنها ثلاثة أركان يذكرونها بالآتي⁽²⁾:

العنصر الأول: فعل يرتب عليه القانون الدولي المسؤولية: الفعل الضار: الفعل غير المشروع.

العنصر الثاني: نسبة الفعل إلى الدولة.

العنصر الثالث: ضرر يُصيب أحدَ أشخاص القانون الدولي العام نتيجة الفعل الضار: الفعل غير المشروع.

أ : الفعل غير المشروع (سبب المسؤولية):

إختلف الفقهاء على المصطلح الذي يطلق على الركن الأول من المسؤولية الدولية، فمنهم من يقول بأنه هو أساس المسؤولية الدولية⁽³⁾، وآخرون يقولون بأنه الشرط الموضوعي⁽⁴⁾، ومنهم من يطلق عليه الفعل الضار⁽⁵⁾، أو العمل غير المشروع.

إن الفعل الضار هو أساس المسؤولية الدولية، لأنه إذا انتفى الفعل إختفت المسؤولية الدولية، وعلى قدر إختلاف الفقهاء على تسمية المصطلح اختلفوا أيضاً في أساس المسؤولية الدولية.

عرفت أوروبا المسؤولية الدولية في العصور الوسطى، ولكنها كانت جماعية تضامنية بمعنى أنها تقوم على التضامن المفترض بين أفرادها المكونين للجماعة التي وقع الفعل الضار من أحد أفرادها، فكان من شأن وقوع فعل من أحد أفراد جماعة معينة سبب ضرر لأحد الأفراد في جماعة أخرى، أو أن يجعل جميع أفراد الجماعة الأولى مسؤولين بالتضامن عن تعويض الشخص المضرور، وكانت طريقة إقتضاء التعويض تتم

(1) د. جعفر عبد السلام، مرجع سابق ذكره، ص 237.

(2) د. محمود سامي جنيه، القانون الدولي العام، ط 1938، ص 434.

(3) د. محمد طلعت الغنيمي، الوسيط في القانون الدولي، قانون السلام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1982، ص 665.

(4) د. محمد مصطفى يونس، مرجع سابق ذكره، ص 375.

(5) د. محمد سامي عبد الحميد، مرجع سابق ذكره، ص 427.

عن طريق خطاب الإنتقام، وهو وثيقة تصدر عن السلطات العامة المختصة في دولة الفرد المتضرر تحوله الحق في اقتضاء التعويض المناسب من أي فرد من نفس جنسية ذلك الفرد بسبب الضرر الموجود على إقليم الدولة الصادر منها الخطاب، وله الإستعانة في ذلك بالسلطات العامة في هذه الدولة لمساعدته على الحصول على التعويض المناسب، وقد ظل هذا النظام يُعمل به في أوروبا حتى أواخر القرن السابع عشر، ثم أعرضت أوروبا عن هذا النظام وذلك نتيجة لتعاملها مع العالم الإسلامي الذي تقوم المسؤولية فيه على شخصية الضرر أي تعلق الضرر بشخص مرتكبه عملاً بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾⁽¹⁾، ثم بعد ذلك حلَّ الخطأ الشخصي محل التضامن بين أفراد الجماعة الواحدة كأساس للمسؤولية الدولية، ويقصد بالفعل الدولي غير المشروع أن يكون سلوك الدولة قد خالف إلتزاماً دولياً معيناً، فالقضاء الدولي وما جرى عليه العمل الدولي، وجانب كبير من الفقهاء يقررون باعتبار مخالفة قواعد القانون هي الشرط الضروري لوجود الفعل الدولي غير المشروع المنشئ للمسؤولية الدولية⁽²⁾.

قضت محكمة العدل الدولية في قضية المعبد بين تايلاند وكمبوديا في عام 1962، بأن أمرت تايلاند ليس بالكف فوراً عن إحتلال المعبد وسحب العناصر المسلحة من محيطه، وإنما أيضا رد جميع المقتنيات التاريخية والفنية التي رفعت وسرقت من المعبد خلال مدة إحتلال القوات التايلاندية له منذ عام 1954.

والوضع في القانون الدولي مماثل للوضع في القانون الداخلي الذي يتطلب في الفعل الدولي غير المشروع أن يكون سلوك الشخص الدولي قد تم بطريقة تخالف ما تقضي به أحكام قاعدة القانون التي تفرض الإلتزام، وعلى هذا الأساس فالشرط الموضوعي يتحلل إلى عنصرين مهمين:

- 1- وجود قاعدة قانونية دولية.
 - 2- إرتكاب الدولة لسلوك مخالف للقاعدة القانونية.
- الشخص الدولي يتمتع بحرية في السلوك والتصرفات، فالقاعدة العامة والأصل العام هو حرية التصرف وحرية السلوك طالما أنه لا يوجد نص يحظر هذا السلوك أو يمنع القيام به.
- إرتكاب الدولة لسلوك مخالف أو متعارض مع مقتضى أحكام القاعدة القانونية الدولية التي تأمر بالقيام بعمل أو الإمتناع عنه يترتب المسؤولية أيا كانت صور الإخلال وطبيعته، سواء في صورة سلوك إيجابي أو سلبي من جانب الشخص القانوني، حتى إذا كان سلوك الدولة وتصرفاتها عكس الأهداف أو الأغراض العامة للإتفاقيات، فعليها تعديل سلوكها بما يتفق مع أغراض وأهداف الإتفاقية فضلا عن تأمين التعويض المناسب لإصلاح الضرر، وهذا ما أكدته محكمة العدل الدولية في قضية

(1) سورة الإسراء، الآية: (2).

(2) د. محمد طلعت الغنيمي، مرجع سابق ذكره، ص 665.

الرعايا الأمريكيين في طهران الصادرة في عام 1979⁽¹⁾.

نجد أن المحكمة أعلنت أن سلوك إيران يشكل فعلاً مستمراً غير مشروع كان ما يزال قائماً حتى وقت تقديم الطلب.

حيث قررت محكمة العدل الدولية أن حكومة إيران يجب عليها أن تتخذ على الفور الخطوات من أجل تصحيح الحالة الناجمة عن أحداث 1979، وما نشأ عن هذه الأحداث ومن أجل تحقيق ذلك يجب عليها:

1- أن تنتهي على الفور من الإحتجاز غير المشروع القائم بأعمال الولايات المتحدة وغيره من المواطنين الدبلوماسيين والقنصليين، ورعايا الولايات المتحدة الآخرين المحتجزين حالياً كرهائن في إيران وأن تقوم على الفور بإطلاق سراح كل الأشخاص دون إستثناء وأن تعهد بهم إلى الدولة الحامية. المادة (45) من إتفاقية فينا للعلاقات الدبلوماسية في عام 1961.

2- أن تضمن أن جميع الأشخاص المذكورين تتوفر لهم الوسائل اللازمة لمغادرة الأراضي الإيرانية بما في ذلك وسيلة الإنتقال.

3- أن تسلم على الفور إلى الدولة الحامية مباني وممتلكات ومحفوظات ووثائق سفارة الولايات المتحدة في طهران وقنصليتها.

من هنا نجد أن مسألة رد الحق عينا تبدو بوضوح أحد أشكال الجبر الذي تستحقه الدولة أو الدول المتضررة.

نشير إلى أن معهد القانون الدولي قد تجنب إتخاذ أي موقف في موضوع المسؤولية الدولية خلال الدورة التي عقدها في لوزان عام 1927م، واكتفي بإقرار المبدأ الآتي: إنَّ الدولة مسؤولة عن الأضرار التي تلحقها بالأجانب من جراء أي عمل أو إهمال مخالف لإلتزاماتها الدولية، مهما تكن هذه السلطة دستورية أو تشريعية أو إدارية أو قضائية، غير أن اللجنة الثالثة لمؤتمر تقنين القانون الدولي المنعقدة في لاهاي عام 1930م قد تبنت صيغة مؤقتة أكثر وضوحاً حيث نصّت على: إنَّ كل إخلال بالإلتزامات الدولية من قبل دولة ما يستوجب مسؤولية هذه الدولة إذا صدر هذا الإخلال عن أجهزتها التشريعية والتنفيذية والقضائية ضمن أراضيها وألحق بأحد الأجانب ضرراً في شخصه أو أمواله⁽²⁾.

إن التقنين الذي قدمته لجنة القانون الدولي أورد في نص المادة الأولى تعريف المسؤولية الدولية، فعرفت بها بأنها: "كل فعل غير مشروع دولياً تقوم به دولة ما، يستتبع مسؤوليتها الدولية" هذه الصياغة حسمت

(1) مذكور في. د. معلم يوسف، المسؤولية الدولية بدون ضرر - حالة الضرر البيئي-، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة، الجزائر، 2009، ص36،35.

(2) شارل روسو، القانون الدولي العام، ترجمة. شكر الله خليفة، عبد المحسن سعد، مكتبة بيروت، لبنان، 1980، ص111.

الخلاف إذ أكدت بوضوح أن أساس المسؤولية الدولية ليس هو الخطأ وليس هو فكرة المخاطر، وإنما الأساس هو عدم المشروعية الذي يأتي من أن السلوك الذي سلكه هذا الشخص هو سلوك مخالف لما إنتم به طبقاً لقواعد القانون الدولي ولا عبرة بخطئه، فما دام أنه قد خالف الإلتزام فهذه المخالفة في حد ذاتها كافية لتكون فعلاً دولياً غير مشروع يرتب مسؤوليته ويلزمه بإصلاح الضرر. ومن الأمثلة على مسؤولية الدولة

هذا وقد قننت لجنة القانون الدولي هذه المبادئ في المواد الآتية :

المادة الأولى: تنص على أن: "كل فعل غير مشروع دولياً تقوم به دولة ما، يستتبع مسؤوليتها الدولية"⁽¹⁾.

المادة الثالثة: "ترتكب الدولة فعلاً غير مشروع دولياً حين:

أ- يمكن أن تحمل الدولة بمقتضى القانون تصرفاً يتمثل في عمل أو إهمال.

ب- يكون هذا التصرف مُشككاً إنتهاكاً للإلتزام دولياً".

المادة الرابعة: "لا يجوز وصف فعل الدولة بأنه غير مشروع دولياً إلا بمقتضى القانون الدولي، ولا يمكن أن يتأثر هذا الوصف بكون القانون الداخلي يصف الفعل ذاته بأنه فعل مشروع".

المادة السادسة عشر: "إنتهاك الدولة إلتزاماً دولياً حينما يكون فعل صادر عنها غير مطابق لما يتطلبه هذا الإلتزام".

المادة السابعة عشر:

1- فعل الدولة الذي يشكل إنتهاكاً للإلتزام دولياً هو فعل غير مشروع دولياً بصرف النظر عن كونه منشأ لهذا الإلتزام عرفياً أو تعهدياً أو غير ذلك.

2- لا تأثير لمنشأ الإلتزام الدولي الذي إنتهكته الدولة على المسؤولية الدولية التي لا يستتبعها فعل هذه الدولة غير المشروع دولياً.

إلى جانب ما سلف، فقد أخذت لجنة القانون الدولي بمعيار المسؤولية الدولية على أساس المخاطر، وطلبت من الأمانة العامة للأمم المتحدة أن تعد دراسة عن المسؤولية الدولية عن الأفعال المشروعة دولياً، وقامت بالفعل الأمانة العامة بإعدادها في ثلاثة أجزاء نشرت في أعوام 1982م، 1983م، 1985م، والفلسفة العامة التي تستهدي بها الأمانة العامة في إعدادها لهذه الدراسة تقوم على إظهار المبادئ والقواعد من الممارسات الدولية ومن خلال الإتفاقيات المتعددة الأطراف والثنائية التي أبرمت ما بين الدول في هذا الموضوع⁽²⁾.

(1) لجنة القانون الدولي، المجلد الأول، ج 1987، ص 2.

(2) د. جعفر عبد السلام، مرجع سابق ذكره، ص 239.

ويترتب على الأخذ بفكرة الإخلال بالالتزام دولي ثلاثة آثار هي:

1- لا يهتم القانون الدولي في تقرير المسؤولية بما إذا كان موظفو الدولة قد تصرفوا في حدود إختصاصهم أو خارجه مادام تصرفهم كان بوصفهم أحد أجهزة الدولة.

2- لا تؤثر أحكام القانون الداخلي على توافر المسؤولية الدولية، لذلك أعتبرت الدولة مسؤولة عن أعمال الجنود الذين انضموا إلى المتظاهرين بدلاً من منعهم من التظاهر، كما تؤخذ الدولة بجريرة سوء تقدير موظفيها في أداء وظائفهم.

3- تُسأل الدولة مباشرة إذا ما أضرت بالأجنبي خارج إقليمها.

إن القاعدة العامة هي أن مسؤولية الدولة لا تثار عن تصرفاتها حيال الأجانب إلا بعد استفاد طرق التقاضي الداخلية .

إن نظرية الإخلال بالالتزام دولي على ما تتسم به من مسايرة للأوضاع الدولية الراهنة قد تثير مشكلة في التطبيق إذ ليس من المنطق دائماً أن نقيم الحد الفاصل بين تخلف الدولة عن القيام بواجباتها طبقاً للمعايير الدولية الموضوعية، وبين استخدام الدولة لسلطاتها على نحو غير مرضٍ، وهو أمر يدخل في نطاق سيادتها الوطنية، ولذلك أعرض الفقهاء والقضاء الدولي عن صياغة المعايير الموضوعية وتركوا كل حالة لظروفها الخاصة⁽¹⁾.

واعتبرت محكمة العدل الدولية في حكمها المؤرخ في 14 فيفري 2002 في قضية يوروديا:yerodia إن إصدار قاضي بلجيكي لبطاقة توقيف دولية وتوزيعها على المستوى الدولي ضد وزير الشؤون الخارجية الكونغولي دون مراعاة مبدأ الحصانة القضائية المرتبطة بوظيفته يكون أفعالاً غير مشروعة دولياً.

ب: نسبة الفعل الغير المشروع إلي شخص من أشخاص القانون الدولي العام (رابطة السببية).

لا يكفي أن يخالف شخص من أشخاص القانون الدولي العام إلتزاماً دولياً مفروضاً عليه سواء أكان مصدره إتفاقية دولية أو قاعدة عرفية أو مبدأ عاماً من المبادئ العامة للقانون أو قراراً صادراً عن منظمة دولية مثل قرارات مجلس الأمن طبقاً للفصل السابع من الميثاق، أو قاعدة قانونية سارية وقت ارتكاب المخالفة الدولية لكي تترتب المسؤولية الدولية في حقه، إنما لابد من توافر ركن شخصي هو إسناد هذا الفعل غير المشروع إلى هذا الشخص الدولي ذاته بحيث يكون السلوك أو الفعل الإيجابي أو السلبي الإهمال المخالف لإلتزام دولي منسوباً إليه أي ثابتاً في حقه.

(1)د. محمد طلعت الغنيمي، مرجع سابق ذكره، ص675.

والإسناد هو إلحاق تصرف دولي غير مشروع بشخص من أشخاص القانون الدولي، حتى يتسنى إثارة النتائج القانونية المترتبة في مواجهته⁽¹⁾.

إن أشخاص القانون الدولي العام المعنويين لا يمكنهم التصرف إلا من خلال أفراد طبيعيين ينوبون عنهم أو يمثلونهم، ولكي تكون هناك مسؤولية دولية يجب أن يكون هناك فعل دولي غير مشروع منسوب أو ثابت في حق شخص من أشخاص القانون الدولي العام وأن يترتب عليه ضرر يصيب شخصاً آخر بصورة مباشرة، أو غير مباشرة، فالفعل الدولي غير المشروع يستوجب أن يكون فعلاً إيجابياً مثل قيام قوات الدولة بانتهاك السيادة الإقليمية لدولة أخرى، وقد يكون سلبياً، وقد أخذت لجنة القانون الدولي في مشروعها حول تقنين قواعد المسؤولية الدولية بهذا الاتجاه في المادة الثالثة التي تنص على: أن يوجد فعل دولي غير مشروع عندما ينسب للدولة سلوك في صورة إيجابية أو إهمال وفقاً لقواعد القانون الدولي.

وهذا السلوك يشكل خرقاً أو إنتهاكاً للإلتزام دولي، كما نصت المادة الخامسة من ذات المشروع على أنه: يُعد فعلاً دولياً غير مشروع سلوك أي هيئة من هيئات الدولة لها صفة معينة وفقاً للقانون الداخلي لهذه الدولة طالما أنها تصرفت باعتبارها كذلك حسب الظاهر، وهذا النص لا يثير صعوبة في التطبيق ولا فرق بين ما إذا كان الفعل غير المشروع منسوباً إلى هيئات أو سلطات بإدارة العلاقات الدولية مثل رئيس الدولة أو وزير الخارجية أو أعضاء السلك الدبلوماسي أو ممثلي الدولة لدى المنظمات وبين هيئات داخلية فالتفرقة لا أهمية لها في مجال المسؤولية الدولية.

ولا فرق أيضاً بين هيئة دنيا " موظف " وبين هيئة عليا " وزير " مثلاً، فالفعل غير المشروع الصادر عن هيئة دنيا يترتب المسؤولية الدولية تماماً مثل السلطات العليا للدولة⁽²⁾.

الإسناد إذا هو عنصر ثابت المكانة في تكوين الفعل غير المشروع دولياً هذا ما أكدته لجنة القانون الدولي في المادة 2 أن " ترتكب الدولة فعلاً غير مشروع دولياً إذا كان التصرف المتمثل في عمل أو إمتناع عن العمل ينسب إلى الدولة بمقتضى القانون الدولي ".

تؤكد المادة 2 من مشروع الاتفاقية لسنة 2001 أن الإسناد يقوم على قواعد القانون الدولي معنى ذلك أنه لا يحق لدولة أن تعتمد على قواعد القانون الداخلي في إسناد الفعل من عدمه، إذ أن قواعد القانون الدولي هي الأساس في إسناد هذه الأفعال حيث نصت " وصف فعل الدولة أنه فعل غير مشروع دولياً أمر يكمله القانون الدولي ولا يتأثر هذا الوصف بكون الفعل ذاته موصوف بأنه مشروع في القانون الداخلي ".

(1) د. مصطفى فؤاد، دراسات في النظام القضائي الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007، ص 109.

(2) د. محمد طلعت الغنيمي، مرجع سابق ذكره ص 670 . 672.

أولاً: إسناد الفعل غير المشروع إلى أجهزة الدولة:

إن الدولة تتحمل مسؤولية الأفعال التي ترتكبها الأجهزة المكونة لها سواءً كان هذا الجهاز يؤدي وظيفة تشريعية أو تنفيذية أو قضائية وكان هذا الفعل الذي ترتكبه يتناقض مع القواعد القانونية الدولية وهذا ما نصت عليه المادة 4 من الفصل الثاني من مشروع لجنة القانون الدولي " يعد تصرف أي جهاز فعلاً صادراً عن هذه الدولة بمقتضى القانون الدولي سواءً كان الجهاز يمارس وظائف تشريعية أو تنفيذية أو قضائية أو أية وظائف أخرى وإن كان المكان الذي يشغله في تنظيم الدولة وسواءً كانت صفته أي جهاز من أجهزة الحكومة المركزية أو جهاز من أجهزة وحدة إقليمية من وحدات الدولة".

بصفة عامة كل فعل ترتكبه إحدى هذه السلطات الثلاث يكون فعلاً غير مشروع دولياً تنجم عنه مسؤولية الدولة.

1- مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية:

استقر العمل الدولي الآن على أن سلوك السلطة التشريعية " البرلمان " هو فعل من أفعال الدولة يمكن أن يرتب مسؤولية الدولة.

تنتج المسؤولية هنا عن عمل أو إمتناع عن عمل من جانب السلطة التشريعية، وتوجب المسؤولية عن العمل الإيجابي عندما تصدر السلطة التشريعية تشريعاً يتعارض مع إلتزام دولي، كما توجب المسؤولية عند الإمتناع عن العمل:

- ألا تصدر السلطة التشريعية القوانين لتنفيذ الإلتزامات الدولية .

- أن تتجاهل إلغاء قانون يتعارض مع الإلتزامات الدولية .

والمثال علي ذلك ما قامت به المحكمة الدائمة للعدل الدولية في رأيها القانوني الذي قدمته لعصبة الأمم في 1923م حول السفينة البخارية ومبلدن والمؤجرة لفترة محددة للشركة الفرنسية " المستأجرون المتحدون " حيث حُملت في سالونيكاً في عام 1921 بشحنة من الذخائر ومعدات المدفعية المرسله إلى القاعدة البحرية البولندية في دانزيغ، وعندما وصلت السفينة في رحلتها إلى مدخل قناة كيبل لم يسمح لها بالمرور مستنداً في ذلك إلى الأوامر المتعلقة بالحياد الألماني الصادر بشأن الحرب الروسية - البولندية، ورأت المحكمة بأن المانيا تتمتع بكامل الحرية في تنظيم حيادها إزاء الحرب الروسية - البولندية ولكن بشرط إحترام إلتزاماتها التعاقدية وعدم المساس بها وتتضمن هذه الإلتزامات السماح بمرور السفينة ومبلدن عبر قناة كيبل والإلتزام بدفع التعويض⁽¹⁾.

(1) موجز الأحكام والفتاوى الصادرة عن محكمة العدل الدولي الدائمة ، قضية السفينة البخارية ومبلدون، 1923.

إن إحجام السلطة التشريعية عن القيام بواجباتها هو عمل غير مشروع وتقصير يوجب تحمل المسؤولية الدولية للدولة وبالتالي لا تستطيع الحكومة أن تتضرع بمبدأ الفصل بين السلطات وإستقلال السلطة التشريعية، فهي مبادئ سياسية وقانونية يعمل بها في النظام الداخلي⁽¹⁾.

2- مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التنفيذية .

مفهوم السلطة التنفيذية التي ترتب الأعمال الصادرة عنها هو مفهوم واسع يختلف عما يؤخذ به القانون الداخلي أحياناً، فالسلطة التنفيذية يُقصد بها هيئات وموظفو الهيئات التنفيذية والإدارية مثل رئيس الوزراء والوزراء ومثلي السلك الدبلوماسي والقنصلي و أفراد القوات المسلحة وأي ممثل للسلطة العامة حسب القانون ، فهم موظفو الدولة وممثلون لها⁽²⁾ فضلاً عن ذلك فإن فعل كل شخص ممثلاً للدولة وفقاً للقانون الدولي ينسب إلى الدولة، ولا يرتبط القانون الدولي بتقسيمات القانون الداخلي ولا يلتزم به ، فالقانون الدولي يرتب مسؤولية الدولة حتى عن أفعال وتصرفات شخص أو جماعة من الأفراد العاديين الذين يتصرفون باسم الدولة حتى ولو لم تكن تربطهم بأجهزة الدولة أية صلة ، وهذا ما تبناه مشروع لجنة القانون الدولي الخاص بتقنين المسؤولية الدولية في المادة الثامنة منه التي تستند على الرابطة الفعلية بين الشخص الذي صدر عنه الفعل وبين أحد أجهزة الدولة وليس الرابطة القانونية أو الشكلية، وبناءً على ذلك تدخل قوات المساعدة للقوات المسلحة وقوات الأمن التي تتطوع لمساعدة القوات الأصلية حتى وإن كانت خدماتهم مجانية فإن أفعالهم ترتب المسؤولية الدولية وكذلك العملاء الذين ترسلهم الدولة إلى الخارج للقيام بأعمال الإغتيالات والإرهاب والتخريب والخطف - ويعتبرون من جهاز السلطة التنفيذية.⁽³⁾

وبناء على ما سلف ، فإن مفهوم السلطة التنفيذية في مجال المسؤولية الدولية هو مفهوم واسع عما يأخذ به القانون الداخلي لأنه يشمل الموظفين الفعليين.⁽⁴⁾

ومن هنا فإنّ تواجد هيئة أو قوات عسكرية فوق أرض دولة أجنبية وتصرفها باعتبارها فرع أو هيئة تابعة للدولة المرسله ، فإنّ هذه الأفعال لا تُنسب إلا إليها والدولة المضيفة لا علاقة لها بذلك، لأن إستقبالها لهذه القوات لا يتضمن المسؤولية عن الأفعال الخاصة بكل فرد منها، إذ ليس لها السيطرة عليهم ، وتُسأل الدولة عن أفعال الأفراد العاديين إذا قصرت في واجبها في حماية أموال وأرواح وحقوق الأجانب ومصالح الدول الأخرى فوق أرضها سواء أكان التقصير قبل أو بعد هذه الأفعال، أي إذا لم

(1)د. وليد بيطار، القانون الدولي العام القاعدة القانونية الدولية، المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع، لبنان، 2008، ص903.

(2)د. حامد سلطان وآخرون، مرجع سابق ذكره، ص209.

(3)د. جعفر عبد السلام علي ، مرجع سابق ذكره، ص249.

(4) د. محمد سامي عبد الحميد، مرجع سابق ذكره، ص421.

تُتخذ العناية الواجبة في منع وقوع الفعل ولم تعاقب الفاعل بعد وقوع الجريمة كأن تقاعست السلطات في تتبع الفاعل أو القبض عليه، أو قبضت عليه ولم تعاقبه، أو إذا أهملت - تكون مسؤولة عن أفعال الأفراد، ويجب عليها دفع التعويض اللازم لجبر الأضرار وهذا ما استقر عليه الفقه والقضاء في القانون الدولي، ومن الأمثلة على ذلك النزاع بين روسيا وبريطانيا العظمى في عام 1904 وذلك عندما ألقى الأسطول الحربي الروسي القنابل خطأ على بعض بواخر الصيد البريطانية أثناء الحرب الروسية - اليابانية مما ترتب عليه إلحاق الضرر الجسيم بالصيادين البريطانيين وطالبت بريطانيا العظمى روسيا بالتعويض عن الضرر المادي والمعنوي ومعاقة قائد الأسطول، ولكن روسيا ادعت بأن إطلاق النار كان سببه الإعتقاد بوجود بعض وحدات الأسطول الياباني، وتقدمت فرنسا بإحالة النزاع إلى لجنة تحقيق واستجاب الطرفان للاقتراح الفرنسي، أنشئت بالفعل لجنة دولية للتحقيق في 12 نوفمبر 1904 واجتمعت في فرنسا في 22 ديسمبر 1904 وقدمت هذه اللجنة تقريرها الذي جاء فيه عدم وجود وحدات من الأسطول الياباني وبناءً عليه عوضت روسيا بريطانيا العظمى. والمادة الثالثة من قرار معهد القانون الدولي في دورته المنعقدة بلوزان عام 1927 نصت على أن الدولة لا تُسأل عن الأعمال الضارة التي تقع من الأفراد إلا إذا كان الضرر ناشئاً عن تقصيرها في إتخاذ الوسائل المناسبة التي تلجأ إليها عادة في الظروف المماثلة لمنع هذه الأعمال أو بقصد العقاب عليها.

وهذا ما أخذت به المادة الحادية عشر من مشروع لجنة القانون الدولي حول تقنين قواعد المسؤولية الدولية حيث جاء فيها: تُسأل الدولة عن الأضرار التي تصيب الأجانب نتيجة أفعال الأفراد وإذا كانت سلطاتها أو موظفيها قد أهملوا إهمالاً ظاهراً في إتخاذ الإجراءات التي تُتخذ عادة لمنع أو قمع هذه الأفعال. ومن التطبيقات القضائية الواقعية لإنهاء الفعل غير المشروع والجبر (رد الحق) القضية المتعلقة بمهمة الدبلوماسيون الأمريكيين في طهران، فنجد أن المحكمة أعلنت أن سلوك إيران يشكل فعلاً مستمراً غير مشروع كان ما يزال قائماً حتى وقت تقديم الطلب⁽¹⁾.

حيث قررت محكمة العدل الدولية أن حكومة إيران يجب عليها أن تتخذ على الفور الخطوات من أجل تصحيح الحالة الناجمة عن أحداث 1979، وما نشأ عن هذه الأحداث ومن أجل تحقيق ذلك يجب عليها:

1- أن تنتهي على الفور من الإحتجاز غير المشروع القائم بأعمال الولايات المتحدة وغيره من المواطنين الدبلوماسيين والقنصليين، ورعايا الولايات المتحدة الآخرين المحتجزين حالياً كرهائن في إيران وأن تقوم على الفور بإطلاق سراح كل الأشخاص دون إستثناء وأن تعهد بهم إلى الدولة الحامية. المادة (45) من إتفاقية فينا للعلاقات الدبلوماسية في عام 1961.

(1) د. معلم يوسف، مرجع سابق ذكره، ص 35، 36.

2- أن تضمن أن جميع الأشخاص المذكورين تتوفر لهم الوسائل اللازمة لمغادرة الأراضي الإيرانية بما في ذلك وسيلة الانتقال.

3- أن تسلم على الفور إلى الدولة الحامية مباني وممتلكات ومحفوظات ووثائق سفارة الولايات المتحدة في طهران وقنصليتها.

إن القانون الدولي ينظر إلى الدولة ككيان لا يتجزء، وهي مسؤولة عن كل أعمال الكيانات التابعة لها بغض النظر عن كونها أجهزة مركزية أو لا مركزية.

إن إستقلالية هذه الأجهزة في القانون الداخلي لا تعني إستبعادها من المسؤولية الدولية التي يفرضها القانون الدولي في حالة إنتهاك قواعده.

3- مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية :-

إذا كانت السلطة القضائية في الداخل مستقلة عن السلطة التنفيذية فهي ليست مستقلة عن الدولة وإنما هي إحدى سلطاتها، فالحكم الصادر عن هيئة قضائية يصدر عن سلطات الدولة أو فروعها تمامًا مثل القانون الذي يقره البرلمان أو القرار الصادر عن السلطة التنفيذية، لذلك فإن الرأي القائل بأن أعمال السلطة القضائية لا ترتب مسؤولية بسبب إستقلال القضاء لم يعد مقبولاً⁽¹⁾.

وترتكب الهيئة القضائية الداخلية فعلاً دولياً غير مشروع في الفرضيتين التاليتين:

الفرضية الأولى: إذا كان الحكم القضائي مخالفاً للإلتزامات الدولية:

الحكم الذي تصدره السلطة القضائية الداخلية يُعد مخالفاً لقواعد القانون الدولي متى أخطأ القضاء في تفسير أو تطبيق قاعدة قانونية داخلية هي بطبيعتها متفقة مع قواعد القانون الدولي ، أو الإلتزامات الدولية التي أخذتها الدولة على عاتقها، ويُعد كذلك أيضاً تفسيراً سليماً أو تطبيقاً صحيحاً لقاعدة قانونية داخلية بطبيعتها متعارضة مع قواعد القانون الدولي أو مع الإلتزامات الدولية التي سبق للدولة أن تعهدت بها ويكون الحكم عملاً غير مشروع أيضاً إذا كان القضاء قد طبق قاعدة قانونية دولية ولكنه أخطأ في تفسيرها أو في تطبيقها⁽²⁾.

وبناءً على ما تقدّم تُعد الدولة مسؤولة دولياً على إثر حكم قضائي مخالف لأحكام القانون

الدولي، ولا بد أن تتوافر في هذا الحكم ثلاثة شروط وهي:

1- يجب أن ينطوي الحكم على خرق فاضح وغير مبرر لأحكام القانون الداخلي.

(1) د. الشافعي محمد بشير، القانون الدولي العام في السلم والحرب، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1998، ص 141.

(2) د. عدنان طه الدوري، د. عبد الأمير العكيلي، القانون الدولي العام، ج1، ط2، منشورات الجامعة المفتوحة ، ليبيا، 1995، ص202.

2- أن يكون صادراً عن محكمة أخرى ومحصن ضد الطعن فيه بأي طريقة.

3- أن ينطوي على عنصر شخصي من سوء النية والرغبة في التفرقة بين المواطنين والأجانب⁽¹⁾.

وعلي هذا الأساس فإن سنَّ أو بقاء التشريع المخالف للإلتزام الدولي بدون تطبيق لا يشكل فعلاً دولياً غير مشروع يوجب المسؤولية الدولية، ولكن إذا مس القانون مباشرة حقوق الدول الأخرى ترتبت المسؤولية، مثل سنَّ تشريع يضم جزءاً من إقليم دولة أخرى كما فعل العراق بإصداره قرار يعتبر الكويت محافظة من ضمن المحافظات العراقية⁽²⁾.

الفرضية الثانية: إنكار العدالة:

يقصد بإنكار العدالة كل قصور في التنظيم القضائي الداخلي أو في ممارسة الوظيفة القضائية ينطوي على خرق الدولة لواجبها الدولي في الحماية القضائية لأموال الأشخاص الأجانب⁽³⁾.

وتكون العدالة قد أنكرت في الحالات الآتية:

1- حرمان الأجانب عموماً أو رعايا الدولة المدعية على وجه الخصوص من الإلتجاء إلى القضاء، أو رفض محاكم الدولة للقضية بمجرد أن المدعي ليس وطنياً.

2- فساد الجهاز القضائي، ويعتبر الجهاز القضائي فاسداً إذا كان مستوى تنظيمه أو سيره دون المستوى المعقول المتعارف عليه بين الدول.

3- وجود نقص واضح في إجراءات التقاضي أو ضماناته.

4- اتسام حكم المحكمة بالظلم الفاحش كما لو كانت أحكام المحاكم الوطنية مدفوعة بروح كراهية الأجانب والرغبة في الإساءة لهم⁽⁴⁾.

ج: ضرر يصيب شخصاً دولياً (وقوع المسؤولية)

من المتفق عليه أنه لا يكفي لقيام مسؤولية الدولة أن يصدر منها إخلال بإلتزاماتها الدولية ما لم يترتب على هذا الإخلال إضرار بالغير، فالضرر ركن أساسي من أركان المسؤولية الدولية لا يتصور قيامها عند تخلفه⁽⁵⁾.

إذا توافر الضرر كأن يحدث مساس بحق لشخص دولي أو بمصلحة مشروعة حسب القانون الدولي، فهو ضرر مادي، وقد يكون الضرر معنوياً مثل المساس بالمصالح السياسية للدولة في علاقاتها مع

(1) د. إبراهيم الغنای، القانون الدولي العام، دار الفكر العربي، القاهرة، 1975، ص 96.

(2) د. حامد سلطان وآخرون، مرجع سابق ذكره، ص 212.

(3) د. جعفر عبد السلام علي، مرجع سابق ذكره، ص 284.

(4) د. محمد حافظ غانم، مبادئ القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1964، ص 708.

(5) د. محمد سامي عبد الحميد، مرجع سابق ذكره، ص 441.

غيرها من أشخاص القانون الدولي، وقد يكون الضرر المعنوي أشد خطورة من الضرر المادي، ويستوي في مجال المسؤولية الدولية أن يصيب الضرر ماديًا كان أو معنويًا الدولة نفسها أو أحدًا من رعاياها. إذا ما رفعت الدولة دعوى المسؤولية الدولية في مثل هذه الحالة لحماية رعاياها دبلوماسياً، هنا يعتبر الضرر الواقع على مواطن الدولة في هذه الحالة بمثابة الضرر الذي يصيبها هي نفسها، ومن المسلم به في الفقه والقضاء الدوليين أن الدولة لا تُسأل إلا عن الأضرار المباشرة، أما الضرر غير المباشر فلا يلزمها بالتعويض، ومن الأمثلة على ذلك قضية الرهائن الأمريكيين المحتجزين بالسفارة الأمريكية في طهران، والتي قام بها طلاب إيرانيين ضد البعثة الدبلوماسية الأمريكية حيث قررت محكمة العدل الدولية أن حكومة إيران يجب عليها أن تتخذ على الفور الخطوات من أجل تصحيح الحالة الناجمة عن أحداث عام 1979، وما نشأ عن هذه الأحداث ومن أجل تحقيق ذلك يجب عليها:

1- أن تنتهي على الفور من الإحتجاز غير المشروع القائم بأعمال الولايات المتحدة وغيره من المواطنين الدبلوماسيين والقنصليين، ورعايا الولايات المتحدة الآخرين المحتجزين حالياً كرهائن في إيران وأن تقوم على الفور بإطلاق سراح كل الأشخاص دون إستثناء وأن تعهد بهم إلى الدولة الحامية. المادة (45) من إتفاقية فينا للعلاقات الدبلوماسية في عام 1961.

2- أن تضمن أن جميع الأشخاص المذكورين تتوفر لهم الوسائل اللازمة لمغادرة الأراضي الإيرانية بما في ذلك وسيلة الإنتقال.

3- أن تسلم على الفور إلى الدولة الحامية مباني وممتلكات ومحفوظات ووثائق سفارة الولايات المتحدة في طهران وقنصليتها.

و يختلف معنى الضرر في القانون الدولي عن معناه في القانون الداخلي لأن القانون الدولي العام يحمي غالبًا مصالح سياسية يترتب على الإعتداء عليها إلتزام بالمسؤولية حتى ولو لم ينتج عن الفعل غير المشروع ضرر مادي ونتج عنه ضرر معنوي و هو الضرر الذي لا يمس المصالح المالية للمتضرر⁽¹⁾، وبتوافر الأركان الثلاثة السابقة تتوفر المسؤولية في حق الدولة.

(1)د. عبد الغني محمود، المطالبة الدولية لإصلاح الضرر في القانون الدولي العام والشريعة الإسلامية، ط1، دار الطباعة الحديثة، القاهرة، 1986، ص 261.

المبحث الثاني:- أحكام المسؤولية الدولية للدولة

إن المسؤولية الدولية تتخذ إحدى الصورتين:

- المسؤولية الأصلية وهي التي تقع على عاتق الدولة بسبب تصرفات الحكومة وأعوانها.
- المسؤولية التبعية وهي التي تقع على عاتق الدولة بسبب تصرفات رعاياها، ورغم إختلاف الصورتين إلا أن الإختلاف غير جوهري لأن الدولة مسؤولة وملزمة بالتعويض في الحالتين⁽¹⁾.

لكن هذا التقسيم صوري لأن الدولة هي المسؤولة أولاً وأخيراً سواء صدر هذا الإخلال من أعضاء الحكومة وهم رعايا الدولة أيضاً أو رعاياها العاديين لأنها هي الملتزمة، فدعوى المسؤولية الدولية تُرْفَع على الدولة وليس على الأشخاص.

إن القول بإنعقاد المسؤولية الجنائية للدولة عما يقترفه الحكام يعود بنا إلى الوراء، إلى عصور الملكية المطلقة التي كانت الدولة ترتبط بشخص الحاكم، ولذلك فمن الصواب مساءلة الأفراد الطبيعيين جنائياً عن الأضرار التي تنجم عن إرتكاب الأفعال غير المشروعة والمخالفة لأحكام القانون الدولي ، ولا يعنى هذا إفلات الدولة من العقاب بل يكون هناك واجب على عاتق الدولة بتسليم الأشخاص المقترفين للفعل غير المشروع لمحاكمتهم أمام محكمة جنائية دولية أو قيامها بمحاكمتهم إن كانت قادرة على تحقيق العدالة ، وفي حالة تقاعس الدولة وإمتناعها عن محاكمتهم أو تسليمهم للمحاكمة الدولية فإنه يمكن معاقبتها دولياً وذلك عن طريق دعوة الدول إلى الإتحاد لإتخاذ إجراء رادع ضدها لإجبارها على محاكمتهم أو تسليمهم للعدالة ، حتى ولو وصل الأمر إلى حد استخدام القوة المسلحة ضدها ولعل هذه الموقف يتفق مع القواعد الحديثة للقانون الدولي، هذا وقد خطت الجماعة الدولية خطوة كبيرة نحو إنشاء المحكمة الجنائية الدولية والتي أصبحت تمارس نشاطها منذ عام 2001.

الفقرة الأولى: أنواع المسؤولية الدولية للدول

أ- المسؤولية الدولية المباشرة وغير المباشرة :-

- المسؤولية الدولية المباشرة:-

تقع المسؤولية الدولية المباشرة عندما تخل الدولة بشكل مباشر بإلتزاماتها الدولية عن طريق هيئاتها العامة أو عن طريق الأشخاص التابعين لها المخالفين للقواعد القانونية المعمول بها، وكان هذا الفعل الضار قد صدر عن هؤلاء تنفيذاً لأمر صادر من الدولة، وهذا أمر طبيعي إذ أن الدولة تكون مسؤولة عن أجهزتها وعن الأشخاص التابعين لها فتتحمل عبء التعويض عن الأفعال المحدثه.

(1)د. رجب عبد المنعم متولي، القانون الدولي العلم ، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص297.

- المسؤولية الدولية غير المباشرة:-

يقوم هذا النوع من المسؤولية الدولية عندما تتحمل إحدى الدول مسؤولية حرق القانون الدولي من قبل دولة أخرى، وتستلزم هذه المسؤولية وجود رابطة قانونية خاصة قائمة بين الدولتين المعنيتين، وهذا النوع من المسؤولية يطبق في الحالات الآتية :-

- 1- في حالة التكتلات العسكرية .
- 2- حالة الدولة الحامية بالنسبة للأعمال المحظورة التي ترتكبها الدولة المحمية .
- 3- حالة الدولة المنفذة بالنسبة للأضرار التي تلحق الدول الأخرى بسبب المجموعات البشرية الخاضعة للانتداب.

ب- المسؤولية الدولية التعاقدية والتقصيرية:-**- المسؤولية الدولية التعاقدية:-**

وهي المسؤولية التي تنشأ عندما تخل الدولة بإلتزاماتها التعاقدية. كأن تخل الدولة بالإتفاقيات التي أبرمتها مع الدول الأخرى، فترفض مثلاً تنفيذ إتفاق مالي أو تجاري أو ترفض تسديد ديونها وما إلى ذلك⁽¹⁾. وفي مثل هذه الحالة تلتزم الدولة المخلة بالتعويض عن الأضرار التي نتجت، ولو لم ينص على ذلك في الإتفاق الذي جرى الإخلال به.

- المسؤولية الدولية التقصيرية:-

تنشأ المسؤولية التقصيرية عن أفعال صادرة عن إحدى سلطات الدولة أو هيئاتها العامة إخلالاً بقواعد القانون الدولي، حتي وإن كانت هذه الأفعال لا تتعارض مع أحكام قانونها الداخلي⁽²⁾. والهيئات العامة التي تتحمل الدولة مسؤولية دولية نتيجة أفعالها هي سلطات الدولة الثلاث، إضافة إلى تصرفات الأفراد التابعين لها كما ذكرناها سابقاً بالتفصيل.

ج- المسؤولية الدولية الجنائية:-

في خطوة هامة وتطور كبير في القانون الدولي عامة والمسؤولية الدولية خاصة أخذت لجنة القانون الدولي في تقنين قواعد المسؤولية الجنائية في القانون الدولي بعد أن ظلت فترة طويلة مقصورة على المسؤولية المدنية، مما دفع بعض الفقهاء إلى القول بعدم وجود مسؤولية جنائية في القانون الدولي ففرقت لجنة القانون الدولي بين الجرائم الدولية والمخالفات الدولية، مما ترتب عليه القول بوجود المسؤولية الدولية الجنائية، وقد عرّفت اللجنة في المادة 2/19 من مشروع إتفاقية تقنين المسؤولية الدولية.

(1) د. محمد المجذوب، محاضرات في القانون الدولي العام، مكتبة مكابي، بيروت، 1978، ص128.

(2) د. محمود سامي عبد الحميد، مرجع سابق ذكره، ص411.

تعرف الجريمة الدولية بأنها "فعل دولي غير مشروع ، ينتج عن مخالفة الدولة لإلتزام دولي يستهدف حماية المصالح الأساسية للمجتمع بأسره، ويُعتبر إنتهاك هذا الإلتزام جريمة من وجهة نظر ذلك المجتمع أو الجماعة الدولية.

أما المخالفة الدولية فهي فعل أو عمل غير مشروع يصدر عن الدولة ولا يُعد جريمة دولية ، وقد ترتب على ذلك القول بالمسؤولية الدولية الجنائية المؤسسة على خرق إلتزام موضوعي في مواجهة الجماعة الدولية بأسرها أو بمعنى آخر مخالفة قاعدة من قواعد القانون الدولي العام والتي أخذ بها قانون المعاهدات في إتفاقيتي (فيينا) لعام 1969 في المادة (53) و1986 في المادة (64)⁽¹⁾.

ومما يؤيد ما سلف ، حكم المحكمة الدائمة للعدل الدولي في قضية برشلونة للقوى المحركة في 5 فيفري 1970. حيث تتلخص وقائع قضية برشلونة تراكشن في أن شركة برشلونة و هي شركة مساهمة، تكونت بكندا بموجب أحكام القانون الكندي، من مساهمين يحملون جنسيات مختلفة، إلا أن أغلب المساهمين فيها هم من ذوي الجنسية البلجيكية، وكانت تمارس هذه الشركة المختصة في ميدان الكهرباء جل نشاطها بإسبانيا و في عام 1948 و بناء على طلب ثلاث أشخاص من المكتتبين فيها أصدرت محكمة الدرجة الأولى بمدينة "رويس" الإسبانية حكما يقضي بإفلاس الشركة والحجز على كل أموالها، وإبعاد مسيري مجلس إدارتها.

و بعد إستنفاد المساهمين البلجيكين لكل طرق الطعن الداخلية التي يتيحها القانون الإسباني لجئوا إلى دولتهم بلجيكا، ملتجئين فيها ممارسة الحماية الدبلوماسية لصالحهم، فدخلت على إثر ذلك الحكومة البلجيكية في مفاوضات مع الحكومة الإسبانية، وبعد فشلها قامت بلجيكا برفع دعوى أمام محكمة العدل الدولية، فصدر حكم في عام 1970 أخذاً بدفع الحكومة الإسبانية بانعدام الصفة وقضت برفض حق الحكومة البلجيكية في ممارسة الحماية لصالح شركة برشلونة تراكشن وصرحت المحكمة في حيثيات الحكم بأنه حتى و إن كان أغلب مساهمي شركة برشلونة تراكشن هم بلجيكيون، وبما أن الشركة تكونت في كندا بموجب القانون الكندي، فالدولة الوحيدة التي من حقها ممارسة الحماية الدبلوماسية هي الدولة الكندية، وأضافت المحكمة بأن حكم المحكمة الابتدائية الإسبانية انصب على الشركة بإعتبارها شخصا معنويا و لم تنصب على المساهمين فيها.

و قررت المحكمة "يقوم القانون الدولي وإلى حد معين على قواعد مشابهة لتلك المنظمة لجنسية الأفراد، فالقاعدة المطبقة تقليديا في هذا الشأن، تتمثل في منح الحماية الدبلوماسية الممارسة لصالح الشركة الدولية التي تم بمقتضى قوانينها تكوين تلك الشركة، و التي جعلت من إقليم تلك الدولة مقرا إجتماعيا لها، و لا يوجد بالنسبة للحماية الدبلوماسية الممارسة لصالح الأشخاص المعنوية أي معيار

(1)د. أحمد أبو الوفاء، الوسيط في القانون الدولي العام، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص693.

يمكن تطبيقه بشكل مطلق و عام، فيما يتعلق بالروابط الفعلية التي تربط الشخص المعنوي بدولة ما". حيث فرقت المحكمة بين إلتزامات نافذة في مواجهة الجماعة الدولية كلها وإلتزامات نافذة في مواجهة دولة واحدة مثل الحماية الدبلوماسية.

ميزت المحكمة بين نوعين من الإلتزامات الدولية: الإلتزامات السامية التي تفرض على الدولة وجوب إلتزامها إتجاه المجتمع الدولي في مجمله، و الإلتزامات الدبلوماسية التي تنشأ من خلال علاقات الدول فيما بينها و التي تقوم على مبدأ المعاملة بالمثل و هي في ذلك تقرر بضرورة التمييز بين نوعين من الإلتزامات التي تقع على الدول، إلتزامات تتحمل المسؤولية الدولية بشأنها أمام الجماعة الدولية في مجملها وإلتزامات بين الدول في إطار الحماية الدبلوماسية.

ومن بين الإلتزامات السامية التي لا يجوز إنتهاكها بأي شكل من الأشكال وجوب إلتزام مبادئ حقوق الإنسان، بإعتبارها تهم الدول كافة و دون إستثناء و تؤسس المحكمة رأيها هذا بكون أن هذا النوع من الإلتزامات يحقق للدول مصالح قانونية هامة من جهة، ومن جهة أخرى دورها في صيانة و حفظ السلم و الأمن الدوليين.

كما ذكرت المحكمة أن الإلتزامات الدولية السامية تأخذ مرجعيتها من القانون الدولي المعاصر، مقدمة في ذلك جملة من الحقوق التي تدخل في حيزها على غرار إمتناع الدول عن إرتكابها للأفعال العدوانية، وجرائم الإبادة و إلتزام مبادئ الحقوق الأساسية، كحماية الأفراد من العبودية و جميع أشكال التمييز العنصري⁽¹⁾، وقد لاقت الفكرة استحسان الدول في الجمعية العامة للأمم المتحدة، كما أيدها العديد من الفقهاء لأنهم رأوا بأنها تستجيب بشكل أساسيللحاجات الحالية للجماعة الدولية ولكن بشرط أن يكون ذلك تحت إشراف الأمم المتحدة، حتى لا يتحول الأمر إلى فوضى و يؤدي إلى التدخل في الشؤون الداخلية للدول، فضلاً عن أن لجنة القانون الدولي لم تفرغ بعد من بحث الجزاءات المتعلقة بالمسؤولية الجنائية.

الفقرة الثانية: الجوانب الإجرائية المتعلقة بالمسؤولية الدولية للدولة

إن المسؤولية الدولية علاقة قانونية تقوم بين أشخاص القانون الدولي، وفي حالة تظلم أحد الرعايا الأجانب المقيمين على إقليم دولة أخرى من أضرار لحقت بشخصه أو ماله - فإن الدولة التي يُنتسب إليها هي التي تقاضي الدولة التي صدر عنها هذا الفعل غير المشروع وقيام دولة المضطر بالمقاضاة ليس واجباً عليها، لأنه لها سلطة تقديرية ويمكن أن تتنازل عن الدعوى حتى في مراحلها النهائية، إلا أنه يجب ألا يغيب أن الدولة حينما ترفع دعوى المسؤولية الدولية للمطالبة بتعويض أحد رعاياها عما لحقه من ضرر من جراء فعل غير مشروع إنما تفعل ذلك بصفتين :-

(1) موجز الأحكام والفتاوى الصادرة عن محكمة العدل الدولي الدائمة، قضية برشلونة للقوى المحركة، 1970، .

- أنها تنوب عن الفرد الذي ينسب إليها وتطالب له بالتعويض تطبيقاً لمبدأ الحماية الدبلوماسية.⁽¹⁾
- هي أن كل دولة تلتزم بحماية رعاياها وتحرص على منع الدول الأخرى من الإعتداء على حقوقهم أو الإضرار بهم.⁽²⁾

أ- شروط رفع دعوى المسؤولية الدولية للدولة:-

لكي يثبت الحق لدولة ما في رفع دعوى المسؤولية نيابة عن أحد رعاياها على دولة أخرى يجب أن يتوافر شرطان رئيسيان :-

- أن يكون الشخص المطالب بالتعويض متمتعاً بجنسية الدولة التي ترفع دعوى المسؤولية الدولية نيابة عنه، وذلك من وقت وقوع الفعل الضار إلى حين الفصل في دعوى التعويض .
- أن يكون الشخص المطالب له بالتعويض قد إستنفذ وسائل التقاضي التي تسمح له بها قوانين الدولة المدعي عليها والتي صدر عنها الفعل غير المشروع.⁽³⁾

1- جنسية المتضرر:

يجب أن تكون هناك علاقة قانونية وسياسية بين الشخص والدولة التي ترفع الدعوى، هذه العلاقة توجد عن طريق الجنسية ذلك لأن الحماية تنشأ من الجنسية فيجب أن يكون المطالب له بالتعويض من رعايا الدولة المدعية.

فرابطة الجنسية بين الفرد ودولته لا بد من توفيرها كي تثبت للدولة الصفة في رفع دعوى المسؤولية الدولية نيابة عن الفرد المطالب بالتعويض، وقد أقرت أحكام المحاكم الدولية على توفر هذا الشرط.⁽⁴⁾ وقائع القضية في ان المدعو نتبوهم قد ولد في مدينة هامبورج في المانيا عام 1881 و اكتسب بمقتضى ذلك الجنسية الألمانية و في عام 1905 غادر المانيا ليستقر في دولة جواتيمالا بصفة اساسية و إتخذها مقراً لأعماله التي إتسعت و نمت و مكنته من تكوين ثروة كبيرة في هذه الدولة التي لم يكن يغادرها إلا في زيارات قصيرة اغلبها لألمانيا للنزهة، أو لزيارة بعض الأقارب أو لإنهاء بعض الأعمال، و في عام 1939 و قبيل اندلاع الحرب العالمية الثانية تجنس بجنسية ليشتنشتاين، و بذلك فقد الجنسية الألمانية و بعد اندلاع الحرب قامت دولة جواتيمالا بإعتقاله عام 1943 بإعتباره من رعايا العدو الألماني، و سلمته الى الولايات المتحدة حيث ظل معتقلاً فيها في معسكر حربي حتى عام 1945، و بعد الإفراج عنه رفضت جواتيمالا عودته إليها كما رفضت تعويضه عن أمواله التي كانت قد

(1) د. حامد سلطان وآخرون ، مرجع سابق ذكره، ص 326 .

(2) د. محمد طلعت الغنيمي، مرجع سابق ذكره، ص 226 .

(3) د. حامد سلطان وآخرون ، مرجع سابق ذكره، ص 326 .

(4) د. فؤاد شباط، الحقوق الدولية العامة، ط5، دمشق، 1964، ص 226.

صادرتها، و لهذا فقد لجأ نبتوهم الى دولة ليشتنشتاين لحماية دبلوماسيا فقامت هذه الاخيرة برفع دعوى على جواتيمالا أمام المحكمة الدائمة للعدل الدولي .

طالبت دولة ليشتنشتاين في هذه الدعوى رد أموال نبتوهم و التعويض عن هذا الإجراء الذى يعد مخالفا لإحكام القانون الدولي بإعتبار أن هذا الشخص من رعاياها .

وقد دفعت جواتيمالا أمام محكمة العدل الدولية بان تجنس هذا الشخص بجنسية دولة ليشتنشتاين قد قام على اساس الغش و من ثم فإنه جاء مخالفا لإحكام القانون الدولي مما يجعل جواتيمالا في حل من الإعتراف بهذه الجنسية .

اوضحت المحكمة في حيثيات الحكم الذى اصدرته في 6 أفريل 1955 أن ما يتعين عليها أن تبحثه هو ما إذا كان منح الجنسية من قبل دولة ليشتنشتاين يقتضى بالضرورة ان تلتزم جواتيمالا بالإعتراف بالإثارة و من أهم هذه الآثار هو تحويل الدولة الحق في الحماية الدبلوماسية، و بحث هذه المشكلة في تقدير المحكمة لا يدخل في نطاق الدولة مانحة الجنسية بل إن القانون الدولي وحده هو الذى يحدد ما إذا كان للدولة صفة في مباشرة الحماية الدبلوماسية من عدمه.

وبعد أن قررت المحكمة أن الجنسية هي صلة قانونية تقوم على واقعة اجتماعية للإسناد و على تضامن فعلى في المعيشة و المصالح و المشاعر يساندها تبادل في الحقوق و الواجبات، و أنها التعبير القانوني عن أن الفرد الذى منحت له سواء عن طريق القانون مباشرة، أو عن طريق قرار السلطات يكون في الواقع مرتبطا بشعب الدولة التي منحه الجنسية أكثر من إحدى الدول لا يخولها سندا في مباشرة الحماية في مواجهة الدول الأخرى إلا إذا كانت هذه الجنسية تعبر عن تعلق الفرد بالدولة التي منحته جنسيتها .

و قد إنتهت المحكمة إلى أن جنسية دولة ليشتنشتاين ليست هي الجنسية الفعلية إذ لا موطن له فيها كما لم يتضح بعد تجنسه بجنسيتها أية نية له للإقامة فيها، و ليس له مصالح إقتصادية قام بها، و لا يوجد ما يدل على نيته في نقل كل أعماله إليها .

و بناء على ذلك قررت المحكمة أن ذلك التجنس لا يستند على صلة حقيقة بالدولة، و هو بذلك ينقصه الإخلاص الواجب في مثل هذا التصرف الخطير الذى تم بهدف إحلال صفة المواطن التابع لدولة محايدة بدلا من المواطن التابع لدولة محايدة، وبدلا من المواطن التابع لدولة محاربة بحيث يمكن القول أن تجنس نبتوهم بجنسية ليشتنشتاين كان عبارة عن سوء نية و عدم جدية .

و قررت المحكمة في النهاية عدم قبول الدعوى التي رفعتها دولة ليشتنشتاين و عدم احقيتها في طلب حمايتها الدبلوماسية للمدعو نبتوهم لعدم توافر الرابطة الواقعية و الفعلية في رابطة الجنسية التي

تستند عليها في طلب الحماية الدبلوماسية، و تكون دولة جواتيمالا غير ملزمة بالإعتراف بجنسية منحت على هذا الوجه⁽¹⁾.

2- إستنفاد وسائل التقاضي الداخلية :-

يشترط أيضاً لجواز رفع دعوى المسؤولية لحماية رعايا الدولة المدعية أن يكون المتضرر قد ألتجأ إلى الجهات القضائية داخل الدولة التي صدر عنها الفعل الضار واستنفذ جميع الوسائل المحلية للمطالبة بالتعويض، بمعنى أن يكون الفرد الذي تريد الدولة حمايته قد استنفذ جميع طرق الإصلاح التي ينظمها القانون الداخلي للدولة المسؤولة: طرق الطعن الإدارية غير القضائية أو طرق الطعن القضائية سواء أكانت أمام القضاء الإداري أو القضاء العدلي.⁽²⁾

وتوجد حالات لا يلتزم الفرد فيها بالإلتجاء أولاً إلى المحاكم الداخلية قبل الإلتجاء إلى دولته كي ترفع دعوى المسؤولية وهذه الحالات هي:

أ- حالة ما إذا ظهر بوضوح أن المحاكم الداخلية سوف تحكم بعدم إختصاصها بالنظر في المسائل التي تثار أمامها بحيث تُعد من أعمال السيادة ومن ثمَّ يمنع عليها النظر والفصل فيها .

ب- حالة المسؤولية الناشئة عن تصرفات السلطة التشريعية في الدول التي تأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات والتي لا تسمح لمحاكمها بالنظر في دستورية القوانين التي تصدرها السلطة التشريعية، وفي مثل هذه الحالة لا يوجد ما يدعو إلى استنفاد وسائل التقاضي الداخلية قبل دعوى المسؤولية الدولية.

ت- تنص الدول أحياناً في إتفاقات التحكيم أنه على الهيئة التي يعهد إليها بالفصل في دعوى المسؤولية الدولية على عدم رفض الدعوى على أساس أن وسائل التقاضي الداخلي لم تستنفذ بعد⁽³⁾.

3- شرط الأيدي النظيفة

بمعنى أن يكون سلوك الفرد نظيف ومستقيم مع الشخص الدولي المدعى عليه، بمعنى أن لا يكون مرتكباً لفعل غير مشروع ضده تسبب له في المضرة التي تمتع بموجبها بالحماية الدبلوماسية كأن يكون شارك مع متمردين في عملية إنقلاب فاشلة ضد الحكومة القائمة مما جعل هذه الأخيرة أن تفسخ عقد الإمتياز المبرم معه، أو تكون مسكته بصدد المتاجرة بالمخدرات فإستصفت ممتلكاته. كما يمنع على الشخص المحمي إستعمال الحيل لتضليل الشخص الدولي الحامي له عند طلب الحماية الدبلوماسية منه.

ويترتب على هذا الشرط عدم قبول دعوى المسؤولية الدولية في حالتين :-

(1) موجز الأحكام والفتاوى الصادرة عن محكمة العدل الدولي الدائمة، قضية نتبوهم، 1955.

(2) د. محمد طلعت الغنيمي، مرجع سابق ذكره، ص 295.

(3) د. حامد سلطان وآخرون، مرجع سابق ذكره، ص 340 .

- مخالفة الفرد لأحكام القانون الداخلي للدولة وذلك كأن يشترك في التدابير لإنقلاب أو حركة ثورية داخلية .

- أن يكون الضرر قد أصاب الفرد الأجنبي لقيامه بنشاط محرم في القانون الدولي العام مثل الاتجار في الرقيق وانتهاك اسرار الدولة التي يقيم فيها أو قيامه بالتجسس عليها⁽¹⁾.

4- عدم سقوط الدعوى بالتقادم :

هذه القاعدة من قواعد القانون الداخلي و قواعد القانون الدولي نابعة من إرادة الدول، ومن ثمّ فلا يجوز الإحتجاج بالتقادم إلا بإتفاق صريح.

إن سكوت دولة المضطر مدة طويلة هو بمثابة تنازل ضمني منها عن الدعوى، على أن السكوت وحده لا يكفي بل يجب أن تأتي الدولة من التصرفات ما يؤيد ذلك التنازل مثل عقد اتفاق تسوية، ولقد وضع معهد القانون الدولي عام 1925 في دورة لاهاي بعض المعايير يهتدي بها القاضي في هذا الشأن عند غياب النص الإتفاقي، على أن يعالج كل حالة على حدة، من بين هذه الاعتبارات أصل الدعوى والطبيعة العقدية أو التقصيرية للمسؤولية، وإنتهى المعهد إلى أن ليس للقاضي أن يثير مشكلة سقوط الدعوى بالتقادم إلا إذا طُلب منه ذلك.⁽²⁾

5- شرط كالفو :

حاولت دول أمريكية تحديد المسؤولية الدولية عن الأضرار التي تصيب الرعايا الأجانب على إقليمها، وذلك عن طريق تطبيق نطاق عدم تجسيد العدالة وتقرير الإعفاء المطلق من تحمل المسؤولية الدولية عن أعمال الثوار سواء أثبت التقصير أم لم يثبت، كما بذلت تلك الدول محاولة أخرى لإستبعاد مسؤوليتها الدولية كلياً عما يصيب الأجانب على إقليمها من أضرار إذا جرت على إدراج شرط في العقود التي تبرمها مع الشركات الأجنبية والرعايا الأجانب في إقليمها بمقتضاه تتعهد الشركة أو الفرد مقدماً بالإكتفاء بطرق التقاضي الداخلية وعدم الإلتجاء إلى دولته كي ترفع نيابة عنه دعوى المسؤولية الدولية، ويعرف هذا الشرط بشرط "كالفو" نسبة إلى "كالفو" وزير الخارجية السابق لجمهورية الأرجنتين وأستاذ القانون الدولي العام بجامعتها.⁽³⁾

وقد هاجم كثير من الفقهاء هذا الشرط ورفضوا الإعتراف بصحته بما يتضمنه من حرمان الدولة من حقها في التدخل لحفظ حقوق رعاياها برفع دعاوى المسؤولية الدولية نيابة عنهم ويستندون في ذلك

(1)د. محمد طلعت الغنيمي، مرجع سابق ذكره، ص 296.

(2)د. محمد طلعت الغنيمي، مرجع سابق ذكره، ص 297.

(3)د. حامد سلطان وآخرون، مرجع سابق ذكره، ص 341-342 .

أن للدولة حق ثابت لحماية حقوق رعاياها ولا يملك هؤلاء حق التنازل عنه، فهذا الحق مقرر لحكومتهم وبناء عليه يصبح تصرفهم في هذا الصدد باطلاً و غير ملزم لدولتهم .

ويضيف البعض إلى ذلك بأن من حق الدولة أن تتحقق من مراعاة الدول الأخرى لأحكام القانون الدولي وأن تحول دون خروجها عن قواعده، فإذا حدث أن أضرت دولة ما بحقوق رعايا دولة أخرى، وخالفت بذلك أحكام القانون الدولي - فإن منع الدولة من رفع دعوى المسؤولية الدولية نيابة عن رعاياها لا يجرمها من حقها في حماية رعاياها فحسب بل يجرمها أيضاً من حقها الثابت ومصحتها الأكيدة في ضمان إحترام الدول الأخرى لأحكام القانون الدولي، وتنفيذها لتعهداتها الدولية.⁽¹⁾

أما القضاء الدولي فقد اختلف في شأن الأثر الذي يترتب شرط "كالفو" فمنه من حكم بصحة هذا الشرط وقضى بعدم قبول الدعوى، ومنه من قرر بطلانه ورفض الدفع به وذلك لسببين:

- إن حق الدولة في حماية رعاياها هو في الأصل حق ثابت للدولة وليس للأفراد، وبالتالي لا يحق للأفراد التنازل عن حق لا يعود لهم.

- يعود إلى أن الفقه الدولي يرى في عدم الإعتراف بمثل هذا الشرط ضمناً لإحترام الدول لأحكام القانون الدولي.⁽²⁾

ب- العقوبات التي قد تعيق تحريك دعوى المسؤولية الدولية للدولة.

نادراً ما يحدث أن تقوم دولة ضد دولة أخرى، وإثارة مسؤولية الدولة التي أحدثت الضرر على المستوى الدولي بسبب إنتهاك القانون الدولي، و من أهم الأسباب التي تؤدي إلي تغاضي الدول عن إثارة المسؤولية الدولية فيما بينها على المستوى الدولي: - السيادة وطبيعة العلاقات الدولية

1: سيادة الدولة: يُعد الأعتداء بالسيادة هو المشجع الأساسي للدولة المرتكبة للممارسات المحرمة دون خوف من إثارة مسؤوليتها على المستوى الدولي وقد رأى بعض الفقهاء بأن السيادة تمنع من إثارة المسؤولية العقابية للدولة عن الجرائم الجنائية على المستوى الدولي.⁽³⁾

بينما ذهب البعض الآخر إلى أن مسألة سيادة الدولة لا تتعارض مع إقرار مسؤوليتها إذا ما خرقت القانون الدولي؛ لأن طبيعة العلاقات الدولية تقتضي أن تتنازل الدولة عن جانب من سيادتها لصالح أفراد ودول المجتمع الدولي، وأن السيادة المطلقة للدولة تؤدي إلى تهيئة مناخ الظلم والقهر، واستدلوا على ذلك بما حدث في عهد الدولة الألمانية النازية.⁽⁴⁾

(1) د. حامد سلطان وآخرون، مرجع سابق ذكره، ص 342.

(2) د. عدنان طه الدوري، د. عبد الأمير العكيلي، مرجع سابق ذكره، ص 206.

(3) د. أحمد شريف بسيوني، حقوق الإنسان في إطار نظام الأمم المتحدة، مجموعة دراسات صدرت عن المعهد الدولي للدراسات العليا في العلوم الجنائية، سير أكوزا، إيطاليا، دار العالمين للنشر، القاهرة، 1999م، ص 20.

(4) طارق عزت رخا، مرجع سابق ذكره، ص 790.

ويرى الدكتور الشافعي محمد بشير أن فكرة السيادة أكدها ميثاق الأمم المتحدة ونص عليها باعتبارها مازالت هي الميزة الأفضل للسلطة السياسية للدولة رغم الهجوم عليها إلا إنها يجب أن تُؤخذ بمفهومها المعاصر الذي يضع لها إطاراً في ظل القانون الدولي يبعدها عن الإطلاق والتحكم.⁽¹⁾

وهكذا إستقر المجتمع الدولي المعاصر على الأخذ بالسيادة المقيدة التي هي مجموعة السلطات التي تتمتع بها الدولة في الحدود التي تقرها القواعد الدولية⁽²⁾.

ويجب أن تكون سيادة الدولة معوقاً لتحريك دعوى المسؤولية الدولية للدولة، وذلك لأن قواعد القانون الدولي فوق سيادة الدولة في حالة قيام هذه الدولة بإحداث ضرر لدولة أخرى.

2: طبيعة العلاقات الدولية.

يبدو أن طبيعة العلاقات الدولية و التشابك في المصالح السياسية والإقتصادية يجعل الدول تتغاضي فيما بينها عن إثارة المسؤولية الدولية للدولة عن إنتهاكات القانون الدولي حامله لواء الدفاع عن حقوق الإنسان لا يحدث من الناحية العملية إلا بهدف الحصول على مكاسب أو الحفاظ على المصالح السياسية أو الإقتصادية، وقد لا تكثر هذه الدول بما يحدث من إنتهاكات لحقوق الإنسان من قبل دول معينة إذا كانت تربطها بالأخيرة مصالح سياسية أو إستراتيجية⁽³⁾.

إن طبيعة العلاقات الدولية وما تتسم به من تشابك في المصالح، تُعد عقبة في طريق إثارة المسؤولية الدولية للدولة من قبل دولة أخرى لإنتهاك الأولى قواعد القانون الدولي، حيث تغلب المصلحة على العدالة وإقرار وتطبيق قواعد القانون الدولي⁽⁴⁾.

وخير مثال على ذلك ما يحدث في سوريا منذ 2011، وما تقدمه لها روسيا من مساعدات عسكرية ومالية، ووقوفها عثرة أمام الدول الكبرى مثل أمريكا وبريطانيا وفرنسا نظراً لتراطب العلاقات والمصالح بين سوريا وروسيا.

الفقرة الثالثة: آثار المسؤولية الدولية للدولة:

كل من لحقه ضرر يسعى قبل كل شيء إلى إزالته إذا كان ذلك ممكناً وإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل حصوله. لكن في عديد من الحالات يستعصي إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل

(1) د. الشافعي محمد بشير ، مرجع سابق ذكره، ص132.

(2) طارق عزترخا ، مرجع سابق ذكره، ص479.

(3) د. مصطفى سلامة حسين، العلاقات الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1984م، ص75.

(4) د. مصطفى سلامة حسين، محاضرات في العلاقات الدولية، شركة دار الإشعاع للطباعة، القاهرة، 1987م، ص39. انظر

أيضاً:

-R.J.Vincent., "Human Rights and Internations", Gambridge University press, 1987 , pp. 11, 97, 107, 145

وقوع الضرر مما يستتبع تعويضه، وإذا تمثل الفعل غير المشروع دولياً في إرتكاب جرائم خطيرة، فإن ذلك يرتب المساءلة الجزائية⁽¹⁾.

وهذا ما أكدته المحكمة الدائمة للعدل الدولي في قضية مصنع كورزوف في عام 1927 فقد جاء في حكمها " أن المبدأ الأساسي الذي يستخلص من العمل الدولي ومن قضاء التحكيم هو أن إصلاح الضرر يجب أن يزيل بقدر الإمكان كافة الآثار المترتبة عن الفعل غير المشروع ويعيد الحال إلى ما كان عليه قبل إرتكاب هذا العمل، كما لو لم يرتكب هذا العمل وذلك بالتعويض العيني أو بدفع مبلغ يعادل التعويض العيني إذا لم يكن التعويض العيني ممكناً"⁽²⁾.

و التعويض هو إصلاح الضرر الحاصل وهو نوعان: مادي ومعنوي.

أ- التعويض المادي: بأن تُرد الحالة إلى ما كانت عليه قبل إرتكاب الفعل غير المشروع دولياً كإعادة ملكية الشخص المصادرة بصورة غير شرعية أو الغاء القانون الذي يميز بين المواطنين والأجانب عند التقاضي أو إصلاح الضرر أو تعويضه بشيء آخر بنفس القيمة.

وتنص المادة من 35 من مشروع الإتفاقية حول مسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً أنه " على الدولة المسؤولة عن فعل غير مشروع دولياً إلتزام بالرد، أي إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل إرتكاب الفعل غير المشروع دولياً، بشرط أن يكون هذا الرد وبقدر ما يكون:

1- غير مستحيل مادياً،

2- غير مستتبع لعبء لا يتناسب إطلاقاً مع المنفعة المتأتية من الرد بدلاً من التعويض".

ويأخذ التعويض العيني صورتين هما التعويض القانوني الذي يتم بموجبه إلقاء الأحكام القضائية و العمل التشريعي أو التنفيذي وسحب التصرف القانوني غير المشروع أو القرارات التي أصدرتها الدولة المسؤولة مخالفة بما قواعد القانون الدولي، والتعويض المادي يتمثل في الغاء سند نقل الملكية إطلاق سراح الأشخاص الموقوفين بطريقة غير مشروعة، أو إعادة ملكية مصادرة إلى أصحابها أو بإصلاح وتعمير المباني المهتمة والآليات المعطوبة⁽³⁾.

ويتحدد مبلغ التعويض على أساس قيمة الممتلكات وقت حدوث الفعل غير المشروع، بالإضافة إلى فوائد عن قيمة التعويض بالكامل حتى اليوم الذي يتم فيه أداء التعويض⁽⁴⁾.

(1) د. عبدالمجيد العبدلي، قانون العلاقات الدولية، ط5، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2014، ص226.

(2) موجز الأحكام والفتاوى الصادرة عن محكمة العدل الدولي الدائمة، قضية مصنع كورزوف، 1927.

(3) د. أحمد سرحان، مرجع سابق ذكره، ص372.

(4) د. صلاح هاشم، مرجع سابق ذكره، ص 247.

و يشمل التعويض أي ضرر يكون قابلاً للتقييم من الناحية المالية بما في ذلك ما فات من الكسب، بقدر ما يكون هذا الكسب مؤكداً⁽¹⁾ (المادة 36 الفقرة 2 من مشروع الاتفاقية حول مسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً).

كما ينص نفس المشروع على دفع فائدة عند الإقتضاء على أي مبلغ أصلي واجب الدفع من أجل ضمان الجبر الكامل (المادة 38).

ويشترط في التعويض المادي أن يكون متناسباً مع الضرر الحاصل وعادلاً، ومن الأمثلة على ذلك قضية الألاباما أثناء حرب الانفصال الأمريكية في 1861-1865 كانت بريطانيا العظمى تمول سرا ولايات الجنوب (11 ولاية) في حربها ضد ولايات الشمال حيث كانت تسمح للجنوبيين ببناء السفن الحربية وتمويلها في الموانئ البريطانية، ومن بين هذه السفن كانت سسفينه الألاباما التي بنيت في ميناء ليفربول، وكانت باخرة فتاكة إذ أغرقت عدداً كبيراً من بواخر ولايات الشمال مما ألحق بها أضرار كبيرة ولما إنتهت الحرب بانتصار ولايات الشمال والقضاء على العبودية و إغتيال الرئيس لينكولن طالبت هذه الأخيرة بريطانيا العظمى بالتعويض عن الخسائر التي لحقتها نظراً لأنها لم تلتزم الحياد.

وتم إبرام إتفاقية واشنطن في عام 1871 بموجبها إتجأ الطرفان إلى التحكيم. وتكونت هيئة تضم 5 أعضاء عينت كل من الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا العظمى عضواً و عُين الثلاثة الآخرون من قبل إيطاليا و إمبراطور البرازيل ورئيس الإتحاد السويسري. وأصدرت الهيئة قرارها في عام 1872 بجنيف، يلزم بريطانيا العظمى بدفع تعويض مناسب، مما إقتضي منها تنفيذ قرار التحكيم⁽¹⁾.

ب- التعويض المعنوي: المقصود به هو الترضية التي غالباً ما تكون عند حصول ضرر معنوي مثل الإهانة والتحقير والمس بالذات.

ويعتبر تقديم الاعتذارات بالطرق الدبلوماسية تعويضاً عن الضرر الحاصل، ويعتبر من قبل التعويض المعنوي تصريح الحكم أو القاضي الدولي أن المشتكى به قد إرتكب فعلاً مخالفاً للقانون الدولي، وهو ما أكدته عدة أحكام تحكيمية وقضائية منها:

- حكم محكمة التحكيم الدائمة في عام 1913 في قضيتي منوبة وقرطاج بين فرنسا وإيطاليا⁽²⁾.

(1) د. عبد المجيد العبدلي، مرجع سابق ذكره، ص 222.

(2) مذكور في د. عبد المجيد العبدلي، مرجع سابق ذكره، ص 228.

الخاتمة

إن المسؤولية الدولية من مقتضيات المبادئ العامة للقانون الدولي، فهي رابطة قانونية تنشأ في حالة الإخلال بالتزام دولي، وهي مبدأ من المبادئ المسلم بها في القانون الدولي العام، وتشكل أحد الأركان الرئيسية لنظامها؛ لأنها ضمان لتنفيذ قواعده وإلزامية أحكامه. إن الشخص الدولي مسؤول عما يرتكبه من إنتهاكات لقواعد القانون الدولي التي تعد فعلاً غير مشروع دولياً، يحرك المسؤولية الدولية إذا توفر عنصر الضرر.

وهذا الضرر لكي يكون محلاً للتعويض يجب أن تكون هناك رابطة سببية ثابتة وليست محتملة بين الضرر والإنتهاك، فلو وقع إنتهاك لقاعدة دولية دون إلحاق ضرر بالغير فإن المسؤولية الدولية لا تتحقق وذلك لإنعدام الضرر، ولو وقع الضرر دون أن يكون هناك فعل غير مشروع فإن المسؤولية الدولية في هذه الحالة تتوفر.

إن المسؤولية الدولية تقوم على ثلاثة أركان أساسية: الفعل غير المشروع دولياً والضرر الذي يصيب الشخص الدولي والإسناد.

إن القواعد القانونية المنظمة للمسؤولية الدولية لم تتبلور بعد في شكل إتفاقية، ولا تزال محل نقاش فقهي وقضائي، وتحاول المشاريع المختلفة إرساء قواعد مكتوبة تواكب التطورات التقنية والعلمية والإقتصادية والإجتماعية فأحكام المسؤولية الدولية تساهم بدرجة كبيرة في إستقرار وتوازن الأوضاع داخل كل نظام قانوني؛ لأنها تعتبر الدعامة الرئيسة التي ينهض عليها، والأساس الذي يضيف الفاعلية على قواعده، ويحقق الإستقرار لأحكامه، ويوفر الأمن والطمأنينة لأشخاصه بما تكفله من ضمانات، وما تقرره من جزاءات تدفع المخاطبين بتلك القواعد والأحكام إلى إحترامها، وعدم الخروج عليها.

إن أحكام المسؤولية الدولية لم تعد مقتصرة في الوقت الحالي على تقرير ما هو واجب ومفروض حيال المخالفات التي تصدر عن الدولة في علاقاتها مع الدول الأخرى، وإنما إمتد نطاقها واتسع مجالها ليشمل العلاقات التي تكون المنظمات الدولية والأفراد طرفاً فيها، فلقد أصبح من المستقر عليه الآن الإعتراف للمنظمات الدولية وللأفراد بالشخصية القانونية الدولية، وإعتبارهما من أشخاص القانون الدولي، ويتحملان مسؤولية دولية في حالة مخالفتها لأحكام القانون الدولي.

وبما أن المسؤولية تأخذ مكاناً بارزاً في النظام القانوني الدولي، وتعتبر إحدى الدعائم الأساسية التي يقوم عليها هذا النظام، نجد أن الواقع يثبت وجود عقبات تؤدي إلى تغاضي أشخاص القانون الدولي عن إثارة المسؤولية الدولية فيما بينهم على المستوي الدولي.



المصادر والمراجع

1. د. إبراهيم الغنای، القانون الدولي العام، دار الفكر العربي، القاهرة، 1975.
2. د. أبو الخير أحمد عطية، الإلتزام الدولي بحماية البيئة البحرية والمحافظة عليها من التلوث، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، 1995.
3. د. أحمد أبو الوفاء، الوسيط في القانون الدولي العام، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.
4. د. الشافعي محمد بشير، القانون الدولي العام في السلم والحرب، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1998.
5. د. بن عامر التونسي، أساس المسؤولية الدولية أثناء السلم في ضوء القانون الدولي المعاصر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1989.
6. د. جابر غنيمي، الفرد في القانون الدولي العام، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 2011-2012.
7. د. جعفر عبد السلام، مبادئ القانون الدولي العام، ط4، دار عبد الرحمن للنشر، طنطا، بدون سنة نشر.
8. د. حامد سلطان، عائشة راتب، صلاح عامر، القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987.
9. د. رجب عبد المنعم متولي، القانون الدولي العلم، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013.
10. د. رشاد عارف السيد، القانون الدولي العام في ثوبه الجديد، دار الفرقان، عمان، 2001.
11. د. سمير محمد فاضل، الإلتزام الدولي بعدم تلويث البيئة في ضوء إعلان استكهولم، المجلة المصرية للقانون الدولي، القاهرة، 1978.
12. شارل روسو، القانون الدولي العام، ترجمة. شكر الله خليفة، عبد المحسن سعد، مكتبة بيروت، لبنان، 1980.
13. د. صلاح هاشم، المسؤولية الدولية على المساس بسلامة البيئة البحرية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، القاهرة، 1990.
14. د. عبدالمجيد العبدلي، قانون العلاقات الدولية، ط5، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2014.
15. د. عبد الغني محمود، المطالبة الدولية لإصلاح الضرر في القانون الدولي العام والشريعة الإسلامية، ط1، دار الطباعة الحديثة، القاهرة، 1986.
16. د. فؤاد شباط، الحقوق الدولية العامة، ط5، دمشق، 1964.

17. د. طارق عزت رخا، قانون حقوق الإنسان بين النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية ، 2004.
18. د. محمد المجذوب، محاضرات في القانون الدولي العام، مكتبة مكاوي، بيروت، 1978.
19. د. محمد حافظ غانم، مبادئ القانون الدولي العام ، دار النهضة العربية، القاهرة، 1964.
20. د. محمد سامي عبد الحميد، أصول القانون الدولي العام، ج1، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1972.
21. د. محمد شريف بسيوني، حقوق الإنسان في إطار نظام الأمم المتحدة، مجموعة دراسات صدرت عن المعهد الدولي للدراسات العليا في العلوم الجنائية، سير أكوزا، إيطاليا، دار العاملين للنشر، القاهرة ، 1999م.
22. د. محمد طلعت الغنيمي، الإتجاهات الحديثة في القانون الدولي العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1985.
23. د. محمد طلعت الغنيمي، الوسيط في القانون الدولي، قانون السلام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1982.
24. د. محمد مصطفى يونس، النظرية العامة لعدم التدخل في شؤون الدولة" دراسة فقهية تطبيقية في مبادئ القانون العام المعاصر، رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق، القاهرة، 1985 .
25. د. مصطفى فؤاد، دراسات في النظام القضائي الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007.
26. د. مصطفى سلامة حسين، العلاقات الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1984م.
27. د. مصطفى سلامة حسين، محاضرات في العلاقات الدولية، شركة دار الإشعاع للطباعة، القاهرة، 1987م.
28. د. معلم يوسف، المسؤولية الدولية بدون ضرر - حالة الضرر البيئي -، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة، الجزائر، 2009.
29. د. وليد بيطار، القانون الدولي العام القاعدة القانونية الدولية، المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع، لبنان، 2008.

الأحكام والوثائق الدولية:

30. الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة 56، الملحق رقم (10) ، التصويت (A/56/10) و (CORR.1)
31. لجنة القانون الدولي، المجلد الأول، ج2، 1987.
32. موجز الأحكام والفتاوى الصادرة عن محكمة العدل الدولي الدائمة ، قضية السفينة البخارية ومبيلدون، 1923.

33. موجز الأحكام والفتاوى الصادرة عن محكمة العدل الدولي الدائمة، النزاع البريطاني اليوناني على عقود الإمتياز الممنوحة في فلسطين، 1924.

34. موجز الأحكام والفتاوى الصادرة عن محكمة العدل الدولي الدائمة، قضية مصنع كورزوف، 1927.

35. موجز الأحكام والفتاوى الصادرة عن محكمة العدل الدولي الدائمة، قضية نتبوم، 1955.

36. موجز الأحكام والفتاوى الصادرة عن محكمة العدل الدولي الدائمة، قضية برشلونة للقوى المحركة، 1970.

المصادر الإنجليزية:

-Oppenheim, L.”InternationILaw “ vol. I, 8,th edition edy Lauterpacht, H.,London,1955,

-R.J.Vincent.,”Human Rights and Internations”,Gambridge University press,1987.

الفرقة بين الزوجين بسبب العيب
دراسة مقارنة

بين الشريعة الإسلامية والقانون الليبي

د/ موسى مفتاح بشابش

محاضر بكلية القانون/ قسم الشريعة الإسلامية/ جامعة بني وليد

مُقَدِّمَةٌ

بسم الله والصلاة والسلام على رسول الله سيدنا محمد وعلى اله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً ، أما بعد . فإن الحياة الزوجية قائمة على الألفة والمحبة ومراعاة الزوجين لحقوق كلاً منهما مصداقاً لقوله تعالى : ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَعْتَفِرُونَ ﴿21﴾ . (سورة الروم الآية 21) فالعلاقة الزوجية يجب أن تكون مبنية على أسس متينة وعلى قواعد تحكمها العدالة التامة ، فمن حق الزوجة على زوجها أن يعاملها بالإحسان وأن يحفظ حرمتها وأن يصون لها كرامتها وأن يسعى إلى تحقيق سعادتها ، وفقاً لقواعد الشريعة الإسلامية للزواج وكذلك حق الزوج على زوجته أن تطيعه وتحفظه في نفسها وماله حال حضوره وغيبته لأن ذلك ما يحقق الحياة الزوجية السعيدة .

وقد تستمر الحياة الزوجية وفق هذه المبادئ والأسس ، كما يمكن أن يكون هناك خلاف للخلل من أحد الزوجين إما أن تنصب بفعل إرادي من إحداهما أو بدونه ، ولهذا حرص الإسلام على معالجة ذلك قبل وقوع الطلاق ، لأن من مبادئ عقد الزواج هو الاستمرار والدوام وتبدأ تلك المعالجة بوسائل غير الطلاق . كالتشاق الذي يمكن معالجته ببعث حكيمين من أقارب الزوجين ولكن المسألة قد لا تكون حالة شقاق وإنما لعدة أو مرض أصيب به أحد الزوجين وحتماً مثل هذا سيخل ببعض مقاصد الزواج التي شرعها الإسلام كالعفة وعدم الإنجاب حينئذ فتح الإسلام طريقاً آخر لمعالجة هذا الأمر إذا تم الإخلال بهذين المقصدين أو بأحدهما عن طريق التطليق القضائي الذي يعتبر حقاً مكفولاً لكلا الزوجين . ومثل هذا النوع من التطلاق أو الفرقة يحقق العدل من جهة ، ويرفع الحرج عن الزوجين ، لأن من رفع هذه الدعوى لا يكون مخطئاً أو متعسفاً ، لأن الفصل فيه ليس لأحد الزوجين وإنما للقضاء . والتفريق القضائي بأسبابه المختلفة والذي يعد التطلاق للعيب أحد أسبابه ، وهو صورة من صور إنهاء الحياة الزوجية .

والملاحظ في ذلك أن الإسلام لم يترك وضع هذه الأحكام لإرادة الزوجين وإنما تدخل الشارع الحكيم لتنظيمها وبيان أحكامها ، وعليه فإذا ما أصيب أحد الزوجين بعيب من العيوب التي نناقشها فيما بعد فما عليه إلا الالتجاء إلى القضاء الذي سيطبق عليها الأحكام الشرعية ، وما تم تقنينه من النصوص اعتماداً على هذه الأصول .

والتفريق بسبب العيوب يؤكد حرص التشريع الإسلامي على أن تسود العلاقة الزوجية السكينة والمودة ، وكلما وجد ما ينغص هذه العلاقة أو يشوش عليها بحيث لا تكون قادرة على تحقيق الهدف من

الزواج فينبغي إعطاء المتضرر من هذا الأمر الحق في إنهاء الحياة الزوجية إن رغب في ذلك ، وإيجاد الوسائل الإجرائية الكفيلة بضمان وضع هذا الحق موضع التطبيق ، إذ لا فائدة من حق لا تحميه دعوى ومن هنا تبرز أهمية بحث هذا الموضوع من الناحية الفقهية والقانونية ، باعتبار أن القانون المطبق استنبطت أحكامه من الفقه الإسلامي ، وبهذا يحيا الفقه الإسلامي ويساير الحياة ، سواء أكان ذلك متصلاً بالناحية الموضوعية أم الناحية الإجرائية ، ومن هنا أيضاً يثور التساؤل هل النص القانوني الذي وضع مازال محققاً للمقصد الشرعي الذي صيغ من أجله ، أو أنه ينبغي النظر فيه والعدول عنه إلى حكم آخر يتحقق به الهدف الذي نريد تحقيقه في المجتمع .

أهداف البحث :

الأهداف التي نسعى إلى تحقيقها في هذا البحث :

أولاً : بيان المراد بالعيوب والأمراض التي تجيز طلب التفريق بين الزوجين وفق مذاهب الفقهاء وأدلتهم ، مراعين في ذلك ما هو الرأي الذي يرجح في هذا العصر ، وعدم الوقوف على ما نص عليه الفقهاء قديماً ، آخذين في الاعتبار ما أفرزته الحياة من علل وأمراض لم تكن معروفة في عهد الفقهاء قديماً .

ثانياً : بيان العيوب التي تجيز لأحد الزوجين طلب التفرقة إذا أصيب بها الطرف الآخر .

ثالثاً : توضيح شروط التفرقة للعيوب .

رابعاً : بيان موقف المشرع الليبي في القانون رقم 10 لسنة 1984م وتعديلاته مع رصد موقف القضاء الليبي في المحكمة العليا ومحاكم الموضوع .

منهج البحث :

سلكنا في كتابة هذا البحث المنهج الاستقرائي

خطة البحث :

وسيتم دراسة هذا الموضوع وفق الخطة التالية :

الفصل الأول

ماهية العيب الذي يُبح الفرقة بين الزوجين ويتضمن مبحثين :

المبحث الأول : تعريف العيب

المبحث الثاني : أنواع العيوب

الفصل الثاني

آراء الفقهاء وأدلتهم في جواز الفرقة للعيوب وشروطها وتضمن مبحثين :

المبحث الأول : آراء الفقهاء في جواز الفرقة للعيوب

المبحث الثاني : شروط الفرقة بين الزوجين للعيوب

الفصل الأول

ماهية العيب الذي يُبَحُّ الفرقة بين الزوجين

إن العيوب أو العلل أو الأمراض التي يصاب بها أحد الزوجين متعددة وكثيرة ، وليست كلها على درجة واحدة حتى تعطي للطرف غير المصاب إمكانية طلب التفرقة.

لذلك فإن هذا الفصل سيكون مخصصاً لتحديد وبيان حقيقة العيب الذي يصاب به أحد الزوجين ويبيح جواز طلب الفرقة . وعليه نطرح ذلك في المبحثين التاليين :

المبحث الأول : تعريف العيب الذي يبيح طلب الطلاق

المبحث الثاني :أنواع العيوب التي تبح التفريق

المبحث الأول

تعريف العيب الذي يبيح طلب الطلاق

نبين في هذا المبحث تعريف العيوب التي تؤدي إلى الطلاق لغة واصطلاحاً في المطلبين التاليين :

المطلب الأول : تعريف العيب في اللغة :

في اللغة : تدل المعاجم العربية على أن المعنى اللغوي للعيب يراد به (الوصمة)⁽¹⁾ ، وهذه الصفة لا تستعمل إلا في الدم⁽²⁾. **المطلب الثاني : تعريف العيب في الاصطلاح.**

وفي الاصطلاح : " هو ما لا تستقيم معه الحياة الزوجية ، وبسبب ضرر لا يطاق ، أو نفرة بين الزوجين ، أو يمنع وصول الزوج إلى زوجته ، أو هو نقص بدني أو عقلي في أحد الزوجين يمنع من تحصيل مقاصد الزواج والتمتع بالحياة الزوجية"⁽³⁾.

لم يعرف المشرع الليبي في القانون رقم (10) 1984م العيب وإنما ذكر حكمه في المادة 42 بقوله :

أ. لكل من الزوجين أن يطلب التفريق إذا وجد بالآخر عيباً لا يتم به مقصود الزواج وغايته ، أو وجد به عيباً ، سواء قائماً قبل العقد ولم يعلم به طالب التفريق أو حدث بعد العقد ولم يرض به .

ب. فإن تم الزواج وهو عالم به أو حدث بعد العقد ورضي به صراحة أو دلالة فلا يجوز له طلب التفريق استناداً لهذا العيب⁽⁴⁾.

(1) خليفة التليسي، النفيس، ج4، ص2486.

(2) أنظر د. علام، شوقي إبراهيم عبد الكريم، التفريق القضائي بين الزوجين للعلل أو العيوب عند الفقهاء، دراسة مقارنة، الإسكندرية، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، 2010م، ص9.

(3) د. الحفناوي، محمد إبراهيم، الطلاق، المنصورة، مكتبة الإيمان، الطبعة الثانية، ص175.

(4) القانون رقم 1984/10 م. 19. 4. 1984 م، الجريدة الرسمية، ع6، 1984م، ص684.

وإذا كان المشرع الليبي ابتعد عن تحديد حقيقة العيب الذي يبيح التطلق ، فإن القضاء تدخل ووضع تعريفاً له حيث قال : « العيب هو نقص بدني أو عقلي في أحد الزوجين يمنع من تحصيل مقاصد الزواج ، والتمتع بالحياة الزوجية »⁽¹⁾ ، يستوي في ذلك أن يكون « العيب عضوياً ، أو تناسلياً ، أو عقلياً ، سواء كان ذلك العيب معدياً أو منفراً ، شريطة أن لا يتم معه مقصود الزواج وغاياته من التراحم والإعفاف والتوالد والتناسل »⁽²⁾. « وفي تقديرنا الشخصي إن هذه المسألة تنطوي على جوانب فنية متخصصة ونعني بذلك الجانب الطبي ، إذ يمكن بما أوتي هذا الجانب من دراية أن يحدد إما على سبيل الحصر ما يعد عيباً وما لا يعد ، أو على الأقل يحدد الغالب من هذه العيوب ما يعد معدياً ، وما يعد منفراً منه ، وما يمكن أن يكون منه قابلاً للعلاج ، وما لا يمكن أو يستحيل ، ولأن فوات على المشرع ذلك فإن القضاء سلطة تقديرية واجتهاداً حيث بني حكمه على الرأي الطبي »⁽³⁾ بقوله : « من المقرر أن وجود العيب المستحكم بالزوجة الذي لا يرجى زواله أو لا يمكن البرء منه إلا بعد زمن طويل ، ويجول دون مباشرة العلاقة الزوجية بما يتضرر منه الزوج يدخل في سلطة محكمة الموضوع دون رقابة عليها من المحكمة العليا ، متى كان قضاؤها يقوم على أسباب سائغة ، وإن كان ذلك وكان التقدير الطبي الشرعي قد خلا مما يفيد أن هذا المرض يمكن انتقاله إلى الذرية ، أو تتأثر معه المعيشة بضرر بالغ هذا فضلاً عن أن تعجيل رفع دعوى عقب المرض مباشرة يتنافى مع ما يجب أن يتحلى به الزوج الصالح من وفاء وإخلاص للزوجة ، لأن المرض أمر عارض ، وكيفما كان فهو قابل للزوال ، والحقوق الدائمة لا تسقط بالأموال العارضة »⁽⁴⁾.

وقضى في نفس التوجه أيضاً ((إن المدعية تقدمت بشهادة تفيد أن المدعي عليه مصاب بمرض المناعة المكتسبة ، ومرض الوباء الكبدي ، وهذان المرضان لا يتم بهما مقصود الزواج عملاً بالمادة الثانية والأربعين فقرة (أ) التي تنص على إن ((لكل من الزوجين أن يطلبوا التفريق إذا وجد بالآخر عيباً لا يتم

(1) محكمة العجيلات الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، جلسة 2008/6/3م، الدعوى رقم 2007/25م
(2) محكمة الزاوية الابتدائية، الدائرة الشرعية المستأنفة 2007/4/17م، الدعوى رقم 2007/5م (غير منشور).
وأنظر نفس المعنى:

محكمة الزاوية الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، جلسة 2007/5/8م، الدعوى رقم 2006/392م (غير منشور).
(3) د. زبيدة الهادي علي، أحكام الأسرة في التشريع الليبي، المنصورة، مؤسسة الشروق، دار البدر، الطبعة الأولى، 2013، ج3، التطلق القضائي، ص165.164.

(4) محكمة العجيلات الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، جلسة 2008/6/3م، الدعوى رقم 2007/25م (غير منشور). أنظر قريباً من هذا المعنى:

- محكمة مسلاته الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، جلسة 2000/8/6م، الدعوى رقم 2000/13م (غير منشور) محكمة صرمان الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، جلسة 2008/2/18م، الدعوى رقم 2005/98م

به مقصود الزواج وغايته ، أو وجد به عيباً سواء كان قائماً قبل العقد ولم يعلم به طالب التفريق أو حدث بعد العقد ولم يرض به)) ، وحيث إن هذين المرضين يؤديان بالمريض إلى الموت ، وحيث إن العلم أثبت إن هذين المرضين ينتقلان من شخص إلى آخر إما بالمعاشرة الجنسية ، أو باستعمال مواد حادة ملوثة بالدم ، إلى غير ذلك من الوسائل التي ينتقل بها هذان المرضان ، وإذا ما علمنا بخطورة هذين المرضين فإن المدعية هي زوجة له ، فبقاؤها معه ضرر كبير لها ، وخطر جسيم على حياتها وحياة أولادها (بنتيها) .. لذلك فإن المحكمة تستجيب لطلب المدعية وتقضي لها بالتطليق للعيب ((⁽¹⁾.

المبحث الثاني

أنواع العيوب

تتعدد العيوب التي تبيح لكل طرف في العلاقة الزوجين طلب الفرقة لذلك نقسم هذا المبحث إلى المطالب التالية :

المطلب الأول : عيوب الزوج .

أولاً : عيب العجب : ((العجب في اللغة القطع وهو بفتح الجيم وتشديد الباء المصدر من الفعل جب ، والاسم الجباب ، وجب خصاه جباً أستأصله ومنه المحبوب : وهو الذي قد استؤصل ذكره وخصيته . ومنه الحديث : (الإسلام يُجِبُّ ما قبله) والتوبة تجب ما قبلها ، أي يقطعان ويمحوان ما كان قبلهما من الكفر والذنوب والمعاصي))⁽²⁾.

((أما في الاصطلاح يعني به عند الفقهاء أنه لا يخرج عن معناه اللغوي وهو القطع ، فالمحبوب عندهم هو مقطوع الذكر والأنثيين معاً))⁽³⁾ ، أو يكون مقطوع الذكر وحده كاملاً أو جزء منه بحيث لا يبقى منه ما يتم الوطء به .

ثانياً : عيب الخصاء : ((في اللغة الخصاء : بكسر الخاء والمد ، هو المصدر من الفعل خصي ، وخصي الفحل سلَّ خُصِيْتَهُ ، ويقال لمن به ذلك الخصى أو الخصي ، وقال أبو عمر : الخصيتان : البيضتان ، والخصيتان : الجلدتان اللتان فيها البيضتان))⁽⁴⁾.

(1) محكمة باب بن غشير الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، جلسة 2004/5/18م، الدعوى رقم 2003/836م (غير منشور).

(2) ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الإفريقي المصري الأنصاري الخزرجي: لسان العرب، المطبعة الميرية ، القاهرة، ط1302هـ، مادة(جب).

(3) النفيس، ج2، ص1255.

(4) ابن منظور، مرجع سابق، مادة (عيب)، الفيومي، أحمد بن علي المقرئ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، القاهرة، دار الفكر، ص433.

أما في الاصطلاح الخصي : يعني بها عند الفقهاء وهو من كان منزوع خصيته وبقي ذكره ، ولا فرق في ذلك بالقطع أو السل أو الوجيء : بحيث يحول ذلك دون قدرة الزوج على الوطء⁽¹⁾ .

ثالثاً : عيب العنة : العنة لغةً : عجز يصيب الرجل يحول دون مقدرته على الجماع ، ويطلق على من به العنة عنيماً ، وهو الذي لا يأتي النساء و لا يريدهن . « يقال عُتِنَ عن امرأته : إذ حكم عليه القاضي بذلك ، أو منع عنها بالسحر . والعنة مأخوذة من معنى الاعتراض ، كأن العنين أعترضه ما يحبس عنه النساء ، وسمي عنيماً لأن ذكره يعن بقبل المرأة يميناً وشمالاً فلا يقصده »⁽²⁾ .

العنة في الاصطلاح يقصد به ارتحاه في العضو ، حيث يحول هذا الارتحاه عن القدرة في المباشرة⁽³⁾ .

المطلب الثاني : عيوب الزوجة .

أولاً : عيب الرتق : « ويقصد به في اللغة الرتق ضد الفتق ، والرتقاء هي التي التصق ختانها فلم تنل لإرتناق ذلك الموضع منها ، فلا يستطيع جماعها »⁽⁴⁾ .

أما بالنسبة للاصطلاح عند الفقهاء يكون فرج المرأة مسدوداً بلحم لا مسلك للذكر فيه ووفقاً للمفهوم الذي ورد أنه لا يختلف معناه الاصطلاحى عن المعنى اللغوي له في كونه انسداد الفرج بلحم ، سواء أكان ذلك حلقة ، أم غير حلقة كأن يحدث بها بعد الخفاض والتحام اللحم⁽⁵⁾ .

ثانياً : عيب القرن : في اللغة القرن هو ما يقصد به شيء يكون في فرج المرأة كالسن يمنع من الوطء يقال له العفله ، وهو إما غدة غليظة ، أو لحم مرتفعة ، أو عظم .

أما في الاصطلاح يقصد به لحم أو عظم ينبت في فرج المرأة يحول دون دخول الذكر كالغدة الغليظة التي تمنع الوطء⁽⁶⁾ .

- (1) أنظر د. الشاكر نوال محمد، التفريق بين الزوجين للعيوب، دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية وبعض القوانين العربية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 1421هـ، 2001م، ص 69.
- (2) ابن منظور، المرجع السابق، مادة(عنن) انظر الفيومي، مرجع سابق، مادة (عنن).
- (3) أنظر د. الشاكر نوال محمد، التفريق بين الزوجين للعيوب، دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية وبعض القوانين العربية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 1421هـ، 2001م، ص 71.
- (4) مرجع سابق، مادة (رتق) وأنظر الفيومي، مرجع سابق، مادة(رتق).
- (5) أنظر الخرشي، محمد بن عبد الله، علي مختصر سيدي خليل، وبهامشه حاشية الشيخ علي العدوي، دار صارد، بيروت، لبنان/235، الزكرشي، شمس الدين محمد بن عبد الله الزكرشي المصري، شرح الزكرشي علي مختصر الخرقي، تحقيق وتخريج، عبد الله بن عبد الرحمن بن عبد الله الجبرين، مكتبة العبيكان، السعودية، ط1، س1993م، 246/5.
- (6) أنظر د. الشاكر نوال محمد، التفريق بين الزوجين للعيوب، دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية وبعض القوانين العربية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 1421هـ . 2001م، ص 70.

ثالثاً : عيب العفل :

« في اللغة يقصد به ورم يكون بين مسلكي المرأة يضييق به موضع جماعها فيمتنع معها الجماع . وحكى الأزهري عن ابن الإعرابي قال : العفل نبات لحم ينبت في قبل المرأة وهو القرن»⁽¹⁾.
أما في الاصطلاح نرجح من آراء الفقهاء المذكورة في العفل « رأي الشافعية الذي يقصد به عندهم لحم ينبت في قبل المرأة ، فإذا كان يكمل معه الاستمتاع التام فلا يعد عيباً ، وإذا كان لا يكمل معه الاستمتاع التام فيعد عيباً»⁽²⁾.

رابعاً : عيب الإفضاء :

لغة تستعمل بعدة معان منها الخلو أي أفضى إلى المرأة إذ أخلا بها ⁽³⁾، ومنه قوله تعالى :
﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ﴾⁽⁴⁾.
وفي الاصطلاح فقد عرفه الفقهاء اختلاط مسلكي الذكر والبول وأولى منه اختلاط مسلكي الذكر والغائط ، أو انحراف ما بين السبيلين ، وقيل هو انحراف ما بين مخرج البول والمني⁽⁵⁾.

خامساً : عيب الاستحاضة :

« وهي سيلان الدم من الرحم بكثرة ولمدة طويلة في غير أوقاته المعتادة»⁽⁶⁾.

المطلب الثالث : العيوب المشتركة بين الزوجين .

والعيوب المشتركة بين الزوجين هي :

أولاً : عيب الجنون :

(الجنون في اللغة هو مصدر من الفعل جنّ ، وجنّ عليه ستره ، والجنون الستر للعقل)⁽⁷⁾.

(1) ابن منظور، المرجع السابق، ج10، مادة(عقل).

(2)الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، الحاوي الكبير في فقه مذهب الشافعي، شرح مختصر المزني، تحقيق، الشيخ علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، تقديم، محمد بكر إسماعيل وعبد الفتاح أبو سنة، دار الكتاب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1994م، 341/9.

(3) المعجم الوسيط، مادة (الإفضاء)، ط3، ص1.

(4) سورة النساء الآية رقم (21).

(5)أنظر د. الشاكر نوال محمد، التفريق بين الزوجين للعيوب، دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية وبعض القوانين العربية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 1421هـ . 2001م، ص96.

(6) القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، سعدي أبو جيب، دار التراث العربي، 1998م، ص107.

(7) الفيومي، مرجع سابق، مادة جنن، قلعة جي، محمد رواس وآخرون، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، بيروت، لبنان، ط1996م، ص147.

وفي الاصطلاح عرف الفقهاء الجنون بتعريفات متنوعة ولكن تتلاقى هذه التعريفات في معناها الذي هو زوال العقل .

فعرّفه بعضهم بأنه زوال الشعور من القلب مع بقاء القوة في الأعضاء ، وبأنه زوال العقل الذي لا يكون معه تأدية حق سواء خفيف منه أم لا⁽¹⁾.

ثانياً : عيب الجذام :

(الجذام في اللغة من الجذم وهو القطع والجذام : تقطع اللحم وتساقطه ، جذمت اليد : قطعت)⁽²⁾. وفي الاصطلاح يعني به عند الفقهاء (أن الجذام علة يحمر منها العضو ثم يتقطع أو يتأثر ويتصور ذلك في كل عضو لكنه في الوجه أغلب)⁽³⁾.

ثالثاً : عيب البرص :

(وهو حدوث بياض في الجلد يذهب معه دم الجلد وما تحته من اللحم ، وقد يكون مشوه عليه البلغم ، وفيه عدوى إلى النسل والمخالطين)⁽⁴⁾.

رابعاً: عيب العديضة :

وهو حدوث الغائط عند الجماع.⁽⁵⁾

ولكن الذي يجب الانتباه إليه على أن العيوب في نظر الفقهاء هل وردت على سبيل الحصر أم لا ، للإجابة على ذلك فإن الفقهاء قد اختلفوا حول هذه المسألة إلى رأيين :

الرأي الأول : يمثله الفقه الحنفي ويرى بأن العيوب وردت على سبيل الحصر فقد نص الأحناف (ولا يثبت في النكاح خيار الرؤية والعيب والشرط سواء جعل الخيار للزوج أو للمرأة أو لهما ثلاثة أيام أو أقل أو أكثر حتى أنه إذا فعل ذلك فالنكاح جاز ، والشرط باطل ، إلا إذا كان العيب هو الجب والخصاء والعنة فإن المرأة بالخيار وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف ...

فإذا شرط أحدهما لصاحبه السلامة من العمى أو الشلل أو شرط صفة الجمال ، أو شرط في عقد الزوج

(1) أنظر د. الشاكر نوال محمد، التفريق بين الزوجين للعيوب، دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية وبعض القوانين العربية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 1421هـ . 2001م ص96.

(2) الفيومي، مرجع سابق، مادة (جذم).

(3) النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف الدين النووي دمشقي، روضة الطالبين، تحقيق، الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، والشيخ علي محمد معوض، بيروت، لبنان، 5، 511/1992، الكركي، علي بن الحسين الكركي (المحقق الثاني)، جامع المقاصد في شرح القواعد، تحقيق مؤسسة البيت لإحياء التراث، 234/13.

(4) الخطيب، محمد الشربيني الخطيب، مفتي المحتاج معرفة معاني ألفاظ المناهج على متن المناهج، لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 3، 202/1958.

(5) د. الهادي زبيدة، مرجع سابق، ج3، ص150.

عليها صفة البكارة فوجد بخلاف ذلك ، لا يثبت له الخيار⁽¹⁾.
 والمالكية حيث قالوا (اتفق مالك والشافعي على أن الرد يكون من أربعة عيوب : الجنون والجذام
 والبرص وداء الفرج الذي يمنع الوطاء إما قرن أو رتق في المرأة أو عنه في الرجل أو خصاء)⁽²⁾.
 أما الحنابلة فيقولون : (إن العيوب المحوزة للفسخ ... ثمانية ، ثلاثة يشترك فيها الزوجان وهي الجنون
 والجذام والبرص واثنان يختصان بالرجل وهما الجب والعنه وثلاثة تختص بالمرأة وهي الفتق والقرن
 والغفل)⁽³⁾.

لأن القاعدة عند الحنابلة أنه (ترد المرأة بكل عيب ينفر عن كمال الاستمتاع)⁽⁴⁾.
 أما الشافعية يرون أن العيوب تنحصر في أربعة عيوب ، حيث قالوا : (وليس له أن يجوز ابنته ... مجنوناً
 ، ولا مخبولاً ، ولا مجذوماً ، ولا أبرص)⁽⁵⁾.

الرأي الثاني : (يذهب إلى عدم حصر العيوب في نوع أو أنواع محددة واعتبروا أن كل عيب ينفر
 الزوج الآخر منه ولا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة يوجب الخيار)⁽⁶⁾ ويمثله ابن القيم .
 وبالتالي فإن العيوب لم ترد (على وجه الاختصاص والحصر ، دون ما عداها)⁽⁷⁾.
 وقد قال بذلك أيضاً ابن القيم ومحمد بن الحسن الشيباني وابن شهاب الزهري وورد عنه في هذا المقام
 قوله (يرد النكاح من كل داء عضال)⁽⁸⁾.

ونذهب إلى ترجيح الرأي القاضي بعدم التحديد لأنه يستوعب ما تفرزه الحياة من عيوب
 وأمراض لم تكن مألوفة على عهد الفقهاء كمرض فقدان المناعة المكتسبة وما شابهه ، واعتقد أن صياغة
 المشرع الليبي تسير نحو هذا التوجه .

-
- (1) الشيخ نظام وآخرون، الفتاوى الهندية، بيروت، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الثالثة، 1980م، ج1، ص273.
 (2) ابن رشد، إبي الوليد بن أحمد بن محمد بن أحمد القرطبي، بداية المجتهد، شارع الصادقية بميدان الأزهر، مكتبة
 الكليات الأزهرية، 1990هـ، 1970م، ج2، ص60.
 (3) بن قدامة، عبد الله بن أحمد المقدسي، المغني، بيروت، عالم الكتب، ج6، ص651.
 (4) ابن تيممة، إبي العباس تقي الدين أحمد بن عبد الحليم، الفتاوى الكبرى، بيروت، دار المعرفة للطباعة والنشر، ج4،
 ص343.
 (5) النووي، إبي زكريا محي الدين بن شرف، المجموع شرح المهذب، دار الفكر، ج16، ص196.
 (6) ابن القيم الجوزية، شمس الدين إبي عبد الله بن إبي بكر، زاد المعاد في هدي خير العباد، دار إحياء التراث العربي،
 بيروت، 691، 751هـ، 1292م، 1350م، ج4، ص38.
 (7) ابن القيم، مرجع سابق، ص393.
 (8) المرجع السابق.

الفصل الثاني

أراء الفقهاء وأدلتهم في جواز الفرقة بين الزوجين للغيب وشروط ذلك

إذا حدث لأحد الزوجين عيب أحل بمقاصد الزواج وغايته فهل يحق لمن كان متضرراً من العيب طلب التفرقة هذا ما ستنم دراسته في المبحث الأول .
أما المبحث الثاني فيكون متعلقاً بمبحث الشروط التي ذكرها الفقهاء لجواز التفرقة بالغيب .

المبحث الأول

أراء الفقهاء في جواز الفرقة

نسبتها في رأيين في المطلبين التاليين :

المطلب الأول : في الرأي الذي لا يجيز الفرقة بين الزوجين بعد تمام العقد :

لا يجيز طلب الفرقة بعد كمال العقد وصحته أيأ كان العيب ، سواء أصاب الرجل، أو المرأة ، أو أصاب الزوجين معاً ، قديماً كان هذا العيب أم حادثاً وإلى هذا الرأي ذهب الظاهرية والشوكاني ومن قبلهما عمر بن عبد العزيز ، وبعض التابعين⁽¹⁾ .

وقد نص ابن حزم على هذا صراحة قائلاً : (لا يفسخ النكاح بعد صحته بجذام حادث، ولا يبرص كذلك ولا بجنون كذلك ، ولا بأن يجد بها شيئاً من هذه العيوب ولا بأن تجده هي كذلك ، ولا بعناية ولا بداء فرج ، ولا بشيء من هذه العيوب⁽²⁾ .

وهذا القول عند الظاهرية مشروط بألا يشترط السلامة للمرأة من كل عيب ، فإن اشتراطها في عقد النكاح ، ووجد بها عيباً أيأ كان نوعه فهو نكاح مفسوخ لا خيار فيه ولا تلحقه الإجازة ، ولا حق للمرأة في صداق ولا ميراث ، ولا نفقه لها ، يستوي في ذلك أن يكون قد دخل بها أم لم يدخل⁽³⁾ .

وحجتهم في ذلك أن امرأة رفاعة القرظي جاءت إلى النبي - ﷺ - فقالت: كنت عند رفاعة فطلقني فبت طلاقني ، فتزوجت عبد الرحمن بن الزبير ، وإن ما معه مثل هدبة الثوب ، فتبسم رسول الله - ﷺ - فقال : أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة ، لا حتى تذوقي عسليته ويذوق عسليتك⁽⁴⁾ .

(1) د. الهادي علي زبيدة، المرجع السابق، ج3، ص153.

(2) ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد، المحلى، بيروت، دار الأفق الجديدة، ج10، ص109، مسألة 1934.

(3) د. الهادي علي زبيدة، المرجع السابق، ج3، ص153.

(4) مسلم، صحيح بشرح النووي، الدار البيضاء، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع 1401هـ، 1981م، ج10، ص3.

ووجه الدلالة أنه - ﷺ - علم بهذا السبب بناءً على شكواها ولم يكن في مقدور الزوج أن يعاشرها جنسياً ، ومع ذلك لم يجبهها إلى طلب التطليق .
واستدلوا كذلك على أنه لم يثبت عندهم دليل يميز التفريق لا من كتاب الله ولا من سنة النبي - ﷺ - ولا من أثر⁽¹⁾ .

ولكن يجب الإشارة إلى أن الظاهرية ربما فاتهم أن هناك قواعد عامة ونصوصاً قاطعة في منع الضرر ووجوب إزالته ورفعته في الشريعة الإسلامية ، وما التفريق بالعيب إلا نوع من أنواع الضرر ، وتطبيق لقاعدة من قواعده ، فهل يعقل أن يجبر أحد الزوجين أو كليهما على تحمل صاحبه في أمل لا قبل له به إلا بمشقة ، والمشقة جالبة للتيسير ، والتيسير هو الفرقة⁽²⁾ .

المطلب الثاني : الرأي الفقهي الذي يرى جواز الفرقة بين الزوجين للعيب :

يذهب إلى جواز التفرقة بين الزوجين للعيب من حيث المبدأ ، وإن اختلفوا في بعض التفاصيل .

وإلى هذا الرأي ذهب جمهور الفقهاء في المذاهب السنية الأربعة ، والشيعية الأمامية ، والإباضية ، ولكنهم اختلفوا بعد ذلك ، لمن يثبت هذا الحق ، وهل يستوي في ذلك الرجل والمرأة على السواء أم يختص به أحدهما دون سواه ، وهل دعوى العيب تختص بعيوب محدد دون سواها ، أم تلحق العيب ؟

أولاً : ذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى أحقية كل من الزوجين في طلب التطليق للعيب⁽³⁾ .
فقد نص المالكية (لكل منهما اختيار وإن اختار السالم الفراق ، فيؤجل المعيب للدواء .. ثم بعد مضيئه يفرق بينهما ، وظاهره ولو كان كل منهما معيباً بعيب صاحبه)⁽⁴⁾ .
وذكر الشافعية (إذا وجد الرجل امرأته مجنونة ، أو مجذومة ، أو برصاً ، أو رتقاء ، أو قرناً ، ثبت له الخيار . وإن وجدت المرأة زوجها مجنوناً أو مجذوماً ، أو أبرصاً ، أو محبوباً أو عينياً ثبت لها الخيار)⁽⁵⁾ .

(1) أنظر د. الهادي علي زبيدة، المرجع السابق، ج3، ص154.

(2) أنظر د. الهادي علي زبيدة، المرجع السابق، ج3، ص154.

(3) المرجع السابق، ص155.

(4) الشولي، أبو الحسن علي بن عبد السلام، البهجة في شرح التحفة، القاهرة، مصطفى الباي الحلبي، ط2، 1370هـ، 1951م، ج1، 312/2.

(5) النووي، المرجع السابق، ج16، ص265.

وهذا ما أثبتته الحنابلة أيضاً بقولهم : (إن خيار الفسخ يثبت لكل واحد من الزوجين لعيب يجده في صاحبه)⁽¹⁾.

وفي نفس المعنى يقول الإباضية : (لكل ردّ صاحبه ، سواء اتفق عيبيهما .. أو اختلف)⁽²⁾.
وقال الأمامية (إن العيوب التي يرد بها النكاح تارة تختص بالرجل وأخرى بالمرأة ، وثالثه يشتركان في الرد)⁽³⁾.

وحجة الفقهاء الذين قالوا بجواز التفريق بالعيب لكلا الزوجين :

1. قوله تعالى: الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ⁽⁴⁾.
2. " ما رواه عبد الله بن عمر - رضي الله عنه - أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - تزوج امرأة من بني بياضة فوجد بكشحتها بياضاً ، فردها وقال دلستم علي"⁽⁵⁾.
3. القول بعدم التفريق يؤدي إلى معارضة قول النبي - صلى الله عليه وسلم -⁽⁶⁾ (لا ضرر ولا ضرار)⁽⁷⁾.
4. وأن القياس يقتضي الحق في التفريق لكلا الزوجين ، لأن الزوج أحد طرفي العقد ، والحق في التفريق يثبت لكلا الطرفين في هذه الحالة .

ثانياً : ذهب الأحناف إلى أن خيار العرب يثبت للزوجة ، ولا يثبت للزوج ، وقد نصوا على هذا صراحة بقولهم : (ولا يرد الرجل امرأته عن عيب بها ، وأن فحش عندنا ، ولكنه بالخيار ، وإن شاء طلقها ، وإن شاء أمسكها)⁽⁸⁾.

1- حجتهم في ذلك : قضاء عبد الله بن مسعود وعلي - رضي الله عنهما - حيث قال ابن مسعود: (لا ترد الحرة عن عيب ، وعن علي ... قال : إذا وجد بأمراته شيء من هذه العيوب فالنكاح لازم له ، إن شاء طلق ، وأن شاء أمسك ، وما روي عن عمر أنه أثبت الخيار ، فالمراد خيار الطلاق ، وكذا ما روي

(1) ابن قدامة، المرجع السابق، ج 6، ص 650.

(2) أطفيش، محمد بن يوسف، كتاب النيل وشفاء العليل، جدة، مكتبة الإرشاد، الطبعة الثانية، 1392هـ، 1972م، الطبعة الثالثة، 1405هـ، 1985م، ج 6، ص 650.

(3) السبحاني، جعفر، نظام النكاح في الشريعة الإسلامية الغراء، الطبعة الأولى، 1417هـ، ج 2، ص 111.

(4) سورة البقرة، الآية (229).

(5) البيهقي، أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي، السنن الكبرى، تحقيق، محمد عبد القادر عطا، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة الثالثة، 2003م، 1424هـ، ج 7، ص 213، الحديث رقم (3997).

(6) أنظر د. الهادي علي زبيدة، المرجع السابق، ج 3، ص 157.

(7) ابن ماجه، الحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن، بيروت، دار إحياء التراث العربي، 207. 275هـ، ج 2، ص 323.

(8) السرخسي، شمس الدين، المبسوط، بيروت، دار المعرفة، 1406هـ، 1986م، ج 5، ص 95.

عنه أنه ردها ، أي : ردها بالطلاق ، ألا ترى أنه قال : الحقي أهلك ، وهذا من كنايات الطلاق ، والذي قال فر من المجذوم فرارك من الأسد ، قلنا : نحن نمكنه من الفرار ولكن بالطلاق⁽¹⁾.

2- ويرون أيضاً أنه إذا حصل للزوج ضرر من عيب في زوجته يجعل له إمكانية دفعه بالطلاق لأنه يملكه ، أما من حيث الزوجة فلا تملك ذلك ، ولا تستطيع دفع الضرر عنها إلا عن طريق التجائها للقضاء⁽²⁾.

3- وقالوا كذلك إن أساس استدلالهم أن من ثمرات عقد الزواج هي متعة الزوج بزوجه ، وفي حال عدم تحقيق هذه الثمرة لا يؤثر في عقد الزواج ، حيث إنه قد يتعذر هذا الاستيفاء بموت أحد الزوجين ولا يكون هناك فسخ من أحدهما⁽³⁾.

وقد أخذ المشرع الليبي برأي ابن القيم القاضي بالتوسع في العيوب قائلاً :

أ- (لكل من الزوجين أن يطلب التفريق إذا وجد بالآخر عيباً لا يتم به مقصود الزواج وغاياته ، أو وجد به عيباً ، سواء كان قائماً قبل العقد ولم يعلم به طالب التفريق ، أو حدث بعد العقد ولم يرضى به .

ب- فإن تم الزواج وهو عالم به ، أو حدث بعد العقد ورضى به صراحة أو دلالة فلا يجوز له طلب التفريق) م (42) من القانون رقم 10 لسنة 1984 .

(ولكن يجب ملاحظة أن هذا التوجه من قبل المشرع الليبي والقاضي بعدم التحديد سينتج عنه تباين في اختلاف الفقهاء ، ويبدو أن رأي ابن القيم هو الذي يرجح ، لأنه أكثر تمسكاً مع الواقع ، إذ أن الزمن أتى بأمراض وعلل لم تكن مألوفة عند الفقهاء قديماً ، وبالتالي لو تشبنا بالرأي الأول لما وجدنا معيار للقضاء بها في حين أنها قد تكون أشد ضرراً أو أكثر فتكاً بالطرف الآخر ، مع أن الفقهاء لم يتحدثوا عنها قديماً⁽⁴⁾).

(1) المرجع السابق، ص 97.

(2) أنظر د. الهادي علي زبيدة، المرجع السابق، ج 3، ص 157.

(3) المرجع السابق، ص 157.

(4) المرجع السابق، ص 160.

المبحث الثاني

شروط الفرقة بين الزوجين للعيب

إذا وجد بأحد الزوجين أو كلاهما عيب يحول دون مقاصد الزواج فيجوز لكل واحد منهما طلب الفرقة بشروط نبسطها في المطلبين التاليين :

المطلب الأول : العلم بالعيب قبل العقد :

1. ألا يكون الزوج الذي رفع الدعوى عالماً بالعيب قبل العقد ، وفي هذا قضت المحكمة : (ألا يكون طال التفريق عالماً بالعيب قبل العقد ، فإن كان عالماً به ثم أقدم على العقد ، فلا يكون له حق في طلب التفريق)⁽¹⁾. وتطبيقاً لذلك قالت المحكمة : إن المدعية (أثبتت لعدالة المحكمة ودفاعها أن المدعي عليه كان على علم تام بحالتها الصحية منذ الخطوبة وقبل الزواج ، وبعد الزواج ، وأنها أعلمت المدعي عليه بما تعانيه من أمراض ، وأنه هو لديه نفس الأمراض فيما يتعلق بالإنجاب ، وما أرفق من تقارير طبية ، ومستندات تؤكد ذلك ، وأنه رضي بما فيها من أمراض أثناء فترة الخطوبة ، وذلك من خلال شهادة الشاهد ، حيث ذكر بأن المدعي عليه قبل زواجه بالمدعية حضر إليه ، وأحضر له تقارير طبية للمدعية ، وأبلغه بأنها تعاني من مرض بالمبايض ، ولديه احتمال بأنها لا تتمكن من الإنجاب ، ومع ذلك يرغب بالزواج بها ، وما ذكره المدعي عليه في الجلسة بأن المدعية أبلغته وأخبرته أثناء فترة الخطوبة بأنها تعاني من مشكلة صحية تتعلق بنقص في الهرمونات، مما يؤكد لعدالة المحكمة بأن المدعي عليه على علم مسبق بحالة المدعية قبل الزواج، ولم يبرز أي سبب يبرر طلاقه لها)⁽²⁾.

2. عدم الرضا بالعيب بعد العقد متى كان عالماً به ، وهذا ما أفصحت عنه المحكمة بجلاء : (ألا يرض بالعيب بعد العقد ، عند العلم به ، فإذا جهل به حال العقد ، ثم علم به بعده ، ورضي به ، سقط حقه في طلب التفريق)⁽³⁾. وتقضي المحكمة في شأن ذلك قائلة : وحيث إنه قد (حصلت العلة بعد العقد ، وعلم بها بعد الدخول ، ورضي بها صراحة أو دلالة ، فإنه يسقط حقه في طلب التطلق لتلك العلة التي علم بها)⁽⁴⁾.

(1) محكمة الجفرة الابتدائية، دائرة الأحوال الشخصية المستأنفة، جلسة 2009/7/26م، الاستئناف رقم 2009/11م (غير منشور).

(2) محكمة هون الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، جلسة 2009/10/21م، الدعوى رقم 2008/10م (غير منشور).

(3) محكمة الجفرة الابتدائية، دائرة الأحوال الشخصية المستأنفة، جلسة 2009/7/26م، الاستئناف رقم 2009/11م، (غير منشور).

(4) محكمة هون الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، جلسة 2009/10/21م، الدعوى رقم 2008/10م (غير منشور).

المطلب الثاني : إثبات العيب :

1. أن يكون العيب مما (لا يمكن البرء منه أصلاً ، أو يمكن البرء منه بعد أمد طويل، ولا يمكن للزوج المقام معه إلا بضرر شديد)⁽¹⁾.
- وهذا ما أكدته المحكمة بأن (العيب الذي يدعيه المدعي ليس عيباً يبيح له طلب التفريق ، خاصة وأن الطبيب الشرعي أثبت إمكانية علاجه)⁽²⁾.
2. أن يتحقق إثبات العيب ممن ادعاه والعلة في ذلك أن (الأصل في الإنسان الصحة وسلامة البدن ، وعلى من يدعي خلاف الأصل إثبات ما يدعيه عملاً بالمبدأ العام في الشريعة الإسلامية (البيئة على من ادعى) ولما كان المدعي لم يقدم أي شيء يفيد صحة ادعائه بصحيفة الدعوى الأمر الذي تنتهي معه المحكمة إلى رفضه)⁽³⁾.
- ولا ترفض هذه الدعوى مثلاً إذا (ثبت بالتقرير أنه ليس له القدرة على الاتصال الجنسي ، بعد الكشف عليه)⁽⁴⁾.
- وسيراً في هذا الاتجاه تقضت المحكمة (أن المدعي قد أسس دعواه الماثلة على الضرر الذي لحقه من زوجته بسبب ما يدعيه من أنها تعاني من مرض نفسي ، حيث إن المحكمة ومن خلال أوراق الدعوى ، ومن خلال ما جرى في الجلسات ، وخاصة السرية منها ، تبين لها خلو المدعي عليها من أي أعراض لأي مرض نفسي ، وقد ثبت ذلك بالجزم واليقين من خلال تقرير مصحة الرازي للأمراض النفسية ، ومن خلال عرض المدعي عليها على هذه المصحة ... تبين عدم صحة هذا الإدعاء)⁽⁵⁾.

(1) محكمة العجيلات الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، جلسة 2008/6/3م، الدعوى رقم 2008/25م (غير منشور).

(2) محكمة تاجوراء الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية الثانية، جلسة 2009/4/28م، الدعوى رقم 2010/105م (غير منشور).

(3) محكمة باب بن غشير الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، أبو سليم، جلسة 2010/6/17م، الدعوى رقم 2010/95م (غير منشور).

(4) محكمة المدينة الجزئية، غوط الشعال، دائرة الأحوال الشخصية الأولى، جلسة 2007/9/23م، الدعوى رقم 2006/271م (غير منشور).

(5) محكمة قصر الأخيار الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، جلسة 2008/4/25م، الدعوى رقم 2006/18م (غير منشور).

الخاتمة

سوف لن تكون الخاتمة تقليدية تقتصر على عرض بنود البحث لأن ذلك يعتبر تكراراً مملاً وعليه ننتقل مباشرة إلى إيضاح ما توصلنا إليه من نتائج وما نقدمه من مقترحات تبيح تعديل نصوص القانون رقم 10 لسنة 84 بشأن الزواج والطلاق وأثارها وهي :

أولاً : النتائج :

1. إن العيوب التي تكون بأحد الزوجين تبيح له طلب الفرقة مهما كانت هذه العيوب متى انتفت معها مقاصد الزواج .
2. وهذا ما سار عليه المشرع الليبي والقانون رقم 10 لسنة 1984 في المادة 42 حيث يجيز إثبات العيب بالطرق العلمية والكشف الطبي .

ثانياً : المقترحات

1. نرجح الرأي القاضي بجواز الفرقة لسبب العيب .
2. نوافق المشرع الليبي في تبنيه الرأي الذي يبيح الفرقة ونقترح عليه إضافة فقرة أخرى لنص المادة (42) ليكون التطلق فيها وجوبياً إذا كان أحد الزوجين مصاباً بمرض يؤدي إلى الموت المحقق وتقبل فيها دعاوي الحسبة لأن المسألة تمس إحدى المقاصد الكبرى في الإسلام ألا وهي المحافظة على النفس الإنسانية .
3. تفعيل دور الملف الصحي ليكون كاشفاً لكثير من قضايا العيوب وكشفها قبل عقد الزواج وبالتالي تؤدي إلى التقليل من حالات التطلق القضائي .
4. الاختلاف في وجهة نظر بعض المحاكم فيما يعد عيباً ومما لا يعد عيباً .

وفي الختام ندعو أن يوفقنا الله لما يحب ويرضى .



قائمة المصادر والمراجع

أولاً : القرآن الكريم .

ثانياً : كتب الحديث :

أ/ مسلم ، صحيح بشرح النووي ، الدار البيضاء ، ودار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، 1401 هـ - 1981 م ، ج 10 .

ب/ البيهقي ، أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي ، السنن الكبرى ، تحقيق : محمد عبد القادر عطا ، بيروت ، دار الكتب العلمية ، الطبعة الثالثة / 2003م - 1424هـ ، ج 7 .

ج/ ابن ماجه ، الحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني ، سنن ، بيروت ، دار إحياء التراث العربي ، 207 - 275 هـ ، ج 2 .

ثالثاً : كتب الفقه .

1. كتب الفقه المالكي :

أ/ الخرشي ، محمد بن عبد الله : علي مختصر سيدي خليل ، وبها مشه حاشية الشيخ علي العدوي ، دار صارد ، بيروت ، لبنان ، 235 .

ب/ ابن رشد ، أبي الوليد بن أحمد بن محمد بن أحمد القرطبي ، بداية المجتهد ، شارع الصادقية بميدان الازهر مكتبة الكليات الأزهرية ، 1990هـ - 1970م ، ج 2 .

ج/ التسولي ، أبو الحسن علي بن عبد السلام ، البهجة في شرح التحفة ، القاهرة ، مصطفى البابي الحلبي ، ط 2 ، 1370هـ - 1951م ، ج 1 .

د/ العالم عبد السلام محمد الشريف ، الزواج والطلاق في القانون الليبي ، منشورات

2. كتب الفقه الحنفي :

أ/ الشيخ نظام وأخرون ، الفتاوي الهندية ، بيروت ، دار أحياء التراث العربي ، الطبعة الثالثة ، 1980 ، ج 1 .

ب/ السرخسي ، شمس الدين ، المبسوط ، بيروت ، دار المعرفة ، 1406هـ - 1986م ، ج 5 .

3. كتب الفقه الحنبلي :

أ/ بن قدامة ، عبد الله بن احمد المقدسي ، المغني ، بيروت ، عالم الكتب ، ج 6 ابن تيممة ، أبي العباس تقي الدين أحمد بن عبد الحلیم ، الفتاوى الكبرى ، بيروت ، دار المعرفة لطباعة والنشر ، ج 4 .

ب/ ابن القيم الجوزية ، شمس الدين أبي عبد الله بن أبي بكر ، زاد المعاد في هدي خير العباد ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، 751 ، 691 هـ - 1350 ، 1292 م ، ج 4 .

4. كتب الفقه الشافعي :

أ/ الماوردي ، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري ، الحاوي الكبير في الفقه مذهب الشافعي ، شرح مختصر الموني ، تحقيق الشيخ علي محمد معوض ، عادل أحمد عبد الموجود ، تقديم محمد بكر إسماعيل ، وعبد الفتاح أبوسنة ، دار الكتاب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ط1 .

ب/ النووي ، أبو زكريا يحيى بن شرف الدين النووي الدمشقي ، روضة الطالبين ، تحقيق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود ، والشيخ علي محمد معوض ، بيروت ، لبنان.

ج/ الخطيب ، محمد الشريبي الخطيب ، مفتي المحتاج معرفة معاني الفاظ المناهج على متن المناهج لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، 1958 .

د/ النووي ، أبي زكريا محي الدين بن شرف ، المجموع شرح المهذب ، دار الفكر .

هـ/ الزكرشي ، شمس الدين محمد بن عبد الله الزكرشي المصري ، شرح الزكرشي على مختصر الخرقى ، تحقيق وتخرّيج ، عبد الله بن عبد الرحمن بن عبد الله الجبرين ، مكتبة العبيكان ، السعودية ، ط1 ، س 1993 ، 246/5 .

5. كتب الفقه الظاهري :

أ/ ابن حزم ، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد ، المحلى ، بيروت ، دار الأفاق الجديدة ، ج10 .

6. الشيعة الإمامية :

أ/ الكركي ، علي بن الحسين الكركي (المحقق الثاني) ، جامع المقاصد في شرح القواعد ، تحقيق مؤسسة البيت لإحياء التراث .

رابعاً : الكتب الفقهية الحديثة :

أ/ د . زيدة الهادي علي ، أحكام الأسرة ، في التشريع الليبي ، المنصورة ، مؤسسة الشروق ، دار البدر ، الطبعة الأولى 2013 ، ج3 ، التطبيق القضائي .

ب/ د . الحفناوي ، محمد إبراهيم ، الطلاق ، المنصورة ، مكتبة الإيمان ، الطبعة الثانية .

ج/ د . علام ، شوقي إبراهيم عبد الكريم ، التفريق القضائي بين الزوجين للعلل أو العيوب عند الفقهاء دراسة مقارنة ، الإسكندرية ، مكتبة الوفاء القانونية ، الطبعة الأولى ، 2010 .

خامساً : القانون رقم 10 / 1984 - 19 - 4 - 1984 ، الجريدة الرسمية ، ع6 - 1984 .

د/ العالم عبد السلام محمد الشريف : الزواج والطلاق في القانون الليبي ، منشورات جامعة قاريونس بنغازي ، الطبعة الثالثة دار الكتب الوطنية بنغازي 1998 ، ص259 .

سادساً : المعاجم اللغوية :

- أ/ مجمع اللغة العربية ، والمعجم الوسيط ، القاهرة ، الطبعة الثالثة .
- ب/ ابن منظور ، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الإفريقي المصري الأنصاري الخرزجي ، لسان العرب ، الطبعة الميرية القاهرة ، ط ، 1302هـ – 242/2 .
- ج/ الفيومي ، أحمد بن علي المقري ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، القاهرة ، دار الفكر.
- د/ القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً ، سعدي أبو حيب ، دار التراث العربي ، 1998 .
- هـ/ محمد رواس وآخرون ، معجم لغة الفقهاء ، دار النفائس ، بيروت ، لبنان ، ط 1996 .

سابعاً : الرسائل الجامعية :

- أ/ د . الشاكر نوال محمد ، التفريق بين الزوجين للعيوب ، دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية وبعض القوانين العربية ، كلية الحقوق ، جامعة الإسكندرية ، 1421هـ – 2001م .

المسؤولية القانونية عن خرق قواعد
القانون الدولي الإنساني

د/مفتاح أغنية محمد أغنية

محاضر بكلية القانون/قسم القانون العام / جامعة بني وليد

مُقَدِّمَةٌ

أصبح موضوع القانون الدولي الإنساني من الموضوعات التي تزايد أهميتها كل يوم ، مما يُعري بتناوله والخوض في أعماقه، والكشف عن مختلف جوانبه

فالقانون الدولي الإنساني/ هو ذلك الفرع من القانون الدولي العام الذي بدأ من زمن يعرف نوعاً من الإستقلالية من حيث تطوره ومن حيث نطاقه، وتأسيساً على هذا فإن مدار هذا البحث يعني بنطاق أو مجال تطبيق مقتضيات هذا القانون الذي تتبع مصادره من الموائيق والأعراف الدولية إلا أنّ السمة البارزة لهذا القانون إرتباطه بمجالات الحرب والنزاعات المسلّحة. وإن كان هناك إلتجاه بدأ يتبلور حديثاً ينحى بهذا القانون ليوسّع من نطاقه ليشمل حالات خارج الحرب، إن إستقلالية هذا القانون لاتنفي التداخل والتقاطع والتأثير المتبادل بين كل من القانونين (القانون الدولي العام) و (القانون الدولي الإنساني) حتى أن القانون الدولي العام أصبح يعرف نوعاً من التحوّل والإلتجاه نحو (التدخل الإنساني) في حالات كانت خارجة عن نطاقه ومحرمّة عليه حيث كانت الحرب حتى وقت قريب وسيلة قانونيّة ضمن وسائل تسوية النزاعات الدوليّة كونها الأكثر نجاحاً فهي تنهي الصراع ويحصل المنتصر على حقوقه كاملة وبدون مراعاة لحرمة النفس البشرية التي كرمها الله سبحانه وتعالى.

وهكذا فالخطاب في القانون الدولي العام تطوّر من حيث المناطين بأحكامه فلم يعد يقتصر على الدول والمنظمات بل تجاوزهما ليشمل الأشخاص (الطبيعيين) وهكذا تكمن أهميّة هذا الموضوع في النزعة التي بدأت تتسم بها السياسة الدولية وهي الإلتجاه نحو " أنسنة القانون الدولي والعلاقات الدوليّة " وسيادة ايدولوجيّة حقوق الإنسان وأي محاولة لتطوير العلاقات الدوليّة لابد أن تمر عبر تطوير القانون الدولي الإنساني وهذا مايطرح إشكاليّات "عديدة" نظريّة وتطبيقية سواء من حيث كفاءة الوسائل المستخدمة أو من حيث تحديد مستوى المسؤولية القانونية المترتبة على خرق قواعد القانون الدولي الإنساني وماطرحه بعض السلوكيات الدوليّة في إطار السياسات الدوليّة المعاصرة وهذا مايفرض تقييم مدى فاعليّة تطبيق الحلول على كافة المستويات الماديّة والشخصيّة وهو ماتبرزه الحاجة إلى تطوير هذه الوسائل وسد ثغراتها وإكمالها، وتجدر الإشارة إلى أن مبدأ(عدم التدخل) هو من المبادئ الأساسية المستقرة في القانون الدولي لكنه ظل يحمل الطابع الشكلي ومايحدث في الواقع يختلف جذرياً عما (تخظه) الموائيق والإعلانات الدولية وهذا البحث لا يذكر فقط بان إنتهاك قواعد القانون الدولي الإنساني ينتج عنه مسؤولية دولية للأطراف المتنازعة المخالفة لقواعده بل يحاول إبراز الألية القانونية لمساءلة الدولة المعتدية . وهو ماسنعرض له على النحو التالي :

المبحث الأول : تنفيذ وتطبيق القانون الدولي الإنساني .

عند قيام أي نزاع أو حرب يكشف لنا التاريخ منذ القدم الإهتمام بالجانب الإنساني من أجل حماية الجنس البشري، والتخفيف من معاناته وتقديم العون والمساعدة لمن هم في حاجة ماسة لها، ورغم قسوة الحرب آنذاك وإفتقارها لأية قواعد لقيامها على الغلبة والعنف والقسوة وكان هم المتحاربين الإنتصار وبأي ثمن بدأت العوامل الدينيّة والإجتماعيّة والسياسيّة تعمل على تخفيف حدة الحروب والحد من العنف اللامبرر، وتدرجياً بدأت الحرب تخضع لفكرة الرحمة الإنسانية ونبت التنكيل وحصر أثار النزاعات في أضيق نطاق ممكن ووضع قواعد ملزمة للدول، وتحديد حقوق وواجبات المحايدين من قبل المحاربين وحديثاً تحرك ضمير العالم لعقد إتفاقية لتحسين مصير العسكريين والجرحى والمرضى في الميدان وكان بداية لحركة إنسانية شاملة⁽¹⁾. وهذا ما سنتناوله على النحو التالي :

المطلب الأول: تطور قواعد القانون الدولي الإنساني

يقوم القانون الدولي الإنساني أو "قانون النزاعات المسلحة " على جملة من المبادئ الواردة في نصوص الإتفاقيات والبروتوكولات الملحقّة بها بشكل صريح أو تلك التي تستخرج "ضمنياً" من سياق النصوص سالفه الذكر أو النابعة من الأعراف الدوليّة أو المبادئ الإنسانية، فلا بد من الغوص مليئاً في مكنونها.

الفرع الأول/ ماهية القانون الدولي الإنساني ومبادئه

يعرّف القانون الدولي الإنساني بأنه/ ذلك القسم من القانون الدولي/ الذي تسوده المشاعر الإنسانية ويهدف لحماية الإنسان خلال الحرب بوضعه قواعد ملزمة للدول يجب ألا تخرج عليها ويمكن أن يطلق عليه قانون النزاعات المسلحة وهو (الذي وضع عن طريق الإتفاقيات الدولية أو قواعد الأعراف الدولية التي طبقت في الحروب)⁽²⁾.

وتعرّفه المنظمة الدوليّة للصليب الأحمر بأنه/مجموعة القواعد الرامية للحد من العنف وحماية الحقوق الأساسية للإنسان خلال فترة النزاعات المسلّحة⁽³⁾. وهكذا نخلص إلى وجود مضمونين لهذا القانون وهما:

(1) بدعوة من المجلس الإتحادي السويسري عقد عام 1864 مؤتمراً دبلوماسياً صدرت عنه أول إتفاقية لتحسين حال العسكريين والجرحى والمرضى في الميدان.

(2) انظر د. كمال حماد، النزاع المسلح في القانون الدولي، مؤسسة مجد، ط1، 1997، بيروت، ص22.

(3) د. صلاح الدين عامر، مقدمة إلى دراسة قانون النزاعات المسلحة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1986، ص25 وما بعدها.

- (مضمون شامل) ويعني أن القانون الدولي الإنساني عبارة عن مجموعة القواعد القانونية الدولية المكتوبة أو العرفية التي تضمن إحترام الشخصية الإنسانية وسلامتها خلال السلم والحرب.
- (ومضمون محدود) ويعني قوانين ولوائح (جنيف/1949) والتي تهتم بحماية العسكريين من غير المقاتلين أو خارج العمليات العسكرية كالجرحي والمرضى وأسرى الحرب وكذلك المدنيين والمتطوعين في الخدمات الإنسانية.

ولكن ماهي المبادئ التي يقوم عليها القانون الدولي الإنساني؟

يقوم القانون الدولي الإنساني او قانون النزاعات المسلّحة على جملة من المبادئ الصريحة أو الضمنية وهي:

- 1- مبدأ ضرورة التفرقة بين السكان المدنيين والأهداف العسكرية.
- 2- حظر بعض أنواع الأسلحة الفتاكة وبعض المتفجرات .
- 3- حظر قتل الخصم متى أستسلم أو وضعته الظروف خارج المعركة.
- 4- مبدأ "مارتكلز" ويعني أن يظل المدنيين والمقاتلين في الحالات المنصوص عليها في الإتفاقيات تحت حماية وسلطات المبادئ الإنسانية وما يمليه الضمير العام.
- 5- منع النهب والهجوم العشوائي والأعمال الإنتقامية .
- 6- إن المقاتلين الأسرى والمدنيين المتواجدين تحت سلطة الطرف المعادي لهم الحق في إحترام حياتهم من أعمال العنف أو الأعمال الثأرية ولهم حق مراسلة عائلاتهم وتلقي المساعدات والعناية اللازمة .
- 7- وجوب جمع الجرحى والمرضى والعناية بهم⁽¹⁾ .

والجدير بالذكر أن هذه القواعد لا تقتصر على الأشخاص والأموال موضوع الحماية القانونية بل تمتد لتشمل الأشخاص الذين يتولون القيام بالخدمات الإنسانية والوسائل التي يستخدمونها للقيام بمهامهم.

كما لاتفتوتنا الإشارة إلى وجود "مبادئ مشتركة" بين القانون الدولي لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني منها (حصانة الذات البشرية وإحترام الشخصية القانونية ومنع التعذيب بشتى أنواعه وصون الشرف والحقوق العائلية والمعتقدات والتقاليد وعدم التمييز بصورة مطلقة وأحترام الملكية الفكرية.)

ولاشك أن الديانات السماوية والحضارات القديمة كانت رافداً مهماً ومثلث مصدرراً من مصادر القانون الدولي الإنساني ولذلك فإن إنكار حقيقة وجود قواعد إنسانية رغم بساطتها في المجتمعات

(1)د. صلاح الدين عامر، المرجع السابق، ص100. وكذلك د. أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص170.

القديمة يعد نوعاً من الإجحاف⁽¹⁾.

ومن خلال جملة هذه المبادئ نلخص إلى :

أن الهدف من تنظيم قانون النزاعات المسلحة أو القانون الدولي الإنساني هو إقامة (علاقات إنسانية) بين أشخاص القانون الدولي بمناسبة إستعمال وسائل معينة تسبب ضرر للخصم وكذلك (حماية السكان المدنيين).

كما أن أشخاص هذا القانون يتمثلون في الدول المستقلة والمناضلون في سبيل حريتهم وبعض المنظمات الدوليّة وأن هذه القواعد تستخدم في المنازعات المسلحة (الدولية والمحلية) وتنبع (مصادر) هذا القانون من الإتفاقيات والأعراف الدولية .

والجدير ذكره أن مبادئ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول وإحترام سيادة الدول والمساواة في الإستقلال من المبادئ الأساسية في القانون الدولي .

الفرع الثاني /تطور قواعد القانون الدولي الإنساني.

لقد مرّ القانون الدولي الإنساني بمراحل عدة بدءاً من إتفاقية(جنيف/1864) وإنهاءً ببروتوكول/1977) وحتى الآن وهو ماسنحاول بيانه كالتالي :

أولاً: إتفاقية جنيف 1864:

وقعت هذه الإتفاقية بناء على مبادرة خاصة قامت بها لجنة (جنيف) بغرض تحسين حال الجرحى العسكريين في الميدان ومثلت بداية القانون الدولي الإنساني وتضمنت (حماية الضحايا وحياد الأجهزة

(1) لا جدال في أن جميع الحضارات ومختلف الشعوب والأمم عرفت الحرب وخاضت غمارها ، لقد كان في (إفريقيا القديمة) ميثاقشرف يحدد سلوك المتحاربين إلا أن الحضارة الفرعونية والأشورية تميّزت بالقسوة في الحرب ومعاملة الأسرى بينما تميّزت حضارة الهند والصين بنزعة تميل للسلم، وهكذا إعتبرت الحضارة اليونانية الأجانب برابرة مصيرهم القتل أو الرق وكان الرومان أكثر قسوة وجبروت وكان الأسرى أكبر مصدر للرق في إمبراطوريتهم.

● وظهرت عند المسيحية مايسمى بتقاليد الفروسية ثم بعد القرن الثالث طور رجال الدين فكرة "الحرب العادلة" على يد القديس توما الاكوييني وتأثر بها لاحقاً رجال القانون أمثال (سواريز وفيتوريا ولاحقاً وغروتيس).

● أما في الإسلام فقد حددت الشريعة الإسلامية بكل وضوح القواعد التي يجب الإلتزام بها أثناء الحرب والسلم فالأصل الإنساني واحد وتبقى الحرب الخيار الأخير فنصّ القرآن الكريم على الوفاء بالعهد وإحترام المستجير ولو كان مشركاً، كما حدد علاقات المسلمين بغيرهم حيث حرّمت الحروب العدوانية والإعتداء اللامبرر، فلا يكون القتال إلا في حالات (رد العدوان أو حماية المستضعفين أو رد البغي).

- للمزيد راجع: د. عبد الغني محمود، القانون الدولي الإنساني مقارنة بالشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص9 وما بعدها وكذلك د. جعفر عبد السلام، القانون الدولي الإنساني في الإسلام، بحث منشور مجلة الشريعة والقانون، العدد(2)، 1986، ص66.

الصحيّة وإحترام المتطوعين المدنيين وتقديم المساعدة دون تمييز.⁽¹⁾

ثانياً : إتفاقية جنيف 1906 :

تعد هذه الإتفاقية خاصة بتحسين حال الجرحى والمرضى العسكريين في الميدان وهي متممة للإتفاقية الأولى وشملت المرضى وتضمنت شرط المعاملة بالمثل والمشاركة الجماعية بحيث لا تطبق إلا بين الأطراف المتعاقدة إن نشبت الحرب.⁽²⁾

ثالثاً: إتفاقية جنيف 1929:

وشملت إتفاقية جنيف (1929) تحسين حال الجرحى والمرضى والعسكريين في الميدان وألغت شرط المشاركة الجماعية كما تضمنت معاملة أسرى الحرب وخدمات اللجنة الدولية للصليب الأحمر وهو تطور لافت في القانون الدولي الإنساني كما سنرى لاحقاً.

رابعاً: إتفاقية جنيف 1949:

نظراً لسقوط ملايين الضحايا والجرحى والمدنيين وضحايا الإحتجاز والإعتقالات أثناء الحرب العالمية الثانية والتي مثلت خرق وإنتهاك لقانون جنيف دفعت إلى إستيعاب الدروس وأهم ماجاءت به:

أ- مراجعة إتفاقيتي جنيف 1929 وقانون لاهاي (1899/1907) وذلك لوحدة الموضوع وإسترجاع قانون (جنيف) وتفعيل قواعدهم وإلتزامهم القانونية.

ب- إهتمام القانون الدولي الإنساني بضحايا النزاعات الداخلية حيث شملت المادة (3) المشتركة ضحايا النزاعات الداخلية ووصفتها بغير الدولية وتضمنت جملة من الحقوق والضمانات الواجب مراعاتها في جميع الأحوال.

ج- حماية المدنيين تحت الإحتلال وزمن الحرب حيث لم يكن هناك نص شامل فكانت أول إتفاقية من حيث موضوعها ونطاق تطبيقها⁽³⁾.

خامساً: البرتوكولات الإضافية لإتفاقية جنيف.

تم إضافة بروتوكولين لإتفاقية جنيف سألقة الذكر في العام (1977) وهما⁽⁴⁾ :

أ- البرتوكول الأول .

(1) وقعت هذه الإتفاقية بتاريخ (22-8-1864) بجنيف وتألقت من (عشرة) مواد وأنتقدت لعدم شمولها ضحايا الحروب البحرية التي تطرق لها مؤتمر لاهاي (1899) لاحقاً.

(2) وقعت هذه الإتفاقية في 6 يوليو 1906 وتضمنت ثلاث وثلاثون مادة.

(3) د. عامر الزمالي، مدخل إلى القانون الدولي الإنساني، منشورات المعهد العربي لحقوق الإنسان، 1993.

(4) أقر المؤتمر الدبلوماسي المنعقد بجنيف (1974-1977) بدعوة من الحكومة السويسرية بروتوكولين إضافيين لإتفاقية جنيف 1949 وذلك بتاريخ 1977/6/8.

ويتعلق بضحايا النزاعات المسلحة الدولية وهو متمم للإتفاقيات الأربع 1949 حيث رفعت (حروب التحرير) إلى درجة (النزاع المسلح) الدولي ويتطابق (الباب الثاني) ومحتوى الإتفاقيتين الأولى والثانية بحيث شملت الحماية القانونية للمرضى والجرحى والغرقى ليس من العسكريين وحسب بل حتى المدنيين وتضمن (الباب الثالث) الإتصال الوثيق بين قانون (جنيف) وقانون (لاهاي) وبحيث أسبغت صفة مقاتل على مقاتلي حرب العصابات فلهم بالتالي صفة (أسير الحرب) كما نص على الأموال والأماكن والفئات الواجب حمايتها إضافة توفير ضمانات أساسية للأشخاص الذين تحت سيطرة العدو وكذلك التحقيق في الإنتهاكات الجسيمة للقانون الدولي الإنساني⁽¹⁾.

ب- البرتوكول الثاني:

ويتعلق بحماية ضحايا النزاعات غير الدولية حيث أضاف للمادة (الثالثة) المشتركة تعريفاً للنزاعات ذات الطابع (غير الدولي) وتضمن مبدأ (عدم التدخل) وكفل وضمن الحقوق الأساسية لغير المقاتلين وتقديم الخدمات اللازمة للمعتقلين والدعم القضائي وشمل قواعد حصانة الضحايا ومن يساعدهم وحماية الشارة التي تميزهم.⁽²⁾

المطلب الثاني/ وسائل تطبيق القانون الدولي الإنساني.

لاجدال في أن مشكلة تنفيذ وتطبيق القانون الدولي الإنساني من أعقد المشاكل وذلك لعدم وجود قوة أو سلطة تتولى مسألة تطبيقه وتفرض على الدول إحترامه وهنا ينهض مبدأ (سيادة الدول) وإستقلالها حاجزاً منيعاً أمام إجبار الدول على تطبيققواعده وخاصة وأن هذه القواعد لا تطبق إلا في حالة وجود نزاع مسلح بين الدول فلا مجال هنا للعلاقات الودية ووسائل التفاهم لكن تطور المفاهيم الإنسانية وظهر العديد من المنظمات الدولية الإنسانية أوجب ضرورة العمل على إحترام قواعد القانون الدولي الإنساني وهي عملية شاملة تهدف إلى وضع جميع النصوص موضع التطبيق للإحترام⁽³⁾. وبالتالي فإن أشخاص هذا القانون هم (الدول المستقلة) و(المناضلون) في سبيل الإستقلال و(المنظمات الدولية). وسنعرض فيما يلي لوسائل تطبيق هذا القانون على النحو التالي :

(1) أنظر المواد(34-42) بشأن وسائل الحرب وطرقها وكذلك المواد (43-47) بشأن وضع المقاتل وأسير الحرب والمواد (75-85-90) بشأن الضمانات والإنتهاكات الجسيمة.

(2) تجدر الإشارة هنا إلى أن هناك موثيق أخرى تمثل في القانون الدولي الإنساني منها (إعلان سان بطرسبرج 1868 وبرتوكول جنيف 1925 بحظر الغازات السامة والأسلحة الجرثومية وكذلك إتفاقية الأمم المتحدة لعام 1980 حول منع إستخدام بعض الأسلحة التقليدية).

(3) د. صلاح الدين عامر، المرجع السابق، ص 50.

الفرع الأول / نصوص إتفاقيات جنيف :

تتضمن المادة الأولى المشتركة للإتفاقيات الأربع وكذلك المادة الأولى من (البرتوكول الأول) الإلتزام بإحترام قواعد القانون الدولي الإنساني والعمل على إحترامه من جميع الأطراف ويشمل كل الأطراف المتعاقدة طيلة إرتباطها بنصوص القانون الإنساني جميعها ويكون الإحترام (ذاتياً) كما يحق لأي دولة متعاقدة أن تطالب طرفاً آخر بالكف عن خرق القانون الإنساني والعمل على إحترامه.

كما تلتزم الدول الأطراف في إتفاقيات (جنيف 1949) على إصدار (قوانين محلية) في كل دولة لفرض عقوبات بحق الأشخاص الذين يقومون بإرتكاب مخالفات خطيرة والعمل على نشر نصوص القانون الدولي الإنساني وأن يدخل في دراسة الكليات والمعاهد والدورات العسكرية وينبغي أن تكون أحكامه معروفة للجميع مدنيين وعسكريين⁽¹⁾.

ويشمل تطبيق نصوص إتفاقيات جنيف الآتي :

1- الدول الأطراف :

حيث أن للدول الأطراف في وثائق القانون الدولي الإنساني مصلحة عليا في تطبيق أحكامه وإحترام قواعده فإن تعيين تنفيذها والعمل على ضمان فرض إحترامها في جميع الأحوال، وعلى الدول الأطراف إتخاذ التدابير الضرورية لتنفيذ هذا الإلتزام وإن توضع عند اللزوم تحت تصرف الجيش المستشارين القانونيين الأكفاء وضرورة نشر الوثائق على أوسع نطاق ممكن⁽²⁾.

2- الدولة الحامية :

عند نشوب نزاع مسلح يمكن تطبيق أحكام القانون الدولي الإنساني بمساعدة وتحت إشراف (دولة حامية) يعهد إليها بوصفها (دولة حامية) بحماية مصالح أحد الأطراف المتنازعة ورعاياه مدى الطرف الآخر، وهي الأطراف المتحاربة والدول المحايدة المختارة لهذه المهمة⁽³⁾.

ولحل هذه المعضلة نصت المادة (الخامسة) من البرتوكول الأول لعام (1977) على أنه لم يتم تعيين أو قبول (دولة حامية) فإنه يمكن (للجنة الدولية للصليب الأحمر) أو أي (منظمة إنسانية) أن تعرض مساعيها الحميدة من أجل تعيين دولة حامية⁽⁴⁾.

(1) راجع الفقرة الأولى من المادة (49) من إتفاقية (جنيف 1949) وكذلك الفقرة (3) من المادة (49) المشار إليها وأيضاً المادة (144) من ذات الإتفاقية .

(2) راجع المادتين (80-82) من البرتوكول الأول لعام 1977.

(3) راجع المادة (47) من الإتفاقية الأولى لعام 1949 وكذلك المادة (48) من الإتفاقية الثانية.

(4) أنظر المادة (8) المشتركة في إتفاقيات جنيف / 1949 والمادة (5) من البرتوكول الأول لعام 1977.

3- اللجنة الدولية للصليب الأحمر :

تعد اللجنة الدولية للصليب الأحمر منظمة محايدة خاصة وأن جميع أعضائها من السويسريين ، وهي تتولى مراقبة تطبيق إتفاقيات (جنيف) من جانب الدول الموقعة عليها وبسبب حيادها فهي مكلفة بوجه خاص بتقديم خدماتها للمحاربين لصالح ضحايا المنازعات.

وينصب عمل اللجنة على تقديم خدماتها للعسكريين الجرحى والمرضى والمنكوبين في البحار وأسرى الحرب والعمل على تحسين ظروفهم كما تعمل لصالح السكان المدنيين عند الإقتضاء⁽¹⁾. سواء في أراضي العدو أو الأراضي المحتلة وتتدخل بوصفها محايدة كما أنها تنقل الأدوية والمواد الغذائية والملابس داخل الأراضي المحتلة⁽²⁾.

- كما تلتزم اللجنة الدولية بإعتبارها المحرك الرئيسي للقانون الدولي الإنساني بالعمل على تطويره بما يواكب المنازعات وتقوم بعملها كلما بدت ضرورة لمراجعة نصوصه، وتقوم هذه اللجنة بنشر الوثائق والدوريات وإعداد الدورات وتكوين المتدربين والتعاون مع الجمعيات الوطنية في هذا الشأن .

الفرع الثاني : الأجهزة المستحدثة بمقتضى البرتوكول الأول 1977:

بغرض تطبيق قواعد القانون الدولي الإنساني وتسهيل ذلك تم إستحداث أجهزة جديدة بمقتضى البرتوكول الأول لعام 1977 وهي :

1-الأشخاص المؤهلون:

تم النص على هؤلاء الأشخاص بغرض تنفيذ نصوص إتفاقيات (جنيف) وتسهيل تطبيقها وتحديدًا نشاط (الدولة الحامية) وهو ما يتطلب إعداد هؤلاء الأشخاص المؤهلين وتكوينهم وقت السلم بمساعدة (الجمعيات الوطنية) المتخصصة وذلك بغرض جعلهم على أهبة الإستعداد لتقديم المشورة اللازمة للسلطات وإعلامها بكيفية تطبيق قانون (المنازعات المسلحة) وكيفية إسهامهم في عمل الدولة(الحامية)إن وجدت، ويتعين على الدولة الحامية أن ترسل قائمة بأسمائهم إلى (اللجنة الدولية للصليب الأحمر) حتى تكون تحت تصرف الأطراف المتعاقدة الأخرى عند الحاجة بغرض الإستفادة من خدماتهم وخبرتهم في هذا المضمار⁽³⁾.

(1) أنظر المجلة الدولية للصليب الأحمر، إجراءات اللجنة الدولية للصليب الأحمر في حالات إنتهاك القانون الدولي الإنساني، عدد مارس 1981.

(2) أنظر المادة (الثالثة) المشتركة في إتفاقيات جنيف الأربع 1949.

(3) أنظر د. عامر الزمالي، مدخل القانون الدولي الإنساني، مرجع سابق، ص45.

- للمزيد يراجع د. محي الدين عشناوي، حقوق المدنيين تحت الإحتلال الحربي، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، عين شمس، القاهرة، 1972، كما يراجع نص المادة (6) من البرتوكول الأول لعام 1977.

2-المستشارون القانونيون لدى القوّات المسلّحة:

لقد أصبح توفّر القوات المسلّحة في أي دولة طرف لهؤلاء أمراً ضرورياً وذلك لتقديم النصح والمساعدة في المسائل القانونيّة وقد نص (البرتوكول الأوّل) على أن مهمة المستشارين المنصوص عليها هي :

- تقديم المشورة والنصح للقادة العسكريين حسب الدرجة الملائمة بغرض تطبيق أحكام الإتفاقيات والبرتوكول الملحق.

- وجود تعليم مناسب لأفراد القوات المسلّحة.

- كما تجدر الإشارة إلى أن تشعب قانون(التزاعات المسلّحة) وإتصاليه بحقول أخرى من المعرفة والعلوم يؤدّي حتماً للإستعانة بأراء أهل الخبرة والإختصاص وهذا ما درجت عليه أغلب الدول حتى قبل النّص عليه في (البرتوكول) لأن هذا يمثّل تسهياً لعمل القيادة العسكريّة التي يظل من واجبها معرفة تلك الأحكام⁽¹⁾.

وعود على بدء فإن الحرص على تلافي نقائص الوسائل الواردة في الإتفاقيّات الأربع بعد تجارب واقع العلاقات بين أطراف النزاع تم بعث (جهاز تحقيق بموجب نص قانوني) وهو اللجنة الدوليّة لتقصّي الحقائق بحيث تتولى التحقيق في أي عمل يوصف بأنه خرق أو إنتهاك جسيم للقانون الدولي الإنساني ولا تعد اللجنة المذكورة (هيئة قضائية) بل هي مفتوحة لجميع الدول وهي جهاز دائم محايد وغير سياسي⁽²⁾.

المطلب الثالث/الأجهزة المختصة بمراقبة وتنفيذ قواعد القانون الدولي الإنساني.

في إطار تنفيذ ومراقبة تطبيق قواعد القانون الدولي الإنساني إنبثقت عدة أجهزة وأسند لها الإختصاص من أجل ضمان تطبيق الإلتزامات الدوليّة وهذه الأجهزة المختصة هي :

- اللجنة الدوليّة لتقصّي الحقائق.

- المحاكم المختصة بنظر جرائم الحرب.

(1)د. عامر الزمالي، المرجع السابق، ص53 . وأنظر المادة (82) من البرتوكول الأول وكذلك المادة (90) من ذات البرتوكول.

(2)تشكّل هذه اللجنة من (15) عضواً بناءً على مؤهلاتهم الشخصية للتحقيق في أي عمل يُشكّل خرقاً لإتفاقيات جنيف والبرتوكول الأول الملحق بها وتكون اللجنة قائمة (قانوناً) عند موافقة مالا يقل عن (20) دولة على قبول إختصاصها فيما يتعلّق بضرب السكان المدنيين والأهداف المدنيّة.

الفرع الأول/اللجنة الدولية لتقصي الحقائق.

أُنشئت هذه اللجنة كما أشرنا من أجل ضمان تطبيق الإلتزامات الدولية بعدم ضرب المدن والسكان المدنيين والأهداف المدنية ولها إختصاص لمتابعة أي حرق أو إنتهاك جسيم لمقتضيات إتفاقيات (جنيف) والبرتوكول الأول الملحق بها.

وتصدر اللجنة تقريراً بنتائج عملها مرفق بها توصياتها ولايصدر عنها أي رأي قانوني. ويسأل طرف النزاع الذي أنتهك أحكام الإتفاقيات أو هذا الملحق عن دفع تعويض إن اقتضى الحال⁽¹⁾.

الفرع الثاني/المحاكم المختصة بالنظر في جرائم الحرب.

نظراً لخطورة الجرائم المترتبة على ضرب المدن والأهداف المدنية بحكم ماتلحقه من كوارث مفعجة فكان لزاماً أن يقترن وضع قواعد قانونية لتجريمها بعقوبة على مرتكبيها أو من أمروا بإرتكابها وهنا توقع العقوبات من قبل هيئة قضائية مختصة بالنظر في هذه الجرائم وهنا يبرز أمامنا نوعان من المحاكم (محاكم وطنية وأخرى دولية).

1- المحاكم الوطنية :

وهنا نشير إلى أن الجرائم المرتكبة ضد دولة معينة تخضع لإختصاص محاكم هذه الدولة وكانت ممارسة الدول المختلفة ملائمة لهذه القاعدة⁽²⁾.

وقد أجازت إتفاقية (جنيف) للدول الأطراف معاقبة الأشخاص الذين يرتكبون جرائم (إبادة الجنس البشري وجرائم الحرب) عموماً أمام المحاكم الوطنية طبقاً للمواد(129-49-50) من الإتفاقية المشار إليها.

ويخضع الأشخاص الذين يرتكبون (جرائم الإبادة) لمحاكم الدولة التي أرتكب الفعل في أراضيها أو لمحكمة جنائية دولية وتقوم كل دولة بإصدار التشريعات اللازمة لمعاقبة الأشخاص الذين يرتكبون مثل هذه الجرائم.

(1) راجع المادة (90) الفقرة(د) من البرتوكول الأول وكذلك المادة (91) من ذات البرتوكول.

(2) قامت (ألمانيا) عام (1921) بمحاكمة (45) من مجرمي الحرب أمام المحكمة العليا الألمانية، كما قامت كل من بريطانيا وفرنسا وألمانيا بمحاكمة مجرمي الحرب العالمية الثانية بتهمة مخالفة قواعد القانون الدولي الإنساني وقد إستمرت هذه المحاكمات حتى العام 1984م.

راجع زكريا فتاش، مقال منشور بجريدة الإتحاد الإشتراكي ، المغرب تحت عنوان محاكمة مجرمي الحرب في القانون الدولي/بتاريخ 4-2-1996م.

2- المحاكم الدولية:

من المفارقات أن دول الحلفاء في الحرب العالمية الثانية أعتبرت ضرب الأهداف المدنية (عملاً مشروعاً) بينما أعتبر ما قامت به ألمانيا النازية وحلفاؤها (عملاً غير مشروع) وهكذا عاقب المنتصرون في الحرب المهزمنين بإنشاء محاكم دولية وهما (محاكم نورمبرج وطوكيو).

أ- المحكمة العسكرية الدولية - نورمبرج :

أنشئت هذه المحكمة عام (1945) بموجب إتفاقية معاقبة مجرمي الحرب الموقعة بين دول الحلفاء وتختص بالآتي:

- (الإختصاص الوظيفي) بحيث تنظر المحكمة في الجرائم المرتكبة ضد السلم وجرائم الحرب وجرائم ضد الإنسانية.

- (الإختصاص الشخصي) وتختص المحكمة بمعاقبة مجرمي الحرب الألمان.

- (الإختصاص المكاني) وتختص المحكمة بمحاكمة مجرمي الحرب بغض النظر عن موقع ارتكاب الجريمة⁽¹⁾.

وقد أنتقدت هذه المحكمة حيث نظرت في بعض جرائم قبل تشكيلها وأن قضاها غير محايدين كما أنها لم تنظر في جرائم الحلفاء وقد أتبع قواعد المحاكمات الأنجلوسكسونية⁽²⁾.

ب- المحكمة العسكرية الدولية للشرق الأقصى / طوكيو.

وقد أنشئت في 11/4 / 1948 وتتبع نفس القواعد السابقة في محكمة (نورمبرج) إلا أنها مختصة بمحاكمة مجرمي الحرب اليابانيين.

2- المحاكم الخاصة (برواندا والبوسنة).

ظهرت مطالبات دولية عدة بضرورة محاكمة مرتكبي جرائم الحرب في كل من (رواندا والبوسنة والهرسك) حيث ارتكبت مجازر بشعة يندى لها جبين الإنسانية إضافة إلى (الإبادة الجماعية) و(التطهير العرقي) ، وقد ظهر بجلاء عدم تسامح المجتمع الدولي مع عمليات التعذيب والقتل المنظمة القائمة على معايير الجنس والعرق والدين⁽³⁾.

(1) تتشكل المحكمة من (أربعة) قضاة تعين كل دولة طرف واحداً منهم و(أربعة) قضاة مناوبين يعينون بالطريقة ذاتها وقد بدأت المحكمة جلساتها في 20-11-1945 وأصدرت أول حكم في شهر 10-1946. للمزيد راجع د. عبد الحميد خميس، جرائم الحرب والعقاب عليها، منشورات البابلي، القاهرة، وكذلك زكريا فتاش، مرجع سابق.

(2) المرجع السابق، ص 73 وما بعدها.

(3) أنظر مقررات مؤتمر لندن للسلام المنعقد بتاريخ 28-8-1992 والذي تم التصريح فيه بضرورة معاقبة مجرمي الحرب داخل يوغسلافيا.

وقد أنشئت المحكمة الخاصة بيوغسلافيا (1993) وبرواندا (1994).

ج - المحكمة الجنائية الدولية :

تعتبر المحكمة الجنائية الدولية (International Criminal Court) أول هيئة قضائية دولية تحظى بولاية عالمية وبزمن غير محدد لمحاكمة مجرمي الحرب ومرتكبي الفضائع بحق الإنسانية وجرائم إبادة الجنس البشري⁽¹⁾.

وهذا القضاء الدولي لاينفي ولايلغي مسؤولية القضاء الوطني، وبالتالي علاقة هذين النظامين القضائيين هي علاقة تعاون وتكامل.

ولكن ماهي المبادئ التي تقوم عليها المحكمة الجنائية الدولية ؟

تقوم المحكمة الجنائية الدولية على خمسة مبادئ أساسية وهي :

المبدأ الأول: أن هذه المحكمة نظام قضائي دولي نشأ بإرادة الدول الموقّعة والمنشئة للمحكمة.

المبدأ الثاني: أنها ذات إختصاص مستقبلي وليس في أعمالها أثر رجعي.

المبدأ الثالث: أنها ذات إختصاص مكمل للإختصاص الوطني ولكن بإمكانها ممارسة إختصاصها في حالتين هما (عند إختيار النظام القضائي في الدولة أو عند رفضه أو فشله في القيام بإلتزاماته القانونية)

المبدأ الرابع: يكون إختصاصها في ثلاث جرائم (إبادة الجنس البشري والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب).

المبدأ الخامس: المسؤولية المعاقب عليها هي المسؤولية الفردية، وعليه فالمحكمة هي إمتداد للإختصاص

(القضائي الوطني) وليست فوقه وتصبح جزء منه عند التصديق عليها من قبل البرلمان، وتعتمد المسؤولية الفردية لمرتكبي الجرائم الدولية دون إغفال مبدأ المسؤولية الدولية للدولة عن الجرائم الدولية⁽²⁾.

إن إنتهاك قواعد القانون الدولي الإنساني نتج عنه (مسؤولية قانونية) دولية للأطراف المتنازعة التي تخالف قواعد القانون الدولي وينتج عنه أيضا (مسؤولية جنائية) لبعض الأفراد الطبيعيين⁽³⁾.

حيث يهدف القانون الجنائي الدولي إلى حماية حياة الفرد وحرته وأخلاقه ومعاقبة مرتكبي هذه الأفعال ولو كانوا أفراداً عاديين إذ يهدف (التجريم الدولي) هنا إلى حماية مصلحة عامة للمجتمع الدولي ويحرم

(1) تأسست المحكمة بروما 1998 وبدأ العمل بنظامها في يوليو 2002 بعد مصادقة (60) دولة وهي أول مرة في التاريخ يتم تكليف هيئة قضائية دولية دائمة لحماية حقوق الإنسان.

(2) للمزيد راجع د. محمود شريف بسيوني، المحكمة الجنائية الدولية، مطبعة روز اليوسف، القاهرة، 2001، وكذلك د. عبد الرحيم صدقي، القانون الجنائي الدولي . نحو تنظيم جنائي عالمي . دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1996، وكذلك عبد الحسين شعبان، السيادة ومبدأ التدخل الإنساني، جامعة صلاح الدين، أربيل، العراق، 2000.

(3) راجع د. كمال حماد، مرجع سابق، ص23.

القانون الدولي على الأفراد ارتكاب أفعال (القرصنة في أعالي البحار وتجارة الرقيق والإتجار بالمخدرات والأرهاب الدولي وجرائم الحرب والجرائم ضد السلم والجرائم ضد الإنسانية)⁽¹⁾.
وتتم مساءلة الفرد إما (وطنياً) أو (دولياً) عند عجز القضاء الوطني في القيام بمهامه وفقاً للآليات القانونية لتطبيق القانون الجنائي الدولي.
ومما لاشك في أن مركز الفرد في القانون الدولي في تطور لافت ويقترب من إعتبره شخصاً من أشخاص القانون الدولي العام⁽²⁾. فلا بد من العمل على منح الفرد صلاحية أبرام التصرفات القانونية وحق إقامة الدعوى أمام القضاء الدولي للدفاع عن حقوقه.

المبحث الثاني : المسؤولية الناجمة عن خرق القانون الدولي الإنساني

لاجدال في أن المسؤولية تعد السمة البارزة لأي نظام قانوني فهي التي تكفل فاعليته وإستمراره والإمتثال لأحكامه ، وتطبيق قواعده، فالحكمة في تطبيق أية قاعدة قانونية على المستوى الدولي وحتى الداخلي لايرتبط بمضمون القاعدة وحسب بل هو رهين بقدره مركز السلطة على تطبيق هذه القاعدة القانونية، وإن كان القانون الدولي لازال إلى حد ما يفتقد عنصر الجزاء .

إن تحقيق (العدالة الجنائية) من المقاصد الرئيسية التي يرنو إليها المجتمع الدولي وهي في ذات الوقت منهج سلوك يحكم أعمال القانون وإنفاذه مما يستلزم إحترام الإلتزامات الناشئة عن المعاهدات وغيرها من مصادر القانون الدولي وهو ما يؤدي إلى حفظ السلم ، وتحقيق الأمن الدولي وإحترام وحماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية ، إن الجريمة الدولية هي (كل فعل أو عمل أو إمتناع مخالف للقانون الدولي ويضر بمصالح الجماعة المحميّة بهذا القانون والذي يُرسّخ في علاقات الدول الأقتناع بأن هذا الفعل ينبغي معاقبته جنائياً) ولايشترط أن يكون هذا الإقتناع مجمعاً عليه من قبل (الجماعة الدولية) وإنما يكفي كونه (إقتناعاً عاماً) في ضوء متطلبات (العدالة) ولايهم أن تكون قاعدة التجريم قاعدة قانونية دولية أيا كان مصدرها⁽³⁾. وهكذا فمعيار (دولية الجريمة) هي إعتدائها على (المصالح) التي يحميها المجتمع (الدولي) بغض النظر عن مرتكبها أو المضرور منها وذلك وفق قواعد القانون الدولي وبغض النظر عن تجريم

(1) د. مصطفى اللاوندي، مرجع سابق، ص 43.

(2) أنظر البرتوكول (11) الملحق بالإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والذي ألغى اللجنة الأوروبية وكلف المحكمة الأوروبية بحماية حقوق الإنسان الأوربي والصادر في 1-11-1998.

(3) ستيفان جلاسر، القانون الدولي الجنائي مشار إليه لدى د. إبراهيم العناني، النظام الدولي للأمني، المطبعة التجارية الحديثة، القاهرة، 1997، ص 121. وكذلك د. مصطفى اللاوندي، مرجع سابق، ص 79.

(القانون الداخلي) للفعل والمعاقبة عليه أم لا ، وعلى ذلك فإن وصف الفعل بأنه جريمة دولية لا يتأثر بكونه معاقب عليه أم غير معاقب عليه بمقتضى القانون الداخلي⁽¹⁾، وهو ما سنعرضه على النحو التالي:

المطلب الأول / طبيعة الجزاء عن إنتهاك القانون الدولي الإنساني.

ذكرنا أن القانون الدولي الإنساني يستلهم الشعور الإنساني وهو ذلك الجزء من القانون الدولي العام الذي يركّز على حماية الإنسان في حالة الحرب، ولقد ظهر الإهتمام بالمخالفات والإنتهاكات للقانون الإنساني منذ زمن كما رأينا ولذلك فإن الأمر يتطلب معاقبة الأفراد الذين ينتهكون أحكامه ومجازاتهم عما أقترفوا من جرائم فما هو الجزاء عن إنتهاك القانون الإنساني ؟

الفقرة الأولى / الجزاء عن إنتهاك القانون الدولي الإنساني

لاجدال فإن الدولة (المحاربة) تتحمل المسؤولية الدولية الكاملة عن إنتهاك حقوق الإنسان في وقت الحرب سواء كان الإنتهاك من جانبها أو من جانب الأشخاص الذين يشكلون جزءاً من قواتها المسلحة، وهنا تلتزم الدولة بتعويض الضرر ويمكن للدولة أن تتخلص من المسؤولية إذا عاقبت الأشخاص الذين إرتكبوا هذا العمل الضار⁽²⁾ إن (الجماعة الدولية) لم تصل في بنائها القانوني لمرحلة (الجماعة الوطنية) فالقانون الدولي لازال يتميز بضعف السلطات التي تتولى تنفيذ قواعده وإيقاع (الجزاء) على من يخرقها فلا توجد فيه جزاءات عامة أو تقنين للجزاءات فقواعد الجزاء غير منتظمة، لقد أصبحت مسؤولية (الفرد) عن الأعمال التي ينفذها هنا بإسم الدولة (acts of state) من مبادئ القانون الدولي المعاصر وقد أثر مبدأ المسؤولية الشخصية في الوثائق الخاصة بقانون (المنازعات المسلحة) ومما يجدر التنويه إليه أن إتساع نطاق المسؤولية الشخصية عن الجريمة المرتكبة لا يكون على حساب إنحسار المسؤولية الجماعية في المرحلة الحاضرة من مراحل تطور القانون الدولي فالجريمة المرتكبة بإسم الدولية تشير إلى المسؤولية الشخصية وكذلك المسؤولية الجماعية⁽³⁾، وقد أكدت إتفاقيات (جنيف) إن طرف النزاع الذين يكون

(1) انظر تقرير لجنة القانون الدولي، الدورة (43) ابريل، يوليو 1991، ص426، 425.

(2) أنظر المادة (3) من إتفاقية لاهاي الرابعة 1907 وكذلك المادة (91) من البرتوكول الأول للعام 1977 مشار إليه.

(3) د. مصطفى اللاوندي، محاضرات في القانون الجنائي الدولي، ألقىت على طلبة دبلوم الدراسات العليا، كلية القانون، جامعة التحدي، (2002-2003)، غير منشورة، ص60. وكذلك د. عباس هاشم السعدي، مسؤولية الفرد الجنائية ، مرجع سابق، ص175.

تحت سلطة أشخاص محميون مسئولون عن المعاملة التي يلاقونها عن مثليه، بغض النظر عن المسؤولية الشخصية التي يمكن التعرض لها (1).

وقد ألزمت الوثائق الدولية منذ عام (1906) كافة الدول الأطراف بإتخاذ التدابير الضرورية وإصدار التشريعات التي تنص على الجزاءات الفعالة للإنتهاكات الخطيرة لقواعد القانون الدولي الإنساني كالقتل العمد والتعذيب والمعاملة اللاإنسانية والتجارب العلمية على الأفراد المحميين والأضرار الخطيرة بالصحة والسلامة الدينية وتدمير الممتلكات وإرغام أسرى الحرب والنفي والحجز غير المشروع وأخذ الرهائن وذلك بالنسبة للأشخاص المشمولين بحماية القانون الدولي الإنساني (2).

ويتم توجيه الإتهام لأي فرد يرتكب جريمة من الجرائم المذكورة ومعاقبته من قبل أي دولة بما فيها الدولية المعادية و يوجه الإتهام للأفراد وحدهم الذين يرتكبون جرائم ضد القانون الدولي وليست الكيانات المعنوية وتحقيق تنفيذ قواعد القانون الدولي فقط عن طريق معاقبة الأفراد الذين يرتكبون مثل هذه الجرائم (3).

وهذا ما أستوجب إنشاء محكمة الجنايات الدولية الدائمة والتي تختص بالجرائم التالية وهي (جرائم الإبادة والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب وجرائم العدوان) (4) كما أشرنا سلفاً.

وهناك جملة من المبادئ تحكم العقاب على جرائم الحرب وهي :

أ- عدم قابلية جرائم الحرب للتقادم مما يضيق الخناق على مرتكبي الجرائم فلا يستطيعون الإفلات من العقاب مهما طالّت المدة.

ب- ضرورة قيام تعاون دولي أمني للبحث والقبض وتسليم ومعاقبة المتهمين بإرتكاب جرائم حرب أو الجرائم ضد الإنسانية .

ج- نحوض المسؤولية الفردية للإشخاص فلا تعفى الصفة الرسمية للشخص من العقاب (كرئيس دولة) مثلاً وقيام مسؤولية الرئيس عن رؤسياه كما أن التحجج بالأوامر الرئاسية والتدرع بتنفيذ أوامر حكومية لا يعفى من المسؤولية .

(1) أنظر المادة (12) من إتفاقية جنيف الثالثة والمادة (29) من إتفاقية جنيف الرابعة، وكذلك المادتان (33-34) من الإتفاقية ذاتها.

(2) أنظر المادة (49) من الإتفاقية الأولى والمادة (50) من الإتفاقية الثانية والمادة (29) من الإتفاقية الثالثة والمادة (46) من الإتفاقية الرابعة.

(3) أنظر أحكام محكمة نورمبرج لمحكمة مجرمي الحرب النازيين، نوفمبر/ 1945، وكان عددهم (23) متهماً.

(4) أقر النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية بتاريخ 17-7-1998 وأصبح نافذاً في 10-4-2002.

د- أن المسؤولية عن ارتكاب جرائم الحرب لا يتوقف بالضرورة على إرتباط الدولة بنص إتفاقي مكتوب فالإنسحاب من إتفاقية ما لا يؤثر على الإلتزامات الناشئة وتظل مبادئ القانون الدولي الناشئة عن الأعراف الراسخة بين الأمم والقوانين الإنسانية المرعية والأعراف وما يملئ الضمير العام.

هـ - إن الهدف من توقيع الجزاء على جرائم الحرب ملاحقة ومعاقبة مرتكبيها حتى لا يفلتوا من العقاب وكذلك ردع كل من تسوّّل له نفسه ارتكاب تلك الجرائم مستقبلاً.

و- ضرورة توفر مقتضيات المحاكمة العادلة والمبادئ التي تحكمها كمبدأ الشرعية وقرينة البراءة وحق الدفاع وغيرها من الأصول المرعية .

وهكذا فإن تطور بناء (الجماعة الدولية) كان له أثر كبير في تطور مفهوم (الجريمة الدولية) حيث جاء النظام القانوني (للأمم المتحدة) بحماية دولية واسعة لحقوق الإنسان كان بدارها في الميثاق ثم أُنعت في الإتفاقيات والمعاهدات اللاحقة وبالتالي تعد تلك الحقوق والحريات منضوية ضمن (الإختصاص المانع) للدولة وسيادتها بموجب القانون الدولي التقليدي.

الفقرة الثانية / التعويض أو جبر الضرر.

أوردت المادة (الثالثة) من قانون (لاهاي) المشار إليه بوضوح مبدأ التعويض عن الأضرار الناجمة عن مخالفة قوانين وأعراف الحرب وكذلك أقرت إتفاقيات (جنيف) مسؤولية الطرف المتعاقد بحيث لا يعنى أي طرف متعاقد نفسه ولا يعنى طرفاً آخر متعاقد آخر من المسؤولية التي تقع عليه أو على طرف آخر بسبب ارتكاب إنتهاكات جسيمة .

كما تضمن البرتوكول الأول/ مبدأ جبر الضرر أو التعويض نتيجة خرق إلتزام كرسّه القانون الدولي ودأبت عليه الدول⁽¹⁾. عند نشوب حرب أهلية داخل الدولة وما يترتب عليه من أضرار بالأشخاص والممتلكات فإن الحكومة لا تكون مسؤولة عن عمل الجهات المتمردة الذي يرتكب بالمخالفة لسلطتها حينما لا تكون متهمة بالخروج عن مبدأ حسن النية أو عدم الإهمال في القضاء على التمرد⁽²⁾.

وفي حكم لأحد المُحكِّمين قال (أن من غير المتنازع فيه أن الدولة ليست مسؤولة عن وقوع تمرد أو ثورة أو حرب أهلية أو حرب دولية أو عن الأضرار التي تسببها تلك الحوادث فوق إقليمها لأن هذه الأحداث تشكل قوة قاهرة)⁽³⁾.

(1) أنظر المادة (91) من البرتوكول الأول للعام 1977 المشار إليه.

(2) مجموعة المبادئ التي قررتها الجمعية العمومية بمجلس الدولة المصري، مجموعة أبو شادي، 1960، ج 6، ص 42 (قضية بين الولايات المتحدة وبريطانيا) مشار إليها لدى د. أحمد أبو الوفا، الوسيط في القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ط 4، ص 855.

(3) المرجع السابق نفسه (قضية بين إسبانيا وبريطانيا).

وفي قضية أخرى تم رفض طلب التعويض لأن الضرر تم أثناء محاولة الحكومة إستعادة مدينة رئيسية ولذلك فإن الفعل يشكل واحداً من الآثار العادية للمعركة⁽¹⁾.

ولكن ما هي الجهة المختصة بتحديد إنتهاك القانون الإنساني؟

لم يوضح البرتوكول (الأول) الجهة التي تحدد إنتهاك قواعد القانون الدولي الإنساني وتقوم بضرب المدن والسكان والأهداف المدنية وكذلك الجهة التي تتولى تحديد المسؤولية، وتقدير قيمة التعويض الذي يستحقه المتضرر، وهنا نلاحظ بجلاء صعوبة تطبيق الأحكام المتعلقة بتحريم ضرب المدن والسكان والأهداف المدنية بسبب الإفتقار إلى جهة عليا يسند لها تنفيذ وتطبيق هذا الإختصاص على الوجه الأمثل. إن ثبوت المسؤولية الدولية يستلزم توفر شترطين هما: حصول (خرق الإلتزامات) الدولية من قبل أحد أشخاص القانون الدولي و (أسناد العمل) غير المشروع إلى ذلك الشخص حتى تنهض مسؤوليته الدولية. وعود على بدء فإن النظام القانوني الدولي يفرض (الإلتزامات قانونية دولية) واجبة النفاذ على الأشخاص ، ويتحمل شخص القانون الدولي تبعة عدم الوفاء بإلتزاماته الدولية ، والجدير بالذكر أن المسؤولية الفردية أخذت تدريجياً تحتل موقعها في نظرية المسؤولية الدولية إزاء إكتساب الفرد صبغة الشخصية الدولية وقيام التنظيم الدولي الحديث⁽²⁾.

المطلب الثاني / التدخل الدولي الإنساني شرعيته وإنحرافه.

تميز ظهور مبدأ التدخل الإنساني حديثاً بالقوة والشدة وذلك مردّه الإهتمام بحقوق الإنسان وحرياته الأساسية ورغم أن ميثاق الأمم المتحدة قد نصّ على تحريم إستخدام القوة في العلاقات الدولية⁽³⁾. إلا أن ذلك لم يمنع العديد من الدول من الإحتجاج (بالإعتبارات الإنسانية) لتبرير تدخلها في الشؤون الداخلية في الدول الأخرى⁽⁴⁾. كما قد تلجأ هذه الدول وبغرض وقف الممارسات القمعية وإنتهاك حقوق الإنسان إلى فرض تدابير إقتصادية وسياسية وثقافية ضد الدول المنتهكة.

إن التفرقة بين التدخل الدولي الإنساني (المشروع) والتدخل الإنساني (غير المشروع) يتطلب تحديد عناصر الواجب توفرها للقول بوجود تدخل في الشؤون الداخلية للدول، فماذا يقصد بالتدخل الدولي الإنساني وماهو الأساس القانوني له؟ وما مدى شرعية التدخلات المسلحة لإعتبارات إنسانية؟

(1) المرجع السابق نفسه (قضية بين فنزويلا وهولندا).

(2) د. مصطفى اللاوندي، مرجع سابق، ص65، وكذلك د. عباس السعدي، مرجع سابق، ص48.

(3) أنظر المادة (4/2) من ميثاق الأمم المتحدة، وكذلك د. أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص743.

(4) ومن أمثلة ذلك (التدخل الأمريكي البلجيكي في الكونغو 1964) وكذلك التدخلات الأمريكية في (سان دومينو 1965) وأيضاً فرنسا في إفريقيا الوسطى . وأمريكا في كل من جرينادا ونيكاراجوا والعراق وليبيا).

الفقرة الأولى / ماهية التدخل الإنساني وطبيعته.

يقصد بالتدخل الدولي الإنساني/ : استخدام القوة المسلحة أو التهديد باستخدامها بواسطة دولة ما أو طرف متحارب أو بمعرفة هيئة دولية بغرض حماية حقوق الإنسان ، فيكون هنا التدخل موجّه إلى دولة متتهكة ومتهمّة بأعمال القسوة والتعذيب ضد مواطنيها وبشكل يُمثّل إنكاراً وإهداراً لحقوقهم الأساسية ويصدم الضمير الإنساني ، ويكون التدخل هنا مستهدفاً حماية أرواح الضحايا من خطر أو عمل غير مشروع محقق بهم⁽¹⁾.

أما المعنى الموسّع للتدخل الدولي الإنساني/:

فلا يقصر التدخل على القوة المسلحة بل يمتد ليشمل وسائل أخرى كتنظيم الحملات الصحفية وتوقيع الجزاءات الإقتصادية ، وفرض القيود على بيع الأسلحة وأخيراً يتم اللجوء إلى القوة المسلحة ضد الدولة التي ينسب إليها إنتهاك حقوق الإنسان.

إن التدخل الدولي الإنساني لازال يثير جدلاً فكرياً ويحتلّط فيه القانون بالسياسة وأيضاً القانون المعمول به بالقانون المنشود ودور بعض الدول داخل المنظمات الدولية⁽²⁾.

إن الرأي الأرجح هو أن نأخذ بالمفهوم الواسع للتدخل الإنساني أي إستبعاد اللجوء للقوة قدر الإمكان وإستخدام الوسائل الأخرى كالضغط السياسي والدبلوماسي والإقتصادي وهذا ما ينسجم مع مبادئ الأمم المتحدة بشأن عدم التدخل في الشؤون الداخلية التي تكون من صميم السلطان الداخلي للدولة⁽³⁾، وهكذا فالمفهوم الضيق القائم على إستخدام القوة المسلحة لا يعد مقبولاً وملائماً للظروف الدولية المعاصرة فلا يمكن إستخدام هذا الحق إلا في حالات محددة جداً كحالي (الدفاع الشرعي والتدابير الجماعية القمعية).

إن الإعتداء الجسيم والمتكرر على حقوق الإنسان هو الذي يبرر التدخل الإنساني فالمعاملة السيئة لمواطني دولة ما على أيدي سلطات بلادهم هي التي تبرر تدخل الدولي الأخرى إنسانياً لصالحهم، وتحصر المنظمات الدولية على تأكيد جسامه الأعمال القمعية وتكرارها كمبرر للتدخلات الإنسانية وهذا مرده الإنزعاج البالغ لما يشعر به المجتمع الدولي وماتنطوي عليه الإنتهاكات من آلام المبرحة يعاني منها البشر⁽⁴⁾. ولكن لا يجب أن يكون هذا التدخل موسعاً ومسيئاً.

ولكن ماهي الحقوق التي يبرر إنتهاكها التدخل الإنساني؟

(1) أنظر د. محمد حافظ غانم، الوجيز في القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1979، ص173.

(2) المرجع السابق نفسه، ص175.

(3) أنظر المادة (7/2) من ميثاق الأمم المتحدة وكذلك قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة القرار (2131) ديسمبر 1965 والقرار (2625) أكتوبر 1970 والقرار (36/103) ديسمبر 1981.

(4) أنظر قرار مجلس الأمن رقم (688) المؤرخ في 5-4-1991 بشأن التدخل لصالح أكراد العراق.

ثار خلاف فقهي حول الحقوق التي يبرر إنتهاكها التدخل الإنساني فقد رأى البعض: أن هذه الحقوق يجب أن تقتصر على الحق في الحياة ، والحق في الحرية والحق في المساواة فالهدف ليس هو المحافظة على الحياة البشرية في حد ذاتها وحسب بل يمتد ليشمل كل ما يتعلق بالسلامة الجسدية⁽¹⁾. ويرى جانب آخر: أن الحقوق التي توجب التدخل إنسانياً لحمايتها تتحدد في الحق بالسلامة الإنسانية والحق في إشباع الإحتياجات الحيوية كالتغذية والصحة والحقوق المدنية والسياسية كالحق في التعبير والرأي⁽²⁾.

إن وجهة النظر الصواب هي ان جميع حقوق الإنسان وحرياته الأساسية التي تضمنتها الوثائق الدولية تستحق أن تحمي بواسطة التدخل الدولي الإنساني مع ضرورة إختيار الوسيلة الأنسب للتدخل وأستبعاد إستخدام القوة المسلحة إلا في حالات الضرورة الملحة⁽³⁾.

إن الملاحظ أنه بعد حربي الخليج (2003/1992) ظهر إنشقاق جديد للقانون الدولي الإنساني وكان أشبه برجة قوية ضد حصن السيادة الوطنية التي تصدعت دعائمها وهكذا (أصبح مجلس الأمن يُدير مزيجاً مأسوياً تتشكّل عناصره من العمل الإنساني والتدابير القمعية). كما حدث في ليبيا وسوريا أخيراً. **الفقرة الثانية / الأساس القانوني للتدخل الدولي .**

لاجدال في أن التطور الهائل الذي لحق بمنظومة حقوق الإنسان قد بلغ حد إعتبارها تراث إنساني مشترك للبشرية جمعاء وهو ما يجعل الإلتزام بحماية حقوق الإنسان غير منحصر في حدود الدولة بل يمتد خارج حدودها وهذا الإلتزام منبعه (ميثاق الأمم المتحدة) الذي تضمن نصوصاً عديدة تلزم الدول الأعضاء بحماية حقوق الإنسان وإحترامها فقد ورد في ديباجة الميثاق (نحن شعوب الأمم المتحدة وقد آتينا على أنفسنا... أن نؤكد من جديد إيماننا بالحقوق الأساسية للإنسان وبكرامة الفرد وقدره للرجال والنساء... وأن توخّد جهودنا لتحقيق هذه الأغراض..).

- أما المادة 55 من الميثاق فقد جعلت من أسباب تهيئة دواعي الإستقرار والرفاهية اللازمين لقيام علاقات سلمية بين الأمم المتحدة أن يشيع في العالم إحترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للجميع بلا تمييز ومراعاة الحقوق والحريات فعلاً.
- أما المادة 56 فقد ألزمت الدول الأعضاء بأن يقوموا منفردين أو مشتركين بما يجب عليهم من عمل لإدراك المقاصد المنصوص عليها في المادة(55).

(1) أنظر د. حسام أحمد هندراوي، قانون المنظمات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص73 مشار إليه لدى د. مصطفى اللاوندي، مرجع سابق، ص23.

(2) المرجع السابق، ص75.

(3) أنظر القرار رقم 688 لسنة 1991 بشأن تدخل الأمم المتحدة في كردستان العراق.

وبدوره أرسى الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948 نظاماً عالمياً لحقوق الإنسان حيث يكون لكل فر التمتع بنظام دولي يمكن أن يتحقق في ظل الحقوق والحريات المنصوص عليها في هذا الإعلان تحقّقاً تاماً وبدون الدخول في مدى إلزامية هذا الإعلان قانوناً تميل نحو القول بإعتباره يتمتع بقوة (قانونية ملزمة) وذلك إستناداً إلى (قاعدة عرفية) هامة تقضي بإحترام حقوق الإنسان وحرياته الأساسية وتوقع العقاب على من يخالفها وأن الإعلان قد ساهم بشكل كبير في نشوء هذه القاعدة⁽¹⁾.

وعود على بدء فإن ما يهمننا في مدار بحثنا هذا هو التركيز على ما ورد في المادة (الأولى) المشتركة من إتفاقيات جنيف 1949 بشأن حماية الحرب وكذلك المادة (الأولى) المشتركة من البرتوكولين الإضافيين الملحقين بهذه الإتفاقية للعام 1977:

حيث ورد النص بشكل صريح وواضح في (إلزام الدول الاطراف بإحترام وضمن احترام أحكامها في جميع الأحوال) وهو ما يستوجب إتخاذ كافة التدابير اللازمة لضمان احترام الدول الأخرى للقواعد الإنسانية في جميع الأحوال⁽²⁾.

● أما (محكمة العدل الدولية) فقد إنتهت في حكم لها عام (1986) إلى أن إنتهاك الإلتزام بفرض إحترام القانون الإنساني وهو ما يكتسب حسب رأي المحكمة وضع المبدأ العام للقانون الإنساني والذي يتجاوز نطاق الإلتزام التعاهدي⁽³⁾.

إن إحترام نص المادة (الثالثة) المشتركة لا يمكن فرضه في وقت (الحرب) وحسب وإنما يتم أيضاً فرضه حتى وقت (السلم) وهو ما يلزم الدول الأطراف وبشكل مباشر فور وقوع إعتداء صارخ أو إنتهاك جسيم لهذه الحقوق للقيام بإتخاذ التدابير الوسائل اللازمة لرد هذا الإعتداء وهو ما يمثّل بالأساس جوهر وهدف القانون الدولي الإنساني⁽⁴⁾.

وهنا يجدر التنويه إلى أن وجود هذه النصوص القانونية أو كأساس للتدخل في نطاق القانون الدولي الأنساني لا يعني بالضرورة إنها (إنسانية) فلا بد من التقيد بالضوابط والأسس حتى يتم وسم التدخل بطابع الشرعية وأي تجاوز لهذه القيود والضوابط يجعل التدخل غير مشروع⁽⁵⁾.

(1) راجع د. حسام أحمد هندراوي، القانون الدولي وحماية الحرية الشخصية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 20-24/ وكذلك د. محمد سعيد الدقاق، التشريع الدولي في مجال حقوق الإنسان، بحث منشور ضمن حقوق الإنسان، دراسات حول الوثائق الإقليمية والعالمية، المجلد الثاني، دار العلم للملايين، بيروت، 1989، ص 76.

(2) راجع/ توصيات المؤتمر الدولي لحقوق الإنسان، طهران، العام 1986.

(3) حكم محكمة العدل الدولية الصادر بتاريخ 27-6-1986 بشأن الأنشطة العسكرية وشبه العسكرية (نيكاراجوا-الولايات المتحدة).

(4) راجع نص المادة الثالثة المشتركة من إتفاقيات جنيف لعام 1949 المشار إليها سابقاً.

(5) د. حسام أحمد هندراوي، التدخل الدولي، مرجع سابق، ص 67.

لقد ترتب على صدور القرار (1991/688) بشأن تدخل الأمم المتحدة في (كردستان العراق) ترسيخ فكرة حق التدخل المسلح لأغراض إنسانية ويكشف عن ظهور حق التدخل لصالح الأفراد الذين يقعون ضحية قمع الأنظمة الحاكمة في بلادهم، وهو ما جعل القانون الدولي يتسع لفكرة واجب التدخل وكذلك بروز مبدأ حق المساعدة الإنسانية فأصبح (حق الإنسان) مقدّم على (حق الدول) وهذا إقرار صريح بحق التدخل الإنساني في النصوص الدولية⁽¹⁾.

الفقرة الثالثة / إنحراف تطبيق التدخل الدولي الإنساني.

نوهنا سلفاً أن واجب التدخل الإنساني ظهر للوجود منذ بدء العمليات العسكرية في (شمال العراق) لصالح الأكراد وكذلك في (الصومال ويوغسلافيا) وحديثاً في (ليبيا) وهذه التدخلات تمت بشكل (تعسفي) من قبل (مجلس الأمن) وبدون موافقة أو دعوة الدول المعنية وهكذا بدأ استخدام القانون الدولي الإنساني كمطية ووسيلة (لشرعة) اللجوء للفصل (السابع) من (ميثاق الأمم المتحدة) وهو ما يجعل التدخل عملاً غير مشروع وقد سعت بعض الدول إلى إعتبار (التدخل) قاعدة من قواعد القانون الدولي إنطلاقاً من أن المعاناة تتعلق بالعالمية وهي جزء من كل إنسان وهنا يبرز حق الضحايا في المساعدة والإغاثة منذ اللحظة التي يطلبونها فيها أي المساعدة الإنسانية لضحايا الكوارث وحالات الطوارئ المشابهة⁽²⁾. وفي مبادرة أخرى وبعد تأكيدها على سيادة الدول والإقرار بمساهمة المنظمات غير الحكومية إقترحت (فرنسا) دراسة وإقامة ممرات إنسانية⁽³⁾. كوسيلة للتدخل الإنساني.

إن هدف القانون الإنساني محدد في إطار النزاع المسلح وهو ما يهدف إلى الحد من الخسائر الناجمة عن الحرب وتمنح نصوصه حقوقاً أساسية للضحايا كحق الحياة والحق في الكرامة ، وتأسيساً على التوصيتين سالفتي الذكر نلاحظ عودة قوية (للتدخل الإنساني)، وهو تطور لافت في القانون الدولي الإنساني فهل يؤدي إنقاذ الضحايا وإغاثتهم إلى التضحية بالسيادة والقانون الدولي الذي يحميها؟

لقد أصبح الشغل الأساسي هو إنقاذ الضحايا بشئى الوسائل بما في ذلك استخدام القوة وهو ما يقودنا إلى (تسييس) هذا العمل الإنساني النبيل !

وهو ما يمثّل (إنحرافاً) خطيراً للعمل الإنساني من قبل (مجلس الأمن) إن أي عمل خارج الإطار القانوني الذي يحدده (القانون الدولي الإنساني) هو عمل (غير مشروع) وأية مساعدة تتم للضحايا دون سند شرعي هي طريقة غير سلمية لإفتقادها السند الذي تقوم عليه ، وهكذا يتضح لنا بجلاء أن التدخل

(1) المرجع السابق نفسه، ص 219.

(2) راجع توصية الجمعية العامة للأمم المتحدة (43/131) المؤرخة في 18-12-1988 بشأن المساعدة الإنسانية لضحايا الكوارث وكذلك التوصية (45/100) المؤرخة في 14-12-1990 بشأن الممرات الإنسانية وأيضاً د. مصطفى اللاوندي، مرجع سابق، ص 48.

(3) المرجع السابق نفسه، ص 50.

الإنساني هو نتاج سياسي وعسكري، وهو بذلك لا يرجع للإهتمام الإنساني لإنطوائه على إستخدام القوة، وهذا ما يبرز تحفظ العديد من الدول والمنظمات على (مبدأ التدخل) خشية تسييسه كما ذكرنا والخروج عن أهدافه، فالعمل الإنساني يجب ألا يكون حبيس الرهانات السياسية التي تحيط بالنزاعات وهذا ما يطرح أسئلة جديدة وجديّة على المستوى القانوني المعياري وعلى المستوى العملي التطبيقي.

إن توسيع الأهلية الإنسانية للأمم المتحدة ليست دائمة مسألة مميزة عن مهمتها في حماية وإعادة السلم ولكن يظهر أن حق (التدخل الإنساني) كثيراً ما يتجاوز تقديم الدواء والغذاء إلى عمل عسكري ذو أهداف خفية وهو ما يتطلب التقيد بجملة الشروط والضوابط اللازمة (لشحنة) اللجوء لإستخدام الأعمال القهرية وتحديد الشكل الذي يجب أن يأخذه العمل العسكري الدولي⁽¹⁾.

إن الإلتزام بعدم الإعتراف بالأوضاع غير المشروعة قانوناً يجد أساسه القانوني في ميثاق (الأمم المتحدة) وتأسيساً على ذلك فإذا ما نجم عن إستخدام القوة ضد دولة ما دمار أو إحتلال لأراضي هذه الدولة فإنه يستوجب إعادة الأمر على ما كان عليه قبل العدوان.

لقد كتب (اغلتون) Eaglton: (أن الحرب مناقضة للقانون لذلك هما ليسا في وضع كي يتواجدا في وقت واحد)⁽²⁾.

أما (غوبير) Gobir: فقد قال (إن السعي لأنسنة الحرب بمساعدة القانون يعني موت وبؤس ملايين البشر)⁽³⁾.

لقد إتسع الجدل بشأن (قانونية) عمليات التدخل العسكري الإنساني حيث قررت دول (الغرب) التحرك العملي بقصد إيجاد سابقة يمكن تواترها بتشكيل (عرف دولي) الذي يمتلك قوة القاعدة القانونية وتطويرها حتى تعترف بشرعية التدخل العسكري الإنساني مستقبلاً⁽⁴⁾.

حيث رأى هؤلاء المدافعون عن مبدأ التدخل أن التهديدات الأساسية للسلم والأمن الدوليين لم تعد نزاعات بين الدول بقدر ما تأتي من داخل الدول أما الإتجاه المعارض والذي تمثله (روسيا والصين) وحركة (عدم الإنحياز) فيرى أن القانون الدولي مازال بعيداً عن الإقرار للدول بحق (عربي) في التدخل العسكري الإنساني لحماية حقوق الإنسان الأساسية⁽⁵⁾. ومن ثم فإن التدخل إن كان لازماً فيجب ألا يُطبَّق إلا على حالات الإنتهاك الجسيم لحقوق الإنسان. وبعيداً عن التسييس والمآرب الخفية.

(1) للمزيد أنظر المجلة الدولية للصليب الأحمر، عدد(11،12)، 1994.

(2) د. كمال حماد، النزاع المسلح، مؤسسة مجد، بيروت، ط1، 1977، ص16.

(3) المرجع السابق نفسه، ص17.

(4) د. عماد جاد، التدخل الدولي بين الإنساني والسياسي، دراسات إستراتيجية، ع 94، الأهرام، القاهرة، 2000، ص10.

(5) د. محمد خليل موسى، إستخدام القوة في القانون الدولي المعاصر، دار وائل للنشر، عمان، 2004، ص223.

الخاتمة

نخلص مما سبق إلى أن للقانون الدولي الإنساني مدلولان (مدلول ضيق) وينصرف إلى حماية حقوق الإنسان إثناء النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية وذلك بتقييد وسائل القتال بحيث لا تتجاوز الضرورة العسكرية وتوفير ضمانات وحقوق للمقاتل الشرعي وحماية السكان والأهداف المدنية .

و (مدلول واسع) أصبح يشمل ما يسمى (بالتدخل الإنساني) وبهذا يكون القانون الدولي الإنساني ذلك الجزء من القانون الدولي الذي يستلهم الشعور الإنساني ولكن الملاحظ أن قواعد هذا القانون غير واضحة وغير كاملة حالياً خاصة مع تطور الأسلحة الفتاكة وإيغال بعض الأنظمة في التدمير والإبادة مما يستوجب تطوير هذه القواعد ومراقبة تنفيذها حتى تكون أكثر فاعلية .

إن الحالات التي تستوجب تدخل اللجنة الدولية للصليب الأحمر والمنظمات والتي تصطدم بالسيادة الوطنية يجب تجاوزها. وقد لاحظنا (تدويل) مسؤولية إنتهاكات حقوق الإنسان وإنتزاعها من السيادة القضائية الإقليمية للدول كما أنه وإن كانت الحماية الجنائية لحقوق الإنسان ذات طابع (سياسي) أكثر منه (قانوني) في الظروف الدولية الراهنة لأنها تستخدم كوسيلة (ضغط سياسي) على الأنظمة السياسية في العالم من قبل الدول المؤثرة في المجتمع الدولي (لتبديل) الأنظمة التي لا تتفق مع مصالح هذه الدول فإن حقوق الإنسان أصبحت في معظم مفرداتها خارج صميم السلطان الداخلي للدول فقد أضحي الفرد شخصاً من أشخاص القانون الدولي وأصبحنا أمام (أنسنة) القانون الدولي الذي أصبح يتجه حثيثاً نحو (التدخل الإنساني) الذي هو محل نظر وبالتالي فإن تنظيم النزاع المسلح لا يعني إضفاء الشرعية عليه بل التعامل معه كواقع مفروض في العلاقات الدولية، يهدف إلى إقامة علاقات إنسانية بين أشخاص القانون الدولي بمناسبة إستعمال وسائل معينة تسبب ضرر للخصم وأيضاً حماية المدنيين وقت النزاعات المسلحة وبالتالي فإن إنتهاك قواعده تنتج عنه مسؤولية قانونية دولية للأطراف المتنازعة التي تخالف القانون الدولي كما ينتج مسؤولية جنائية لبعض الأفراد الطبيعيين وتظل الفاعلية والتطبيق ومستوياته الشخصية و المادية مثار تساؤل ونقاش طويل! ويظل القانون الدولي الإنساني هذا أساس الحماية القانونية لحقوق الإنسان والتي تم التسليم تماماً بوجوبها في كل وقت.

والله ولي التوفيق



قائمة المراجع

- 1- د. أحمد أبو الوفا - الوسيط في القانون الدولي العام - دار النهضة العربية-القاهرة-2004.
- 2- د. حسام احمد هندراوي-القانون الدولي وحماية الحرية الشخصية - دار النهضة العربية-القاهرة-1992.
- 3- د. صلاح الدين بن عامر- مقدمة إلى دراسة قانون النزاعات المسلحة- دار الفكر العربي - القاهرة - 1986 .
- 4- د. عبد الغني محمود- القانون الدولي الإنساني مقارناً بالشرعية الإسلامية- دار النهضة العربية - القاهرة - 1988 .
- 5- د. عامر الزمالي - مدخل إلى القانون الدولي الإنساني -المعهد العربي لحقوق الإنسان- دار البيضاء-1993.
- 6- د. عبد الحميد خميس- جرائم الحرب والعقاب عليها- منشورات البابلي-القاهرة-1985.
- 7- د. عبد الرحيم صدقي-القانون الجنائي الدولي- دار النهضة العربية-القاهرة-1986.9-
- 8- د. عبد الحسين شعبان - السيادة ومبدأ التدخل الإنساني- جامعة صلاح الدين- أربيل-العراق-2000
- 9- د. عباس هاشم السعدي - مسئولية الفرد عن الجريمة الدولية- دار المطبوعات الجامعية-الإسكندرية-2002.
- 10- عماد جاد- التدخل الدولي بين الإنساني والسياسي مجلة دراسات إستراتيجية العدد (94) - الأهرام-القاهرة-2000.
- 11- كمال حماد - النزاع المسلح - دار مجد - بيروت - 1977.
- 12- محمود شريف بسيوني- المحكمة الجنائية الدولية- القاهرة - 2001-
- 13- د. محي الدين عشموي- حقوق المدنيين تحت الإحتلال الحربي -رسالة دكتوراة- كلية الحقوق-عين شمس-القاهرة-1972.
- 14- د. مصطفى اللاوندي- محاضرات القانون الجنائي الدولي غير مطبوعة -كلية القانون - سرت-2004.
- 15- د. يحيى خليل موسى- إستخدام القوة في القانون الدولي المعاصر- دار وائل-عمان-الأردن -2004.
- 16- د. جعفر عبدالسلام- القانون الدولي الإنساني في الإسلام - بحث منشور بمجلة الشريعة والقانون العدد(2). 1986.

- 17- المجلة الدولية للصليب الأحمر العدد(3). 1981.
- 18- المجلة الدولية للصليب الأحمر الأعداد (10-11-12). 1994.
- 19- توصيات المؤتمر الدولي لحقوق الإنسان-طهران-. 1986.
- 20- القانون الدولي الإنساني- إتفاقيات جنيف الأربع والبرتوكولات الملحقمة بها- منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية سلسلة النصوص القانونية العدد(13) ديسمبر/ 2007 - المملكة المغربية- وزارة العدل .

القبض في قانون الإجراءات الجنائية الليبي
مقارنا بالقانون الإجرائي المصري

د/ مفتاح محمود اجبارة

الأستاذ المساعد بكلية القانون/ قسم القانون الجنائي/

جامعة بنى وليد

مُتَكَلِّمًا

إن حرية الفرد في التنقل من الحريات الاساسية لدى الانسان ، وهي مع الحريات الشخصية الاخرى ، سابقة في وجودها علي وجود الدولة ، فالدولة لا تمنح الافراد هذه الحريات ، وكل مالها هو تنظيم هذه الحريات ، فكل تدخل من الدولة في هذه الحريات يعد قيداً يرد علي هذا الحق ، فيجب ان يكون هذا القيد في أضيق نطاق ، من أجل تحقيق الصالح العام ، المتمثل في ضرورة توفير الأمن والاستقرار.

والقبض هو أحد الإجراءات التي تقيد حرية الفرد في التنقل ، ويمس هذه الحرية بشكل بالغ ، غير ان القبض كأجراء يحد من حرية الافراد في التنقل ، لا بد ان يكون له ما يبرره . ولا بد أن تكون هناك فائدة مرجوه من وراء مباشرة هذا الإجراء ، ويجب أن يمارس من قبل جهات معينه ، وفي الحالات المحددة قانوننا ، ووفقا لضوابط معينة ، هذه الضوابط أو الضمانات المنصوص عليه في التشريع (قانون الاجراءات الجنائية) ، وفي حالة ما اذا بوشر القبض علي أي شخص ، سواء من قبل اشخاص غير مختصين به قانونا ، أو بوشر من قبل الاشخاص المخولين بمباشرة قانوننا ، في غير الحالات التي يجوز لهم فيه مباشرته ، فإنه يكون إجراء باطلاً ، وكذلك الحال يكون باطلا فيما إذا ما باشره الشخص المخول به قانونا ، وفي غير الحالات التي يجوز له فيها مباشرته ، كأن لم يباشر القبض بالضوابط ، أو الضمانات المنصوص عليها في القانون ، وبالتالي فإن كل الآثار أو النتائج التي تترتب عليه تكون باطله ، ولبيان كل ذلك سوف نتناول موضوع بحقنا هذا بعون الله في مطلبين ، المطلب الاول نخصمه لبيان تعريف القبض ومبرراته وخصائصه ، والمطلب الثاني سنخصمه لبيان تمييز القبض عن غيره من الإجراءات التي تشابهه ، وضمائنه .

المطلب الاول :تعريف القبض ومبرراته وخصائصه

الفرع الاول :تعريف القبض

أولا / التعريف اللغوي للقبض:- القبض علي الشيء بمعنى أخذه ، وهو ضد البسط ، ويقال صار الشيء في قبضك وفي قبضتك) أي في ملكك والانتقباض ضد الانبساط و (انقبض) الشيء أي صار مقبوضا و(القبضة) بالضم ما قبضت عليه من شيء ، يقال أعطاه قبضة من سويق او تمر ،أي كفايته ، وربما جاء بالفتح، و(المقبض) بوزن المجلس من القوس والسيف ونحوهما ،حيث تقبض عليه بجمع الكف ،و(تقبض) عنه اشمأز(تقبض) الجلد في النار انزوت و(قبض) الشيء تقبضا جمعه وزواه ، و(قبضه)

المال ايضاً أعطاه إياه و(قبض) فلان علي ما لم يسم فاعله فهو (مقبوض) أي مات ، والقبض الإسراع⁽¹⁾ ومنه قوله تعالى (صافات ويقبضن)⁽²⁾، وتعني بالفرنسية (Arrestation) ، وفي اللغة الانجليزية (Arrest) وهي تعني يحجز أو يعوق⁽³⁾

ثانيا/ المعنى الاصطلاحي للقبض :-

لم يضع المشرع الليبي ولا المصري والفرنسي تعريف للقبض ، واهتم ببيان الجهات المخولة بمباشرته ، وتحديد الحالات التي يباشر بمناسبةها ، وواجباتها ، وسلطات تلك الجهات ، وترك مهمة التعريف للفقهاء والقضاء⁽⁴⁾. بينما ذهبت بعض التشريعات العربية الي وضع تعريف للقبض ، فنجد المشرع اليمني قد عرفه في المادة (70) من القرار الجمهوري رقم 13 بقانون لسنة 1994م بشأن الاجراءات الجنائية اليمني بأنه : " هو ضبط الشخص وإحضاره أمام المحكمة ، أو النيابة العامة ، او مأمور الضبط القضائي ، في الحالات المنصوص عليها قانونا ، ويكون بموجب أمر صادر من الأمر بالقبض ممن يملكه قانونا كتابة او شفويا ، إذا كان الشخص الأمر حاضرًا أمامه ، ويترتب علي ذلك حرمان المقبوض عليه من حريته حتي يتم التصرف في أمره⁽⁵⁾ .

كما عرفه المشرع الكويتي بأنه "هو ضبط الشخص وإحضاره ولو جبراً أمام المحكمة أو المحقق ، بموجب أمر صادر منه ، أو غير أمر في الحالات التي نص عليها القانون⁽⁶⁾

(1) راجع / الإمام محمد بن أبي بكر عبدالقادر الرازي ، مختار الصحاح ، دار الكتاب العربي ، بيروت لبنان ، 1997م ، ص 519 ، وراجع / الطاهر احمد الزاوي ، مختار القاموس ، الدار العربية للكتاب ، الجماهيرية 1983/1984م ، ص 488

(2) سورة الملك / الآية رقم (19)

(3) راجع / أ : ابراهيم محمد ابراهيم ، النظرية العامة للقبض علي الاشخاص في قانون الاجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1996 م ، ص 15 .

(4) راجع / د: محمد عيد غريب ، الاختصاص القضائي لمأمور الضبط القضائي في الاحوال العادية والاستثنائية ، بدون دار نشر ، 1999م ، ص 87. وراجع / د : عادل ابراهيم اسماعيل ، سلطات مأموري الضبط القضائي بين الفاعلية و ضمانات الحرية ، والحقوق الفردية ، دراسة مقارنة ، بدون دار نشر ، 2001 م ، ص 203 . وراجع / ممدوح ابراهيم السبكي ، حدود سلطات مأمور الضبط القضائي في التحقيق ، رسالة دكتوراه ، دار النهضة العربية القاهرة ، 1998 م ، ص 198 . وراجع / د : هلالى عبد اللاه احمد ، المركز القانوني للمتهم في مرحلة التحقيق الابتدائي دراسة مقارنة بالفكر الجنائي الإسلامي ، ط 2 ، دار النهضة العربية القاهرة ، بدون تاريخ نشر ، ص 360

(5) راجع : موسوعة التشريعات العربية ، الجزء السابع ، وراجع / د : عبد الرحمن محمد عبدالله الخضري ، سلطات مأمور الضبط القضائي في حالة الجريمة المشهودة (التلبس) دراسة في القانون اليمني مقارنة بالفقه الإسلامي والقانون المصري ، رسالة دكتوراه ، أكاديمية الشرطة القاهرة ، 1996 م ، ص 330 .

(6) راجع : موسوعة التشريعات العربية ، الجزء الخامس ، اجراءات

أما الفقه⁽¹⁾، فقد تعددت التعريفات فيه لإجراء القبض، وأن كان لا يخرج عن كونه إجراء من إجراءات التحقيق التي تنطوي علي مساس بحرية الفرد الشخصية في الحركة والتنقل، ولو لفترة وجيزة،

(1) فقد عرفة / د : أحمد فتحي سرور " بأنه " حرمان الشخص من حرية التحول ولو لفترة يسيرة ، راجع /الدكتور : احمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون الاجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، 1993 ، ص 630 . وعرفه الدكتور / محمود نجيب حسني بأنه " سلب حرية شخص لمدة قصيره باحتجازه في المكان الذي يعده القانون لداك . راجع / د : محمود نجيب حسني ، شرح قانون الاجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، 1988م ، ص 568 . وعرفة الدكتور مأمون محمد سلامة بأنه " الحجز علي حرية المتهم بتقييد حريته في التحول ، راجع / د : مأمون محمد سلامة ، قانون الاجراءات الجنائية معلقا عليه بالفقه واحكام القضاء ، دار الفكر العربي 1981 م ، ص 233 . كما عرفة الدكتور / عمر سعيد رمضان بأنه " تقييد حركة المتهم بحجزه وحرمانه من حرية التحول ، ولو لفترة يسيره ، لمنعه من الهروب تمهيدا لأرساله للنيابة العامة ، لأتخاذ بعض الاجراءات ضده ، راجع / د : عمر السعيد رمضان ، قانون الاجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، 1988 ، ص 603 . وعرفه الدكتور عوض محمد عوض بأنه " تقييد حرية الشخص في التحول لفترة طالت أو قصرت وحملة علي البقاء في مكان معين الي حين الانتقال اليه ، تمهيدا لا اتخاذ بعض الإجراءات قبله ، راجع الدكتور / عوض محمد عوض ، المبادئ العامة في قانون الاجراءات الجنائية، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 9999م ، ص 262 ، وعرفة الدكتور / محمد زكي ابو عامر بانه " حرمان الشخص من حريته في الحركة والتحول ، راجع / د محمد زكي الدين عامر ، الاجراءات الجنائية ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 1984م ، ص 225 . وعرفة الدكتور / حسن العلام بأنه " مجموعة من احتياطات وفتيه للتحقق من شخصية المتهم واجراء التحقيق الاولي ، وهي احتياطات متعلقة بحجز المتهمين ، ووضعهم في أي محل كان تحت تصرف البوليس لمدة بضع ساعات ، كافيه لجمع الاستدلالات التي يمكن أن يستنتج منها لزوم توقيع الحبس الاحتياطي وصحته قانونا ، راجع / د: حسن العلام قانون الاجراءات الجنائية مع تعليق فقهي تحليل للنصوص وقضاء النقض وتعليمات النيابة العامة ، ط 2 ، منشأة المعارف الاسكندرية ، بدون تاريخ نشر ، ص 113 .، كما يمكن مراجعة د/ سدران محمد خلف ، سلطة التشريع في التشريع الكويتي والمقارن ، رسالة دكتوراه ، اكاديمية الشرطة القاهرة ، 1985 ، ص 243 . وراجع / د : عبدالرحمن محمد عبد الله الحضرمي ، سلطات مأمور الضبط القضائي، ص 330 . وراجع / د : معاوية عبدالرحمن حمد محمد ، معايير القبض بين النظرية والتطبيق ، رسالة دكتوراه ، المركز القومي للدراسات الامنية والتدريب ، الرياض ، المعهد العالي للعلوم الامنية ، قسم العدالة الجنائية ، 1988 م ، ص 54 . وراجع / د عبد الاله محمد النواصة ، ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي دراسة مقارنة بين التشريعين المصري والاردني ، رسالة دكتوراه ، عين شمس ، 2000م ، ص 389 . وراجع / د : رقية عبدالله محمد احمد الرملي = ، = اختصاصات مأمور الضبط القضائي المتعلقة بالقبض والتفتيش ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 2008 م ، ص 121 ، وراجع / د : سامي سالم محمد عابدين ، الضبطية القضائية في فلسطين اختصاصاتها في مرحلتي الاستدلال والتحقيق ، رسالة دكتوراه ، معهد البحوث والدراسات العربية ، 2007م ، ص 227 . وراجع / د : احمد ادريس احمد ، افتراض براءة المتهم ، رسالة دكتوراه ، 1984 م ، ص 327 ، وراجع / د : عارف محمد عبد الرحيم ، دور ومهام أعضاء الضبط القضائي في مرحلتي التحري والتحقيق الابتدائي ، دراسة مقارنة بين القانون المصري والاردني ، رسالة دكتوراه، جامعة طنطا ، 2007 م ، ص 161 .

أجازته القانون في حالات وبضوابط معينه ، ويهدف إلي اقتياد المقبوض عليه ، ولو جبرا للمثول أمام مأمور الضبط القضائي ، أو سلطة التحقيق ، لسماع أقواله ، أو استجوابه ، ومن ثم إطلاق سراحه ، أو حبسه احتياطياً ، لضمان تنفيذ الحكم الذي يصدر في حق المتهم. أما الفقه الفرنسي فقد اختلف في تعريف القبض تبعاً لاختلاف وجهات النظر ، فبعض الفقه الفرنسي ذهب إلي أنه " الإمساك بجسم الفرد ومنعه مؤقتاً من حرية الذهاب والعودة"⁽¹⁾ ، وعرفه البعض الآخر بأنه " حجز شخص واقتياده امام القاضي المختص لسماع أقواله دون تأخير "⁽²⁾ . أما القضاء فنجد محكمة النقض المصرية قد عرفته بأنه " إمساك شخص من جسمه وتقييد حريته وحرمانه من حرية التجول "⁽³⁾ ، وعرفته ايضاً بأنه " إمساك الشخص من جسمه وتقييد حركته وحرمانه من حرية التجول ، كما يرد ، ودون أن يتعلق الأمر بقضاء فترة زمنية معينة"⁽⁴⁾ ، وعرفته المحكمة العليا الليبية بأنه " الحجز علي حرية المتهم في التجول وتقييد حركته فترة من الزمن ، وأن حق استعماله من غير سلطات التحقيق مشروط بشروط حددتها المادة 24 من قانون الاجراءات الجنائية"⁽⁵⁾

(1) Cass In (R) arctotio n encyclo pride Dalloz Penlale , 1 , No , 1 , P 2 .

(2) Assaid (mohammed - jalal) La prsomption D , inno , Cence , These . Paris , 1969 , No 603 , P 361

(3) راجع نقض جنائي مصري رقم 46258 لا لسنة 66 مجموعة احكام النقض المصرية ، جلسة 2 يوليه 1998 م ، رقم 107 ، س 66 ، ص 833 .

(4) راجع نقض جنائي مصري ، جلسة 9 / 6 / 1969 م مجموعة احكام النقض المصرية ، السنة 20 ، ق 171 ، ص 853 .

(5) راجع طعن جنائي ليبي رقم 299 / 29 قضائية ، جلسة 29 / 6 / 1982 م ، مجلة المحكمة العليا ، السنة 19 ، العدد 4 ، يوليو 1983 م ، ص 162 .

الفرع الثاني: خصائص القبض

من خلال التعريفات السابق بيانها للقبض ، سواء من الفقه أو القضاء ، يمكن لنا استخلاص خصائصه ، والتي تتمثل في أنه إجراء من إجراءات التحقيق ، وأن جوهره حرمان المتهم من حرية التنقل ، وأخيراً أنه إجراء عارض .

اولاً/ أجراء من إجراءات التحقيق :-

فمن حيث طبيعة القبض القانونية ، يعد القبض احد اجراءات التحقيق بل أهمها⁽¹⁾ ، ولذلك يصدر الامر به من سلطة التحقيق في الاصل ، ويباشره مأمور الضبط القضائي استثناء في الاحوال التي نص عليها القانون في المادة (24) اجراءات ليبي ، والمادة (34) اجراءات مصري ، أو في حالة ندب مأمور الضبط القضائي من سلطة التحقيق المختصة بمباشرة . وثار خلاف بين الفقه بشأن الطبيعة القانونية للقبض كأجراء استثنائي يباشره مأمور الضبط القضائي ، فالبعض يرى أنه من اجراءات الاستدلال⁽²⁾ ، وسندهم في ذلك أن هذا الاجراء لا يعنى البحث عن الادلة ، رغم كونه ينطوي علي مساس بالحرية الفردية ، كما أن سمة الجبر والاكراه التي يتسم به الاجراء لا يستمد من ذاتيته ، من كونه إجراء من اجراءات التحقيق ، وإنما يستمد ذلك من الضرورات التي فرضت للدولة ، وان يكون لها - نظام قانوني - هيبتها أمام الجريمة المشهودة بارتكابها أمام الكافة⁽³⁾ .

(1) راجع / د : محمود نجيب حسني ، القبض علي الاشخاص ، حالاته وشروطه وضماناته ، مركز بحوث مكافحة الجريمة ومعاملة المجرمين ، القاهرة ، 1999م ، ص 34 . وراجع / د : ابراهيم احمد ابراهيم ، مرجع سابق ، ص 52 . وراجع / د : جلال ثروت ، نظم الاجراءات الجنائية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، 1997 م ، ص 425 . وراجع ، عدلي امير خال ، أحكام قانون الاجراءات الجنائية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، 2000م ، ص 28 . وراجع / أ : سعيد محمود الديب ، القبض والتفتيش في قانون الاجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، 2005 ، 2006 م ، ص 33 . وراجع / أحمد المهدي ، أشرف الشافعي ، التحقيق الجنائي الابتدائي وضمانات المتهم وحمايته ، دار الكتب القانونية ، 2006 م ، ص 66 . وراجع / د : ابراهيم حامد طنطاوي ، شرح قانون الاجراءات الجنائية ، الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية ، 2004 م ، ص 426 .

ويذهب د/ عوض محمد عوض الي أن القبض لا يعد اجراء تحقيق ، وإنما الامر به هو وحده الذي يعد إجراء تحقيق ، ذلك لان مباشرة القبض وحده هو عمل مادي خالص ، وليس من مهام التحقيق ، ولكنها من مهام غيره ، فلا يشترط فيمن يقوم به توافر صفة مأمور الضبط القضائي ، وإنما يصح القبض وان كان من يباشره من رجال السلطة العامة ، وهو ما صرحت به المادة 3/35 والمادة 2/27 اجراءات مصري .

(2) راجع / د : توفيق محمد الشاوي ، فقه الاجراءات الجنائية ، الجزء الاول ، الطبعة 2 ، دار الكتاب العربي ، 1945 م ، ص 276 . وراجع / د : محمد زكي الدين أبوعامر ، الاجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص 217 .

(3) راجع / د : ابراهيم حامد طنطاوي ، مرجع سابق ، ص 425 ، 426 . وراجع / د : محمد زكي الدين أبو عامر ، مرجع سابق ، ص 217 ، 218 .

ويذهب الرأي الغالب في الفقه المصري الي أن اجراء القبض ، وغيره من إجراءات التحقيق الماسة بالحريات الشخصية ، هي اجراءات تحقيق وليس استدلال⁽¹⁾، وسندهم في ذلك أن معايير التفرقة ما بين ما يعد اجراء تحقيق ، وما يعد اجراء استدلال يكمن في مدى مساس الاجراء بالحريات⁽²⁾، بالإضافة الي ان القبض يشمل علي البحث المتعمق في مادة التحقيق ، تمحيصا وتنقيبا، عن ادلتها ، وليس الامر مقصورا علي عناصر يستقي منها الدليل⁽³⁾، بالإضافة الي ان القول بأن اجراء القبض عندما يباشره مأمور الضبط القضائي ، يختلف في تكييفه ، عنه عندما تباشره سلطة التحقيق ، وهو قول غير جائز ، لان تكييف الاجراء يتحدد حسب طبيعته ، لا بحسب القائم به⁽⁴⁾.

ثانيا / جوهر القبض الحرمان من حرية التنقل:-

لعل من ابرز السمات الجوهرية للقبض أنه يضع قيда علي الحرية في الحركة والتنقل ، حيث يكون زمام المقبوض عليه في يد القابض عليه ، ولا عبرة بمدة سلب الحرية ، فقد يستغرق القبض مدة وجيزة ، ويتحقق خلالها الغرض من القبض ، تقل هذه المدة عن المدة التي حددتها القوانين للقبض ، وقد يتعادل القبض من حيث الزمان مع الاستيقاف ، ومع ذلك ما يميز القبض عن الاستيقاف ، هو ان القبض اجراء مقصود لذاته ، أما الاستيقاف فهو وسيلة استقصاء ، يقوم به ذات القائم بالقبض ، لاستجلاء ما ثار في نفسه من شكوك ، وملابسات ، وهو ما يترتب عليه ، أما القبض علي الشخص المستوقف ، وإما تركه يمضي لحال سبيله.⁽⁵⁾

(1) راجع / د : ادوارد غالي الذهبي ، الاجراءات الجنائية في التشريع المصري ، الطبعة الثانية ، مكتبة غريب ، 1990 م ، ص 347 . وراجع / د : رؤوف عبيد ، مبادئ الاجراءات الجنائية في القانون المصري ، الطبعة 17 ، دار الجيل للطباعة ، 1989 م ، ص 326 . وراجع / د : مأمون محمد سلامة ، الاجراءات الجنائية في التشريع الليبي ، الجزء الاول ، الطبعة الاولى ، منشورات الجامعة الليبية ، 1971 م ، ص 469 . وراجع / د : ممدوح ابراهيم السبكي ، حدود سلطات مأمور الضبط القضائي في التحقيق ، رسالة دكتوراه ، أكاديمية الشرطة القاهرة ، 1999 م ، ص 56 . وراجع / د : سامي حسني الحسيني ، النظرية العامة للتفتيش في القانون المصري والمقارن ، رسالة دكتوراه ، دار النهضة العربية ، 1972 م ، ص 192 .

(2) راجع / د : عوض محمد عوض ، قانون الاجراءات الجنائية الليبي ، مرجع سابق ، ص 221.

(3) راجع / د : حامد ابراهيم طنطاوي ، سلطات مأمور الضبط القضائي ، رسالة دكتوراه ، المكتبة القانونية القاهرة ، 1997 م ، ص 500 .

(4) راجع / د : فوزية عبد الستار ، شرح قانون الاجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، 1987 م ، ص 271 . وراجع / د : محمود نجيب حسني ، شرح قانون الاجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص 286 .

(5) راجع / د : رمسيس بنهام ، الاجراءات الجنائية تأصيلا وتحليلا ، الجزء الاول ، منشأة المعارف الاسكندرية ، 1997 م ، ص 162 . وراجع / د : حسن ربيع ، الاجراءات الجنائية في التشريع المصري ، الطبعة الاولى ، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر ، 2000 م ، ص 404 .

وبناء علي ذلك ، لا يعد كل اجراء يباشره مأمور الضبط القضائي ، ويترتب عليه تقييد حرية الافراد قبضاً⁽¹⁾.

ولقد نالت إجراءات القبض علي المتهم ، اهتمام المشرع في جميع التشريعات ، وذلك بان أعطت القوائم بتنفيذه ، سلطة استعمال القوة لمباشرة هذا الاجراء ، خصوصا اذا ما قاوم المتهم، أو حاول الهرب⁽²⁾، فالإكراه سمة جل اجراءات التحقيق، لا عبرة بموافقة الاشخاص المباشر حيالهم الاجراء ، ورضاهم به من عدمه ، وعند مباشرة اجراء القبض في الحالات المنصوص عليها قانونا ، لا مناص امام المقبوض عليه سوى الرضوخ لأوامر القائم به ، ومرافقته إلي المكان المخصص لسلب الحرية قانونا ، وعند ذلك يأخذ المتهم صفة المقبوض عليه ، وعلي ذلك فان القبض يتحقق بإمسك المقبوض عليه ، بما يتضمن ضبط جسمه ، بأية وسيلة تتطلبها الحالة ، ويعتبر الإمساك أو ضبط جسم المتهم ، العنصر الجوهرى لإجراء القبض ، وتملك السلطة الممارسة لإجراء القبض ، سلطة تنفيذه وبالطريقة التي كان يستخدمها الشخص العادي ، لو وجد في مكانه⁽³⁾.

ومع ذلك فان استخدام القوة ليس شرطا لمباشرة القبض ، ففي بعض الاحيان لا يحتاج تنفيذ القبض سوى لاتهام الشخص بأمر القبض ، وفي احيان اخرى يحتاج الامر في تنفيذه الي استخدام قدر من القوة⁽⁴⁾. وهذا ما دفع البعض الي محاولة التفرقة بين القبض ، باستخدام القوة ، والقبض الذي يتم بدونه ، بحيث يطلق علي القبض مع استخدام القوة بأنه قبض حقيقي ، بينما القبض الذي يتم بدون استخدام القوة بأنه هو قبض صوري⁽⁵⁾.

غير ان القبض في واقع الحال يقع في كلا الحالتين تام ، ذلك ان التجاوب والرضوخ ، لا يغير من طبيعة القبض ، وكونه إجراء يتسم بالجبر والإكراه ، ولذا فإنه لا يتصور وجود نوعين من القبض ، أحدهما حقيقي ، والاخر صوري ، فأما أن يكون هناك قبض أو لا يكون⁽⁶⁾.

(1) راجع/ د : محمد عودة ذياب ، الاختصاص القضائي لمأمور الضبط القضائي في الاحوال العادية والاستثنائية ، بدون دار نشر ، 1999م ، ص 301 .

(2) راجع / د : محمد عيد غريب ، الاختصاص القضائي لمأمور الضبط القضائي ، مرجع سابق ، ص 90 .

(3) راجع/ د : محمد عودة ذياب الجبور ، الاختصاص القضائي لمأمور الضبط ، مرجع سابق ، ص 304 .

(4) راجع / د : محمد زكي ابو عامر ، الاجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص 225 . وراجع / د : عادل ابراهيم اسماعيل صفا ، سلطات مأمور الضبط القضائي بين الفاعلية وضمن الحريات والحقوق الفردية ، دراسة مقارنة ، دار النسر الذهبي ، 2001 م ، ص 206 .

(5) Leigh (L.H) Police Powersin England Wales Laved . No, 75 , P .37 .

(6) راجع / د : ابراهيم محمد ابراهيم ، مرجع سابق ، ص 303 .

ولا يلزم لصحة القبض ، أن يسفر التحقيق عن ثبوت التهمة المنسوبة الي المقبوض عليه ، حسب اعتقاد السلطة المباشرة للأجراء ، فالقبض يظل صحيحا حتي ولو تبين من التحقيق ، ان المقبوض عليه لا علاقة له بالجريمة⁽¹⁾ .

ثانيا / القبض اجراء عارض:-

القبض بطبيعته إجراء مؤقت⁽²⁾، ينتهي إما بأخلاء سبيل المتهم أو بحبسه احتياطيا ، ولذا فإن المشرع حرص علي عدم سلب حرية المقبوض عليه ، وقتا يزيد علي ما تقتضيه مصلحة التحقيق⁽³⁾ ، فأوجب علي مأمور الضبط القضائي الذي باش القبض ، أن يسمع أقوال المقبوض عليه فورا (المادة 26 اجراءات لبيي) والمادة (36 اجراءات مصري) ، وذلك للبت في امره ، إما بإحالته الي سلطة التحقيق خلال المدة التي حددها القانون ، والتي لها أن تأمر بأطلاق سراحه ، أو حبسه احتياطيا ، بعد استجوابه ، كل ذلك في حالة عدم قناع مأمور الضبط ببراءة المتهم⁽⁴⁾، وإما بأخلاء سبيله في حالة قناعته ببراءة المقبوض عليه .

والقبض كإجراء عارض يثير الموازنة بين مصلحتين ، مصلحة المجتمع في سلب حرية المتهم قبل إدانته ، من أجل تحقيق العدالة الجنائية ، والوصول الي الحقيقة ، بأن الجريمة التي ارتكبت فأخلت بأمن الجماعة واستقرارها ، وبين مصلحة الفرد والتي تكمن في ألا تسلب حريته ، إلا اذا صدر حكم قضائي بات بإدانته⁽⁵⁾ .

والمشرع في أغلب التشريعات ، غلب مصلحة الجماعة علي مصلحة الفرد ، إلا أنه كفل في نفس الوقت الحرية الشخصية ، وذلك بأن قيد السلطات المختصة بإجراء القبض بعدم مباشرته ، إلا بالقدر الضروري الذي تقتضيه مصلحة التحقيق ، كما حدد حالاته وضوابطه و ضماناته ، حتى لا يساء استخدامه⁽⁶⁾ .

(1) راجع / د : محمد محمد مصباح القاضي ، الحماية الجنائية للحرية الشخصية، ص 169 .

(2) راجع / د : ابراهيم محمد ابراهيم ، مرجع سابق ، 303 .

(3) راجع / د : عوض محمد عوض ، المبادئ العامة في قانون الاجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص 396 . وراجع

/ د : نجيب محمود حسني ، شرح قانون الاجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص 697 .

(4) راجع / د : ن محمود جيب حسني ، مرجع سابق ، ص 697 .

(5) راجع / د : عوض محمد عوض ، مرجع سابق ، ص 269 .

(6) راجع / أ : احمد المهدي ، واشرف الشافعي ، القبض والتفتيش والتلبس الشروط والآثار المترتبة علي كلا منهم ،

دار العدالة ، 2007 م ، ص 53 .

الفرع الثالث

مبررات القبض

يذهب الفقه في تبرير القبض الي انه يحافظ علي ادلة الإثبات ، وصيانتها من العبث والتحريف ، وكذلك ضرورة سماع اقوال المقبوض عليه ، وهو ما يطلق عليه لمصلحة التحقيق ، كما أن حماية المقبوض عليه ، ومنعه من ارتكاب الجرائم يعد من مبررات القبض ، وهو ما يطلق عليه بالوظيفة الامنية، واخيرا فإن ضمان مثول المقبوض عليه أمام السلطة القضائية ، يعد المبرر الثالث ، وهو ما يطلق عليه ضمان تنفيذ الحكم .

اولا / مصلحة التحقيق الابتدائي :-

عندما تمارس جهة اجراء القبض فإنها تهدف عادة من وراء ذلك ، الوصول الي الادلة التي تكشف الحقيقة ، فالقبض علي المتهم من شأنه ، أن يجعله في قبضة سلطة التحقيق ، وهو وما يمكن المحقق من استجواب المتهم ، ومواجهته بشهود الاثبات ، الامر الذي يمكن سلطة التحقيق من الكشف عن خفايا الجريمة ، وملايسات الظروف التي وقعت فيها⁽¹⁾، كما أن ما يبرر القبض أنه يحول دون تلفيق أدله او قرائن ، من شأنها أن تضلل سلطة التحقيق ، كما يمكن سلطة التحقيق من رفع آثار الجريمة ، وضبط أدلتها قبل ان تنالها يد الجاني بالعبث والتلف ، او التلفيق⁽²⁾.

فالقائم بأجراء القبض ، يحقق مصلحة للتحقيق حيث انه يحول دون ضياع جهود مأموري الضبط القضائي ومعاونيهم ، وذلك من خلال عدم تمكين المتهم من الاتصال بأهله ، ورفاقه ، والتنسيق معهم ، لإخفاء آثار الجريمة⁽³⁾، وكذلك حث شركائه علي تنظيم دفاعاتهم وإخفاء القرائن ، والاتصال بالشهود ، والاتفاق معهم علي دحض القرائن، التي يعتمد عليها الاتهام ، وكذلك عملهم علي منع الخني عليه من الاتصال بشهود الإثبات في الدعوي الجنائية ، عن طريق ترغيبهم أو إرهابهم في حالة إذا ما ادلو بشهادتهم ضده في التحقيق⁽⁴⁾، بالإضافة الي أن القبض علي المتهم من شأنه ان يمكن السلطة المباشرة لهذا الاجراء ، من الحصول علي المزيد من الادلة ، وذلك لان معظم التشريعات تعطي السلطات

(1) راجع / د : خلف الله ابو الفضل عبد الرؤوف ، القبض علي المتهم ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، جامعة الاسكندرية ، 2008 م / ص 91 .

(2) راجع / أ : حسن ابراهيم القرضاوي، ص 693 ، وراجع / د : خلف الله ابو الفضل ، عبد الرؤوف مرجع سابق ، ص 91 .

(3) راجع / د : محمود نجيب حسني ، مرجع سابق ، ص 693 . وراجع / د : جندي عبد الملك ، الموسوعة الجنائية ، الجزء الرابع ، مطبعة بيروت ، ص 553 ، وراجع / محمد حمودة أجبور، المرجع السابق ، 296 ، وراجع / د : عمر السعيد رمضان المرجع السابق ، ص 403 .

(4) راجع / د : عوض محمد عوض ، مرجع سابق ، ص 507 .

المخولة بممارسة اجراء القبض ، الحق في تفتيش المتهم ، اذ ان القبض يجيز التفتيش (1). بالإضافة الي ان القبض علي المتهم ، من شأنه ان يحمي القائم بهذا الاجراء ، من أي اعتداء قد يقع من المتهم ، بواسطه أي اسلحة أو أدوات حادة تكون في حوزته (2)، وكذلك فإن القانون يتوجب علي القائم بهذا الاجراء الاستماع الي اقواله مباشرة ، ومن شأن السماع لأقوال المتهم ، انه قد يقدم أدلة براءته ، وهو ما يترتب عليه اطلاق سراحه فوراً (3). وقد يؤدي سماع أقوال المقبوض عليه ، الي اعترافه بارتكاب هذه الجريمة المنسوبة اليه ، وايضاح ملبساتها ، والاخبار عن شركائه فيها ، وبذلك يضاف دليل جديد يساعد في كشف الحقيقة (4).

ثانيا / الوظيفة الامنية :-

أن احد اهداف القبض ، هو حماية المتهم نفسه من الاعتداء ، الذي قد يقع عليه من أهل الجاني عليه ،قصاصا منه ، كما ان من شأن عدم القاء القبض علي المتهم ،أن يسبب في الحاق الجاني بنفسه الأذى ، وذلك هروبا من الضغوط الاجتماعية ،التي قد تلاحقه ، أو خوفا من العقوبة التي ستلحق به ، أو بسبب الندم الذي ينتابه بعد اقترافه للجريمة (5).

واخيرا يقول البعض ، بأن من شأن القبض أن يكون مانعا من أقدام المتهم ، علي ارتكاب جرائم اخري ، أو العودة الي ارتكاب الجريمة ذاتها مرة اخري من جديد (6) .

ثالثا / القبض كضمان لتنفيذ الحكم :-

إن من شأن القبض علي المتهم من سلطة التحقيق ، أن يحقق نوعا من التوازن بين حماية الحرية الفردية للمتهم ، ورعاية المصلحة الاجتماعية من ناحية ثانية ، حيث إن إلقاء القبض علي المتهم ، يمكن سلطة التحقيق من سماع اقواله ، ومواجهته بغيره من المتهمين ، والشهود ، وأدلة الإثبات القائمة

(1) تنص الفقرة الاولى من المادة (46) اجراءات مصري علي ان في الاحوال التي يجوز فيها القبض قانونا علي المتهم ، يجوز لمأمور الضبط القضائي ان يفتشه ، وهو نفس ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (35) من قانون الاجراءات الجنائية الليبي .

(2) راجع / د : ممدوح ابراهيم السبكي ، الرسالة السابقة ، ص 309 .

(3) راجع / د : ابراهيم حامد طنطاوي ، قانون الاجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص 676 .

(4) راجع / عميد / أ : ابراهيم حسن القرضاوي ، مرجع السابق ، ص 68 .

(5) راجع / عودة ذياب الجبور ، مرجع سابق ، ص 509 . وراجع / د ممدوح ابراهيم السبكي ، مرجع سابق ، ص 210 ، وراجع / د : خلف الله ابو الفضل ، مرجع سابق ، ص 91 ، 92 .

(6) راجع / د : فوزية عبد الستار ، شرح قانون الاجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص 297 . وراجع / د : ابراهيم حامد طنطاوي ، مرجع سابق ، ص 672 ، وراجع /

Bolonet Les Pouvoirs De La Police Et Citee. No. 25. P. 13.

مشار إليها في مرجع / د : ابراهيم حامد طنطاوي ، مرجع سابق ، ص 677 .

الأخرى ، وهو بدوره يؤدي الي تمكين المتهم من فرصة ،الدفاع عن نفسه ، وكذلك من شأنه أن يؤمن لسلطة التحقيق ، فرصة اتخاذ القرار المناسب بحق المقبوض عليه ، إما بجبسه احتياطاً ، أو الافراج عنه⁽¹⁾.

كما أن القبض علي المتهم ، من شأنه أن يحول دون تمكين المتهم من الهرب ،وهو ما يضمن للدولة حقها في انزال العقاب به ، حيث ان الدعوى الجنائية ، ماهي الا اعمال للنصوص الموضوعية علي الوقائع والافعال المنطبقة عليها ، وهي التي توصف بانها ، جزاء للجريمة ، وايقاع العقوبة علي الخارجين علي القانون⁽²⁾.

كما ان القبض علي المتهم هو السبيل الوحيد للتنفيذ العقوبة علي المتهم ، حيث ان تنفيذ العقوبة لا يتأتى الا علي شخص موجود ، وعلي ذلك فأن القبض هو الضمان لإحضار ذلك المتهم ، ومثوله امام القضاء المختص ، ليقول كلمته فيه ،ولذا فان القبض كما سبق القول هو الضمان الاكيد ، والفعال لتأكيد سلطة الدولة في العقاب ، خاصة في الحالات التي تكون العقوبة متضمنه سلب للحرية⁽³⁾.

المطلب الثاني: تمييز القبض عن غيره، وضماناته

الفرع الاول: تمييزه عن الاجراءات التي تشابهه

هناك مجموعة من النظم الاخرى التي قد تحدث أثر يتشابه مع القبض ، ولكنها لا تعتبر قبضاً ، مثل ، الاستيقاف ، والتعرض المادي ، والتكليف بالحضور ، والحبس الاحتياطي ، ولذا وجب بيانها إجملاء لأي غموض بالخصوص .

اولاً / التكليف بالحضور : -

الامر بالحضور هو دعوة المتهم للمثول أمام المحقق في زمان ومكان محددين ، في هذا الامر لسؤاله ، أو استجوابه⁽⁴⁾ ، وهذا الامر يشترك في صلاحية إصداره ،أمور الضبط القضائي ، وسلطة التحقيق أيا كانت (قاضي التحقيق أو النيابة العامة ، أو غرفة الاتهام) وذهب البعض الي ان التسمية الافضل لمثل هذا الاجراء ، هو طلب الحضور ، أو الدعوة للحضور ، حيث انه لا يكون المتهم محلاً لمثل هذا الاجراء في الغالب منها ، أو علي الاقل لم تثبت له الصفة بعد ، وقد يكون مجرد شاهد

(1) راجع / د : ممدوح ابراهيم السبكي ، مرجع سابق ، ص 209 .

(2) راجع / د : خلف الله ابو الفضل ، مرجع سابق ، ص 94 ، وراجع / عميد / أ : ابراهيم حسن القرضاوي ، مرجع سابق ، ص 67 .

(3) راجع / د : محمد عودة ذياب ، مرجع سابق ، ص 305 . وراجع / عميد : أ : ابراهيم حسن القرضاوي ، مرجع سابق ، ص 67 .

(4) راجع / د : هلاي عبد اللاه احمد ، المركز القانوني للمتهم ، مرجع سابق ، ص 562 .

فحسب⁽¹⁾، وقد نص المشرع الليبي في المادي (22) اجراءات جنائية علي أنه " وله أن يستحضر في الحال من يمكن الحصول منه علي ايضاحات في شأن الواقعة ، وهو نفس ما نصت المادة (32) اجراءات مصري ، ومما يفهم من نص المادتين في القانون الليبي والمصري ، أن الشخص المعني غير موجود ، امام مأمور الضبط القضائي ، بحيث يقوم بطلب حضوره ، أو دعوته للحضور ، وفي حالة عدم استجابة المدعو للحضور ، فإن المشرع المصري رتب عقوبة علي الممتنع عن تلبية الدعوة للحضور ، الغرامة التي لا تزيد ثلاثين جنيها مصريا ، أما المشرع الليبي فقد رتب عقوبة أشد من المشرع المصري ، علي من أمتنع عن تلبية دعوة الحضور ، بأن جعل عقوبتها الحبس مدة لا تزيد عن اسبوع ، وبغرامة لا تجاوز مائة قرش ، أو بأحدي هاتين العقوبتين .

كما ان المشرع الليبي قد نص في المادة (107) اجراءات جنائية ، بأن لقاضي التحقيق في جميع المواد أن يصدر حسب الاحوال أمراً بحضور المتهم وهو نفس ما نصت عليه المادة (126) اجراءات جنائية مصري ، و تقابله المادة (122) فقره اولى وثانية اجراءات فرنسي ، غير أنه لا يترتب علي هذا الامر ، أي حجر لحرية الشخص المطلوب منه الحضور ، ويترك امر حضوره لإرادته الخاصة ، إن شاء حضر ، وإن شاء امتنع ، وفي حالة الامتناع ليس لاحد استخدام القوة معه لتنفيذ الامر ، وكل ما يترتب علي عدم تنفيذ الامر بالحضور ، أن من حق المحقق أن يصدر أمراً آخراً بالقبض عليه واحضاره⁽²⁾ ، ويفهم من نص المواد محل الدراسة بأن الامر بالحضور ، جائز في جميع الجرائم .

وعلي ذلك فإن الامر بالحضور السابق بيانه ، يختلف عن القبض في امرين ، الامر الاول ، أن الامر بالحضور ، ما هو الا دعوة للحضور ، لا يجوز تنفيذها بالقوة ، وهو ما يعني عدم مساسها بحرية المتهم ، أما القبض علي النحو السابق بيانه ، فإنه للقائمين به في سبيل تنفيذه استخدام القوة بالقدر اللازم ، اما الامر الثاني ، الذي يختلف فيه طلب الحضور عن القبض ، يكمن في أن طلب الحضور ، يكون في كل الجرائم ، جنائيات ، جنح ، مخالفات ، أما القبض فإنه لا يجوز إصداره إلا بشأن الجرائم التي يجوز فيها الحبس الاحتياطي⁽³⁾ .

ويضيف البعض بان الامر بالحضور ، لا يشترط فيه أن يذكر الاتهام الموجه الي المكلف بالحضور ، ولا مواد القانون المنطبقة علي هذا الاتهام ، وهذا علي عكس كل الاجراءات التي تصدرها سلطة التحقيق ، ومنها القبض الذي يستوجب تضمينه هذه البيانات.

(1) راجع / د : حسام الدين محمد احمد ، سلطة القبض في مرحلة ما قبل المحاكمة ، دراسة مقارنة ، الطبعة الثالثة ، دار النهضة العربية ، 2005 م ، ص 33 .

(2) راجع / د : هلاي عبد اللاه احمد ، مرجع سابق ، ص 363 .

(3) راجع / د : هلاي عبد اللاه احمد ، مرجع سابق ، ص 364 .

ثانيا / الاستيقاف :-

هو اجراء يخول رجل السلطة العامة ، في سبيل المحافظة علي النظام والامن ، وعلي الاخص منع الجرائم وضبطها بالتحري عليها ، وكشف مرتكبيها ، استيقاف كل شخص يضع نفسه طواعية واختيارا في موضع الشك والريبة ، وكان هذا الموضوع ينبئ عن ضرورة تستلزم تدخل المستوقف للتحري والكشف عن حقيقة أمره ، بسؤاله عن اسمه ، ومهنته ، ومحل إقامته ، ووجهته ، وإبراز بطاقته الشخصية ، للاستبيان عن شخصيته ، وهو مشروط بأن لا يتضمن ذلك الاجراء مساسا بالحرية الشخصية للمستوقف ، او الاعتداء عليه⁽¹⁾.

وعرفته محكمة النقض المصرية بأنه " إجراء يقوم به رجل السلطة العامة في سبيل التحري عن الجرائم ، وكشف مرتكبيها ، ويسوغه اشتباه تبرره الظروف ، وهو أمراً متاحاً لرجال السلطة العامة ، إذا ما وضع الشخص نفسه طواعية منه واختيارا ، في موضع الريب والظن ، وكان هذا الوضع ينبئ عن ضرورة تستلزم تدخل المستوقف للتحري والكشف عن الحقيقة⁽²⁾ ، كما عرفته في حكم آخر بأنه " مجرد إيقاف إنسان وضع نفسه موضع الريبة في سبيل التعرف علي شخصه ، وهو مشروط بالألا يتضمن اجراءه ، تعرضا ماديا للمتحرى عنه ، يمكن أن يكون فيه مساس بحريته الشخصية ، أو الاعتداء عليها⁽³⁾. ويمكن إيجاز مظاهر الاختلاف بين القبض والاستيقاف في الأوجه التالية⁽⁴⁾:-

من حيث طبيعة كلا منهما: القبض اجراء من اجراءات التحقيقلا يجوز مباشرته، إلا من السلطة المخولة به حسب الاحوال ، وفي الحالات وبالشروط المنصوص عليها قانونا⁽⁵⁾.

(1) راجع / د : حسن ربيع ، الاجراءات الجنائية في التشريع المصري ، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر ، 200 / 2001 م ، ص 403 .

(2) راجع / د : نقض جنائي مصري رقم 1314 لسنة 60 ق جلسة 21 ديسمبر 1998 م مجموع الاحكام المصرية ، سنة 66 ق 211 ، ص 1504 .

(3) راجع نقض جنائي مصري رقم 11011 لسنة 63 ق جلسة 24 / 1 / 1995 م مجموعة الاحكام المصرية ، سنة 46 ، ق 34 ، ص 255 .

(4) راجع / د : أمل محمد شاهين ، القبض علي المتهم ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، جامعة حلوان ، 2000م ، ص 77 .

(5) راجع / د : محمد عيد غريب ، الاختصاص القضائي لمأمور الضبط القضائي ، مرجع سابق ، ص 90 . وراجع / د : قدرى عبد الفتاح الشهاوي ، ضوابط السلطة التشريعية في التشريع الاجرائي المصري والمقارن ، منشأة المعارف الاسكندرية ، 1999 م ، ص 189 . وراجع / د : قدرى عبد الفتاح الشهاوي ، ضوابط الاستدلالات والايضاحات والتحريات ، منشأة المعارف الاسكندرية ، 2002 م ، ص 229 . وراجع / د : ابراهيم حامد طنطاوي ، شرح قانون الاجراءات ، مرجع سابق ، ص 426 . وراجع / د : حسن الربيع مرجع سابق ، ص 409 .

أما الاستيقاف فيذهب معظم الفقه المصري الي انه اجراء من اجراءات الاستدلال⁽¹⁾ ، وهو ما تؤيده محكمة النقض المصرية⁽²⁾ ، ويذهب رأي آخر ، الي انه اجراء ذو طبيعة مزدوجة ، وبطبيعته تتحدد من خلال صفة القائم به ، أي رجل من رجال السلطة الشرطية ، سواء كان من رجال الضبط القضائي ، أو رجال السلطة العامة ، مادام أن المبرر للقيام به هو حفظ الامن ، ومنع ارتكاب الجرائم ، وإلا فإنه اجراء من اجراءات الاستدلال⁽³⁾ ،

أما المحكمة العليا الليبية ، فقد ذهبت الي ان الاستيقاف ، ما هو إلا اجراء من اجراءات الاستدلال بقولها الاستيقاف اجراء يقوم به رجل السلطة العامة علي سبيل التحري عن الجرائم ، والكشف عن مرتكبيها ، ويسوغه اشتباه تبرره الظروف⁽⁴⁾ ، ولذا فإن الاستيقاف جائز لرجال السلطة العامة ، عند الاشتباه الذي تبرره دلائل كافيته ، بوضع الشخص لموطن الريبة والشك ، والا فإن هذا الاجراء يعتبر إجراء غير مشروع ، ويترتب عليه بطلان كل ما ترتب عليه .

من حيث المضمون (أو الجوهر) :- جوهر اجراء القبض يكمن في تقييد حرية المقبوض عليه ، وبالتالي فإن للسلطة المخولة به ، اتخاذ كافة اساليب القهر والاجبار في تنفيذه ، وبالقدر اللازم ، أما الاستيقاف فإن جوهره يخلو من أي اعتداء علي الحرية الشخصية ، وذلك لان طبيعته تأتي ذلك ، فان كان القانون قد أجاز لرجال السلطة العامة ، اصطحاب الشخص المستوقف الي مركز الشرطة ، وعلي ذلك فإنه مجرد اقوال موجهه الي الشخص المستوقف ، فله أن يستجيب ، وله أن يرفض الاصطحاب ، وان رفض فليس للشرطة استخدام القوة لإرغامه علي ذلك ، أو الامساك به ، واقتياده عنوه ، والا اعتبر ذلك قبضا⁽⁵⁾ ، ولذا ذهب جانب من الفقه الي انكار حق رجل السلطة العامة في الاستيقاف ، وسندهم في ذلك ، عدم وجود نص قانوني واضح بشأنه ، بالإضافة الي ان الاستيقاف في واقع الامر ، ما هو الا قبض لما ترتب عليه من تقييد حرية الانسان في الحركة والتنقل ، ومن ثم فإن

(1) راجع / د : محمود نجيب حسني ، شرح قانون الاجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص 568 . وراجع / د : رمزي رياض عوض ، الحقوق الدستورية في قانون الاجراءات الجنائية دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، 2003 م ، ص 71 . وراجع / د : فوزية عبد الستار ، شرح قانون الاجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص 274 .

(2) راجع / نقض جنائي مصري جلسة 18 / 1 / 1968 م ، مجموعة الاحكام المصرية ، س 19 ، رقم 60 ، ص 228 . وجملة 20 / 12 / 1971 م ، مجموعة الاحكام المصرية ، س 22 ، رقم 189 ، ص 788 . وجملة 15 / 1 / 1999 م ، مجموعة الاحكام المصرية ، س 20 ، رقم 2 ، 159 .

(3) راجع / د : احمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون الاجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص 369 .

(4) راجع / طعن جنائي ليبي ، رقم 24 / 430 ق ، مجلة المحكمة العليا الليبية ، جلسة 15 / 4 / 1978 م ، ، س 15 ، عدد 2 ، ص 172

(5) راجع / د : محمد احمد محمد النونه ، الرسالة السابقة ، ص 59 .

اصحاب هذا الرأي يذهبون الي ان القبض ينوب عن الاستيقاف ، ويقوم مقامه ، وبالتالي يجب ان يقتصر عليه بشروطه وضماناته المنصوص عليها في القوانين ، ولا محل إطلاقاً لمصطلح الاستيقاف⁽¹⁾.

من حيث الغاية :- إن الغاية من القبض ، دائماً هي قيام مأمور الضبط القضائي ، بتسليم المتهم للنياية العامة ، لإصدار ما تراه مناسباً في حقه من قرارات ، سواء كان بإطلاق سراحه ، أو حبسه احتياطياً ، أما الاستيقاف فإن غايته ، تكون باستجلاء الريبة والشك ، التي وضع المشتبه به نفسه بها ، بسبب سلوكه المنطوي علي أقوال ، أو أفعال صدرت منه⁽²⁾.

من حيث الآثار :- تترتب علي القبض آثاراً ، تختلف عن الاستيقاف ، فالقبض دائماً يميز التفتيش ، أما الاستيقاف فإنه لا يجوز للقائم به تفتيش الشخص المستوقف ، إلا اذا توافرت حالة من حالات التلبس ، ففي هذه الحالة ، جاز للقائم بالاستيقاف ، أن يفتش المتهم المستوقف⁽³⁾ . كما ان القبض يسمح لمأمور الضبط القضائي ، احتجاز المقبوض عليه مدة (24) ساعة ، بينما الاستيقاف لا يميز ذلك ، وكل ما للشخص القائم بالاستيقاف ، اقتياد المشتبه فيه ، الي اقرب مركز من مراكز الشرطة ، للتحري عن شخصه ، واستجلاء الغموض عن حالته⁽⁴⁾.

ثالثاً / التعرض المادي :- التعرض المادي هو اجراء يقوم به الافراد العاديين ، أو رجال الضبط الاداري ، لمنع الشخص المتلبس بالجريمة من الفرار ، وتسليمه للسلطة المختصة⁽⁵⁾ ، وقد قضى بأن " القبض المباح قانوناً للأفراد ، هو الذي يكون الغرض منه إبلاغ الأمر لرجال البوليس وتسليم من ارتكب الجريمة ، لأحد رجال الضبطية القضائية⁽⁶⁾ ، كما قضى بأن " تبيح حالة التلبس لغير رجال الضبط القضائي ، التحفظ علي المتهم ، واقتياده ، الي مأمور الضبط القضائي "⁽⁷⁾ ، وقد نص المشرع الليبي عليه في كل من المادة (27 و 28) اجراءات جنائية ، بأن جاء في المادة (27) بأن " لكل من شاهد الجاني متلبساً بجناية أو جنحة ، يجوز فيها الحبس الاحتياطي ، أن يسلمه إلي أقرب رجال السلطة العامة ، دون احتياج إلي أمر بضبطه " ، وتقابلها المادة (37) من قانون الإجراءات الجنائية المصري ، وتنص

(1) راجع / د : رمزي رياض عوض ، مرجع سابق ، ص 69 ، 70 .

(2) راجع / عميد / أ : ابراهيم حسن القرضاوي ، مرجع سابق ، 79 .

(3) راجع / د : أمل محمد المبروك شاهين ، الرسالة السابقة ، ص 46 .

(4) راجع / د : فوزية عبد الستار ، شرح قانون الاجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، 275 .

(5) راجع / د : محمد ابو العلاء عقيدة ، شرح قانون الإجراءات الجنائية المصري ، الطبعة الاولى ، بدون دار نشر ، 1998 م ، ص 286 .

(6) راجع / نقض جنائي مصري ، جلسة 15 أكتوبر 1951 م ، مجموعة الاحكام المصرية ، س 4 ، رقم 21 ، ص 45 .

(7) راجع / نقض جنائي مصري ، جلسة 19 مايو 1969 م ، ص 20 ، رقم 146 ، ص 722 .

المادة (28) علي أن " لرجال السلطة العامة في الجرح المتلبس بها التي يجوز الحكم فيها بالحبس ، أن يحضروا المتهم ، ويسلموه الي أقرب مأمور من مأموري الضبط القضائي " ، وهو نفس ما نصت عليه المادة (38) من قانون الاجراءات الجنائية المصري ، ويتضح من نص المادتين (27 و 28) اجراءات ليبي ، و المادتين (37 و 38) اجراءات مصري ، بأن للأفراد العاديين ولرجال السلطة العامة ، اتخاذ اجراءات ضد الشخص المتلبس يتجاوز حد الاستيقاف ، ولا يرقى لحد القبض من الناحية القانونية⁽¹⁾ ، فهذا الاجراء يتصف بالصفة المؤقتة ، فلا يجوز أن يستمر مدة طويله⁽²⁾ ، أطول مما يفترضه أمر تسليمه⁽³⁾ ، وأن كان التشريعين الليبي والمصري لم يحدد مدة هذا الاجراء ، لكن يمكن استخلاصها من الغرض ، أو الهدف من اتخاذه ، وهو تسليم الشخص محل الاجراء ، إلي أقرب مأمور ضبط ، أو أحد رجال السلطة العامة⁽⁴⁾ ، ولقد اختلف الفقه في الطبيعة القانونية لإجراء الاستيقاف ، في حين ذهب البعض⁽⁵⁾ ، إلي أنه يعد من قبيل القبض تأسيسا علي أن تقييد حرية الإنسان في الغدو والرواح لمدة من الوقت ، ورغمما عن أنفه ، إنما هو في واقع الحال يعد قبضا ، بغض النظر عن التعبير الذي استخدمه القانون في الإفصاح عن هذا الامر ، ففي لغة القانون ، قد يطلق علي القبض الإحضار أو تسليم الشخص ليد البوليس ، ويذهب أصحاب هذا الرأي الي أن هذا النوع من القبض ، لا يرتب لآثاره من حيث جواز التفتيش ، وذلك لأن القانون ، لا يأنس إلي المستوى الذهني ، والخلقي لأي إنسان ، ليس له صفة مأمور الضبط القضائي ،الذي يحظى بالثقة والطمأنينة في إجراءاته ، في حين ذهب الرأي الغالب في الفقه ، الي عدم اعتبار هذا الإجراء من قبيل القبض ، وفي نفس الوقت لا يعتبر إجراء من إجراءات الاستدلال ، وذلك لتخلف الصفة المتطلبة فيمن يقوم به ، استنادا إلي نظرية الضرورة الإجرائية ، والمتمثلة في عدم وجود أحد ممن له سلطة القبض في مكان الجريمة ، فيحل محله علي وجه مؤقت وعارض ، الفرد العادي أو رجل السلطة العامة⁽⁶⁾ .

(1) راجع / د : محمد عيد غريب ، مرجع سابق ، ص 92 .

(2) راجع / د : حسام الدين محمد احمد ، مرجع سابق ، ص 57 .

(3) راجع / د : هالالي عبد اللاه أحمد ، المركز القانوني للمتهم ، مرجع سابق ، ص 364 .

(4) راجع / د : حسام الدين محمد أحمد ، مرجع سابق ، ص 57 .

(5) راجع / د : رمسيس بنهام ، الإجراءات الجنائية تأصيلا وتحليلا ، الجزء الاول ، منشأة المعارف الاسكندرية ، 1978 ، ص 61 وما بعدها .

(6) راجع / د : محمود نجيب حسني ، شرح قانون الاجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص 560 . وراجع / د : أحمد فتحي سرور ، الوسيط في الاجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص 366 ، وراجع / د : رؤوف عبيد ، الاجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص 368 ، وراجع / د : أحمد عوض بلاب ، الاجراءات الجنائية المقارنة والنظام الإجرائي في المملكة العربية السعودية ، دار النهضة العربية ، 1997 م ، ص 461 .

إذ أن الإجراء هو محض إجراء مادي ، سنده نظرية الضرورة الإجرائية ، أحازه المشرع صراحة بعد موازنة بين مصلحتين ، إحداهما تهدف الي حماية المجتمع والمتمثلة في ضبط الجريمة ومرتكبها ، وذلك لتسليمه إلي السلطات المختصة ، لتقديمه للعدالة ، وتقتضي الدولة حقها في معاقبة الجاني ، والثاني يهدف الي حماية حرية الأفراد في الحركة ، فرجح الأولي باعتبارها أولى بالرعاية ، ونص المشرع صراحة علي هذا الإجراء لا يؤثر في صحة هذا الرأي ، حيث إن أعمال الضرورة تستند الي نص تشريعي ، ويقرر هذا صراحة ، كما هو الحال في هذه الحالة ، أو الي تطبيقها كنظرية عامة ، وهي ما يطلق عليها البعض بالضرورة العملية⁽¹⁾

وذهبت المحكمة العليا الليبية الي أن الاقتياد ، الذي خوله القانون للأفراد العاديين ، ورجال السلطة العامة ، بمقتضي المادتين (27 و 28) اجراءات جنائية ليس بالمعني القانوني ، بل هو مجرد اجراء مادي يهدف تسليم المتهم للسلطات المختصة ، حيث قضت بأن " القبض الذي خوله المشرع للأفراد لا يعتبر قبضا بالمعني القانوني ، بل هو مجرد تعرض مادي فحسب ، بمقتضاه يتحفظ الفرد علي المتهم ، لكي يسلمه إلي مأمور الضبط القضائي"⁽²⁾، كما قضت بأن " كل ما خوله القانون وفقا للمادة (28) من قانون الإجراءات الجنائية لرجال السلطة العامة في الجرح المتلبس بها ، التي يجوز الحكم فيها بالحبس ، وفي الجنايات من باب أولي ، أن يحضروا المتهم ويسلموه إلي أقرب مأمور من مأموري الضبط القضائي ، وقيامهم بذلك لا يعد قبضا بالمعني الحقيقي ، بل هو مجرد تعرض مادي ، ومن ثم فإن الشرطي الذي ضبط الجريمة وهي في حالة تلبس ، وقد قام بتفتيش الطاعن ، فوجد بجيازته ، وبجزام سرواله من الخلف قطعة كبيرة من الحشيش ، ملفوفة في نايلون ، وموضوعة بداخل جوارب أخضر اللون ، فإن هذا التفتيش يكون باطلا ، ويترتب علي بطلانه ، بطلان الدليل المستمد منه ، وإذا خالف الحكم المطعون فيه ، هذا النظر يكون قد أخطأ في تطبيق القانون"⁽³⁾ ،

مع ملاحظة أن هذا الإجراء لكي يكون سليما ، ويرتب الآثار القانونية ، يجب أن يكون الغرض منه هو تسليم المتهم إلي رجال السلطة المختصة ، أما إذا كان القصد منه شيء آخر كالانتقام ، أو الابتزاز ، أو غير ذلك ، فإنه يشكل جريمة⁽⁴⁾ .

(1) راجع / د : حسن ربيع ، مرجع سابق ، ص 411.

(2) راجع / طعن جنائي ليبي رقم 326 / 27 ق ، ، جلسة 27 / 1 / 1983 م ، مجلة المحكمة العليا الليبية ، السنة 20 ، عدد 3 ، ابريل 1984 م ، ص 180 .

(3) راجع / طعن جنائي ليبي ، رقم 57 / 22 قضائية ، مجلة المحكمة العليا الليبية ، السنة 13 ، عدد 4 ، يوليو 1977 م ، ص 166 .

(4) راجع / د محمد زكي ابو عامر ، الاجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص 215 .

وقد قضي بأن "إذا كان الظاهر في ظروف الدعوي ، أن المتهمين ارتكبا جرائم تموينيه ، لم يكن قصدهم من ذلك الا ابتزاز المال منها ، فإنه لا يفيد هؤلاء المتهمين قولهم " أن ارتكاب المحني عليها الجرائم التموينية ، يبيح لهم القبض عليها ، وذلك لأنه بفرض وقوع تلك الجرائم منها ، فإن القبض المباح ، هو الذي يكون الغرض منه إبلاغ الامر لرجال البوليس ، وتسليم من ارتكب الجريمة لأحد الضبطية القضائية"⁽¹⁾ ، بالإضافة الي أن لا يتجاوز احتجاز المتهم ، الزمن الذي يتطلبه اقتياد المتهم ، إلي أحد رجال السلطة العامة ، أو مأمور الضبط القضائي ، إلا شكل ذلك جريمة جنائية⁽²⁾.

ومن خلال ذلك يمكن التوصل إلي الفوارق بين القبض والاقتياد والتي يكمن في أمرين :-

الأمر الاول / هو أن القبض ، وكما سبق القول ما هو إلا إجراء من إجراءات التحقيق والسلطة المختصة به هي سلطة التحقيق ، أو مأمور الضبط القضائي حسب الأحوال ، في حين الاقتياد ، أو التعرض المادي فما هو إلا مجرد إجراء مادي ، يهدف إلي الحيلولة بين من هو في حالة تلبس بالجريمة وبين الفرار ، وتسليمه الي السلطات المختصة .

الأمر الثاني / فإنه يتمثل في أن القبض ، يترتب عليه ، وكما سبق القول ، تفتيش الشخص المقبوض عليه ، واحتجازه لمدة قد تصل إلي (24) ساعة ، وذلك من أجل سماع أقواله ، تم يتعين إرسال المقبوض عليه للنيابة العامة ، لتقرر ما تراه مناسباً في حقه ، أما التعرض المادي فإنه لا يخول القائم به تفتيش الشخص محل الإجراء ، وكل ما له هو تجريد الشخص مما يحتل أن يكون معه من سلاح ، أو أدوات خطيرة ، خيفة الاعتداء به علي ممارس الإجراء ، كما أنه لا يخول القائم به حجز الشخص مدة أكثر مما يتطلبه ، وهو تسليم الشخص لأقرب مأمور من مأموري الضبط القضائي⁽³⁾ .

الفرع الثاني

ضمانات إجراء القبض

لقد سبق القول بأن المشرع الليبي قد حدد الضوابط التي حددتها المادة (24) من قانون الاجراءات الجنائية ، والتي يجوز في إطارها ، لمأمور الضبط القضائي ، مباشرة سلطة القبض التلقائي ، والتي تنص علي أنه " لمأمور الضبط القضائي أن يأمر بالقبض علي المتهم الحاضر ، الذي توجد دلائل كافية علي اتهامه في الاحوال التالية /

- (1) راجع / قضية رقم 484 لسنة 21 قضائية ، مجموعة أحكام النقض المصرية ، السنة 3 ، رقم 21 ، ص 45 .
- (2) راجع / د : محمود نجيب حسني ، القبض علي الاشخاص ، حالاته ، وشروطه ، وضماناته ، مركز بحوث ومكافحة الجريمة ، ومعاملة المجرمين ، 1994 م ، ص 15 . وراجع / د : محمد عيد غريب ، مرجع سابق ، ص 94 .
- (3) راجع د / حسن ربيع ، مرجع سابق ، ص 413 .

أولا / الجنايات .

ثانيا / في أحوال التلبس بالجريمة ، إذا كان القانون يعاقب عليها بالحبس لمدة تزيد علي ثلاثة أشهر .

ثالثا / إذا كانت الجريمة جنحة معاقبا عليها بالحبس ، وكان المتهم موضوعا تحت مراقبة البوليس ، أو كان قد صدر إليه أندار باعتباره متشردا ، أو مشتبه فيها ، ولم يكن له محل إقامة ثابت ومعروف في ليبيا .

رابعا / في جنح السرقة والنصب والتعدي الشديد ، ومقاومة رجال السلطة العامة بالقوة أو العنف ، والقوادة أو انتهاك حرمة الآداب والمواد المخدرة.

وهو نفس ما كانت تنص عليه المادة (34) إجراءات جنائية مصري ، قبل تعديلها⁽¹⁾، تتمشيا مع روح الدستور المصري الذي اصدره المشرع المصري في عام 1971 م ، والذي تضمن في باب الحريات نصوصا تحمي الحرية الشخصية بشكل أفضل ، ومن ضمن ما تضمنته المادة (41) من الدستور المصري ، أن " الحرية الشخصية حق طبيعي ، وهي مصونه لا تمس ، وفيما عدا حالة التلبس لا يجوز القبض علي احد ، أو تفتيشه ، أو حبسه ، أو تقييد حريته بأي قيد ، أو منعه من التنقل ، إلا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع ، ويصدر هذا الامر من القاضي المختص ، أو النيابة العامة ، وذلك وفقا للقانون " مما دفع المشرع الإجراءي المصري إلي تعديل نص المادة (34) من قانون الإجراءات الجنائية ، وذلك حتي تتمشي مع الدستور الجديد ، وحتى يزول بين نص المادة (41) من الدستور المصري ، وبين نص المادة (34) اجراءات جنائية مصري ، عدلت المادة (34) إجراءات المشار اليها سابقا ، والتي أخذت منها المادة (24) إجراءات ليبي ، لكي تصبح تنص علي أنه " لمأمور الضبط القضائي في أحوال التلبس بالجنايات أو الجنح التي يعاقب بالحبس مدة تزيد علي ثلاثة أشهر ، أن يأمر بالقبض علي المتهم الحاضر ، الذي توجد دلائل كافية علي اتهامه " وجاء المشرع المصري في المادة (35) إجراءات جنائية ، لبيان الحالات التي يجوز فيها لمأمور الضبط القضائي أن يتحفظ فيها علي المتهم ، تحت مسمى الإجراءات التحفظية المناسبة ، حيث نصت المادة علي أنه " وفي غير الأحوال المبينة في المادة السابقة ، إذا وجدت دلائل كافية علي اتهام شخص بارتكاب جناية أو جنحة سرقة أو نصب أو تعدي شديد أو مقاومة لرجال السلطة العامة بالقوة والعنف ، جاز لمأمور الضبط القضائي أن يتخذ الإجراءات التحفظية المناسبة ، وأن يطلب فورا من النيابة العامة أن تصدر أمرا بالقبض عليه " ، ونجد أن الجرائم التي نص عليها في المادة (35) اجراءات جنائية مصري ،

(1) هذه المادة معدلة بالقانون رقم 37 لسنة 1972 ، منشور بالجريدة الرسمية ، العدد 39 ، الصادرة في 28 / 9 / 1972 م .

قد خرجت من ضمن مجال مأمور الضبط القضائي في القبض التلقائي ، وحتى يكون هناك توافق بين نصوص التشريع الإجرائي ، ونصوص الدستور في مجال حماية الحرية الشخصية ، والتي لا يجوز تقييدها إلا من قبل سلطة التحقيق ، والمشرع المصري بنظرته الثاقبة ، قد أزال التعارض الذي كان قائما بين نص المادة (34) من قانون الإجراءات الجنائية والمادة (41) من الدستور المصري ، وفي ذلك تقول محكمة النقض المصرية " لما كانت المادتان 34 ، 35 من قانون الإجراءات الجنائية ، المستبدلتان بالقانون رقم 37 لسنة 1972 م ، وقد نصت أولاهما علي أنه " لمأمور الضبط القضائي في أحوال التلبس بالجنايات والجنح المعاقب عليها بالحبس لمدة تزيد علي ثلاثة اشهر ، أن يأمر بالقبض علي المتهم الحاضر ، التي توجد دلائل كافية علي اتهامه ، وثانيهما علي أنه " إذا لم يكن المتهم حاضرا في الاحوال المبينة في المادة السابقة جاز لمأمور الضبط القضائي ، أن يصدر أمرا بضبطه وإحضاره ويذكر ذلك في المحضر ، وفي غير الأحوال السابقة إذا وجدت دلائل كافية علي اتهام شخص بارتكاب جناية أو جنحة سرقة أو نصب أو تعد شديد أو مقاومة لرجال السلطة العامة ، بالقوة والعنف ، جاز لمأمور الضبط القضائي أن يتخذ الإجراءات التحفظية المناسبة ، وأن يطلب فوراً من النيابة العامة أن تصدر أمراً بالقبض عليه "(1)

كما قضت المحكمة في نفس الحكم بأن " الحرية الشخصية حق طبيعي وهي مصونة لا تمس ، وفيما عدا حالة التلبس ، لا يجوز القبض علي أحد ، أو تفتيشه أو حبسه أو تقييد حريته ، بأي قيد أو منعه من التنقل ، إلا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع ، ويصدر هذا الأمر من القاضي المختص ، أو النيابة العامة ، وذلك وفقا لأحكام القانون ، وكان مؤدى هذا النص ، أن أي قيد علي الحرية الشخصية بوصفها من الحقوق الطبيعية المقدسة للإنسان ، حيث كونه كذلك ، يستوي في ذلك أن يكون القيد قبضا أم تفتيشا أم حبسا أم منعاً من التنقل أم كان غير ذلك من القيود علي حريته الشخصية ، لا يجوز إجراؤه إلا في حالة من حالات التلبس ، كما هي معروفة به قانونا من جهة مختصة"(2).

أما المشرع الليبي فلقد أعطى لمأمور الضبط القضائي صلاحية القبض علي المتهم ، في أربعة حالات المنصوص عليها في المادة (24) من قانون الاجراءات الجنائية السابق ذكرها ، وكانت هذه المادة متفقة الي حد ما مع ما يقضي به الدستور الملكي الليبي ، الصادر في 1953م ، ومفهوم حقوق الإنسان في ذلك الوقت .

(1) راجع نقض جنائي مصري 29390 لسنة 59 قضائية ، جلسة 19 نوفمبر 1997 م ، مجموعة القواعد المصرية ، رقم 194 ، ص 1281 .

(2) راجع نفس الحكم السابق ونفس الصفحة وما بعدها .

وكانت المادة (153) من الدستور الملكي هي التي تنظم عملية الرقابة علي دستورية القوانين ، والامر كان منعقدا للمحكمة العليا فيما يتعلق بمدى اتفاق القوانين مع الدستور " دستورية القوانين " .
وفي 11/12/1969م صدر الإعلان الدستوري عن مجلس قيادة الثورة ، والذي جاء في المادة (18) منه علي أنه " لا يجوز الطعن فيما أتخذه مجلس قيادة الثورة من تدابير أمام أي جهة " ، ولقد فسر المشرع الليبي كلمة (تدابير) علي أنها " هي التي يصدرها مجلس قيادة الثورة في صورة إعلانات دستورية ، أو قوانين ، أو قرارات ، وبعد مضي أربع سنوات ، سلك المشرع الليبي مسلكاً لم يسلكه غيره من المشرعين في التشريعات الأخرى ، فلقد أقدم المشرع الليبي علي إلغاء الدستور في بيان زواره في عام 1973م . وفي ظل هذا التطور ، أصبحت حريات وحقوق الأفراد عرضة للانتهاك ، من قبل السلطات المخولة بممارسة إجراءات تحوي علي مساس بحقوق وحريات الأفراد . غير أن المشرع الليبي أصدر مجموعة من الوثائق التي أعتبرها دستورية⁽¹⁾ . والتي من شأنها حماية حقوق وحريات الأفراد ، والتي من أهمها الوثيقة الكبرى لحقوق الإنسان ، والقانون رقم 20 لسنة 90 بشأن تعزيز الحرية .

(1) ودستورية هذه الوثائق ، تستمدتها من أن تحوي علي القواعد التي تنظم السلطات في الدولة ، وكيف تمارس هذه السلطات لأعمالها ، كما أن هذه القوانين تحوي علي الضمانات الضرورية لتحقيق حرية وسعادة الفرد والمجموع ، وهذا مما يجعل هذه القوانين والوثائق توافق تعريف الدستور ، وهو ما اتفق مع الاتجاه الذي أعتنق المعيار الموضوعي في تعريف القوانين الأساسية ، والذي يعرفها بأنها " القوانين الصادرة من السلطة التشريعية في خصوص مسائل دستورية ، بطبيعتها ، أو في جوهرها ، أي القوانين التي تتعلق بكيفية ممارسة وظيفة الحكم في الدولة من حيث بيان كيفية تشكيل السلطات العامة واختصاصها " راجع في ذلك / الدكتور عثمان خليل ، القانون الدستوري ص 16 ، 17 ، وراجع / د : عبد الفتاح ساير داير القانون الدستوري ، الطبعة الاولى ، بدون دار نشر ، 1959 ، ص 169 ، 170 . وراجع / د : أحمد كمال أبو المجد ، دراسات في القانون الدستوري ، دار النهضة العربية ، 1991 م ، ص 22 ، وراجع / د : سعاد الشرقاوي ، وعبدالله ناصف ، القانون الدستوري والنظام السياسي المصري والمعاصر ، تحرير الاقتصاد ودستور سنة 1971 م ، دار النهضة العربية ، 1993 م ، ص 23 . وراجع / دكتور : دعاء الصاوي يوسف ، القوانين الأساسية وعلاقتها بالسلطة والحريات ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 2007 م ، ص 55 . وحتى مع عدم قبول هذه القوانين علي انها وثائق دستورية مقارنة بتعريف الدستور ، فإنه لا يمكن إنكار أنها تحوي علي مبادئ لا يمكن مساواتها بالقواعد التشريعية واللائحية السارية في ليبيا في تلك الفترة . راجع في ذلك كلا من / الدكتور الكوني اعبودة رقابة حجة التشريع في ليبيا ، بمناسبة حكم الجمعية العمومية للمحكمة العليا الصادرة في الطبعة الدستورية رقم 3 / 28 ق جلسة 30 أكتوبر 1982 م ، منشور في مجلة المحام العدد 13 ، ، س 4 ، يناير مارس 1986 م ، ص 56 .. والدكتور / محمد محمد سليمان ، التكييف القانوني لإعلان سلطة الشعب ، مقال منشور في مجلة العدالة ، تصدر عن كلية الحقوق ، جامعة قاريونس ، بنغازي ، العدد 19 ، سنة 11 ، ديسمبر 1982 م ، ص 34 ، 44. أ : مبرك عبدالله علي الفاخري ، أعمال الضرورة في الإجراءات الجنائية حالة الضرورة ، تطبيقاتها ، في الإجراءات الجنائية دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، جامعة قاريونس ، 2000 م

فوجد المادة (14) من قانون رقم 20 لسنة 90 بشأن تعزيز الحرية تنص علي أنه " لا يجوز سلب أو تقييد حرية أي أنسان أو تفتيشه أو استجوابه ، الا في حالة اتهامه بارتكاب فعل معاقب عليه قانونا ، وبأمر من جهة قضائية مختصة وفي الاحوال والمدد المبينة في القانون " ، وبالرجوع إلي المادة (24) من قانون الاجراءات الجنائية السابق بيانها ، نجد أنها لا تتفق مع نص المادة (14) من قانون تعزيز الحرية المشار اليه ، بل إنها تتناقض مع تلك المادة ، ذلك أن المادة (24) من قانون الاجراءات الجنائية ، أعطت مأمور الضبط القضائي ، صلاحية القبض في الحالات الأربعة المشار إليها سابقا وهي الجنائيات والجرائم المتلبس بها ، والجنح المعاقب عليها بالحبس إذا كان المتهم موضوع تحت مراقبة البوليس ، وجنح السرقة والنصب والتعدي الشديد ، أما المادة (14) من القانون رقم 20 فإنها لم تأت علي ذكر أي حالة من الحالات الواردة في المادة (24) اجراءات ، بل أنها ذهبت إلي وضع ضمانه للحرية الفردية غير موجودة في التشريع المصري ، بل حتي الفرنسي ، حيث نص علي أنه " وفي جميع الاحوال لا يجوز المساس بحرية الأفراد إلا بأمر قضائي مسبب " متناس حالة الضرورة الإجرائية ، وهي حالة التلبس _ ووفقا لهذا النص - فإن كل الإجراءات التي يقوم بها مأمور الضبط القضائي غير دستورية .

الخاتمة

بحمد الله وتوفيقه ، أكملت بحتي هذا المعنون بـ(القبض في قانون الاجراءات الجنائية الليبي ، مقارنة بالقانون المصري) والذي تناولته في مطلبين خصصت المطلب ، لتعريف القبض ، وبيان خصائصه ، ومبرراته ، وفي الفرع الاول ، من المطلب الاول حاولت بيان مفهوم القبض لغة ، وفي اصطلاح الفقه والقضاء ، وتناولت في الفرع الثاني من هذا المطلب خصائص القبض ، وخصصت الفرع الثالث لبيان مبررات اجراء القبض .

وتناولت في المطلب الثاني من هذا البحث ، تميز اجراء القبض عن غيره من الاجراءات التي تشابهه ، في الفرع الاول ، وفي الفرع الثاني تحدثت عن الضمانات التي تطلبها المشرع الليبي والمصري لمباشرة اجراء القبض ، وتوصلت الي أن المشرع الإجرائي الليبي ، رغم أنه قد أخذ معظم نصوصه إذا لم يكن كلها من نصوص قانون الاجراءات الجنائية المصري ، الا أنه لم يواكب الحراك بالتعديل في نصوص قانون الاجراءات الجنائية ، الذي إجراه المشرع المصري ، فنجد أن المشرع المصري قد أقدم علي تعديل المواد المخصصة لمباشرة اجراء القبض ، بما يوافق الدستور المصري الذي عدل في سنة 1071 م .

كذلك الحال فإن المشرع الليبي ورغم قيامه بإصدار قوانين أساسية تحوي علي ضمانات لحقوق وحرية الافراد ، الا أنه نأى بنفسه عن اجراء تعديل في قانونه الاجرائي ليوافق أحكم هذه القوانين الاساسية

والله ولي التوفيق

قائمة المراجع

1. ابراهيم حامد طنطاوي ، شرح قانون الاجراءات الجنائية ، الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية ، 2004 م .
2. ابراهيم محمد ابراهيم ، النظرية العامة للقبض علي الاشخاص في قانون الاجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1996 م .
3. أحمد المهدي ، أشرف الشافعي ، التحقيق الجنائي الابتدائي وضمانات المتهم وحمايته ، دار الكتب القانونية ، 2006 .
4. احمد المهدي ، واشرف الشافعي ، القبض والتفتيش والتلبس الشروط والآثار المترتبة علي كلا منهم ، دار العدالة ، 2007 م .
5. أحمد عوض بلاب ، الاجراءات الجنائية المقارنة والنظام الإجرائي في المملكة العربية السعودية ، دار النهضة العربية ، 1997 م .
6. احمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون الاجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، 1993 .
7. أحمد كمال أبو المجد ، دراسات في القانون الدستوري ، دار النهضة العربية ، 1991 م .
8. ادوارد غالي الذهبي ، الاجراءات الجنائية في التشريع المصري ، الطبعة الثانية ، مكتبة غريب ، 1990م .
9. الإمام محمد بن أبي بكر عبدالقادر الرازي ، مختار الصحاح ، دار الكتاب العربي ، بيروت لبنان ، 1997م .
10. الطاهر احمد الزاوي ، مختار القاموس ، الدار العربية للكتاب ، الجماهيرية 1983/ 1984م
11. توفيق محمد الشاوي ، فقه الاجراءات الجنائية ، الجزء الاول ، الطبعة 2 ، دار الكتاب العربي ، 1945 م .
12. جلال ثروت ، نظم الاجراءات الجنائية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، 1997 م .
13. جندي عبد الملك ، الموسوعة الجنائية ، الجزء الرابع ، مطبعة بيروت ، بدون تاريخ نشر.
14. حسن العلام قانون الاجراءات الجنائية مع تعليق فقهي تحليل للنصوص وقضاء النقض وتعليمات النيابة العامة ، ط 2 ، منشأة المعارف الاسكندرية ، بدون تاريخ نشر .
15. حسن ربيع ، الاجراءات الجنائية في التشريع المصري ، الطبعة الاولى ، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر ، 2000م .
16. حسام الدين محمد احمد ، سلطة القبض في مرحلة ما قبل المحاكمة ، دراسة مقارنة ، الطبعة الثالثة ، دار النهضة العربية ، 2005 م .

17. رمزي رياض عوض ، الحقوق الدستورية في قانون الاجراءات الجنائية دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، 2003 م .
18. رمسيس بنهام ، الاجراءات الجنائية تأصيلا وتحليلا ، الجزء الاول ، منشأة المعارف الاسكندرية ، 1997 م .
19. رؤوف عبيد ، مبادئ الاجراءات الجنائية في القانون المصري ، الطبعة 17 ، دار الجيل للطباعة ، 1989 م .
- 20 سعاد الشرفاوي ، وعبدالله ناصف ، القانون الدستوري والنظام السياسي المصري والمعاصر ، تحرير الاقتصاد ودستور سنة 1971 م ، دار النهضة العربية ، 1993 م .
- 21 سعيد محمود الديب ، القبض والتفتيش في قانون الاجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، 2005 ، 2006 م .
- 22 عادل ابراهيم اسماعيل ، سلطات مأموري الضبط القضائي بين الفاعلية و ضمانات الحرية ، والحقوق الفردية ، دراسة مقارنة ، بدون دار نشر ، 2001 م .
- 23 عبد الفتاح ساير داير ، القانون الدستوري ، الطبعة الاولى ، بدون دار نشر ، 1959 .
- 24 عدلي امير خال ، أحكام قانون الاجراءات الجنائية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، 2000 م .
- 25 عمر السعيد رمضان ، قانون الاجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، 1988
- 26 عوض محمد عوض ، المبادئ العامة في قانون الاجراءات الجنائية، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 9999م .
- 27 فوزية عبد الستار ، شرح قانون الاجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، 1987 م .
- 28 قدرى عبد الفتاح الشهاوي ، ضوابط الاستدلالات والايضاحات والتحريات ، منشأة المعارف الاسكندرية ، 2002 م .
- 29 قدرى عبد الفتاح الشهاوي ، ضوابط السلطة التشريعية في التشريع الاجرائي المصري والمقارن ، منشأة المعارف الاسكندرية ، 1999م .
- 30 مأمون محمد سلامة ، الاجراءات الجنائية في التشريع الليبي ، الجزء الاول ، الطبعة الاولى ، منشورات الجامعة الليبية ، 1971 م .
- 31 مأمون محمد سلامة ، قانون الاجراءات الجنائية معلقا عليه بالفقه واحكام القضاء ، دار الفكر العربي 1981 م .
- 32 محمد ابو العلاء عقيدة ، شرح قانون الإجراءات الجنائية المصري ، الطبعة الاولى ، بدون دار نشر ، 1998 م ، ص 286 .
- 33 محمد زكي الدين عامر ، الاجراءات الجنائية ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 1984م .

34. محمد عيد غريب ، الاختصاص القضائي لمأمور الضبط القضائي في الاحوال العادية والاستثنائية ، بدون دار نشر ، 1999م .
35. محمود نجيب حسني ، القبض علي الاشخاص ، حالاته وشروطه وضمائنه ، مركز بحوث مكافحة الجريمة ومعاملة المجرمين ، القاهرة ، 1999م .
36. محمود نجيب حسني ، شرح قانون الاجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، 1988م .
37. مصطفى محمد عبد الرحمن الدغدي ، تحريات الشرطة والإثبات الجنائي ، م
38. هلالى عبد اللاه احمد ، المركز القانوني للمتهم في مرحلة التحقيق الابتدائي ، دراسة مقارنة بالفكر الجنائي الإسلامي ، ط 2 ، دار النهضة العربية القاهرة ، بدون تاريخ نشر .

الكتب باللغة الاجنبية/

- 1-Assaid (mohammed - jalal) La prsomption D , inno , Cence , These . Paris , 1969
- 2-Chambon Le Juge D . Instuction 3 , ed 1985
- 3-Leigh (L.H) Police Powersin England Wales Laved

الرسائل العلمية /

1. احمد ادريس احمد ، افتراض براءة المتهم ، رسالة دكتوراه ، 1984 م ،
2. أمل محمد شاهين ، القبض علي المتهم ، دراسة مقارنه ، رسالة دكتوراه ، جامعة حلوان ، 2000م .
3. حامد ابراهيم طنطاوي ، سلطات مأمور الضبط القضائي ، رسالة دكتوراه ، المكتبة القانونية القاهرة ، 1997 م .
4. خلف الله ابو الفضل عبد الرؤوف ، القبض علي المتهم ، دراسة مقارنه ، رسالة دكتوراه ، جامعة الاسكندرية ، 2008 م .
5. دعاء الصاوي يوسف ، القوانين الأساسية وعلاقتها بالسلطة والحريات ، دراسة مقارنه ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 2007 م .
6. رقية عبدالله محمد احمد الرملي ، اختصاصات مأمور الضبط القضائي المتعلقة بالقبض والتفتيش ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 2008 م .
7. سامي حسني الحسيني ، النظرية العامة للتفتيش في القانون المصري والمقارن ، رسالة دكتوراه ، دار النهضة العربية ، 1972 م .
8. سامي سالم محمد عابدين ، الضبطية القضائية في فلسطين اختصاصاتها في مرحلتي الاستدلال والتحقيق ، رسالة دكتوراه ، معهد البحوث والدراسات العربية ، 2007م .

9. سدران محمد خلف ، سلطة التشريع في التشريع الكويتي والمقارن ، رسالة دكتوراه ، أكاديمية الشرطة القاهرة ، 1985 .
10. عارف محمد عبد الرحيم ، دور ومهام أعضاء الضبط القضائي في مرحلتي التحري والتحقيق الابتدائي ، دراسة مقارنة بين القانون المصري والاردني ، رسالة دكتوراه، جامعة طنطا ، 2007 م .
11. عبد الاله محمد النواصة ، ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي دراسة مقارنة بين التشريعين المصري والاردني ، رسالة دكتوراه ، عين شمس ، 2000 م .
12. عبد الرحمن محمد عبدالله الحضري ، سلطات مأمور الضبط القضائي في حالة الجريمة المشهودة (التلبس) دراسة في القانون اليمني مقارنة بالفقه الإسلامي والقانون المصري ، رسالة دكتوراه ، أكاديمية الشرطة القاهرة ، 1996 م .
13. مبرك عبدالله علي الفاخري ، أعمال الضرورة في الإجراءات الجنائية حالة الضرورة ، تطبيقاتها، في الإجراءات الجنائية دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، جامعة قاريونس ، 2000 م .
14. معاوية عبدالرحمن حمد محمد ، معايير القبض بين النظرية والتطبيق ، رسالة دكتوراه ، المركز القومي للدراسات الامنية والتدريب ، الرياض ، المعهد العالي للعلوم الامنية ، قسم العدالة الجنائية ، 1988 م .
15. ممدوح ابراهيم السبكي ، حدود سلطات مأمور الضبط القضائي في التحقيق ، رسالة دكتوراه ، دار النهضة العربية القاهرة ، 1998 م .

البحوث العلمية /

1. محمد محمد سليمان ، التكييف القانوني لإعلان سلطة الشعب ، مقال منشور في مجلة العدالة ، تصدر عن كلية الحقوق ، جامعة قاريونس ، بنغازي ، العدد 19 ، سنة 11 ، ديسمبر 1982م .
- 2 الكوني اعبودة رقابة حجة التشريع في ليبيا ، بمناسبة حكم الجمعية العمومية للمحكمة العليا الصادرة في الطبعة الدستورية رقم 3 / 28 ق جلسة 30 أكتوبر 1982 م ، منشور في مجلة المحام العدد 13 ، س4 ، يناير مارس 1986 م .

حماية جسم الإنسان

في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

أ/ إبراهيم الحسين إبراهيم

محاضر مساعد بكلية القانون/ قسم القانون الخاص/

جامعة بني وليد

مُقَدِّمَةٌ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله و الصلاة و السلام على رسول الله و آله و صحبه و من والاه.

أما بعد : فإن الله تعالى لما خلق الإنسان خلقه بيديه ، و نفخ فيه من روحه ، و أسجد له ملائكته ، و طرد إبليس من أجله لعصيانه أن يسجد لآدم ، و أسكن آدم الجنة ، و علمه الأسماء كلها ، و جعله خليفته في الأرض ، فإن كان الإنسان لربه مطيعا كان أفضل من الملائكة ، وإن عصاه كان أدنى من البهائم ، كل هذا دليل على التكريم ، فهل تراه يسلمه و يذله و يخزيه ما دام يسير طبقا لخط السير الذي رسمه له ربه ، كلا و حاشا أن يكون ذلك. فهذا هو سبحانه يقول في حقه: { وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ } (70) سورة الإسراء ، و يخلقه في أحسن صورة: { لَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ فِي أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ } (4) : التين ، و تتجلى فيه عظمته سبحانه فيقول : { فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ } المؤمنون (14) .

من أجل ذلك فقد تولاه ربه ، و أوصى باحترامه في شرائعه ، و حرم قتله بغير حق قال تعالى: { وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ } و هذه قاعدة تحرم مساسه بغير حق .

ورسول الله - صلى الله عليه وسلم - قد بين في سنته أن أولى ما يقضى بين الناس يوم القيامة في الدماء ، كما توعد الله قاتله بالعذاب يوم القيامة قال تعالى: { وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا } (93) سورة النساء .

هذا في الآخرة بالإضافة إلى عقوبة القصاص في الدنيا و الحرمان من الميراث إن كان القاتل من ورثة المقتول.

كما نادى القانون الوضعي هو الآخر بحماية كيان الإنسان المادي حال الحياة بأساليبه ، فنادى بأن الحق في سلامة الجسم الذي يتمتع به كل فرد باعتباره انساناً يعني حق الإنسان في أن يحتفظ بكل أعضائه جسمه دون نقصان ، و أن تظل هذه الأعضاء مؤدية لوظائفها على نحو طبيعي دون خلل أو انحراف عن أداء وظيفتها

. فالحق في سلامة جسم الإنسان هو من الحقوق الأساسية للصيقة بالإنسان التي ترتبط بصحته ، و يعتبر تدخل المشرع لحماية جسم الإنسان تدخلاً أيضاً لحماية الإنسان ذاته ، والذي بدوره أحد عناصر بقاء المجتمع و ازدهاره باعتبار أن هناك تلازماً بين الحفاظ على الإنسان و سلامة جسمه و كيان المجتمع، وحق الإنسان في سلامة جسده يبنى على ثلاث عناصر أساسية :

أولاً : الحق في أن تظل أعضاء الجسم و أجهزته تؤدي وظائفها على نحو طبيعي ، فكل إخلال بالسير الطبيعي لهذه الأعضاء أو الأجهزة ، يعد اعتداء على الحق في سلامة الجسم .

ثانياً : الحق في الاحتفاظ بكل أعضاء الجسم كاملة غير منقوصة ، فكل فعل يؤدي إلى الانتقاص من هذه الأعضاء ، سواءً بالبتر أو باستئصال جزء منها ، يعد مساساً بسلامة الجسم و تكامله يجرمه القانون .

ثالثاً : الحق في أن يتحرر الإنسان من الآم البدنية : و يتحقق هذا الألم بما يلحق الشخص من أذى في شعوره بالارتياح و السكينة .

المبحث الأول : حماية جسم الإنسان في الشريعة الإسلامية

لقد أحاطت الشريعة الإسلامية بطوق من الحماية و الرعاية لا يوجد لها نظير في أي تشريع آخر؛ وذلك انطلاقاً من نظرتها ، للإنسان وأهميتها في الوجود .

فقد أكدت على حقه في الحياة ، وجعلت هذا الحق من الضروريات التي يحفظها الدين العظيم ، بل إن حفظ النفس هو المقصد الثاني من مقاصد الشريعة الإسلامية .

وفي هذا يقول الإمام الغزالي : " إن مقصود الشرع من الخلق خمسة ، وهو أن يحفظ عليهم دينهم و نفسهم و عقلهم و نسلهم و مالهم ، فكل ما يضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة ، وكل ما لا يضمن هذه الأصول فهو مفسدة ، ودفعها مصلحة ⁽¹⁾ .

فالنفس البشرية و جسدها ملك لله تعالى وليست ملكاً للإنسان - وإن كان له حق الانتفاع و الاستمتاع بها - وعلى ذلك فلا يجوز التعدي على نفسه ، أو الإضرار بها ، سواء كان هذا التعدي مباشراً كالقتل أو غير مباشر كتكليفها ما لا تطبيق ، أو تعريضها للمخاطر والأذى وعدم الأخذ بأسباب الشفاء و التداوي . قال المولى عز وجل : {ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة } البقرة : 95 . ففي الآية الكريمة دليل على تحريم الإقدام على ما يخشى منه تلف النفس أو عضو منها أو الدخول في عمل محرم يكون مصيره النار في الآخرة ، فليس للإنسان أن يقتل نفسه أو يتلف أعضاء جسمه لأن الحق في سلامة الجسد في الحياة حق لله سبحانه و تعالى . والإنسان مأمور باللبس و الأكل و الشرب و السعي من أجل ذلك حتى لا يعرض نفسه للمخاطر ⁽²⁾ .

(1) عبد الله بن سالم الغامدي، مسؤولية الطبيب المهنية، دار الأندلس الخضراء، جدة، ط1، 1997، ص47. وانظر:

الغزالي، أحياء علوم الدين، طبعة دار المعرفة، بيروت، 24/2.

(2) عبد الله بن سالم الغامدي، مسؤولية الطبيب المهنية، مرجع سابق، ص49.

-1-

مظاهر حماية جسم الإنسان في الشريعة

لقد جعلت الشريعة الإسلامية حرمة خاصة للإنسان ، ووضعت الحماية اللازمة له ، وشرعت من أجل ذلك ما يصون كرامته وتحريم الاعتداء عليه ، و هذا ان دل على شيء فإنما يدل على حرص الشريعة الإسلامية على حماية النفس الإنسانية ضد اعتداء الغير عليها حال الحياة .

ومن مظاهر هذه الحماية تحريم الاعتداء على الجسم الإنساني ، و تأثيم القائم بذلك السلوك سواء كان الفعل موجهاً للغير أم من ذات النفس ، فقررت المسؤولية في حالة القتل الخطأ أو الجرح الخطأ وما في حكمه الدية على الجاني والكفارة على من قتل خطأً ، وسنت الشريعة الأحكام الكفيلة بضمان حق المجني عليه ، فقال تعالى : { وما كان للمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأً فتحرير رقبة مؤمنة و دية مسلمة الى أهله إلا أن يصدقوا فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة وإن كان من قوم بينكم و بينهم ميثاق فدية مسلمة الى أهله و تحرير رقبة مؤمنة فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله وكان الله عليماً حكيماً } (النساء: 92) . كما قررت المسؤولية أيضاً في حالة القتل العمد بالقصاص في الدنيا و العذاب في الآخرة قال تعالى : { ولكم في الحياة قصاص يا أولي الألباب لعلمكم تتقون } (البقرة : 179) . وقال سبحانه : { ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها وغضب الله عليه ولعنه و أعد له عذاباً عظيماً } (النساء : 93) .

وإذا نظرنا إلى القصاص و حماية جسم الإنسان في الشريعة الإسلامية لوجدن إن الجرائم التي يتعلق بها القصاص ، هي جرائم الاعتداء على النفس ، وهي جرائم الدماء أو جرائم الاعتداء بالقتل أو قطع الأطراف أو الجراح ، وهي الجرائم التي ورد بشأنها نصوص قرآنية ، وقد ذكرها المولى عز وجل بقول : (وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ) (المائدة: 45) . فهذه الدماء مصونة ومحترمة ، فكل اعتداء عليها - إلا بوجه حق - يوجب عقاباً رادعاً و زاجراً لقوله تعالى : (فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ) (البقرة: 194). والقصاص هو عقوبة الدماء بشكل عام ، سواء أكانت الدماء موضوع الاعتداء فيها النفس ، على طرف من الأطراف ، أو جرح من الجروح ، وقد خص الله سبحانه و تعالى الدماء سواء أكان الاعتداء فيها على النفس ، أم كان جراحاً بأن جعل لها عقوبة مقدرة ، و لم يتركها لتقدير ولي الأمر ؛ لأن الدماء كان لها من الشأن في الماضي والحاضر ما ليس لغيرها . وقد تولى الشارع عقوبة الدماء ، و عظم أمرها في الدنيا والآخرة ، فقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : (أول ما يقضى بين الناس يوم القيامة في الدماء)⁽¹⁾.

(1) حديث رقم 4671، صحيح البخاري، ج6، ص2517.

والجرائم التي توجب القصاص لها ناحيتان : ناحية المجتمع و ناحية الفرد . أما ناحية المجتمع فلأن الشارع اعتبر الاعتداء فيها اعتداء على الناس أجمعين ، لأن الحرمات الإنسانية مرعية الجانب في حكم الشارع ، و كل جريمة ترتكب في دم يكون المعتدي قد اعتدى على المجتمع كله ، ولذلك قال تعالى : (مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا) المائدة : 32.

ولذلك أوجب الإسلام على كل مسلم يرى مسلماً يعتدي على دمه أن يرد اعتدائه ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : " ما من امرئٍ يُخْذَلُ امرأً مُسْلِماً في مَوْضِعٍ تُنْتَهَكُ فِيهِ حُرْمَتُهُ وَيُنْتَقَصُ فِيهِ مِنْ عَرَضِهِ إِلَّا خَذَلَهُ اللَّهُ فِي مَوْطِنٍ يُجِبُّ فِيهِ نُصْرَتَهُ، وَمَا مِنْ امرئٍ يَنْصُرُ مُسْلِماً في مَوْضِعٍ يُنْتَقَصُ فِيهِ مِنْ عَرَضِهِ، وَيُنْتَهَكُ فِيهِ مِنْ حُرْمَتِهِ إِلَّا نَصَرَهُ اللَّهُ فِي مَوْطِنٍ يُجِبُّ نُصْرَتَهُ"⁽¹⁾. "وقال صلوات الله وسلامه عليه : لزوال الدنيا أهون على الله من قتل مؤمن بغير حق"⁽²⁾.

وإذا كانت الحدود في ذاتها حقاً خالصاً لله تعالى ، فإن للعبد فيها حقاً والقصاص في حده حق للعبد والله ، وفيه حق هو حق المجتمع . ولذلك كان لا بد في القصاص أن يطلبه المحني عليه ويستمر في المخاصمة الى وقت الحكم ، والعفو في أي مرتبة من مراتب الحكم جائز ، وبعد الحكم يسقط القصاص ، ولذلك قال تعالى : (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحُرِّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأَنْثَى بِالْأُنْثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ) (سورة البقرة : 178) .

و عن أنس بن مالك رضي الله عنه قال : ما رأيت النبي صلى الله عليه وسلم رفع إليه شيء من قصاص إلا أمر فيه بالعفو⁽³⁾. وأنه ليدل على أن التمكين من القصاص كف لإطفاء نيران الحق عند بعض الماس ذوي النفوس السمحة ، ما روى عن أنس ابن مالك قال : كسرت الربيع عمه أنس ثنية جارية فطلبوا العفو فأبو ، فأتوا النبي صلوات الله عليه وسلم فأمر بالقصاص ، فقال أنس بن النضر : يا رسول الله تكسر ثنية الربيع ، والذي بعثك بالحق لا تكسر . فقال النبي صلوات الله عليه وسلم : إن من عباد الله من لو أقسم على الله لأبره⁽⁴⁾. هذا كله من مظاهر حماية الشريعة الإسلامية للجسم الإنساني من اعتداء الغير ، أما من مظاهر هذه الحماية من جهة النفس ذاتها ضد تصرف الشخص في جسمه فقد نهته عن الانتحار و قتل النفس ، قال سبحانه : (وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا) النساء : 29) .

- (1) حديث رقم 4884، سنن أبي داود، ج4، ص271.
- (2) حديث رقم 2619، سنن ابن ماجه، ج2، ص874.
- (3) حديث رقم 15829، سنن البيهقي الكبرى، ج8، ص54.
- (4) حديث رقم 2649، سنن ابن ماجه، ج2، ص884.

كما نهي سول الله صلى الله عليه وسلم عن الوصال في الصيام ، و رخص للكبير و المريض والمسافر و الأم المرضع الإفطار غي رمضان و ذلك كله حفظاً للنفس . وعن ابي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال : "اجتنبوا السبع الموبقات قيل يا رسول الله وماهن ؟ قال الشرك بالله والسحر و قتل النفس التي حرم الله إلا بالحق و أكل مال اليتيم و أكل الربا و التولي يوم الزحف و قذف المحصنات الغافلات"⁽¹⁾.

وقد طالعنا الشريعة الغراء في عنايتها بجسد الإنسان حتى بعد موته من عبث العابثين حيث يروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قوله : كسر عظم الميت ككسره حياً⁽²⁾ . الأمر الذي اقتضى معه حرمة نبش القبور ، و تمشيم عظام الموتى إلا لضرورة ؛ لأن ذلك يعتبر تعدي على حرمة الميت . وقد بلغت حرمة جسد الإنسان لدى بعض الفقهاء إلى الحد الذي جعلهم يذهبون إلى أن ما سقط منه أو زال عنه فحظه من الحرمة قائم ويجب دفنه .

ولم تقف الشريعة الإسلامية في مضمون الحماية لجسم الانسان بل امتدت كذلك لتشمل الجنين في بطن أمه ، فالأم التي يتم إجهاضها تجب دية الجنين على من تسبب في خروجه⁽³⁾.

- 2 -

حق الانسان في التبرع بأعضاء جسده

يتصدر موضوع " نقل و زرع الأعضاء البشرية " تساؤل : هل يملك الإنسان حق التبرع بعضو من أعضائه ؟ . فنحيب على ذلك بأنه : بناءً على تقسيم الفقهاء للحقوق الى : " حق الله ، و حق العبد ، وحق مشترك بينهما" .

فإن حق الله : هو ما تعلق به النفع العام من غير اختصاص بأحد ، ونسب إلى الله لعظيم خطره وشمول نفعه ، وهو يتجسد أساساً في العبادات و الحدود .

- وأما حق العبد : - وهو حق خاص - فهو ما تعلق به مصلحة خاصة كحرمة مال الغير .

- أما الحق المشترك : فينقسم إلى : حق العبد هو الغالب كحق القصاص .

وحق الله غالب كالحق في الحياة وفي سلامة الجسد .

و انطلاقاً من ذلك فليس للعبد أن يقتل نفسه أو يبيع عضواً من أعضائه ولا يملك أن يأذن لغيره بذلك⁽⁴⁾.

(1) حديث رقم 89، صحيح مسلم، ج1، ص92.

(2) حديث رقم 1616، سنن ابن ماجه، ج1، ص516.

(3) بدر أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، مطابع جامعة الكويت، 1983، ص27.

(4) أحمد محمد سعد، زراعة الاعضاء بين الحظر والإباحة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص108.

ولو طالعنا رأي فقهاء الشريعة الإسلامية في مجال الاعتداء على حق الإنسان في الحياة وسلامته الجسدية نرى بأنها من الحقوق المشتركة التي يجتمع فيها حق الله وحق العبد⁽¹⁾.

وتطبيقاً للقواعد التي تحكم حق الله جل جلاله وحق العبد، يرى الباحثون أن الشرع يأذن بنقل جزء من جسم المعطي إلى جسم المريض المتلقي إذا كانت المصلحة المترتبة على ذلك أعظم من المحافظة على حق الله جل شأنه في جسم المعطي، وهكذا فإن مصدر إباحة استقطاع جزء من جسم المعطي هو إذن الشرع، إضافة إلى إذن المعطي⁽²⁾.

فيلزم من أجل المساس بهذا الحق إذاً أن يعطى الإذن من أصحاب هذه الحقوق، إضافة إلى إذن الشارع في آن واحد، وعليه لا يجوز القيام بأي عمل ضد الإنسان يكون ماساً في سلامته الجسدية بأي من أصحاب الحقوق هذه، بل لابد من أن يجتمع الرضا والإذن معاً.

- 3 -

صور نقل الاعضاء البشرية

للتعرف أكثر على موقف الشريعة الإسلامية تجاه موضوع نقل الأعضاء البشرية لابد لنا أن نوضح أولاً الصور التي يمكن أن تؤخذ من الإنسان في أثناء حياته :

أولاً : إما أن تؤخذ من مكان ما في الجسم لتزرع في مكان آخر من الجسم ذاته، كمن يقوم بواسطة الطبيب بانتزاع جزء من الجلد لترقيع جزء آخر يحتاج إليه من الجسم، أو نقل بعض الأوردة من الساق لتحل في مكان آخر من نفس الجسم .

ثانياً : أو يكون أن يكون الاستئصال من جسم و زرعه في جسم إنسان آخر، و أن هذا الأمر لا يتعدى صورتين :

1 - أن يكون النقل لعضو تنتهي الحياة باستئصاله لكونه من الأعضاء المفردة التي لا يستطيع الجسم أن يستغني عنها، كالقلب مثلاً .

2 - أو يكون النقل لأحد الأعضاء المزدوجة في الجسم البشري كالكلية أو العين أو غيرها من الأعضاء المزدوجة⁽³⁾.

(1) عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، القاهرة، ط3، 1956، ص108.

(2) عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، ضوابط نقل وزراعة الأعضاء البشرية في الشريعة والتشريعات العربية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، 2000، ص14.

(3) حسني عودة زعال، التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية، دار الثقة، عمان، ط2001، ص1، ص34.

. 4 .

مدى مشروعية نقل و زراعة الاعضاء البشرية

هناك اتجاه يمثل المتشددون من الفقهاء ، إذ يرون عدم مشروعية نقل و زراعة الأعضاء البشرية ؛ لأن الإنسان لا يملك نفسه ، ولا جسده ، ومن ثم لا يملك حق التبرع بعضو من أعضائه .
بينما يرى الفريق الآخر - الذين يبيحون حق ان التبرع - مع اتفاقهم بأن الانسان لا يملك نفسه أو جسده ، إلا أنهم يرون أن الشريعة تجيزه في حالات معينة . إذاً فأصل المسألة أن الفقهاء يجتمعون على مبدأ حرمة جسم الإنسان ، وأن الإنسان محترم حياً أو ميتاً لقوله تعالى : ((وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ) (الإسراء/ 70) . و الإجماع لدى الفقهاء منعقد على أن سلامة الجسد هي من الحقوق غير القابلة للتنازل عنها ؛ باعتبار أن سلامة أفراد المجتمع هي مصلحة يحرص عليها المشرع لصالح الجماعة . و العقوبات الإسلامية ما شرعت إلا لحماية الإنسان ، وحماية نفسه و جسده ، و أن ذلك مقتضى التكريم الإلهي للإنسان ، والذي هو مستمر خلال مراحل التكوين المختلفة ، جنينا و بعد ان يولد ، و بعد ان يموت ، فالشريعة الإسلامية وضعت أحكاماً مفصلة لكل مرحلة من هذه المراحل تضمن سلامة حياة الانسان وسلامة جسده ، هذا هو الأصل في الموضوع . إلا أن الحاجة و الضرورة تستوجبان المساس بجسم الإنسان و معنى ذلك أن مبدأ حرمة الجسم الإنساني يحتمل الاستثناء من أجل مصلحة راجحة . وبناءً على صور نقل الأعضاء البشرية نجد أن رأي الفقهاء ينقسم إلى :

أولاً : بالنسبة للاستئصال عندما يكون لغرض النقل إلى ذات الجسم ؛ يرى بعض الفقهاء أنه لا يوجد هناك ما يمنع من القيام بهذا الاستئصال في حالة ما إذا قرر الطبيب الحاجة إلى ذلك ، وعدم وجود طريقة أخرى للعلاج تحل محل النقل ؛ لأن الضرر الحاصل من نزع الجزء المأخوذ إنما يلجأ إليه ليدفع به ضرراً أكبر ، وفي النهاية فالمستفيد هو ذات الشخص المنقول منه العضو ، كما أن القاعدة الشرعية تقرر بأن " الضرر الأشد يدفع بالضرر الأخف " (1).

ثانياً : أما بالنسبة لحكم ما يؤخذ من إنسان حي لغرض زرعه في جسم إنسان آخر يحتاج إلى ذلك العضو و كان النقل ضرورياً لغرض التداوي ، فالأمر يكون في حالتين :
ففي الحالة الأولى : عندما يكون العضو المراد أخذه ليس له في الجسم بديل يقوم مقامه و يؤدي وظيفته و أن استقطاعه يؤدي إلى الموت ، ففي هذه الحالة لا يجوز مطلقاً استقطاع العضو ؛ لأنه يسبب ضرراً فاحشاً و لذلك لا يجوز استقطاع القلب مثلاً حتى برضاء المعطي ؛ لأن الانسان لا يملك التصرف في حياته إلا بإذن الشرع و الشرع قد أقام مبدأ التساوي بين بني آدم معصومي الدم .

(1) هاشم جميل عبد الله، زراعة الأعضاء والتداوي بالمحرمات في ضوء الشريعة الإسلامية، بحث منشور في مجلة الرسالة الإسلامية، مجلة شهرية تصدرها وزارة الأوقاف والشئون الدينية في العراق، العدد 212، سنة 1988.

وكذلك لا يجوز استقطاع العضو غير المتجدد إذا لم يكن له نظير في الجسم حتى إذا كان ذلك العضو مزدوجاً في الجسم ، إذ يجب أن يكون العضو المتبقي قادراً على القيام بوظيفة العضو المستأصل ؛ فلا يجوز مثلاً استئصال أحد الأطراف ، لأن الطرف الآخر لا يستطيع أن يؤدي وظيفة العضو الذي تم استئصاله . أما إذا كان العضو المراد استقطاعه من الأعضاء المزدوجة ، وكان العضو المشابه يستطيع أن يقوم بوظيفة العضو المستقطع كالكلى ونحوها ، فقد اختلف الفقهاء بين مانع لذلك ، و بين مجيز للنقل ولكن بشروط وقواعد وأسس . ومما تقدم نستطيع القول بأن الشريعة الإسلامية تميز نقل الأعضاء البشرية على أساس تراحم المصلحة ودفع الضرر الأعظم بالضرر الأدنى ، فالإمام ابن القيم يرى بأنه : " إذا تأملت شريعة الله التي وضعها لعباده ، لا تخرج عن تحصيل المصالح الخالصة أو الراجحة بحسب الإمكان ، و إن تراجمت منع أعظمها فساداً باحتمال أدناه"⁽¹⁾.

ولو تأملنا معرفة هذه المصالح سوف يكون ذلك عن طريق النصوص القرآنية الكريمة والسنة النبوية الشريفة أولاً ، ومن ثم عن طريق الأدلة الشرعية التي أشير إليها في هذه النصوص ومن بينها الاستحسان ، وسد الذرائع الذي يستند إليه الحكم الشرعي في حل هذه المسائل إلى حالة الضرورة أو المصلحة الراجحة ، استثناء من القواعد الأصلية في بعض المسائل الجزئية ، والتي لا تحقق فيها المصلحة بتطبيق القواعد الأصلية . ولو تأملنا الشريعة الإسلامية بنصوصها القرآنية الكريمة والأحاديث النبوية لم نجد نصاً أو حديثاً صريحاً يبيح نقل الأعضاء إلى يومنا هذا . فقد يوجد في النصوص ما يقوم بذلك ، ولكن لم يتوصل المفسرون إليه ، ولكن يمكن القول استناداً إلى الروح العامة للشريعة الإسلامية واستناداً إلى المبادئ الجليلة التي جاءت بها الشريعة الإسلامية و منها الإيثار لقوله تعالى : { وَيُؤْتُونَ عَلَىٰ أَنفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ وَمَنْ يُوقِ شُحَّ نَفْسِهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ } [الحشر: 9] . واستناداً كذلك على الأدلة التي اقترحتها النصوص التي تستند إلى الحكم بما حالة الضرورة أو المصلحة الراجحة ، و هو الاستحسان و سد الذرائع ، ترى بأن الشريعة الإسلامية تميز نقل الأعضاء البشرية .

وقد جاءت فتاوى بهذا الشأن إلى جواز ذلك ، وكان سند هذه الفتاوى تلك الأدلة فأجازت نقل الأعضاء البشرية كالكلية ، اذا تبين أن عملية زرع العضو البشري ناجحة و ثبت وجود فائدة من نقل العضو على سبيل القطع لا على سبيل الظن ، ولم يترتب على ذلك أي ضرر للشخص المعطي⁽²⁾.

(1) محمد أسامة عبد الله، المسؤولية للأطباء، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1983، ص400.

(2) فتاوى الأزهر، ندوة نقل الكلى والكلية الصناعية المنشورة في المجلة القومية الجنائية، العدد الأول، مارس 1978، ص153.

و الشريعة الإسلامية لم تقف حجر عثرة إمام التقدم العلمي الذي حصل في ميدان نقل الأعضاء و الأنسجة البشرية ، فهي تجيز هذا النقل من إنسانٍ حي إلى آخر مريض و تعتبر مشروعة بشرط أن يكون هذا النقل للأعضاء المزدوجة⁽¹⁾.

وأن لا يترتب أي ضرر جسيم يهدد الحياة أو السلامة الجسدية ، وأن هذا الأمر في الحقيقة لا يتنافى مع الحماية الجنائية لجسم الإنسان والتكريم الذي خصه الله سبحانه وتعالى للإنسان ، و أن النقل في كل ذلك يجب أن يكون ضمن الشروط التي تستوجبها ، ولعل من هذه الشروط ما هو متعلق بالشخص المراد النقل منه وهو المتبرع لكونه هو المتضرر وهو وجوب رضاء المعطي ، و أن يكون هذا الرضاء صادراً من إرادة حرة ، و أن لا يعيبها أي عارض من عوارض الأهلية ويبقى هذا الرضاء قائماً لحين الاستقطاع إلا إذا تراجع المعطي عن ذلك فيكون لرجوعه محل اعتبار ، فالشخص الذي صدر عنه الرضا باستقطاع أحد أعضائه البشرية فهو يعتبر متبرعا بأحد أعضائه و هو في ذلك يعتبر واهباً لذلك العضو لذلك العضو و طالما أن الواهب يستطيع التراجع عن ما وهب به ، فهو إذاً يستطيع أن يتراجع عن رضائه ويعتبر بعد ذلك الرضاء كأن لم يكن .

وإضافة إلى شروط الرضا لغرض الاستقطاع يجب كذلك أن تتوافر الأخرى التي تتعلق حق الله سبحانه وتعالى والتي تتعلق بجسم المعطي و المتلقي ، والتي يتوفر اجتماعها حالة الضرورة و أن هذه الشروط يبنى على أساسها الإذن من الشروع للإعطاء وأن من هذه الشروط منها ما هو متعلق بالكرامة الإنسانية حيث يجب أن يكون هناك غاية وهدف من الاستقطاع و أن يكون ذلك الاستقطاع ضرورياً و بشرط أن يكون ذلك دون مقابل⁽²⁾.

وإضافة إلى ذلك يجب ان تتحقق تلك الشروط التي تقتضيها الموازنة بين المصالح والمفاسد ، و التي منها قيود تقتضيها مصلحة المعطي مهية عدم اصابته بضرر فاحش و قيود تقتضيها مصلحة المتلقي للعضو البشري ، و يبنى على ذلك جواز للشخص أن يتصرف بأحد أعضائه إذا كانت هناك ضرورة صحيحة تقتضي ذلك و أن يأذن الشرع بهذا الاستقطاع .

(1) المرجع السابق، الصفحة نفسها.

(2) حسن عودة الزعال، التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية، مرجع سابق، ص 83.

المبحث الثاني

حماية جسم الإنسان في القانون

إن الحق في سلامة الجسد هو مصلحة للفرد يحميها القانون في أن يظل مؤدياً كل وظائف الحياة على النحو الطبيعي الذي ترسمه و تحدده القوانين الطبيعية ، وفي أن يحتفظ بتكامله الجسدي ، وأن يتحرر من الآلام البدنية⁽¹⁾.

. 1 .

حق الإنسان في سلامة جسده

وحق الإنسان في سلامة جسده يبنى على ثلاث عناصر أساسية⁽²⁾.

أولاً: الحق في أن تظل أعضاء الجسم و أجهزته تؤدي وظائفها على نحو طبيعي ، فكل إخلال بالسير الطبيعي لهذه الأعضاء أو الأجهزة ، يعد اعتداء على الحق في سلامة الجسم ، ويتحقق هذا الإخلال إذا ألم بالجسم مرض ، أي هبوط بالمستوى الصحي - البدني أو العقلي أو النفسي - ، فإذا أصيب الإنسان بمرض - أي فعل من شأنه زيادة في مقدار المرض - يعد مساساً بسلامة الجسم.

ثانياً: الحق في الاحتفاظ بكل أعضاء الجسم كاملة غير منقوصة ، فكل فعل يؤدي إلى الانتقاص من هذه الأعضاء ، سواءً بالبتر أو باستئصال جزء منها ، يعد مساساً بسلامة الجسم و تكامله يجرمه القانون ، ويستوي كون هذا المساس قد ترك أثراً بالجسم لفترة وجيزة أو لم ترك هذا الأثر؛ فإجراء عملية جراحية ، ولو كانت يسيرة تعد مساساً بسلامة الجسم ، ولا تخرج عن دائرة التجريم ، إلا بفضل سبب إباحة ، وهو ترخيص القانون لمن أجراها.

ثالثاً: الحق في أن يتحرر الإنسان من الآم البدنية ، و يتحقق هذا الألم بما يلحق الشخص من أذى في شعوره بالارتياح و السكينة ، فأى فعل يؤدي إلى إحداث آلام بدنية لم تكن موجودة من قبل أو الزيادة في مقدارها ، يعد مساساً بالحق في سلامة الجسم ولو لم يترتب على ذلك الهبوط في مستواه الصحي أو الانتقاص من أعضاء الجسم أو الإخلال بوظائف هذه الأعضاء .

وبذلك نتوصل إلى أن المشرع أسبغ حماية على جسم الإنسان كله بجميع أعضائه ووظائفه العضوية والحيوية ، بل لم يقتصر مدلول الجسم على الجانب المادي فقط وإنما يشمل كذلك الجانب النفسي والعقلي .

(1) محمود نجيب حسني، الحق في سلامة الجسم ومدى الحماية التي يكفلها له قانون العقوبات، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الثالث، 1959، ص571.

(2) أحمد شوقي أبو خطوة، القانون الجنائي والطلب الحديث لمشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص20.

وإذا تطرقنا إلى تعريف الحق في حماية جسم الإنسان ، فإننا نجد أن للحق في سلامة الجسم " جانباً موضوعياً " يتمثل في التكامل الجسدي لجسم الإنسان ، " وجانباً فردياً " يتمثل في حق الفرد في أن يكون جسمه مكفول الحماية ولا يقوم أحد بالاعتداء عليه ، و هناك جانب متعلق بالمجتمع الذي له الحق في حماية الجسم من الاعتداءات التي تقع عليه ، إذ أن الفرد يؤدي للمجتمع بعض الواجبات فإذا كان هناك مساس بسلامة جسمه ، بحيث لم يعد قادراً على تأدية هذه الواجبات و الالتزامات على الوجه المطلوب فإن ذلك يعد اعتداءً على حق المجتمع⁽¹⁾.

- 2 -

الحق في سلامة الجسد

إن هناك مثار جدل و خلاف بين الفقهاء في اعتبار الجسد و سلامته مجالاً للحق أم لا ؟ .
أولاً : الرأي الأول : فقد ذهب جانب الفقه إلى إنكار صفة الحق على ما أستخدم على تسميته بـ " الحق في سلامة الجسد " ؛ تأسيساً على حجج نعملها فيما يلي :

1 - أن الحق يفترض شخصاً يكون صاحباً له ومحلاً يقع عليه ، فيجب أن يكون الشخص - صاحب الحق - منفصلاً و متميزاً عن المحل و هو ما لا يتحقق فيما اصطلح على تسميته بـ " الحق في سلامة الجسد " أو الحق على الوعاء المادي " .

2 - إن ما يسمى بـ " الحق في سلامة الجسد " لا يمكن أن يكون موجوداً إلا حيث يوجد اعتداء عليه ، فطالما أنه لم يقع اعتداء على الجسم فإنه لا يوجد للحق ، و إنما ينشأ هذا الحق للمعتدى عليه في حمايته وإصلاح ما أصابه من أضرار بسبب الاعتداء بعد وقوعه ، إذ يكون مصدر الحق في هذه الحالة فعل الاعتداء غير المشروع وما يترتب عليه من مسؤولية المهتدي من الضرر الناتج عن هذا الاعتداء⁽²⁾.

ثانياً : الرأي الثاني : ولم تكن وجهة النظر محل قبول اذى جانب آخر من الفقه ، فتولى الرد عليها وذهب إلى أن وصف الحق على علاقة الإنسان بجسده و سلامته أمر جدير بالتأييد ، وكانت حججه على النحو الآتي :

1 - أنه ليس صحيحاً اختلاط محل الحق بصاحبه في الحق في سلامة الجسد ، فالحق هنا قيمة من القيم التي تشكل أحد مقومات الشخصية⁽³⁾ ،

(1) سميرة عايد الديدات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999، ص41.

(2) حسام الدين الأهواني، أصول القانون، القاهرة، 1988، ص577.

(3) عبد المنعم فرج المصدة، أصول القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1994، ص319.

2- أنه من غير المقبول التسليم بأن الاعتداء هو الذي ينشأ الحق في سلامة الجسد ، ذلك لأن هذا الحق موجود أصلاً، و ألا لما كانت هناك ضرورة لتعويض الشخص عما لحقه من ضرر نتيجة الاعتداء ، أي أن الحق في التعويض لا ينشأ إلا لأن هناك حقاً وقع الاعتداء عليه ، فإذا لم يوجد حق للإنسان على جسده و سلامته فعلى أي أساس تقام دعوى المسؤولية المدنية ، بل أن خطورة هذا الحق و أهميته حدت بالمشرع إلى إيجاد وسائل حماية وقائية وعدم الاكتفاء بالتعويض عن الاعتداء الضار ، فقد أكد المشرع نفسه على عدم اشتراط إثبات الضرر لإقامة المسؤولية المدنية بخصوص الحقوق اللازمة للشخصية كالحق في سلامة الجسد⁽¹⁾

3- أن استخدام وصف الحق في صدد العلاقة بين الإنسان و جسده فيه نوع من الضمان المعنوي للأفراد فضلاً عن الضمان القانوني

4- إن الشخص يستعمل دون غيره سلطات معينة على جسده ولا يشاركه في ممارستها أحد غيره⁽²⁾.

3-

طبيعة حق الإنسان في الحفاظ على سلامة جسده

وإذا ما خلصنا إلى أن للإنسان على بدنه حقاً ، فإن التساؤل الذي قد يثار في هذا الصدد سيكون حول طبيعة هذا الحق ؛ فهل يعد حق الإنسان على جسده من قبيل الحقوق الشخصية ؛ أم أنه يعد حقاً عينياً أو كحق الملكية أو الانتفاع ؟. وإذا كان الحق الشخصي هو عبارة عن رابطة قانونية ما بين شخصين دائن و مدين ، يطالب بمقتضاها الدائن المدين بأن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل أو يمتنع عن عمل فإن اعتبار حق الإنسان على جسده حقاً شخصياً يجعلنا نتساءل عن طرفي الحق ، فإذا ما كان الشخص نفسه هو صاحب الحق - الدائن - فمن هو المدين ؟ و ما هو الأداء الذي يلتزم به . وقد يقال إن المدين في هذا الصدد هو أفراد المجتمع كافة - باستثناء الدائن طبعاً - ويلتزم هؤلاء بعدم معارضة أو إعاقة صاحب الحق في استعمال سلطات حقه ، فالمدين الذي هو بقية أفراد المجتمع يقع عليهم التزام سلبي عام يتمثل فيعدم مضايقة صاحب الحق. ولكن مثل هذا التصور ربما لا يكون صحيحاً ؛ إذ أنه لا يخلو من الخلط بين فكرة الالتزام من جهة ، و فكرة الاحتجاج بالحق في مواجهة الغير من جهة أخرى⁽³⁾.

(1) المادة 50 من القانون المدني المصري وفقاً لآخر تعديلاته التي تنص على (لكل من وقع عليه اعتداء) غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته، أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحق به من ضرر.

(2) عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، مرجع سابق، ص32.

(3) هيثم حامد المصاروة، التنظيم القانوني لعمليات زرع الأعضاء البشرية، دار المناهج، عمان، ط1، 2000، ص80.

وقد يؤدي عدم اعتبار الحق على الكيان المادي للإنسان حقاً شخصياً إلى القول بأنه حق عيني ، و الذي هو عبارة عن سلطة مباشرة على شيء معين يعطيها القانون لشخص معين ، كحق الملكية وحق الانتفاع ، فقد تبني جانب من الفقه رأياً ذهب فيه إلى أن للإنسان على جسده حق ملكية ، إذ ذهب إلى أن الجسم يتكون من مجموعة من الأعضاء و الخلايا ، وهو بذلك لا يختلف عن غيره من الكائنات الحية ، فهو من هذه الناحية كأي شيء ، و يعامل معاملة الأشياء وبالتالي فإن الإنسان يملك جسده ملكية مطلقة ويستطيع الاحتجاج به على الغير باعتباره مالكاً⁽¹⁾.

ولم يؤدي البعض الآخر هذا الرأي ؛ لإغفاله حق المجتمع على جسد الإنسان ، فذهب إلى القول بأن للإنسان على المجتمع حق ملكية على الجسد أي أن الحق على الجسد من الحقوق التي تجمع بين الطبيعة الفردية و الطبيعة الاجتماعية ، فهو ذو طبيعة مزدوجة ، وبالتالي إذا كان لهذا الحق نطاقها الذي يعطي القانون لصاحبه سلطة التصرف فيه ، فإن لهذا الحق نطاقه الاجتماعي . فلا يجوز فلا يجوز للإنسان التصرف في جسده بإرادته المنفردة⁽²⁾.

. 4 .

الفرق بين الجانب الاجتماعي و الفرد للحق في سلامة الجسد

يبقى الآن التساؤل عن المعيار الذي يمكن من خلاله التفريق بين الجانب الاجتماعي و الجانب الفردي للحق على الجسد ؟. فقد لا يكون مهماً إذا ما تساءلنا عن سلطة التصرف التي يملكها الفرد أو المجتمع على الجسد ، فحق ملكيته يخول صاحبه سلطو التصرف و الاستغلال و الاستعمال ، بينما ليس للمجتمع التصرف - بغير الحق - بحياة الأفراد و أجسادهم و أعضائها ، و هو ما ينطبق على الفرد أيضاً فالحق على الجسد لا يفضي إلا إلى استعمال بعض السلطات المحددة والتي لا تشمل أهم سلطة وفي حق الملكية وهي سلطة التصرف.

من ذلك ذهب جانب آخر من الفقه إلى أن للإنسان على جسده ج حق الانتفاع لفترة مؤقتة ، و هي مدة حياة الإنسان ، إذ تبقى سلطة التصرف لله عز و جل ، و سلطتنا الاستعمال والاستغلال للإنسان طوال حياته و حتى و فاته ، إذ ينتهي حق الانسان في الانتفاع ، وبالتالي فلا يجوز للإنسان التصرف في جسده أو في جزء منه في حياته أو بعد مماته لأنه ليس بمالك لجسده⁽³⁾.

وعلى الرغم من ان هذا الرأي تفادى الكثير من أوجه النقد التي وجهت لغيره ، إلا أنه لا يخلو من بعض جوانب القصور ؛ فحق الانتفاع للفرد على جسده ليس مطلقاً او خالصاً له ، إذ أن

(1) محمد سعد خليفة، الحق في الحياة وسلامة الجسد، مجلة الدراسات القانونية، جامعة أسيوط، العدد (18)، سنة 1996، ص54.

(2) المرجع السابق، ص58.

(3) محمد المرسي زهرة، الانجاب الصناعي ، أحكامه القانونية وحدوده الشرعية، القاهرة، 1990، ص371.

للمجتمع كذلك جانباً فيه لا ينكر وجوده واهميته ، فكما أن للفرد مصلحة في جسده و أعضائه تقتضي حمايته و المحافظة عليه لكي يكون صالحاً لتحقيق المصالح و المنافع الخاصة بالفرد ، فإن للمجتمع أيضاً مصلحة في هذا الجسد وفي كل عضو منه تقتضي حمايته و المحافظة عليه ، حتى من الفرد صاحبه إذا اقتضى الأمر ، اذ لا يمكن أن تتحقق للمجتمع منفعة أو غاية إلا بواسطة أفرادها ، و سواء أكان عمل تلك المنفعة او الغاية بأيدي الأشخاص أو أدمغتهم ، فمجموعة الالتزامات التي للمجتمع على الفرد تقتضي بأن لكل عضو من أعضاء جسد أي فرد أهمية و ضرورة لكونه يسهم في قدر من مصالح المجتمع و أهدافه ؛ كان القول بأن الحق على الجسد حق ذو طبيعة مزدوجة يشترك فيه الفرد و المجتمع.

. 5 .

خصائص العلاقة القانونية بين الإنسان و جسده

إذا ما أمكن التوصل إلى أن الإنسان على نفسه حقاً ، و تحديد طبيعة هذا الحق، فإننا نخلص إلى خصائص العلاقة القانونية بين الإنسان وجسده نجملها في الآتي⁽¹⁾.

أولاً : حق النسان على جسده حق غير مالي : حيث ان حق الانسان على جسده و أعضائه لا يقوم بمال ، إذ لا يمكن الاعتياض عنه. فإذا كان المال كل عين أو حق له قيمة مادية في التعامل ، فإن حق الإنسان على جسده و أعضائه وسلامتها لا يعد من قبيل المال ؛ لأنه لا يجوز أن يكون له قيمة مادية في التعامل بها ؛ فهو ذو طبيعة عضوية تحول دون إمكانية بقاءه حياً دون تلف إذا ما انفصل عن الجسم . كما أن الجسم الانسان و أعضائه لا يمكن ان تكون مجالاً للادخار والاكنتاز كأموال فمن غير المتصور ايضاً ان يدخر إنسان إنساناً آخر أوجز أن يدخر عضواً من أعضاء جسده لوقت الحاجة ، حتى ولو أمكن المحافظة على أعضاء الإنسان بعد استقطاعها لفترة ما بواسطة ما توصل اليه العلم و الطب من تقنية ، فإن تقويم هذه الأعضاء يكون مخالفاً للنظام العام و الآداب العامة ، وبالتالي فإنه لا يعد مشروعاً في القانون ؛ فالقانون وإن لم ينص صراحة على منع تقويم أعضاء الإنسان و جسد هفي ذلك إلا لأن هذا الأمر أقرب ما يكون للمسلمات التي ربما لا يكون هناك موجب للنص عليها مباشرة ؛ فالإنسان اية التنظيم القانوني و لا يجوز جعله كالأشياء أو الأموال ، و لا يحتج على عدم تقويم أعضاء الإنسان و حقه عليها بأنه يمكن التعويض عنها حال الإضرار بها أو إتلافها ، فما ذلك إلا صيانة لها من أن تضيع هدرأً و أن تصبح كأى شيء عديمة القيمة ، فلإنسان أهمية و قدسية في القانون تجعله لا يقارن بالأشياء أو بالأموال⁽²⁾.

(1) هيثم حامد المصاروة، التنظيم القانوني لعمليات زرع الأعضاء البشرية، مرجع سابق، ص 84.

(2) محمد سعد خليفة، الحق في الحياة وسلامة الجسد، مجلة الدراسات القانونية، جامعة أسيوط، العدد (18)، سنة 1996، ص 54.

ثانياً : حق ذو طبيعة مزدوجة : على الرغم من ان الجسد يهم صاحبه بالدرجة الاولى ، إلا إن ذلك لا يمنع أن يكون للمجتمع فيه جانب ، فالحق على الجسد حق مشترك ، ويجب على صاحبه أن يلزم حدود حقه بأن لا يتعدى الغاية و الوسيلة و الشروط التي يقرها المشرع لمباشرة هذا الحق ⁽¹⁾.

ثالثاً : حق لا يجوز التصرف به : إذا كان جسد الإنسان و أعضاؤه و سلامته لا يعد من قبيل الأموال ، فإن ذلك يعني عدم جواز التصرف بها للأسباب نفسها التي منعت تقويمها ، و بالتالي تصبح الأعضاء البشرية لا تدخل الذمة المالية للشخص ولا يجوز جعلها مجالاً للتعاقد أو التنازل عنها للغير ، فحق الإنسان على جسده و أعضائه لا يجوز التعامل أو التصرف به ؛ لأنه ملتصق بالإنسان ، و يشكل امتداداً ضرورياً له باعتباره أحد مقوماته.

رابعاً : حق غير خاضع لأحكام التقادم : إن حق الإنسان على جسده و أعضائه لا يخضع للتقادم المكسب أو المسقط ⁽²⁾، إذ لا يمكن أن يكسب شخص ما الحق على أحد الأعضاء البشرية بالحيازة لمدة ما ، كما لا يمكن أن يسقط حق إنسان على عضو انتزع منه بمرور مدة معينة ، فالنصوص الخاصة بالتقادم لا تسري على حق الإنسان على جسده و أعضائه ؛ لأنه حق غير مالي وخارج عن دائرة التعامل ، لذلك فإن الشخص الذي انتزع منه عضو ما يستطيع أن يرفع دعوى أمام القضاء لاستعادة ذلك العضو ، مهما مضى عليه من زمان ، فانتزاع العضو على هذا النحو لا يشكل تهديداً حالاً لحياة الشخص وصحته فحسب ، بل و يعد أيضاً اعتداءً مستمراً على حق الشخص في التكامل الجسدي.

خامساً : حق لا ينتقل بالإرث : فحق الإنسان على جسده لا ينتقل لورثته حال وفاته ، فلا يرث الورثة الجثة ولا أي عضو منها ، حتى لو كان أحدهم بحاجة ماسة إلى هذا العضو ، فلا يعد جسد الإنسان و أعضاؤه بعد وفاته من عناصر الذمة المالية للمتوفى ، و لا يجوز بالتالي إعطاؤه أو توزيعه على الورثة ، أو السماح لهم بالإذن للغير باستخدام الجثة لأي غرض أو استقطاع أي جزء منها ⁽³⁾.

سادساً : حق يحتج به على الكافة : إن واجب احترام الكيان البدني للإنسان و سلامته من أي مساس أو تصرف واجب يقع على الجميع ، و مخالفته تعد من قبل العمل غير المشروع الذي لا يجيزه القانون ⁽⁴⁾. و مما تقدم فإن معارضي عمليات زرع الأعضاء البشرية يستندون في حظرهم لإجرائها إلى أن حق الإنسان على جسده لا يعد من قبيل حق الملكية أو الانتفاع ، كما أنه لا يعد من قبيل

(1) عبد السلام علي المزوغي، مذكرات موجزة حول علم القانون (نظرية الحق)، منشورات الجامعة المفتوحة، طرابلس، 1994، ص20.

(2) رمضان أبو السعود، المدخل إلى القانون، الدار الجامعية، بيروت، 1993، ص332.

(3) المرجع السابق، ص333.

(4) حسام الدين كامل الأهواني، أصول القانون، القاهرة، 1988، ص593.

الحق الشخصي ، بل يمكن إدخاله ضمن طائفة من الحقوق اللصيقة بالشخصية ، وبالتالي فهو حق غير مالي و لا يجوز التصرف به بإجراء الاتفاقات عليه أو التنازل عنه أو عن أي جزء منه إلى الغير. وحظر التصرف هذا يجب أن يكون مطلقاً تجاه بيع الإنسان لأعضاء جسده أو هبته إياها ، ومهما كان الباعث من وراء ذلك فالسماح بإجلاء مثل هذه التصرفات ينص بالضرورة إلى امتهان الإنسان و ابتذاله يجعله مالاً ، و يفتح الباب أمام أخطار كبيرة و جمّة يصعب حصرها و ضبطها ؛ إذ يؤدي السماح بتنازل الإنسان عن أعضائه إلى رواج تجارة خطيرة بالأعضاء البشرية ، فضلاً عن إتاحة المجال أمام استغلال الفقراء و المعوزين بسلبهم أعضاء أجسادهم أو جثثهم لزرعها في أجساد أشخاص يملكون المال.

- 6 -

تشريعات نقل و زراعة الأعضاء البشرية

مما تقدم نتطرق لعرض بسيط لبعض التشريعات العربية التي شرعت عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية. فهناك بعض التشريعات العربية التي شرعت مثل هذا النوع من العمليات ، ونذكر منها على سبيل المثال و التوضيح لا على سبيل الحصر:

أولاً : ليبيا : لقد أباح المشرع الليبي نقل و زرع الأعضاء البشرية لاستخدامها في الأغراض الطبيعية ، و قد تم ذلك بالنسبة لنقل الأعضاء البشرية بين الأحياء عبر نص المادة (15) من قانون رقم 17 لسنة 1986 بشأن المسؤولية الطبية⁽¹⁾؛ حيث نصت هذه المادة على : "أنه لا يجوز المساس بجسم الانسان أو نقل عضو أو جزء منه ما لم يكن ذلك بموافقة وبعد التأكد من عدم حصول ضرر له إن كان حياً". و بالنظر إلى نص المادة نرى أنها توفر للطبيب المعالج و الواهب غطاءً قانونياً كافياً لدرء المسؤولية القانونية عنهما ، وذلك إذا تمت في الإطار و بالشروط المنصوص عليها في هذه المادة.

بناءً عليه يمكن القول أن المشرع الليبي قد جرى التقدم العلمي ، و استجاب لمتطلبات التقنية الطبية الحديثة ، و من ثم أباح نقل الأعضاء البشرية سواءً بين الأحياء أو من جثث الموتى⁽²⁾، و في الحالتين حدد المشروع الشروط و بين الأوضاع التي ينبغي مراعاتها للقيام بهذه العمليات الخطيرة و الهامة. وبهذا يكون القانون الليبي قد حقق قفزة تشريعية هائلة و آكب بها التطور العلمي الحديث و استجاب لمتطلباته ، و في و في الوقت نفسه أخضعه لحكم القانون بما يتلاءم مع مصلحة الإنسان ، وبما لا يتعارض مع حقوقه الأساسية كحقه في الحياة وحقه في سلامة الجسد⁽³⁾.

(1) منشور بالجريدة الرسمية العدد رقم (28) لسنة 1986، انظر نص القانون ملحق رقم 1.

(2) القانون رقم (4) لسنة 1982، انظر الجريدة الرسمية، العدد (70) لسنة 1982

(3) فرج صالح الهريش، موقف القانون من التطبيقات الطبية الحديثة، دار الجماهيرية، مصراتة، ط1، 1996، ص64.

ثانياً : سوريا : أصدر المشرع السوري القانون رقم (31) لسنة (1972) ، والقانون رقم (43) لسنة 1986 ، و (30) لسنة 2002 بشأن الانتفاع بأعضاء الجسم⁽¹⁾ .

ثالثاً : الأردن : كذلك أصدر المشرع الأردني القانون رقم (23) لسنة 1977 بشأن الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان و المعدل بالقانون رقم (17) لسنة 1980⁽²⁾ .

رابعاً : لبنان : أصدر المشرع اللبناني القانون رقم (109) لعام 1983 بشأن الانتفاع بأعضاء الجسم.

خامساً : الكويت : صدر القانون رقم (30) لسنة 1972 بإنشاء بنك العيون ، ثم صدر القانون رقم (7) لسنة 1983 و الخاص بعمليات زراعة الكلى للمرضى ، ثم صدر القانون رقم (55) لسنة 1987 بشأن زراعة الأعضاء البشرية⁽³⁾

سادساً : العراق : في سنة 1986 قام المشرع العراقي بإصدار القانون رقم (85) لسنة 1986 بخصوص عمليات زرع الأعضاء البشرية.

سابعاً : الإمارات العربية المتحدة : هذا وقد صدر بدولة الإمارات العربية المتحدة تشريع برقم (15) لسنة 1993 في شأن تنظيم نقل و زراعة الأعضاء البشرية⁽⁴⁾ .

ثامناً : تونس : صدر القانون رقم (22) لسنة 1991 مؤرخ في 25 مارس 1991 يتعلق بأخذ الأعضاء البشرية وزرعها⁽⁵⁾

تاسعاً : قطر : أصدر المشرع القطري قانون رقم (21) لسنة 1997 بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء البشرية⁽⁶⁾ .

عاشراً البحرين : صدر قانون بشأن نقل وزراعة الأعضاء البشرية بمملكة البحرين سنة 1998 تحت رقم (16)⁽⁷⁾ .

مما تقدم نجد أن أغلب التشريعات العربية تضمنت أحكاماً لنقل وزراعة الأعضاء البشرية تناولت في أغلبها ما يلي:

(1) انظر القانون ملحق رقم 2.

(2) انظر القانون ملحق رقم 3.

(3) انظر القانون ملحق رقم 4.

(4) انظر القانون ملحق رقم 5.

(5) انظر القانون ملحق رقم 6.

(6) انظر القانون ملحق رقم 7.

(7) انظر القانون ملحق رقم 8.

1. إجازة عمليات نقل و زراعة الأعضاء البشرية من جسم شخص حي أو جثة متوفى و زرعها في جسم شخص حي آخر ؛ تهدف تحقيق مصلحة علاجية راجحة .
 2. أن يكون للشخص كامل الأهلية الحق في أن يتبرع أو يوصي بأعضاء جسمه بشروط معينة.
 3. حظر نقل العضو الذي يؤدي إلى الموت صاحبه أو فيه تعطيل له من واجب حتى و إن و افق المعطي.
 4. أن تجري جميع العمليات بالمراكز الطبية المحددة طبقاً للقانون بعد التحقيق من اكتمال كافة الإجراءات.
 5. التشدد في طلب رضاء المعطي مع الأخذ بشريطة الكتابة للتعبير عن الرضاء ، سواء كان المعطي متبرع أو موصي ، هذا إضافة إلى اكتمال أهليته.
 6. حظر بيع أو شراء الأعضاء البشرية ، أو الاتجار بها.
- هذا و قد صدر مشروع القانون العربي الموحد لعمليات زراعة الأعضاء البشرية⁽¹⁾، بناءً على محضر اجتماع و توصيات مجلس وزراء الصحة العرب بتونس في الفترة من (16 إلى 18/12/1986).⁽²⁾
- ولكن ماذا عن سريان القوانين الجزئية التي نظمت نقل بعض الأعضاء التي حددتها - العيون فقط أو الكلى فقط - على سائر الأعضاء الأخرى؟.
1. لقد ذهب البعض بأنه يجوز القياس غلى ذلك بسريان هذه القوانين على جميع الأعضاء البشرية ، ولا يوجد تعارض مع مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص ، حيث أن القياس المحرم في القانون الجنائي هو الذي خلق جريمة أو عقوبة جديدة.
- فالقياص لتفسير النصوص التي تتكلم عن الأسباب المتاحة ولا يؤدي هذا الأمر إلى خلق اسباب جديدة ، وإنما توسيع دائرة هذه الأسباب لتشمل وقائع لم ينص عليها القانون صراحة ، لأنه لو عرضت عليه لقرر بشأنها ما قرره فيما لو عرض عليه.
- ولما كانت بعض القوانين الجزئية قد أبحاث من وجهة هذه النظرية استئصال العيون - مثلاً - فإنه يعتبر ذلك استعمالاً لحق مخول بموجب القانون ، فأساس الإباحة هو ليس رضا المتبرع ، و إنما استعمال الحق و أن هذا السبب يمتد حكمه إلى جميع حالات التنازل عن أجزاء جسم الإنسان الأخرى ، فالقياس يكون في أسباب الإباحة ، وهو أمر جائز في القانون الجنائي⁽³⁾ .

(1) انظر القانون ملحق رقم 9.

(2) انظر محضر الاجتماع ملحق رقم 10.

(3) حسام الدين الاهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، جامعة عين شمس، 1975. ص.80.

2. وفي مقابل هذا ذهب رأي آخر إلى أنه لا يمكن الاستناد على القانون الذي أباح نقل بعض الأعضاء و سريانه على جميع الأعضاء الأخرى ؛ لأن الأصل هو عدم جواز نقل الأعضاء ، و القانون الذي أجاز نقل بعض الأعضاء يعتبر استثناء ، فلا يجوز القياس عليه ، كما أن القانون الذي أباح نقل بعض الأعضاء لم ينشأ سبباً من أسباب الإباحة ، بل إنه يقرر مانع من موانع المسؤولية ، و من أجل ذلك و حل لكل الإشكال كان على المشرع في الدول التي لم تسن قانون يبيح إجراء مثل هذه العمليات العمل على سن تشريع يبيح إجراء هذه العمليات لكي لا يتعرض الأطباء للمسؤولية الجزائية وأن تعمل هذه العمليات - نقل و زراعة الأعضاء - تحت طائلة القانون و ذلك نظراً لأهميتها البالغة ، و انتشارها الواسع.

أما العضو البشري اصطلاحاً : فقد ذهب البعض إلى تعريفه بكونه: جزء من الإنسان من أنسجة و خلايا و دماء سواء أكان متصلاً به أم انفصل عنه ، و أن الدم يعتبر من أعضاء جسم الإنسان⁽¹⁾. وهذا التعريف يعتبر الدم عضواً بشرياً على الرغم من أن البعض لا يرى صواباً اعتباره من بين أعضاء جسم الإنسان مستنيراً بالتعريف اللغوي الذي سبق ذكره فالدم ليس عظماً يغطيه اللحم. و الحقيقة أن بعض الفقه لا يرى اعتبار الدم من بين الأعضاء البشرية صواباً ، و يفترض أن يورد فيه حكماً خاصاً.

هذا وقد عرف بعض الفقه العضو بأنه : ذلك الجزء المحدد من جسم الإنسان ، و الذي ينهض بأداء وظيفة أو عدة وظائف محددة كالقلب و الكبد و الكلى ، أما النسيج فهو عبارة عن خليط محدد من مركبات عضوية كالحلايا أو الألياف و التي تعطي في مجموعها ذاتية تشريحية تتفق و عمله كالنسيج العام و العضلي و العصبي⁽²⁾.

و العضو من الناحية الطبية:

هو مجموعة من الأنسجة التي لها شكل متميز يمكن التعرف عليه ، و هو يؤدي وظائف معينة ، أما الدم فهو نسيج يتألف من خلايا عالقة في مادة سائلة تسمى البلازما و يحتوي على مواد بروتينية تتحول إلى ألياف الأنسجة عند حصول عملية التخثر . فالدم بحد ذاته نسيج بينما العضو يتكون من عدد من الأنسجة ، و النسيج مجموعة من الخلايا لكل خلية وظيفة معينة خاصة بها . إضافة إلى ذلك فالعضو له شكل معين كالعين و الكبد و الرئة و سائر الأعضاء الجسم أما الدم فشكله متغير زيادة و نقصان⁽³⁾.

(1) محمد الشوا، الحماية الجنائية في سلامة الجسم، مرجع سابق، ص69.

(2) محمد سامي، الحماية الجنائية في سلامة الجسم، جامعة الزقازيق، ص555.

(3) حسني عودة زعال، التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية، مرجع سابق، ص51.

و هناك تعريف آخر للدم - هو - السائل الأحمر الذي يوجد بالجهاز الدوري للجسم و يملأ الشرايين ، و الأوردة ، و يجري في عروق كل الفقاريات الحية بما في ذلك الإنسان (1).
و يتكون الدم من عناصر لها أشكال متنوعة تدور في سائل معين يطلق عليه البلازما وهو سائل تتحرك فيه عناصر الدم على نحو تسمح له بالقيام بوظائفه المتعددة في جسم الإنسان ، و عناصر الدم ثلاثة - الكريات الحمراء - و التي تعمل على نقل الأكسجين إلى الأنسجة ، و الكريات البيضاء و التي تقوم بدور الدفاع المناعي ضد الميكروبات ، و أخيراً صفائح الدم التي تقوم بدور أساسي في تجلط الدم و وقف النزيف (2).

أما من وجهة نظر القانون فإن العضو البشري : يتكون من عدد من الأنسجة فجسم الإنسان - كما هو معروف - يتكون من مجموعة من الأعضاء ، و تعتبر الخلية هي الوحدة الأساسية في تكوين الجسم ، والتي بمجموعها تكون الأنسجة المختلفة .

المبحث الثالث

العضو البشري بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي

يتكون جسم الإنسان من مجموعة مترابطة من الأنسجة و الأعضاء التي جعلها الله سبحانه و تعالى في أحسن صورة فقال : { لَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ فِي أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ } (4 : سورة التين) و فكر العضو في الوقت الحاضر قد شهدت تطوراً كبيراً ، وذلك عند تقدم العلوم الحديثة ، فهي في القاموس الفرنسي " D.Robert " ، ويرجع أصلها البيولوجي إلى القرن الخامس عشر ، و هي مشتقة من كلمة " organon " و معناها الأداة أو الآلة التي تستخدم في العمل (3).

و العضو من الناحية الطبية : هو مجموعة من الأنسجة التي لها شكل متميز يمكن التعرف عليه ، و هو يؤدي وظائف معينة ، أما الدم فهو نسيج يتألف من خلايا عالقة في مادة سائلة تسمى البلازما و يحتوي على مواد بروتينية تتحول إلى ألياف الأنسجة عند حصول عملية التخثر . فالدم بحد ذاته نسيج بينما العضو يتكون من عدد من الأنسجة ، و النسيج مجموعة من الخلايا لكل خلية وظيفة معينة خاصة بها . إضافة إلى ذلك فالعضو له شكل معين كالعين و الكبد و الرئة و سائر الأعضاء الجسم أما الدم فشكله متغير زيادة و نقصان (4).

(1) محمد عبد المقصود حسن، مدى مشروعية الاستشفاء بالدم البشري وأثر التصرف فيه، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999، ص29.

(2) أمين مصطفى محمد، الحماية الجنائية للدم، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999، ص12.

(3) محمد الشوا، الحماية الجنائية في سلامة الجسم، مرجع سابق، ص69.

(4) حسني عودة زعال، التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية، مرجع سابق، ص51.

و فيما يلي سوف نتعرف على مفهوم العضو البشري من و جهة نظر الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي

- 1 -

مفهوم العضو البشري في الشريعة الإسلامية

يطلق فقهاء الشريعة الإسلامية لفظ العضو على ماله وظيفته تميزه عن غيره ، كالعين و اللسان و اليد و الرجل و نحو ذلك ، و بناءً على ذلك فإنهم في الجناية الخطأ يوجبون الدية كاملة في إزالة جنس العضو أو منفعته فما ليس منه في الجسم إلا واحداً و جبت فيه الدية كاللسان ، و ما كان في الجسم منه اثنان و جبت فيهما الدية و في أحدهما نصف الدية.

أولاً : تعريف العضو البشري في الشريعة :

هو ذلك الجزء المستقل عن غيره بمفصل حتى إذا كان منفصلاً بعضو أكبر ، حيث ذهبوا إلى وجوب القصاص في كل عضو يقطع من المفصل. و قد ذهب مجمع الفقه الإسلامي إلى تعريف العضو بأنه : " أي جزء من الإنسان من أنسجة و خلايا و دماء و نحوها كقرنية العين سواء كان متصلاً به أو انفصل عنه "⁽¹⁾. و عرف العضو كذلك بأنه : " أي جزء من أجزاء الإنسان سواء أكان عضواً مستقلاً كاليد و الكلية و العين و غير ذلك ، أو جزءاً من عضو كالقرنية و الأنسجة و الخلايا ، و سواء منها ما يستخلف كالشعر و الظفر ، و ما لا يستخلف ، و سواء منها الجامد كالجلد و السائل كالدم و اللبن ، و سواء أكان متصلاً به أو منفصلاً عنه "⁽²⁾. و ذهب فقهاء الشريعة كذلك بأن أطلقوا لفظ العضو على الجزء من الجسم الذي ربما لا تكون له وظيفة سوى الجمال كالشعر ، و على ما يتجدد كالأظافر ، حيث يذهبون إلى أنه لو وجد شعر أو ظفر لشخص عُلم بموته و جب لفه بحرقه و مواراته "⁽³⁾.

ثانياً : تقييم العضو البشري في الشريعة الإسلامية : إن تقييم العضو البشري ينصب على تقييمه في نظر الشريعة الإسلامية فيما إذا كان يعتبر مالاً يصح التعامل به من عدمه ، حيث أن الوقوف على ذلك يترتب عليه تحديد نوع التصرف غير المشروع الذي يقع على العضو البشري. و من أجل ذلك يجب أن نعرف أولاً : معنى المالية و التقويم في الشريعة الإسلامية بشكل عام ، ثم نأتي بعد ذلك إلى تطبيقات المالية و التقويم على الإنسان و الأعضاء البشرية لجسم الإنسان .

(1) قرار رقم 26 (4/1) من قرارات الدورة الرابعة لمجمع الفقه الإسلامي المنعقد في جدة من 6-11 فبراير 1988، مجلة المجمع، عدد4، ج1، ص59.

(2) هيثم حماد، نقل الأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة _دراسة مقارنة_ دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003، ص12.

(3) عارف علي، مدى شرعية التصرف بالأعضاء البشرية،

- معنى المالية و التقويم و شروطهما : هناك مبدأ في الشريعة الإسلامية يذهب إلى أن محل الحقوق و العقود هي الأموال و ليس الأشياء ، فالمال وحده يصلح أن يكون محلاً للعقد و الحق ، وعكسه الشيء إلا إذا كان يعتبر من الأموال.

و عرف المال لدى فقهاء الشريعة الإسلامية بتعريفات متعددة كلها تدور حول المال باعتباره شيئاً يحل الانتفاع به و قت السعة ، و يمكن حيازته ، و يتموله الناس بأن تكون له قيمة في السوق و يضمه متلفه⁽¹⁾.

وقد اتفق فقهاء الشريعة في الشيء الذي يجوز التعامل به أن يكون مالاً متقوماً ، و لكنهم اختلفوا في التعبير عنه و ذهبوا إلى اتجاهات مختلفة منها:

الاتجاه الأول : ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أن الأصل في الأشياء التي يجوز التعامل بها أن تكون مالاً ، و أغفلوا شرط التقويم ، و إغفالهم لهذا الشرط ، ليس لأنهم يذهبون إلى عدم اشتراطه بل لأنهم يرون أن شرط التقويم مندمج بشرط المالية ، فالمالية بحد ذاتها تتضمن شرط التقويم.

فالمال من وجهة نظرهم ، هو كل شيء منتفع به حقيقة ، و مباح الانتفاع به شرعاً في حالات الضرورة ، فلا يعتبر مالاً الشيء الذي لا ينتفع به ، و لا يسمى كذلك حتى إذا كان فيه نفع للإنسان إذا كان قد تم تحريمه من قبل الشارع و إن ابيح الانتفاع به في حالة الضرورة⁽²⁾.

الاتجاه الثاني : اشترط أصحاب هذا الاتجاه ضرورة أن يكون المراد التعامل به مالاً ، و أن يكون هذا المال متقوماً ، فهم يرون بأن هناك اختلافاً بين المالية و التقويم ، فالمال هو أمر عائد إلى الاعتبار الإنساني ، أما التقويم فهو أمر عائد إلى الاعتبار الشرعي .

فالمال ما يميل إليه . وفقاً لرأيهم . طبع الإنسان ، أما التقويم فهو المال الذي أباح الشرع الانتفاع به ، فلحم الخنزير مثلاً مال و لكنه ليس متقوماً ؛ لأنه قد حرمه الشارع ، و من بعض تعاريفهم للمال هو : " ما يميل إليه طبع الإنسان و يمكن ادخاره في وقت الحاجة " .

الاتجاه الثالث : إن أصحاب هذا الاتجاه على عكس أصحاب الاتجاهين السابقين ، فلم يذكروا شيئاً في المالية و التقويم كما ذهب إليه أصحاب الاتجاه الأول ، و لم يشترطوا التقويم كما ذهب إليه أصحاب الاتجاه الثاني ، ولكنهم اكتفوا فقط بأن الشيء يجب أن يكون طاهراً منتفعاً به شرعياً حالاً أو مالاً ، و اكتفوا بذكر عناصر المالية ، و لم يكثرثوا بإطلاق اسم عليها و هو اختلاف شكلي⁽³⁾.

(1) الإمام علاء الدين الكاساني، بدائع الصانع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، الجزء السابع، ص352.

(2) المرجع السابق، ج5، ص143.

(3) محمد ياسين، بحث في بيع الأعضاء الأدمية، مجلة الحقوق، تصدر عن كلية الحقوق الكويتية، العدد الأول، السنة 1987، ص248.

و من مجمل هذه الاتجاهات الثلاثة نستطيع أن نستقي شرطين أساسيين لا يقوم بدونهما شرط المالية و التقويم و هذان الشرطان هما :

أ - أن يكون الشيء منتفعاً به في الواقع : و من مقتضيات هذا الشرط أن يكون باستطاعة الإنسان أن ينتفع به من حيث الواقع و حسب طبيعة ذلك الشيء في أي وجه من وجوه المصلحة كالأكل و الشرب والنقل و التداوي ، و القراءة و السكن و غيرها من أوجه الانتفاع ، فكل ذلك حسب طبيعة و خلقة ذلك الشيء ، أما الأشياء التي لا يمكن أن ينتفع بها فهي لا يمكن أن ينتفع بها في الوقت الحاضر على الأقل من قبل الإنسان و لا تحقق أي مصلحة لا يمكن أن تكون مالياً حتى إذا أمكن اكتشاف سر لذلك الشيء يؤدي إلى الإنتفاع به في المستقبل ، لأنه في الوقت الحاضر عديم الفائدة للإنسان .

ب - أن يكون قد أبيع الانتفاع به في كل وجوه الانتفاع : بحسب الخلقة لذلك الشيء ، و لا يشترط الانتفاع بكل الوجوه بل يمكن أن يكون في وجه واحد من تلك الوجوه فأسمك الزينة يكون الانتفاع بها للزينة فقط ، و كذلك كلب الحراسة و غيرها من الأشياء .

ومن مقتضيات هذا الشرط أن يكون طاهراً ، أي لا يكون نجساً ، كالميتة و لحم الخنزير ، و الخمر و غيرها ، وأن مكرماً عن التملك و التداول كالإنسان الحر⁽¹⁾.

2 - مدى انطباق شرط المالية و التقويم على الإنسان و أعضائه : بعد أن طالعنا رأي فقهاء الشريعة الإسلامية في المقصود بالمالية و التقويم ، فهل تنطبق هذه الشروط على جسم الإنسان باعتباره مالياً و كذلك على أعضاء جسم الإنسان ؟ و هل أعضاء جسم الإنسان طاهرة ؟ .

من أجل الإحاطة بهذه الأمور لابد أن نتناول مدى اعتبار جسم الإنسان مالياً أولاً ، و من ثم مدى اعتبار أعضاء الجسم مالياً ، و أخيراً مدى طهارة أعضاء جسم الإنسان .

أ - مدى اعتبار جسم الإنسان مالياً : بعد أن سردنا الشروط التي أوضحها الفقهاء للمالية و التقويم ، نرى بأن تلك الشروط لا تنطبق على جسم الإنسان الحر ، فإن الإنسان جوهرًا خاصاً يمنع من محاولة الخوض في تشبيهه بالأشياء إلى منتهاها ، فقد أجمع الفقهاء على عدم اعتبار الإنسان مالياً ، فالإنسان حياً أو ميتاً لا يمكن أن يكون محلاً ممكناً و مشروعاً للمعاملات ، فالإنسان ليس مالياً لا في الشرع و لا في الطبع و لا في العقل⁽²⁾.

فكرامة الإنسان الذي كرمه الله سبحانه و تعالى كرمه الله سبحانه و تعالى على سائر المخلوقات جعلته ان لا يكون سلعة يباع و يشتري ، و حيث أن الأشياء لا تعتبر مالياً إلا إذا كانت لها قيمة مالية في

(1) محمد ياسين، بحث في بيع الأعضاء الأدمية، مرجع سابق، ص259.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج5، ص140.

السوق ، و لذلك لا يعتبر الإنسان مالاً كما و أن اعتبار الإنسان مالاً يخالف العقل الذي يقضي بأن يكون الشيء خارج الإنسان ، في حين أن جسم الإنسان ليس شيئاً خارجاً عنه .
 و قد ذهب البعض بحق إلى أن جسم الإنسان لا يكون مالاً مطلقاً حتى في حالة التزام المعتدي بالدية في بعض الأحيان⁽¹⁾؛ لأن الاستدلال على أساس الدية هو دليل فاسد من أساسه ؛ لأن الأصل في الضمان في الفقه الإسلامي هو القضاء الكامل صورة و معنى ، أي أن القصاص هو الأساس ، و الدية في الخطأ و في العمد بعد سقوط القصاص و يكون ذلك من أجل احترامه و صيانة له عن الهدر بعد أن تعذر القصاص من الجاني لعفو أو صلح ، فالدية هي ليست مقابلة ثمن الإنسان ، لذلك قيل بأن الدية توجب للمحني عليه عوضاً عن حقه الأصلي في القصاص ، لا عن حقه في السلامة الجسدية لجسم الإنسان من الاعتداء الذي وقع عليه ، فإن ذلك استثناء لا يقاس عليه ، وهو في كل الأحوال أشبه بالعقوبة من التعويض ، فحصر جبر ما فات من منافع وليس تعويضاً عن الجزء الذي وقع عليه الاعتداء. ونستطيع أن نستخلص مما تقدم : أن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يعتبروا جسم الإنسان مالاً ، و قد نفوا المالية عنه لا على أساس عدم منافعه ، لأن منافع الإنسان كثيرة ، و لكن ارجعوا ذلك إلى معان أخرى هي :

- إن الإنسان هو أكرم المخلوقات ، و قد كرمه الله سبحانه و تعالى حين قال (لقد كرمنا بني آدم) الإسراء:70 . ولذلك لا يمكن أن يكون مالاً متداولاً ؛ لأن في ذلك ابتذال لكرامة الإنسان وإهانة له ، و أن هذا التكريم يبقى مع الإنسان إلى نهاية حياته و لا يفارقه لا جبراً ولا اختياراً إلا إذا اجتمع معه محاربة الإسلام و الوضع في الأسرى فتنزع عنه الكرامة عندئذ بإذن الشارع و يصبح مالاً يباع و يشتري⁽²⁾ .

- لا يمكن تصور أن يجتمع البائع و المشتري في آن واحد ، حيث أن الإنسان الحر لا يدحل في ملك غيره فدخوله إهدار لقيمته ، فلا يستطيع الإنسان أن يبيع نفسه أو أن يبيع غيره ، لأن الإنسان لا يستطيع أن يبيع مالاً يملكه ، لأن الإنسان لا يملك ، و لذلك لا يعتبر الإنسان مالاً .
 - أن الإنسان كما هو معروف حر ، و هذه الحرية ثابتة له شرعاً ، و أن اعتبار الإنسان مالاً يتنافى مع هذه الحرية الطبيعية الشرعية و بمنعه التصرف فيما أباح الله له تلك الحرية ، و بذلك أن جعل مالاً يكون قابلاً للبيع ، وهذا يتنافى مع تلك الحرية التي منحها الله سبحانه و تعالى⁽³⁾ .

(1) أحمد شرف الدين، الأعمال الشرعية للأعمال الطبية، مرجع سابق، ص97.

(2) حاشية ابن عابدين، ج4، ص4.

(3) ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، الجزء الرابع، ص417.

ب - مدى اعتبار أعضاء الجسم مالا : أما عن أعضاء الجسم البشري و كيفية اعتبارها مالا ، فقد أجمع الفقهاء على أنها ليست بمال من حيث الأصل ، و لا يجوز أن ترد عليها التصرفات الشرعية ذات الصفة المالية ، إلا في لبن المرأة فأجازه أغلب الفقهاء .

إلا أن هناك اتجاهاً في الفقه الحنفي يعتبر أطراف الأنسان - أي أعضائه - من قبيل الأموال بالنسبة لصاحبها ، فالإنسان كالجسم لا يعتبر مالا ولكن أعضائه تعتبر أموالاً⁽¹⁾.

فلا يجوز للإنسان أن يتصرف في جسمه بالكامل ، لأن ذلك يؤدي إلى المساس بالسلامة الجسدية ، و لكنه يستطيع التصرف بأعضاء جسده المعتبرة مالا من وجهة نظر القائلين ؛ لإنقاذ حياته ، فهي كالمال خلقت و قاية للنفس .

و كذلك يستطيع الإنسان أن يضحي بأحد أطرافه و قاية لنفسه ، في حين لا يجوز أن يقتل نفسه أو يأذن لغيره في قتله .

وبذلك فإن فقهاء الشريعة الإسلامية بشكل عام - كما أوضحنا - لم يعتبروا أجزاء الآدمي مالا ، ولكنهم اختلفوا في سبب المنع.

- فذهب البعض إلى عدم اعتبار أجزاء الإنسان مالا لنفس العلة التي قضت بعدم اعتبار الإنسان مالا و هي التكريم للإنسان ، و قاسوا ذلك على أجزائه ، فطالما التكريم كان للكل ، و أن الأجزاء هي قسم من الكل فإن السبب يكون واحداً ، و بالتالي تتحد العلة ، و حيث أن التكريم لا يخص جزءا دون الأجزاء الأخرى فهي واحدة ، و طالما أن الله سبحانه و تعالى قد كرم الأنسان بشكل عام فقد كرم جميع اجزائه ، و ذلك لا تعتبر أجزاء الإنسان مالا كحاله وهو إنسان بجميع أجزائه ، و لذلك لم يعتبروه مالا حتى و إن أمكن الانتفاع به بأي وجه من أوجه الانتفاع .

- هذا و قد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن سبب المنع لأعضاء الجسم لا على أساس عم التقييم للتكريم و إنما لعدم المنفعة ، على أساس أن أعضاء الجسم الي يتم فصلها قلت أهمية الانتفاع بها بأسلوب يبيحه الشرع فأبي شيء لا يمكن أن يكون مالا إلا إذا كان منتفعا به حقيقة و مباح الانتفاع به شرعا لغير ضرورة في أي وجه من الأوجه.

و لذلك يرى القائلون بهذا الاتجاه ألى أن أي جزء من الإنسان إذا تم فصله و كان يمكن الانتفاع به في أي وجه من الأوجه قالوا بجواز بيعه لغير ضرورة ، فيكون مالا يتم فيه البيع ليتحقق عنصري المالية و الانتفاع به في الواقع ، و إباحة الشرع لهذا الانتفاع لذا حرم بيع الحر لأنه ليس مملوكا و حرم بيع العضو المقطوع لأنه لا نفع فيه⁽²⁾.

(1) شرح العناية على الهداية، الجزء الثامن، ص290.

(2) ابن قدامة، المغني، دار الكتاب العربي، بيروت، ج4، ص304.

2.

مفهوم العضو البشري في القانون

أولاً : تعريف العضو البشري في القانون : لم تتعرض القوانين المعاصرة لتعريف العضو البشري محل العمليات ؛ بحجة مسايرة التقدم العلمي ، و بدعوى أن بعض الأعضاء لا زالت حتى اليوم محلاً للاجتهاد⁽¹⁾. و خلو القوانين من تعريف الأعضاء التي يصح أن تكون محلاً لعمليات نقل و زراعة الأعضاء يضرب إلى المشاكل مشكلة أخرى ، منها : هل يعني الإطلاق إباحة نقل عضو سواء كان مميتاً أو غير مميت ؟ . فقد يقوم الطبيب بنقل عضو منفرد ، فيترتب على ذلك وفاة المنقول منه ، و من ثم يتمسك بقاعدة " ما أطلقه القانون لا يقيدده إنسان " ، و نعتقد أن هذه النتيجة تأبأها كافة القوانين . و لكن قد يصعب على المشرع وهو بصدد وضع قواعد قانونية عامة و مجردة ، أن ينص على حكم نهائي بشأن مسألة علمية لا تزال محلاً للبحث و الاجتهاد و التجربة في كل يوم كل يوم يفاجئنا باكتشافات جديدة بشأنها . لذا أثر القانون ترك مهمة التعريف للشرعية في ضوء ما يتكشف لها من معلومات فنية ، و ما يتوصل إليه العلم من تطورات و اكتشافات في هذا الصدد ، بذلك يأتي التعريف الشرعي للعضو الذي يصح أن يكون محلاً للعمليات نقل و زراعة الأعضاء متفقاً مع التعريف الطبي له . إلا ان هناك بعض التشريعات القانونية التي تناولت تعريف العضو البشري ، و من بينها :

1. المشرع المصري : تنص المادة (240) من قانون العقوبات المصري على أنه : " كل من أحدث بغيره جرحاً أو ضرباً نشأ عنه أي عاهة مستديمة يستحيل برؤها ، يعاقب بالسجن من ثلاث سنين إلى خمس سنين "

و الواقع أن نص المادة (240) في حد ذاتها تنم عن عدم وضوح مفهوم اصطلاح العضو البشري في ذهن المشرع المصري حيث نجد المشرع يضيف مترادفات و الفاظ تؤدي جميعها إلى نتيجة واحدة ، فليس واضحاً تماماً على سبيل المثال ذلك الفارق من الناحية العلمية بين قطع العضو أو استئصاله ، كما لا يبدو مفهوماً النص بصفة خاصة على (كف البصر أو فقد إحدى العينين) إذ أن كف البصر لا يعدو أن يكون فقد لمنفعة العضو و فقد إحدى العينين لا يخرج عن كونه انفصال لأحد الأعضاء أو قطع له⁽²⁾.

(1) عرفت المادة الثانية من القانون الأردني الخاص بالانتفاع بأعضاء جسم الإنسان (العضو بأنه أي عضو من أعضاء الجسم أو جزء منه) وكما هو واضح فإن هذا التعريف لم يأت بمجديد حيث عرف الشيء بالشيء نفسه.

(2) مهندس صلاح العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2002، ص12.

2. المشرع الانجليزي : عرف العضو البشري في المادة (7) فقرة (2) من قانون تنظيم نقل و زراعة الأعضاء لعام 1989 : " كل جزء من الجسم يتكون من مجموعة مركبة و متناغمة من الأنسجة ، و الذي لا يمكن للجسم استبداله بشكل تلقائي إذا ما تم استئصاله بالكامل⁽¹⁾ .

من خلال هذا التعريف يتبين لنا أن المشرع الانجليزي اعتبر ان أجزاء الجسم التي تحتوي على أنسجة هي أعضاء ، و بهذا المشرع الانجليزي قد اعتبر الدم و باقي مشتقات الجسم من الأعضاء كذلك .

3. المشرع الفلسطيني : عرف قانون نقل الاعضاء الفلسطيني لعام 2003 الأعضاء البشرية على أنها : " تشتمل كل الأعضاء البشرية الكاملة أو جزء منها أو الأنسجة و الخلايا باستثناء الدم و مشتقاته⁽²⁾ .

و يتضح من ذلك أن المشرع الفلسطيني يعتبر كل أجزاء الجسم من الأنسجة و خلايا أعضاء ما عدا الدم و مشتقاته استثناء من مصطلح الأعضاء .

4. المشرع الأردني : فقد عرف القانون رقم 23 لسنة 1977 في المادة الثانية العضو على أنه : أي عضو من أعضاء جسم الإنسان أو جزء منه " ⁽³⁾ .

وقد تعرض هذا التعريف للنقد على أساس للنقد على أساس أنه لم يأت بالجديد و عرف الشي بنفسه ، و اضاف بعض مكونات جسم الإنسان الأخرى غير الأعضاء إلى مضمونه بشموله أجزاء جسم الإنسان و التي تختلف عن الأعضاء ، ولعل الحكمة من ذلك هو محاولة إخضاع كل أعضاء الجسم لهذا القانون⁽⁴⁾ .

بيد أن العريف الذي أورده المشرع الأردني تعريف غامض و غير واضح ؛ لأنه اعتبر أن جسم الإنسان كاملاً هو عبارة عن أعضاء متصلة بعضها ببعض ، وكل جزء منه يسمى عضواً.

5. أما المشرع المغربي : فقد عرف العضو البشري في المادة (2) من القانون المتعلق بالتبرع بالأعضاء بأنه : كل جزء من جسم الإنسان سواء أكان قابلاً للخلفة أم لا ، و الأنسجة البشرية تلك المتصلة بالتوالد " ⁽⁵⁾ .

نجد أن المشرع المغربي اعتبر أن الأنسجة و كل جزء من أجزاء الجسم أعضاء سواء أكانت من الأعضاء المتجددة أو غير المتجددة ، و استثنى منها الأعضاء الخاصة بالتوالد .

(1) الوحيدي شاكراً مهاجر، مدى مشروعية نزع الأعضاء.

(2) عاصم خليل، مشروعية نقل الأعضاء البشرية وحقوق الإنسان، بحث مقدم لجامعة بيروت، كلية الدراسات العليا، 2008، ص2.

(3) عبد السلام العبادي، حول زراعة الأعضاء في جسم الإنسان، بحث مقدم إلى مجمع البحوث الإسلامية، الثالث عشر، 2009، ص19.

(4) عبد القادر الشخلي، جرائم الاتجار بالأشخاص والأعضاء البشرية وعقوبتها في الشريعة والقوانين العربية والقانون الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، 2009، ص32.

(5) القانون رقم 16-98 المتمم للقانون رقم 5 - 26 والمتعلق بتبرع الأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها.

ثانيا : تقسيم الاعضاء البشرية في القانون : هناك عدة تقسيمات للأعضاء البشرية منها :

1 - تقسيم العضو من حيث القابلية للغرس : الغرس هو قابلية العضو البشري للنقل من جسم إنسان و غرسه في جسم إنسان آخر ، أي زرعه في جسم إنسان يحتاج إلى ذلك العضو . و الأعضاء البشرية منها ما هو قابل للغرس و ما هو غير قابل للغرس.

الأعضاء القابلة للغرس فالأعضاء البشرية في الوقت الحاضر نتيجة التقدم الطبي الذي حصل في هذا الميدان جعل كثيراً من الأعضاء البشرية التي لم تكن سابقاً عند بداية الدخول في ميدان زرع الأعضاء البشرية قابلة للغرس ، أما في الوقت الحاضر فقد كثرت هذه الأعضاء ، ومن هذه الأعضاء (القلب و الكبد و البنكرياس و الكلية نخاع العظمة و القرنية و زرع الجلد للتجميل).

أما الأعضاء غير القابلة للغرس : هي الأعضاء التي لا يمكن زرعها في جسم الإنسان و لا يمكن تحويلها - استئصالها - من جسم إنسان إلى آخر يحتاج إليها ، كالعמוד الفقري و المثانة والمعدة و غيرها ، فنقلها مستحيل في الوقت الحاضر ، حيث لم يثبت نجاحها بعد إلا أن هذا لا يعني أنها لا يمكن أن تكون في المستقبل قابلة للغرس .

فعلى سبيل المثال توجد معلومات تفيد بإجراء استئصال نصف دماغ للأطفال دون أن يؤثر على حياتهم الطبيعية ، و هي من العمليات النادرة لمريض يعرف بـ " الموثق العصبي " . وكذلك اجريت عمليات في ميدان زرع الجلد في انايب اختبار بالمعامل لمعالجة الحروق و التشوهات ، فقد توصل الباحثون إلى زراعة طبقات البشرة العليا والسفلى ، وقد اجريت هذه العمليات في الولايات المتحدة وفرنسا⁽¹⁾.

2 - من حيث القابلية على التجدد يمكن تقسيم الأعضاء البشرية من حيث للتجدد إلى نوعين وهي :
- إما أعضاء قابلة للتجديد : هي تلك الأعضاء التي لها قابلية على التجدد بصورة تلقائية إذا تم فصل جزء منها ، أما إذا تم فصلها نهائياً فلا يمكن أن تتجدد ، وذلك مثل الكبد و الجلد و كذلك الرئة ، فالرئة إذا تم فصل جزء منها أي أحد فصوص الرئة فباقي فصوص الأخرى تتوسع بحيث تستوعب مكان الجزء الذي تم فصله.

- أو أعضاء غير قابلة للتجديد : هي تلك الأعضاء التي لا تتجدد إذا تم فصلها أو فصل جزء منها ، مثل اليد ، و الرجل.

3 - من حيث الظهور : حيث يمكن أن تقسم الأعضاء البشرية من حيث ظهورها للعيان إلى :
- عضو ظاهر : و هو ذلك العضو الذي يمكن مشاهدته من خلال النظر إلى جسم الإنسان ، كالأذن و العين و الأسنان و الجلد و غيرها من الأعضاء.

(1) منذر أبو الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، دار الشؤون الثقافية العامة، 1، 1990، ص 18.

- و عضو باطن - داخلي - فهو ذلك لا يستدل عليه من خلال النظر الخارجي ، بل يمكن مشاهدته و الاستدلال عليه من خلال الأجهزة التي يمكن بواسطتها الاستدلال على ذلك العضو ، فهو ظاهر للعيان ، كالرئة و الكبد و القلب و غير ذلك من الأعضاء الداخلية.

4- من حيث الشكل : فهناك من الفقهاء من قسم أعضاء جسم الإنسان إلى ثلاثة أقسام⁽¹⁾:

- أعضاء يابسة : و هي تشكل غالبية أجزاء جسم الإنسان ، وقد تكون مزدوجة مثل الكلية و الرئة و القرنية و الأذن و الجلد ، و قد تكون مفردة مثل الكبد و القلب و البنكرياس.

- أعضاء سائلة : و هي بشكل خاص الدم و اللبن.

- و أخيراً شعر الأدمي.

5- من حيث التأثير : و يمكن تقسيم أعضاء جسم الإنسان كذلك من حيث التأثير ، أي أثرها على حياة الإنسان في حالة فصلها فهي :

- إما عضو يؤدي فصله إلى الوفاة : وهي الأعضاء المفردة غالباً من الجسم كالقلب و الأمعاء .

- أو الأعضاء التي لا يؤدي فصلها إلى إنهاء الحياة : مثل بعض أنواع الأعضاء المزدوجة كاليدين و العينين و الكليتين و الرئتين و غيرها ، فإن فصل أحد هذه الأعضاء المزدوجة لا يؤدي إلى انتهاء الحياة ، فاستئصال أحد الكليتين لا يؤدي إلى انتهاء الحياة ، بل إن الأخرى تقوم بالوظيفة التي يحتاجها جسم الإنسان .

6- من حيث الضرورة و الأهمية : حث جانب من الفقه على أنه - في مجال الممارسات الطبية و العلمية الحديثة - لا بد من التمييز بين الأعضاء الضرورية و الأعضاء غير الضرورية في الجسم البشري ، و مناط الضرورة في هذا الصدد إنما يتمثل في أهمية الدور الذي يلعبه العضو محل التصنيف ، و ذلك من حيث لزومه لاستمرار الحياة أو توقفها بدونه ، فإذا كان بالإمكان أن يظل الشخص على قيد الحياة رغم استئصال عضو معين من جسمه فإننا بصدد طائفة الأعضاء غير الضرورية والتي يجوز المساس بها و التنازل عنها بضوابط معينة ، أما إذا كان استئصال العضو سوف يؤدي حتماً إلى الوفاة لاستحالة استمرار الحياة بدونه ، فنحن إذاءً إزاء طائفة الأعضاء الضرورية و التي لا يجوز التنازل عنها أو المساس بها مطلقاً.

ولا يشترط - وفقاً لهذا المعيار - في تحديد المقصود بالعضو أن يكون هذا الأخير متجدداً أو غير متجدد ، إذ المعول عليه دائماً هو مدى أهمية ذلك العضو و ارتباطه بدوام الحياة أو انتهائها إذا ما تمت عملية الاستئصال⁽²⁾.

(1) صاحب عبيد الفتلاوي، التشريعات الصحية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 1997، ص121.

(2) محمد صلاح أحمد، الحماية الجنائية للجسم البشري، المرجع السابق، ص12.

ولعل الضابط في تقسيم الأعضاء إلى طائفتين - ضرورية و غير ضرورية - متعلق بمدى أهمية العو محل التصنيف ، ومركزية دوره في استمرار الحياة و دوامها ، و سوف يفضي حتماً إلى انحسار نطاق الحماية الجنائية انحساراً كبيراً عن الغالبية الساحقة من المكونات و العناصر الجسمانية بما فيها طائفة الأعضاء و فقاً لمفهومها و معناها الدقيق ، إذ ما عسى أن يكون من الأعضاء وجوده ضرورياً لاستمرار الحياة و يقضي انتزاعه من الجسم إلى الموت حتماً سوى القلب و الكبد و الدماغ ، فهل يعقل أن تكون هذه الثلاثة فقط هي الأعضاء الضرورية في الجسم البشري التي لا يجوز التنازل عنها أو المساس بها مطلقاً؟ .

في حين يعد ما خلاها من الوحدات و الأبنية النسيجية الأخرى كالكلبي و العيون و الأذن و الأطراف إلخ مندرجاً في زمرة الأعضاء غير الضرورية التي يمكن المساس بها و التنازل عنها بشروط و ضوابط لا لشيء إلا لكون هذه العناصر الجسمانية لا ترتبط ارتباطاً حتمياً ببقاء من تستأصل منه على قيد الحياة.

يضاف إلى ذلك أن ذا التطبيق في مفهوم الحياة و نطاقه وجعله محصوراً في النقطة التي تقابل الموت إنما ينطوي على إغفال و اضح لفحوى المبادئ القانونية ، و الحقائق الواقعية المستقر عليها في هذا الصدد و التي تقطع جميعها بأن نطاق الحق في الحياة لا يعني عدم الموت فحسب ، بل هو يتسع ليشمل حق الإنسان في أن تسير الوظائف الحيوية لأعضائه كافة سيراً سوياً ، بحيث يشكل الاعتداء على أي منها خطوة نحو المساس بحقه في الحياة ، الأمر الذي تنبه له جانب من الفقه منذ و قت مبكر فأبرزوا - و هم بصدد ذلك - تلك الصلة الوثيقة بين حق الإنسان في الحياة و حقه في تكامل بنائه الجسدي ، فما الأخير سوى الحصن و الدرع الواقي للأول ، إذ لن يكون للمساس و الاعتداء على سلامة الجسم و تكامله من نتيجة سوى الإخلال بالحق في الحياة متى كان هذا الاعتداء ، و ذلك ينال الجسد في أحد أعصائه الحيوية الهامة ، التي لا يشترط فيها أن تكون أساسية و مركزية في استمرار الحياة ، بل يكفي أن يكون العضو محل الاعتداء مؤدياً لإحدى الوظائف الحيوية في الجسم ، و لو لم يكن من شأن تعطيل هذه الوظيفة إنهاء الحياة أو توقفها⁽¹⁾، و الواقع أن هذا التقسيم للأعضاء الآدمية إنما قصد به بيان ما يجوز نقله منها أو التنازل عنه ، ما لا يجوز المساس به.

ثالثاً : تقييم العضو البشري في القانون الوضعي : الأصل أن للإنسان حرمة مطلقة في الشريعة الإسلامية و كذلك المجال في القانون الوضعي فإن للإنسان حرمة مطلقة على جسمه أو ما يسمى بمبدأ معصومية الجسد والذي يقضي هذا الأمر بعدم جواز التصرف بالجسم البشري.

(1) محمود نجيب حسني، الحق في سلامة الجسم ومدى الحماية التي يكفلها قانون العقوبات، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الثالث، 1959، رقم 6، 7، ص 538.

فالإنسان لم يعد شيئاً بعد إلغاء الرق حتى يمكن التعامل به⁽¹⁾ و إذا كان ذلك و ضع الإنسان بشكل عام فهل يعتبر العضو البشري مالا في نظر القانون حتى يمكن تحديد نوع الاعتداء الذي يمكن أن يقع عليه ؟ .

ذهب البعض إلى اعتبار أعضاء جسم الإنسان المزدوجة - أي التي توجد في الجسم بشكل غير منفرد - الكليتين و الرئتين و غيرها لها قيمة مالية و ذلك يمكن استئصالها بشروط معينة حماية لحق الإنسان في سلامة جسمه ، و حقه في الحياة حيث أن هذا الحق من الحقوق اللصيقة بالشخصية ، وهناك من الحقوق التي أجاز القانون الفرنسي التصرف بها كالحقوق المتعلقة بحضانة الطفل و تعليمه ، إضافة إلى ذلك فقد حصلت اتفاقات عديدة ترد على جسم الإنسان كقص الشعر و ممارسة الألعاب الرياضية مما أدى إلى القول بأن حرمة الإنسان قد نزلت من مقصورتها و تنازلت عن صولجانها ، فأصبح جسم الإنسان محلاً للمعاملات المالية ، بل و أكثر من ذلك فإن أصحاب هذا الرأي إلى قابلية جسم الإنسان و أعضائه للتقويم المالي فتعويض الضرر الجسمي بالمقابل النقدي خير دليل على ذلك ، إن فكرة عدم التقويم للعضو البشري هي فكرة مهجورة وأن المحاكم تصدر يوميا عشرات القرارات القضائية بالتعويض عن الأضرار الجسمانية نتيجة الإصابات البدنية ، و كذلك تقدير التعويض النقدي للعضو الذي أصيب⁽²⁾.

و قد ذهب البعض الآخر إلى جواز التصرف بأعضاء جسم الإنسان المستأصلة ، حيث إنها تعتبر أشياء بعد فصلها عن الجسم ، فله أتجري عليها جميع تصرفات كالبيع و الإيجار و غيرها من التصرفات ، لكونها قد تحولت بعد الفصل إلى حق مالي ، و يكون هذا الحق مقصوراً على صاحبه⁽³⁾.

وقد غالى البعض في حق الإنسان على جسمه حيث ذهبوا إلى أن للإنسان سلطة مطلقة في التصرفات بأعضائه فيجوز أن يتبرع الإنسان بأحد أعضائه السليمة بدافع العاطفة إلى صديق أو قريب ، أو تجاه زعيم وطني أو عالم كبير في حالة خطر و يحتاج إلى عضو سليم ، حتى إذا كان ذلك يعرضه لخطر الموت ، لأنه يرمي بنفسه إلى الموت في سبيل وطنه و أمته⁽⁴⁾.

(1) حسني عودة زعال، التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية، مرجع سابق، ص63.

(2) سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، مركز البحوث القانونية، بغداد، 1981، ص101.

(3) عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مطبوعات جامعة الكويت، 1970، ص2000.

(4) إبراهيم البطل، نقل وزراعة القلب في التشريع العدي، مجلة المحامون السورية، العدد الخامس، لسنة 1987، ص177.

الخاتمة

من خلال ما تناولناه في هذا البحث من مواضيع ارتكزت على حماية جسم الإنسان من الناحية القانونية والشرعية (الشرعية الإسلامية)، والاجتماعية، فهذا الجسد مصان من خالقه قبل الذات البشرية. فنرى الشريعة الإسلامية حرصت كل الحرص على حماية النفس البشرية حال حياتها وحال مماتها، بل أوجبت الحماية من الشخص نفسه، لأن الجسد الإنساني ليس من الأشياء، فهو بالتالي يخرج عن دائرة التعامل، فأبي اتفاق يكون محله جسم الإنسان أو صحته يكون باطلاً، وإلا إذا كان هذا الاتفاق يستهدف معالجة المرض أو المحافظة على الجسم البشري مثل عقد العلاج الطبي.

أما عن القانون الوضعي - فدوره في حماية جسم الإنسان عبّر عنه بأن سلامة الجسم هو مصلحة للفرد يحميها القانون في أن يظل جسمه مؤدياً كل الوظائف على النحو الطبيعي، وأن يحتفظ بتكامله الجسدي وأن يتحرر من الآلام البدنية.

وبالنظر إلى معيار المصلحة الاجتماعية - والتي تركز على أساس الإباحة نجد أنها تعرضت للكثير من الانتقادات خاصة فيما يتعلق بنظرية الضرورة، فالأخذ بهذا المعيار سيؤدي إلى نتائج تتناقض مع القيم الإنسانية سيما في الموازنة بين الفائدة التي ستعود على المجتمع بغض النظر عن الاعتبارات الفردية والإنسانية، وبالأهمية الاجتماعية للشخص وما يشغله من منصب علمي أو قيادي.

فأخيراً، فإن الأساس القانوني الصحيح لإباحة التعدي على الجسد البشري، هو قاسم مشترك بين نظرية الضرورة ونظرية المصلحة الاجتماعية.

ومما تقدم يوصي الباحث - بأن يدعوا رجال القانون والفقهاء أن يسرعوا في وضع تنظيم يقضي بوضع الضوابط القانونية التي تحكم هذا التعدي، بما يحفظ للإنسان كرامته وحرمة جسده، ويعد هذه العمليات عن شبهة الإبحار .



قائمة المراجع

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً: الحديث الشريف وعلومه:

- صحيح مسلم
- صحيح البخاري
- سنن ابن ماجة
- سنن أبي داود
- سنن البيهقي الكبرى

ثالثاً: المراجع الفقهية:

- الغزالي، أحياء علوم الدين، طبعة دار المعرفة، بيروت 24/2.
- ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، الجزء الرابع.
- الإمام علاء الدين الكاساني، بدائع الصانع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، الجزء السابع.
- شرح العناية على الهداية، الجزء الثامن.
- ابن قدامة المغني، دار الكتاب العربي، بيروت، ج4.
- حاشية ابن عابدين، ج4.

رابعاً: المراجع المقارنة:

- سميرة عايد الديدات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999.
- محمد المرسي زهرة، الانجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية، القاهرة، 1990.
- عبد الحميد إسماعيل الأنضاري، ضوابط نقل وزراعة الأعضاء البشرية في الشريعة والتشريعات العربية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، 2000.
- هيثم حامد، نقل الأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003.

خامساً: المراجع المتخصصة:

- عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، القاهرة، ط3، 1956.
- بدر أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، مطابع جامعة الكويت، 1983.
- أحمد شوقي أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث لمشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية، دار النهضة العربية، القاهرة.
- هيثم حامد المصاروة، التنظيم القانوني لعمليات زرع الأعضاء البشرية، دار المناهج، عمان، ط1، 2000.
- حسني عودة زعال، التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية، دار الثقة، عمان، ط2001.
- عبد الله بن سالم الغامدي، مسؤولية الطبيب المهنية، دار الأندلس الخضراء، جدة، ط1، 1997.
- أحمد محمد سعد، زراعة الأعضاء بين الحظر والإباحة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986.
- حسام الدين الاهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، جامعة عين شمس، 1975.
- محمد عبد المقصود حسن، مدى مشروعية الاستشفاء بالدم البشري وأثر التصرف فيه، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 1999.
- سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، مركز البحوث القانونية، بغداد، 1981.
- منذر الفضلي، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، دار الشؤون الثقافية، بغداد، ط1، 1990.
- عصام أحمد محمد، النظرية العامة في الحق في سلامة الجسم، ط2، 1988.
- حسام الدين الأهواني، أصول القانون، القاهرة، 1988.
- فرج صالح الهريش، موقف القانون من التطبيقات الطبية الحديثة، دار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، مصراتة، ط1.
- عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1994.
- عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مطبوعات جامعة الكويت، 1970.
- صاحب عبيد الفتلاوي، التشريعات الصحية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 1997.

- مهند صلاح العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2002.
- رمضان أبو السعود، المدخل إلى القانون، الدار الجامعية، بيروت، 1993.
- أمين مصطفى محمد، الحماية الجنائية للدم، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 1999.
- عبد السلام علي المزوغي، مذكرات موجزة حول علم القانون (نظرية الحق)، منشورات الجامعة المفتوحة، طرابلس، 1994، ص 20.
- عبد الوهاب عمر البطراوي، بحوث جنائية حديثة، دار الفكر العربي، القاهرة، ط 3.
- عبد الله البستاني، الوافي (معجم وسيط اللغة العربية)، مكتبة لبنان، بيروت، 1980.

سادساً: الرسائل المنشورة:

- محمد سامي الشوا، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق، 1966.
- محمد أسامة عبد الله، المسؤولية للأطباء، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1983.

سابعاً: المجلات العلمية:

- محمود نجيب حسني، الحق في سلامة الجسم ومدى الحماية التي يكفلها له قانون العقوبات، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الثالث، 1959.
- ابراهيم البطل، نقل وزراعة القلب في التشريع العدي، مجلة المحامون السورية، العدد الخامس، لسنة 1987.
- فتاوى الأزهر، ندوة نقل الكلى والكلية الصناعية المنشورة في المجلة القومية الجنائية، العدد الأول، مارس 1978.
- قرار رقم 26 (4/1) من قرارات الدورة الرابعة لمجمع الفقه الإسلامي المنعقد في جدة من 6-11 فبراير 1988، مجلة المجمع، عدد 4، ج 1.
- هاشم جميل عبد الله، زراعة الأعضاء والتداوي بالمحرمات في ضوء الشريعة الإسلامية، بحث منشور في مجلة الرسالة الإسلامية، مجلة شهرية تصدرها وزارة الأوقاف والشئون الدينية في العراق، العدد 212 سنة 1988.
- محمد ياسين، بحث في بيع الأعضاء الآدمية، مجلة الحقوق، تصدر عن كلية الحقوق الكويتية، العدد الأول، السنة 1987.
- محمد سعد خليفة، الحق في الحياة وسلامة الجسد، مجلة الدراسات القانونية، جامعة أسيوط.

مدى مسؤولية الدولة
عن أعمال السلطة التشريعية

د/ الداه محمد إبراهيم

أستاذ القانون العام/ كلية القانون/ جامعة عمر المختار (البيضاء)

مُقَدِّمَةٌ

لا شك أن مبدأ المشروعية يعد أحد الضمانات الأساسية لحقوق الإنسان وحياته الأساسية في العصر الحديث، ذلك أنه يقضي بخضوع الحكام والمحكومين لمبادئ وأحكام القانون سواء تلك التي تسنها، أو تضعها الدولة، أو تلك السابقة على وجود الدولة نفسها، لكنها مازالت مستقرة في ضمير الجماعة وتحظى بقبولها كقانون ملزم.

وقد تأسس مبدأ المشروعية إثر ضعف وتصدع مبدأ السيادة المطلقة للدولة وهما - مبدأ المشروعية، ومبدأ السيادة المطلقة - مبدأان متناقضان، الأول نجم عنه مسؤولية الدولة، والثاني ظلت الدولة في ظله - لفترة طويلة لا تسأل، ولا يرد عليه أي استثناء، وبالتالي عُدد مانعاً أساسياً من موانع مسؤولية الدولة عن أعمالها بما في ذلك تلك الصادرة عن السلطة التشريعية.

فنظرية السيادة كانت نابعة من النظرية السياسية القائلة بأن (الإله) هو مصدر السلطة وذلك ما عبّر عنه الفقيه (لافيريير LaFerriere)⁽¹⁾ بأن السيادة مُلزِمة للجميع، كما لا يجوز الاعتراض عليها، ولا يجوز التعويض عن الأضرار الناجمة عن ممارستها.

فمفهوم السيادة الذي كان سائداً قبل انتشار الأفكار الديمقراطية الحديثة كان حاجزاً قوياً يحول دون مساءلة الدولة عن الأضرار التي تتسبب فيها للآخرين. إلا أن الثورات الكبرى التي عرفتها أوروبا منذ نهاية القرن 15، وخاصة الثورة الفرنسية عام 1789، أحدثت انقلابات وتغييرات واسعة في العديد من المفاهيم القانونية طال مسؤولية الدولة عن أعمال سلطاتها.

فقد اشتد الصراع بين القائل بالسيادة المطلقة للدولة وبين القائلين بخضوع هذه الأخيرة للقانون، ثم حسم بتغيير جوهري أفضى إلى أن تكون السيادة للأمة أو للوطن، أو لهما جميعاً، وبالتالي انعكس ذلك على مسؤولية الدولة بوجه عام⁽²⁾.

(1) Laferriere: traite de Laguridication adminis .. T2. P13.

- رمزي الشاعر، القضاء الإداري، المطبوعات الجامعية، 1999، ص 15.

(2) نهي عثمان الزيني، مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية، د.ت، ص 3.

وإذا كانت الأفكار الديمقراطية في القرن (18) لم تتبنى بشكل واضح مسؤولية الدولة فإن دساتير الثورة الفرنسية، وإعلانات الحقوق أقرت بضرورة التزام الدولة بدفع تعويض عادل لأصحاب الحقوق الذين تضرر ومن ممارستها لأعمالها، وإدارتها لمرافقها العامة. فرجال الثورة الفرنسية - مثلاً - كانوا حريصين على تأكيد سيادة الدولة، كما حرصوا على أهمية حماية حقوق الملكية⁽¹⁾، وعلى ضرورة احترامها، مما جعل المشرعين المتعاقبين - بعد الثورة - وواضعي الدساتير⁽²⁾ يضعونها في الاعتبار.

وكان للثورات الديمقراطية في المجتمعات الغربية وتطورها الأثر المشهود، والواسع على مستوى السادة، حيث أن تحديث الدولة وتطوير وظائفها مهد لتحويلها إلى دولة القانون وما يستلزمه ذلك من إتباعه والخضوع له، وأن تتصرف في إطاره ونطاقه، وبالتالي إمكانية مساءلتها ومحاسبتها عن الأضرار التي تتسبب فيها للغير، وتعويضهم عما أصابهم من خسائر.

ومع بداية القرن (20) استقر مبدأ مسؤولية الدولة عن أعمال سلطاتها، إذ أصبح هذا المبدأ - كما يقول ديجي Duguit⁽³⁾ - من المبادئ الأساسية للقانون الحديث، وأقرت بذلك بعض دساتير تلك المرحلة، كالدستور الألماني الصادر عام 1919 (م 131)، ودستور النمسا الصادر عام 1920 (م 23).

كما ساهم في اتساع مبدأ مسؤولية الدولة تزايد تدخلها المضطرد في الأنشطة الاقتصادية والاجتماعية بعد الحرب العالمية الأولى، وظهور العديد من المرافق الاقتصادية والمهنية. فتدخل الدولة الحديثة في معظم الأنشطة زاد من الشعور بضرورة وضع نظم قانونية تحكم وتنظم مبدأ المسؤولية يتناسب مع تلك الأنشطة، وما تحدثه من أضرار للغير، وذلك لضمان حقوق الأفراد التي قررتها الدساتير وإعلانات الحقوق⁽⁴⁾.

(1) نهي عثمان الزيني، مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية، مرجع سابق، ص 4.

(2) تقضي المادة 17 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر عام 1789، بأن حق الملكية مقدس ولا يجوز المساس به دون تعويض عادل لصاحبه.

(3) Duguit: manuel de droit public From Cais 1907, P663.

(4) محمود حافظ، القرار الإداري، دار النهضة العربية، 1993، ص 124.

ومع التسليم بمبدأ المسؤولية في العصر الحديث إلا أنه مازالت ترد عليه بعض الاستثناءات التي تعد ثغرة قوية في بناء المسؤولية.

وتأكيداً لذلك فإن القضاء الفرنسي ومن تأثر به مازال يستثنى من رقابته مجموعة من أعمال السلطة التنفيذية يطلق عليها (أعمال الحكومة، أو أعمال السيادة).

كما لا يجوز للقضاء الإداري أو العادي تقرير مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية إلا بنص دستوري أو قانون صريح يبيح ذلك.

يضاف إلى ذلك استثناء هام وخطير هو عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية - كمبدأ عام - إلا في حدود معينة، ستبين لنا من خلال هذا البحث.

أما إشكالية هذا البحث فإنها تدور حول السؤال التالي:

هل الدولة الحديثة تخلت بالفعل عن مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية، أم مازالت تتمسك بهذا المبدأ بشكل مطلق أم جزئي؟

وفي ما يخص فرضية البحث أيضاً فإنها تقرر بأن للفقهاء والقضاء دور واسع في تنازل الدولة كلية

أو جزئياً عن مبدأ مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية، هل هذا الافتراض في محله أم لا؟ ذلك ما سيتضح من هذه الدراسة.

وقد اتبعنا في هذه الدراسة أو البحث المنهج الوصفي المقارن الذي يركز على الحقائق العلمية ثم يحللها ويستخلص نتائجها.

كما تناولناه حسب الخطة التالية:

المبحث الأول: عدم مسؤولية عن أعمال السلطة التشريعية.

المبحث الثاني: حدود عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية أو البرلمانية⁽¹⁾.

(1) CHapu: L'acte de gouvernement, 1958. P5-6.

المبحث الأول: عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية

ظلت الدولة لعدة قرون لا تسأل عما تسببه أعمال سلطاتها من أضرار للغير نتيجة تمسكها وتشبثها (بالسلطة المطلقة)، فكانت النظرة السائدة آنذاك أنها تخطئ ولا تفعل إلا الصواب، إلا أن التطور التاريخي والقانوني الذي حصل أثناء مسيرتها الطويلة غير من هذه القاعدة، وحلت محلها قاعدة أخرى تقر بمسؤولية الدولة عن الأضرار التي تسبب فيها سلطاتها.

والذي يعيننا هنا من تلك السلطات هي: السلطة التشريعية، فما هي هذه السلطة وما هي الأسباب التي كانت على أساسها لا تسأل؟، ذلك ما سنبينه على النحو التالي:

المطلب الأول: السلطة التشريعية.

المطلب الثاني: أسباب عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية.

المطلب الأول: السلطة التشريعية.

السلطة التشريعية هي الهيئة التي تقوم بصنع أو سن القوانين، أي أنها هي التي تضع القواعد القانوني العامة الملزمة للأفراد والجماعة داخل الدولة.

ولا يعني ذلك أنها هي السلطة الوحيدة التي تقوم بهذا العمل، وإنما تقوم بذلك أيضاً السلطة التنفيذية، لكن لا يطلق عليه القانون، وإنما تسمى لوائح *Reglement*، وبالتالي فإن القانون تضعه السلطة التشريعية، في حين تضع اللائحة السلطة التنفيذية⁽¹⁾.

والسلطة التشريعية قد تتكون من مجلس واحد، كما يمكن أن تتكون من مجلسين.

أولاً: نظام المجلس النيابي الفردي:

يقصد بنظام المجلس النيابي الفردي، أن تكون السلطة التشريعية تتكون من مجلس واحد يتم انتخابه بطرق متعددة من قبل (هيئة الناخبين) المنبثقة عن الشعب.

وهذه الطرق إما أن ينتخب المجلس بكامله من قبل الشعب، وإنما أن يعين من قبل السلطة السياسية التنفيذية، أو يتم تعيين جزء من أعضائه، والجزء الآخر ينتخب.

أما مبررات المجلس النيابي الفردي لدى كل نظام سياسي يأخذ به فتمثل في الآتي:

أ. إنجاز العملية التشريعية بشكل سريع، خاصة في الظروف التي تكون الدولة بحاجة ملحة إلى تشريعات تنظم بعض الأمور العاجلة والضرورية.

(1) عبد العظيم عبد السلام، العلاقة بين القانون واللائحة، دون ذكر للناشر، 1985، ص7.

- Jacques cadar: institution politiques et droitconst ... 1979. P. 183.

ب. تتميز العملية التشريعية في ظل المجلس الواحد بالبساطة وعدم التعقيد، لأنه أثناء وضع التشريع يتبع إجراءات محددة لا تستدعي تشتيت الجهود، وتباين الآراء بشكل واسع يعرقل العملية التشريعية برمتها.
ج. يتفق المجلس النيابي الفردي مع مبدأ سيادة الأمة، القاضي بأن سيادة الأمة وحدة واحدة لا يمكن أن تتجزأ.

ثانياً: نظام المجلسين:

ويقصد بنظام المجلسين أن تكون السلطة التشريعية مكونة من مجلسين نيابيين يحمل كل منهما اسماً مغايراً للآخر، وأن يختلفا في طريقة انتخابهما.

ومثال ذلك: البرلمان الفرنسي الذي يتكون من الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ، والبرلمان الأمريكي الذي يتكون هو أيضاً من مجلس النواب، ومجلس الشيوخ. والأخذ بنظام المجلسين له مبررات متعددة من أهمها ما يلي:

أ. أنه يمثل الطبقات وأصحاب المصالح في المجتمع، كما يتيح الفرص للأقليات في المشاركة في السلطة.
ب. يسمح لجميع مناطق الدولة أن تمثل في البرلمان على قدم المساواة.

ج. يؤدي نظام المجلسين إلى الرفع من مستوى المجالس النيابية، وذلك للسماح ببعض الكفاءات العلمية بدخول البرلمان، سواء عن طريق التعيين أو غيره⁽¹⁾.

د. منع السلطة التشريعية من الاستبداد: عندما تكون السلطة التشريعية تتركز في مجلس واحد، فإن ذلك مدعاة لاستبدادها، وذلك على خلاف أن تكون هذه السلطة في يد مجلسين، حيث تكون العملية التشريعية موزعة بين مجلسين يراقب كل منهما الآخر، فيصبح أخطأؤه، ويحجم من طموحاته، وبالتالي فإن ذلك أقرب إلى الديمقراطية والمشاركة الجماعية في منع التشريع.

د. التخفيف من حدة النزاع بين الحكومة والبرلمان:

من الوارد في ظل أي نظام سياسي يأخذ بالنظام النيابي الفردي أن يقع خلاف بين الحكومة والبرلمان يستعصي حله إلا بنوع من التجاوز على الدستور أو التضحية به، أما في حالة نظام المجلسين فإن الأمر أسهل، إذ يساعد على إيجاد حل وسط وسلمي، ذلك أنه في حالة وقوع خلاف بين أحد المجلسين، يمكن للمجلس الآخر أن يقوم بعملية التوفيق والحكم بينهما⁽²⁾.

(1) Carree de malberg: Contribution dalalhiorie deLEtat, 1988. P135.

- بشير علي محمد باز، حق حل المجلس النيابي في الدساتير المعاصرة، الدار الجامعة الجديدة للنشر، 2004، ص21.

(2) بشير علي محمد باز، حق حل المجلس النيابي في الدساتير المعاصرة، مرجع سابق، ص22.

- Duguit: droitconstutionnel et L'organisation politique. P 849.

المطلب الثاني: أسباب عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية:

تعددت الأسباب التي قيل بها لتبرير عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية، فبعضها دستوري، والآخر يرجع إلى اعتبارات قانونية وعملية ونبين ذلك على النحو التالي:

أولاً: الأسباب الدستورية.

ثانياً: الاعتبارات القانونية والعملية.

أولاً: الأسباب الدستورية:

تمثل الأسباب الدستورية لعدم مساءلة الدولة عن أعمال السلطة التشريعية في الآتي:

أ. مبدأ سيادة الدولة: كان مفهوم السيادة المطلقة للدولة أحد المبادئ المانعة من تقرير مسؤولية الدولة عن أعمال سلطتها التشريعية، لأن هذا المفهوم في حينه كان يقضي بأن الدولة لا تتقيد بقانون هي التي وضعت، أو أنشأته، ومن ثم لا يجوز مقاضاتها أو مطالبتها بأي تعويض عن أضرار تسببت فيها تلك القوانين.

فالتشريع يعد المظهر الأساسي لممارسة السيادة، مما يعني أن للدولة الحرية التامة والكاملة في إصدار ما تشاء من قوانين لتنظيم شؤون المجتمع دون أن يترتب على ذلك مسؤوليتها عن الأضرار التي تمس بعض الأفراد نتيجة لصدور هذه القوانين⁽¹⁾.

كما تم تبرير فكرة عدم مسؤولية الدولة عن التشريعات، بأن هذه الأخيرة من أعمال السيادة باعتبارها من (صُنْع) البرلمان المنتخب من الشعب والمعبر عن إرادته، أو الإرادة العامة.

إلا أن فكرة السيادة المطلقة التي تأتي كل قيد أو رقابة تفتقر إلى المنطق السليم وذلك ما أثبتته الفقه الحديث وساندته الأحكام القضائية التي ضيقت من دائرة هذا المبدأ، وبالتالي لم تعد مطلقة في كل الأحوال، لأن ذلك يتنافى مع مبدأ المشروعية الذي يعد اليوم أساس الحكم في أي دولة ديمقراطية، أو قانونية.

يضاف إلى ذلك أن سيادة الدولة لا تتناقض مع جبر الأضرار التي تصيب الأفراد جراء ممارسة السلطة التشريعية لوظائفها، وذلك ما يعني أن الإستناد إلى فكرة السيادة حجة واهية وتتنافى مع العقل والمنطق، وبالتالي تم تجاوزها في حالات كثيرة.

ب. سيادة البرلمان: استند جانب من الفقه على فكرة سيادة البرلمان للقول بعدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية، لأن البرلمان في نظره منتخب من الشعب، ومن ثم فإنه يعبر عن إرادته

(1) جابر جاد نصار، مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية، دار النهضة العربية، 1995، ص 14.

باعتباره مصدر السلطات، وبالتالي يملك السيادة الأمر الذي يترتب عليه أن أعماله لا يجوز أن تكون محل نظر للقضاء⁽¹⁾.

إلا أن فكرة سيادة البرلمان تظل محل نظر، لأنها لو سلمنا بها - جديلاً - يجب أن تكون في حدود القانون، وحدود المشروعية، ومن ثم فإنها لا تتناقض مع فكرة المسؤولية، والإقرار بحق المتضررين في التفويض.

ج. الحصانة البرلمانية: ذهب جانب من الفقه⁽²⁾ إلى القول بأن عدم مسؤولية الدولة عن أعمالها التشريعية متأية من أن البرلمان يتمتع بالحصانة البرلمانية أثناء مزاولته لعمله، وبالتالي لا يسأل أثناء ذلك - العمل - عما يبيده من آراء أو أفكار داخل المجلس أو إحدى لجانه. وعدم مسؤولية البرلمان عن أعماله التشريعية شاملة لجميع أنواع المسؤولية باعتبار ذلك ضماناً لاستقلال أعضائه اتجاه السلطة التنفيذية⁽³⁾.

إلا أن هذا الرأي محل نظر، فعدم مسؤولية البرلمان قد لا تحقق استقلاله إزاء السلطات الأخرى، وإنما تتحقق تلك الاستقلالية بوسائل أخرى مثل: أن يقرر اجتماعاته بنفسه دون تدخل من السلطة التنفيذية أو يضع نظمه الداخلية، واستقلاله من الناحية المالية.

د. مبدأ الفصل بين السلطات: اتخذ جانب من الفقه مبدأ الفصل بين السلطات كمبرر للقول بعدم مسؤولية الدولة عن التشريعات البرلمانية على أساس أن رقابة القضاء لتلك الأعمال يعد إخلالاً بمبدأ الفصل بين السلطات الذي يعد في العصر الحديث أحد الأسس الرئيسية لدولة القانون. وكانت لهذه الحجة قبولاً في ظل الدساتير الفرنسية القديمة التي أخذت - نتيجة لظروف تاريخية خاصة بفرنسا - بالفصل المطلق بين السلطات باعتباره ضماناً أساسية لعدم طغيان سلطة على أخرى، أو عدم تدخل بعضها في مجال الأخرى.

إلا أن الاستناد على مبدأ الفصل بين السلطات لم يثبت طويلاً في وجه التطورات التي استجدت على وظائف الدولة، والتي أكدت أن الفصل المطلق بين السلطات كان خاطئاً وأقرب إلى الخيال، إذ لا يمكن تحقيقه من الناحية العملية، وأنه يتعارض مع وحدة السلطة في الدولة. فالسلطات العامة في الدولة تمارس مجموعة من الاختصاصات المترابطة والمشابكة التي ترجع إلى أصل واحد، وبالتالي لا يمكن ممارستها بطريقة يستقل بعضها عن البعض الآخر بشكل مطلق، وإنما بطريقة تقوم على التعاون والتنسيق لضمان تحقيق الهدف المشترك.

(1) محمود عاطف البنا، القضاء الإداري، دار الفكر العربي، 1990، ص 299.

(2) رمضان بطيح، الحصانة البرلمانية وتطبيقاتها في مصر، دار النهضة العربية، 1994، ص 9-10.

(3) محمود عاطف البنا، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 307.

- ثروت بدوي، النظم السياسية، د.ت، ص 325.

كما أن الاستناد إلى ما تقضي به دساتير الثورة الفرنسية بشأن الفصل المطلق بين السلطات يجب فهمه في إطاره التاريخي الذي أدى إلى وجود نوع من عدم الثقة بين رجال الثورة والسلطة القضائية التي كانت تتدخل دائماً لإعادة وعرقلة أعمال السلطة التشريعية.

أضف إلى ذلك أن مفهوم الفصل بين السلطات الذي تبنته الثورة الفرنسية يختلف عن المبدأ الذي عرضه صاحبه (مونتسكيو)، والذي أراد منه أن يكون مرناً يمنع اعتداء سلطة على مجال الأخرى، وفي حالة ذلك (توقف السلطة Le pouvoir arret Le pouvoir).

بناءً على ما سبق فإن الاستناد على مبدأ الفصل بين السلطات لتبرير عدم مسؤولية الدولة عن الأعمال التشريعية أمر مستغرب ومستهجن، وبالتالي تم تجاوزه، كما سنرى لاحقاً.

ثانياً: الاعتبارات القانونية والعملية:

استند الفقه القائل بعدم مسؤولية الدولة عن التشريعات البرلمانية إلى اعتبارات قانونية وأخرى عملية كلها تقف مانعاً من مساءلة الدولة، وسنبينها على النحو التالي:

أ. الاعتبارات القانونية: تتمثل هذه الاعتبارات في الآتي:

1- عدم تحقق أركان المسؤولية: ذهب الفقه⁽¹⁾ القائل بعدم مسؤولية الدولة عن التشريعات البرلمانية إلى القول بأن معظم أعمال السلطة التشريعية تتمثل في وضع القوانين، وأن هذه الأخيرة إذا تضرر منها الأفراد لا يجوز التعويض عنها نتيجة لعدم تحقق أركان المسؤولية اللازمة للحكم بالتعويض⁽²⁾.

2- عدم تحقق ركن الخطأ⁽³⁾: يقر جانب من الفقه بعدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية مستنداً في ذلك على أن الخطأ يعد ركناً أساسياً في قيام المسؤولية، وبالتالي يجد أن يتحقق حتى يحكم القاضي بالتعويض للمتضررين من قانون معين.

إلا أن هذا الرأي يصعب التسليم بصحته لعدة اعتبارات أهمها:

- أن المشرع يفترض فيه عدم الخطأ؛ لأنه هو الذي يحدد الخطأ والصواب، وبالتالي فإنه منزه عن الخطأ.
- أن المشرع لا يتمتع بسلطة مطلقة في إصدار القوانين، وإنما يتقيد بضوابط وشروط يحددها الدستور، فإذا تجاوزهها، أو خالفها كان عمله باطل ومستوجباً للإلغاء.

وحتى لو أخطأ - المشرع - فإن معالجة ذلك الخطأ تكون من خلال الرقابة على دستورية

القوانين، سواء كانت رقابة سياسية أو رقابة قضائية.

(1) وحيد رأفت، رقابة القضاء لأعمال الإدارة (رقابة التضمين)، د.ت، ص 77.

(2) جابر جاد نصار، مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية، مرجع سابق، ص 23.

(3) جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص 23.

وهذه الرقابة هدفها - كما هو معلوم - هو التأكد من أن القوانين الصادرة عن البرلمان يجب أن تكون متطابقة مع أحكام ومبادئ الدستور، وذلك ما جعلها ضماناً أساسية تمنع البرلمان من الشطط في إصدار القوانين، وفي تناقضها مع الأسس الدستورية التي حددها الدستور نفسه.

- ليس بالضرورة أن تتأسس المسؤولية عن أعمال السلطة التشريعية على فكرة الخطأ، وإنما يمكن أن تتأسس على فكرة المخاطر، أو فكرة المساواة أمام الأعباء والتكاليف العامة.

3- عدم تحقق الضرر⁽¹⁾: إذا كان التشريع يتميز بالعمومية والتجريد فإن أنصار عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية يربون على ذلك أن لا يمكن أن يتسبب في ضرر خاص للغير، وعليه فلا محل للمسؤولية لأن هذه الأخيرة تستوجب ضرراً خاصاً، وذلك ما لم يتحقق.

وإذا افترضنا حدوث ضرر خاص جراء صدور قانون عام، فإن هذا الضرر يكون عاماً يتحمله المواطن دون أن يكون له الحق في المطالبة بالتعويض.

إلا أن هذا الرأي يجافي الواقع العملي، ذلك أن عمومية التشريع، ووصفه بالتجريد لا يمنع من إصابة بعض الأفراد بالضرر من بعض القوانين، ومثال ذلك: إصدار قانون معين يلغي نشاط معيناً فإنه لا محالة قد أصاب الأفراد العاملين في هذا النشاط إلى يعد هذا الضرر خاصاً، أو استثنائياً؟، ثم ألى يستحق المتضررون تعويضاً عن الأضرار التي لحقت بهم بسبب صدور هذا القانون؟.

ب. الاعتبارات العملية: استند الفقه القائل بعدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية إلى بعض الاعتبارات العملية، مثل: الهدف من التشريع، وإعاقة التقدم، ثم عدم اختصاص القضاء. وإليك بيان ما سبق.

أ. الهدف من التشريع: استند البعض إلى الهدف الذي يسعى التشريع إلى تحقيقه للقول بعدم مسؤولية الدولة، فإذا أقر تشريع معين بإلغاء مجموعة من الأنشطة فإن المشرع في هذه الحالة قدر عدم مشروعيتها، وبمخالفتها - ربما - للنظام العام أو الأخلاق العامة، وبالتالي فإن رفض التعويض في هذه الحالة ومثيلاً كما مبني على القاعدة القائلة بأنه لا يصغى إلى قول من يسيء أعماله⁽²⁾

(1) نهي عثمان الزيني، مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية، مرجع سابق، ص 47.

- محمد كامل ليلة، الرقابة على أعمال الإدارة (الرقابة القضائية)، 1968، ص 446.

(2) Durantou: LaresponsabiLit'e du Fait deslois, 1950.P. 821.

إلا أن هذا الرأي لا يتفق مع الواقع، حيث أن المشرع كثيراً ما يلجأ إلى منع بعض الأنشطة أو تقييدها خاصة في المجال الاقتصادي بحجة النهوض بها والرفع من مستواها، وذلك ما يجعل القاعدة السابقة غير صالحة ليؤسس عليها حرمان صاحب النشاط الذي أصابه الضرر من التعويض.

ب. إعاقة التقدم⁽¹⁾: يقر بعض الفقهاء بأن الاعتراف بمسؤولية الدولة عن التشريعات يعد عقبة أمام تقدم الدولة، وأنه مستحيل، خاصة عندما تلتزم الدولة بالتعويض لكل من تضرر من التشريعات الجديدة، سواء كانت هادفة إلى الإصلاح إلا أن هذا الرأي مردود عليه، ذلك أن هذه الإصلاحات التي تسعى القوانين إلى تحقيقها تصب في مصلحة المجتمع، ومن ثم فإنها إن تسببت في إضرار الغير فمن العدالة تمكينهم من التعويض، وإلا أصبحت مثل نزع الملكية للمنفعة العامة دون تعويض.

إلا أن البعض يقول⁽²⁾ بأن التعويض لا يتقرر في كل تعديل، وإنما يجب أن يتحقق في النشاط الذي كان يمارس في ظل القانون المعدل أو الملغى بالمشروعية وأنه لا ضرر منه، عندئذ يمكن التعويض لأصحاب هذا النشاط.

ج. عدم اختصاص القضاء: يعد هذا الاعتبار عملي، وسند لعدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية، وذلك لعدم وجود نص قانوني يقر بهذه المسؤولية بشكل صريح كما لا يوجد قضاء مختص بالنظر في دعاوي مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية، فاختصاص المحاكم يتحدد بالأعمال الإدارية، وبذلك تخرج القوانين شكلاً وموضوعاً عن اختصاصها⁽³⁾.

بناءً على ما سبق من تبريرات للقول بعدم مسؤولية عن أعمال السلطة التشريعية يتبين أنها كانت ينقصها الفهم الدقيق والصحيح للمبادئ الدستورية والاعتبارات القانونية والعملية التي أسس عليها الفقه التقليدي عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية.

لذا فإن الفقه الحديث يسانده في ذلك بعض القضاء اعترف - كمبدأ عام - بمسؤولية عن أعمال السلطة التشريعية، وذلك استجابة لفكرة العدالة وهو إجراء يتقبله العقل السليم.

(1) نهي عثمان الزيني، مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية، مرجع سابق، ص 521

(2) السيد محمد مدني، مسؤولية الدولة عن أعمالها المشروعة، د.ت، ص 28.

(3) نهي عثمان الزيني، مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية، مرجع سابق، ص 53.

المبحث الثاني: حدود عدم مسؤولية الدولة عن أعمالها التشريعية والبرلمانية

أشرنا في بداية هذا البحث أن الفقه يكاد يجمع على مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية، وأنه استند في ذلك حجج بعضها دستوري والآخر عملي، ويبقى علينا أن نتناول مبدأ عدم المسؤولية من ناحية موقف السلطة التشريعية نفسها - باعتبارها هي التي تسن القانون - وموقف القضاء لتعرف على نسبة هذا المبدأ، وأن تطبيقاته الحديثة تؤكد أنه في حدود، وليس مطلقاً. مع العلم أن أحكام القضاء في فرنسا ومصر قد التزما بمبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية خلال المرحلة الأولى من تطورها .

فكان يحكم كل منهما - القضاء العادي والإداري - بعدم اختصاصه بالنظر في الدعاوي التي يكون موضوعها عملاً من أعمال البرلمان بغض النظر عنما إذا كان ذلك العمل قانوناً، أو مجرد عمل من أعمال البرلمان، ما لم يتحقق في الدعوى المعروضة أمامه واحد من شرطين:

الأول: أن يكون المتضرر الذي يطالب بالتعويض عن القانون الصادر عن البرلمان مرتبطاً بالدولة برابطة تعاقدية، والثاني: أن يكون القانون قد نص صراحة على منح التعويض للمتضرر من جراء صدوره.

وفي كل الأحوال فإننا سنتناول حدود عدم مسؤولية الدولة على النحو التالي:

المطلب الأول: موقف السلطة التشريعية.

المطلب الثاني: موقف القضاء.

المطلب الثالث: عدم مسؤولية الدولة عن الأعمال البرلمانية.

المطلب الأول: موقف السلطة التشريعية

إذا كانت نظرية عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية قد انحسرت إلى حد كبير فإن آثارها مازالت شاحصة، وقائمة تسجلها القوانين أو أحكام القضاء، أو أقوال الفقهاء.

فإذا صرح المشرع بشكل واضح بأن التعويض عن الأضرار يرتبها القانون فإن القضاء عليه التقييد بإرادة المشرع وعدم مخالفتها، ومن ثم يحكم للمتضررين بالتعويض.

ومن الأمثلة على ذلك في فرنسا قانون 14 أغسطس 1904 الذي ألغى تراخيص مكاتب التخدم، وقانون 9 مارس 1918 الذي خفض أجرة السكن، وقبل ذلك القانون الصادر في 29 ديسمبر 1819، الخاص باحتكار صناعة الدخان، وقانون تحريم البغاء الصادر في 13 أبريل 1946.

أما إذا سكت المشرع عن التعويض، ولم يتعرض له لا بإقراره ولا برفضه فإن هذه الوضعية محل خلاف فقهي، وكان للقضاء موقف منها لكن ما هي الأسس القانونية التي صيغت لتبرير مسؤولية الدولة عن القوانين؟

الإجابة على هذا السؤال سنلمسها من خلال الوقوف على آراء الفقهاء في هذا المجال، وذلك على النحو التالي:

- موقف الفقه من مسؤولية الدولة عن القوانين:

تباين الفقه حول الأسس القانونية التي يمكن الاستناد إليها لتبرير عدم مسؤولية الدولة عن القوانين، ومن أهم ما استند إليه ما يلي:

أ. التمييز بين القوانين الأصولية والقوانين التكميلية: في إطار بحثه عن أسس قانونية سليمة لتبرير عدم مسؤولية الدولة عن القوانين ذهب (جورج سل)⁽¹⁾ إلى القول بأنه ينبغي التمييز بين نوعين من القوانين: القوانين الأصولية، والقوانين التكميلية.

فالقوانين الأصولية هي القوانين التي لا تنشئ قواعد قانونية جديدة وإنما تكشف عن قواعد قانونية تتمسك بها الجماعة وتسير عليها؛ ولأن المشرع لا يتدخل في إنشاء هذا النوع من القوانين، فإنه من المنطقي عدم مسؤولية الدولة عن الأضرار الناجمة عنها، سواء بالتنظيم أو التحريم. ومن أمثلة القوانين الأصولية تلك التي تنظم أنشطة ضارة بصحة المجتمع: تحريم الخمر، أو البغاء، أو القمار.

أما القوانين التكميلية فإنها قوانين إنشائية بمقتضاها ينشئ المشرع قواعد قانونية جديدة تنظم مسائل معينة، وهذا التنظيم من شأنه أن يحدث أضراراً للغير، الأمر الذي يترتب عليه إمكانية مساءلة الدولة عن تلك الأضرار، ومثال هذه القوانين، القوانين التي تعيد تنظيم أنشطة معينة، أو تلك التي تعدل في مواصفات سلع معينة.

وقد يكون هذا الرأي مقبولاً من الناحية النظرية، لكن تطبيقاته أصعب لأنه من المستحيل إيجاد معيار للتمييز بين هذين النوعين من القوانين.

ب. الإثراء بلا سبب: تقضي نظرية الإثراء بلا سبب أن كل من أثرى على حساب الآخر دون سبب قانوني أن يلتزم لهذا الآخر بقدر ما أثرى به في حدود ما لحق به من ضرر أو خسارة.

وفكرة الإثراء بلا سبب تعد إحدى نظريات القانون الخاص التي انتقلت إلى مجال القانون العام، مع بعض التعديلات، وقد اعتبرها (هوريو)⁽²⁾ أساساً لمسؤولية الدولة عن القوانين، وإن كان لا يقر بشكل واضح بهذه المسؤولية كمبدأ عام لكنه اعترف بها من باب تحقيق العدالة. فأساس التعويض هنا يقوم على إثراء في الذمة المالية للدولة.

(1)C.Gicele:Etud surLa responsabilite de L'Etat LegisLateur.R.D.P.1913.

- جابر جاد نصار، مسؤولية الدولة عن أعمالها التعاقدية، مرجع سابق، ص31.

(2)Houriou:Notosur LarretzriLabadin.s.p.1.

أما إذا صدر قانون جديد ولم يترتب عليه إثراء في الذمة المالية للدولة فإنها غير ملزمة بالتعويض حتى وإن تضررت منه بعض مصالح الأفراد.

وكان لهذه النظرية دور كبير في الاعتراف بمسؤولية الدولة عن القوانين على سبيل الاستثناء. ومع ذلك فإنها لا تصلح في كل الأحوال كأساس لهذه المسؤولية، لأنها تركز على الفائدة التي تعود إلى الذمة المالية العامة دون الأضرار التي تصيب الأفراد جراء القوانين.

ج. الخطر: تتعلق فكرة الخطر بالأنشطة الخطيرة أو الضارة بالمجتمع، وبالتالي فإن المشرع عندما يقوم بتنظيمها، فإنه يجب التمييز - في هذا الشأن - بين نوعين من القول، كما يقول (ديجي)⁽¹⁾.

فالقوانين التي تمنع نشاطاً معيناً، أو صناعة تضر بالمجتمع، كتحريم البغاء، أو أندية القمار، لا يجوز التعويض عنها، لأن من يمارس هذه الأنشطة لا يستحق أن يحميه المجتمع، وعليه لا تسأل الدولة عن الأضرار التي تسببها تلك القوانين للغير جراء تنظيم هذه الأعمال، لأن المشرع من واجبه حماية الأخلاق والصحة العامة.

أما النوع الآخر من القوانين فإنها تلك التي تحرم أنشطة أو صناعة غير ضارة ولا منافية للأخلاق، كتنظيم نوع من (الكريمة)، أو احتكار الدولة لصناعة معينة، مثل: صناعة الدواء، أو التأمين، فهذه الصناعات التي يتضرر الآخرون من تنظيمها يجوز لهم أن يطالبوا بالتعويض؛ لأن الدولة مسؤولة عن تلك الأضرار، وذلك قياساً على القرار الصادر بنزع الملكية للمنفعة العامة الذي يكون دائماً بمقابل.

وكانت نظرية المخاطر أكثر المحاولات الفقهية الحديثة في تأسيس مبدأ مسؤولية الدولة عن القوانين سواء في فرنسا، أو غيرها ممن تأثروا بها كما أيدها القضاء في العديد من أحكامه⁽²⁾.

إلا أن ذلك لم يبعدها عن النقد، ذلك أن أساس التفرقة بين نوعي القوانين التي لا تسأل الدولة عما يحدثه بعضها من أضرار، وتساءل عما يسببه البعض الآخر من أضرار، هذا التمييز غير واضح بما فيه الكفاية. كما أنه يصعب التسليم بقياس القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية مع القرارات الإدارية المتعلقة بنزع الملكية للمنفعة العامة.

فنزع الملكية إجراء إداري يقضي بنقل ملكية الفرد إلى أملاك الدولة، أي نقل ملكية مال إلى مال، وذلك لا يلاحظ في حالة صدور قانون يجرم أو ينظم حالة قانونية تضرر منها الآخرون.

وهذا النقد لا يقلل من شأن نظرية المخاطر باعتبارها من أهم المحاولات الفقهية الرصينة التي سعت إلى إيجاد أسس منطقية لمسألة الدولة عن القوانين.

(1) Duguit: traite de droit Constitutionnel.T2.P. 100.

(2) جابر جاد نصار، مسؤولية الدولة عن أعمالها التعاقدية، مرجع سابق، ص 35.
- عبد السلام ذهبي، في مسؤولية الدولة عن أعمال السلطات العامة من الناحيتين الفقهية والقضائية، د.ت، ص 443.

المطلب الثاني: موقف القضاء من مسؤولية الدولة عن القوانين:

تقوم وظيفة القاضي على تطبيق النصوص القانونية على الوقائع التي تعرض أمامه، وهو في ذلك يلتزم بإرادة المشرع، بمنح التعويض، أو برفضه، وإذا كان القضاء الإداري قد وضع العديد من الحلول القانونية للكثير المشاكل التي تثار أمامه والتي لم يتناولها القانون بشكل صريح، إلا أنه ظل في حدود الحالات التي تخلو من نص قانوني يحسم المشكلة على وجه معين لذا فإن موقف القضاء من مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن القوانين لا تثار في معظم الحالات إلا في حالة سكوت المشرع وعدم إفصاحه عن إرادته في هذا الشأن.

وسنقف هنا على موقف القضاء في كل من فرنسا، ومصر، من مسؤولية الدولة عن القوانين، وذلك على النحو التالي:

أ. **موقف القضاء الفرنسي:** مر القضاء الفرنسي بمرحلتين، الأولى، كان مجلس الدولة يفسر فيها سكوت المشرع عن التعويض بأنه رفض له، والثانية تبدأ بحكم (لافلوريت LafLeurette الصادر في 14 يناير 1934).

المرحلة الأولى: وفي هذه المرحلة كان القضاء الفرنسي لا يقر في أحكامه بالتعويض للمتضررين جراء صدور قانون إلا إذا نص القانون على ذلك، أما إذا سكت القانون عن منح التعويض، فإن المجلس يفسر ذلك السكوت على أنه رفض للتعويض.

وتطبيقاً لذلك رفض مجلس الدولة الفرنسي طلب التعويض المقدم من (ديشاتلي DuchateLier)، وتتلخص وقائع هذه الدعوى في أنه بتاريخ 12 فبراير 1835 صدر قانون يمنع إنتاج وتداول التبغ الصناعي، وكان المدعي أحد منتجي وموزعي هذا المنتج فتسبب القانون في وقف نشاطه، فقام برفع دعوى أمام مجلس الدولة مطالباً بالتعويض، عن الأضرار التي أصابته، فرفض المجلس الحكم له بالتعويض مؤسساً حكمه على أن القانون لم ينص على حق المتضرر في التعويض⁽¹⁾.

وكان هذا الحكم يعبر عن الاتجاه العام لمجلس الدولة لفترة طويلة من الزمن.

المرحلة الثانية: وفي هذه المرحلة غير مجلس الدولة الفرنسي من اتجاهه القضائي وذلك في حكمه في قضية شركة (لافلوريت LafLeurette الصادر بتاريخ 14 يناير 1938، وتتلخص وقائع القضية في أنه بتاريخ 49 يوليو 1938 صدر قانون يمنع إنتاج (الكريمة) إلا من اللبن الخالص، ونتيجة لهذا القانون توقفت شركة (لافلوريت) عن الإنتاج، لأنها كانت تنتج نوعاً من (الكريمة) مكونة من اللبن وزيت نباتي وصفار بيض.

(1)C.E.11.1.1838. Duchate Lier.R.P.15 et.5.

- نهي عثمان الزيني، مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية، مرجع سابق، ص 81.

فطالبت الشركة بتعويض من الحكومة عن الأضرار التي لحقت بها، فرفضت الحكومة ذلك الطلب.

ثم لجأت الشركة إلى مجلس الدولة فحكم لها بالتعويض، وأسس حكمه على مبدأ مساواة الأفراد أمام التكاليف العامة⁽¹⁾.

إلا أن مجلس الدولة لا يحكم بالتعويض بشكل تلقائي، وإنما يتحرى في ذلك ضرورة تحقيق شروط معينة من أهمها:

■ ألا يمتنع المشرع التعويض بنص صريح، أو يستنتج ذلك من إرادته وتطبيقاً لذلك رفض مجلس الدولة تعويض نقابة تجارة (الغلال) عن الأضرار التي نالت منها أثر صدور قانون 15 أغسطس 1936 الذي منع تسعة القمح في البورصة، وقد أسس حكمه برفض التعويض على الأعمال التحضيرية للقانون التي يستشف منها قصد المشرع بعدم تعويض سمسرة القمح عما يصيبهم من أضرار⁽²⁾.

■ أن تكون المصالح المتضررة مشروعة، فإن لم تكن كذلك فلا تعويض ولذلك رفض مجلس الدولة التعويض لشركة تسمى (Legrand pêche) لأن نشاطها الذي حظره قانون 9 أبريل 1935 كان غير مشروع وهو تهريب الكحول إلى الولايات المتحدة الأمريكية⁽³⁾.

■ بالإضافة إلى ذلك أن يكون الضرر خاصاً وجسيماً.

ب. موقف القضاء المصري: كان القضاء الإداري المصري عند نشأته متأثراً إلى حد كبير بنظيره الفرنسي لذا فإنه أخذ بمبدأ عدم مسؤولية الدولة عن القوانين، وسنده في ذلك تلك المبررات التي قال بها الفقه التقليدي الفرنسي، المذكورة سابقاً مثل:- فكرة السيادة، وعدم إمكانية تحقيق أركان المسؤولية.

وقد ظهر هذا الموقف جلياً في حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في 3 مارس 1957، الذي قرر (... أن المبدأ المسلم به كقاعدة عامة عدم مسؤولية الدولة عن أعمالها التشريعية، لأن التشريع يجب أن تكون له الكلمة العليا في تنظيم المجتمع... فإذا ما ترتب على التشريع ضرر لبعض المواطنين فإن الصالح العام يقضي أن يتحملوا عبئ ذلك)⁽⁴⁾.

والتشريع هنا يفهم على أنه تعبير عن السيادة التي من خصائصها أن تفرض الدولة سلطاتها على الجميع، دون أن يكون لأي كان فرداً أو جماعة حق الاعتراض على ما تقوم به، وبالتالي في هذه الحالة لا يجوز للمتضررين أن يعوضوا عن الأضرار التي أصابهم جراء صدور قوانين معينة.

(1) C.E.28.5.1838. R.P.106.et.s.

- C.E.30.6.1859. D.1860.3.P.10.et.s.

(2) C.E.75.1940.Syndicat commerce dasble.R.P.1930.

(3) C.E.14.1.1938. R.P.22.et.s.

(4) جابر جاد نصار، مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية، مرجع سابق، ص 44.

وكان لمذهب محكمة القضاء الإداري صدى لدى بعض الفقهاء⁽¹⁾، فأقر بعدم مسؤولية الدولة عن القوانين على أساس أن هذا القضاء له اختصاص محدد على سبيل الحصر. وعلى خلاف ما قضت به محكمة القضاء الإداري، فإن محكمة جنوب القاهرة الابتدائية قررت في حكمها الصادر في 25 يناير 1986 حق التعويض للمدعي عن اعتقاله مستندة في ذلك على قانون قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستوريته. وإذا كانت هذه المحكمة لم تتعرض بشكل صريح لفكرة مسؤولية الدولة عن القوانين إلا أنها اعتبرت أن عدم دستورية القانون الذي تم على أساسه الاعتقال عنصر من العناصر يكون (ركن الخطأ)، وهو ما يتطلب تعويض المدعي عن خطأ المشرع.

المطلب الثالث: عدم مسؤولية الدولة عن الأعمال البرلمانية:

أشرنا في بداية هذا البحث أن وظيفة السلطة التشريعية في أي دولة هي وضع القوانين أو سنّها، إلا أنها تمارس أعمالاً أخرى قد تكون قانونية أو مادية يطلق عليها (الأعمال البرلمانية Les actes parlementaires)، ومن أمثلتها القرار الصادر من البرلمان باتهام أحد الوزراء، أو القرار الصادر برفع الحصانة البرلمانية أو القرار الصادر بوقف المكافأة البرلمانية، أو الأعمال الصادرة من أعضاء البرلمان أثناء قيامهم بوظائفهم البرلمانية، مثل تقديم التقارير، أو ابداء الرأي. فالأعمال البرلمانية إذن هي جميع الأعمال الصادرة عن السلطة التشريعية بغض النظر عما إذا كانت هذه السلطة تتكون من مجلس واحد أو مجلسين، أو كان العمل صادراً من جميع أعضاء السلطة، أو أحد أعضائها خلال ممارستهم لوظائفهم البرلمانية. ويستثنى من الأعمال البرلمانية (القوانين أو التشريعات) فإنها لا تدخل في هذا النوع من الأعمال.

وبما أن السلطة التشريعية تتمتع بالحصانة البرلمانية باعتبارها تمثل إدارة الشعب، فإن ذلك يضمني حصانة على الأعمال البرلمانية، وهو ما جعل القضاء يتردد في بسط رقابته عليها. وتحدد هذه الأعمال، إما بالمعيار الشكلي، أو المادي، فإذا كان المعيار الشكلي هو المعتمد في تحديد الأعمال البرلمانية، فإن ذلك يؤدي إلى إبعادها من رقابة القضاء؛ لأن أنصار هذا المعيار لا يعتدون إلا بصفة من صدر عنه العمل، وذلك ما يوسع من نطاق هذه الأعمال، حيث تصبح في معظمها قوانين بالمعنى الشكلي ويكون حكمها حكم القوانين، وبالتالي لا تسأل الدولة عنها.

(1) عثمان خليل، القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة، د.ت، ص 724 وما بعدها.

أما إذا كان المعيار المعتمد في تحديد هذه الأعمال هو المعيار الموضوعي، فعندئذٍ يضيق نطاقها ويجعلها تنحصر في الأعمال البرلمانية المحضة، وبالتالي يكون ما عداها من أعمال هو أعمال إدارية تخضع لمبدأ المسؤولية⁽¹⁾.

وسنقف هنا على موقف القضاء الفرنسي والمصري من مبدأ مسؤولية الدولة عن الأعمال البرلمانية، وذلك على النحو التالي:

أولاً: موقف القضاء الفرنسي من مسؤولية الدولة عن الأعمال البرلمانية.
ثانياً: موقف القضاء المصري من مسؤولية الدولة عن الأعمال البرلمانية.

أولاً: موقف القضاء الفرنسي من مسؤولية الدولة عن الأعمال البرلمانية:

كان القضاء الفرنسي يقضي بعدم اختصاصه بالنظر في الدعاوي المتعلقة بعمل من أعمال البرلمان، بحجة أن هذه الأعمال لا تعد أعمالاً إدارية⁽²⁾، وبالتالي فإنها لا تدخل في ولايته، وهو هنا يأخذ بالمعيار الشكلي الذي لا يعتد إلا بالجهة التي صدر عنها العمل دون الاهتمام بجوهرة أو طبيعته كما يقضي بذلك المعيار الموضوعي.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 30 يناير 1883 بعدم اختصاصها بالنظر في الدعاوي المرفوعة من أحد النواب للمطالبة بمكافأته المالية⁽³⁾.

إلا أن هذا القضاء حاول في أحكام أخرى اتخاذ طرق تضمن إقرار مسؤولية الدولة عن الأعمال البرلمانية لكن ظل متمسكاً في هذا الاتجاه بأن لا ينزع عن العمل صفة الحصانة البرلمانية.

لذا فإنه عمل على التضييق من نطاق الأعمال البرلمانية، وذلك بالأخذ - أحياناً - بالمعيار الموضوعي في تحديد الأعمال البرلمانية دون المعيار الشكلي، وفي هذا الاتجاه عمد القضاء إلى التمييز بين العمل البرلماني والتأييد البرلماني للعمل الإداري، فاعتبر أن العمل البرلماني المحض يظل متمتعاً بالحصانة، في حين يبقى التأييد البرلماني لعمل إداري من أعمال الحكومة، لا تتغير طبيعته، ولا تنتفي عنه مسؤولية الدولة.

وقد ذهب هذا القضاء أيضاً إلى التمييز بين العمل البرلماني وبين تنفيذه، حيث حكم بالتعويض استناداً إلى الخطأ في التنفيذ، وليس إلى العمل البرلماني ذاته.

(1) سليمان الطهاوي، القضاء الإداري (قضاء التعويض)، دار الفكر العربي، 1996، ص 21.

- جابر جاد نصار، مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية، مرجع سابق، ص 46.

(2) جابر جاد نصار، مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية، مرجع سابق، ص 47.

(3) Cour des Cass.30.1. 1883. M. Debaudry.1883.T.111.

كما استند مجلس الدولة على أسس أخرى لتقرير اختصاصاته في دعاوي مسؤولية الدولة عن الأعمال البرلمانية.

ما أوجملناه في الفقرات السابقة على النحو الآتي :

أ. **التضييق من نطاق الأعمال البرلمانية:** حاول مجلس الدولة الفرنسي أن يضيق من نطاق الأعمال البرلمانية باتخاذ السبل التالية:

1- الأخذ بالمعيار الموضوعي (المادي) في تحديد العمل البرلماني: لا شك أن الأخذ بالمعيار الموضوعي - المادي - ينجم عنه بشكل تلقائي تحجيم فكرة العمل البرلماني، وذلك على خلاف الأخذ بالمعيار الشكلي أو العضوي الذي ينظر إلى العمل من ناحية مصدره دون اعتبار لطبيعته⁽¹⁾.

ويبدو أن مجلس الدولة قد طبق المعيار الموضوعي عند تعريفه للعمل البرلماني في حكمه في قضية (روسين Ronsin) بتاريخ 1934، التي تتلخص في أن المدعي قد اخترع جهازاً يوفر استخدام الكهرباء، فاستعمله مجلس النواب ثم طالب المدعي بتعويض عن هذا الاستخدام، إلا أن هيئة مراقبي المجلس لم ترد على طلبه خلال أربعة أشهر، فاعتبر ذلك رفضاً ضمناً لطلب التعويض فلجأ المدعي إلى القضاء، وحكم مجلس الدولة باختصاصه بنظر الدعوى.

ولم يأخذ المجلس برأي هيئة مراقبي مجلس النواب باعتبار العمل من الأعمال البرلمانية التي لا تدخل في ولاية هذا المجلس⁽²⁾، وبذلك يكون هذا الأخير - مجلس الدولة - قد أعلن أنه مختص بنظر هذا الموضوع باعتباره قرار إدارياً وليس عملاً برلمانياً.

2- التمييز بين العمل البرلماني والعمل الإداري الذي أيده البرلمان: قام مجلس الدولة الفرنسي بالتمييز بين العمل البرلماني وتأييد البرلمان لعمل صادر من إحدى الإدارات الحكومية، لأن الحكومة في بعض الأحوال - خاصة عند ما تكون تتمتع بالأغلبية في البرلمان - تحاول أن تحصل على تأييد سياسي من البرلمان لعمل من أعمالها، وذلك من أجل تحصينه من الرقابة القضائية، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي أقر بأن العمل يظل إدارياً على الرغم من أن البرلمان قد أبدى رأيه فيه، ومن ثم فإنه يخضع لرقابته⁽³⁾.

ب. التمييز بين العمل البرلماني وبين تنفيذه: إذا كان القضاء يسلم كمبدأ عام بعدم مسؤولية الدولة عن الأعمال البرلمانية إلا أنه أيضاً قد سعى إلى الحد من هذا المبدأ، وذلك بتمييزه بين العمل البرلماني في ذاته وبين تنفيذه.

(1) أنور سلامة، القضاء الإداري - قضاء التعويض، دون ذكر لجهة النشر، 1993، ص72.

(2) C.E.26.1.1934. Sieur Ronsin.R.P.137.et.s.

- جابر جاد نصار، مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية، مرجع سابق، ص50.

(3) جابر جاد نصار، مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية، مرجع سابق، ص52.

وعلى هذا الأساس حكم المجلس بالتعويض عن أخطاء الإدارة في تنفيذ العمل الإداري، أو في تفسيره، بحيث تكون مساءلة الدولة لا تنصب على العمل البرلماني في حد ذاته، وإنما إلى الحكومة لأنها أخطأت في تنفيذ هذا العمل، أو في تفسيره.

ج. **مسؤولية الدولة عن العقود التي يبرمها البرلمان:** أقر مجلس الدولة الفرنسي في موقفه من التضييق من نطاق الأعمال البرلمانية إلى إخراج المنازعات الناشئة عن العقود التي يكون البرلمان طرفاً فيها من دائرة الأعمال البرلمانية، وذلك ما يعني إمكانية مساءلة الدولة عن الأضرار الناجمة عنها.

وتطبيقاً لذلك قضى مجلس الدولة باختصاصه في الدعوى المرفوعة عن ورثة السيد (He'riters oly هريتي جولي) والتي تلخص في أن مجلس النواب الفرنسي أسند إلى مهندس مهمة وضع تصميم لقاعة جديدة للجلسات وعندما أكمل تلك المهمة طالب بأجر إضافي عن العمل فلم تقبل هيئة مراقبة المجلس طلبه على أساس أن إجراء التصميم يدخل في عمله الأصلي الذي يتقاضى عنه مرتباً، إلا أن ورثة هذا الرجل طالبوا بالتعويض أمام القضاء، فلجأ هذا الأخير إلى أن يكيف القضية تكييفاً يبعدها عن الأعمال البرلمانية، فأقر بأن دار المجلس تعد من المباني العامة التي تمتلكها الدولة والتي تم تخصيصها لمجلس النواب، ومن ثمة فإن الأعمال المختلفة من بناء وإصلاح وترميم تعد من الأشغال العامة التي يختص القضاء الإداري بالنظر فيها⁽¹⁾.

د. **تدخل المشرع الفرنسي لإقرار المسؤولية عن بعض الأعمال البرلمانية:** ظل مجلس الدولة الفرنسي يعتمد المعيار الشكلي في تحديد الأعمال البرلمانية، حيث يعول دائماً على الجهة التي صدر عنها القرار دون الاهتمام بموضوعه ومادته، وذلك ما أدى إلى التوسع المفرط في مفهوم الأعمال البرلمانية، رغم محاولاته من الحد من هذا الاتساع.

وبتدخل المشرع الفرنسي تم حسم مسؤولية الدولة عن بعض الأعمال البرلمانية، وذلك بمقتضى الأمر القانوني رقم 85-1100 الصادر في 17 نوفمبر 1958، الذي يقضي بما يلي:

- منازعات موظفي البرلمان: تعد هذه المنازعات من اختصاص مجلس الدولة الفرنسي في حين تظل المنازعات ذات الطابع اللائحي داخله في نطاق الأعمال البرلمانية (م8)⁽²⁾.
- أقرت المادة (8) أيضاً أن يختص القضاء بالنظر في دعاوي المسؤولية من الأضرار التي تتسبب فيها الهيئات الإدارية للبرلمان، كرئيس المجلس، وهيئة مكتب المجلس والمراقبة المالية له، وتصرفات موظفي البرلمان.

(1) سليمان الطهاوي، القضاء الإداري (قضاء التعويض)، مرجع سابق، ص31.

- C.E.3 Febrier.1899. Heritiers joly.P.83.

(2) River, valine: Droit dmini... 14ed 1992, DALoZ.P251-252.

ثانياً: موقف القضاء المصري من مسؤولية الدولة عن الأعمال البرلمانية:

أخذ القضاء المصري بالمسلك التقليدي للقضاء الفرنسي الذي يقضي بعدم مسؤولية الدولة عن الأعمال البرلمانية، فقرر هو أيضاً عدم اختصاصه بالنظر في الدعاوي التعويضية التي يكون محلها عملاً من أعمال البرلمان. إلا أن هذا القضاء حاول أيضاً - في مرحلة لاحقة - أن يخفف من حدة موقفه من مبدأ عدم المسؤولية عن الأعمال البرلمانية.

وسنفصل ذلك بشكل مقتضب على النحو التالي:

أ. **الموقف التقليدي للقضاء من الأعمال البرلمانية:** كان الموقف التقليدي للقضاء المصري سواء العادي أو الإداري يأخذ بعدم مسؤولية الدولة عن الأعمال البرلمانية، وتطبيقاً لذلك ذهب القضاء العادي في بعض أحكامه إلى أن (السلطة العامة غير مسؤولة عن الأعمال البرلمانية، ولا يصح أن تكون تلك الأعمال أساساً لدعوى أمام المحاكم)⁽¹⁾ وفي حكم آخر ذهب فيه إلى القول بأن (الأعمال البرلمانية على اختلاف صورها تخرج عن اختصاص المحاكم)⁽²⁾.

أما القضاء الإداري فإنه أقر بهذا الاتجاه فلم يخالف نظيره العادي، وإنما سار على طريقه ونهجه، وذلك ما قرره محكمة القضاء الإداري بقولها (... وترى المحكمة الأخذ بالمعيار الذي يأخذ بالمعيار الشكلي، ومقتضي ذلك ولازمه أن يكون لقانون ربط الميزانية حصانات القوانين العادية)⁽³⁾.

ويتبين من الأحكام السابقة أن هذا القضاء كان يستند على مبدأ الفصل المطلق بين السلطات كأساس يمنعه من النظر في دعاوي المسؤولية، لأنه يعتبر ذلك نوعاً من تدخل السلطة القضائية في مجال السلطة التشريعية، وهو أمر غير مقبول وغير شرعي.

ب. **محاولات القضاء المصري في التخفيف من عدم مسؤولية الدولة عن الأعمال البرلمانية:** حاول القضاء المصري - مثل نظيره الفرنسي - التخفيف من حدة الأخذ بعدم مسؤولية الدولة عن الأعمال البرلمانية، إلا أنه لم يتقدم أكثر مما فعل القضاء الفرنسي.

وقد لجأ القضاء المصري إلى ثلاث أساليب للتخفيف من حدة عدم مسؤولية الدولة عن

الأعمال البرلمانية، وهي:

(1) محكمة الاستئناف الأهلية، في 28 - 4 - 1930، مجلة المحاماة، س11، ع1، ص45.

(2) محكمة مصر الكلية، 17 - 6 - 1936، المجموعة الرسمية، ص585.

(3) محكمة القضاء الإداري، 27 - 4 - 1953، الدعوى رقم 371 س6 ق، المجموعة س7، ص1000.

- جابر جاد نصار، مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية، مرجع سابق، ص47.

1-الأخذ بالمعيار الموضوعي (المادي): أشرنا سابقاً أن المبدأ العام الذي كان يتمسك به القضاء المصري هو عدم مسؤولية الدولة عن الأعمال البرلمانية، وذلك وفقاً - كما يبدو - لتطبيق المعيار الشكلي الذي يهتم أساساً بالجهة التي صدر عنها العمل بغض النظر عن طبيعته، إلا أن هذا القضاء سواء كان قضاء عادي أو إداري- أسوة بنظيره الفرنسي - لجأ لاحقاً إلى الأخذ بالمعيار الموضوعي أو المادي⁽¹⁾ في تعريف الأعمال البرلمانية من أجل الحد من الآثار غير العادية المرتبة على فكرة عدم مسؤولية الدولة عن الأعمال البرلمانية وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن (... فيصل التفرقة بين العمل البرلماني الذي لا اختصاص للمحاكم بأي دعوى ترفع عنه والعمل أو الإجراء الإداري الذي يكون خاضعاً لرقابة المحاكم ... هو ذات طبيعة العمل بلا نظر إلى الجهة التي صدر عنها لأن الطبيعة الذاتية للعمل لا يمكن أن تتغير ولا أن تختلف باختلاف مصدره)⁽²⁾، ولذلك فإن تعيين الموظفين والمستخدمين بمجلس البرلمان وفصلهم هو بطبيعته عمل إداري يختلف عن الأعمال البرلمانية التي تقوم بها هيئات البرلمان في إطار الاختصاص الدستوري الممنوح لهم، وما دام الأمر كذلك (... فإن اعتماد مجلس النواب للميزانية المتضمنة لإلغاء وظيفة المطعون ضده ليس من شأنه أن يخرج هذا الإجراء عن طبيعته الإدارية ولا يجعله عملاً برلمانياً...)⁽³⁾.

وقد أخذت محكمة القضاء الإداري بهذا الاتجاه عندما رفضت دفع الحكومة بعدم اختصاصها بالنظر في الدعوى لتعلقها بعمل من الأعمال البرلمانية وكانت هذه الدعوى مرفوعة من أحد موظفي البرلمان حيث يطالب بعلاوة مستحقة، فرفض البرلمان ذلك الطلب، إلا أن المحكمة قررت اختصاصها بالنظر في الدعوى على أساس أن موظفي البرلمان يعتبرون من أعداد الموظفين العموميين، وبالتالي تكون القرارات المتعلقة بوظائفهم هي قرارات إدارية وليست أعمالاً برلمانية محصنة من الرقابة القضائية. ومما سبق يتضح أن هذا القضاء سواء العادي منه أو الإداري ظل يعترف بحصانة الأعمال البرلمانية وعدم خضوعها لرقابة القضاء الإداري إلا أنه حاول أن يضيق منها وفق للمعيار الموضوعي.

2- ميز القضاء المصري بين العمل البرلماني والعمل الإداري الذي أيده البرلمان: ميز القضاء المصري بين العمل البرلماني والعمل الإداري الذي يحظى بتأييد من قبل البرلمان، وهو في هذا الإجراء مقلداً للقضاء الفرنسي الذي سبقه في هذا المجال.

(1) جابر جاد نصار، مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية، مرجع سابق، ص 51.

(2) محكمة النقض، الدائرة المدنية، ص 14 ق، الدعوى رقم 93، مجموعة عمر، ج 4، 1948، ص 586، بتاريخ 8 مارس 1945.

(3) نفس الحكم السابق.

ومع ذلك فإن هذا القضاء - المصري طبعاً - قرر أن التأييد السياسي الصادر من البرلمان لعمل إداري صادر عن الحكومة لا يحول ذلك العمل إلى عمل برلماني، وإنما يظل عملاً إدارياً بطبيعته علماً بالرغم من تأييد البرلمان له، لذا فإن محكمة استئناف مصر أقرت بأنه (... لا يكفي لمجرد تصديق البرلمان على عمل من أعمال الحكومة أن يعتبر هذا العمل برلمانياً...)⁽¹⁾.

وفي هذا الاتجاه ذهب القضاء الإداري حيث قضت محكمة القضاء الإداري بأن (... موافقة البرلمان على طلب الجهات الإدارية إلغاء الوظائف واستبدالها بغيرها لا يغير من طبيعة هذه الأعمال ولا يخرجها من رقابة المحكمة ...)⁽²⁾.

3- التمييز بين العمل البرلماني وبين تنفيذه: ذهب القضاء المصري في تلمسه لوسائل تخفف من حدة عدم مسؤولية الدولة عن الأعمال البرلمانية إلى التمييز بين القرار الصادر من البرلمان الذي يعتبر صحيحاً في حد ذاته وبين الخطأ الذي يمكن أن ينسب إلى الحكومة عند تنفيذها لهذا القرار. فاعتبر أن قرار البرلمان لا يجوز أن يكون محل دعوى أمام القضاء، في حين أن خطأ الحكومة في تطبيق القرار، أو خطأها الناجم عن سوء فهمها يجوز أن يكون محل دعوى تعويض أمام القضاء⁽³⁾.

(1) محكمة استئناف مصر الأهلية بتاريخ 28 - 4 - 1930، مجلة المحاماة س 11، د.ت، ص 35.

(2) محكمة القضاء الإداري، بتاريخ 26 فبراير 1935، المجموعة س 4، ص 566 وما بعدها.

- سامي جمال الدين، القضاء الإداري (الرقابة على أعمال الإدارة)، منشأة المعارف، 2003، ص 138 - 139.

(3) سامي جمال الدين، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 137.

- جابر جاد نصار، مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية، مرجع سابق، ص 55.

خاتمة البحث

وفي نهاية هذا البحث يتبين أن السلطة التشريعية تصدر نوعين من الأعمال، القوانين وهي مجموعة القواعد العامة والمجردة الصادرة وفقاً لإجراءات محددة والمعبرة عن إرادة الشعب أو الأمة، والأعمال البرلمانية الصادرة أيضاً من البرلمان، سواء كان يتكون من مجلس واحد أو مجلسين، أو صادرة من إحدى لجانه، أو أحد أعضائه أثناء مزاولتهم لوظائفهم الدستورية.

وقد بيّن البحث أن المبدأ العام الذي كان سائداً في فرنسا ومصر إلى حد قريب هو عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية سواء كانت تلك الأعمال قوانين أم أعمال برلمانية، وأن هذا المبدأ طرأ عليه تغيير كبير، إذا اعترف القضاء برقابته لبعض الأعمال البرلمانية دون القوانين، وأقر بحق التعويض فيها للمتضررين.

وأشار البحث إلى الأسس التي كان يستند عليها القضاء لتبرير عدم مسؤولية الدولة عن الأعمال التي يتضرر منها الآخرون، وأقر بأن بعضها يتعلق بالمبادئ الدستورية العامة، والبعض الآخر ينصب على مبادئ قانونية، وآخر إلى اعتبارات عملية، لكنها كلها تتضافر لتكون أسباباً في عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية.

وقد تبين للباحث - كغيره من المهتمين بهذا المجال - أن تلك المبررات التي صغت لتبرير عدم مسؤولية الدولة عن أعمالها لم يعد لها مبرر في العصر الحديث، خاصة بعد انتشار الأفكار الديمقراطية في العالم، واتساع وعى الشعوب، ثم تشبث العديد من المجتمعات الواعية - ومن تأثر بها - بمبدأ المشروعية الذي يقضي بخضوع الجميع - حكاماً ومحكومين لمبادئ الدستور وأحكام القانون.

ولم يغيب عن البحث - أو الباحث - أن يشير إلى انتقادات الفقه لمبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية، وهي الانتقادات التي أدت ومهدت للقضاء والمشرع في التخفيف من حدة المبدأ، ثم الإقرار بعد ذلك - في حدود معينة بمسؤولية الدولة عن بعض تلك الأعمال، والإقرار بالتعويض للمتضررين جراءها إما بموجب القانون، أو بناء على حكم قضائي.

فمبدأ مسؤولية الدولة في العصر الحديث أمر تفرضه مبادئ العدالة، وتؤكدده حماية حقوق الإنسان، وضمانة أساسية ضد عسف السلطة، وبالتالي يقوض القاعدة القائلة بأن السلطة التشريعية تحتكر مجالها، لأنها تعبر عن إرادة الشعب أو الأمة.

ولذلك فمن العدالة أن تسأل الدولة عن أعمال السلطة التشريعية، ومن ثم التعويض للمتضررين - في حدود الممكن - من القوانين وحتى الأعمال البرلمانية.



أهم المراجع العربية والفرنسية المعتمدة في هذا البحث

أولاً: اللغة العربية:

- أنور سلامة: مسؤولية الدولة غير التعاقدية، د - ت.
- ثروت بدوي: النظم السياسية، دار النهضة العربية، 1988.
- جابر حاد نصار: مسؤولية عن أعمالها غير التعاقدية، دار النهضة العربية، 1995.
- رمزي الشاعر: القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، 1999.
- رمضان محمد بطيخ: الحصانة البرلمانية، دار النهضة العربية، 1994.
- سليمان محمد الطماوي: القضاء الإداري (قضاء التعويض)، دار الفكر العربي، 1996.
- عبد العظيم عبد السلام: الدور التشريعي لرئيس الدولة في النظام المختلط، دار النهضة العربية، 1996.
- محمود عاطف البنا: القضاء الإداري، دار الفكر العربي، 1990.
- محمد رفعت عبد الوهاب وحسين عثمان: النظم السياسية، دار المطبوعات الجامعية، 2001.
- محمود حافظ: القرار الإداري، دار النهضة العربية، 1993.
- نهي عثمان الزيني: مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية، د. ت.
- وحيدر رأفت: رقابة القضاء لأعمال الإدارة (قضاء التضمين)، د. ت.

ثانياً: اللغة الفرنسية:

- Laferriere: traite de La guridication administrative st derecour contentieux.
- CHapus: L'acte de gouvernement, 1958.
- Delaubade're: traite éle'mentaire de droit adminis... 1963.
- scelie(G):Etud sur La responsabilite de L'Etat LegisLateur.R. D.P.1913.
- Duguit: traite de droit Constitutionnel.T2.P.

آفة المخدرات وعلاقتها بالجريمة

د/ مختار أبو سيحة الشيباني

قسم القانون الجنائي/ كلية القانون/ جامعة سرت

مُكَلِّمَاتُ

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين سيدنا محمد عليه أفضل الصلاة والسلام .

وبعد... فتعد آفة المخدرات والمؤثرات العقلية من أخطر المشكلات التي يعاني منها معظم مجتمعات عالمنا المعاصر اليوم وتمثل أهم التحديات التي تواجه المجتمعات الإنسانية على مختلف مستوياتها النامية والمتقدمة , المحافظة والإباحية .

وقد أخذت مشكلة المخدرات في يومنا الحاضر أبعاداً خطيرة من حيث الحجم والازدياد, وقد تختلف مشكلة المخدرات من مجتمع إلى آخر من حيث الاهتمام والمواجهة, فالمجتمعات الغربية يغلب عليها طابع الانحلال والتفسيخ الاجتماعي والإباحية , وتعمل على مواجهة المشكلة بزيادة منح الحريات للأفراد بتعاطي المخدرات في مقابل توفير وسائل للتعاطي بل أماكن للتعاطي , حجتهم في ذلك منع انتشار الأمراض الناتجة عن تعاطي المواد المخدرة مثل توفير الحقن والجرعات للتعاطي . كما هو الحال في بعض الدول الغربية .

هذه الظاهرة تشكل كابوساً حقيقياً لكل أبناء المجتمع, وهذه الظاهرة الخطيرة القاتلة التي بدأت تنتشر في الآونة الأخيرة في كافة المجتمعات بشكل لم يسبق له مثيل حتى أصبحت خطراً يهدد البشرية برمتها . وأثبتت الدراسات والأبحاث العلمية أنها تشل إرادة الإنسان وتذهب بعقله, وتؤثر على جهازه العصبي, وتدفعه إلى ارتكاب الجرائم البشعة التي تؤدي إلى الهلاك .

وتبعاً لتزايد انتشار المخدرات ازداد حجم التعاطي حتى أصبح مصيبة كبرى ابتلت بها مجتمعاتنا العربية والإسلامية في الآونة الأخيرة, وإذا لم نتداركها ستكون بتأكيد العامل المباشر والسريع لتدمير كياناتنا وتفكيك بناء المجتمعات بل وتدمير البنية التحتية ليس لدولة واحدة للوطن العربي بأكمله, لأنه لا أمل ولا حياة ولا مستقبل لشباب يدمن على هذه الآفة .

وفي الدول النامية أخذت المخدرات طريقها إلى الأفراد أبناء الطبقة الدنيا من أبناء هذه المجتمعات حيث يلعب الفقر والبطالة والفراغ دوراً مهماً بل أساسياً في الانحراف نحو الجريمة بشكل عام وعلى وجه الخصوص جريمة المخدرات كما إن الأفراد الذين لديهم إمكانات مادية قد تم استغلالهم وتوريطهم في مستنقع الإدمان .

وفي هذا البحث المتواضع نحاول توضيح العلاقة بين المخدرات والجريمة , في ثلاثة مباحث ,
المبحث الأول يتناول التعريف بالمخدرات وأنواعها والتعريف بالتعاطي والإدمان وأسبابه .
بينما يتناول المبحث الثاني الآثار السلبية للمخدرات من النواحي الصحية والنفسية والاجتماعية
والاقتصادية .

وبالنسبة للمبحث الثالث سنتناول فيه العلاقة المباشرة بين الجريمة والمخدرات والغاية من هذا
البحث التعريف بما ينتج عن المخدرات من جرائم .ونسأل الله التوفيق

المبحث الأول :تعريف المخدرات وأنواعها

تعريف المخدرات ؟

المخدرات مواد طبيعية أو مصنعة تؤثر على النشاط الجسدي والفكري للإنسان, وكانت في
الأصل مجموعة من المواد التي تتسبب في إحداث حالة بديلة من الوعي بالإضافة إلى النعاس والنوم, إلا
أنها أصبحت تعني اليوم المخدرات النباتية مثل الحشيش ومشتقاته, أو الأفيون ومشتقاته أو بدائله
الاصطناعية التي تخلف في متعاطيها قدرة على احتمالها, مما يتطلب زيادة الجرعة باستمرار وصولاً إلى
الإدمان.⁽¹⁾

أولاً : المخدرات في اللغة :-

المخدرات في اللغة جمع خدر وهذا اللفظ وما اشتق منه يطلق على جملة من المعاني المتقاربة
وهي (الضعف والكسل والخمول والتغطية والغموض والبرودة) ويقال خدر العضو إذا استرخى فلم يقدر
على الحركة وخدر الشاب إذا فتر وضعف ويقال متخدر الشخصية أي ضعف وفتر والخدر من الأطباء
الفاتر العظام والخادر الفاتر الكسلان⁽²⁾.

والملاحظ على التعريف اللغوي انه يمنحنا وصفا للحالة التي يكون عليها مستعمل المخدر ولكن
يؤخذ عليه عدم شموليته للمخدرات المنشطة والمنبهة .

ثانيا : التعريف العلمي :-

المخدر مادة كيميائية تسبب النعاس والنوم, في الغالب , والغياب عن الوعي أحياناً, ولها
خاصية تسكين الألم وعلى هذا الأساس فالمنشطات وعقاقير الهلوسة, لا تعد من المخدرات وفق
التعريف العلمي , فيما تعد الخمر من المخدرات.⁽³⁾

(1)د. أنطوان البستاني، المخدرات أعرف عنها وتجنّبها، المكتبة الشرقية بيروت، 1979م، ص 13 .

(2) د. صلاح يحيوي، المخدرات، مؤسسة الرسالة بيروت، الطبعة الأولى، 1981م، ص 49 .

(3) د. محمد كمال زين الدين، المخدرات بين الوهم والحقيقة، مكتبة القرآن القاهرة، 2001م، ص 43 .

ثالثا : التعريف القانوني :-

المخدرات هي مجموعة من المواد التي تؤدي إلى الإدمان , وتسبب تسمم الجهاز العصبي , ويحظر تداولها أو زراعتها أو تصنيعها , أو الاتجار بها , إلا لأغراض يحددها القانون بواسطة جهات مرخص لها بذلك⁽¹⁾ .

والمخدرات وفق التعريف القانوني, تشمل الأفيون ومشتقاته والحشيش وعقاقير الهلوسة والمنشطات والكوكايين, أما الخمرة وأنواع المهدئات والمنومات فلا تعد من المخدرات, على الرغم من أضرارها النفسية والجسدية , وقابليتها لإحداث الإدمان .

أنواع المخدرات وتأثيراتها :-

عددت الاتفاقية الدولية التي تم التوقيع عليها في نيويورك عام (1961) أكثر من (90) مادة مخدرة, وقد وصل العدد مؤخرا إلى حوالي (250) مادة مخدرة , والأمر في ازدياد, ولما كان المجال يتسع للحديث عنها كلها, والتطرق إلى منشأ كل مادة, وتأثيراتها النفسية والجسدية على كل من يتعاطاها, وكيفية معالجة المدمنين عليها, فإننا سنكتفي بالحديث عن هذه المخدرات, وأكثرها تداولاً بين المواطنين, وخصوصا الشباب منهم , وأشدها خطراً على من يتعاطاها, تدخيناً أو بلعاً أو شماً, علماً بان كثيراً من المواد المختلفة في تسمياتها, غالباً ما تكون متشابهة في تأثيراتها ونتائج تعاطيها .⁽²⁾

ويحظر تداولها أو زراعتها أو صنعها إلا لأغراض يحددها القانون , ولا تستعمل إلا بواسطة من يحملون ترخيصاً بذلك , ويمكن إجمالها في ثلاثة أنواع هي :-

أولاً : المخدرات الطبيعية :-

وتتضمن جميع النباتات التي تتميز كلها - أو بعض أعضائها - بخاصية التخدير وهي :-

1- القنب الهندي والشامي والمكسيكي:- وكلها تسميات للنبات المعروف شعبياً باسم ((الحشيش)).

2- نبات الخشخاش:- ويزرع بكثرة في جنوب شرق آسيا وإيران وتركيا , وقد دخلت زراعته مؤخراً إلى لبنان , ومنه يستخرج الأفيون الخام ومشتقاته المختلفة مثل, المولرفين والكودين والمهروين وعلى غرارهم تم تصنيع السوسيجون, والدولوكسين والبيثيدين والميثادون وغيرها .

3- نبات الكوكا:- ويوجد تحديداً في أمريكا الجنوبية ومن أوراقه يستخرج الكوكايين, المخدر الذي يتعاطاه الأغنياء عادة, وكثيراً ما يؤدي إلى الإهمال والاستهتار والسلوك العدواني , الذي يصل إلى حد الإجرام والتعدي .

(1) د. فاروق سيد عبدالسلام، سيكولوجية الإدمان، عالم الكتب، القاهرة، 1977م، ص 33 .

(2) الأمم المتحدة ومراقبة العقاقير، منشورات الأمم المتحدة، نيويورك، 1982م، ص 10 .

4- **نبات القات:-** وينمو أصلاً في اليمن والحبشة والصومال، وهو يمنح المتعاطي شعوراً وهمياً بالنشاط وبالقدرة الجنسية، ثم يدب فيه الخمول والكسل واللامبالاة .⁽¹⁾

5- **التبغ:-** وهو ((الدخان)) الذي ينمو في أمريكا الشمالية وبعض بلدان أوروبا وآسيا ومنها تركيا ولبنان، ويحتوي على النيكوتين السام، وأول أكسيد الكربون الذي يقلل من قدرة كريات الدم الحمراء على نقل الأكسجين إلى الأنسجة، والقطران الذي يسبب سرطان الرئة .

ثانياً : المخدرات الصناعية :-

وهي مجموعة من المواد الكيميائية المصنعة التي تسبب الهلوسات والخدع البصرية والسمعية، واختلال الحواس والانفعالات ومن أشهر أنواعها عقار ال.اس.دي . ومن المخدرات الاصطناعية المنومات والمهدئات التي تسبب الهدوء والسكينة والنعاس وتستخدم في التخدير العام وفي علاج الصرع والأرق وتؤدي إلى الإدمان بسرعة، وهناك أيضاً المنشطات وهي عقاقير تسبب النشاط الزائد وكثرة الحركة وعدم الشعور بالتعب والجوع، وتسبب الأرق وتؤدي إلى الإدمان .⁽²⁾

ثالثاً : المخدرات التخليقية :-

وتشمل هذه المواد : الصمغ ، الاسيتون ، البنزين ، طلاء الأظافر ، السبيرتو، غاز القداحات، يستنشقتها المتعاطي فيشعر بالاسترخاء والدوخة والهلوسات أحياناً، وهي تؤثر على المخ والكبد والرئتين . وبالإضافة إلى ما ذكرنا هناك الخمرة بأنواعها، وان كانت في نظر البعض ، لا تعد من المخدرات إلا أنها تؤدي إلى الإدمان، ومن ثم فان تأثيراتها الضارة على صحة الإنسان، النفسية والجسدية، تجعلنا ندرجها في قائمة المخدرات التي ينبغي مكافحتها ووضع حد لخطارها .⁽³⁾

تعريف التعاطي :-

هو تناول المادة المخدرة وإدخالها في الجسم بأية وسيلة كانت، كالحقن أو البلع أو الشم أو التدخين، لتؤثر على الأجهزة الموجودة بالجسم .

تعريف الاعتماد النفسي :- هو الاعتماد على المخدر، وهو عبارة عن تعود نفسي يتعلق بالشعور، والإحساس بضرورة الاستمرار في تعاطي عقار ما نظراً لما يسببه له من الشعور بالارتياح، والإشباع والسعادة، واللذة والنشوة مع عدم وجود حاجة إلى زيادة الجرعة بمعنى لا يوجد اعتماد جسدي .⁽⁴⁾

(1) د. جمال الدين محمد مرسي، عالم الحشيش، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1996م، ص 6 .

(2) د. محمود علي التائب، الإنسان ومغيبات العقل، بحث منشور في كتاب الندوة الأولى حول المخاطر المخدرات تعاطياً وإدماناً، طرابلس ليبيا، 2001م، ص 10 .

(3) د. محمد كمال زين الدين، المخدرات بين الوهم والحقيقة، المرجع السابق، ص 47 .

(4) د. صلاح يحيوي، المخدرات، المرجع السابق، ص 55 .

تعريف الاعتماد الجسدي :- الاعتماد الجسدي هو ظاهرة انحرفت فيها الأعمال الوظيفية الطبيعية لجسم المدمن بسبب استمراره في تناول العقار المخدر, بحيث أصبح تناوله للعقار بصورة ملحة, لازمة لاستمرار حياة المدمن, وتوازنه بشكل طبيعي ويصبح العقار المخدر ضروريا كالتعام, والشراب, والماء بل أهم من ذلك.

فإذا منع عنه المخدر فان ذلك يسبب له مصاعب, وأعراضاً كثيرة وخطيرة قد تدفعه إلى ارتكاب أية جريمة للحصول على المخدر المطلوب, أو ربما يسبب له الوفاة المفاجئة كحالات الإدمان على المورفين, والهروين, وهو أشدها تأثيراً .

تعريف الإدمان:- الإدمان بصورة عامة هو عبارة عن حالة نفسية وأحياناً عضوية تنتج عن تفاعل عقار ما يؤدي إلى رغبة ملحة في هذا العقار والشعور بآثار نفسية بسببه أو لتجنب الآثار المزعجة الناجمة عن انقطاعه. (1)

وقسم العلماء شخصية المتعاطي للمخدرات إلى مجموعات أربع هي :

1- المتعاطي المجرب:- وهو الذي دفعه الفضول إلى تجريب عقار المخدر لإشباع فضوله ومعرفة هذا المجهول (ما يعرف بحب الاستطلاع)

2- المتعاطي العرضي :- وهو من الفئة التي تقدم على تعاطي بعض المخدرات اذا ما توافرت له دون عناء أو مجانا أو عفويا ودون تخطيط لذلك , وتكون في مناسبات اجتماعية , ومع مجموعة من الأصدقاء .

3- المتعاطي المنتظم:- وهو الإنسان الذي يتعاطى المخدرات بصورة منتظمة في فترات معينة أو بعيدة ويشعر بالقلق والتوتر إذا لم يتوفر المخدر له , وهو يعد مدمنا حقيقيا .

4- المتعاطي القهري :- وهو يتميز عن المتعاطي المنتظم بانه يتعاطى المخدر في فترات متقاربة جدا , ويسيطر المخدر على حياته سيطرة تامة , بحيث يصبح الشيء الأهم بالنسبة له ولا بد من إشباعه بأية صورة والتحصل على المخدر بأي ثمن ويعد النوعان الأخيران المتعاطي المنتظم والمتعاطي القهري هما المدمنان الحقيقيان. (2)

(1) محمد سلامة اغباري، الإدمان أسبابه ونتائجه وعلاجه، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 1991م، ص 132 .

(2) د. محمد محمد بجيت الملاح، الإدمان على المخدرات " أخطارها أسبابه ووسائل القضاء عليه" ، دكتوراه في القانون مقدمة لكلية الحقوق الجامعة المصرية، 1938م، ص 16 .

المبحث الثاني: أسباب الإدمان على المخدرات والعوامل المساعدة

يرى المتخصصون في مجال العلوم النفسية والطب النفسي الحديث بان كيان الإنسان النفسي وشخصيته يلعبان دورا رئيسيا في احتمال إن يكون الشخص مدمنا أم لا, بمعنى آخر المدمن لديه استعداد نفسي ليكون مدمنا .

إن الذين يقعون فريسة الإدمان هم بالدرجة الأولى أفراد لم يتمكنوا من التوافق الشخصي والنفسي والاجتماعي مع حالاتهم ومع ظروفهم وهم ممن يخفون اضطرابات نفسية عميقة قد تعود إلى طفولتهم الأولى أحيانا وخلفية اجتماعية سيئة أحيانا أخرى, وعليه يلجئون إلى المخدرات كملاذ يحميهم وينسيهم ما هم فيه .⁽¹⁾

العوامل المساعدة على الإدمان هي :-

1- العوامل التي تتعلق بالعقار المستعمل :- وذلك كملائمته مع جسم المدمن ومدى ملائمته وتطابق جزئيات العقار وتركيبته الكيميائية مع الخلايا العصبية لدى الفرد المدمن .

2- العوامل الوراثية :- يظن بعض الباحثين بان أولاد المدمنين مؤهلون أكثر من غيرهم للوقوع في الإدمان وان إدمان كلا الوالدين يؤدي إلى إدمان عدد أكبر من الأولاد ويرجع ذلك إلى أسباب وراثية.⁽²⁾

3- العوامل الشخصية ونوجز منها ما يلي :-

أ- حب الاستطلاع واكتشاف المجهول بعد سماعهم عن المخدرات .
ب- حب الإثارة وفقا للأقاويل بان المخدرات تلهب مشاعر المتعة العارمة حيث تجعل الفرد أكثر جرأة واقل خجلا .

ج- الملل فالحياة الروتينية المملة مع عدم وجود مشروعات للمستقبل أو عدم وجود طموحات شخصية والفراغ النفسي والفكري يدفع المرء إلى تعاطي المخدرات .

د- الجهل إذ يرى بعض الشباب جهلا منهم إن يجربوا المخدرات مرة واحدة أو عددا قليلا من المرات دون أن يقعوا في الإدمان فيتعاطاها مرة بعد الأخرى مع مجموعة من إقرانه حتى يكتشف فجأة أنه أصبح مدمنا .⁽³⁾

(1) د. نبيل السملوطي، الدراسة العلمية للسلوك الإجرامي، دار الشروق، جدة، 1983م، ص 245 .

(2) إبراهيم نافع، كارثة الإدمان، مركز الأهرام للترجمة والنشر، القاهرة، 1989م، ص 140 .

(3) د. عفاف محمد عبدالمنعم، العوامل النفسية، والاجتماعية التي تؤدي إلى إدمان المخدرات وآثارها على السلوك، بحث غير منشور، القاهرة، 2004م، ص 290 .

4- **معاونة الفرد من الأمراض النفسية والعقلية:-** كالخوف وانفصام الشخصية والوساوس القهرية والأفكار المتسلطة والكابة والقلق النفسي حيث يقدم لهم العلاج في العيادات ومصحات الأمراض النفسية وأقسام المستشفيات مما يضطر معالجهم إلى وصف بعض العقاقير المخدرة للتخفيف من حدة مرضهم وبعد الاستعمال المتكرر يقع المريض النفسي فريسة الإدمان دون إرادته .

5- **العوامل المساعدة المتعلقة بالبيئة التي يعيش فيها المدمن:-**

أ- **ضعف الوازع الديني :** يلعب ضعف الوازع الديني وابتعاد الناس عن دينهم خاصة الشباب منهم دوراً مهماً في انتشار الرذائل كلها , فالقانون من الصعب إن يطول الناس جميعاً في وقت واحد والشرطة ليست عصا سحرية ولا تستطيع الإحاطة بما يفعله البشر جميعاً , أما الرادع الديني فهو رادع ذاتي يعرف صاحبه إن الله يحيط بكل شيء علماً ويعلم خوافي الصدور ولكن ضعيف الإيمان لا يرتدع عن الانغماس في الرذيلة لأنه لا يخاف العقاب ومواجهة يوم القيامة .⁽¹⁾

ب- **الفن ووسائل الإعلام:** من الملاحظ أن أصحاب دور العرض والمسؤولين عن أجهزة الإعلام والإذاعات المرئية والفضائية يدفعون ملايين الدولارات سنوياً ثمناً للأشرطة ((الأفلام)) الأجنبية الهابطة التي ينتجها أشخاص لأهم لهم سوى الربح المادي ويعرضونها على الشعب العربي يومياً لساعات طويلة فيؤثر ذلك على الشباب اليافعين بصورة خاصة مما يدفعهم باتجاه الإباحية وتعاطي الخمر والتدخين والمخدرات هذا بالإضافة إلى الدور الذي تلعبه أشرطة ((الفيديو)) التي توزع سرا وهي أشرطة خلعية منحطة تعمل على إفساد الشباب .

ج- **العوامل الاجتماعية :** ننتقل إلى هذه الفقرة وهي تلعب دوراً فعالاً في كل نواحي الحياة فالأسرة، الأب وألام والإخوة - هم المدرسة الأولى منذ الطفولة المبكرة، وتشير الدراسات والإحصاءات إلى ازدياد عدد الشباب المدمنين على المخدرات في الأسر المتفككة إلى نسبة 97% .⁽²⁾

د- **العوامل الحضارية والاجتماعية:** تؤثر أنماط الحياة الثقافية والعوامل والقيم الاجتماعية وضعف الوازع الديني تأثيراً فعالاً على احتمالات إدمان المخدرات في المجتمعات بشكل عام .

هـ- **العوامل السياسية :** تلعب العوامل السياسية دوراً فعالاً في انتشار المخدرات بين الشعوب المستهدفة واتضح ذلك في الدور نفسه الذي لعبته بريطانيا وفرنسا في نشر المخدرات في الصين كما لعبت الدولتان الدور نفسه في نشر المخدرات في مصر والمغرب العربي، وفي السنوات الأخيرة برز الدور

(1) خالد السيد عيسى، المتغيرات النفسية والاجتماعية المرتبطة، بالاستهداف لتعاطي المخدرات، رسالة ماجستير، غير منشور، كلية الآداب ، جامعة القاهرة، 1998م، ص 2 .

(2) د. علي محمد السمارتي، المتغيرات الاجتماعية لتعاطي المخدرات، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، 1993م، ص 54 .

الذي لعبه يهود إسرائيل وعملائهم بشكل واضح في نشر المخدرات بين أبناء الشعب الفلسطيني والشعب المصري بل الشعب العربي كله حتى تكون الشعوب مسلووبة الإرادة ذليلة تستعبد لها المخدرات.⁽¹⁾

الأضرار العامة للمخدرات :-

تمهيد :- من الحقائق الثابتة عمليا وعلميا، والتي أكدت عليها العديد من الدراسات العلمية، في المجالات المختلفة .

بأن للمخدرات عددا أكيد من الأضرار الخطيرة والمدمرة فهي تحدث أضرار بالغة لمن يتعاطاها أو يتعامل بها، حيث تنعكس هذه الأضرار على أسرته وعلى المجتمع بصورة عامة .

فالمخدرات تقوض أخلاق الأمة وتدمر كيان أبنائها وتدمر اقتصادها وهي ذات آثار سلبية على الكافة، وتتنوع هذه الأضرار إلى ما يصيب الفرد في صحته وعقله وتؤدي به إلى الموت، ومنها ما يصيب كيان المجتمع ويسبب له المشاكل والاختلالات الاجتماعية التي تؤثر في نظامه الاجتماعي، ومنها ما يتعلق بالجوانب الاقتصادية وما يترتب عنه من بطالة وتأخر في عجلة الإنتاج، وخسائر مادية واستنزاف للأموال التي يتطلب إنفاقها على العلاج والمكافحة والمحكمة، وما ينتج عن ذلك من سلبيات ترهق الاقتصاد والإنتاج في المجتمع .⁽²⁾

وإجمالاً فالأضرار جدا خطيرة وكثيرة تتطلب دراستها بشكل أكثر تحليلا بحيث يتناول الأضرار الصحية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية .

يتعرض متعاطو المخدرات بأنواعها المختلفة من مهبطات ومنشطات أو منبهات ومهلوسات ومستنشقات وكحوليات وحشيش أو قنبيات سواء كانت هذه المخدرات طبيعية أو صناعية كيميائية وبمسمياتها المختلفة المعروفة علميا ودوليا وقد جمعتها في مبحث واحد لمعرفة الأضرار الكبيرة للمخدرات في حياة المتعاطين والمدمنين ليصل خطرهما بعد ذلك لآسرههم وذويهم وأفراد المجتمع غير المتعاطين، كما يتعرض المجتمع نتيجة انتشار المخدرات لبعض الأضرار الاجتماعية والاقتصادية والسياسية.

(1) د. التهامي مكي، ظاهرة تعاطي المخدرات في أوساط شباب المغرب، رسالة دكتوراه، المجلة العربية للدفاع الاجتماعي، جامعة الدول العربية، الرباط، 1981م، العدد 12، ص 98 .

(2) د. رشاد عبداللطيف، الآثار الاجتماعية لتعاطي المخدرات، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 1999م، ص 15 .

أولاً: - الأضرار الصحية للمخدرات:-

تؤثر المخدرات على أجهزة الجسم وتتسبب في وقف وتعطيل وظائف هذه الأجهزة مما يجعل الفرد عرضة للأمراض والموت في أحيان كثيرة ويمكن تلخيص هذه الأضرار الجسيمة في النقاط التالية: -⁽¹⁾

- * تؤثر على الغدد خاصة الغدد المسؤولة عن النضج .
- * العقم بسبب تأثيرها على ضعف الحيوان المنوي .
- * الإصابة بسرطان المثانة والمعدة والفم والمريء .
- * فقر الدم وتسمم الدم .
- * التهاب الرئتين وخراج بالرئة وتمدد الشعب الهوائية .
- * تلف الكبد (التهاب الوباء الكبدي) .
- * تلف خلايا المخ والإصابة بالالتهاب السحائي والملاريا المخية .
- * الخرف المبكر .
- * تشوه الجنين لدى المدمنات وإصابته بالأمراض والعاهات .
- * وقف الوظائف العليا للمخ وهي العاطفة والوعي والإدراك .
- * أمراض الجهاز الهضمي مثل قرحة المعدة والاثني عشر .
- * أمراض الجهاز التنفسي والدوري .
- * الإصابة بأمراض الجهاز التناسلي والبولي .
- * الإصابة بمرض نقص المناعة أو ما يعرف (الايذز) .
- * ضعف النظر وفقدان البصر في بعض الأحيان .
- * رعشة في الأطراف واللسان .⁽²⁾

ثانياً: الأضرار النفسية للمخدرات :-

- * ضعف القوى العقلية والإصابة بالأمراض العقلية المختلفة مثل الفصام العقلي الاكتئاب العقلي وحالات الهلوسة .
- * الإصابة بالأمراض النفسية المختلفة مثل القلق والوسواس والاكتئاب النفسي وحالات الهيستيريا .
- * تدهور الشخصية واضطرابها .

(1) د. محمد رفعت، إدمان المخدرات، أضرارها وعلاجها، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت لبنان، الطبعة الثانية، 1985م، ص 2 .

(2) د. حسن الساعاتي، تعاطي الحشيش مشكلة اجتماعية، أعمال الحلقة الثانية لمكافحة الجريمة في مصر، المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية، القاهرة، 1993م، ص 49 .

- * العدوانية ضد النفس وضد الآخرين .
- * الوحدة والعزلة والانطواء وسوء التوافق النفسي .
- * ضعف الذاكرة والتركيز والانتباه .
- * العته والتبلد .
- * النعاس الدائم والاسترخاء والفشل .
- * نقص الطموح والإحباط واللامبالاة .⁽¹⁾

ثالثاً :- الأضرار الاجتماعية للمخدرات :-

إن العلاقة بين الفرد والمجتمع علاقة عضوية متفاعلة ومتجانسة يؤثر فيها ويتأثر بها كلاهما، والأسرة التي تتكون من مجموعة أفراد تعتبر هي البنية الأولى في بناء المجتمع .

فالشخص الذي يتعاطى المخدرات ويتطور به الأمر ليصبح مدمناً يفقد صفاته الاجتماعية العادية، ويدخل في دائرة الانحراف والجريمة، حيث يفقد الإحساس بالمسؤولية تجاه أسرته وأطفاله، ومن هنا يفشل في علاقاته الاجتماعية وتنشط علاقاته الوحيدة برفاق السوء من الأصدقاء المتعاطين، لأنه يصبح منبوذ وغير مقبول من الآخرين الأسوياء ويفتقد إلى القدرة على الاندماج معهم .⁽²⁾

لذلك نجد فئة الشباب هي فعلاً من أكثر الفئات التي ينتشر بينها تعاطي المخدرات، باعتبارها هي الفئة المستهدفة من قبل مروجي المخدرات من ضعاف النفوس . وتمثل الأضرار الاجتماعية في الآتي :-

- * إهمال النفس والهندام والنظافة الشخصية .
- * إهمال أفراد الأسرة ومتطلباتهم الضرورية .
- * الكذب على الآخرين لتحقيق أغراض معينة عادة ما تكون متعلقة بالتعاطي وتوفير المخدر .⁽³⁾
- * السرقة من الأسرة والأقارب والجيران والآخرين .
- * الاحتيال والتزوير .
- * الانحراف والجريمة بمختلف أنواعها .
- * ممارسة الدعارة والبغاء من أجل توفير المخدر .
- * فقدان العمل وترك الدراسة .
- * الاستهتار والاستخفاف بالمثل والقيم .

(1) د. خالد السيد عيسى، المتغيرات النفسية والاجتماعية المرتبطة بالاستهداف لتعاطي المخدرات، المرجع السابق، ص 21 .

(2) د. نادرة عبدالحكيم وهدان، الآثار الاجتماعية والاقتصادية لظاهرة انتشار المخدرات في مصر، معهد التخطيط القومي، القاهرة، 1992م، ص 59 .

(3) إبراهيم نافع، كارثة الإدمان، المرجع السابق، ص 51 .

* عزلة المدمن وفقدانه للأصدقاء .

* الخيانة (خيانة الوطن والأسرة والزوجة وغيرها) .

* المشاكل والخصومات والمشاجرات مع الآخرين .

* التفكك الأسري والانحلال الأخلاقي والاجتماعي .

* التفريط في العقل والمال والدين والنسل والشرف .

* تكوين العصابات من المنحرفين والمدمنين .⁽¹⁾

رابعاً: الأضرار الاقتصادية للمخدرات:-

تمتد خطورة المخدرات من الفرد إلى الأسرة ومن ثم إلى المجتمع وبالتالي فإن الأضرار الاجتماعية لصيقة جداً بالأضرار الاقتصادية، فبالنسبة للفرد تعني له مرضاً وانحلالاً وانحرافاً وإجراماً، وبطالة وتشرداً فقر ونهاية سيئة، وانعدام في مستويات الكفاءة المهنية، أما الأسرة تعني لها تفككاً وتصدعاً وخرقاً لبنياتها وإهدار لقيمها ومشاكل اقتصادية من خلال الإعباء المالية التي يتطلبها المدمن للإنفاق على المادة المخدرة .

أما بالنسبة للمجتمع يعني له فقدان شريحة هامة من أبنائه وطاقة هائلة من طاقات الإنتاج والإبداع في شرائحه من المجتمع وهي فئة الشباب الفئة الأكثر حيوية في المجتمع، فأكثر المتعاطين للمخدرات من فئة الشباب حيث تؤثر على قدرات المجتمع الإنتاجية ومعوقاً كبيراً لبرامجه ومشاريعه الاقتصادية والتنموية، واستنزافاً لأمواله كان يجب إنفاقها على التنمية والتطور والتقدم .⁽²⁾

حيث يترتب على ذلك سلبيات وإهدار للطاقات وتبديد جزء من الموارد دون إن يستفيد المجتمع منها شيئاً باعتبار إن البطالة تعني طاقة عاطلة في الاقتصاد، وبالتالي قلة الموارد الاقتصادية والمالية والإنتاجية للدولة بصورة عامة، ولذلك نستطيع أن نورد الأضرار الاقتصادية في النقاط التالية :-

* المخدرات تؤدي للفقر نتيجة إنفاق الكثير من الأموال على المتعاطي .

* تؤدي المخدرات للبطالة حيث كثيراً ما يفقد المدمن عمله نتيجة غيابه ومشاكله الدائمة بالعمل .

* تؤدي المخدرات لانخفاض مردود الأسرة المادي .

* تؤدي المخدرات لإنفاق الدولة للكثير من الأموال في سبيل إنشاء المصحات والمستشفيات والعيادات الخاصة وتوفير الأدوية الأزمنة لعلاج المدمنين .

(1) د. منى سيد الطحاوي، نظرة عن مشكلة المخدرات الاجتماعية والاقتصادية في مصر، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، تصدر عن كلية الحقوق، جامعة القاهرة، السنة الثانية والخمسين، 1982م، ص 28 .

(2) د. سمير نعيم، تعاطي المخدرات، آثارها الاجتماعية والاقتصادية، بحث قدم في الندوة العربية حول ظاهرة تعاطي المخدرات التي أقامها المكتب العربي لشؤون المخدرات، المنظمة الدولية العربية للدفاع الاجتماعي، كتاب جامعة الدول العربية، القاهرة، 1971م، ص 135 .

* تؤدي المخدرات إلى موت الكثير من المدمنين الذين كانوا يساهمون في بناء الاقتصاد الوطني .⁽¹⁾
 * تؤدي المخدرات لإهدار الكثير من الأموال في سبيل جلب المخدرات من الخارج مما يضر بالاقتصاد المحلي .

خامساً: الأضرار السياسية للمخدرات :-

* أصبحت المخدرات وسيلة العدو والاستعمار في النيل من بعض الدول المعادية لأهدافه وأفكاره ونشاطاته, فأصبح العدو يصدر المخدرات لبعض الدول بالمجان للقضاء عليها .
 * بانتشار المخدرات ومضاعفاتها وآثارها من جرائم القتل والسرقة والتزوير والاحتيال والنصب والانحرافات تقل القيمة السياسية للدولة .⁽²⁾
 * عندما يكثر عدد المتعاطين والمدمنين للمخدرات يمكن للعدو تسخير البعض منهم لغرض الجوسسة والقيام ببعض الأعمال الإرهابية والتخريبية .

المبحث الثالث :علاقة المخدرات بالجريمة

نص قانون المخدرات الليبي، بان التعامل بالمخدرات، تعاطيا أو تجارة أو جلبا بصورة غير مشروعة، يعد جريمة يقرر القانون لها عقوبة مشددة، تتناسب مع الفعل حيث أن الإدمان على المخدرات يقود إلى ارتكاب العديد من الجرائم أما تحت تأثير المخدرات أو بسبب غياب الموارد المخدرة، وما يترتب على ذلك من معاناة تحدث للمدمن، عند عدم الحصول على هذا العقار المخدر والذي أصبح المدمن أسيراً له.⁽³⁾

حيث أكدت العديد من الدراسات والبحوث التي تناولت هذا الموضوع فقد اثبت علماء الإجرام إن بين الإدمان والجريمة صلة وثيقة فهو احد أسبابها، ولذلك فإنهم يرون إن مكافحة الإدمان هي مكافحة الإجرام في الوقت ذاته، وان تعاطي المخدرات يرتبط بصورة غير مباشرة بالجريمة، ويعتبر تعاطي المواد المخدرة من العوامل المساعدة للإجرام سواء من الناحية الشخصية أو من الناحية البيئية، فتأثير المواد المخدرة تعتبر دائما من ضمن الأسباب الرئيسية لظاهرة الإجرام...⁽⁴⁾

فالمخدرات تعد من العوامل المهمة للإجرام فهي تولد لدى متعاطيها إحساساً بان جسمه أسير للمخدر وبأنه على ظمأ فسيولوجي يتطلب ارتواءً، فتبلغ به حدة الحاجة إلى المخدر درجة الاختلاط

(1) د. محمد محمد بنحيت الملاح، الإدمان على المخدرات، المرجع السابق، ص 28 .

(2) د. نوال محمد محمد عمر، الإعلام والمخدرات، المؤسسة العربية الحديثة للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، 1992م، ص 13 .

(3) د. محمد رمضان بارة، شرح أحكام قانون المخدرات والمؤثرات العقلية، مطابع الوحدة العربية، ليبيا الزاوية، 1995م، ص 26 .

(4) د. مصطفى العوجي، الجريمة والجرم، مؤسسة نوفل، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001م، ص 225 .

الذهني وتلمس الطرق للحصول على الكثير من النقود في سبيل الحصول علة ثمن شرائه , ولو اقتضى الأمر لقتراف جريمة قد تصل إلى درجة القتل .⁽¹⁾

كما أكدت الحقائق العلمية الثابتة بان من اشد الجرائم خطورة وحوادث السيارات والتشرد والفشل الاقتصادي يرتبط بتعاطي المخدرات لذلك فان المدمنين من الرجال يغلب على جرائمهم السرقات . هذا كما أكدت الدراسات العلمية , إن معظم الجرائم التي تتميز بالعنف أو القوة هي تلك التي يقترفها متعاطي المخدرات ومدمنيها .

أولاً: علاقة المخدرات بالجريمة والمجرمين :-

تؤكد كل الدراسات العلاقة بين المواد المسكرة والمواد المخدرة بالجريمة ولسنا بحاجة لتوضيح المواد المسكرة والمخدرة أو ذكر إضرارها على الفرد والأسرة والمجتمع والوطن بل سنكتفي بالإشارة إلى علاقتها بالجريمة المباشرة وغير المباشرة .⁽²⁾

أ- صلة المسكرات والمخدرات بالظاهرة الإجرامية :-

لم يعد احد في العالم اليوم لا يسلم بان للمواد المسكرة والمخدرة صلة بالجريمة فهي من ناحية قد تكون عاملا مباشرا أو غير مباشر من عوامل الإجرام بالنسبة لذوي الشخص المتعاطي وعلى الأخص أفراد أسرته وأصدقائه .

ب- علاقة المواد المسكرة والمخدرة بإجرام متعاطيها :-

اثبت العلماء إن للخمر آثاره على المتعاطي ولو كانت كميته قليلة فهو يثير دوافع الإنسان الغريزية ويضعف قدرته على السيطرة عليها, غير إن اشد آثار الخمر تظهر على الإنسان إذا وصل إلى درجة السكر ففي هذه الحالة تضعف سيطرة الإنسان على إرادته فتبرز ميوله ودوافعه ويرتكب أفعالاً هي في كثير من الأحيان إجرامية وتتصف هذه الجرائم بالعنف وبذلك يرتكب السكارى جرائم الاعتداء على الأشخاص, كالقتل والجرح والضرب, كما يرتكبون جرائم الإهانة والجرائم الماسة بالأخلاق وجرائم الحريق وجرائم الإهمال وحوادث المرور الناتجة عن القيادة بحالة سكر وهو ما يجعل السكر عاملا مباشرا من عوامل الإجرام, ويؤكد العلماء إن خطورة شرب الخمر تبرز بالنسبة للأشخاص الذين يتعاطونه إذا كان لديهم ميل أو استعداد إجرامي حيث يفقدون مع شرب الخمر القدرة على كبح دوافعهم الإجرامية فيندفعون نحو ارتكاب السلوك الإجرامي . فالمخدرات تعد عاملا مهما من عوامل السلوك الإجرامي .⁽³⁾

(1) د. فاروق سيد عبدالسلام، سيكولوجية الإدمان، المرجع السابق، ص 47 .

(2) د. إسماعيل الدفتار، حرمة المسكرات والمخدرات، بحث في كتاب رسالة الإمام، يصدر عن المجلس الأعلى للشئون الإسلامية بمصر، العدد التاسع عشر، القاهرة، 1988م، ص 47 .

(3) المستشار عزت ، حسنين، موسوعة المسكرات والمخدرات الجديدة ، مكتبة سيد وهبه ، القاهرة، 1990م، ص

فالمخدرات تعد عاملاً مهماً من عوامل السلوك الإجرامي ويمكن إن يرد إليها العديد من الجرائم المتزايدة والمنتشرة في المجتمع .

وللمخدرات أثراً كبيراً من شأنه أن يجعل الشخص أكثر استعداداً لارتكاب الجريمة بمفعولها المباشر على الإرادة في الجانب العاطفي للشخصية، وانعدام القدرة والسيطرة على الإرادة وبالتالي على الدوافع الكامنة في نفسية المدمن بحيث يجعله كثيراً ما يندفع وراء نزواته الأنانية مما يدفعه نحو طريق الجريمة، وقد ثبت إن الإدمان على المخدرات يزيد النقائص الخلقية، ويغذي الميول الإجرامية وإن المخدرات تدفع متعاطيها إلى ارتكاب أنواع من الجرائم وهي من الأسباب التي تؤدي إلى ارتفاع نسبة الجرائم، وإن المتعاطي يمارس الجريمة في بعض الأحيان تحت تأثير العقار أو المخدر نتيجة للقوة الواهمة التي قد تبعثها أنواع معينة من العقاقير أو المخدرات، وقد يمارسها دون مخدر للبحث عن المخدر في حد ذاته .⁽¹⁾

يعد تعاطي المخدرات من الموضوعات التي ترتبط بأشكال السلوك الإجرامي المنحرف، لان تعاطيها في حد ذاته يعتبر سلوكاً منحرفاً وخروجاً عن القانون .

ومن خلال الأبحاث والدراسات العلمية ثبت إن هناك علاقة فعلية متلازمة في الغالب بين المخدرات والجريمة، وإنه من الثابت إن المخدرات من العوامل الدافعة والمساعدة لارتكاب العديد من الجرائم المختلفة، وخاصة جرائم السرقات والقتل والمشاجرات وجرائم التزوير والاحتيال والجرائم الأخرى التي يرتكبها المدمن تحت تأثير المخدر وسيطرته أو يرتكبها المدمن للحصول على المال اللازم لتوفيره لشراء المواد المخدرة التي يعجز عن توفيرها من دخله، وسوف نتناول بعض من هذه الجرائم .⁽²⁾

تجارة المخدرات نظراً للحاجة الملحة للمخدرات نتيجة الإدمان على تعاطيها، ونظراً لارتفاع أسعار المخدرات ولعدم القدرة على الحصول عليها لقلة المال اللازم لدى المدمن مما يجعله فريسة سهلة لتجار المخدرات الكبار الذين يتعاملون مع عصابات المخدرات، فيتم تسخيره للعمل معهم في تجارة المخدرات وترويجها بين المدمنين مقابل إن يأخذ ما يحتاجه للاستعمال الشخصي، وقد يقع في أيدي رجال مكافحة المخدرات وبالتالي يكون قد ارتكب جريمة وفقاً لنص القانون، ثم إن الاتجار في المخدرات هي النهاية المألوفة عند الكثير من المتعاطين المدمنين على المخدرات وخاصة بين الطبقات الدنيا الفقيرة أصحاب المهن البسيطة ذات الدخل المحدود .⁽³⁾

-
- (1) التقرير السنوي للهيئة الدولية لمراقبة المخدرات، منشورات الأمم المتحدة، نيويورك، 1995م، ص 65 .
 (2) اللواء محمد عباس منصور، المخدرات التجارة المشروعة وغير المشروعة، دار النهضة مصر للطباعة والنشر، القاهرة 1995م، ص 33.
 (3) مؤتمر الأمم المتحدة السابع لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين، ميلانو، إيطاليا، منشورات الأمم المتحدة، 1985م، ص 18 .

ج- المخدرات :-

تبدو اخطر آثار المخدرات إذا وصل متعاطيها إلى درجة الإدمان أو الاعتماد, حيث تشير مختلف الدراسات إلى إن المدمن أو المعتمد على المخدرات في سبيل الحصول على الجرعات التي يحتاجها يكون على استعداد لان يخالف العرف والقانون ويسرق ويرتكب الجرائم بمختلف أنواعها ومن ذلك ارتكابه جرائم الزنا واغتصاب المحارم والأطفال والتصدي والتعدي والقتل. وقد أكدت الدراسات وجود علاقة مباشرة بين تعاطي المخدرات وحوادث السيارات مع ما تؤدي إليه هذه الحوادث من إصابات بدنية ووفيات وإضافة إلى ذلك فان تعاطي المخدرات في غير الأحوال المرخص بها قانونا يعد جريمة قائمة بذاتها في نظر غالبية التشريعات الجنائية ومن ثم فان المتعاطي عندما يحرز ويحوز مواد مخدرة لأجل التعاطي إنما يكون قد ارتكب سلوكا إجراميا .

إن متعاطي المخدرات كثيرا ما يلجأ إلى ارتكاب جرائم مخدرات أخرى غير الإحراز والحيازة من اجل التعاطي, مثل ارتكاب جرائم الاتجار غير المشروع أو القيام بزراعة أو جلب أو تصدير تلك المواد من اجل الحصول على المال اللازم لشراء المخدرات التي يتعاطاها .⁽¹⁾

وللمخدرات والخمور آثارا سلبية على من يتعاطاها, إذ إن من يصل إلى مرحلة الإدمان على المخدرات والخمور يصاب ببعض الأمراض العضوية والنفسية التي تكون احد عوامل الإجرام لديه كما إن تعاطي المسكرات والمخدرات ينعكس على دخل المتعاطي حيث ينفق جزءا كبيرا منه على تعاطي هذه المواد يضاف إلى ذلك إن الإدمان على تعاطي المخدرات أو المسكرات يؤدي إلى نقص المقدرة على العمل والإنتاج مما يقود إلى التشرذم والتسول لكي يحصل المدمن على ما يغطي به تكاليف الحصول على المواد الضرورية للتعاطي .⁽²⁾

ثانياً: علاقة المخدرات بالجريمة المنظمة .

أ- جرائم استعمال السلاح وعلاقته بالمخدر :-

تؤكد التقارير بأن في كولومبيا وأمريكا الجنوبية عصابة لصناعة وترويج المخدرات تسمى (كارتيل ميدين) تضم أكثر من خمسة آلاف رجل وامرأة وتمتلك عددا كبيرا من اليخوت والطائرات المروحية, وكذلك المسدسات والرشاشات الحربي وقاذفات اللهب والأسلحة.

المضادة للدروع والدبابات, وهذه العصابة مسؤولة عن عدد كبير من الجرائم التي أودت بحياة المئات من القضاة ورجال الشرطة, وأيضاً مسؤولة عن عدد من الانفجارات التي هزت المدن الكبيرة في كولومبيا في السنوات العشر الأخيرة , وهكذا فان الرذيلة تولد الرذيلة , صناعة مخدرات ثم أسلحة غير شرعية ومعارك

(1) د. رمسيس بنهام، نظرية التجريم في القانون الجنائي، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1969م، ص 29 .

(2) المستشار عزت حسنين، موسوعة المسكرات والمخدرات الجديدة ، المرجع السابق، ص 69 .

واعتماداً على أملاك الآخرين ثم جرائم قتل⁽¹⁾.

هذا ما يؤكد العلماء والخبراء والمتخصصون في العالم بكل دراساتهم وأبحاثهم حول علاقة المخدرات والمسكرات بالجريمة والمجرمين ومن خلال الواقع العملي الذي تأكد لدينا من خلاله صحة هذه الدراسات والأبحاث العلمية القيمة رأيت إن نعزز ذلك بالإحصاءات والبيانات التي تؤكد العلاقة المباشرة للمخدرات بالجريمة وهذه الإحصاءات صادرة عن مراجع رسمية مثل الإدارة العامة لمكافحة المخدرات ونستعرض جهود الإدارة العامة لمكافحة المخدرات في مجال التصدي لمشكلة المخدرات في ليبيا التي كانت محل تقدير واعتزاز كل المنظمات العالمية وعلى رأسها منظمة الأمم المتحدة المعنية بمكافحة المخدرات والجريمة ومن خلال تكريم الإدارة العامة باعتبارها المتميزة في مجال مكافحة المخدرات خلال العام 2004 ف في منطقة الشرق الأوسط وشمال إفريقيا من بين دول هذه المنطقة .

ب- جرائم العنف والقتل :-

وهي السلوكيات الإجرامية الناجمة عن تعاطي المخدرات وعادة ما تتحول جلسات المخدرات إلى خلافات بين المتعاطين وأحياناً تتحول إلى مشاجرات، وتؤدي في الغالب إلى القتل والضرب المفضي إلى الموت نتيجة لتصرفاتهم الخارجة عن الوعي والإدراك للعواقب لمثل هذه الحالات .

وكثيراً ما تحصل الخلافات والمشاجرات في المناسبات الرياضية والاجتماعية بسبب مدمني المخدرات نتيجة لتصرفاتهم غير المسؤولة والفاقة لتقدير العواقب وغياب العقل والمنطق في اللحظات الحرجة بسبب تناول العقاقير المخدرة .

وأثبتت الدراسات العلمية إن متعاطي المخدرات يقومون بأعمال البلطجة وهي احد صور العنف والعدوان، ويصل الأمر إلى الاعتداء والتهديد بالأسلحة البيضاء وبنادق الصيد وكذلك ماء النار في بعض الحالات⁽²⁾.

ج- الجرائم الأخلاقية :-

يقدم المتعاطي في بعض الحالات على ارتكاب الجرائم الأخلاقية أو الجنسية أو حتى جرائم الاغتصاب تحت تأثير المخدرات والإدمان عليها، وقد يتحول الأمر إلى مأساة يصل به التعدي على احد المحارم كأمه أو أخته أو ابنته، وقد أثبتت هذه الحالات في السجلات وملفات القضايا والمحاكم، وهذا يؤكد العلاقة الوثيقة بين الإدمان على المخدرات والدعارة .

ثم إن المدمنات على المخدرات من النساء يمارسن الدعارة لغرض الحصول على المال لتعاطي المخدرات، ولقد أكدت الدراسات الميدانية على إن الدعارة تنتشر بشكل كبير بين مدمنات المخدرات، كما

(1) د. سمير حكاوي، الشباب والمخدرات، مركز التعريب والجريمة، الطبعة الأولى، القاهرة، 1999م، ص 41 .

(2) ملفات جهاز مكافحة المخدرات طرابلس- ليبيا، 2005م .

أكدت الدراسات انه يتم الاعتداء جنسيا على الأطفال تحت تأثير المخدرات بشكل وحشي جدا .⁽¹⁾

د- جرائم السرقة :-

تعتبر السرقة احد السلوكيات الناتجة عن التعاطي, فعندما لا يتوفر المال لشراء المخدرات يكون البديل هي السرقة, وهي تبدأ من السرقة البسيطة في أي شئ للحصول على المال اللازم لشراء المخدر, وهو ما يجعل المتعاطين يمارسون جرائم السرقة .⁽²⁾

وعادة ما يبدأ متعاطي المخدرات السرقة من داخل الأسرة مثل الوالدين والأخوات والإخوة والأصدقاء تحت تأثير الإدمان والحاجة الملحة لشراء المخدرات , هذا وقد أكدت الدراسات العلمية على وجود علاقة قوية بين تعاطي المواد المخدرة وإتيان بعض السلوكيات الإجرامية كالسرقة من المحلات والمنازل وسرقة السيارات والمشاجرات والاعتداء بالضرب على الأقارب في بعض الأحيان .

وتقول احد الدراسات والبحوث العلمية إن ((685)) حالة تم بحثها وتبين إن ((228)) حالة منهم لم تسجل عليهم سوابق إجرامية من قبل وأنهم ارتكبوا الجرائم بعد تعاطيهم المخدرات حيث تم ضبطهم في جرائم العنف والاعتداء والسرقة, كل هذا يدل على إن المدمن يفقد عمله لعدم انتظامه فيه وعدم التقيد بالنظام وسير العمل مما يفقده عمله وبالتالي يفقد المرتب مما يجعله ينحرف ويمارس الإجرام من اجل الحصول على الأموال بطريقة غير مشروعة وذلك لشراء المخدرات, وهي السبب في جرائم السرقة .⁽³⁾

ه- جرائم الرشوة والاختلاس :-

من المؤكد إن مدمن المخدرات يصبح أسيرا للمال لحاجته الضرورية له في توفير المادة المخدرة, فمن الممكن إن يرتكب أي فعل أو تصرف مخالف للتشريعات النافذة حتى لو كان على حساب وظيفته أو كرامته الإنسانية, حيث قد يفشي أسرار وظيفته مقابل مبلغ من المال يتحصل عليه وقد يقبل الرشاوي ويقوم باختلاس المال العام الذي بعهدته, كل هذا في سبيل الحصول على المواد المخدرة .

و- حوادث المرور :-

تؤكد إحصائيات حوادث المرور القاتلة بان الكثير منها كان سببها السائق الذي غالبا ما يكون تحت تأثير المخدرات أثناء قيادته للمركبة على الطرقات العامة نتيجة فقدانه السيطرة والتحكم في مركبته بسبب اضطراب حواسه, وعدم قدرته على تقدير المسافات بالإضافة إلى عدم الانتباه والتركيز أثناء استعمال الطريق .

(1) صحيفة صدى مكافحة، تصدر عن جهاز مكافحة المخدرات، طرابلس ليبيا، العدد الثامن، 2009م .

(2) د. التهامي مكي، ظاهرة تعاطي المخدرات في أوساط شباب المغرب، المرجع السابق، ص 71 .

(3) التقرير السنوي للهيئة الدولية للرقابة على المخدرات، نيويورك، 1990 م .

وتؤكد الدراسات والبحوث في جمهورية مصر العربية بان هناك علاقة وثيقة ومباشرة بأن كثرة وزيادة حوادث السيارات على الطرقات السريعة بسبب انتشار تعاطي المخدرات من قبل سائقي المركبات المختلفة حيث تشير إلى دراسة مجموعة عينات دم أخذت لعدد من السائقين الذين تعرضوا لحوادث مفاجئة أثناء قيادتهم للمركبات فأظهرت التحليل إن عشرين في المائة منهم كانت تحتوي دماؤهم على المادة الفاعلة في الحشيش مادة ((ihg)) أي إنهم كانوا تحت تأثير المواد المخدرة أثناء القيادة .⁽¹⁾

ر- الجرائم السياسية :-

الإنسان المدمن على المخدرات ليست لديه إرادة ولا شخصية ولا حتى عقل في بعض الأحيان , لذلك يصبح من السهل تسخيره للقيام بأي عمل غير مسؤول وأي تصرف خاطئ غير محسوب العواقب , لأنه أصبح أسيراً لرغباته ولنزواته من خلال تأثير المواد المخدرة والمسيطرة عليه بشكل كامل , حيث أصبح كل اهتمامه هو كيفية الحصول على المواد المخدرة, وكذلك على المال اللازم لتغطية نفقاته المتزايدة على هذا المخدر, لذلك أصبح مدمن المخدرات من السهل تجنيده من قبل الدوائر المعادية لبلاده ليكون في خدمة أعداء الوطن والأمة العربية, يزودهم بالمعلومات والأسرار عن بلاده والمتمثلة في إسرار القوة العسكرية والتصنيع والاقتصاد ومصادر الدخل القومي وما من شأنه إن يشكل نقاط القوة لبلاده ليستفيد منها العدو واستخدامها عند اللزوم .

وقد رصدت الكثير من الوقائع التي تم اكتشافها في شبكات تجسس من قبل رعايا عدة دول عربية تم استخدامهم ضد بلدانهم, وهم من بين مدمني المخدرات, وكانت هي السبب وراء وقوعهم في شبك المخابرات الأجنبية وعملائها, وتجنيدهم للعمل معهم لتعطيم وطنهم وأمتهم العربية بكشف المعلومات الخطيرة التي تتعلق بالقدرات العسكرية والصناعية والاقتصادية والتي من الممكن أن يستفيد منها العدو.⁽²⁾

هذا وقد أثبتت الدراسات, إن ولاء المتعاملين مع المخدرات وخاصة المهريين للمخدرات قد فاق في كثير من الأحيان ولاءهم لأوطانهم .

وفي دراسة أجراها المكتب العربي لشؤون المخدرات التابع لجامعة الدول العربية وشاركت فيه ثلاثة عشر دولة, عن مدى خطورة آفة المخدرات, حيث تبين إن وراء ذلك مخططات أجنبية تنفذها عناصر محلية من أصحاب النفوس المريضة بإشراف مباشر من الإسرائيليين وذلك بهدف تخريب المنطقة العربية أخلاقياً واجتماعياً, ومن هناك اهتم المشرع الليبي بشكل خاص عند صدور القانون رقم 19 لسنة 1994 م

(1) د. محمد فتحي عيد، جريمة تعاطي المخدرات في القانون المصري والمقارن، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة كلية الحقوق، دار لوتس للطباعة، 1981م، ص 13 .

(2) د. زين العابدين مبارك، الحشيش، المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب، الرياض، 1986م، ص 19 .

المادة 1 مكرر بشأن إضافة حكم للقانون رقم 7 لسنة 1999م، حيث اعتبر إن المخدرات والمؤثرات العقلية في حكم أسلحة الدمار الشامل وان التعامل بها في حكم التعامل مع العدو، ومن هنا قد أعطى المشرع بعدا سياسيا لجرائم المخدرات خاصة إذا أثبتت التحقيقات إن وراء ارتكابها هدفا سياسيا يتعلق بأمن الظن أو أمن الأمة العربية .⁽¹⁾

ز- جرائم غسيل الأموال :-

جرائم غسيل الأموال ترتبط تاريخيا بجرائم المخدرات حيث إن جرائم المخدرات تدر عائدا ماليا كبيرا، مما يجعل الجاني يسعى إلى استغلالها وإضفاء الشرعية عليها .

إن غسيل الأموال هو مجموعة العمليات المتداخلة لإخفاء المصدر غير المشروع للأموال وإظهارها في صورة أموال متحصلة من مصدر مشروع .

إن ما يسمى غسيل أو تبييض الأموال المتحصلة من تجارة المخدرات غير المشروعة، أو التعامل غير المشروع بها والأرباح الناتجة عن ذلك التعامل، باعتبار إن الهدف الرئيسي من العمل في المخدرات هو الرغبة على الأموال الطائلة، غير إن هذه الأموال تظل في وضع صعب ما لم يتم إعطاؤها صفة الشرعية، وذلك من خلال إعادة استثمارها وضخها في شريان الاقتصاد بإجراءات مالية ومحاسبية صعبة ومعقدة، حتى تصبح مشاريع قانونية في الدورة الاقتصادية للدولة .⁽²⁾

لذلك تعتبر جرائم المخدرات في المرتبة الأولى بين الجرائم المرتبطة بغسيل الأموال حيث تقدر بان 50% من الأموال التي تخضع لعمليات غسيل الأموال سنويا يكون مصدرها تجارة المخدرات، مما أسهم في التداخل بين المال المشروع وغير المشروع.

هذا وقد اهتم المجتمع الدولي بظاهرة غسيل الأموال حيث وقع اتفاقية فيينا للأمم المتحدة سنة 1988م لمكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات وحددت صور غسيل الأموال، ودعت الدول إلى وضع نصوص لمكافحة هذه الظاهرة ومصادرة الأموال الناتجة عنها والتعاون الدولي لمواجهتها وفي تقرير صادر عن الأمم المتحدة، أوضح أن وراء تمويل ثلاثين صراع وحرباً أهلية في أنحاء العالم وفي أماكن متفرقة وكذلك استطاع تجار المخدرات دمج أكثر من ربع مليار دولار من أرباح المخدرات في الاقتصاد العالمي .

رأي المشرع في المخدرات :-

يعد التعامل مع المخدرات جريمة يعاقب عليها القانون هذا ما اتفقت عليه اغلب القوانين الجنائية في اغلب المجتمعات الإنسانية وان اختلفت بعض القوانين في تصنيف المواد المخدرة إذ هناك أنواع من المخدرات تعتبر مجرمة في بعض الدول وغير مجرمة في البعض الآخر .

(1) قانون مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية، رقم 19 لسنة 1994 م .

(2) اللواء- محمد عباس منصور، المخدرات التجارة المشروعة وغير المشروعة، المرجع السابق، 42 .

وقد اتفقت المجتمعات على إن هناك نوعا واحدا من الاستعمال للمخدرات غير مجرم وهو الاستعمال المسموح به في الاستخدامات البيئية فقط وما عدا ذلك يعد مخالفا للقانون ويدخل في دائرة التجريم .⁽¹⁾ والمشرع في بلادنا لم يغفل جانب تجريم المخدرات منذ الوهلة الأولى إذ اصدر المشرع أول قانون وهو القانون رقم 44 لسنة 1956 ف الذي اعتمد في نصوص العقاب على المادتين 311 - 312 من قانون العقوبات وقد لاحظ المشرع خلو هذا القانون من الجدول المحدد لأنواع المخدرات الممنوع تداولها حيث عدل القانون في المادة الخامسة منه بالقانون رقم 26 لسنة 1963 ف ولاحظ المشرع إن القانون لم يكن يتناسب مع تطور جريمة المخدرات التي رأى إن من مؤشراتهما في ارتفاع فكان صدور القانون رقم 23 لسنة 1071 ف وهو قانون متطور وفيه ردع لكل من جلب أو صدر أو تعامل بالمخدرات بأي شكل من الأشكال .⁽²⁾

ومع تطور جريمة المخدرات تم إصدار القانون رقم 7 لسنة 1990 ف الذي أنهى بموجبه القانون رقم 23 لسنة 1971 ف وقد شمل هذا القانون عقوبات صارمة لكل من يتعامل بالمخدرات بأي شكل من الأشكال وهو التعامل غير المشروع .

إذ وصل حد التجريم للتعامل بالمخدرات اعتبار المخدرات في حكم أسلحة الدمار الشامل والتعامل فيها بالجلب أو التصدير أو التوريد أو الإنتاج أو الاستخراج أو الصنع أو الاتجار في حكم التعامل مع العدو وضد سلامة الوطن (1) نص المادة (1) مكرر من القانون رقم 7 لسنة 1990 ف .⁽³⁾

ونلاحظ إن تطور قانون المخدرات متواز مع تطور جريمة المخدرات حيث تم تعديل القانون رقم 7 بإضافة حكم بالقانون رقم (19) لسنة 1423 م كما تم تعديل وإضافة بعض الأحكام إلى القانون رقم 7 بموجب القانون رقم 23 لسنة 1963 م (2002 ف) الذي جاء في المادة الأولى التي نصها الآتي:-

ويعتبر جالبا وفقا لحكم الفقرة الأولى من هذه المادة كل من استورد أو استلم أو نقل من خارج الحدود أو داخلها مادة من المواد المخدرة أو المؤثرة عقليا سواء ارتكب الفعل بمفرده أو مساهمة مع الآخرين وسواء باشر العمل بنفسها وقام به الغير لحسابه وكذلك إذا اشترك في ارتكابه بأية صورة من الصور الاشتراك .

كما يعتبر جالبا كل من نظم أو مول أو أدار أو ساعد بأي شكل من الأشكال في عملية تتعلق بأي فعل من الأفعال السابقة وذلك أيا كان مكان وجوده .

(1) تقرير الأمم المتحدة للرقابة على المخدرات، منشورات الأمم المتحدة ، نيويورك، ص 77 .

(2) د. محمد رمضان بارة، شرح أحكام قانون المخدرات، مطابع الوحدة العربية ، ليبيا الزاوية، 1995م، ص 18 .

(3) قانون المخدرات والمؤثرات العقلية رقم 7، لسنة 1990 م .

وهكذا نرى إن موقف القانون من المخدرات هو موقف شديد الصرامة إذا كان هناك قصور فهو في تنفيذ القانون أو بعض من يمثلون نفاذ هذا القانون .

وإنني ادعوا إلى تطوير كفاءة العاملين لإنقاذ هذا القانون من رجال القضاء والنيابة ورجال الضبط القضائي المكلفين بإنقاذ قانون الإجراءات الجنائية والعمل على تأهيلهم تأهيلا عاليا يمكن معه سد كل الثغرات التي يستفيد منها تجار ومهرو ومروج والمخدرات .

الخاتمة

إن مشكلة المخدرات مشكلة عالمية وهي ذات جذور قديمة إذ يؤكد أهل العلم الباحثون في تاريخها أنها وجدت منذ خمسة آلاف سنة قبل الميلاد وان دخولها إلى الوطن العربي على نطاق واسع جاء مع غزو التتار للشرق حيث ساهم الغزاة في نشر آفة المخدرات بالمجتمع العربي المسلم وأخذت هذه المشكلة في تطور سريع مع تطور الأبحاث العلمية مما أنتج أنواع مختلفة ومتطورة وذات تأثيرات عالية على المتعاطي مثل استخلاص الهروين والمورفين والعقاقير المهلوسة والمنشطة والمهبطة، ونحن في مجتمعنا العربي الليبي لم نكن نعرف هذه الآفة إلا في بداية السبعينات من القرن الماضي أي منذ ما يقرب 40 عاما في نطاق ضيق جدا حيث يمثل الوافدون النسبة الأكبر في الاتجار والترويج والتعاطي مما ساعد على تعامل أبنائنا ها نتيجة لاختلاط بالوافدين وبسفر الشباب لبلاد الاخرى التي تكثر فيها المخدرات واقتباس عادات التعاطي والإدمان، وعلى الرغم من الجهود التي تبذل للتصدي لها إلا أنها قياسا مع حجم المشكلة نعتبر اقل من المراد تحقيقه فعليا للقضاء على المخدرات حيث الإمكانيات البشرية والمادية لا تتناسب وإمكانيات عصابات التهريب والاتجار بالمخدرات وهذا ما يؤكد حجم الضغوط المعلن عنها إذ يؤكد خبراء الأمم المتحدة المهتمون بمكافحة المخدرات والجريمة بأن ما يتم ضبطه يمثل من 10/الى 15/ مما يدخل إلى السوق مما يدل على إن عصابات المخدرات تعمل في تحد ومواجهة قوية مع الجهات الأمنية.

وبالنظر إلى المستهدفون بالمخدرات هم فئة الشباب من سن 18 إلى 40 سنة وهي الفئة العمرية العاملة أو القادرة على العمل والغاية من ذلك أبطال مفعول قدرات الشباب وتعطيلهم عن العلم والعمل ولمواجهة هذه المشكلة ينبغي دراسة واقع الشباب دراسة وافية ومستفيضة لإطلاع على متطلباتهم من توفير سبل العيش الكريم وتفرغ طاقتهم الإبداعية في أعمال تعود عليهم وعلى المجتمع بالنفع عند ذلك لن نرى من بينهم من يتجه إلى المخدرات إلا شخصاً قد أضله الله عن سبيل، وكذلك ينبغي على الجهات المسؤولة الانتباه إلى ارتفاع معدل جريمة المخدرات وهي ارتفاع متزايد والعمل على وضع الخطط والبرامج التي تكفل سبل نجاح جهود المكافحة سواء لخفض العرض أو الطلب والاهتمام بوسائل التوعية والوقاية للشباب الذين مازالوا في بر الأمان وعدم الاعتماد على القول بلادنا منطقة عبور

المخدرات لان المؤشرات التي أمامنا تنظر بالخطر والذي سيجعل بلادنا تتحول إلى منطقة استهلاك وإنتاج للمخدرات على المدى البعيد إن لم نقل القريب.

ونسأل الله إن يحمي بلادنا من كل شر وان يجعلنا مصدرا لكل خير.

التوصيات

من أجل التصدي لظاهرة انتشار آفة المخدرات والمؤثرات العقلية وحماية الوطن والمجتمع منها نطالب بالعمل بالتوصيات الآتية:-

- 1- يجب إن يتحمل المواطن مسؤوليته في التصدي لمشكلة المخدرات بكل اهتمام وجدية حيث إن الأمن مسئولية كل مواطن .
- 2- إن تتحمل كل الأجهزة الأمنية الموكل إليها حماية المجتمع مسؤوليتها في التصدي لمشكلة المخدرات ومتابعة عصابات الاتجار والترويج والتعاطي وتقديمهم للعدالة حماية للمجتمع من شرورهم
- 3- أن يتحمل رجال القضاء والنيابات والمحامون مسؤوليتهم في تطبيق أقصى العقوبات المنصوص عليها في القوانين الليبية المتعلقة بمكافحة المخدرات والجريمة واستعمال التدابير الوقائية الشخصية ضد متعددي الإجرام والسوابق وخاصة في نشاط المخدرات باعتبار هذه القضية قضية وطنية والتهاون أو التساهل مع هذه الفئة الضالة يشكل مساساً بأمن الوطن والمواطن .
- 4- التوسع في مجال التوعية والتثقيف للمواطنين غير وسائل الإعلام المختلفة المرئية والمسموعة والمقروءة وعبر إقامة الندوات والملتقيات لما من فوائد في مجال تحصين المواطن.
- 5- الاهتمام بالشباب الجديد في مختلف مراحل العمر. عملاً بقول الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم (علموهم واضربوهم لعشر وفرقوا بينهم في المضاجع) وكذلك دراسة ومعرفة متطلبات الشباب من توفير المناخ الملائم للدراسة وتوفير فرص العمل والعيش الكريم وتوفير الوسائل والبدايل لشغل أوقات الفراغ
- 6- تعريف أولادنا في مختلف مراحل الأعمار صغاراً وشباباً بأمور دينهم الصحيحة ودعوتهم للتمسك بالقيم ولأخلاق والابتعاد عن ارتكاب الجرائم الماسة بأخلاق والقيم والدين وامن وسلامة الوطن.
- 7- العمل على رفع درجة الوعي لدى الأم والزوجة بأخطار آفة المخدرات باعتبارهن يمثلن الخط الأول في التربية والرعاية الأسرية وتمكينهن من الاطلاع على أسرار وخفايا الأبناء والإبلاغ عنهم لولي الأمر وعدم التستر عليهم حماية لهم من الوقوع في مأساة الإدمان على المخدرات .



ملحق رقم (1)

إحصائيات جرائم المخدرات خلال العشرة سنوات لماضية من 2000 - حتى 2010م

حيث سجلت الأرقام التالية:-

- عدد القضايا المسجلة ((25428)) جريمة مخدرات .
- عدد المقبوض عليهم في هذه للجرائم - (36707) متهما (
- تشكل نسبة المواطنين منهم 80/ تتراوح أعمارهم
- ما بين ((14-40)) سنة وهي الشريحة ذات الأهمية الإستراتيجية في التنمية وفي بنية المجتمع الليبي وتتوزع باقي النسبة على عمالة وافدة افريقية وعربية .
- كمية المخدرات المضبوطة من الحشيش حوالي 120 طن .
- كمية المهيرون المضبوطة حوالي - 700 كيلو جرام.
- كمية الكوكايين المضبوطة حوالي - 100 كيلو جرام.
- كمية الأفراس المخدرة المضبوطة (متنوعة) 6- مليون قرص.
- يضاف إلى هذا أما نسبة 15% جهود مكافحة التهريب والمخدرات مصلحة الجمارك .

ملحق رقم (2)

بلغ عدد حالات الإيواء خلال الفترة بمركز علاج الإدمان ((تاجوراء)) - ((8214 حالة)) بلغت نسبة المصابين منهم بأمراض فقدان المناعة المكتسبة والتهاب الكبد الوبائي ((54 %)) وبتفريغ المعلومات منهم قد ذكر انه اشترك مع أربعة آخرين بجمقة واحدة . فالمتموالية في تزايد حسب توقعاتنا وهي قنابل موقوتة في الشارع ((حيث أخذت المشكلة شكلا انفجاريا)) ويضاف إلى هذا إعداد حالات الإيواء بمستشفى الرازي طرابلس والنفسية بنغازي والمتعالجين في الخارج من الميسورين الحال، ((وما خفي كان أعظم)) .

حيث تعكس الأرقام والنسب السابقة حجم الأضرار الأمنية والصحية والاجتماعية والاقتصادية التي يتكبدها المجتمع جراء هذه المشكلة .

ثم إن هناك حقيقة ينبغي ذكرها وهي وجود علاقة وثيقة بين تدخين السجائر وشرب الكحوليات وتعاطي المخدرات فنسبة كبيرة جدا من حالات التدخين هو المدخل المبكر لتعاطي المخدرات .

ومعدلات التدخين بين الطلبة والطالبات في مختلف المؤسسات التعليمية ذات أحجام لا يمكن تجاهلها أو الإقلال من شأنها .

وكذلك معدلات شرب الكحول بين شريحة الشباب والمراهقين، ((وما كارثة التسمم الكحولي ببعيد)) .

قائمة المراجع

- 1- د. اسماعيل الدفتار , حرمة المسكرات والمخدرات , بحث في كتاب رسالة الإمام, يصدر عن المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية بمصر, العدد التاسع عشر, القاهرة , 1988م .
- 2- د. ابراهيم نافع, كارثة الإدمان, الناشر مركز الأهرام للترجمة والنشر, القاهرة 1989م .
- 3- د. انطوان البستاني, المخدرات اعرف عنها وتجنبها, المكتبة الشرقية, بيروت 1979م .
- 4- التوهامي مكى, ظاهرة تعاطي المخدرات في أوساط شباب المغرب, رسالة دكتوراة, المجلة العربية للدفاع الاجتماعي, الرباط, جامعة الدول العربية, سنة 1998م, العدد 12 .
- 5- د. جمال الدين محمد مرسي, عالم الحشيش, الهيئة المصرية العامة للكتاب القاهرة , 1996م .
- 6- د. حسن الساعاتي, تعاطي الحشيش مشكلة اجتماعية, أعمال الحلقة الثانية لمكافحة الجريمة في مصر, المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية, القاهرة 1993م .
- 7- د. خالد السيد عيسى ربحان, المتغيرات النفسية والاجتماعية المرتبطة بالاستهداف لتعاطي المخدرات, رسالة ماجستير غير منشورة, جامعة القاهرة, كلية الآداب , 1998م.
- 8- د. رمسيس بھنام, نظرية التجريم في القانون الجنائي, منشأة المعارف, الإسكندرية, 1996.
- 9- د. رمضان امتيريس, السموم والمخدرات وآثارها النفسية والصحية, جامعة طرابلس كلية الطب, 1996م .
- 10- د. رشاد عبد اللطيف, الآثار الاجتماعية لتعاطي المخدرات, المكتب الجامعي الحديث, الإسكندرية , سنة 1999م .
- 11- د. زين العابدين مبارك, الحشيش, المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب الرياض 1986م .
- 12- د. سمير نعيم, تعاطي المخدرات, آثارها الاجتماعية والاقتصادية, بحث قدم في الندوة العربية حول ظاهرة تعاطي المخدرات, المنظمات العربية للدفاع الاجتماعي, القاهرة, كتاب جامعة الدول العربية, سنة 1971م .
- 13- د. سمير مكاوي, الشباب والمخدرات, مركز التعريب والجريمة, الطبعة الأولى القاهرة , 1999م .
- 14- د. صلاح يحيى, المخدرات, مؤسسة الرسالة بيروت, الطبعة الأولى 1998م.
- 15- د. علي محمود السماري, التغيرات الاجتماعية لتعاطي المخدرات, دار المعرفة الجامعية الإسكندرية, 1993م .
- 16- المستشار, عزت حسنين, موسوعة المسكرات والمخدرات الجديدة, مكتبة سيد وهبة , القاهرة , سنة 1990م .

- 17- د. عفاف محمد عبد المنعم, العوامل النفسية والاجتماعية التي تؤدي إلى إدمان المخدرات وآثارها على السلوك, بحث غير منشور .
- 18- د. فاروق سيد عبد السلام, سيكولوجية الإدمان, عالم الكتاب, القاهرة, سنة 1977م .
- 19- د. محمد فتحي عيد, جريمة تعاطي المخدرات في القانون المصري والمقارن رسالة دكتوراة, جامعة القاهرة, كلية الحقوق, دار لوتس للطباعة, سنة 1981م .
- 20- د. محمد كمال زين الدين, المخدرات بين الوهم والحقيقة, الناشر مكتبة القران القاهرة , . 2001
- 21- د. محمود علي التائب, الإنسان ومغيبات العقل, بحث منشور في كتاب النوة الأولى حول مخاطر المخدرات تعاطيا وإدمانا , طرابلس ليبيا .
- 22- د. محمد رفعت, إدمان المخدرات, أضرارها وعلاجها, دار المعرفة للطباعة والنشر, بيروت لبنان, الطبعة الثانية, سنة 1985م .
- 23- د. محمد سلامة غباري, الإدمان أسبابه ونتائجه وعلاجه, المكتب الجامعي الحديث, الإسكندرية, سنة 1991م .
- 24- د. محمد محمد بنيت الملاح, الإدمان على المخدرات, أخطاره وأسبابه ووسائل القضاء عليه, دكتوراه في القانون مقدمة كلية الحقوق الجامعة المصرية, سنة 1938م .
- 25- د. منى سيد الطحاوي, نظرة عن مشكلة المخدرات الاقتصادية في مصر بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد, تصدر عن كلية الحقوق جامعة القاهرة, السنة الثانية والخمسين , سنة 1982 .
- 26- د. مصطفى العوجي, الجريمة والمجرم, مؤسسة نوفل, بيروت, 1990م .
- 27- د. محمد رمضان بارة , شرح أحكام قانون المخدرات والمؤثرات العقلية, مطابع الوحدة العربية, الزاوية ليبيا, 1995م .
- 28- اللواء- محمد عباس منصور, المخدرات التجارة المشروعة وغير المشروعة , الناشر دار نخضة مصر للطباعة والنشر, القاهرة , 1995 .
- 29- د. نوال محمد عمر, الإعلام والمخدرات, المؤسسة العربية الحديثة للطبع والنشر والتوزيع , القاهرة, 1992 .
- 30- د. نبيل السملوطي, الدراسة العلمية لسلوك الإجرامي, دار الشروق, جدة, سنة 1983م .
- 31- د. نادرة عبد الحليم وهدان, الآثار الاجتماعية والاقتصادية لظاهرة انتشار المخدرات في مصر العربية, معهد التخطيط القومي, القاهرة سنة 1992م .
- 32- مؤتمر الأمم المتحدة السابع لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين, ميلانور, ايطاليا منشورات الأمم المتحدة, سنة 1985م .
- 33- التقرير السنوي للهيئة الدولية للرقابة على المخدرات , لعام 1990م .

- 34- تقرير الهيئة الدولية للرقابة على المخدرات , منشورات الأمم المتحدة, نيويورك 1977م
- 35- الأمم المتحدة ومراقبة العقاقير, منشورات الأمم المتحدة , نيويورك, 1982م
- 36- التقرير السنوي للهيئة الدولية لمراقبة المخدرات, منشورات الأمم المتحدة نيويورك, سنة 1995 .
- 37- ملفات جهاز مكافحة المخدرات، طرابلس ليبيا، 2005م .
- 38- صحيفة صدى المكافحة، تصدر عن جهاز مكافحة المخدرات ، طرابلس ليبيا، 2009م .