



جامعة الأزهر
كلية الشريعة والقانون بالقاهرة
قسم القانون الجنائي

أثر رضا المجني عليه في الجريمة والعقوبة

دراسة مقارنة بين

الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي

رسالة دكتوراه

إعداد

منصور السعيد إسماعيل ساطور

مدرس مساعد القانون الجنائي بالكلية

إشراف

فضيلة الأستاذ الدكتور / محمود شوكت العدوي

عميد الكلية

والأستاذ الدكتور / محمد مختار القاضي

رئيس قسم القانون بالكلية

١٣٩٥هـ - ١٩٧٥م



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ
عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ
وَأَدْخِلْنِي بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ الصَّالِحِينَ﴾

[النمل ، الآية : ١٩]

”إهداء”

- إليه
 - إلى الله في علاه
 - إلى الذي خلق الإنسان ويعلم ما توسوس به نفسه وهو أقرب إليه من حبل الوريد .
 - إلى نبيه محمد الذي أرسل بالحق هاديا ومبشرا ونذيرا وداعيا إلى الله بإذنه وسراجا منيرا ..
 - إلى الذين تمسكوا بكتاب الله وسنة نبيه قولا وعملا فعرفوا الطريق واهتدوا إليه .
 - وأيضا إلى الذين ضلوا ... إلى هؤلاء وهؤلاء ...
 - إلى الذين نيط بهم الحكم بما أنزل الله ... فالعود أحمد ...
 - إلى هؤلاء جميعا ...
 - وإلى الذي رمز الكفاح والصبر وثبات الإيمان وقوة العزيمة ...
- أهدى أولى خطواتي على طريق الكفاح واليقين والأمل ...

منصور السعيد إسماعيل ساطور

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

أحمد ه ربي حمدا يليق بجلال قدره ، وعظيم نعمه ، أنه أعظم القادرين وأجل المنعمين ، وأصلى وأسلم على النبي الأمي محمد الصادق الأمين ، أصدق القائلين ، وأحسن وأتمّ العاملين ، هو القائل صلوات الله عليه :

" من اجتهد فأخطأ فله أجر على اجتاده ، ومن اجتهد فأصاب فله أجران ، أجر على اجتاده وأجر على إصابته "

صلاة وسلاما عليه وعلى آله وصحبه وخلفائه ، ومن تمسك بشرعته ، واهتدى بهديه إلى يوم الدين .

وبعد

فنظرا لأهمية دور الجاني في قانون العقوبات وما يتعلق به من مسائل تتصل بتحديد الجريمة ونوع المسؤولية فيها ، وتوافر القصد أو عدم توافره . وما يترتب على ذلك من إجراءات وأحكام وعقوبات . فقد اهتمت التقنيات الجنائية قديمها وحديثها ، واستفاضت أبحاث الكاتبين ، وشرّاح القانون الجنائي ، منذ البداية بالجاني ودوره وتأصيل ما يتعلق به من مسائل . هذا في الوقت الذي لم يلق فيه دور المجني عليه في قانون العقوبات منذ البداية قليلا من هذا الاهتمام . ولم يتناول أثر هذا الدور وما يتعلق به من مسائل بالبحث والعناية اللائقين . الى ان اتجهت الدراسات الحديثه أخيرا وباهتمام كبير نحو المجني عليه ودوره في ارتكاب الجريمة واتباع الإجراءات المتعلقة بها ، وتأثير هذا الدور في العقوبة المنوطة بالفعل وغير ذلك من نواحي البحث المتعددة والمتشعبة في المجني عليه وما يتعلق به من مسائل .

ومحاولة لتتمية هذا الاتجاه الحديث نحو تأصيل دور المجني عليه وأثره في الجريمة والعقوبة ، فقد اخترت بعون الله ومشينته أن يكون موضوع هذه الرسالة هو البحث في رضاء المجني عليه وأثر هذا الرضاء في الجريمة والعقوبة .

والأصل كما هو الغالب أن الجريمة تقع على غير إرادة المجني عليه سواء كرها عنه أو بدون علمه ، واستثناء من هذا الأصل فإن الجريمة قد تقع على المجني عليه برضائه وإنه . بل قد تكون نتيجة رجائه وإلحاحه على الجاني أو إكراهه عليها .

والصور في ذلك كثيرة وإن كانت من الأمور المستغربة لما فيها من مخالفة لغرائز الإنسان التي بسببها قد ترتكب الجرائم . وتتأفيناها مع طبيعته التي جبل عليها من حب التملك والحرص على النفس والمال ، والدود عن العرض والشرف .

ولكن هذا مما يقع في نطاق التصور العقلي . بل وأثبتته الواقع وتاريخ الجريمة ، وتزول الغرابة في ذلك إذا أمكننا تصور أن الجريمة قد تقع من الشخص على نفسه ، باعتدائه على حقه في الحياة بالانتحار مثلا . أو قطعه وإتلافه عضوا من أعضائه تخلصا من أداء واجب معين . كمن يقطع إصبعه أو يفتق إحدى عينيه هربا من الجندي .

فإذا جاز لنا أن نتصور ذلك فلنا أن نتصور من باب أولى رضاه من الغير بارتكاب هذه الجرائم وغيرها عليه وكذلك إذنه له فيها .

كما لو ألح المريض مرضا طويلا ميؤوسا من شفائه على الطبيب بأن يخلصه بالموت من ألم المرض وأسقامه . أو أن يطلب منه في الجريمة الثانية قطع إصبع من أصابعه ، أو فقه إحدى عينيه ، أو أن تطلب الحامل التخلص من الجنين .

وكذلك القتل أو الإصابات الناشئة عن المبارزة . أو الإصابات الناتجة عن الألعاب الرياضية وممارسة الأطباء لعملهم . ففي كل هذا يكون المجني عليه راضيا مقدما بما قد يقع عليه من إصابات . وكذلك رضاه الزوج بزنا زوجته سواء كان ذلك سابقا أو لاحقا على الجريمة ، ورضاه الأنثى في جريمة الاغتصاب . ورضاه المجني عليه بالقذف . ورضاه صاحب المال بالسرقة . والمحبوس والمقبوض عليه بالحبس والقبض بغير وجه حق .

كل هذه وغيرها صور من رضاه المجني عليه بالجريمة فما هو أثر هذا الرضا في الجريمة والعقوبة المقررة عليها ؟

هل يعد الرضا سببا من الأسباب المبيحة أو عنصرا فيها ؟ وهل له أثر في المسؤولية الجنائية للفاعل وفي تغيير وصف الفعل ؟ وما هو أثر الرضا في الدعوى الجنائية والخصومة الناشئة عنها ؟ ثم ما هو أثر الرضا في العقوبة المقررة على الجريمة ؟

هذا هو نطاق بحثي بمشيئة الله تعالى وعونه

وقد اخترت هذا الموضوع تقديرا مني لدقة وخطورة البحث فيه ، وإحساسا بالأهمية البالغة للنتائج المترتبة عليه ، وتنمية لهذا الاتجاه الحديث يسمى لتأصيل دور المجني عليه وأثره في الجريمة والعقوبة كما سبق أن ذكرت ، هذا فضلا عن حداثة الموضوع وغموضه .

العودة بمشيئة الله إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على مختلف جوانب حياتنا . ليس مجرد استجابة لعاطفة تجيش بها صدور جماهير الأمة الإسلامية فحسب . وإنما لأن العمل بالشريعة الإسلامية والاحتكام إليها واجب بنصوص القرآن الكريم والسنة النبوية المتواترة فقد أنزلها الله تعالى وخصها بالعموم والخلود للهداية والعمل بها ، وإلا فما الفائدة من نزولها إن لم نعمل بها ؟ يقول تعالى : ﴿ إِنَّ هَذَا الْقُرْآنَ يَهْدِي لِلَّتِي هِيَ أَقْوَمُ وَيُبَشِّرُ الْمُؤْمِنِينَ الَّذِينَ يَعْمَلُونَ الصَّالِحَاتِ أَنَّ لَهُمْ أَجْرًا كَبِيرًا * وَأَنَّ الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِالْآخِرَةِ أَعْتَدْنَا لَهُمْ عَذَابًا أَلِيمًا ﴾ (١).

ويقول صلوات الله وسلامه عليه :

" تركت فيكم ما إن تمسكتكم به لن تضلوا كتاب الله وسنة رسوله "

وقد حكم الله سبحانه جلّت قدرته بكفر من لم يحكم بما أنزل الله كما حكم عليه أيضا بأنهم هم الظالمون وأنهم هم الفاسقون ،

قال ﷺ: ﴿ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ ﴾ (٢).

ثم قال : ﴿ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴾ (٣).

وقال أيضا : ﴿ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴾ (٤).

وقد ورد تأكيد سبحانه وتعالى للحكم بالقرآن في مواضع كثيرة من القرآن الكريم ، وحذر ونهى الأمة محمد صلوات الله عليه غير مرة من اتباع الهوى وجعل الحكم بغير ما أنزل الله جاهلية جهلاء ، وضلالة عمياء يقول تعالى: ﴿ وَأَنْ أَحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ فَإِنْ تَوَلَّوْا فَاعْلَمُوا أَنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُصِيبَهُمْ بِبَعْضِ ذُنُوبِهِمْ وَإِنَّ كَثِيرًا مِنَ النَّاسِ لَفَاسِقُونَ ، أَفَحُكْمَ الْجَاهِلِيَّةِ يَنْتَوْنُ وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ اللَّهِ حُكْمًا لِقَوْمٍ يُوقِنُونَ ﴾ (٥) هذا من ناحية .

ومن أخرى فإنه يجب على الأمة الإسلامية وولاة الأمر من المسلمين فيها ، بعد أن نالت الأمة استقلالها السياسى وذهب إلى غير رجعة ذلك العهد الذي كانت فيه دولها ، مغلوبة على أمرها أن تعمل في جد وإخلاص على أن تنال استقلالها التشريعي ، وأن تحكم بشريعته التي هي خير الشرائع وأعدلها لصلاح حال الأمة. خصوصا بعد أن ظهرت حاجة المجتمع الماسة إلى تطبيق

(١) سورة الإسراء الآية ٩ ، ١٠

(٢) سورة المائدة الآية ٤٤

(٣) سورة المائدة الآية ٤٥

(٤) سورة المائدة الآية ٤٧ ويرجع إلى آراء الفقهاء وعلماء التفسير

(٥) سورة المائدة الآيتان ٤٩ ، ٥٠

شريعته. شريعة الله التي أنزلها على خاتم أنبيائه ورسله هداية وعملا أساسها العدالة والفصيلة فكانت متماسكة مترابطة متلائمة ومتجانسة وثبت صلاحها وثباتها على مدى ثلاثة عشر قرنا ، وقد أثبت التاريخ أنها وسعت الدولة الإسلامية يوم أن كانت مترامية الأطراف تمتد من المحيط إلى المحيط ، وتتكون عناصر شعوبها من العرب والفرس والروم ، والآسيوى والأفريقي والاندلسي ، والمسلم واليهودي والنصراني ، فقد وسعت الشريعة الإسلامية آنذاك كل هؤلاء عدلا ورحمة وإخاء وبراً .

على أنه مما تجدر الإشارة إليه أننا لا نجرى المقارنة هنا بين أحكام الشريعة الإسلامية والقانون الجنائي الوضعي كما جرت عليه الدراسات الحديثة عند البعض بمعنى محاولة تقريب أحكام الشريعة الإسلامية إلى ما وصلت إليه القوانين الوضعية من تطور أملا في الوصول بها إلى مسايرة متطلبات العصر أو كما جرت عليه المقارنة عند البعض الآخر بمعنى القياس . وإنما نجرى ذلك من باب المقابلة على سبيل المفاضلة . أى مقابلة بين الفاضل وهو أحكام الشريعة الإسلامية والمفضول وهو أحكام القوانين الوضعية .

ذلك لأن القول بالمعنى الأول إنما ينمى عن سوء فهم نتيجة العجز والقصور عن فهم الشريعة الإسلامية . كما أن القول بأن المقارنة بمعنى القياس . فيه خطأ بين أيضا إذ إن القياس يقتضى مساواة المقيس بالمقيس عليه ، فإذا انعدمت هذه المساواة فلا قياس أو كان القياس باطلا . أما أفضلية الشريعة الإسلامية على القوانين الوضعية وما تمتاز به على هذه القوانين فكلما فيه تحصيل حاصل لا لزوم له . بعد أن اعترف بالشريعة الإسلامية وفضلها من يدينون ومن لا يدينون بها . وأقرتها المؤتمرات الدولية واعترفت بها مصدرا أساسيا من مصادر التشريع . وزها الكتاب والشراح سموها بمرونة نصوصها ، وسلامة تشريعها ، والشهادة للشريعة من غير المسلمين لا يرتقى إليها تهمة التعصب أو التحيز للإسلام وبخاصة إذا وردت على لسان كبار رجال القانون والذين لا يظن بهم عدم العلم وقصر النظر .

أمثال :

- " ليف أولمان " أستاذ علم مقارنة الشرائع بجامعة باريس ، ووكيل المؤتمر الدولي للقانون .
- الدكتور " أنريكو انساباتو " في كتابه الإسلام وسياسة الخلفاء .
- الأستاذ الفرنسي " ألبير شبيرون " .
- الأستاذ الإيطالي " يولولا كازيلي " الذي عمل مستشارا ملكيا لوزارة العدل بمصر زمنا طويلا . وقال في شهادة أسداها لمصر " أنه يجب على مصر أن تستمد قانونها من الشريعة الإسلامية ، فهي أكثر اتفاقا من غيرها مع روح البلد القانونية " .

• كما يذكر بالعرفان مجهود العالم الفرنسي " رينو جينو " صاحب المؤلفات الإسلامية القيمة التي فتحت الباب أمام الكثيرين في أوروبا لكي يفهموا الإسلام على حقيقته وجوهره الأصيل ، وقد جاء هذا العالم مصر سنة ١٩٣٩م ثم أسلم وسمى نفسه " الحاج عبد الواحد يحيى " .

وقد قرر المؤتمر الدولي للقانون المقارن الذي عقد بمدينة لاهاي سنة ١٩٣٦م " أن الشريعة الإسلامية مصدر من مصادر القانون المقارن ، وبهذا صارت مصادر القانون أربعة هي : الشريعة الإسلامية و القوانين الفرنسية والألمانية والإنجليزية .

كما اتخذ قرار قطعي في مؤتمر للقانون المقارن سنة ١٩٣٨م بأن الشريعة الإسلامية قائمة بذاتها لا تمت للقانون الروماني بأى صلة ، ولا إلى شريعة أخرى .

وهكذا فقد شهدت كل المؤتمرات الدولية والندوات العلمية وآخرها ندوة عمداء الحقوق المتعقدة في بغداد في مارس ١٩٧٤م بأن الشريعة الإسلامية مرنة بطبيعتها وتحوى من وسائل التطور ما يكفل مسايرتها لظروف العصر .

وفوق كل ذلك فإن الشريعة الإسلامية تفضل القوانين الوضعية بما اختصت به من مميزات أساسية هي : الكمال - والسمو - والدوام . هذه المميزات التي كانت أثرا من أثار أصل واحد هو أن الشريعة الإسلامية من عند الله ومن صنعه . وسوف نعرض فيما يلي لبعض أسس ومظاهر الخلاف بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية حتى يظهر بوضوح ما تمتاز به شريعتنا الغراء .

الخلاف بين الشريعة والقانون :

أسس ومظاهر الخلاف بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية متعددة ومتشعبة . وسوف نتعرض لبعض أسس ومظاهر هذا الخلاف باختصار يقتضيه الحال . حتى يظهر بوضوح ما تمتاز به الشريعة الإسلامية عن القوانين الوضعية . ومن المعلوم أن الشريعة الإسلامية مصدرها الله وهو الصانع جلّت قدرته . الذي يعلم الغيب ويطلع على الأفئدة . ويعلم خائنة الأعين وما تخفي الصدور . فهي تكمل بكماله وتسمو بسموه . وتبقى وتقوم ببقائه ودوامه سبحانه الذي خلق الكون ونظمه ودير شئونه وشمل الخلق بعين الرعاية فوضع لهم أعظم الأسس وأسلمها . ليسير الكون في ظلها وعلى هديها إلى يوم الدين . وكذلك من المعلوم أيضا أن القانون الوضعي من صنع البشر . فله ما لهم من خصائص العقل البشري ، من العجز والانتساع والقصور والتغيير والتبديل ، والتأثر بالهوى والظروف والعوامل المحيطة به .

فشتان ما بين شريعتين إحداهما من صنع البشر والثانية من صنع صانع البشر
سبحانه جلت قدرته وعظمت حكمته .
كما أنهما يختلفان من حيث الشمول :

فالشريعة الإسلامية كانت منذ نشأتها على ماهي عليه الآن من الكمال والسمو والعموم .
فقد نشأت مكتملة ونزلت من عند الله شريعة كاملة لا نقص فيها ، جامعة تحكم كل حال ،
مانعة لا يخرج عن حكمها حاله . شاملة لأمر الأفراد والجماعات والدول . فهي شريعة الناس
كافة عى اختلاف مشاربهم . وتباين عاداتهم وتقاليدهم وتاريخهم _ ولم تأت شريعة لقوم دون
قوم . أو لعصر دون عصر ، أو لزمان دون زمان لأنها من عند الله الذي لا تبدل لكلماته .

وعلى العكس من ذلك نشأ القانون ضئيلا بضالة الجماعة التي يحكمها . محدودا بحدود
حاجاتها . ثم أخذ يتسع باتساعها ويتطور بتطور حاجاتها . وهو في ذلك يختلف في جماعة عن
أخرى ، باختلاف الاتساع والتطور في كل منها ولأن ما زال لكل جماعة قانونها الخاص بها .
وإن تشابكت القوانين واتحدت أخيرا في أعقاب القرن الثامن عشر في كثير من النظريات العامة
التي استحدثت مما برز في الشرائع السماوية من معاني العدالة والمساواة والرحمة والإنسانية
وظلت الخلافات بين القوانين في كثير من الدقائق والتفاصيل _ ومن أبرز أوجه الخلاف بين
الشريعة والقانون .

مسلك كل منها في تقرير الأحكام :

بالنظر إلى نهج الشريعة الإسلامية وطريقتها في تقرير الأحكام نجد أنها كانت ولا تزال
أوسع من القانون نطاقا وأقدر على ملائمة الزمن ومسايرة التطور . إذا تعرضت في نهجها
لجميع أفعال الإنسان ظاهرها وباطنها . وانتهت بهذا إلى تقرير حكم لكل فعل . خلافا للقانون
الذي تعرض لبعض أفعال الإنسان الظاهرة دون الباطنة . ودون باقي أفعاله الظاهرة . كما أنه
في مجال العقوبات فرض عقوبات معينة لأفعال معينة يرى أنها هي التي تعرض كيان المجتمع
وأمنه للخطر . ويقتضى بحث هذا الموضوع التعرض لأمرين ،
أولهما : العنصر النفسي أو المعنوي في تقرير الأحكام ، أو تعرض الشريعة الإسلامية للناحية
الباطنية من تصرفات الإنسان .
ثانيهما : حصر الأفعال المجرمة في قانون العقوبات ومسلك الشريعة الإسلامية في ذلك .

أولاً : العنصر النفسى او المعنوى :

إذا أمكننا القول بأن القانون الوضعى يأخذ أحكامه جميعها من الظاهر وأنه يجعل الظاهر في ذلك دليلاً على الباطن . وأن هذا هو نفس مسلك الحاكم المسلم في صدور أحكامه لقول رسول الله ﷺ " إنكم تختصمون إلى فاعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقض له على نحو ما أسمع منه فمن قطعت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه، فإنما أقطع له قطعة من النار" (١). فإنه إلى هذا الحد قد تتفق أحكام الشريعة الإسلامية مع أحكام القانون الوضعى إلا أن الشريعة الإسلامية في تقريرها للأحكام تقوم على أساس الجمع بين مصلحتى الدين والدنيا . سواء ذلك في مجال المعاملات كما هو في مجال العبادات ، وهى بذلك جعلت لكل فعل حكماًين :

(أ) حكماً مرجعه إلى صلة الإنسان بالله . وهذا الحكم مستمد من الباطن .

(ب) وحكماً مرجعه إلى صلة الإنسان بالمخلوق وهذا الحكم مستمد من الظاهر .

فاعتداء الإنسان على غيره مثلاً في الشريعة حكمان . أحدهما يرجع إلى صورته التى ظهرت ووجدت في الخارج . وما ترتب عليه من ضرر وهو جعل هذا الاعتداء مسبباً للضمان وموجباً للعقاب . وثانيهما يرجع إلى الباعث وهو كون هذا الفعل حراماً . يستوجب غضب الله تعالى وعقابه ، وهذا الحكم مرتبطاً بالعقاب ، وهكذا في كل اعتداء على النفس أو على المال أو على العرض . بل وفي كل فعل من أفعال الإنسان .

وعلى أساس هذه التفرقة بين الأحكام الظاهرة والباطنة . فقد قرر الفقهاء بأن الأعمال الظاهرة فقط هى التى تتخذ أساساً للمعاملة بين الناس . حيث إنه يمكن الوصول إليها بوسائل الإثبات الظاهرة . ولأجل ذلك فهى لا تصلح لأن تكون أساساً للمعاملة بين الناس . وإنما تصلح أساساً للثواب والعقاب من الله . ويجب على الإنسان العمل بها في خاصة نفسه ويسمى الفقهاء أحكام الديانة .

وقد ثار التساؤل عن أهمية التفرقة بين الأحكام الظاهرة والأحكام الباطنة . مادام الحكم المبني على الظاهر هو مناط الإلزام القضائى . وعليه تقوم روابط الناس فضلاً عن عدم استطاعة تنفيذ الحكم الباطن بوسائل القهر والإلزام . إلا أن ربط الأحكام الظاهرة بالأحكام الباطنة له فائدتان .

أولاهما : إزالة ما في الأحكام الجبرية من خشونة تدعو إلى النفرة منها والفرار من مواجهتها وتنفيذها .

الثانية : لفت نظر القضاء إلى أن يراعى في أحكامه ما أمكنه في تلك الناحية الدينية الأخلاقية .

(١) هذا الحديث مروي عن أم سلمة رضى الله عنها وهو منقول عليه : " سبيل السلام للصنعاني جـ ، ص ١٢١ "

فيجعل لها مجالا في التطبيق ما استطاع إلى ذلك سبيلا حتى يكون أقرب إلى غرضه في الإصلاح وتوفير الرضى وإقرار الطمأنينة ، والمحافظة على الحقوق ، وتقرير الأحكام على الصورة السابقة أمر له أثره البالغ من ناحيتين أساسيتين .

الأولى : من ناحية موضع الأحكام : فإنه مما لا شك فيه أن المشروع سيحمل جاهدا على معرفة ما يريد الله تعالى فتأتى أحكامه من هذه الوجهة عادلة وغير مغرضة .

الثانية : من ناحية التنفيذ : إذ لا ريب في أن الغالبية من الناس سيقبلون على تنفيذ الأحكام ابتغاء مرضاة الله وخوفا من يوم الحساب وسوف تكون النتيجة الحتمية لذلك قلة عدد الجرائم والمنازعات فيطمئن الناس على أرواحهم وأموالهم وأعراضهم .

ثانياً : تحديد الجرائم والعقوبات المقررة لها ومسلك الشريعة الإسلامية في ذلك .

الأصل في القانون الجنائي الوضعي أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص . وكل إنسان يحكم هذه القاعدة يعرف سلفا ما هو مباح من الأفعال وما هو غير مباح منها . فهتك العرض لا يعتبر جريمة مثلا ، إلا إذا وقع بالإكراه أو على إنسان لم يتجاوز الثامنة عشرة من عمره . وبغير هذه الصورة لا يكون هتك العرض جريمة . بل يكون عملا مباحا وفاعله في مأمن ويحميه القانون من كل عقاب ، كما أن الفعل لا يعتبر جريمة في نظر القانون مهما بلغ ما يحمله من اعتداء ، إلا إذا كان قد صدر به نص مكتوب يجرمه ، ثم إن هذه النصوص تصبح سارية من التاريخ الذي يتحدد لنفاذها ، فلا تسرى على ما وقع قبل نفاذها من تصرفات ، والقاضي ملتزم بهذه النصوص ، فليس له أن يجرم أى فعل كان إلا بنص سابق صادر بتجريمه ، هذه هي القاعدة في القانون الوضعي .

أمافي الشريعة الإسلامية فلا جريمة إلا بنص ، والجريمة في الشريعة هي كل محظور بالشرع زجر الله عنها بحد أو تعزير ، والحد هو العقوبة المقررة الواجبة حقا لله تعالى ، أما التعزير فهو العقوبة الغير مقررة الواجبة حقا لله أو للأفراد . ومن الجرائم في الشريعة المعاصي ، وهي ترك الواجب وفعل المحرم ، ومن الأمثلة على ترك الواجب عدم الوفاء بالدين مع القدرة على أدائه ، وخيانة الأمانة ، ومن أمثلة على فعل المحرم ، اليمين الزور وشهادة الزور ، وفرق بين الجرائم التي شرعت لها الحدود والجرائم التي عقوبتها التعزير . فجرائم الحدود جرائم معينة ذات عقوبات محددة بنصوص خاصة بالجريمة ذاتها ، أما الجرائم التي عقوبتها التعزير فهي جرائم تنطبق عليها نصوص عامة لا خاصة ذات عقوبات محددة تحديدا عاما لا خاصا . وإذا كانت الحدود والقصاص تمثل العنصر الثابت في علم التجريم ، فإن التعذير يمثل العنصر

المرن الذي يمكن أن يحيط بكل ما هو ضار بالفرد أو المجتمع يتخذة الإمام سياسة شرعية لتحقيق الأمن العام والآداب العامة والحريات الشخصية .

والتجريم يقتضى نص خاص ، وفرض العقوبة بمقتضى نص خاص ، هو أساس الشرعية في قانون العقوبات .

ومن الإنصاف أن نقرر هنا أن هذا المبدأ بدأ يتزعزع وأصبحت بعض الشرائع الوضعية كالقانون الروسى تبحث عن منهاج مسائل للتجريم والعقوبات بحيث تكفي نصوص عامة لتحديد الجرائم ونصوص عامة تتكلم عن العقوبات .

والله نسأل العون وحسن الأداء .

منصور ساطور

الخميس ٣ من جمادى الأولى سنة ١٣٩٥ هـ

الموافق ١٥ من مايو سنة ١٩٧٥ م

خطة البحث

وقد سرت في بحثي على النحو الآتي :

أولاً : المقدمة .

ثانياً : أبواب الرسالة .

وتشتمل على ستة أبواب هي :

الباب الأول : " تمهيدى "

ويتضمن فصولاً للتعريف بالجريمة والعقوبة ، وبيان من هو المجني عليه وطبيعة المصالح المحمية وتقسيم الحقوق ، في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي .

الباب الثاني :

لبيان ما إذا كان رضا المجني عليه يعد سبباً من أسباب الإباحة أم لا يعد ذلك في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي والموازنة بينهما .

الباب الثالث :

لبيان أثر رضا المجني عليه في وجود الجريمة و المسؤولية الجنائية للفاعل . في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الوضعي والموازنة بينهما .

الباب الرابع :

لبيان أثر رضا المجني عليه في الدعوى الجنائية والخصومة الناشئة عنها في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الوضعي والموازنة بينهما .

الباب الخامس :

لبيان أثر رضا المجني عليه في العقوبة في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الوضعي والموازنة بينهما .

الباب السادس :

لتطبيق أثر رضا المجني عليه في جرائم الاعتداء على حق الحياة والحق في سلامة الجسم وجرائم العرض والشرف والحرية والمال . في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الوضعي والموازنة بينهما .

ثالثاً : الخاتمة

وتتضمن استعراضاً للنتائج التي تم التوصل إليها في الأبواب السابقة . بمشيئة الله تعالى .

الباب الأول

" تمهيدى "

ويشتمل على خمسة فصول :

الفصل الأول : في التعريف بالجريمة وبيان أركانها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعى

الفصل الثانى : في التعريف بالعقوبة وأنواعها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعى .

الفصل الثالث : في التعريف بالمجنى عليه في الفقه الجنائى الإسلامى والقانون الجنائى الوضعى .

الفصل الرابع : تحديد المصالح التى يحميها الفقه الإسلامى والقانون الجنائى الوضعى .

الفصل الخامس : تقسيم الحقوق في الفقه الإسلامى والقانون الجنائى الوضعى .

الفصل الأول

تعريف الجريمة وبيان أركانها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

ويشتمل على ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : تعريف الجريمة وبيان أركانها في الفقه الجنائي الإسلامي .

المبحث الثاني : تعريف الجريمة وبيان أركانها في قانون العقوبات الوضعي .

المبحث الثالث : في الموازنة بين تعريف الجريمة وبيان أركانها في الفقه

الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي .

الفصل الأول

التعريف بالجريمة وبيان أركانها في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي

المبحث الأول

في التعريف بالجريمة وبيان أركانها في الفقه الجنائي الإسلامي

أولاً : تعريف الجريمة في الفقه الإسلامي :

تعرف الجرائم في الفقه الإسلامي بأنها " محظورات شرعية زجر الله عنها بحد أو تعزير"^(١). والمحظورات في الشرع : هي إتيان فعل منهي عنه أو ترك فعل مأمور به ووصفت بأنها شرعية للإشارة إلى أن السلوك غير المشروع لا يعتبر جريمة في نظر الشارع الإسلامي إلا إذا حظرته الشريعة . والحدود : هي العقوبات المقدرة الواجبة حقا لله سواء كانت قصاصا أو دية قدرها الشارع ونص عليها في الكتاب الكريم أو السنة النبوية .

والتعزير : هي العقوبات الواجبة حقا لله أو للإفراد . وترك الشارع لولي الأمر تقديرها حسب ما يرى به دفع الفساد في الأرض ومنع الشر . وسمى تعزيرا لأنه به تقوية الجماعة وحفظها^(٢). إذ إن عزرها فوى ، ومن ذلك قول الله تعالى " لنن أقمتم الصلاة وأتيتم الزكاة وآمنتم برسلي وعزتموه وأقرضتم الله قرضا حسنا لأكفرن عنكم سيئاتكم ولأدخلنكم جنات تجري من تحتها الأنهار " .

فالجريمة إذن : هي " إتيان فعل محرم معاقب على ارتكابه أو ترك فعل محرم الترك معاقب على تركه "^(٣). أو هي " فعل أو ترك نصت الشريعة على تحريمه والعقاب عليه ، سواء كانت العقوبة عاجلة في الدنيا أو أجلة في الآخرة " . ومن هذا يتضح وجود قاعدتين سارت عليهما الشريعة فيما يعد جريمة هما : أن الفعل أو الترك لا يعتبر جريمة إلا إذا حظرته الشريعة . كما أن الفعل أو الترك لا يعتبر جريمة إلا إذا تقررت عليه عقوبة .

" الجريمة والجناية "

لفظا الجريمة والجناية في الاصطلاح الفقهي لفظان مترادفان للدلالة على كل محظور

(١) الماوردي في الأحكام السلطانية ص ١٩٢ .

(٢) فضيلة المرحوم الأستاذ أبو زهرة في كتابه عن الجريمة ص ٢٤ .

(٣) عبد القادر عودة في كتابه التشريع الجنائي الإسلامي ج ١ ص ٦٦ ، طبعة ١٩٦٣ م .

شرعى زجر الله عنه بحد أو تعذير، والجناية لغة : اسم لما يجنيه المرء من شر مأخوذة من الجنى^(١).

وأصله قوله تعالى " وجنا الجنيتين دان " وقد يتوسع فيه فيراد منه الجمع كجنى الثمر وفي الاصطلاح : اسم لكل فعل محرم شرعا سواء كان ذلك الفعل واقعا على نفس أو عرض أو مال أو كل ما هو محرم . والغالب من الفقهاء على أن لفظ الجناية يطلق على الأفعال الواقعة على نفس الإنسان أو أطرافه . وهو القتل والجرح والضرب والإجهاض^(٢) . والبعض منهم يطلق لفظ الجناية على كل موجب للحد أو القصاص^(٣) . والجناية بهذا المعنى الأخير لفظ مرادف للفظ الجريمة في الاصطلاح الفقهي .

" الجريمة والمعصية "

المعصية جريمة في الشريعة الإسلامية إذ إنها تتلاقى في معناها مع تعريف الجريمة بالمعنى العام فالمعصية هي: ترك الواجب وفعل المحرم^(٤) ، " كعدم الوفاء بالدين ، وخيانة الأمانة ، واليمين الزور ، وشهادة الزور " . أو هي : " كل أمر فيه مخالفة لأمر مخالفة للشرع وعصيانا لله تعالى ونهيه"^(٥) . وقد قرر الله تعالى لها عقوبات سواء كانت دنيوية أو أخروية وليس في هذا البحث ما يستوجب التفريق الدقيقة بين هذه المصطلحات .

ثانيا : أركان الجريمة في الفقه الإسلامي :

١ - الأركان العامة للجريمة :

سبق في تعريف الجريمة في الفقه الإسلامي ، أن الجرائم محظورات شرعية زجر الله عنها بحد أو تعذير . وأن المحظورات هي : إما إتيان فعل منهي عنه ، أو ترك فعل مأمور به . وأن المحظورات وصفت بأنها شرعية ، لأنها يجب أن تكون محظورة بنصوص من الشريعة الإسلامية ، وأن الفعل والترك لا يعتبر بذاته جريمة ، إلا إذا كان معاقبا عليه . والتكاليف الشرعية سواء كانت أوامر أو نواهي لا توجه إلا لكل عاقل فاهم التكليف ، إذ التكليف خطاب وخطاب من لا عقل له ولا فهم محال كالجماد والبهيمة . ومن استطاع أن يفهم أصل الخطاب ولا يفهم تفاصيله من كونه أمراً أو نهياً . ومقتضيا الثواب والعقاب . كالمجنون والصبي الذي

(١) فضيلة الأستاذ سليمان رمضان في مذكراته عن الجنائيات لطلبة الدراسات العليا قسم الفقه المقارن ١٩٧١م.

(٢) الزيلعي ج ٦ ص ٩٧ ، البحر الرائق ج ٨ ص ٢٨٦ .

(٣) تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢١٠ .

(٤) التشريع الجنائي للدكتور عبد الخالق النواوي ، المكتبة العصرية ، بيروت ، صيدا ، ص ١٠ .

(٥) الجريمة ص ٢٥ لفضيلة المرحوم الأستاذ أبو زهرة .

لا يميز . فهو في عجزه عن فهم التفاصيل كالجماذ والبهيمة في العجز عن فهم أصل الخطاب . ومن ثم يتعذر تكليفه . لأن المقصود من التكليف كما يتوقف على فهم أصل الخطاب فهو يتوقف أيضا على فهم تفاصيله^(١) . من ذلك يتبين أن للجريمة بصفة عامة أركاناً لا بد من توافرها . وهذه الأركان ثلاثة هي :

١- إتيان العمل المكون للجريمة - سواء كان فعلاً أو امتناعاً . وهذا ما يسمى في الاصطلاح القانوني بالركن المادي للجريمة . وهو الفعل أو القول الذي ترتب عليه الأذى بأحد الناس ، أو الإفساد في المجتمع^(٢) .

ويمكن أن يقال في تعريف هذا الركن من أركان الجريمة الذي يعتبر صلبها أو عمودها ، بأنه "الارتكاب بالفعل أو القول للأمر الذي ورد به النهي وقررت له عقوبة يطبقها القضاء"^(٣) . ويتعريف أعم من كل هذا " ارتكاب ما قرره الشارع له عقاباً " ليشمل بذلك جرائم الترك^(٤) . ويعد جريمة ما كان مقصوداً وما كان غير مقصود ، وما يكون بالمباشرة وما يكون بالتسبب فيدخل في هذا العمد والخطأ وما وقع بالمباشرة وغير المباشرة ؛ لأن ذلك كله رتب الشارع له عقاباً ، والحد الفاصل بين الفعل الإجرامي وغير الإجرامي ليس هو القصد ، إنما هو في في الأذى أو الفساد الذي يترتب عليه وفي العقاب ، فما لا فساد فيه ولا عقاب لا يعد جريمة ، وما فيه الفساد ، يلزمه العقاب ولو أخروياً يعد جريمة في لسان الشرع الإسلامي .

٢- الركن المعنوي :

وهو أن يأتي الشخص الفعل المادي وهو عالم به ، ويدخل تحت هذا الركن حالات الإكراه والسكر والقصر والمرض .

٣- الركن الشرعي :

وهو أن يكون هناك نص يحظر الجريمة ويعاقب عليها ، فلا يعتبر الفعل جريمة في الفقه الإسلامي إلا إذا كان هناك نص يجرم هذا الفعل . غير أن وجود هذا النص في حد ذاته لا يكفي للعقاب على كل فعل وقع في أي وقت ، وفي أي مكان ، ومن أي شخص ، وإنما يشترط للعقاب على الفعل المجرم أن يكون النص الذي جرمه نافذ المفعول وقت اقتراف الفعل ، وأن

(١) المرحوم الأستاذ عبد القادر عوده في التشريع الجنائي الإسلامي ج ١ ص ١١٠ وقد أشار إلى الأحكام في أصول الأحكام للامد ص ٢١٥ ج ١ ، المستصفي للغزالي ج ١ ص ١٣ .

(٢) الإمام المرحوم محمد أبو زهرة في الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي ج ١ الجريمة ص ٣٧٤ .

(٣) المرجع السابق الإشارة إليه .

(٤) المرجع السابق .

يكون ساريا على المكان الذي افتتف فيه الفعل ، وعلى الشخص الذي افتتفه ، فإذا تخلف شرط من هذه الشروط امتنع العقاب على الفعل المجرم . والأحكام أو النصوص الشرعية يقسمها الفقهاء إلى نوعين : أحكام تكليفية وأحكام وضعية ، والحكم التكليفي هو ما اقتضى طلبه فعل من المكلف أو كفه عن فعل أو تخييره بين فعل والكف عنه (1).

ويسمى تكليفيا لأنه يتضمن الزام المكلف اتيان فعل مثل قوله تعالى ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا ﴾ (2).

والحكم الوضعي : هو ما اقتضى جعل شئ سببا لشئ أو شرط له ، أو مانعا منه ، وقد يشتمل النص الواحد على حكم تكليفي وحكم وضعي في آن واحد وهناك من القواعد الأصولية الأساسية في الشريعة ما يظهر بجلاء أن لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص ، من ذلك أنه " لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص " وأن " الأصل في الأشياء والأفعال الإباحة " (3).

كما أن هناك قاعدة أصولية ثلاثة تبين الشروط الواجب توافرها في المكلف أى الشخص المسئول وهى " لا يكلف شرعا إلا من كان قادرا على فهم دليل التكليف ، وأهلا لما كلف به ، ولا يكلف شرعا إلا بفعل ممكن مقدور للمكلف معلوم له علما يحمله على امتثاله (4).

وهذه القواعد الأصولية التى تقطع بأن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص فى الشريعة الإسلامية لا تستند فيما جاءت به إلى مجرد العقل والمنطق ، كما لا تستند إلى أصول الشريعة العامة التى تأمر بالعدل والإحسان وتحرم الظلم والحييف . وإنما تستند إلى نصوص خاصة صريحة فى هذا المعنى منها قوله تعالى ﴿ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا ﴾ (5).

(1) الأستاذ عودة فى المرجع السابق الإشارة إليه ، الأستاذ عبد الوهاب خلاف فى أصول الفقه ص ٧٤ ، الأحكام فى أصول الأحكام للامدى ج ١ ص ١٨١٧ وما بعدها ، المستصفي للغزالي ج ١ ص ٦٥ وما بعدها .

(2) سورة النساء آية ٥٨ .

(3) يراجع الأحكام فى أصول الأحكام للامدى ، ج ١ ص ١٣٠ وما بعدها ، والمستصفي للغزالي ج ١ ص ٦٣ وما بعدها ، والقاعدة الثانية يأخذ بها أكثر الحنفية والشافعية والقاعدة الأولى يقول بها غيرهم وهم الذين يرون أن الإباحة تستدعى قبيحا والمبيح هو الله تعالى إذا خير بين الفعل وتركه بخطابه فإذا لم يكن خطابا تخيير ولا إباحة فالأفعال عند هؤلاء محظورة ولا مباحة ولا حرج فى إتيانها أو تركها حتى ينص على حظرها أو إباحتها _ وهناك فريق يأخذ بالقاعدة الثانية على أساس أن معنى الإباحة هو أن لا حرج فى إتيان الفعل . وقد كان هذا الخلاف سببا فى وضع هاتين القاعدتين .

(4) أصول الفقه للأستاذ عبد الوهاب خلاف ص ١٧٣ الأستاذ عودة فى المرجع السابق .

(5) سورة الإسراء آية ١٥ .

وقوله تعالى ﴿ وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَىٰ حَتَّىٰ يَبْعَثَ فِي أُمَمٍ رُسُولًا يَتْلُو عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا ﴾ (١).

وقوله تعالى ﴿ لَنُؤْتِيَنَّكَ الْوَيْسُكَ عَلَىٰ النَّاسِ عَلَى اللَّهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ ﴾ (٢).

وقوله تعالى ﴿ لَنُؤْتِيَنَّكَ الْوَيْسُكَ بِهِ وَمَنْ بَلَغَ ﴾ (٣).

وقوله تعالى ﴿ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ﴾ (٤).

إلى غير ذلك من النصوص التي يستدل بها على ذلك . والشرعية في تطبيقها لهذه القاعدة لا تطبقها على غرار واحد في كل الجرائم ، بل إن كيفية التطبيق تختلف بحسب ما إذا كانت الجريمة من جرائم الحدود أو جرائم القصاص والدية ، أو جرائم التعازير . على تفصيل في ذلك يرجع إلى مصادر الفقه الإسلامي .

ويقتضى بقاء الفصل على صورته المجرمة هنا عدم وجود نص مبيح له ، مما سوف نعود إليه بشئ من التفصيل عند بحث رضا المجني عليه كسبب للإباحة في الفقه الإسلامي .

٢- الأركان الخاصة للجريمة :

الأركان الثلاثة المتقدمة هي الأركان العامة التي يجب توافرها بصفة عامة في كل جريمة، ولكن توفر هذه الأركان العامة لا يغني عن وجوب توفر الأركان الخاصة لكل جريمة على حده حتى يمكن العقاب عليها ، كركن الأخذ خفية في السرقة ، وركن الوطاء في جريمة الزنا، وغير ذلك من الأركان الخاصة التي تقوم عليها الجرائم المعينة بذواتها . والأركان العامة واحدة في كل جريمة ، بينما الأركان الخاصة تختلف في عددها ونوعها باختلاف الجريمة وقد جرى الفقهاء الإسلاميون على بحث أركان الجريمة العامة وأركانها الخاصة بمناسبة بحث كل جريمة. وجدير بالملاحظة أن هذه التقسيمات الشرعية لم يقل بها علماء الشريعة الإسلامية تحت باب واحد وإنما وردت في الكتب الشرعية فجمعناها منها وهي لا تختلف في جوهرها عن الأركان في القانون الوضعي .

(١) سورة القصص آية ٥٩ .

(٢) سورة النساء آية ١٦٥ .

(٣) سورة الأنعام آية ١٩ .

(٤) سورة البقرة آية ١٨٦ .

المبحث الثاني

تعريف الجريمة وبيان أركانها في قانون العقوبات الوضعي

أولاً : تعريف الجريمة في قانون العقوبات :

١- في التشريع :

يختلف تعريف الجريمة باختلاف المجال الذي نبحث في نطاقه ، سواء كان ذلك من الناحية الإجتماعية أو القانونية إلى غير ذلك . والذي يعنينا هو تعريف قانون العقوبات للجريمة . وقد جرت أغلب التشريعات الجنائية الحديثة على عدم وضع تعريف عام للجريمة اكتفاء بالنصوص التي تبين مختلف الجرائم^(١) ، وقد سار على نفس النهج قانون العقوبات المصري إذ اكتفي في الباب الثاني من الكتاب الأول ببيان أنواع الجرائم على حسب جسامتها . وحددها بثلاثة أنواع : هي الجنابات والجنح والمخالفات .

وعرف كلا منها بالعقوبات التي وضعها لها .

وذلك خلافا لبعض التشريعات الأخرى التي وضعت تعريفا عاما للجريمة يحدد ماهيتها ويبين نطاقها ومعالمها^(٢) .

وشراح القانون المصري على أن المسلك الغالب في التشريع وهو الذي لم يضع تعريفا عاما للجريمة هو المسلك المحمود^(٣) . بل إنهم واجهوا التشريعات التي انتهجت وضع تعريف عام للجريمة بانتقادات منها ، أنه قد لا يكون التعريف جامعا لكل المعاني المطلوبة في الجريمة ولا مانعا من دخول معان خارجة عن مطلوب الشارع فيغل يد مفسر القانون ومطبقه^(٤) ويحول دون تطور التشريع الجنائي - من وجهة التجريم - بما يتلائم مع ظروف المجتمع وحاجاته . ثم

(١) من هذه التشريعات التشريع السوداني والهندي والإيطالي والفرنسي والعراقي .

(٢) من التشريعات التي وضعت تعريفا عاما للجريمة القانون الأسباني الصادر في سنة ١٩٣٨م مادة ١ ، والقانون البولوني الصادر في سنة ١٩٣٢م مادة ١ ، وقانون المكسيك الصادر في سنة ١٩٣٥م مادة ٧ . والقانون اليوناني الصادر سنة ١٩٥٠م مادة ١٤ . والقانون المجري الصادر سنة ١٩٥٠م مادة ٢٣ ، والقانون الحبشي الصادر سنة ١٩٥٧م مادة ٢٣ . وقانون العقوبات الروسي الصادر سنة ١٩٦٠م مادة ٧ . وكذلك التشريعات الأنجلو ساكسونية والفوانين الأخذة عنها .

(٣) الدكتور على راشد ، الدكتور محمود مصطفى ، الدكتور السيد مصطفى ، محمد كامل مرسى ، جندى عبد الملك ، أحمد الألفي ، عادل عازر ، سمير الجنزوري وغيرهم

(٤) الدكتور السيد مصطفى في كتابه الأحكام العامة في قانون العقوبات ط١٩٥٢م ص٧٦٢ ، الدكتور أحمد عبد العزيز الألفي في شرح قانون العقوبات الليبي ط١٩٦٩ ، الدكتور على راشد في كتاب مبائ التجريم والمسئولية الجنائية ط١٩٥٠م .

أى فائدة ترجى من وضع تعريف عام للجريمة في التشريع حيث أن القانون يحدد كل جريمة على حدة . أخذاً بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات^(١).

ويبدو أنه لا وجه لانتقاد مسلك الشارع في وضع تعريف عام للجريمة . في مجال قانون العقوبات ، حيث أن النص على تعريف عام واسع النطاق للجريمة في ضوء ما تكشف عنه التطبيقات العملية . مستخلصاً مما وصل إليه الفقه من تقدم قانونى لما تطلبه التشريعات الحديثة من حيث التأصيل والتكامل بالجمع بين النظريات العامة ، والأحكام الجزئية التفصيلية ، ثم أنه بهذا يكون متعدد الفائدة . حيث يكون جواباً لأول ما يتبادر إلى ذهن السامع عند ذكر الجريمة . عن ما هى ماهيتها ؟ ثم يكون مرشداً لما يعتبر من السلوك غير المشروع جريمة في مجال قانون العقوبات مميزاً بينها وبين الجريمة في مجال النواحي الأخلاقية والاجتماعية . ومميزاً للفروق الدقيقة بين الجريمة الجنائية وغيرها من الجرائم المدنية والتأديبية . كما تتحدد به أيضاً الأركان العامة للجريمة . ولا تعارض بين ذلك وبين وضع تعريف خاص لكل جريمة من الجرائم يحدد ماهيتها وأركانها الخاصة ويفرق بينها وبين غيرها من الجرائم . بل أن في ذلك تمثيلاً وتأكيداً للأخذ بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات . ووضع تعريف عام للجريمة مع الأخذ بهذه الاعتبارات السابقة سوف يكون متعدد الفائدة كما سبق ومرشداً لا قيدياً يغفل يد مفسر القانون ومطبقه .

وعلى هذا يكون مسلك الشارع في وضع تعريف عام للجريمة في مجال قانون العقوبات هو المسلك المحمود وليس بمنقذ .

٢- في الفقه :

وعلى خلاف ما تقدم نجد شراح القانون غالباً ما يهتمون بصياغة تعريف مستقل للجريمة. ورغم أن محاولاتهم قد انحصرت ، في إطار القانون الوضعي فقد تعددت أساليبهم واختلفت تبعاً لاختلاف مقدرتهم على صياغة تعريف عام في عبارة موجزة واضحة شاملة لجميع الأركان السياسية لفكرة (الجريمة الجنائية) وتمييزها مما قد يشابه معها أو يختلط بها من أفكار أخرى " كالجريمة التأديبية " والجريمة المدنية مثلاً .

ويسلم الشراح بوجوب الاعتداد بالمظهر القانوني في تعريف الجريمة غير أن طائفة منهم تعتمد في تعريفها للجريمة على معيار شكلي بحث كبعض الشراح الإيطاليين مثل ماجورى وبعض الكتاب في إنجلترا الذي يعرف الجريمة بأنها " نشاط أو امتناع يحرمه القانون ويعاقب

(١) الدكتور على راشد ، الدكتور سمير الجوزوري في كتابه مبادئ قانون العقوبات ص ٥٦ .

عليه بعقوبة^(١)، ويرى أيضا بعض الشراح في ألمانيا أن الجريمة " فعل يحرم بنص القانون " ، وتفرق طائفة أخرى من الشراح بين المعيار الشكلي والمعيار الموضوعي في تعريف الجريمة . فيعرفون الجريمة حسب المعيار الشكلي بأنها " الفعل الذي يأتيه إنسان ويخالف به نصا قانونيا ويعاقب على ارتكابه بعقوبة " ، ويعرفونها حسب معيارها الموضوعي بأنها نشاط أو امتناع يسند إلى شخص ويضر بمصلحة يحميها القانون أو يعرضها للخطر " وقد جمعت طائفة بين المعيارين الشكلي والموضوعي في تعريف الجريمة ومن بينهم Currara فعرفوا الجريمة بأنها " مخالفة القانون الذي تصدره الدولة لحماية أمن المواطنين وتتخذ هذه المخالفة شكل سلوك انساني (إيجابيا كان أم سلبيا) يحدث أثرا في العالم الخارجي ويسند قانونا إلى مرتكبه " .

وقد اهتم بعض الكاتبين وعلى الأخص في فرنسا بإبراز العنصر الإرادي في الجريمة فقال: J. Aroux أنها " تعبير عن إرادة إجرامية تأتي فعلا مخالفا للقانون ومعاقبا عليه " .

٣- موقف الشراح في مصر :

يذهب الكثير من الشراح في مصر إلى تعريف الجريمة بأنها " فعل أو امتناع يرتب القانون على ارتكابه عقوبة " (٢) . ويحرص البعض على أن يضيف إلى المعاني المستفادة من هذا التعريف قيما هو " ألا يكون الفعل أو الامتناع قد حصل استعمالا لحق أو أداء لواجب " (٣) . وقد وجه هذا التعريف بكثير من أوجه النقد حيث قيل فيه بأنه اكتفى ببيان الأثر الذي يترتب على الجريمة وهو العقاب دون أن يعنى بتحديد أركانها (٤) . كما أنه لم يبين الأثر الثاني الذي قد يترتب القانون بمناسبة ارتكاب الجريمة وهو التدبير الوقائي حيث أن التشريعات الحديثة كثيرا ما تقرر هذه التدابير حتى بالنسبة للجناة المسؤولين مسئولية جنائية كاملة (٥) .

وقد أورد الدكتور على راشد تعديلا على تعريف الفقيه الإيطالي فرانسوا كرارا للجريمة اعتبره أوفي بالغرض قال فيه أن الجريمة هي " كل عمل خارجي إيجابي أو سلبى نص عليه القانون أو قرر له عقوبة جنائية إذا صدر بغير حق يبيحه عن إنسان مسئول أخلاقيا " وقال إن لهذا التعريف فضلا عن بساطته وإيجازه نسبيا ميزة الانفصاح عن مقومات الجريمة بصفة عامة

(١) دكتور عادل عازر في كتابه " النظرية العامة في ظروف الجريمة " .

(٢) الدكتور محمود مصطفى في شرح قانون العقوبات . القسم العام ط (٦) ١٩٦٤م ص ٣٠ ، الدكتور السعيد مصطفى في الأحكام العامة في قانون العقوبات ط (٤) .

(٣) ويرى الدكتور السعيد مصطفى في مرجعه السابق أن هذا القيد تزيد لا لزوم له لأن الفعل إذا كان استعمالا لحق أو أداء لواجب فلا يوصف بأنه جريمة لانتهاء النص القانوني الذي يقض بالعقاب .

(٤) دكتور سمير الجنزوري في كتابه مبادئ قانون العقوبات ط (١) ١٩٧١م ص ٥٦ .

(٥) أحمد عبدالعزيز الألفي في شرح قانون العقوبات الليبي ط / أولى ١٩٦٩م .

١. أى عن أركانها الأساسية التى لا بد لقيامها من توافرها جميعا كما أنه يساعد على تمييز فكرة الجريمة بصفة عامة ، كما أنه يساعد على تمييز فكرة (الجريمة الجنائية) عن غيرها من المعانى المتشابهة^(١). ويرى أن الجريمة وفقا لما انتهى اليه الفقيه التقليدى هى (العمل فعلا كان أو امتناعا الذي يعطيه القانون ذلك الوصف . ويقرر له عقابا) وأن من الجائز أن نعرف الجريمة قانونا تعريفا عاما بقولنا أنها (الواقعة المنطبقة على أحد نصوص التجريم ، اذا أحدثها إنسان أهلا للمسئولية الجنائية)^(٢).

وكذلك وردت عدة تعريفات أخرى للجريمة ، في كتب بعض الشراح المصريين منها أن الجريمة هى " سلوك غير مشروع سواء كان فعلا أو امتناعا يمكن اسناده لمرتكبه ويقرر له القانون عقوبة أو تدبيرا وقائيا"^(٣). ومنها الجريمة هى " سلوك يكون اعتداء على مصلحة قانونية يأتيه إنسان بالمخالفة لأحكام القانون الذي ينص على تجريمه ويعاقب عليه بعقوبة جنائية "^(٤). كما عرفها البعض الآخر بأنها " فعل غير مشروع صادر عن ارادة جنائية يقرر القانون لها عقابا "^(٥). ونحن نميل مع بعض الشراح إلى الأخذ بهذا التعريف الأخير إذ أنه أقرب إلى الدقة والشمول عن غيره من التعريفات .

ثانياً : أركان الجريمة في قانون العقوبات :

١- الأركان العامة للجريمة :

الجريمة ذات طبيعة مختلطة ولها على الأقل جانبان ، جانب مادي ، يتمثل فيما يصدر عن مرتكبها من أفعال وما يترتب عليها من آثار ، وجانب نفسي ، يتمثل فيما يدور في نفس مرتكبها ، أى ما يتوافر لديه من علم وما يصدر عنه من ارادة . ويعنى ذلك أن الجريمة لا يمكن أن تقوم على ركن واحد ، ويرجع هذا التعدد إلى أن للإنسان _ وهو صانع الجريمة _ كيانا ماديا وكيانا نفسيا ، والجريمة تدور فيهما معا . ويبدوا لأول وهلة أن الجريمة تقوم على ركنين : ركن مادي ، وركن نفسي . ولكن التحليل الدقيق لفكرتها يثبت قيامها على

(١) د. على أحمد راشد في المدخل وأصول النظرية العامة ص ٢٦ ط / الأولى ١٩٧٠ م .

(٢) المرجع السابق .

(٣) دكتور أحمد عبد العزيز الأنفي في المرجع السابق ويرى أن هذا التعريف يكاد يكون مماثلا للتعريف الذي أوردته المادة ١٤ من قانون العقوبات اليوناني . وللتعريف الذي أوردته استيفاني وليفايسير في قانون العقوبات العام ، والاعراءات الجنائية مختصر دالوز ج ١ سنة ١٩٦٦ م ص ٨٨ ، بند ٨٠ .

(٤) د. عادل عازر في كتابه " النظرية العامة في ظروف الجريمة " ط ١٩٦٧ م .

(٥) د . محمود نجيب حسنى في شرح قانون العقوبات - القسم العام ط (٣) ١٩٧٣ م .

أركان ثلاثة (١) هي :

١- الركن الشرعي . ٢- الركن المادي ٣- الركن المعنوي

وقد جرى على ذلك الفقه النيوكلاس ليوجد مقابلة تامة مع مبادئ الشرعية النصية ، ومادية الواقعة الإجرامية وأهلية الجاني لتحمل التبعية الجنائية . وقد سار الفقه التقليدي عندنا ولازال على دراسة " القسم العام " في قانون العقوبات من خلال هذه الأركان الثلاثة ، بحيث أن استعراض هذه الأركان الواحد تلو الآخر مع الشرح أو التحليل يستغرق كل النظريات الرئيسية في ذلك القسم . فضلا عن التشريع الجنائي ذاته من حيث هو تشريع (٢).

ونبين فيما يلي ماهية الأركان الثلاثة العامة للجريمة :

الركن الشرعي (٣):

(١) د. محمود نجيب حسنى . في شرح قانون العقوبات _ القسم العام _ ص ٥٠ ط (٣) ١٩٧٣ م ، د. رمسيس بهنام في النظرية العامة للقانون الجنائي ص ٤٤٨ ط ١٩٦٨ م ، د. السعيد مصطفى السعيد. الأحكام العامة في قانون العقوبات ص ٤٣ ط (٤) ١٩٦٢ م ، د. محمد محي الدين عوض في القانون الجنائي . مبادئه الأساسية ونظرياته العامة في التشريع المصري والسوداني ص ٧٦ ط ١٩٦٣ م .

(٢) د. على راشد في القانون الجنائي " المدخل وأصول النظرية العامة " ص ٢٦٦ ط (١) ١٩٧٠ م ، ويقول في نقد خطة الفقه التقليدي التي تقوم على دراسة القسم العام في قانون العقوبات من خلال هذه الأركان الثلاثة للجريمة " قد تبينا قبل عشرين عاما ما تؤدي إليه هذه الخطة من نتائج لا تتفق مع مقتضيات المنطق العلمي أو الدراسة المنهجية ، فعدلنا عنها وسرنا على خطة مختلفة من شأنها الفصل من جهة بين التشريع الجنائي وبين نظرية الجريمة . والفصل من ناحية أخرى بين هذه النظرية العامة الأصلية والنظريات الفرعية التي تدور حولها مثل نظرية المساهمة الجنائية . ونظرية إباحة الجرائم . والحقيقة عنده أن الأركان العامة القانونية للجريمة وللمسؤولية الجنائية لا تتجاوز اثنين : الركن أو الجانب المادي أو الواقعي وهو ما نسميه " الواقعة الإجرامية " والركن أو الجانب الشخصي أو النفسي وأساسه " الأهلية الجنائية " .

(٣) قدمنا بأن الأركان العامة للجريمة والمسؤولية الجنائية عند الدكتور على راشد لا تتجاوز اثنين ، الركن المادي ويسميه الواقعة الإجرامية . والركن الشخصي أو النفسي وأساسه الأهلية الجنائية ، ولهذا فهو يرى أن ما يقال له " الركن الشرعي " ليس إلا كناية عن النص القانوني الذي يسجل أن تصرفا من التصرفات له صفة الجريمة ويحدد صورة رد الفعل الجنائي الذي يستتبعه إثبات ذلك التصرف ، وذلك عملا بمبدأ " قانونية الجرائم والعقوبات " وهذا المبدأ ليس من طبيعة فكرة الجريمة في ذاتها ، حتى يكون ركن من أركانها العامة لأننا رأينا أنه مجرد ضمانه للحريات الفردية اضطرت بعض الشرائع - وإن كانت الغالبية الساحقة إلى الأخذ بها بصفة مطلقة ، أي بالنسبة لجميع الجرائم ، هذا بينما لم تأخذ بها الشريعة الإسلامية بالنسبة لجرائم التعزير ، كما أن الشرائع الأنجلو أمريكية لا تحتاج إليها إلا بصدد الجرائم المستحدثة ذات الطابع التنظيمي أو الوقائي ، أي في نطاق ما نسميه " التجريم القانون " الذي يتزايد باطراد في المجتمعات المعاصرة - وحتى في ظل نظام " الشرعية النصية " المطلقة - الذي يحكم تشريعنا الجنائي - فإن اعتبار النص القانوني ، الذي يعرف الجريمة ويحدد عقابها ، ركنا عاما من أركانها ، وهو تصوير لا يتسق مع المنطق ، لأن معناه ادخال الأصل في الفرع ، فالنص الجنائي هو الذي يخلق الجريمة " قانونا " ويحدد عناصرها أو أركانها ؟ وفي عبارة أخرى فإننا =

وهو وجود نص قانوني يبين الفعل أو الامتناع المعاقب عليه والعقوبة المقررة له^(١).
أي أن تكون الجريمة وعقوبتها منصوصا عليهما صراحة في القانون وهذا هو مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات^(٢) أو هو بعبارة أخرى "الصفة غير المشروعة للفعل" ويكتسبه إذا توافر له أمران : أحدهما : خضوعه لنص تجريم يقرر فيه القانون عقابا لمن يرتكبه . والثاني : عدم خضوعه لسبب إباحة ، إذ أن انتفاء أسباب الإباحة شرط لئلا يظل الفعل محتفظا بالصفة غير المشروعة التي اكتسبها له نص التجريم^(٣). مما سوف نعود إليه بالتفصيل المناسب عند الكلام عن رضا المجني عليه كسبب للإباحة في الباب التالي .
وهذا التعريف للركن الشرعي خال من الإنتقادات التي وجهت إلى غيره من التعريفات.

الركن المادى :

وهو ما يقع من الجاني من نشاط " إيجابى أو سلبى " معاقب عليه^(٤)، أو هو النشاط الخارجى الذي ينص القانون على تجريمه عملا بمبدأ الشرعية النصية أى قانون الجرائم والعقوبات^(٥) ماديات الجريمة . أن المظهر الذي تبرز به إلى العالم الخارجى . ويقوم الركن المادى عادة على عناصر ثلاثة :

أ: الفصل . ب: النتيجة . ج: علاقة السببية.

فالفعل هو النشاط الإيجابى أو الموقوف السلبى الذي ينسب إلى الجاني ، والنتيجة هى أثره الخارجى الذي يتمثل فيه الاعتداء على حق يحميه القانون ، وعلاقة السببية هى الرابطة التى تصل ما بين الفعل والنتيجة وثبت أن حدوث النتيجة يرجع إلى ارتكاب الفعل^(٦). ولا ريب في أن النشاط المادى هو صلب الجريمة كفكرة قانونية . والمحرك الأول لفكرة المسؤولية الجنائية ، ذلك لأن المبدأ المقرر في الشرائع الجنائية الأوروبية منذ الثورة الجنائية الأولى بزعامة " يكاريا " هو أن التجريم لا يلحق إلا المظاهر المادية الخارجية ، أى التى يمكن لمسها في الحيز الخارجى

= نبهت، في الأركان " القانونية " للجريمة ، فكيف يكون " القانون " الذي يحدد هذه الأركان داخلا فيها ؟ وقد أدى ذلك المنطق بأصحابه فعلا إلى ادخال دراسة التشريع الجنائى كله - من حيث هو تشريع ، فيما يقال له " الركن الشرعى " ، للجريمة ، أى أنه ساقهم إلى ادخال الكل في الجزء .

(١) د . السعيد مصطفى السعيد في المرجع السابق الإشارة إليه ص ٤٣ .

(٢) د. محمد محى الدين عوض في المرجع السابق الإشارة إليه ص ٧٦ .

(٣) د. محمود نجيب حسنى في المرجع السابق الإشارة إليه ص ٢٦٦ .

(٤) د. السعيد مصطفى السعيد في المرجع السابق الإشارة إليه ص ٤٣ .

(٥) د. على راشد في المرجع السابق الإشارة إليه ص ٢٦٧ .

(٦) د. محمود نجيب حسنى في المرجع السابق الإشارة إليه ص ٥١ .

على وجه من الوجوه (١).

الركن المعنوي : (ويسمى بالركن الأدبي أو الشخصي)

وهو الإرادة التي يفتقر بها الفعل . سواء اتخذت صورة القصد الجنائي . وحينئذ توصف الجريمة بأنها عمدية ، أو اتخذت صورة الخطأ العمدى ، وعندئذ توصف الجريمة بأنها غير عمدية^(٢). فالركن الأدبي هو تعبير عن المسلك " الذهني الإجرامى " اللازم توافره لاكمال فكرة الجريمة قانونا عندما يكون المجرم إنسانا مميزا كما هو الغرض أصلا فيمن يخاطبه القانون الجنائي . فإن الجريمة في هذا الفرض العادى لا تكتمل _ من حيث هي فكرة قانونية _ والمسؤولية الجنائية لا تتحقق ، بمجرد وقوع النشاط المادى أو الواقعة الإجرامية . بل لا بد فوق ذلك من أن تكون هذه الواقعة مظهرا لإرادة إجرامية . أى أن يكون " المجرم " قد أرادها عامدا أو مخطئا من غير عمد فالعمد . ويقال له أيضا " القصد الجنائي " و " الخطأ غير العمدى " هما صورتا المسلك الذهني الإجرامى ، أو الركن المعنوي^(٣).

٢- الأركان الخاصة للجريمة :

فضلا عن الأركان العامة السابقة التي يجب توافرها لكل جريمة فإذا انتفى أحدهما فلا جريمة على الإطلاق ، فإن لكل جريمة على حده أركانها خاصة بها تميزها عما عداها من الجرائم، فمثلا جريمة القتل العمد لها أركان خاصة هي : كون المجني عليه حيا وقت الجريمة ، وفعل الاعتداء على الحياة الذي تترتب عليه الوفاة ، والقصد الجنائي الذي يتطلب نية ازهاق الروح ، وأركان السرقة هي : كون المال منقولاً مملوكاً للغير ، وفعل الاختلاس ، والقصد الجنائي الذي يتطلب نية التملك . ويرى البعض^(٤) أن الأركان الخاصة لا تعد وغير أن تكون مجرد تطبيق للأركان العامة على جريمة معينة . فتطلب كون المجني عليه في القتل العمدى حيا وقت الجريمة يتصل بالركن الشرعى للجريمة باعتبار أن علة إسباغ الصفة غير المشروعة

(١) د. على راشد في المرجع السابق . ويرى أن وصف هذا النشاط الخارجى بالركن المادى تعوزه الدقة ويعلل ذلك بأن الجريمة كما يعرفها النص الجنائي كثيرا ما تتضمن " عناصر خاصة " غير مادية كاشتراط ظرف معين في محل الجريمة مثل كون المال المسروق ملكا للغير في جريمة السرقة _ أو اشتراط صفة خاصة بالجاني مثل صفة الموظف في جريمة الرشوة ، فكيف تدخل مثل تلك الظروف والصفات تحت وصف " الركن المادى " للجريمة ؟ ويقول سيادته : لهذا السبب فضلنا منذ زمن بعيد الكلام على " الواقعة الإجرامية " التي تعبر في أن واحد عن " الركن الواقعى للجريمة " وهي مضمون مبدأ القانونية ، لأنها تعنى النشاط الخارجى _ الذي نص القانون على تجريمه _ بكل عناصره المادية وغير المادية .

(٢) د. محمود نجيب حسنى في المرجع السابق الإشارة إليه .

(٣) د. على راشد في المرجع السابق الإشارة إليه ص ١٦٧ .

(٤) د. محمود نجيب حسنى في المرجع السابق الإشارة إليه ص ٥٢ .

على فعل الجاني أنه عدوان على الحياة ، ومن ثم كان متعينا بثبوت الاعتداء على الحياة وتحقق الوفاة نتيجة له فذلك هو الركن المادى للقتل . وبالنسبة للقصد الجنائي وما يتصل به من تطلب نية ازهاق الروح فذلك هو الركن المعنوى لجريمة القتل العمد .

المبحث الثالث

في الموازنة بين تعريف الجريمة وبيان أركانها

في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الوضعي

وبالموازنة بين التعريف السابق للجريمة في الشريعة الإسلامية وتعريفها بأنها " فعل أو امتناع يرتب القانون على ارتكابه عقوبة " وهو التعريف الغالب لدى شراح القانون في مصر ^(١) نجد أن التعريفين متلاقين في الجملة ^(٢) بل ونستطيع أن نقول أنهما يتفقان تمام الاتفاق ^(٣) . فلا يعتبر الفعل أو الترك جريمة إلا إذا كان معاقبا عليه فيهما . وقد تكون هناك بعض الفروق بالنظر إلى الظاهر . منها أن عقوبات التعزير غير محددة بالنص في الفقه الإسلامي بل تركه لولى الأمر - بما خوله الله تعالى من سلطان في الأرض - سلطة تقديرها فيسن من العقوبات ما يراه رادعا للناس . وماتعا من الفساد ، ودافعا للضرر وذلك مما له أصل في الكتاب والسنة ومنه قواه تعالى " ولا تعثوا في الأرض مفسدين " وقوله ﷺ " لا ضرر ولا ضرار " .

كما أن كل جريمة جنائية في الشريعة حيث أن اللفظين مترادفان لمداول واحد . وليس كذلك في قانون العقوبات الوضعي حيث لا يطلق لفظ جنائية إلا على الفعل الذي تكون عقوبته الإعدام أو الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة أو السجن . وما عدا ذلك من الجرائم قد يكون جنحة أو مخالفة . فالجنائية هي الجريمة في الفقه الإسلامي وهي قسم من أقسام الجريمة في قانون العقوبات .

والشريعة حين لم تفرق بين جريمة جنائية وأخرى تأديبية مما يتمتع معه محاكمة الشخص مرتين على فعل واحد .

بل مما قد يؤدي إليه ذلك من توقيع عقوبتين مختلفتين على شخص واحد جزاء على فعل واحد . حيث لا يمنع الحكم ببراءته في احدهما من مواصلة سير إجراءات المحاكمة في الثانية

(١) دكتور محمود مصطفى ، الدكتور السعيد مصطفى ، دكتور على بدوي ، جندى عبد الملك .

(٢) فضيلة المرحوم الأستاذ أبو زهرة في كتابه الجريمة ص ٢٤ .

(٣) الأستاذ عوده ج ١ ص ٦٧ .

وما يتبع ذلك من تبسيط في الإجراءات وتقليل في المحاكمات . دون أن يحول ذلك من توقيف العقوبة التي تتلاءم مع شخصية المتهم والجريمة المنسوبة إليه كانت أكثر تمشيا مع المنطق وانطباقا على القواعد التشريعية الحديثة .

وبالنسبة للأركان العامة للجريمة وجدنا أن هناك اتفاقا بين ما انتهى إليه القانون الوضعي في ذلك . وما هو مسلك الشارع الإسلامي فيه منذ أكثر من ثلاثة عشر قرنا . وما يعترض به من أن الشريعة الإسلامية لم تأخذ مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات بالنسبة للتعازير فذلك مردود عليه بأن الحقيقة في ذلك أنه لا جريمة ولا عقوبة بلا دليل في التعزير^(١) يوضح ذلك بالنسبة لكون أن لا عقوبة من غير نص في التعزيرات أن العقوبات المقدرة جعلت أساسا لتبنى عليه العقوبات غير المقدرة . وإن كانت الشريعة قد تركت لأولى الأمر في الأمة أن يحرروا ما يرون بحسب الظروف أنه ضار بصالح الجماعة أو أمنها أو نظامها ، فإنها لم تترك لهم حرية مطلقة فيها يحلون أو يحرمون بل أوجبت أن يكون ذلك متفقا مع نصوص الشريعة ومبادئها العامة وروحها التشريعية .

فالشريعة طبقت قاعدة أن لا جريمة ولا عقوبة بغير نص في جرائم التعازير أيضا . ولكن ليس على الوجه الذي طبقتها به على جرائم الحدود ، أو جرائم القصاص والدية ، ولم تنقيد بالحدود الضيقة التي قيدت بها تطبيق القاعدة في تلك الجرائم . وإنما توسعت الشريعة في تطبيق القاعدة على جرائم التعازير إلى حد ما ، لأن المصلحة العامة وطبيعة التعزير تقتضي هذا التوسع الذي جاء على حساب العقوبة في أغلب الأحوال ، وعلى حساب الجريمة في القليل النادر . وقد جاء التوسع على حساب العقوبة ، لأنه لا يشترط في جرائم التعازير أن يكون لكل جريمة عقوبة معينة محددة يتقيد بها القاضى كما هو الحال في جرائم الحدود أو جرائم القصاص والدية ، فللقاضى أن يختار لكل جريمة ولكل مجرم العقوبة الملائمة من مجموعة من العقوبات شرعت لعقاب الجرائم التعزيرية كلها . وللقاضى أن يخفف العقوبة أو يغلظها . وجاء التوسع على حساب الجريمة ، لأنه يجوز في بعض الجرائم التي تمتاز بصفات معينة أن لا ينص على الجريمة بحيث يعينها النص تعيينا كافيا ، بل يكفي أن ينص عليها بوجه عام .

(١) الإمام المرحوم محمد أبو زهرة في المرجع السابق الإشارة إليه ص ١٩٢ .

الفصل الثاني

تعريف العقوبة وبيان أنواعها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

ويشتمل على ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : تعريف العقوبة وبيان أنواعها في الفقه الجنائي الإسلامي .

المبحث الثاني : تعريف العقوبة وبيان أنواعها في قانون العقوبات الوضعي .

المبحث الثالث : في الموازنة بين تعريف العقوبة وبيان أنواعها في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي .

الفصل الثاني

تعريف العقوبة وبيان أنواعها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

المبحث الأول

تعريف العقوبة وبيان أنواعها في الفقه الإسلامي

أولاً : تعريف العقوبة في الفقه الإسلامي :

العقوبة هي " الجزاء المقرر لمصلحة الجماعة على عصيان أمر الشارع ^(١) وقد فرض الله تعالى هذا الجزاء على من عصاه منعا للفساد في الأرض وحماية لمصالح الجماعة . إذ بالعقوبة ينصلح حال الأفراد وينزجر الناس عن اقتراف الجرائم فيمتنع الفساد في الأرض . وفي ذلك حماية للمجتمع من الفساد وصيانة لمصالحه الحقيقية وإصلاح لحاله . واستقرار وثبات لدعائمه ونظمه .

والعقوبة وإن شرعت أساساً للمصلحة العامة لكنها أذى يصيب من وقع عليه العقاب . فهي في ظاهرها مفسدة وضار ولكن الشارع أوجبها لأنه تؤدي إلى مصالح الجماعة الحقيقية وإلى حماية هذه المصالح إذ به تدفع المفساد _ ودفع الفساد في ذاته مصلحة حقيقية ، بل إن دفع الضرر مقدم في الشريعة على جلب المنفعة . وفي ذلك يقول عز الدين بن عبد السلام " ربما كانت أسباب المصالح مفسدة ، فيؤمر بها أو تنابح ، لا لكونها مفسدة ، بل لكونها مؤدية إلى المصالح ، وذلك كقطع الأيدي المتأكلة حفظاً للأرواح . وكالمخاطرة بالأرواح في الجهاد . وكذلك العقوبات الشرعية كلها _ ليست مطلوبة لكونها مفسدة _ بل لكون المصلحة هي المقصودة من شرعها . كقطع يد السارق ، وقاطع الطريق ، وقتل الجناة ، ورمم الزناة وجلدهم وتغريبهم . وكذلك التعزيرات كلها مفسدة أو جبتها الشرع لتحصيل ما رتب عليها من المصالح الحقيقية وتسميتها بالمصالح من قبيل المجاز بتسمية السبب باسم المسبب ^(٢) .

ولكي تحقق العقوبة الغرض المقصود منها وهو إصلاح الأفراد وحماية الجماعة وصيانة نظامها وجب أن تقوم على عدة أصول أوردها الأستاذ عبد القادر عودة في الآتي :

(١) التشريع الجنائي الإسلامي للأستاذ عبد القادر عودة ج ١ ، ص ٦٠٩ .

(٢) القواعد الكبرى ج ١ ص ١٢ .

١- أن تكون العقوبة بحيث تمنع الكافه عن الجريمة قبل وقوعها ، فإذا ما وقعت الجريمة كانت العقوبة بحيث تؤدب الجاني على جنايته وترجر غيره عن التشبه به ، وسلوك طريقه . وفي هذا يقول بعض الفقهاء عن العقوبات " إنها موانع قبل الفعل زواج بعده " . أى العلم بشرعيتها يمنع الإقدام على الفعل وإيقاعها بعده يمنع العودة إليه (١).

٢- إن حد العقوبة هو حاجة الجماعة ومصلحتها . فإذا اقتضت مصلحة الجماعة التشدد شددت العقوبة وإذا اقتضت مصلحة الجماعة التخفيف خففت العقوبة . فلا يصح أن تزيد العقوبة أو تقل عن حاجة الجماعة (٢).

٣- إذا اقتضت حماية الجماعة من شر المجرم استئصاله منها أو حبس شره عنها . وجب أن تكون العقوبة هي قتل المجرم أو حبسه عن الجماعة حتى يموت مالم يتب أو ينصلح حاله (٣).

٤- إن كل عقوبة تؤدي لصلاح الأفراد وحماية الجماعة هي عقوبة مشروعة فلا ينبغي الاقتصار على عقوبات معينة دون غيرها (٤).

٥- إن تأديب المجرم ليس معناه الانتقام منه ، وإنما استصلاحه . والعقوبات على اختلاف أنواعها تتفق كما يقول بعض الفقهاء في أنها " تأديب واستصلاح وزجر يختلف بحسب اختلاف الذنب (٥) والعقوبات " إنما شرعت رحمة من الله تعالى بعباده فهي صادرة عن رحمة الخلق وإرادة الإحسان إليهم ولهذا ينبغي لمن يعاقب الناس على ذنوبهم أن يقصد بذلك الإحسان إليهم والرحمة بهم ، كما يقصد الوالد تأديب ولده وكما يقصد الطبيب معالجة المريض (٦). ويلاحظ في التأديب أنه يختلف باختلاف الأشخاص . فتأديب أهل الصيانة أخف من تأديب أهل البذاء

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١١٢ .

(٢) الأحكام السلطانية ص ٢٠٦ ، شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٢ ، ٢١٥ ، تبصرة الحكام ج ٢ ص ٢٦٠ وما بعدها ، الإقناع ج ٤ ص ٢٦٨ وما بعدها .

(٣) الإقناع ج ٤ ص ٢٧١ ، ٢٧٢ ، حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٤٨٠ ، ج ٣ ص ٥٩ ، ٢٦٠ ، اختبارات ابن تيمية ص ١٧٨ وما بعدها .

(٤) المراجع السابق الإشارة إليها .

(٥) الأحكام السلطانية ص ٢٠٥ ، ٢٠٦ .

(٦) اختبارات ابن تيمية ص ١٧١ .

والسفاهة ، لقول النبي ﷺ " أقبلوا ذوى الهيئات عثراتهم^(١) " ولأن المقصود من التأديب الزجر عن الجريمة . وأحوال الناس مختلفة فيه فمنهم من ينزجر بالنصيحة ، ومنهم من يحتاج إلى اللطمة وإلى الضرب ، ومنهم من يحتاج إلى الحبس^(٢) .

ثانيا : أنواع العقوبات في الفقه الإسلامي :

تختلف أنواع العقوبات في الفقه الإسلامي وتتعدد أقسامها باختلاف وتعدد وجهات النظر إليها . فمن حيث جسامة العقوبات النسبية وعدم جسامتها تختلف العقوبة قوة وضعفا باختلاف قوة الاعتداء على المصالح المعتبرة في الشريعة الإسلامية وضعفه - وتسير معه العقوبة سيرا مطردا فتكبر لكبر الاعتداء وتضعف بضعفه^(٣) . وهى في هذا تنقسم إلى :

- ١- عقوبات لحماية الدين ، كعقوبة الردة والزندقة ونشر البدع .
 - ٢- عقوبات لحماية الأنفس ، كالقصاص بكل ضروبه .
 - ٣- عقوبات لحماية الأموال ، كعقوبة السرقة وما دونها .
 - ٤- عقوبات لحماية النسل ، كحد الزنى وما دونه .
 - ٥- عقوبات لحماية العقل ، كحد الشرب وما دونه من عقوبات .
- كما أن عقوبات كل قسم من هذه الأقسام تتفاوت مقاديرها بتفاوت قوة الاعتداء فيها أيضا . فالعقوبة بسبب الاعتداء على ما هو ضرورى أقواها وتليه عقوبة الاعتداء على الحاجى ودونها عقوبة الاعتداء على التحسينى . والضرورى ما لا يمكن الحياة بدونه . أو يكون في نقصه نقص من أمر ضرورى للإنسان . والحاجى ما يمكن معه الحياة ولكن بضيق - التحسينى ما يمكن معه الحياة من غير ضيق ، ولكن يفقده المرء جزءا من سعادته أو هناءه أو كرامته^(٤) . فعقوبة الزنى أقوى من عقوبة الفذف . والأخيرة أقوى من عقوبة التعريض بما يחדش الكرامة . وقد نعود بشئ من التفصيل في ذلك بإذن الله عند الكلام عن المصالح المحمية في الشريعة الإسلامية والحماية الجنائية لها .

وبالنظر إلى العقوبة من حيث سلطة القاضى في تقديرها نجد أنها تنقسم إلى :

(١) الأحكام السلطانية ص ٢٠٦ .

(٢) شرح فتح الغدير ج ٤ ص ٢١٢ .

(٣) فضيلة الأستاذ المرحوم محمد ابو زهرة في العقوبة ص ٦٤ .

(٤) المرجع السابق ص ٦٥ .

١- عقوبات ذات حد واحد . وهى التى لا يستطيع القاضى أن ينقص منها أو يزيد فيها ، كالجلد المقرر حدا^(١).

٢- عقوبات ذات حدين : أدنى وأعلى وللقاضى أن يختار من بينهما العذر المناسب كالحبس والجلد في عقوبات التعاذير .

كما تنقسم العقوبات بالنظر إلى الرابطة القائمة بينهما إلى أربعة أقسام هى :

١- عقوبات أصلية : وهى العقوبات المقررة أصلاً للجريمة ، وجاء الشرع بتعيين نوعها وتحديد مقدارها ولا يصح العدول عنها إلى غيرها إلا لسبب يقره الشارع الإسلامى .

٢- عقوبات بدلية : وهى العقوبات التى تحل محل عقوبة أصلية عند امتناع تطبيق الأخيرة لسبب شرعى .

٣- عقوبات تبعية : وهى العقوبات التى تطبق على الجاني تبعاً بناء على الحكم عليه بعقوبة أصلية دون حاجة إلى النطق بها .

٤- عقوبات تكميلية : وهى العقوبات التى تصيب الجاني بناء على الحكم عليه بالعقوبة الأصلية ، بشرط أن يحكم بالعقوبة التكميلية . وبالنظر إلى العقوبات من حيث وجوب الحكم بها نجدها تنقسم إلى :

(١) عقوبات مقدرة أو لازمة : وهى العقوبات التى عين الشارع نوعها وحدود مقدارها ، وألزم القاضى الحكم بها عند إثبات ما يوجبها دون إنقاص منها أو زيادة فيها أو استبدالها بعقوبة أخرى . كما أن ولى الأمر ليس له حق إسقاطها أو العفو عنها كعقوبات الحدود .

(٢) عقوبات غير مقدرة : وتسمى أيضاً بالعقوبات المخيرة . وهى العقوبات التى للقاضى حق اختيار من بين مجموعة من العقوبات وللحاكم تحديد قدرها حسب ما يراه من ظروف الجريمة وحال المجرم .

كما تنقسم العقوبات بالنظر إليها من حيث محلها إلى :

١- عقوبات بدنية : وهى العقوبات التى توقع على جسم الإنسان كالقتل والجلد .

٢- عقوبات نفسية : وهى العقوبات التى توقع على نفس الإنسان دون جسمه كالنصح والتوبيخ والتهديد .

٣- عقوبات مالية : وهى التى تصيب مال الشخصى ، كالدية والغرامة والمصادرة .

كما تنقسم العقوبات بالنظر إلى الجرائم التى فرضت عليها إلى :

(١) الأستاذ عبد القادر عوده في التشريع الجنائى الإسلامى ج ١ ص ٦٣٣ .

- ١) عقوبات الحدود .
- ٢) عقوبات القصاص والدية .
- ٣) عقوبات الكفارات .
- ٤) عقوبات التعازير .

ويرجع في تفصيل ذلك كله إلى ما نثرى به كتب الفقه الإسلامي .

المبحث الثانى

تعريف العقوبة وبيان أنواعها في قانون العقوبات الوضعى

أولاً : تعريف العقوبة في قانون العقوبات :

يعرف الشراح المصريون العقوبة بتعريفات متعددة^(١) ونظرا لأنها في النهاية تلتقى وتتفق حول تحديد العناصر الأساسية للعقوبة _ فقد أخذنا منها أن العقوبة بصفة عامة هى "الجزاء الذي يقرره القانون باسم الجماعة ولصالحها ضد من تثبت مسؤوليته عن جريمة من الجرائم التي ينص عليها"^(٢)

فالعقوبة من حيث هى جزاء تتميز بأنها في جوهرها إيلام وأذى للجاني نتيجة مخالفة نهى القانون أو أمره وهذا الأذى قد يصيب المجرم في جسمه أو ماله أو حقوقه أو شرفه . وذلك بانتقاصه حقا من حقوقه الذي لم يعد صالحا لاستعماله باعتدائه على حقوق الآخرين فاستحق هذا الإيلام لذلك .

والأذى الذي يتضمنه الجزاء ليس هو المقصود النهائي من العقوبة ، بل يهدف القانون بحماية مصالح المجتمع وسلامة أفراده بمكافحة الجريمة . وذلك بتوقيع الجزاء الذي قد يصل إلى حد استئصال الجاني بسنبيه حق الحياة استمرارا لحياة الآخرين وضمانا لعدم الاعتداء على حقوقهم . ويتضح من تعريف العقوبة أنها توقع عن طريق القضاء باسم المجتمع ولصالحه ، وعلى من تثبت مسؤوليته فعلا عن ارتكاب الجريمة .

التمييز بين العقوبة وغيرها من الإجراءات القسرية :

(١) عرفها الدكتور محمود مصطفى في كتابه شرح قانون العقوبات _ القسم العام _ بأنها " جزاء يوقع باسم المجتمع تنفيذا لحكم قضائي على من تثبت مسؤوليته عن الجريمة " ، والدكتور السعيد مصطفى بأنها " الجزاء الذي يفرضه القانون لمصلحة الهيئة الاجتماعية على كل من يثبت ارتكابه جريمة " ، والأستاذ جندى عيد الملك موسوعة ج ٥ ص ٧ بأنها " الجزاء الذي يوقع على مرتكب الجريمة لمصلحة الهيئة الاجتماعية " والدكتور رمسيس بهنام في كتابه النظرية العامة للقانون الجنائي ط ١٩٦٨ م ص ٣٩ بأنها " انتقاص من حقوق قانونية للإنسان تنزله سلطة القضاء بمن سلك سلوكا يحذره قانون العقوبات "

(٢) الدكتور على راشد في كتابه الموجز .

والعقوبة بالمعنى السابق تتميز عن غيرها من الإجراءات القسرية ، التى تتخذ ضد المتهم كإجراءات التحقيق والتدابير الاحترازية . والإلتزام والتعويض _ والأجزية التأديبية والإجراءات الإدارية والبوليسيةالخ .

وسوف نعرض بإيجاز لمقارنة العقوبة ببعض هذه الإجراءات . وبيان الأثر الذي يترتب على ذلك .

العقوبة والتعويض : العقوبة والتعويض يتفقان في أن كليهما أذى يصيب المحكوم عليه نتيجة سلوك غير مشروع وهما يتضمنان معنى الإكراه . والغاية منهما حماية مصالح المجتمع بمكافحة الجريمة .

ويختلفان من عدة وجوه أساسية أهمها :

١- أن العقوبة تقع باسم المجتمع كافة . ولا يتوقف استيفائها من الجاني على إذن من المجني عليه ، كما أنها لا تتأثر برضاه أو عفو . ومن أجل ذلك فإن النية العامة هى التى تقوم باستيفائها وعلى العكس من ذلك التعويض فهو مقرر لمصلحة شخص المضرور ولا يستحق إلا بطلبه كما أنه يسقط بتنازله عنه .

٢- كما أنهما يختلفان في جوهرهما . فالألم في العقوبة مقصود لذاته ، ونظرا لأنه يصيب النفس والمال والحرية ، فهو أشد أثرا وأكثر تنويعا ، كما أنه يصادف محلا في الناس عامة . أما التعويض فالحصد به جبر الضرر الناتج عن فعل المتهم دون قصد الإيذاء ويختلف تأثيره في الناس باختلاف قدرة الملزم بالتعويض على أدائه .

٣- وأيضاً يختلفان في أن العقوبة لها طابعها الفردى الشخصى المحض أما التعويض فقد يلزم به شخص غير الفاعل كما أنه منوط بالضرر .

العقوبة والجزاء التأديبي : الجزاء التأديبي أقرب إلى معنى العقوبة من التعويض . ذلك لأن العقوبة والجزاء التأديبي يتفقان في أن كلا منهما يقوم على القهر وليس مقصودا به جبر الضرر كما هو الشأن في التعويض . إلا أن العقوبة والجزاء التأديبي يختلفان من وجوه منها : أن العقوبة مقرر لحماية مصلحة المجموع كافة وهى جزاء مفروض لمخالفة أمر أو نهى موجه للكافة . أما الجزاء التأديبي فهو مقرر لمخالفة ما يأمر به أو ينهى عنه قانون طائفة أو مهنة ولا يوقع إلا على من ينتمى إلى هذه الطائفة أو المهنة لحماية مصالحها _ كما أن العقوبة بالمعنى المتقدم توقعها الدولة دائما بوساطة الهيئات المنظمة لذلك ، بوصفها صاحبة الولاية العامة ، أما الجزاء التأديبي فقد توقعه هيئات عامة أخرى على من ينتمون إليها .

وأهم هذه التقسيمات هي :

١) تقسيم العقوبات من حيث جسامتها إلى عقوبات جنائيات وعقوبات جنح وعقوبات مخالفات .

٢) تقسيمها من حيث أصلاتها أو تبعيتها إلى أصلية وتبعية وتكميلية .

٣) تقسيمها من حيث مدتها إلى مؤبدة ومؤقتة .

٤) وأخيرا تنقسم من حيث أهميتها كجزاء للجريمة وأثرها في الإيذاء وما تصيبه من حقوق في المحكوم عليه إلى بدنية ، ومقيدة للحرية ، وسالبة للحقوق ، ومالية ، وماسة بالاعتبار .

المبحث الثالث

في الموازنة بين تعريف العقوبة وأنواعها في القانون الإسلامي والقانون الوضعي .

لا خلاف بين تعريف العقوبة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، كما أن الغرض منها فيهما واحد، وبالموازنة بين نظرية العقوبة عموما في الشريعة الإسلامية والنظريات المختلفة المقابلة لها في القوانين الوضعية ، نلمس بوضوح أن الشريعة في تنظيمها للعقوبة منذ القرن السابع الميلادي قد جمعت بين النظريات الحديثة المختلفة المتعددة للعقوبة في القانون الوضعي . والتي بدأ ظهورها في القرن الثامن عشر ، على لسان روسو وبنيتام وبيكاريا وكانت وغيرهم . إذ أن العقوبة في الشريعة إنما شرعت لإصلاح الفرد ومنفعة الجماعة وحمايتها من الجريمة وتمكينها من الدفاع عن نفسها ضد الإجرام مراعية في سبيل ذلك مقتضيات العدالة والمصلحة معا . بأن لا تزيد العقوبة عن حاجة الجماعة كما أنها لا تقل عنها كما أن الشريعة اعتبرت شخص المتهم وظروفه في تحديد العقوبة قصداً إلى استصلاح الجاني والرحمة به والإحسان إليه . وإذا كانت القوانين الوضعية قد توصلت أخيراً وتطورت نظريات العقوبة فيها منذ قرنين إلى ما يقارب نظرية العقوبة في الشريعة . وهي نظرية علمية فنية تامة التكوين بما يسبق تطور نظريات العقوبة في القوانين الوضعية بأحد عشر قرناً . فهي مع ذلك قد تنزهت عن العيوب التي شابت النظريات الوضعية . وسلمت من الإنتقادات التي وجهت إليها . والأمل أن يستمر هذا التطور في القوانين الوضعية حتى تسير العقوبة في مستقبلها القريب أو البعيد في النطاق الذي تسير فيه العقوبة في الشريعة .

وإذا كان هناك اتفاق بين الشريعة والقانون حول المبادئ والأصول التي تقوم عليها العقوبة . فليس معنى ذلك عدم الخلاف مطلقاً بين النظريتين . وإنما يتضح الخلاف في الكيفية التي تطبقت بها هذه المبادئ . والحدود التي تطبق فيها^(١) . فبالرغم من أن الشريعة تطبق كل البادئ التي تعترف بها القوانين الوضعية إلا أنها لم تجمع بينها في كل العقوبات ، ولم تسو بينها في كل الجرائم .

والعقوبات في الشريعة الإسلامية منذ نشأتها للتأديب والزرع . قصداً إلى حماية المجتمع . كما أن الإنسان الحي هو موطن المسؤولية الجنائية فيها منذ نشأتها .

(١) عوده ج ١ ص ٦٢٨ .

ولا يفوتنا أن القانون الوضعي كان حتى القرن الثامن عشر قانوناً وحشياً ، بعيداً عن أفق الإنسانية فكان يحاكم الأحياء والأموات والحيوان والجماد وينزل بالجميع عقوبات شتى قائمة على التمثيل والتشهير . حتى أخذ في القرن الثامن عشر بأول مبدأ من مبادئ الشريعة الإسلامية إذ أصبحت العقوبة فيه قائمة على أساس التأديب والزجر بقصد حماية المجتمع (1).

هذا بالإضافة إلى أن الشريعة قد تضمنت أحكاماً لكل أفعال البشر ما ظهر منها وما بطن . فكانت فيها العقوبات الدنيوية التي تطبق على الظاهر من الأفعال التي أمكن التثبت منها وتحديد مسئولية الفاعلين لها . وكذلك عقوبات أخروية لما بطن من الأمور ، وما لم يكن اثباته منها فلم ينل الفاعل عقوبة عليه في الدنيا . فهي بهذا دين في أحكامها . وقانون في تنظيم العلاقات بين أحوالها . وينفذ بحكم القضاء . ومن ناحية كونها ديناً تحكم على ما يخفي من الأفعال وما يظهر . وتحكم على الأفعال بنياتها ومقاصدها (2).

فمرتكب الجريمة مأخوذ لا محالة بما ارتكب في الشريعة الإسلامية ، إما بتوقيع العقوبة عليه في الدنيا إن أمكن اثبات الجريمة عليه أمام القضاء أو بمؤاخذته عليها في الآخرة بلا ريب أمام الله . إن استطاع النجاة في الدنيا ولا يخفي ما يؤدي إليه اتصال الشريعة بالضمير الإنساني . وارتباط الحكم الدنيوي بالضمير الديني من احساس المؤمن دائماً بأنه في رقابة مستمرة . وإنه إن استطاع بحنكة وشيطانه الخفية عن الناس والنجاة في الدنيا ، فلن يستطيع الهرب من رقابة الله وعلمه الذي لا تخفي عليه خافية ، سبحانه الذي يعلم خائنة الأعين وما تخفي الصدور وفي بقضة الضمير وقاية للنفس من الشرور وصيانة لها من الميالك والسقوط . وقضاء على عوامل الجوفة والحقد والأثنية ، مما يؤدي في النهاية إلى حماية المجتمع من شرور الجريمة .

وأخيراً فإن نظرة واحدة إلى حال الجماعات في عصور طبقت فيها عقوبات الشريعة الإسلامية في عصر الرسول ﷺ وعصور الراحلين والحكام العادلين بعده وما سرى في ربوعها من أمن وعدالة وطمأنينة وما عليه المجتمعات التي تطبق عقوبات البشر الوضعية الآن يجعل العاقل يشعر بالفجوة العظمى . ويتمسك بتلابيب الشريعة الإسلامية مطبقاً أحكامها .

(1) عوده ج ١ ص ٦٢٨ .

(2) فضيلة المرحوم الأستاذ أبو زهرة في العقوبة ص ٥٧ .

الفصل الثالث

تحديد المجني عليه في الفقه الجنائي الإسلامي وقانون العقوبات الوضعي

ويشتمل على ثلاثة مباحث :

- المبحث الأول : تحديد المجني عليه في الفقه الجنائي الإسلامي .
- المبحث الثاني : تحديد المجني عليه في قانون العقوبات الوضعي .
- المبحث الثالث : في الموازنة بين تحديد المجني عليه في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي .

الفصل الثالث

تحديد المجني عليه في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الوضعي

المبحث الأول : تحديد المجني عليه في الفقه الإسلامي

أولاً : من يصلح أن يكون مجنيا عليه في الفقه الإسلامي :
تستلزم الشريعة الإسلامية في الجاني أن يكون مدركاً مختاراً أى أهلاً للمسئولية الجنائية وبذلك يمكن أن يسأل عن الجريمة ويؤخذ بها لعصيانه أمر الشارع ، وأوامر الشارع لا يخاطب بها إلا كل مدرك مختار .

أما المجني عليه فهو الطرف السلبي في الجريمة وليس بمسئول عن فعل الاعتداء بل هو معتدى عليه فيها . وقد اكتسب بهذا الاعتداء حقاً قبل الجاني . وقد يكون صاحب الحق ليس بمدرك ولا مختار ، بل يكفي فيه أن يكون أهلاً لاكتساب الحقوق . فالمجني عليه في الفقه الإسلامي هو من وقعت الجناية على نفسه أو على ماله أو على حق من حقوقه . ولا يستلزم ذلك أن يكون مدركاً مختاراً^(١).

ويتعين لتحديد المجني عليه في جريمة ما من الجرائم تعيين صاحب الحق الناشئ عن هذه الجريمة وقد قسمت الشريعة الحقوق الناشئة عن الجريمة إلى قسمين : أولهما : حقوق الله تعالى . وتنشأ عن الجرائم التي تمس مصالح الجماعة ونظامها . ثانيهما : حقوق للأدميين . وتنشأ عن الجرائم التي تمس الأفراد وحقوقهم . وسوف نعود إلى تفصيل ذلك بالقدر المناسب في حينه بإذن الله تعالى .

ومن هذا يصح أن يكون المجني عليه إنساناً سواء كان مميزاً أو غير مميز عاقلاً أو مجنوناً طالما أنه أهل لاكتساب الحقوق كما أنه يصح أن يكون المجني عليه مجموعة من الناس عندما تبغى طائفة على أخرى أو الجماعة كلها في الجرائم الماسة بمصالح الجماعة ونظامها كالزنا أو الردة مثلاً وكذلك كما يكون المجني عليه شخصاً طبيعياً قد يكون شخصاً معنوياً . كما إذا كانت السرقة واقعة على مال لشركة أو وقف أو مال للدولة .

١- الإنسان : الإنسان هو المقصود الأول بالحماية والتكريم في الشريعة الإسلامية . إذ كرمه الله سبحانه وتعالى على سائر المخلوقات بقول تعالى " ولقد كرمنا بنى آدم وحملناهم في البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلاً " وفي حماية الشريعة وتكريمها

(١) التشريع الجنائي الإسلامي للأستاذ عبد القادر عوده ج ١ ص ٣٩٧ ف ٢٨٢ .

للإنسان وحفاظها عليه حماية وتكريم للمجتمع الإنساني كله . والإنسان مجنى عليه في الجريمة باعتباره أهلا لاكتساب الحقوق فيصح أن يكون مجنيا عليه سواء كان مميزا أو غير مميز عقلا أو مجنونا ، كما أن الجناية على الإنسان متعددة الصور . فقد يكون مجنيا عليه في شخصه بإحدى الجرائم الماسة بحقه في الحياة أو بحقه في سلامة جسمه . أو يكون مجنيا عليه في عرضه كما في جرائم الوقاع وهتك العرض . وأيضا قد تكون الجناية واقعة على شرفه واعتباره كما هو الحال في جرائم القذف والسب . وقد تكون الجناية على ماله كما في السرقة والغصب....الخ

والشريعة إذا كانت قد حثت على التماسك والتكافل وأحاطت العنصر البشري بالعناية والرعاية التامتين ، ووضعت النظم الدقيقة للحفاظ على كيان الأسر ونمائها . فقد كفلت الإنسان بحمايتها قبل ولادته ، بل منذ تكوينه وتسميته جنينا في بطن أمه ، فجعلت الجناية على الحامل مما يؤدي إلى إجهاضها أو إسقاط الجنين ميّنة جناية على شخصين هما الأم والجنين ، وتوجب بذلك على الجاني عقوبتين ، بل إن الأم نفسها إذا رضيت بالإجهاض أو أجهضت نفسها تتناوله الشريعة بالعقاب كما تتناول الشريك كذلك ، وهذا على خلاف بين الفقهاء في تحديد صفة الجنين ، فمنهم من يرى أن ما طرحه المرأة مضغة أو علقه مما يعلم أنه ولد . ومنهم من يرى أنه ما استبانته خلقتها ، كما يرى البعض الثالث أن الجنين هو ما وجدت الحياة فيه (١).

وإذا كانت الشريعة قد شملت الإنسان بحمايتها قبل ولادته وحال حياته فهل تمتد حمايتها له بعد موته ؟ شخصية الإنسان تنتهي بانتهاء الحياة فيه . إذ تصعد روحه إلى خالقها وتنتقل أمواله وحقوقه إلى دائنيه وورثته ، وهذا هو محل الجريمة حال حياته وما شملته الشريعة بالحماية منه . أما بعد موته فلا يبقى من الإنسان إلا رفاتة أو سمعته أو عرضه . الاعتداء على رفات الموتى شملت الشريعة الإنسان بعد موته بالحماية ، فحرمت المثلة بالقتل حتى إذا كان القتل واجبا بجهد أو نحوه . كما جعلت للميت حرمة وللقبور التي يدفن فيها حرمة كذلك . وأوجب العقوبة عند الاعتداء على هذه الحرمات وحماية الشريعة لرفات الأموات إنما هي حماية لحرمة الأدمى وقيّمته حتى بعد مماته باعتباره شيئا محترما لدى الجماعة وله حرمة في نفوسهم جميعا ومن هنا لا يكون الميت هو المجنى عليه في هذه الجرائم باعتباره إنسانا وإنما المجنى عليه هو الجماعة الإنسانية . والمجتمع البشري إذ أن الإنسان يتأذى شعوره وتتألم أحاسيسه بالاعتداء على رفات الأموات والتمثيل بها . ولا يقتصر ذلك على أهل الميت وأقاربه دون الناس جميعا ، كما أن الميت في الوقت نفسه لا يستشعر الألم أو الأذى من هذا الاعتداء فالحق في هذه الجرائم من حقوق الجماعة وهي المجنى عليه فيها .

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٢٩٢ .

قذف الأموات: فيما أخرجه البخارى عن عائشة رضى الله عنها قالت : " قال رسول الله ﷺ لا تسبوا الأموات فإنهم قد أفضوا إلى ما قدموا^(١)، وفي الحديث النهى عن سب الميت مسلما كان أم كافرا عاقلا كان أو مجنونا مميزا أو غير مميز حيث أن أمره بين يدي ربه ومصيره مرهون بما قدم من عمل . والقذف في الشريعة معناه نفي النسب عن المقذوف أو نسبة الزنا إليه . والقذف بنفي النسب يتعدى المقذوف إلى أصوله وفروعه وورثته . كما أن نسبة الزنا إلى المرأة يتعدى القذف فيه كذلك إلى أصولها وفروعها وورثتها . فالقذف يتعدى الميت إلى أقاربه من الأحياء ولهذا فإن الجمهور من فقهاء الشريعة الإسلامية على جواز رفع الدعوى على القاذف بناء على شكوى من الورثة أو الأصول أو الفروع . والبعض يرى أن العار من القذف لا يلحق إلا الأصول والفروع فلهم دون غيرهم حق مخاصمة القاذف بتقديم الشكوى عن قذف الميت ، والبعض الآخر على أن العار يلحق جميع الورثة ولكل واحد منهم مهما كانت درجة قرابته بالميت حق مخاصمة القاذف ، وله أن يباشر هذا الحق دون توقف على غير ممن لهم نفس الحق . حتى ولو كان أقرب درجة للميت ، وعلى هذا فإن الأبعد يستطيع أن يخاصم ولو لم يخاصم الأقرب^(٢). ومن هذه الأقوال يتبين أن الجريمة في قذف الميت يكون المجني عليه فيها أهله وأقاربه ممن يلحقهم عار القذف والسب .

الجماعات والهيئات والأشخاص الاعتبارية : يجوز أن يكون المجني عليه في جريمة ما من الجرائم جماعة من الناس أوقع فعل الاعتداء ضررا بمصالحهم سواء كان هذا الاعتداء من فعل شخص أو فئة كما لو بغت فئة على أخرى وقد يكون المجني عليه شخصا معنويا كما لو تمثل الاعتداء في سرقة أموال شركة أو وقف أو مال للدولة .

وقد يكون المجني عليه الهيئة الاجتماعية في حد ذاتها . وقد قسمت الشريعة الجرائم إلى جرائم ضد الجماعة وجرائم ضد الأفراد ، والجرائم الأولى وإن كان محل الجريمة فيها قد يكون فردا فقد يكون جماعة من الناس كما قد يكون أمن الجماعة ونظامها . والعقوبة في هذه الجرائم إنما شرعت لحفظ صالح الجماعة وحمايتها بما لا يجيز العفو عنها أو تخفيفها أو إيقاف تنفيذها ، مما يدل على اهتمام الشريعة بالمجتمع الإسلامي والسمو به نحو الكمال والفضيلة .

الحيوان : حرمت الشريعة إيذاء الحيوانات غير الضارة بكافة صور الإيذاء كما حرمت اتخاذ ما فيه الروح منها هدفا بل حثت على الإحسان إليها عند الذبح .. عن ابن عمر رضى الله عنهما عن النبي ﷺ قال " عذبت امرأة في هرة حبستها حتى ماتت فدخلت النار فيها لا هي أطعمتها

(١) سبيل السلام ج ٤ ص ١٩٨ .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٥ .

وسقته ، ولا هي تركتها تأكل من خشاش الأرض^(١) . والعذاب لا يكون إلا على فعل محرم مما يدل على تحريم قتل الهرة . ولا يستفاد من الحديث وجوب إطعام الهرة بل الواجب تخليتها تبطش بنفسها . وعن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال " لا تتخذوا شيئا فيه الروح غرضا " (٢) (رواه مسلم) والحديث فيه نهى عن جعل الحيوان هدفا يرمى إليه والنهي للتحريم لأنه الأصل .

وعن شداد بن أوس قال : " قال رسول الله ﷺ : إن الله تعالى كتب الإحسان على كل شيء فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة ، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة ، وليجد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته " (٣) . (رواه مسلم) .

وللحيوانات المستأنسة النافعة حقوق تتمثل في واجبات على أصحابها والمستفيدين منها . وتختلف باختلاف مدى أهمية الحيوان من كونه مطعوماً أو غيره . كما أن للحيوان نفساً تتأذى بالضرر والقسوة اللاحقين بها ، على خلاف الجمادات . وإذا كان الاعتداء على الحيوانات محرماً ويمثل جريمة فمن يكون مجنياً عليه في هذه الجريمة ؟ هل يصلح الحيوان نفسه لأن يكون مجنياً عليه ؟ أم أن المجني عليه صاحب الحيوان الذي وقع عليه الاعتداء ؟ أم المجتمع الذي يتأذى شعوره وتتألم أحاسيسه بالقسوة والأذى الواقعين على الحيوان الذي له نفس تئن وتتألم من القسوة دون أن يملك حق الدفاع عن نفسه ودفع الأذى عنها ؟ إن صاحب المصلحة المقصودة بالحماية هنا هو المجني عليه . وقد أوجبت الشريعة قتل بعض الحيوانات لفسقها وضررها ثم أوجبت الشفقة والرحمة على مالك الحيوان المستأنسة ، التي تعود على مالكتها بالنفع المتعدد النواحي كالإطعام والحمل والجر والركوب ، يقول الله تعالى ﴿ وَالنَّعَامَ خَلَقَهَا لَكُمْ فِيهَا دِفْءٌ وَمَنَافِعُ وَمِنْهَا تَأْكُلُونَ * وَلَكُمْ فِيهَا جَمَالٌ حِينَ تُرِيحُونَ وَحِينَ تَسْرَحُونَ * وَتَحْمِلُ أَثْقَالَكُمْ إِلَىٰ بَلَدٍ لَّمْ تَكُونُوا بِالْغِيَةِ إِلَّا بِشِقِّ النَّفْسِ ﴾ ومن أجل هذه المنافع أوجب الله على صاحبها حق رعايتها والاهتمام بها ، وتعهدها بالرعاية والعناية اللازمين . كما أوجب في الحيوانات المستأنسة غير المقصودة بالنفع الجاد والمباشر كالهرة وغيرها الإطعام والرعى عند حبسها وإلا فالواجب تركها تبطش بنفسها وتأكل من خشاش الأرض وإذا كان الاعتداء والقسوة على أمثال هذه الحيوانات يتأذى به الشعور الإنساني ويتألم المجتمع له مما يثير الشفقة والرحمة في قلوب أفرادها فهي مع ذلك لا تكون إلا محلاً للجريمة ، والمجتمع صاحب مصلحة في حماية الحيوانات من هذا الأذى والقسوة مما يحفظ عليه شعوره وأحاسيسه . إلا أن المصلحة الأساسية الواجبة الحماية في هذه الجرائم هي مصلحة مالك الحيوان في بقاءه وحرصه على عدم تعرضه

(١) سبل السلام ج ٣ ص ٢٣١ .

(٢) المرجع السابق ج ٤ ص ٨٦ .

(٣) المرجع السابق ج ٤ ص ٨٨ .

للهلاك مما يمثل حقا أساسيا من حقوقه وهو الملكية ، فمالك الحيوان هو المجني عليه في هذه الجرائم ، وهذا لا يمنع أن المجتمع صاحب مصلحة أيضا في حماية الحيوان من القسوة والهلاك خصوصا وأن القسوة على الحيوان قد تكون من ماله وصاحب المصلحة الأساسية في حمايته . ويؤكد ذلك اهتمام المجتمعات البشرية الآن وازدياد اهتمامها يوما بعد يوم بحق الحيوانات في العناية والاهتمام ودفع الأذى عنها، ويمثل ذلك في تكوين الجمعيات الدولية والإقليمية للرفق بالحيوان .

ومن كل ما تقدم يتضح لنا أن المجني عليه دائما في كل الصور والأحوال هو الإنسان إما باعتباره فردا وإما باعتباره هيئة^(١).

ثانياً : التحديد الدقيق للمجني عليه في الفقه الإسلامي :

إذا كان المجني عليه دائما هو الإنسان باعتباره فردا أو باعتباره هيئة فتحديد المجني عليه الذي له أهلية الرضاء ، يكون بتحديد المصلحة الأساسية التي قصد المشرع حمايتها بنصوصه التجريبية ، وصاحب هذه المصلحة هو المجني عليه الذي يمثل هذا الفعل الإجرامي اعتداء على مصلحته . وقد ثبت بالإستقراء أن المصالح التي أحاطها الشارع الإسلامي بالحماية وفرض العقوبة على المساس بها ، وجعل المحافظة عليها أمرا قاطعا ثابتا وأن أصلها ضروري لا يمكن بقاء الإنسان بوصف كونه حيا له كرامة الإنسان إلا بالمحافظة عليها . وهذه المصالح في جملتها ترجع إلى أمور خمس هي : ما فيه حفظ الدين وما فيه حفظ النفس وما فيه حفظ العقل وما فيه حفظ النسل وما فيه حفظ المال . وهذه المصالح وإن كانت ذاتية قطعية في كليتها إلا أنها نسبية إضافية عند النظر لكل فعل بمفرده . كما قسمت الشريعة الجرائم بحسب طبيعتها إلى : جرائم ضد الجماعة ، وجرائم ضد الأفراد^(٢). وجعلت الجرائم التي تقع ضد الجماعة هي التي شرعت عقوبتها لحفظ مصالح الجماعة . سواء وقعت الجريمة على فرد أو على جماعة أو على أمن الجماعة ونظامها ، فالمقصود بالعقوبة في هذه الجرائم حماية الجماعة وقد شرعت حقا لله تعالى دلالة على عدم جواز العفو عنها . والجرائم التي تقع ضد الأفراد هي التي شرعت عقوبتها لحفظ مصالح الأفراد ، وإن كان الفعل الذي يمس مصالح الأفراد هو في الوقت ذاته ماس بمصالح الجماعة ، فكل جريمة تمس مصالح الجماعة هي في النهاية تمس مصالح الأفراد كما أن كل جريمة تمس مصالح الأفراد تمس في النهاية مصالح الجماعة . حتى ولو كان محل الجريمة حقا خالصا للفرد ، ولكن العبرة في الشريعة بقدر ما يمس الاعتداء المصلحة ، فإذا كان الاعتداء في الجريمة على مصلحة الجماعة أكثر فالجريمة ضد الجماعة ، وإذا مَسَّ الاعتداء

(١) عوده ح ١ ص ٣٩٨ .

(٢) عوده ح ١ ص ٩٨ .

مصلحة الفرد أكثر كانت الجريمة ضد الفرد . وسوف نعود إلى تفصيل ذلك عند الكلام عن حماية الشريعة للمصالح .

ومما سبق يتبين لنا أن المجني عليه في الجريمة هو صاحب الحق أو المصلحة الغالبة التي مسها الاعتداء من الجريمة حتى ولو كان محل الجريمة فردا أو جماعة . والذي يحدد المصلحة الأساسية المحمية هو الشارع ، فالشارع هو الذي يحدد المجني عليه في كل جريمة من الجرائم.

المبحث الثانى

تحديد المجنى عليه في قانون العقوبات الوضعى

أولا : التحديد العام للمجنى عليه في قانون العقوبات :

ونقصد بالتحديد العام للمجنى عليه هنا ، تحديد من يصلح أن يكون مجنيا عليه في قانون العقوبات بصفة عامة . ثم نتبع ذلك بتحديد خاص للمجنى عليه ، أى بيان المجنى عليه الذي يعتد برضائه في كل جريمة من الجرائم عى حدة .

ومن الواضح أن الجاني في قانون العقوبات لا يكون إلا شخصا طبيعيا مسئولا . إذ إن المسؤولية الجنائية تستلزم الإدراك والإرادة . وليس هذا بلانزم في المجنى عليه ، فكما يكون المجنى عليه إنسانا قد يكون شخصا اعتباريا عاما أو خاصا . كما قد يكون الهيئة الاجتماعية^(١)، وقد يكون حيوانا عند البعض^(٢)، ذلك لأن مناط تحديد من يصح أن يكون مجنيا عليه في الجريمة هو أهلية اكتساب الحقوق^(٣). فكل من صح أن يكون صاحب حق أو مصلحة يحمها القانون يصح أن يكون مجنيا عليه في الجريمة . لأن الجريمة لا تخرج عن كونها اعتداء على حق . فكل ما هو أهل لأن يكون له حقوق يصح أن يكون مجنيا عليه . فالمجنى عليه في الجريمة هو صاحب الحق الذي تصيبه الجريمة أو تجعله عرضة للخطر^(٤).

١- الإنسان الطبيعى : يكون الإنسان مجنيا عليه في الجريمة باعتباره أهلا لاكتساب الحقوق فقط . وهو بذلك يتمتع بالحماية القانونية ، بل هو المقصود الأول بها بصفته إنسانا . بغض النظر عن أى اعتبار آخر . فلا يشترط فيه أن يكون مكلف أى بالغ عاقل أو من رعايا الدولة . بل إن حماية القانون تمتد إليه حتى ولو كان مجنونا أو أجنبيا إلى غير ذلك ، والإنسان إذ هو المقصود الأول بحماية القانون فإنما يحمى القانون من أجله الأشخاص الاعتبارية . بل الدولة والهيئة الاجتماعية ذاتها ، لأن المصالح التى تحققها هذه الهيئات هى في الواقع مصالح أفراد المجتمع . فحماية القانون لهذه الهيئات المختلفة أساسها حماية مصالح الإنسان^(٥).

(١) شرح قانون العقوبات الجديد للدكتورين السعيد مصطفى ، محمد كامل مرسى ص ٣٥٣ ، جندى عبد الملك في موسوعته ج ٣ ص ٣٧٧ .

(٢) الدكتور محمد كامل مرسى في شرح قانون العقوبات . القسم العام ص ١٣٨ .

(٣) المراجع السابق الإشارة إليها في نفس الموضوع .

(٤) جندى عبد الملك ، الموسوعة ج ٣ ف ٧٠ ص ٦٢ .

(٥) المرجع السابق للدكتورين السعيد مصطفى ، محمد كامل مرسى ص ٣٥٣ ، ٢٥٤ .

وحماية القانون للإنسان تبدأ قبل ولادته . إذ يتناول بالعقاب الفاعل والشريك في جريمة الإجهاض ، كما أنه يوقف تنفيذ الحكم بالإعدام على الحامل حتى تضع . ومظاهر الجناية على المصلحة التي يحميها القانون للإنسان متعددة ، فقد تكون الجناية على شخصه ، كما في جرائم القتل والجرح والضرب . أو على عرضه كما في جرائم الدفاع وهناك العرض ، أو على شرفه واعتباره ، كما في جرائم القذف والسب أو على ماله كما في جرائم السرقات .

ومما سبق يتضح لنا أن الإنسان قد يكون مجنيا عليه قبل ولادته ، كما قد يكون مجنيا عليه حال حياته ، إذ هو في الحالين أهل لاكتساب الحقوق . ولكن هل يصلح الإنسان لأن يكون مجنيا عليه بعد موته ؟ وهذه المسألة ميناها أهلية الإنسان لاكتساب الحقوق بعد موته أو عدم أهليته لذلك ؟ وشراح القانون في مصر على أن الإنسان بعد موته ليس أهلا لاكتساب الحقوق . فهو غير ذي حق يمكن حمايته . إذ أن أول شرط من شروط الحق هو وجود صاحبه^(١).

وإذ كانت حماية القانون للإنسان تمتد إليه بعد موته إذ يعاقب على انتهاك حرمة القبور وتدنيسها ، وفي ذلك حماية لما يكون بداخلها من جثث الموتى ، حتى ولو كان أصحابها مجهولين أو لم يكن لهؤلاء الموتى أقارب " فإن هذه الحماية ليست لأن للإنسان حقا بعد موته وإنما هي رعاية لحق الهيئة الاجتماعية ، لذلك أوردها القانون في الكتاب الثاني من قانون العقوبات المتضمن للجنايات والجنح المضرة بالمصلحة العمومية . ولم يوردها في الكتاب الثالث المتضمن للجنايات والجنح التي تحصل لأحد الناس ومما يدل على أن هذه الحماية ليست لأن للإنسان حقا بعد موته إن القانون لا يحصى جثة الميت ذاتها من العبث إذ لم يصطحب ذلك العبث . انتهاك حرمة القبور والجبانات أو تدنيسها^(٢) . والقانون في مصر لم ينص على حكم قذف الموتى^(٣) ورأى غالبية الشراح^(٤) أن القوانين إنما توضع لحماية الأحياء دون الأموات . وأن الأصح ما أخذ به القانون الفرنسي بعد صدور قانون الصحافة سنة ١٨٨١ م إذ حسمت المادة ٣٤ منه الخلاف الذي كان دائرا هناك وقضت بأن أحكام القذف أو السب لا تسرى على ما يقع منها في حق الأموات إلا إذا قصد به المساس بكرامة أو شرف ورثته الأحياء . وقد كانت محاكم النقض الفرنسي قبل ذلك التاريخ تقضي بأن القذف في حق الأموات جريمة دون

(١) جندى عبد الملك في موسوعته ج ٣ ص ٦٢ ف ٢٧ . أحمد أمين بك ص ٥٥٥ ، الدكتورين السعيد مصطفى ومحمد كامل مرسى ص ٣٥٣ ، ٣٥٤ .

(٢) الدكتورين السعيد مصطفى ومحمد كامل مرسى ص ٣٥٣ ، ٣٥٤ ، أحمد أمين بك ص ٤٤٣ .

(٣) جندى عبد الملك . الموسوعة ، ج ٣ ف ٧١ .

(٤) أحمد أمين بك . المرجع السابق ، الدكتورين السعيد مصطفى ومحمد كامل مرسى المرجع السابق ، جندى عبد الملك .

أن تشترط أن يكون القذف ماسا بأهله من الأحياء^(١).

٢- **الأشخاص الاعتبارية** : وكذلك يجوز أن يكون مجنيا عليه في الجريمة الجماعات والهيئات التي يمنحها القانون نوعا من الوجود منفصلا عن المصالح الفردية المكونة لها سواء اعتبرت هذه الجماعات والهيئات كأشخاص معنوية أم لا . وسواء كان الشخص المعنوي عاما أم خاصا . إذ أن هذه الجماعات والأشخاص المعنوية لها حقوق يجوز إلحاق الضرر بها سواء تمثل ذلك في الاعتداء على مصالحها المادية أو الأدبية ، أى في وجودها . كرفع السلاح على الحكومة مع العدو ، أو في شرفها واعتبرها كسب البرلمان أو أحد مجلسيه أو الهيئات النظامية أو القوات الحربية أو المحاكم أو السلطات أو المصالح العامة... الخ . أو في مالها كاختلاس أموال الحكومة أو شركة من الشركات ، فكل هذه أفعال نص القانون على عقاب مرتكبيها ، ذلك لما لهذه الجماعات والمصالح من حقوق يجب حمايتها .

ويرى البعض " أن هذا القول يقوم في الواقع على أساس النظر فيمن يصيبه ضرر الجريمة المباشر " وإلا فالمقصود بالحماية القانونية في النهاية هو الإنسان وحده وما الأشخاص الاعتبارية والنظام الاجتماعي ذاته إلا أوضاع مقصود بها تنظيم مصالح أفراد الناس . ومن أجل ذلك يمكن القول أيضا أن الإنسان هو الذي يكون مجنيا عليه في الجريمة^(٢).

٣- **الحيوان** : الغالبية من شراح القانون المصري على أن الحيوان كالجماد لا يجوز أن يكون مجنيا عليه في الجريمة^(٣). ذلك لأنها ليست لها حقوق فالإنسان له عليها حق التملك ولكن ليس عليه نحوها أى واجب^(٤) وإذا كان القانون قد تضمن نصوصا يقصد منها حماية الحيوان كالمواد التي تعاقب على قتل الدواب والحيوانات المستأنسة بغير مقتضى ، أو الإضرار بها ضررا بليغا أو سمها . وكذلك الأمر العالي الصادر في ٥ يونية ١٩٠٢ م (المعدل بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٢٢) الذي يعاقب بعقوبة المخالفة كل من يستعمل القسوة مع الحيوان^(٥). فليست هذه الحماية أساسا لأن للحيوانات حقا يحميه القانون ، وإنما القصد منها إما أن يكون حماية حق صاحبها على اعتبار أنها مملوكة له والاعتداء عليها اعتداء على حقه ، وإما أن يكون حماية

(١) أحمد أمين بك ص ٥٥٥ ، الدكتورين السعيد مصطفى ومحمد كامل مرسى ص ٣٥٤ ، جندى عبد الملك . الموسوعة ج ٣ ص ٦٢ .

(٢) الدكتور السعيد مصطفى ، كتابه الأحكام العامة في قانون العقوبات السابق الإشارة إليه .

(٣) المرجع السابق للدكتورين السعيد مصطفى ومحمد كامل مرسى ص ٣٥٣ ، ص ٣٥٤ ، جندى عبد الملك . الموسوعة ج ٣ ص ٦٤ ، الدكتور السعيد مصطفى في الأحكام العامة لقانون العقوبات ص ٣٧٧ .

(٤) جندى عبد الملك في المرجع السابق .

(٥) الدكتوران السعيد مصطفى ومحمد كامل مرسى ص ٣٥٤ .

المجتمع من منظر سوء المعاملة والقسوة وتزكية الشعور العام بمنع هذه الأعمال الوحشية والمجني عليه في كلا الحالتين هو الإنسان . وأما الحيوان فهو محل الجريمة أو موضوعها المادى .

ويفرق هؤلاء بين محل الجريمة والمجني عليه فيها . المجني عليه كما سبق هو صاحب الحق الذي تصيبه الجريمة أو تجعله عرضة للخطر أما محل أو جسم الجريمة أو موضوعها المادى ، فهو الشرف أو الشيء الذي تقع عليه الجريمة . فيصلح أن يكون محلا للجريمة الإنسان والجماعات والأشخاص الاعتبارية وكذلك الحيوانات . إلا أن الأخيرة لا تكون محلا للجريمة . أما الأشخاص فيحسب الأحوال إما أن يكونوا محلا للجريمة أو مجنبا عليهم فيها . وكذلك قد يكون محل الجريمة القاعدة القانونية التى أخلت بها الجريمة .

ويرى البعض أن الحيوان قد يكون مجنبا عليه في الجريمة (١) فيؤاخذ من يعتدى عليه ولو كان مالكه ، وإن كان يتفق مع الغالبية في أن الحماية القانونية للحيوان ليست لأن له حقوقا يحميها القانون فالحيوانات ليست لها حقوق وإنما لحماية الجماعة من منظر سوء المعاملة والقسوة ومنع ارتكاب مثل هذه الأعمال ، وقد يعاقب قانون العقوبات في بعض الأحوال من يعتدى على الحيوانات باعتبارها أنها مملوكة للغير . فالتعدى عليها هو تعد على حق مالكها .

ثانياً : التحديد الدقيق للمجنى عليه في قانون العقوبات :

فيما سبق تبين لنا رأى شراح القانون فيمن يصلح أن يكون مجنبا عليه في الجريمة عموماً . وهنا نود أن نوضح على سبيل التخصيص من هو المجني عليه الذي سوف نبحت أثر رضائه في كل جريمة من الجرائم ، وكيف يمكن تحديده وما هو المعيار الصحيح لذلك . وهل من الممكن أن يتعدد المجني عليه في جريمة واحدة . ثم ما الفرق بين المجني عليه والمضروب في الجريمة .

ولتحديد المجني عليه في أى جريمة من الجرائم أهميته البالغة سواء من الناحية الفقهية أو الناحية القانونية ، وعلى الأخص قانون العقوبات . إذ أن التحديد الدقيق للمجنى عليه وبيان التفرقة بينه وبين المضروب تنعكس على جوانب كثيرة من قانون العقوبات والإجراءات الجنائية فالمشرع كثيراً ما يخص المجني عليه دون المضروب ، ببعض الحقوق . كما قد يمنحه مكانة لها أثرها على قيام الجريمة وكذلك على مباشرة الدعوى العمومية فيها ، ويتمثل ذلك جلياً في أثر رضاء المجني عليه في إباحة بعض الجرائم أو في نفي الركن المادى للجرائم المؤسسة على عدم الرضا . وكذلك أيضاً بالنسبة للقيود التى ترد على حق النيابة العامة في تحريك الدعوى

(١) الدكتور محمد كامل مرسى في كتابه شرح قانون العقوبات " القسم العام " ص ١٣٨ .

الجنائية . ومن هنا تتأتى الأهمية القانونية لتحديد المجني عليه إذ بتحديد تحديد دقيقا يمكن التأكد من أن الإجراءات التي صدرت وأحدثت أثرها على الجريمة أو على إقامة الدعوى الجنائية قد صدرت ممن يعطيه القانون الحق في مباشرتها .

والمعيار الأساسي لتحديد المجني عليه في أى جريمة من الجرائم ، هو تعلق الحق أو المصلحة التي أراد المشرع حمايتها في هذه الجريمة بشخص معين . فهذا الشخص صاحب الحق أو المصلحة الأساسية التي أخذها المشرع في اعتباره عند تحريم الفعل هو المجني عليه . ذلك لأن المشرع إذا كان قد جرم أفعالا معينة لاعتدائها على مصالح أراد المشرع حمايتها ، فمن المنطق والطبع أن يتحدد المجني عليه في الجريمة باعتباره صاحب الحق أو المصلحة محل الحماية الجنائية . والتي بالاعتداء عليها أو بالاضرار بها يتكون السركن المادى للجريمة (١).

ويدق البحث عند تحديد المجني عليه في جريمة من الجرائم عندما نجد الفعل الإجرامى قد أحدث ضررا بأكثر من حق أو مصلحة قانونية .

كذلك قد تتعلق المصلحة المحمية بأكثر من شخص . كما أن المشرع قد يحمى بالنص أكثر من مصلحة أساسية تتعلق بأكثر من شخص . فمن هو المجني عليه في هذه الحالات ؟ الخطوة الأولى في التحديد الدقيق للمجنى عليه كما سبق :هى تحديد المصلحة الأساسية التى أخذها المشرع في اعتباره عند تجريم الأفعال التى تضر بها . فإذا كان الفعل الإجرامى قد أحدث ضررا بأكثر من حق أو مصلحة قانونية فإن صاحب الحق أو المصلحة الأساسية التى وضعها المشرع في اعتباره عند تجريم الفعل هو المجني عليه في الجريمة وليس أى شخص آخر أضير من فعل الاعتداء . وهذا بطبيعة الحال يتعارض مع إمكان تعدد المجني عليهم في الجريمة إذا كانت المصلحة المحمية تتعلق بأكثر من شخص أو أن المشرع قد حمى بالنص أكثر من مصلحة أساسية تتعلق بأكثر من شخص وهى ما تسمى بالجرائم " متعددة الإساءة " (٢).

ثالثا : التفرقة بين صفة المجني عليه وصفة المضرور في الجريمة (٣):

(١) الدكتور مأمون سلامة ، في مقالته عن جرائم الموظفين ضد الإدارة العامة ، مجلة القانون والاقتضاء مارس ١٩٦٩ م .

(٢) الدكتور مأمون سلامة ، في مقالته عن جرائم الموظفين ضد الإدارة العامة ، مجلة القانون والاقتضاء مارس ١٩٦٩ م .

(٣) المرجع السابق

كثيرا ما يخلط بين صفة المجني عليه والمضروب في الجريمة ، ونظرا لما خصه الشارع المجني عليه من حقوق وإمكانات ليست للمضروب فيجب التفرقة بين كل منهما في كل جريمة من الجرائم ووضع حد فاصل لذلك . والتفرقة بين المصلحة المراد حمايتها من النص التجريمي وبين الموضوع المادي للسلوك الإجرامي هي التي تعيننا على وضع هذا الحد الفاصل بين الصفتين . ذلك لأن الاعتداء على المصلحة المحمية يغير الموضوع المادي للسلوك الإجرامي . فقد يكون الموضوع المادي للاعتداء على المصلحة المراد حمايتها بالنص شخصا أو ما لا يقع عليه السلوك الإجرامي ويصيبه الضرر من الاعتداء ، وعلى الرغم من ذلك فإن صاحب المصلحة الأساسية التي أضررت هو الذي يكون مجنيا عليه دائما ، أما صاحب الحق أو المال أو الشيء الذي كان موضوعا ماديا للسلوك الإجرامي فهو المضروب من الجريمة وليس المجني عليه فيها . فليس كل من يضار من الجريمة هو المجني عليه فيها .

إذ أن الضرر قد يصيب أكثر من شخص ومع ذلك تثبت لهم صفة المجني عليه لمجرد وقوع هذا الضرر عليهم .

حقيقة أن المجني عليه مضروب أيضا من الجريمة ولكن ليس كل مضروب من الجريمة تثبت له صفة المجني عليه فيها .

فمثلا الجريمة الواقعة تعديا على الموظف العمومي أثناء تأدية أعمال وظيفته ، من هو المجني عليه ومن المضروب فيها ؟

إن المجني عليه حقيقته هنا هو الدولة . وهو الشخص الاعتباري المعبر عن رأى الجماعة ، لأن في الاعتداء على الموظف اعتداء على أمن الدولة ، ولكن المضروب قد يكون الدولة ذاتها إذا أصابها ضرر مادي أو أدبي ، وقد يكون الفرد وحده . والفرد وحده في قانون العقوبات لا يسمى مجنيا عليه لأن المجني عليه هو الدولة باعتبارها نائبة عن المجتمع هذا بصرف النظر عن التجوز الذي يقع في الألفاظ والعبارات فيخلط بين المجني عليه والمضروب .

فالموظف العام الذي يعتدى عليه أثناء تأدية وظيفته قد يصيبه ضرر أدبي يأتي من ألفاظ غير مهذبة طعن بها في عرضه أو كرامته أو ذمته ، وقد يصيبه ضرر مادي إذا كان الاعتداء عليه ماديا بكسر ساقه أو ذراعه أو كسرا يقعده عن العمل ويغلق أمامه باب الرزق أبديا أو مؤقتا .

المبحث الثالث

في الموازنة بين تحديد المجني عليه في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

تتفق القوانين الوضعية فيما انتهت إليه مع الشريعة الإسلامية في تحديد من يصلح أن يكون مجنيا عليه . وقد رأينا أنه يصلح لأن يكون مجنيا عليه في كل منهما . الإنسان في جميع أحواله ، سواء كان مميزا أو غير مميز عاقلا أو مجنونا . كما يصلح كذلك لأن يكون مجنيا عليه سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا فردا أو جماعة . وأن الحماية القانونية له تبدأ قبل ولادته أى وقت أن يكون جنينا في بطن أمه . إذ هو أهل لاكتساب الحقوق . وقد جعل القانون كما في الشريعة الاعتداء عليه جريمة يعاقب عليها حتى ولو كانت الجريمة عليه بالإجهاض من أمه الحامل أو من غيرها .

كما رأينا أن القانون كما في الشريعة يحمى جسد الميت ورفاته فجعل انتهاك حرمة الأموات وحرمة القبور جرائم معاقبا عليها . وجعل الحق أو المصلحة في هذه الجرائم للجماعة الإنسانية التى تشعر بالاحترام لجسد الميت كما أن له حرمة في نفوسهم .

أما فيما يتعلق بموقف الشريعة والقانون من قذف الميت أو من اعتبار الميت مجنيا عليه في جريمة القذف فقد رأينا الرأي السائد في القوانين الوضعية الآن أن القوانين إنما توضع لحماية الأحياء دون الأموات ، وتقدم أن رأى غالبية الشراح في مصر على ما أخذ به القانون الفرنسى بعد صدور قانون الصحافة سنة ١٨٨١ م إذ حسمت المادة ٣٤ منه الخلاف الذي كان دائرا هناك وقضت بأن أحكام القذف أو السب لا تسرى على ما يقع منها في حق الأموات إلا إذا كان القصد به المساس بكرامة أو شرف ورثته الأحياء وقذف الميت في الشريعة مما يتعدى أثره دائما إلى أصول المقذوف وفروعه وورثته إذ أن القذف معناه نفي النسب عن المقذوف أو نسبة الزنا إليه ولا يخفى ما يتضمنه ذلك من مساس بأسرة المقذوف وأهله سواء في ذلك الرجل والمرأة . ولهذا أجازت الشريعة للورثة رفع دعوى القذف دون قيد . مما يتفق مع إجازته القوانين للورثة من رفع الدعوى في حالة المساس بهم .

وفيما يتعلق بالتحديد الخاص بالمجني عليه نجد أن الشريعة والقانون يتفقان في أن المجني عليه في كل جريمة من الجرائم هو صاحب المصلحة الأساسية التى أراد المشرع حمايتها بالنص على تحريم الفعل الذي يمثل اعتداء أو مساسا بها . وهذا مما سوف يتضح عند دراسة كل جريمة على حدة .

وإن كان يبدو من تقسيم الشريعة للجرائم بحسب طبيعتها ومن تفاوت حق الفرد والجماعة في المصلحة المحمية بين الشريعة والقانون . الاختلاف في التحديد الدقيق للمجني عليه في

بعض الجرائم مما سوف يتضح عند بيان المصلحة المحمية في الشريعة والقانون ومدى حق الفرد والجماعة في هذه المصالح .

ويتضح ذلك وأثره بدفة عند دراسة أثر رضا المجني عليه في كل جريمة من الجرائم التي سوف نبحث عن أثر الرضا في كل منها على حدة .

وعموما فإننا نستطيع القول بعد ما تقدم بأن المجني عليه في قانون العقوبات الوضعي يكون دائما هو الجماعة التي تمثلها الدولة وهي التي من حقها أن تحمي الإنسان والحيوان والموتى . والمجني عليه في الجرائم الواقعة على هؤلاء هو الدولة . كما يتضح أن المجني عليه في الشريعة الإسلامية هو إما الدولة وهي الحامية لحقوق الله في الدنيا . ومن حقها أن تحمي الموتى والحيوان وإما الفرد كما هي الحال في الفصا ص . وإذا اعتبرنا الرأي الراجح في الفقه الإسلامي وهو أنه ما من حق للعباد إلا وفيه حق لله ، اقترب الفقهاء الشرعي والوضعي في أن المجني عليه في كل حال هو الدولة وإن شاركها الفرد أحيانا وهو غاية ما يتحقق به العدالة والمصالح .

الفصل الرابع

المصالح التي يحميها الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

ويشتمل على ثلاثة مباحث :

- المبحث الأول : المصالح التي يحميها الفقه الإسلامي والحماية الجنائية لها .
- المبحث الثاني : المصالح التي يحميها قانون العقوبات والحماية الجنائية لها .
- المبحث الثالث : في الموازنة بين حماية كل من الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي للمصلحة .

الفصل الرابع

المصالح التي تميمها الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

المبحث الأول: المصالح التي تميمها الشريعة الإسلامية

أولاً : عن المصلحة المعتبرة في الشريعة :

ثبت بالاستقراء أن أحكام الشريعة الإسلامية كلها تشمل على مصالح العباد . وأن كل ما شرعه الإسلام من نظم وأحكام أساسه المصلحة . فما من أمر شرع بالكتاب أو السنة إلا وكانت فيه مصلحة حقيقية وإن اختلفت عن الأنظار ، فالمصلحة الحقيقية هي الأساس في الشريعة الإسلامية وتتحقق في كل ما يرمى إليه الإسلام ويقصده . وإنما تحمي الشريعة من المصالح ما تراه مصلحة حقيقية عامة يدعو إليها الإسلام . وما يخالف ما جاء من النص مما يشمل المصلحة من منافع أو مصالح إن هي إلا إنحرافات نفسية . إذ أن الإسلام إنما يحمي من الأغراض والمقاصد الشخصية ما يتفق مع المصلحة العامة التي يدعو إليها ويحميها ويحققها ويثبتها . لقوله صلوات الله عليه " لا يؤمن أحدكم حتى يكون هواه تبعاً لما جئت به " ، ان تكون مقاصده وغايته ورغباته تابعة لما يدعو إليه الإسلام ويحميه من مصالح يحرم الاعتداء عليها . وقد أجمع علماء المسلمين على أن لكل ما جاء به الشرع الإسلامي من أحكام منصوص عليها هو لمصلحة الناس . ولكنهم اختلفوا فيما إذا لم يكن هناك نص مجيز أو مانع ، من حيث جواز تعليل الأحكام بالمصلحة . بمعنى أنه هل يحكم على أمر ثبتت فيه مصلحة ولم يرد به نص أنه حلال ، أو يحكم على أمر آخر ثبتت مضرته ولم يرد فيه نص أيضاً أنه حرام اختلفوا في ذلك على طوائف ثلاثة (١).

الطائفة الأولى : وعلى رأسهم داوود الظاهري وابن حزم الأندلسي .

مع اعترافهم بأن شرع الله إنما جاء للمصلحة ولكنهم أنكروا جواز تعليل الأحكام بالمصالح . ذلك لأنهم يقتضرون على النص ولا يتجاوزونه إلى الاجتهاد فيما وراء النصوص . إذ أنهم نفاة الرأي .

الطائفة الثانية : وعلى رأسهم الشافعي والإمام فخر الدين الرازي والحنفية .

(١) فضيلة المرحوم الأستاذ الإمام محمد أبو زهرة في مؤلفه عن الجريمة .

قد أنكروا تعليل الأحكام بالمصلحة على أساس أن المصلحة أو العلة هنا هي الباعث على التشريع والمؤثرة فيه بالإيجاب . ذلك لأن الحكم الشرعي هو حكم الله تعالى ، وحكم الله لا يكون بتأثير مؤثر أيا كان -تعالى الله عن ذلك علوا كبيرا - ولكنهم أجازوا تعليل النصوص بالمصالح على أساس أن العلة في القياس . أمانة على الحكم و علامة عليه وليست باعثا وذلك على أساس التعرف على وجه المصلحة في نص معين بالذات ، وقياس المصلحة في الأمر الذي لا نص فيه على هذا النص على اعتبار أن وجه المصلحة أو ما يدل عليها من أمارات مشتركة بين الأصل الذي جاء به النص والفرع الذي لم يعرف نصه .

الطائفة الثالثة :وعلى رأسهم المالكية والحنابلة والزيدية والإمامية .

ويرون تعليل النصوص بالمصلحة إذا كانت من جنس المصالح التي أقرها الشارع ، ولا يتقيدون بقصر التعليل على تعرف وجه المصلحة في نص معين . إذ أنهم يعتبرون المصالح التي جاء بها الإسلام جنسا عاما للمصالح المقررة فإذا وجدت مصلحة تدخل في هذا الجنس وإن لم يشهد لها نص معين بالذات فإنها تعتبر مصلحة إسلامية .

وهكذا نجد أن المصالح التي جاءت بها نصوص الشريعة من قرآن أو سنة هي مصالح تحجب حمايتها ، ويعتبر الاعتداء عليها جريمة توجب العقاب . وقد جاءت العقوبات المختلفة لحمايتها ، وأن ما يخالف هذه المصالح إنما يعتبر من الأغراض والأهواء الضارة التي لا نفع فيها . وكذلك كل أمر ثبتت المصلحة فيه ولم يرد به نص فهو حلال ، وكل أمر ثبتت مضرته مالم يرد به نص فهو حرام ، وقد أجمع الفقهاء على عدم جواز مخالفة النصوص باسم المصلحة . وعلى عدم جواز تخصيصها إلا بأمر يقره الشارع الإسلامي .

والمصالح المعتبرة في الإسلام إنما ترجع إلى أمور خمسة هي المعاني التي تقوم عليها الدنيا التي يعيش فيها الإنسان ولا تتوافر الحياة الإنسانية إلا بها . ١) ما فيه حفظ الدين . ٢) ما فيه حفظ النفس . ٣) ما فيه حفظ العقل . ٤) ما فيه حفظ النسل . ٥) ما فيه حفظ المال . فتوافر هذه الأمور الخمسة والمحافظة عليها بتجريم أى سلوك يشكل اعتداء عليها أو إضرارها بها من مقاصد الشريعة الإسلامية . فالدين لا بد منه ، إذ أن التدين خاصة الإنسان من بين سائر الحيوان . فلا بد للإنسان أن يسلم له اعتقاده . وأن تتوافر له حرية الاعتقاد . وبه يصلح حال الإنسان وتستقيم أموره والمحافظة على النفس ، فيها ما يكفل للإنسان حقوقه وحرياته ، وما يضمن سلامته وعزته ، وما يكفل للمجتمع طمأنينته ورفقه وثباته . إذ يدخل في عموم المحافظة على النفس ، المحافظة على حق الحياة ، وعلى الحق في سلامة الجسم ، والمحافظة على الكرامة والإنسانية . بما يكفل للإنسان حرية العمل وحرية الفكر ، وحرية الإقامة إلى غير ذلك من الحريات التي تعد من مقومات الحياة الإنسانية الحرة ، لمجتمع إنسانى

فاضل ، والمحافظة على العقل ، هي صيانتها من الآفات التي تجعل صاحبه عبثاً على المجتمع ، ومصدر شر وأذى للناس . فبالمحافظة عليه يكون كل عضو من أعضاء المجتمع سليماً يمدّه بعناصر الخير والنفع . إذ أن العقل موطن التفكير وميزه البشر على كثير من يعرض عقله للآفات أن يخضع للأحكام الرادعة التي يوقعها عليه المجتمع وتكفل منعه من هذا الضرر إذ أنه بتصرفه هذا لا يقتصر على مجرد كونه أفقد المجتمع قوة كانت عاملة فيه ، بل أنه يصبح عبثاً على الجماعة عليها تحمله . ليس هذا فقط بل إن من تنال عقله آفة من الآفات فإنه يكون شراً على الجماعة ، وينالها بالأذى والاعتداء . ولذلك كان من حق الشرع أن يحفظ له عقله من الشرور والآثام سواء كان ذلك بسبب نفسه أو بسبب غيره . ومن أجل ذلك تعاقب الشريعة الغراء على تناول كل مسكر يتسبب في إنقاص القوى العقلية أو إذهابها .

كما أن في المحافظة على النسل محافظة على النوع الإنساني كله ، مما تقتضيه تنظيم الزواج ، وتحريم الاعتداء على الحياة الزوجية ، وتحريم الاعتداء على الأعراض سواء بالقذف أو بالفاحشة . ولذلك فرضت الشريعة العقوبات على الزنا والقذف ، إلى غير ذلك من العقوبات التي وضعت لجرائم فيها اعتداء على النسل بأي طريق من طرق الاعتداء والمحافظة على المال من مقاصد الشريعة ، لأنه سبب من أسباب قوة الأمة ونهضتها ، فوجب حمايته بتحريم أفعال الاعتداء عليه كالسرقة والغصب وغيرها . والمحافظة على انتاج المنتجين ، وتنمية الموارد العامة .

وعموماً فهذه هي الأمور الخمسة التي جاءت من أجلها كل الشرائع ، وجرمت الشريعة الإسلامية كل سلوك غير مشروع يمثل اعتداء على هذه المصالح أو الإضرار بها . إذ أنها في أصلها ضرورات إنسانية والمحافظة عليها من البديهيّات العقلية التي لا تختلف فيها العقول ولا الأديان .

ويقول حجة الإسلام الغزالي في ذلك :

" إن جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق ، وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم . لكننا نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع ، ومقصود الشرع من الخلق خمسة ، وهو أن يحفظ عليهم دينهم ، وأنفسهم ، وعقلهم ، ونسلهم ، ومالههم ، فكل ما ينضمّن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة ، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسده ، ودفعها مصلحة ، وهذه الأصول الخمسة . حفظها واقع في رتبة الضرورات فهي أقوى المراتب في المصالح ، ومثاله قضاء الشرع بقتل الكافر المضل ، وعقوبة المبتدع الداعي إلى بدعته ، فإن هذا يفوت على الخلق دينهم ، وقضاؤه بإيجاب القصاص ، إذ به حفظ النفوس وإيجاب حد الشرب ، إذ به حفظ العقول التي هي مناط التكليف ، وإيجاب حد الزنى ، إذ به حفظ النسل والأنساب ، وإيجاب

زجر الغصاب والسراق ، إذ به يحصل حفظ الأموال التي هي معاش الناس ، وهم مضطرون إليها . وتحريم تفويت هذه الأمور الخمسة ، والزجر عنها يستحيل ألا تشتمل عليه ملة من الملل وشريعة من الشرائع التي أريد بها إصلاح الخلق ، ولذا لم تختلف الشرائع في تحريم الكفر والقتل والزنا والسرقة وشرب المسكر (١) " من هذا يتبين أن المصلحة المعتبرة في الإسلام شاملة للمنافع المادية والمعنوية وأن قوانين الشريعة الإسلامية إنما هي لحماية المصالح المعتبرة في المجتمع من غير أن يكون للهوى الشخصي أثر في تقدير الضرر الواقع على المصلحة أو العقوبة المقررة على هذا الضرر إنما يكون تقديرها بمقدار ما فوت على المجتمع أو المجني عليه من خير . كما أن الشريعة لم تعتبر من المنافع الهوى أو الميل أو النفور إلى غير ذلك من الأمور وإنما جعلت المصالح المعتبرة هي المصالح التي أساسها النفع المعتبر الذي يعود إلى المحافظة على الأمور البديهية الكلية الخمس السابقة ، وقد قسمت الشريعة المصالح من حيث الأهمية المنوطة بها إلى ضروريات ، وهي أهم مقاصد الشريعة إذ تتضمن كل ما تقوم عليه حياة الناس لا بد منه لاستقامة مصالحهم . ويترتب على فقدها اختلال النظام والأمن وشيوع الفوضى وهي التي أشرنا إليها أنفاً . ثم تليها الحاجيات ، وهي كل ما يحتاج إليه الناس للتيسير واحتمال مشاق التكليف وأعباء الحياة ويترتب على فقدها وقوع الأفراد والجماعة في الحرج والعسر وتحميلهم المشقات . ثم تليها التحسينية وهي التي تحقق ما فيه تحسين مال الأفراد والجماعة مما تقتضيه المروءة والآداب وسير الأمور على أحسن منهاج وفقدها لا يترتب عليه تفويض النظام ، ولا اختلال الأمن ، ولا وقوع الناس في الحرج ، وإنما يترتب عليه الخروج على ما تستحسنه العقول والبعد عن الكمال الإنساني . ومن المقرر في الشريعة أنه لا يراعى حكم تحسيني يؤدي مراعاته إلى إخلال بحكم حاجي وكذلك لا يراعى حكم حاجي إذا كان في مراعاته إخلال بحكم ضروري . فالأحكام التي شرعت لحفظ الضروريات أحق الأحكام بالمراعاة . ثم تليها التي شرعت لتوفير الحاجيات ثم التحسينيات .

ثانياً : حماية الشريعة لهذه المصالح :

إن المحافظة على هذه المصالح السابقة في الشريع من الأمور القطعية الثابتة . ذلك لتضافر النصوص عليها ، ولأن أصلها ضروري إذ لا يمكن بقاء الإنسان بوصف كونه حياله كرامة الإنسان إلا بالمحافظة عليها ، غير أنه قد تتنازع المصالح والمضار . فيكون الفعل الواحد أحياناً مصلحة مؤكدة لشخص أو طائفة معينة ، وأحياناً أخرى مضرة مؤكدة لآخرين . وذلك عند النظر إلى الجزئيات من حيث تحقق هذه المصالح بالنسبة لشخص معين أو طائفة معينة . وعند وجود هذا التنازع يقدم العمل الذي يكون أكثر نفعاً على غيره . والعبرة تكون بمصلحة

(١) المستصفي للغزالي ج ١ ص ٢٨٧ ، ٢٨٨ .

أكبر عدد ممكن ، كما أن الضرر الكثير يدفع بالضرر القليل ، ودفع المضار مقدم على جلب المصالح ، إذ أنه في ذاته هو مصلحة السلامة . فصالح الجماعة نسبية إضافية لا حقيقة ذاتية عند النظر لكل فعل بمفرده . وهي ذاتية قطعية في كليتها في جملة المجموع .

وقد حمت الشريعة الغراء هذه المصالح فجرت كل فعل يكون اعتداء على المصالح المقررة الثابتة بحكم القرآن والسنة . كما أنها لاحظت في العقوبة على الجرائم أن تكون حامية لهذه المصالح المقررة ، فتحقق بالعقوبة العدالة مع حماية المصالح الاجتماعية الثابتة . فالجرائم في أصل معناها اعتداء على المصالح المعتمدة لدى الشارع بالكتساب أو السنة أو القياس أو الاستحسان . أو كانت في الأصل تنتهي إلى أمر فيه ضرر بمصلحة وهو ما يسمى بسد الذرائع . وعلى ذلك فقد قسمت الشريعة الجرائم من هذه الناحية إلى خمسة أقسام :

(١) جرائم فيها اعتداء على النفس . (٢) جرائم فيها اعتداء على الأموال . (٣) جرائم فيها اعتداء على النسل . (٤) جرائم فيها اعتداء على العقل . (٥) جرائم فيها اعتداء على الدين .

ويختلف كل نوع من هذه الجرائم قوة وضعفا باختلاف قوة الاعتداء على موضوعه من المصالح . التي كما سبق أن بينا أن منها ما هو ضروري ومنها ما هو حاجي ومنها ما هو تحسيني .

فالاعتداء على أمر ضروري للحياة كالاغتداء على النفس بالقتل . أو قطع الأطراف . أقوى الجرائم . كما أن جرائم الاعتداء على النفس تتفاوت في قوة الإجماع وقدره ، فالقتل أقوى من قطع الأطراف ، كما أن قطع الأطراف أقوى من الضرب وأقوى من منع حربة القول . وكل ذلك أقوى مما يشين كالدعوى الباطلة والسب مما لا يمس الحياة في أصلها ، ولا حاجيا من حاجياتها . ولكنه يمس كمالها ويشينها .

وكذلك الشأن في جرائم الأموال فهي تتفاوت بمقدار قوة أو ضعف الاعتداء على المصلحة . فالسرقة مثلا تمس أمرا ضروريا إذ لا يتحقق الأمن على المال بوجودها . فهي تمثل اعتداء على أصل وجود المال ، إذ بها يتعرض المال كله للضياع وبطريقة لا يمكن معها الاثبات فالسرقة تتم خفية من غير علانية . وتعرض الأمن كله للخلل والاضراب .

أما الغصب وغيره من الجرائم المتجانسة معه ، والتي تتم علنا ، يمكن الاثبات فيها بالبينات . كما يمكن استرداد المال المغصوب فيها بسلطان القضاء . وأقل من الجرائم السابقة خطورة ، الجرائم التي تمس إرادة التصرف في المال عن بيئة ومعرفة . أما الإرادة هنا لها دخل في ضياع المال وإن كانت مخدوعة كجرائم النصب والخداع إذ أنها تمس كماليا وعلى نفس الترتيب جرائم الاعتداء على النسل ، فالزنى أقواها وهو من المتزوج والمتزوجة أشد

ودونه الزنا من غير المتزوج وغير المتزوجة . ودون هذين ، معانقة المرأة ، وتقبيلها وملاستها ، وكشف عورتها ، والنظر إليها بشهوة . وكذلك التفاوت بالنسبة لجرائم الاعتداء على العقل . فإن الاعتداء فيها على حق الله وحق المجتمع ، فالشارب للخمر المذهب لعقله بكثيرها أشد إضرارا من متناوله القليل دون أن يسكر . وعموما فبائع الخمر وساقيتها بتفاوت منهما الضرر عن شاربها ، والأشياء التي يحتمل أنها مسكرة بلا ريب دون الأنواع التي يعتبر إسكارها حتميا في الضرر . وكذلك الأمر بالنسبة لجرائم الاعتداء على الدين ، فالكافر المضل الزنديق الذي يدعو إلى الضلال ، دونهما إجراما من ينشر الأحاديث المكنوبة ، ومن يدعو إلى بدع وينسبها إلى الدين . أو من يضيف إلى الدين ما ليس فيه دون أن يمس جوهره أو يغير حقيقته ، ودون هؤلاء من لا يؤدي الصلاة ويجاهر بعدم أدائها .

المبحث الثاني

المصالح التي يحميها قانون العقوبات والحماية الجنائية لها

* * *

أولاً : المصالح القانونية (١) :

إذا كان الفلاسفة بكاريا في إيطاليا ، وبنّام في إنجلترا ، وفويرباخ في ألمانيا قد اعتنقوا نظرية النفعية الاجتماعية عن طريق التأمل الفلسفي ، وخلاصة ما ذهبوا إليه أن المنفعة هي وحدها الخير المرغوب فيه ، وأن الضرر أو الألم هو الشر الذي يجب تفاديه ، وعليه فإن الأفعال الإنسانية لا تكون خيرا إلا إذا حققت لصاحبها من ورائها نفعاً أو لذة ، فإن أدت إلى ضرر أو ألم كانت شراً (٢) فإن العلامة أهرنج قد تابع هذا الاتجاه النفعي ووصل إلى مذهب النفعية في القانون . لا عن طريق التأمل الفلسفي ، بل نتيجة دراسة لتطور القانون الروماني التي خرج منها بأن عظمة القانون الروماني لا تكمن في منطق فقهه بقدر ما تكمن في معالجته للأفكار طبقاً للحاجات والأهداف الاجتماعية . ولهذا أمن بأن القانون يجب أن يخدم المجتمع ويصبح نفعياً . وقد كان الأساس الفلسفي لمنفعة أهرنج ، هو أن الهدف هو المبدأ العام في هذا الوجود سواء بالنسبة للأفراد أو الجماعة ، والهدف من النزوع الإنساني ليس الفعل ذاته بل الإشباع المستمد منه (٣) .

والآن ما هي المصلحة ؟ وكيف تبلورت فكر المصلحة في التنظيم القانوني ؟ وما هو معيار المصلحة التي يحميها القانون ؟ وكيف يمكن تحديد هذه المصالح ؟ .

يعرف أهرنج المصلحة كما يعرفها بنّام بأنها " البحث عن اللذة والفرار من الألم " (٤) وقد تطور هذا المفهوم عند أهرنج فلم تعد المنفعة عنده مجرد البحث عن لذة الفرد . بل أنها تحقيق التوازن بين المصلحتين الفردية والاجتماعية مع الضغط على المصلحة الاجتماعية كهدف نهائي للقانون (٥) . إذ أن وظيفة المجتمع عنده هي أن يحقق للإنسان حاجياته وأساس لإجراء قانوني هو

(١) المصلحة في حقيقتها مجموعة من المزايا ، وفي تعبير آخر هي مركز واقعي يعطى من يحتله وضعا متميزاً عن سواه من الناس . فإذا أصبحت الحماية القانونية على المصلحة تحول المركز الواقعي إلى مركز قانوني وتجمع له بذلك عناصر الحق " المصلحة والحماية القانونية لها " د. محمود نجيب حسنى في شرح قانون العقوبات " القسم العام " ط ٣ سنة ١٩٧٣م ، ص ١٧٣ .

(٢) دكتور أحمد فتحي سرور في أصول السياسة الجنائية ط ٧٢ ، ص ٤١ .

(٣) دكتور أحمد خليفة في النظرية العامة للتجريم ط ٥٩ ، ص ١٠٤ .

(٤) المرجع السابق .

(٥) الملكية عند أهرنج ليست مجرد حق فردي بل أنها وجدت لمصلحة المجتمع وعلى القانون أن يوافق بين حق الفرد ومصلحة المجتمع . ولهذا فقد وصف أهرنج بأنه نقص اجتماعي .

الفرد ولكن الحياة الاجتماعية تضيق إلى اعتبار الإنسان مجرد كائن بسيط أنه كائن اجتماعي . ولهذا لا يهدف القانون إلى مصلحة الفرد نهائياً ، بل أن هدفه النهائي هو مصلحة الجماعة . وبهذا أزال اهرنج التعارض الذي قد يحدث عند حماية القانون للمصلحة التي قد تكون فردية وقد تكون عامة .

أما كيف تبلورت فكرة المصلحة في التنظيم القانوني ؟

فقد تبلورت فكرة المصلحة في التنظيم القانوني عندما اتجه المفكرون بقولهم إلى الواقع وأصبح رجال القانون يتفهمون القانون في ضوء الحقائق . لا في ضوء ما وراء الطبيعة . فعندما انتقلوا إلى الواقع لم يجدوا غير المنافع والمصالح ، فقد رأوا القانون يفصل بقواعده في مصالح متنازعة أما العدالة المطلقة فهي وهم . إذ أن تغليب مصلحة على مصلحة يكون عادلاً أو غير عادل في حدود الأوضاع لا بشكل مطلق غير محدود . وهذه العدالة النسبية هي التي تلقى على الإنسان عبء اختياره المقيم التي تقوده في المصالح .

وأيضاً عندما بدأ رجال القانون يتفهمون القانون في ضوء الحقائق ، أي بالنظر إليه من زاوية الحاجات والمطالب التي تسود حياة الفرد وحياة المجتمع المنظم وغير المنظم والسعي نحو تحقيق هذه الحاجات . واجابة هذه المطالب ، وإيجاد التوازن بينهما بالأداة القانونية المنظمة المحققة للضبط الاجتماعي . وقد أصبح هذا الأساس آمناً في يد فلاسفة القانون المحدثين .

والآن كيف يمكن تحديد هذه المصالح؟ أو ما هو معيار المصلحة التي يحميها القانون؟

حاول البعض مثل بنتام واهرنج وضع بيان لحصر المصالح التي يتعرض القانون لحمايتها ولاشك في أن ذلك لا يعد بالعمل اليسير إذ أن المصالح كما تتعدد وتتطور بتعدد المجتمعات وتطورها فهي أيضاً تمتاز وتختلط فلا يمكن الفصل بينهما بخطوط واضحة . ولكنه على أي حال فأن محاولة التصنيف لازمة . لا مكان النظر في حفظ التوازن بين هذه المصالح التي يتصدى القانون لحمايتها من الغير ، وكذلك حمايتها من طغيان بعضها على البعض الآخر .

وقد تابع هذه المحاولات من بين فلاسفة القانون العلامة روسكو باوند ، الذي عمل في نظريته عن المصالح منذ ١٩١٣ م ، وقد بحث عن أساس نظريته أو الأمر في علم الاجتماع نتيجة اعتقاده أن على القانون أن يحسب حساب غرائز الفرد في المجتمع ، ولكنه انتهى إلى أن رجل القانون لا يستطيع اتخاذ الغرائز أساساً آمناً لدراسة المصالح ، فاتجه بعد ذلك إلى دراسة الظاهرة القانونية كظاهرة اجتماعية ، وأخذ يدرس النظم القانونية دراسة مقارنة ليتبين أي الحاجات أو المطالب تضغط من أجل الاعتراف بها وحمايتها . وإلى أي حد تحقق لها ذلك .

وانتهى باوند من دراسته إلى تقسيم المصالح ثلاث مجموعات :

أولاً : مصالح فردية ثانياً : مصالح عامة ثالثاً : مصالح اجتماعية .

وقال باوند بإمكانية إدماج المصالح العامة في المصالح الاجتماعية ، ويفرق بينها بأن المصلحة العامة إنما تعبر عن مطالب الجماعة باعتبارها شخصية قانونية ، بينما تعبر المصلحة الاجتماعية عن مطالب الجماعة كمجتمع إنساني ، وتتضمن المصالح الاجتماعية عند باوند (١) أمن الجماعة . (٢) وضمان النظم الاجتماعية . (٣) والأخلاق العامة . (٤) المحافظة على الثروة العامة . (٥) وحياة الفرد .

فالمحافظة على أمن الجماعة هي أولى المصالح الاجتماعية وأحقها بحماية القانون . إذ أنها أضمن ما تحرص عليه الجماعة لأنه وجود نفسه . ولعله يعني أمرين (١). السلامة العامة ، والسلام العام ، فالسلامة العامة هي سلامة الجماعة من الكوارث العامة ، كالغزو والحرب والفيضانات والزلازل والأوبئة . وقد اتسع معناها منذ القرن التاسع عشر نتيجة الثورات الصناعية وإنشاء المدن مما أبرز معنى السلامة العامة في الشؤون الخاصة بالمباني والمصانع والغذاء والأدوية والمواصلات والمهن وممارستها ، بما في ذلك كل ما يتصل بالصحة العامة .

أما السلام العام فيعني سلامة الجماعة إزاء الأفعال التي تخل بالنظام فيه . وهي تشمل منع الأفراد من انتزاع ما يروونه حقاً لهم عن طريق القوة . ويتدخل القانون الجنائي لحماية هذه المصالح تدخلاً كبيراً ، وثانيه : المصالح الاجتماعية هي المحافظة على النظم الاجتماعية ، ويرجع حرص الجماعة على نظمها إلى قيام كيانها على أسس هذه النظم سواء اتصلت بالشؤون العائلية أو السياسية أو الاقتصادية أو الثقافية . وتشمل الشؤون العائلية نظم الزواج والطلاق والميراث والعلاقات العائلية . كما أن المحافظة على النظام السياسي يعد وقاحة في أوقات الاضطراب والمحن . الضمان الوحيد للمحافظة على كافة المصالح الاجتماعية الأخرى ، أما النظم الاقتصادية فيقوم عليها كيان الجماعة الاقتصادية من إنتاج متوزع عمل ونقد إلى غير ذلك . والنظم الثقافية تشمل العقائد الدينية وحريتها . وثالثه : المصالح الاجتماعية هي الأخلاق العامة ، أي ما تعتقد الجماعة أنه خلقي ويستحق حماية من الإساءة إليه . ورابعه : المصالح الاجتماعية تتمثل في المحافظة على الثروة الطبيعية للجماعة وبذل أقصى طاقة لاستغلالها . وخامساً : تعتبر الجماعة الفرد الإنسان في ذاته مصلحة بكل جوانب حياته الاجتماعية في الفرد حفظ حياته ، وحفظه من الاعتداء على سلامة جسمه وصحته أو على عرضه أو على حريته الشخصية في التنقل . وحرية إرادته في التصرفات أو على سمعته ومشاعره . وكفالية حرية الفكر له . وغيرها من الحريات والحقوق .

(١) الدكتور أحمد خليفة في المرجع السابق ص ١٠٦ .

وهذه المصلحة الاجتماعية في الواقع يمكن التوسع في تفسيرها حتى تلحق كل المصلح الاجتماعية الأخرى . إذا قيل أن الأفراد هم في النهاية هدف الدولة ومن هنا كان تقدير المصلحة الاجتماعية في الفرد محل اختلاف كبير مما يؤدي إلى صدام بينها وبين المصالح الاجتماعية الأخرى .

وهذا البيان بتعداد المصالح عند باوند ليس إلا مجرد بيان بما يعتقد أنه هدف كل النظام القانونية المتدنية وليس من قبيل افتراض قيم معينة تتفوق على القانون الوضعي . كما أنه كغيره من المحاولات يتعدى مجرد محاولة لحصر هذه المصالح .

ويثور التساؤل دائما حول سبيل موضوعي لحصر هذه المصالح وتقديمها ليمنح بعضها الحماية القانونية ويقدم بعضها على البعض الآخر ؟

إلا أن هذه المشكلة لا يحلها المنطق . إذ الإجابة هنا تتركز على حكمه على قيم ، والقيم تحدد عوامل عاطفية ومن ثم ذاتية لا موضوعية . نسبية لا مطلقة .

وقد حاول الفلاسفة كثيرا الوصول إلى قيم موضوعية للمصالح ، حتى يتسنى وضعها في درجات الأهمية إلا أن هذه المحاولات انتهت دائما إلى اختلاف . إذ أنه مما لا شك فيه أن ما هو مصلحة اجتماعية وما هو مصلحة فردية أمر يختلف فيه النظر ، كما أن وضع المصالح الاجتماعية في مراتب متفاوتة الأهمية يعتبر أخذا بوجهة نظر سياسية معينة . وإبراز لفلسفة اجتماعية محددة .

وقد أثبت إعلان حقوق الإنسان في الأمم المتحدة سنة ١٩٨٤ م ، إنه من الصعب وليس من المستحيل الاتفاق على صيغة عملية لحقوق الإنسان في حياته الخاصة وحياته الاجتماعية . أما الوصول إلى اتفاق حول التبرير الفلسفي لهذه الصيغة العملية فهو الذي يبدو من المستحيل فعلا . وتحديد مصير حقوق الإنسان الاجتماعية والاقتصادية والفردية في الواقع المحسوس إنما يعتمد على النقيضة العليا التي تنسب إليها كل الحقوق . وتبعا للتدرج في هذه القيم التي تقرها المذاهب السياسية والاجتماعية المختلفة لا على ما يتفق عليه أنصار هذه المذاهب من اتفاقيات تدون على الورق .

ولما كانت الآراء والمصالح مختلفة متباينة بين الجماعات لا يكون القانون بالتالي واحدا وأيضا لما كانت الآراء والمصالح متباينة متضاربة في الجماعة الواحدة كان التشريع عملا عويصا ، إذ أن المشروع عليه أن يوازن بين المصالح والمبادئ ، وألا يضحى في سبيل حماية مصلحة بغيرها من المصالح بغير مبرر أو على حد لا مبرر له .

ثانيا : الحماية الجنائية للمصلحة :

إن القانون الجنائي يؤدي جانبا أساسيا من وظيفة القانون في حماية المصالح ، إذ أنه يهدف إلى حماية المجتمع ضد ما يهدده من أخطار أو أضرار . ومصالح المجتمع المباشرة أو غير المباشرة هي موضوع الحماية التي يشملها هذا القانون بما يضعه من عقوبات أو تدابير . فهو بحق قانون الدفاع الاجتماعي . وقبل أن نبين حدود الحماية الجنائية للمصلحة القانونية سوف نعرض بإيجاز سريع لحدود الحماية الاجتماعية الإنسانية كهدف للسياسة الجنائية .

حدود الحماية الاجتماعية الإنسانية :

إن الدولة بحكم وظيفتها عليها أن تحمي كافة المصالح القانونية ، سواء في ذلك حمايتها للمصالح الاجتماعية أو حمايتها للحقوق الإنسانية للفرد . أي حقوق الإنسان . فهذه الحقوق بحكم طبيعتها الإنسانية يجب أن يحميها القانون وعلى السياسة الجنائية أن توفق بين حماية المصلحة الاجتماعية ، وحماية حقوق الإنسان ، في إطار العلاقات الاجتماعية فما حدود هذه الحماية^(١) ؟ . يلتزم الفرد بحكم عضويته للمجتمع بالتكيف الاجتماعي أثناء ممارسته لحقوقه وحرياته . وذلك بأن يمارس هذه الحقوق والحرريات دون التضحية بالمصلحة العامة . أي من خلال العلاقات الاجتماعية كما ينظمها القانون .

ولذلك فيجب أن يراعى المشرع دائما أثناء تنظيمه للعلاقات الاجتماعية أن الإنسان الحر هو أساس المجتمع الحر ، وأنه لا يمكن تحقيق الحماية الاجتماعية إلا من خلال حماية الإنسان ، كما أنه لا يجوز السماح بقيام المجتمع إلى حد المساس بحقوق الإنسان وحرياته الأساسية . لأن المساس بحقوق الإنسان وحرماته منها معناه تجريده من الوسائل التي يحتج إليها لإثبات كيانه وتنمية شخصيته مما يعوق تكيفه مع حياة المجتمع .

ومن هنا يلاحظ أن حماية الحقوق القانونية للإنسان ليس على أساس اعتبارها حقوقا طبيعية له ، وإنما لاعتبارين :

أولهما : أن حماية حقوق الإنسان إنما تمثل قيمة اجتماعية تندمج في الشعور العام لأفراد المجتمع . ويجب مراعاة هذا الشعور محافظة على الكيان الاجتماعي .

ثانيا : إن احترام حقوق الإنسان هو وسيلة من وسائل ضمان تجاوبه الحقيقي مع المجتمع . ولهذا فقد عُنيت قواعد الحد الأدنى لمعاملة المسجونين التي قررتها الأمم المتحدة باحترام حقوق الإنسان ، ذلك لأن التجاوب الاجتماعي للسجين لا يتحقق إلا إذا تم بوسائل إنسانية . ويقول سالي في هذا المعنى " إن الخط المترتب على انتهاج وسائل منافية للحرية يبدو أكثر مما يهدد المجتمع من أخطار فردية^(٢) .

(١) يرجع في تفصيل ذلك إلى أصول السياسة الجنائية ، د. أحمد فتحي سرور ط ١٩٧٢ م ص ١٣٦ .

(٢) أصول السياسة الجنائية ، د. أحمد فتحي سرور ط ١٩٧٢ م ص ١٣٧ .

ويقول الدكتور أحمد فتحى سرور فيما تقدم :

" لقد ذكر مارك أنسل أن الدفاع الاجتماعى الجديد يحمى الفردية الاجتماعية . إشارة للفرد والمجتمع معا ، ولكننا نقول بأن السياسة الجنائية تحمى الاجتماعية الإنسانية . أى حماية المجتمع القائم على ضمان حقوق الإنسان بالمعنى الاجتماعى لهذه الحقوق . فالحد الأدنى لاحترام حقوق الفرد تجاه الدولة ، هو حقوق الإنسان باعتبار أن هذه الحقوق لازمة للحماية الاجتماعية ذاتها ^(١) .

وكما أن الاستقرار القانونى من مقتضيات احترام الشخصية الإنسانية . كذلك يلاحظ أن السياسة الجنائية بوضعها سياسة تشريعية تلتزم بمراعاة الضمانات الدستورية التى نص عليها الدستور .

وسوف نتناول حقوق الإنسان والاستقرار القانونى كالتزام تقتضيه الحماية الاجتماعية الإنسانية . ثم الضمانات الدستورية التى تزيد من حقوق الإنسان وتكفل حقوق المواطن ، كمحض التزام تشريعى تقتضيه طبيعة السياسة الجنائية كسياسة تشريعية للقانون الجنائى .

أولا : حقوق الإنسان :

يعتبر القانون الدولى هو المصدر الهام لحقوق الإنسان ، وذلك بما يتضمن ميثاق هيئة الأمم المتحدة وقراراتها ، والاتفاقات الدولية من قواعد ، والقانون الوطنى ما يلزم باحترام هذه القواعد وتطبيقها . إلا أن الالتزام مجرد التزام أدبى ، ولا يعتبر التزاما قانونيا . إلا إذا كان مصدره الاتفاقات الدولية ، وتتمثل القواعد الدولية لحقوق الإنسان فيما يتضمنه ميثاق الأمم المتحدة من حماية لهذه الحقوق ، وقيما وافقت عليه الجمعية العامة للأمم المتحدة فى ١٠ ديسمبر ١٩٨٤ م من الإعلان العالمى لحقوق الإنسان . وكذلك الاتفاقات الدولية وما تضمنته قواعد الحد الأدنى لمعاملة المسجونين ، وسوف نعرض لذلك بتفصيل مناسب عند بيان تفسير الحقوق فى الشريعة الإسلامية وقانون العقوبات .

ثانيا : الضمانات الدستورية :

تنص الدساتير المختلفة على احترام عدد من الحقوق والحريات العامة . ولكن الاحترام الواقعى لهذه الحقوق والحريات إنما يتفاوت من دولة إلى أخرى . تبعا للتفاوت بينها فى مدى الوعى السياسى ، ودرجة التقدم الاجتماعى والثقافى والاقتصادى .

فقد نصت بعض الدساتير على أن حريات وحقوق الإنسان والمواطن لا تقبل التصرف فيه ، مما يدل على كفاءة هذه الدساتير بنظمها لضمان الأسس التى تحرر الإنسان من كل أنواع الاستغلال والاستبداد ، بما تتم معه ممارسة الحريات والحقوق فى ظل قاعدة التضامن الإنسانى ،

(١) المرجع السابق ص ١٣٨ .

فيؤدي كل فرد ما عليه للمجموع ويؤدي المجموع ما عليه لكل فرد . كما عنيت بعض الدساتير الأخرى كالـدستور الفرنسي (١٩٨٥) والدستور الياباني (١٩٦٣) بتقنين حقوق الإنسان دفعها إلى مصاف الضمانات الدستورية . وقد جاء دستور مصر العربية (١٩٧١) فأورد في الباب الثالث عددا من الحريات والحقوق التي يتمتع بها المواطنون . كما نص في الباب الرابع على مقومات سيادة القانون ، والتي تكفل احترام حريات المواطنين وحقوقهم ، والحرية الشخصية هي أهم الحقوق والحريات التي كفلها هذا الدستور ونص عليها في المادة ٤١ منه بأنها: حق طبيعي ، وحرمة وسائل الاتصال الشخصي ، والحق في سلامة الجسم . وقد كفل الدستور عدة ضمانات لعدم المساس بهذه الحرية منها :

١- عدم جواز المساس بالحرية إلا بأمر قضائي ، تأكيدا لمبدأ أن القضاء هو الحارس الطبيعي للحريات .

٢- مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات .

٣- اقرار مبدأ أن المتهم بريء حتى تثبت ادانته في محاكمة قانونية تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه .

٤- فتح باب التظلم أمام القضاء من الأجراء المقيد للحرية الشخصية .

كما كفل الدستور حماية عدد من الحريات العامة فضلا عن الحرية الشخصية ، وهي ، حرية العقيدة ، وحرية ممارسة الشعائر الدينية ، وحرية الرأي والتعبير والنقد ، وحرية الصحافة والطباعة والنشر ، وحرية البحث العلمي ، وحق الهجرة ، وحق الاجتماع الخاص ، وحق تكوين الجمعيات والنقابات والاتحادات .

وفضلا عما حظره الدستور من الاعتداء على الحرية الشخصية أو حرمة الحياة الخاصة للمواطنين وغيرها من الحقوق والحريات العامة وما كفله من استقلال للقضاء وحصانته ونصه على أن التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة ، وأن لكل مواطن حق الالتجاء إلى قاضييه الطبيعي . فقد شرع الدستور ضمانتين إجرائيتين لكافة هذه الحريات ، وهما :

١) عدم تقادم الدعويين الجنائية والمدنية والمترتبين على الاعتداء على الحريات العامة (م٥٧).

٢) للمحكوم له حق رفع الدعوى الجنائية مباشرة إلى المحكمة المختصة على كل موظف عام مختص بمتنع عن تنفيذ الحكم الصادر لمصلحته (م ٧٢) .

ثالثا : الاستقرار القانوني :

يحتاج الأفراد المخاطبون بقانون ما إلى الشعور باستقرار هذا القانون . وذلك بأن يضمن لهم مقدما النتيجة القانونية المترتبة على أفعالهم . والاستقرار القانوني الذي يبغيه الفرد هو عدم التعرض لمفاجآت أو أخطار لم يكن يحسب لها حسابا عند مخالفة القانون . ولتحقيق هذا الشعور بالاستقرار القانوني عند الأفراد ، يجب أن تتمتع قواعد القانون المنظمة للمصالح المحمية

بالوضوح والثبات . وذلك لأن افتقار القانون للوضوح والثبات إنما يؤدي إلى عجزه عن التعبير عن الحقيقة . وبالتالي تكثر بشأنه التفسيرات ، ويصعب تنفيذه .
ومن مظاهر الاستقرار القانوني الذي يجب مراعاته في المجال الجنائي ، احترام مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ، وعدم رجعية قانون العقوبات ، فضلا عن ما تتضلع الحاجة إليه في نصوص القانون الجنائي من وضوح وثبات . لما تتطوى عيه من مساس بحريات المواطنين .

قلنا أن القانون الجنائي يؤدي جانبا من وظيفة القانون في حماية المصالح ، وأن هدفه حماية المجتمع ضد ما يهدده من أخطار وأضرار . ومصالح المجتمع المباشرة وغير المباشرة هي موضوع الحماية التي يشملها هذا القانون بما يضعه من عقوبات وتدابير ، ويختص القانون الجنائي بحماية المصالح الاجتماعية ولا يتعرض لحماية المصالح الفردية إلا إذا تضمنت في ثناياها مصلحة اجتماعية^(١). إن كانت تمثل وصفا يحميه القانون موضوعيا لحماية المجتمع ، وهذا ما يحمل القانون الجنائي على حماية حق الفرد في الحياة وسلامة الجسم والمال من الاعتداء . وقد يقال : أن قانون العقوبات يحمي أحيانا مصالح فردية ؟

ودليل ذلك ، أنه يتراخى عن الحماية أحيانا نتيجة رضاء المجني عليه ، كما أنه قد لا يتدخل إلا بناء على شكواه . ويجب عن ذلك : بأن رضاء المجني عليه الذي يعدم في بعض الجرائم ليس معناه أن القانون يحمي الحق الفردي للمجني عليه ، بل أن معنى ذلك أنه إذا ارتبطت مصلحة هامة بحقوق يجوز التنازل عنها . فإذا وقع اعتداء بإرادة صاحب الحق فلن ذلك لا يشكل أذى على المصلحة العامة ، فالحق هنا ليس فرديا خالصا ، ومما يؤكد ذلك أن تنازل صاحبه ورضاءه بعد وقوع الفعل لا يمنع قيام أو بقاء الصفة الجنائية للفعل . وبالنسبة لاشتراط الشكوى فإنما يرجع إلى أن اعلان الجريمة قد يكون أذاه بالمجني عليه أبلغ من أذاه بالجريمة كما هو الشأن في جريمة الزنا أو أن الأذى العام ضئيل جدا كما هو الشأن في السب .
وعموما : فإن تحديد المصالح الاجتماعية الجديرة بالحماية الجنائية إنما يتعلق بفلسفة المشرع وعقيدته . فبينما يرى مشرع حماية مصلحة ما حماية جنائية قد يرى مشرع آخر الاكتفاء بالحماية المدنية لهذه المصلحة .

والمصالح الاجتماعية التي يتناولها القانون الجنائي بالحماية تتصل بكل نواحي الحياة الاجتماعية للإنسان في المجتمع ، فهي قد تكون مصالح سياسية أو إدارية ، كما قد تتناول مصالح مدنية أو تجارية أو عائلية أو شخصية ، يرى المشرع أن لها صفة عامة تستدعي حمايتها حماية جنائية .

(١) النظرية العامة للتجريم للدكتور أحمد محمد خليفة ، ص ١١٠ وما بعدها .

والمصالح التي يحميها القانون الجنائي إما أن تكون مصلحة قد اكتسبت قانونيتها من النص الصريح عليها في قانون آخر . وإما أن تكون مصلحة غير منصوص عليها وإنما تعد حمايتها جنائيا إقرارا ضمنها بأنها مصلحة قانونية .

فالقانون الجنائي إنما يحمي بعض المصالح التي يقررها النظام الدستوري . كحماية الكيان السياسي للدولة على أساس أنه أداته لتحقيق المصالح فيكون هو بالتالي مصلحة واجبة الحماية. كما أنه يحمي أداء بعض الواجبات أو التمتع ببعض الحقوق التي ينص عليها الدستور . كواجب الولاء للدولة ، حرية العقيدة ، وحرمة المسكن ، والحريات الدستورية الأخرى . كما أن القانون الجنائي يكفل تنفيذ النظم التي تسنها القوانين لإدارة مرافق الدولة ومصالحه وتنظيم شؤونها . كما أنه يحمي بعض الحقوق التي يقررها القانون المدني أو القانون التجاري . كحقوق الملكية والحيازة . وحقوق الدائنين والمتعاملين . وحماية سلامة المعاملات والثقة فيها . كما أن القانون الجنائي يحمي الحقوق المقررة بمقتضى قوانين الأحوال الشخصية . كالامتناع عن تسليم الصغير . والامتناع عن دفع النفقة .

المبحث الثالث

الموازنة بين حماية كل من الشريعة والقانون للمصلحة

إذا كانت فكرة المصلحة التي أخذ بها أصحاب المذهب النفعي أو الغائي قد تبلورت أخيراً في التنظيم القانوني عندما اتجه المفكرون بعقولهم إلى الواقع . وأصبح رجال القانون يتفهمونه في ضوء الحقائق . فإن الشريعة الإسلامية منذ نشأتها ، إنما جاءت لحماية المصالح الإنسانية الحقيقية . فما من حكم في الإسلام إلا وفيه مصلحة للناس . وكل ما شرعه الإسلام من نظم وأحكام إنما أساسه المصلحة . وهي تتحقق في كل مراميه ومقاصده . والإنسان مناط التكليف صاحب العقل السليم من الآفات الفكرية . والإدراك الواعي ما ينظر في ما أمر به الشارع الإسلامي ويتتبع نتائجه وآثاره إلا وجد فيه المصلحة واضحة نيرة . وما من أمر ينهى الشارع عنه إلا وفيه المضرة بارزة . وقد جعلت الشريعة أساس التجريم مقدار الاعتداء على المصلحة المعتبرة في الشرع كما راعت في العقوبة أن تكون متساوية قدر الإمكان مع الضرر الذي ترتب على الفعل الإجرامي . إذ أن الغاية من العقاب في الفقه الإسلامي المنفعة العامة وحماية مصالح الناس . كما أن الشريعة نهت عن الضرر وجعلت الفساد ممنوعاً بحكم الشرع . يقول: صلوات الله عليه " لا ضرر ولا ضرار " وقال تعالى في وصف المنافقين " ﴿أَلَا إِنَّهُمْ هُمُ الْمُفْسِدُونَ وَلَكِنْ لَا يَشْعُرُونَ﴾ (البقرة: ١٢) " وقال سبحانه وتعالى في وصف الحاكم الظالم " ﴿وَإِذَا تَوَلَّى سَعَى فِي الْأَرْضِ لِيُفْسِدَ فِيهَا وَيُهْلِكَ الْحَرْثَ وَالنَّسْلَ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ الْفُسَادَ﴾ (البقرة: ٢٠٥) . وإذا كان فلاسفة القانون مثل بنتام وباوند واهرنج قد أعياهم البحث عن سبيل موضوعي لتحديد المصالح التي يجب على القانون حمايتها . ووضع بيان يحصر هذه المصالح . وتعددت أساليبهم في ذلك من جعل الغرائز أساساً لتحديد المصالح إلى غير ذلك من طرائق البحث . ولكنهم انتهوا في ذلك جميعه إلى اختلاف . فقد رأينا أن تنظيم الشريعة الإسلامية لذلك أكثر استقراراً وثباتاً . بفضل ما تمتاز به عن غيرها من الشرائع والقوانين الوضعية . إذ أنها جعلت أساس المصلحة المعتبرة ، هو ما يوافق أحكام الشريعة الإسلامية . وما نتحقق به مقاصدها . فما من حكم في الإسلام إلا وفيه مصلحة للناس . وبذلك يرقى المجتمع الإسلامي برفق المصالح المشروعة فيه وحماية الشريعة الإسلامية لها . والمصلحة الواجبة الحماية في الإسلام هي المصلحة الحقيقية وليست الهوى . وقد تكون هذه المصلحة ذاتية ، بحيث لا يتخلف الحكم فيها بطلبها ووجوب الحماية لها في كل الأحوال ، وقد تكون إضافية ، بمعنى أن يكون الأمر مصلحة في وقت دود وقت ، وفي زمان دون زمان ، ولناس دون ناس . ويتمثل ذلك في المباحات كبعض الأطعمة .

وقد أرجعت الشريعة المصالح المعتبرة سواء كانت ذاتية أو إضافية إلى أمور كلية خمسة ولا يتصور مصلحة حقيقية معتبرة سواء كانت خاصة بالفرد أو الجماعة بعيدة عن هذه الأمور الكلية الخمسة . ثم إن الشريعة قد رتبت هذه المصالح حسب أهميتها في وجوب الحماية . وقدمت ما هو ضروري منها وهو ما تقوم عليه حياة الناس وتستقيم به مصالحهم . على ما هو حاجي وهو ما يحتاج إليه الناس للتيسير واحتمال مشاق التكليف وأعباء الحياة . ثم قدمت ما هو حاجي على ما هو تحسيني وهو ما يتحقق به تحسين حال الأفراد والجماعة مما تقتضيه المروءة والآداب وسير الأمور على أحسن منهاج . وهذه المصالح في جملتها ، أى عند النظر إليها في جملة المجموع ذاتية كلية وعند النظر لكل فعل بمفرده نسبية إضافية . وقد جعلت الشريعة الاعتداء على المصالح المعتبرة هو الجريمة في أصل معناها . وأوجب مراعاة التساوى بين العقوبة والضرر اللاحق في المصلحة المعتدى عليها . وأشد الجرائم ضررا الواقعة على المصالح الضرورية . مع التفاوت فيما بينها ، ويلبها الجرائم الواقعة على المصالح الحاجية ، ثم الجرائم التي تمس المصالح التحسينية .

وإذا كانت التفرقة بين الحماية المدنية للمصالح جعلت حماية القانون الجنائي للمصالح خاصة بحماية المصالح الاجتماعية ولا يتعرض لحماية المصالح الفردية إلا إذا تضمنت في ثناياها مصلحة اجتماعية ^(١) . فإن الشريعة الإسلامية قد امتدت حمايتها إلى جميع المصالح المعتبرة لديها . سواء كانت تمثل هذه المصلحة حقا للفرد ومصالحة وتتاولتها بالحماية الكاملة . وقد راعت الشريعة دائما أثناء تنظيمها للعلاقات الاجتماعية أن الإنسان الحر هو أساس المجتمع الحر . وأن الحماية الاجتماعية لا يمكن تحقيقها إلا من خلال حماية الإنسان . وقد حمت الشريعة الإنسان لذاته ، وكرمه على سائر المخلوقات . يقول تعالى : ﴿ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا ﴾ (الإسراء: ٧٠) " وقد انتهت الشريعة في تنظيمها للمصالح . إن المصالح المعتبرة هي المصالح الحقيقية التي أساسها النفع المعتبر الذي يعود إلى المحافظة على الأمور الخمسة . وأن المنافع إضافية . فقد تكون منافع قوم فيها ضرر بآخرين . وقد تكون منفعة حاضرة تدفع منفعة آجلة ، فالمصلحة في ذاتها أمر متحقق ثابت . وإنما كون هذا الأمر نافعا أو ضارا وتحقق هذا الوصف يختلف باختلاف الأشخاص والأوضاع والأحوال والأقاليم كما أن المصلحة ليست مرادفة للذة والشهوة إذ أن الشهوات والأهواء أمور شخصية وقتية وقد تكون انحرافا يؤدي في بعض الأوقات إلى الجرائم التي هي ضد المصالح . فعندما تسود الأهواء تذهب المصالح . كما أن أغراض الناس وغايتهم ليست دائما متجهة إلى المصالح التي يحميها الإسلام إنما يحمي الإسلام

(١) د . أحمد خليفة في النظرية العامة للجريمة .

من الأغراض والمقاصد الشخصية ما يتفق مع المصلحة العامة التي يدعو إليها . وهذا المبدأ وهو بطلان اعتبار الهوى من قبل المصالح والذي ذكره الشاطبي في الموافقات هو ما يقرره العلماء في العصر الحديث بعد أن استنبطوه من كتاب الله وسنة رسوله . وسوف نورد ما قرره الشاطبي في الموافقات دالا على هذا المعنى وما ذكره الفيلسوف الإنجليزي بنتام في كتاب أصول الشرائع مما يؤكد انتهاء علماء العصر الحديث إلى ما قرره الشريعة الإسلامية منذ قرون عدة: يقرر الشاطبي ، في الموافقات أمرين (١).

" أولهما : أن المنافع والمضار عامتها تكون اضافية لا حقيقية . ومعنى كونها اضافية أنها منافع أو مضار في حال دون حال ، وبالنسبة لشخص دون شخص ، أو وقت دون وقت . فالأكل والشرب مثلا منفعة للإنسان ظاهرة ولكن عند وجود داعية الأكل . وكون المتناول لذذا طيبا لا كريبه مرا ، وكونه لا يولد ضررا عاجل أو أجل ، وهذه الأمور فلما تجتمع فكثير من المنافع تكون ضررا على قوم آخرين ، ولا منافع لهم ، أو تكون ضررا في وقت أو حال ولا تكون ضررا في وقت آخر .

وهذه كله بين في كون المصالح والمفاسد مشروعة أو ممنوعة لإقامة هذه الحياة ، لا لنيل الشهوات ولو كانت موضوعة لذلك ، لم يحصل ضرر متابعة الأهواء ، ولكن ذلك لا يكون ، فدل على أن المصالح والمفاسد لا تتبع الأهواء " ويذكر الشاطبي " ثانيا : أن الأغراض في الأمر الواحد تختلف بحيث إذا نفذ غرض بعض الناس ، وهو منتفع به ، تضرر آخر لمخالفة غرضه ، فحصول الاختلاف في الأكثر يمنع أن يكون وضع الشريعة على وفق الغرض والشهوة وإنما يثبت وضعها على وفق المصالح مطلقا ، وافقت الأغراض أو خالفها " ويقول بنتام في كتب أصول الشرائع :

" وإنا نعجب كل العجب من حال قيم سخفاء العقول يريدون أن يجعلوا من اجسامهم قانونا للناس ويدعون أنهم من الخطأ معصومون ، لأن أصلهم الذي ركنوا إليه ، وسموه الوجدان ليس عقليا ، بل العقل يأباه كل الإباء .. والذي نراه أنه لا يصح مطلقا الاعتماد على الميل والنفور ، لأن المسترشد بهما مخطئ في كثير من الأحوال ، لأنه قد يكون مبطلا في ميله أو نفوره كما يقع ذلك من المتشددين ، والمتعصبين لطائفة من الطوائف ، لكون أعمالهم هذه لا أساس لها ، سوى الميل والنفور ، وما التاريخ إلا حكاية ما وقع في الأزمان الغابرة من المنازعات والمخاصمات التي لا أصل لها ، ولا فائدة ، فمن الأمراء من كره قوما من رعيه لكونهم يلفظون ببعض كلمات لا تأثير لها في الحقيقة وما حمله على ذلك سوى أخذهم بغير المذهب الذي يأخذ به هو ، فهو كاثوليكي مثلا . وهم انجليون ، أو محمديون ، وكان يعد لهم النيران ، ويرمى بهم فيها ، ثم

(١) الموافقات للشاطبي .

يجعل يوم إعدامهم عيداً .. نعم أن النفور تارة يجتمع مع المنفعة . لكن لا يحسن جعله السبب في العمل ، وإن كان حسناً في ذاته ، كإقامة الدعوى على السارق أمام المحاكم ، فإنها مما يستحسن ، لكن لا تصح أن يكون بناؤها على أن السارق مكروه تنفر منه النفس ، فإن ذلك مما لا يحمّد أثره ، بل مما يعظم ضرره ، إن جاء بخير مرة ، فقد يجلب الشر مراراً ، وإن أضمن الطرق لصحة الأعمال ، وجعلها للخير دائماً أن نبني مع مراعاة المنفعة التي تحد السير ، وهي معقد النظام ولا خوف من المغالاة في مراعاتها ، لسهولة الوقوف على مقدارها ، ويجب أن يكون كاملاً من الميل والنفور خاضعاً لها^(١) .

(١) أصول الشرائع لبنتمام ، تعريب فتحى زغلول ج ١ ص ٢٣، ٢٢، ٢١ .

الفصل الخامس

تقسيم الحقوق في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

ويشتمل على ثلاثة مباحث :

- المبحث الأول : تقسيم الحقوق في الفقه الجنائي الإسلامي .
- المبحث الثاني : تقسيم الحقوق في القانون الجنائي الوضعي .
- المبحث الثالث : في الموازنة بين تقسيم الحقوق في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي .

الفصل الخامس

تقسيم الحقوق في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

المبحث الأول : تقسيم الحقوق في الشريعة الإسلامية

يقسم الفقه الإسلامي الحقوق إلى أقسام عدة باعتبارات مختلفة ، وليبيان ما هو عام من الجرائم وما هو خاص منها .

فقد قسموا الحق باعتبار صاحبه إلى أربعة أقسام :

- (١) حقوق خالصة لله تعالى .
- (٢) حقوق فيها حق لله وحق للعبد ولكن حق الله فيها غالب .
- (٣) حقوق فيها حق لله وحق للعبد ولكن حق العبد فيها غالب .
- (٤) حقوق خالصة للعبد .

وسوف نعرض لتنظيم الشريعة لهذه الأقسام مبرزين الجانب الجنائي منها وهو الذي يخصصنا في هذا المقام .

القسم الأول : حق الله ويسمى الحق العام .

وهو ما قصد به قصدا أوليا التقرب إليه سبحانه وتعظيمه وإقامة دينه . أو قصد به حماية المجتمع بأن ترتب عليه مصلحة عامة له من غير اختصاص بأحد (١). ويعرف أيضا بأنه ما يتعلق به النفع العام من غير اختصاص بأحد فينسب إلى الله تعالى لعظم خطره وشمول نفعه (٢). وذلك كالعبادات الواجبة . والكف عن المحرمات وإقامة الحدود على الجرائم كالزنا وشرب الخمر والسرقه وقطع الطرق . ومنه أيضا صيانة المرافق العامة .

وهذه الحقوق عامة لا يختص بها واحد دون غيره . إذ أن المصلحة فيها عامة . وصيانتها شركة بين الناس وينوب عنهم ولى الأمر في إقامة الحدود والتعزير على مخالفتها . وإنما أضيفت هذه الحقوق إلى الله تعالى تعظيما لها وتوكيدا لاحترامها والمحافظة عليها . إذ أنه سبحانه يتعالى الانتفاع بشئ ويتنزه عن أن يكون له حق بهذا الوجه (٣).

وعلى هذا فإن لكل أحد من الناس كما لولى الأمر المطالبة بهذه الحقوق والدفاع عنها . ولا يجوز لأحد من الناس التنازل عنها ، كما أنه لا يجوز لولى الأمر التصرف فيها إذ أنه الأمين على حقوق الله فلا يجوز له أن يضيعها " ويستثنى من ذلك التعزير على ترك حق الله كالصلاة

(١) النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية ، للأستاذ الدكتور احمد فهمى أبو سنة ص ٥٦ .

(٢) التلويح على التوضيح للإمام سعد الدين التفترانى ص ١٣٠ .

(٣) تيسير التحرير في بحث الحقوق ، حاشية مثلا خسرو على التوضيح على التنقيح ص ١٢٩ .

فإن للإمام العفو إذا علم صدق وتوبة الجاني أو رأى المصلحة في عدم التعذير لأن أصل عقوبته مفوضة إليه فكذلك العفو عنها " . وليس للمسروق منه أن يسقط حد السرقة . ولا للمرأة أن تسقط حرمة الزنا بها . وقد وردت على ذلك أدلة كثيرة من الشرع منها ما رواه البخاري عن عائشة ؓ، أن النبي ﷺ قال : لأسامة بن زيد عندما شفع في المرأة التي سرقت وأراد النبي قطع يدها " أتشفع في حد من حدود الله ، إنما هلك الذين من قبلكم أنهم كانوا إذا سرق الشريف تركوه وإذا سرق الضعيف أقاموا عليه الحد ، وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها ^(١) . وما أخرجه البيهقي عنه ﷺ أنه قال : " من حالت شفاعته دون حد من حدود الله تعالى فقد ضاد الله في حكمه " .

والرأى الغالب لدى الفقهاء حصر حقوق الله الخالصة في ثمانية أقسام :

- (١) عبادات خالصة . " كالإيمان " .
 - (٢) عقوبات خالصة . " كالحدود " .
 - (٣) عقوبات قاصرة . " كحرمان القاتل من الميراث " .
 - (٤) حقوق دائرة بين العبادات والعقوبات " كال كفارات " .
 - (٥) عبادات فيها معنى المؤنة . " كصدقة الفطر " .
 - (٦) مؤنة فيها معنى العبادة . " كالعشر " .
 - (٧) مؤنة فيها معنى العقوبة . " كالخراج " .
 - (٨) حق قائم بنفسه . " خمس الغنائم " .
- ويعني من هذه الأقسام العقوبات .

القسم الثاني : ما اجتمع فيه الحقان وحق الله غالب .

كصيانة الإنسان لحياته وعقله وصحة بدنه عن الإفساد . وصيانة ماله عن الإثلاف أو الإنفاق في غرض غير مشروع . وهذا النوع من الحقوق لا يجوز للإنسان التصرف فيه أو إسقاطه . فلا يجوز للإنسان أن يعتدى على حياته أو صحته أو يتلف ماله فيما لا يفيد . وقد اختلف في حد القذف . فقال الحنفية أن الغالب فيه حق الله لأن حق الإنسان وهو صيانة العرض يحرض عليه الشارع ويتولاه . وعليه فإن المقدوف ليس له حق العفو عن حد القذف . كما أن هذا الحد لا يورث عندهم فليس لورثة المقدوف المطالبة بالحد ، وذهب الشافعية

(١) سبل السلام للصنعاني ج٤ ص٢٠ ، وقد روى هذا الحديث بعدة طرق منها حديث بن عمر قال : " كانت امرأة مخزومية تستعير المتاع وتجده فامر النبي ﷺ بقطع يدها " رواه أحمد والنسائي وأبو داود وأخرجه أبو عوانة في صحيحه من طريق أبيوب بن نافع عن بن عمر ، وأخرجه أيضا النسائي وأبو عوانة من وجه آخر عن عبد الله بن عمر العمرى عن نافع عنه بلفظ (استعارت حليا) ويرجع في تفصيل ذلك إلى كتب الحديث .

إلى أن الغالب في حد القذف حق الإنسان لحاجة الإنسان إلى حقه وغنى الرب تبارك وتعالى .
وعليه فلمقذوف الحق في العفو عن حد القذف ولورثته المطالبة بعد موته .

القسم الثالث : ما اجتمع فيه الحقان وحق العبد غالب .

كالقصاص ، فإن فيه حقاً لله تعالى ، وهو المنع من ارتكاب جريمة القتل لقوله تعالى :
﴿لَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾ (البقرة: ١٧٩) ، كما أن فيه حقاً
للإنسان وهو شفاء غيظ أهل القتل وتهذبة نفوسهم ، وجبر ما فات عليهم من الانتفاع بحياته .
وحق الإنسان فيه غالب لأن الله سبحانه ندب لولى المقتول إلى العفو والصلح قال تعالى
﴿فَمَنْ غَفَى لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبَاعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِنْ رَبِّكُمْ
وَرَحْمَةٌ﴾ (البقرة: من الآية ١٧٨) وهذه الحقوق وما يندرج تحتها من عقوبات التعزير للتأديب
على الاعتداء على مافيه حق للعبد من النهي عن المنكرات يجوز للإنسان إسقاط حقه فيها بالعفو
عنها والصلح عليها بمال أوخلافه . ولكن لا يلزم من ذلك إسقاط حق الله . فلولى الأمر تعزير
القاتل والمرتكب لجريمة معاقب عليها بالتعزير على خلافه بين الفقهاء في جواز الوصول
بعقوبة التعزير من ولى الأمر إلى مقدار العقوبة الأصلية .

القسم الرابع : حق الإنسان الخالص .

وهو ما فيه مصالح الإنسان الخاصة . كبيعته وشرائه وإقراضه . وحق الإنسان في داره
وزوجه . وهذا النوع من الحقوق لصاحب الحق وحده دون غيره التصرف فيه والمطالبة به
واسقاطه إن احتمل الإسقاط .

الآثار العملية لهذا التقسيم :

بهذا التقسيم يتبين ما هو عام وما هو خاص من الحقوق . وتعتبر الجريمة عامة أو خاصة
بعموم الحق المتعدى عليه أو خصوصه ، فتتخذ الدعوى على الجريمة صفة الحق وتدور معه
في العموم والخصوص . وما يتبع ذلك من جواز التنازل والعفو أو نعدامهما .

وقد رأينا أن حق الله تعالى لا يجوز للعبد التنازل عنه . ولا يسقط بالتقادم كما يرى
البعض كما أنه لا يجرى فيه العفو ولا الصلح إلا فيما أباحه الله في ذلك كإباحته سبحانه العفو
عن النائب في حد المحاربة .

أما حقوق العبد فيجوز التنازل عنها والتصالح عليها . وتسقط الدعوى فيها بالتقادم . وكذلك
لا يهمل حق العبد في الحقوق التي يجتمع فيها حق الله وحق العبد . ويكون حتى الله فيها غالب
فإنه وإن كانت تبرز في هذه الحقوق صفة العمومية ، إلا أن حق العبد مراعى فيها ، ويجب
اعتباره وإن كان مجاله ضيقاً .

أما الحقوق التي يجتمع فيها الحقان وحق العبد هو الغالب فإن طبيعة الحق الخاص تتغلب
في هذا المجال مع عدم إهمال حق الله ففي القصاص مثلاً ، يجتمع الخصمان فحق العبد وهو

الغالب يجوز فيه التنازل والعتو والتصالح على مال أو مصلحة . ولكن مع ذلك يبقى حق الله فلا إمام أن ينفذه حتى مع تنازل العبد عن حقه . إذا ما رأى أن القاتل أصبح من المفسدين في الأرض ، ولا يمكن درء خطره . إلا بالخلاص منه فيجوز له أن يطبق عليه عقوبة التعزير . وبلاستقراء في الفقه الإسلامي نجد أن المجالات التي يجتمع فيها الحقان ، حق الله وحق العبد لا يكون الحق فيها واحدا ذا طبيعة مركبة . وإنما يوجد حقان مستقلان ، غير أن أحدهما أقوى من الآخر ، وبالتالي تكون آثاره أغلب . ولا يعني ذلك أن الحق الضعيف يتلاشى أمام الحق الأقوى وإنما يضيف نطاق آثاره تبعا لامتداد نطاق آثار الحق الآخر .

ويتبع هذا التقسيم للحقوق الحق في العقوبة المقررة لأنواع الجرائم التي تنقسم هي الأخرى حسب طبيعتها الخاصة إلى :

(١) جرائم ضد الجماعة .

(٢) جرائم ضد الأفراد .

فالجرائم التي تقع ضد الجماعة ، هي التي شرعت عقوبتها لحماية لحقوق الله تعالى . والتي يعني بها كما سبق أن أوضحنا حماية مصالح الجماعة . وإنما جعلت العقوبة فيها حقا لله تعالى ، تعظيما لشأنها ، وإنشاء لحسامة خطر الاعتداء عليها . وإشارة إلى عدم جواز العفو عنها أو تخفيضها أو إيقاف تنفيذها . فالجرائم من هذا النوع التي شرعت العقوبة فيه لحماية مصالح الجماعة بصرف النظر عن جسم الجريمة فيها أو شخص المضرور منها . سواء كان فردا أو جماعة أو أمن الجماعة ونظامها . إنما هي جرائم ضد الجماعة . وذلك عن خلاف الجرائم التي تقع ضد الأفراد ، وهي التي شرعت العقوبة فيها لحماية مصالح الأفراد . وإن كانت تمس في الوقت ذاته مصالح الجماعة .

وبتطبيق ذلك على الجرائم التي عقوبتها الحدود والقصاص والتعازير ، نجد أن الجرائم التي عقوبتها الحدود من الجرائم التي تمس مصالح الجماعة . وإن كانت غالبا ما تقع على أفراد معينين . وتمس مصالحهم ماسا شديدا . كالسرقة والقتل وليس بمعنى كونها ماسة بالجماعة أنها لا تمس الأفراد ولا تصيبهم بالضرر . وإنما معنى ذلك أن مصلحة الجماعة فيها تتغلب على مصلحة الأفراد بحيث أن الفرد لو عفا لم يكن لعفوه أثر على الجريمة أو العقوبة .

وبالنسبة للجرائم التي عقوبتها القصاص والدية فهي من الجرائم التي تقع مباشرة على الأفراد . وليس معنى ذلك أنها لا تمس مصالح الجماعة . وإنما ينعكس أثرها على الجماعة بالضرر وعلى مصالحها بالتهديد والخطورة وإنما غلب فيها حق الفرد على حق الجماعة . فله أن يتنازل عن العقوبة المقررة على هذه الجرائم أو يستبدل أولاه بالثانية . أي يتنازل عن القصاص والدية معا أو عن القصاص إلى الدية ، وإنما كان له هذا الحق لأن الجريمة إنما تمس ماسا مباشرا . وحق الجماعة في هذه الجرائم لا يسقط بتنازل المجني عليه عن حقه في

العقوبة . وإنما لولى الأمر أن يوقع عقوبة تعزيرية على الجاني حفظاً لمصلحة الجماعة التى
مست مساساً غير مباشر .
وفي الجرائم التى عقوبتها التعازير نجد أن بعضها يمس مصلحة الجماعة وبعضها يمس
مصلحة الأفراد والجماعة كذلك على النحو السابق الذى أوضحناه فى حينه .
ومما سبق يتضح أن مامن جريمة تمس مصلحة الجماعة إلا وهى فى النهاية تمس مصلحة
الأفراد وكذلك مامن جريمة تمس مصلحة الأفراد إلا وهى فى النهاية تمس مصلحة الجماعة (١).
وإنما اعتبار الشريعة بعض الجرائم ماسة بمصلحة الأفراد إنما ذلك لأنها تمس مصلحة الأفراد
أكثر مما تمس مصلحة الجماعة . لذا يقول بعض الفقهاء " ما من حق لأدمى إلا والله فيه حق ،
إذ من حق الله على كل مكلف ترك أذاه لغيره " (٢).

(١) الأستاذ عوده ج ١ ص ٩٩ ،

(٢) شرح الزرقانى على مختصر خليل ج ٨ ص ١١٥ .

المبحث الثانى

تقسيم الحقوق في القانون الوضعى

الحقوق في القانون الوضعى مقسمة إلى تقسيمات لاعد لها ولا حصر . ولكن كل هذه التقسيمات لا تعيننا بشئ إذا نظرنا إليها من زاوية البحث الذي نقوم به . وإن كان هنالك تقسيم واحد يهمنا في هذا الأمر .

فالحقوق منظور إليها من هذه الزاوية تنقسم إلى ثلاثة أقسام :
حقوق تمس الدولة ويحميها قانون العقوبات كحق الدولة في أمنها . إذ الاعتداء على أمن الدولة من الداخل أو الخارج فيه اعتداء على الدولة أى على حقوق الجماعة وحقوق تمس الفرد دون أن تمس الجماعة أى الدولة . وذلك كحقوق الخاصة فيما يتعلق بالالتزامات ووفاء الديون .
فالدولة لا تتدخل في حماية هذه الحقوق باعتبارها طرفا فيها . وإنما تتدخل باسم الفرد ولمصلحة الفرد .

وهذه الحقوق لا يحميها قانون العقوبات وإنما يحميها القانون المدنى وقانون المرافعات المدنية والجنائية وإن كانت الدولة نفسها تتدخل لهذه الحماية . وذلك لتنفيذ الأحكام الصادرة من القضاء بشأنها .

وهنالك حقوق مشتركة بين الدولة والفرد ومثالها الاعتداء على الملكية بطريق السرقة ففيه اعتداء على أمن الدولة من الداخل وهو حق الجماعة ، واعتداء على ملكية الفرد ، فأما حق الدولة فيحميه قانون العقوبات ، وأما حق الفرد فتحميه الدعوى المدنية بالتعويض أو باسترداد الشئ المسروق .

وحق الدولة أو حق الجماعة ليس هو من قبيل الحقوق العامة ، لأن الحقوق العامة أو الحريات العامة هى حقوق للفرد دون الجماعة وسميت عامة لأن الناس جميعا يتساوون فيها . والدولة نفسها ملزمة بتحقيقها للفرد . فهى للفرد باطلاق وليست للجماعة .

المبحث الثالث

في الموازنة بين تقسيم الحقوق في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

من تقسيم كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي للحقوق نرى الاتفاق في ضرورة التفرقة بين ماهو عام من الحقوق وماهو خاص منها . إذ أن الأول للجماعة كلها حق الانتفاع به كوحدة دون التمييز بين شخص وآخر أو بين فئة وأخرى ، كما أنه ليس لأحد الاستقلال به دون أحد ، ويقع على الجميع عياً وجوب المحافظة عليه والذود عنه . وصيانته ، وتتولى الدولة حمايته ومعاقبة المعتدى عليه نيابة عن المجتمع .

أما النوع الثاني وهو الحق الخاص . فهو اللاصق بالشخص . والذي له وحده حق الانتفاع والاستمتاع به . كما له وحده حق التصرف فيه ، يحده في ذلك ، عدم تعريض مصالح الناس للخطر . وألا يترتب على استخدامه من الضرر ما يفوق المصلحة المترتبة على ذلك . كما أنه يجب على الجميع حماية هذا الحق بعدم الاعتداء عليه أو تعريضه للخطر .

إلا أن هذا التقسيم في القانون الوضعي إنما يبرز في القسم المدني منه . الذي يهتم بالحقوق وتقسيمها وبيان العقود المتعلقة بها . بينما يتجه التطور بالقانون الجنائي كما سبق أن أسلفنا إلى عدم الاهتمام بالأفراد حيث أن قواعده لا تحمي المصلحة باعتبارها مصلحة خاصة للفرد المجني عليه . وإنما تحمي المصلحة أو الحق باعتباره حقاً عاماً للجماعة يتوقف على حمايته أمن الجماعة وضمان حرياتها وسلامتها . ولذا يرى البعض أن الدولة مجنى عليها في كل جريمة من الجرائم إما بصورة مباشرة أو غير مباشرة . والاتفاق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في المبدأ نحو تقسيم الحقوق إلى حق عام وحق خاص . ليس معناه اتفاق النظامين في كل ماهو عام وماهو خاص من الحقوق . فبينما نرى أن الحق في جريمة مامن الحقوق العامة التي لايجوز لشخص ما التنازل عنه أو العفو عن العقوبة فيه في ظل الفقه الإسلامي . كالحق في جريمة الزنا ، نجد الأمر على خلاف ذلك في القانون الجنائي المصري ، إذ أن الحق في جريمة الزنا بين الأزواج . من حق الزوج الذي له أن رضى بالجريمة أو يسكت عليها فلا يتقدم بالشكوى، فلا تتحرك الدعوى الجنائية ، بل له أن يتنازل عن حقه هذا حتى بعد تحريك الدعوى . ولو صدر فيها حكم فله التنازل عنه ، فلا توقع العقوبة على الزوجة الزانية بل لا تكون هناك جريمة مطلقاً . إلى غير ذلك من الاختلافات بين ماهو عام وماهو خاص من الحقوق في الفقه الجنائي الإسلامي وقانون العقوبات . مما سوف يأتي الكلام عليه في حينه بإذن الله تعالى .

ولا يخفي في إبداع الفقه الإسلامي وعظمته ودقته عند استعراض تقسيم الحقوق السالف فيه إذ جعل من الحقوق ماهو خالص لله ، وجعله حقاً عاماً ، خاصته أنه يتعلق بالنفع العام من غير

اختصاص بأحد . وجعل صيانة هذه الحقوق شركة بين الناس ، بنوب عنهم ولى الأمر في إقامة الحدود والتعزير على مخالفتها ، وليس لأحد التنازل عن هذه الحقوق . كما أنه ليس لولى الأمر التصرف فيها . وتتخذ الدعوى عن هذه الحقوق صفة العمومية للحق المنوطة به . وتدور معه في العموم والخصوص وما يتبع ذلك من جواز التنازل والعفو أو انعدامهما .

على خلاف ما ترتب على تحديد الحق بكونه حقاً خالصاً للعبد . وبالتالي أجاز له التنازل عنه والتصلح عليه . وشمله بالعناية والرعاية حتى ولو كان حق العبد هذا في الحقوق التي يجتمع فيها الحقان وحق الله غالب فلا إهمال لحق العبد ، بل حق العبد في هذه الحقوق مراعى وواجب اعتباره وإن ضاق مجاله . بل من مظاهر اهتمام الشريعة بالفرد الإنسانى ، نواة المجتمع ، وأساسه بجانب اهتمامها بالمجتمع وصالح الجماعة الإسلامية وتقديمها على مصالح الفرد . أن جعلت الحق المشترك بين الله والعبد ولكن حق العبد غالب . تتغلب فيه طبيعة الحق الخاص . ويجوز فيه التنازل والعفو والتصلح على مال أو مصلحة . ولكن مع عدم إهمال حق الله ، بل يبقى للإمام أن يستوفيه حتى مع تنازل العبد عن حقه . إذا ما رأى في ذلك المصلحة . هذا ولا زال فقهاء القانون الوضعى يتخبطون في محاولة الوصول إلى معيار موضوعى لما هو عام أو خاص من الحقوق أو المصالح المحمية . وها هى الشريعة السمحة والفقه الإسلامى الحنيف قد وضع المعيار الثابت والموضوعى لتقسيم الحقوق منذ نشأته القديمة فليعتبر أولو الأبصار .

الباب الثاني

"رضاء المجني عليه كسبب للإباحة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي"
ويشتمل على ثلاثة فصول :

الفصل الأول : رضاء المجني عليه كسبب للإباحة في الفقه الإسلامي .

الفصل الثاني : رضاء المجني عليه كسبب للإباحة في القانون الوضعي

الفصل الثالث:الموازنة بين رضاء المجني عليه كسبب للإباحة في الفقه الإسلامي
والقانون الوضعي

الفصل الأول

رضاء المجنى عليه كسبب للإباحة في الفقه الجنائي الاسلامي

و يشتمل على أربعة مباحث ..

المبحث الاول : اسباب الاباحه في الفقه الاسلامي

المبحث الثاني : حق الفرد و حق الجماعة في الجرائم المختلفة

المبحث الثالث : الاذن بالقتل و الاذن بالجرح و آراء الفقهاء في ذلك

المبحث الرابع : الرضا لا يبيح الجريمة في الفقه الاسلامي

الفصل الأول

رضاء المجني عليه كسبب للإباحة في الفقه الإسلامي

نطاق هذا البحث :

رأينا أن الشريعة الإسلامية قد قسمت الحقوق إلى ما هو حق خالص لله تعالى ، أو حق الله فيه غالب ، وما هو خاص للفرد أو حق الفرد فيه غالب . وأن هذا التقسيم إنما جعل حقوق الجماعة منسوبة إلى الذات العلية سبحانه وتعالى لقد أرسنها وأوجبت المحافظة عليها ، وعظم خطر الاعتداء عليها أو التفريط فيها ، وقد تبين أن حقوق الجماعة ليس لأحد من الأفراد حتى الحاكم فيهم حق التصرف فيها أو التنازل عنها . وبالتالي فإن الحقوق من هذا النوع لا مجال لبحث أثر الرضا فيها . إذ أن الحق الثابت بالاعتداء عليها حق للجماعة ولا يملك فرد من الناس الإذن فيه أو الرضا به ، حتى يصبح الاعتداء عليها بإذنه ورضاه مباحا بعد أن كان محرما .

وبالتالي فلا يتصور بحث ما إذا كان رضاء المجني عليه سببا من أسباب الإباحة إلا بالنسبة للأفعال التي تمثل اعتداء على حق العبد الخالص أو ما كان حقه فيه غالب ، وذلك في الحدود التي رسمتها الشريعة لمدى سلطة الإنسان على حقه الخاص وحدود التصرف فيه . والشريعة الإسلامية لم يرد بها نص من النصوص يجعل رضاء المجني عليه سببا للإباحة مطلقا . وبحث ما إذا كان الرضا يصلح لأن يكون سببا من هذه الأسباب المبيحة للفعل في الشريعة الإسلامية أو بعبارة أخرى بحث ما إذا كان رضاء المجني عليه بالجريمة الواقعة عليه أو إذنه بها يعتبر سببا مبيحا لهذه الجريمة ومن ثم يصبح الفعل المكون لها مشروعا بعد أن كان محرما . ولا يعاقب فاعله أو المساهم فيه ؟

يقتضى أولا التعريف بأسباب الإباحة في الشريعة الإسلامية . ثم بيان مدى حق الفرد وحق الجماعة في الجرائم المختلفة . وأراء الفقهاء وخلافهم حول أثر الإذن بالقتل والإذن بالجرح . حتى يمكننا بعد ذلك استنباط القاعدة المقررة بهذا الخصوص في الشريعة الإسلامية . وكيف أنها لم تجعل لصاحب الحق الخاص اختصاصا كاملا بحقه . ولم تجعل حريته في التمتع به حرية مطلقة بل جعلت للجماعة فيه حقا عاما مشتركا بينهم وقيدته في استعماله لحقه بمراعاة ما للجماعة فيه من حق .

المبحث الأول أسباب الإباحة في الفقه الإسلامي

أولا : ماهيتها ، علة الإباحة ، نطاقها ، تقسيمها .

ماهيتها : عرفت الشريعة الإسلامية من يوم وجودها منذ ثلاثة عشر قرنا أسباب تبيح الفعل المحظور أصلا وهي الأسباب التي تبيح آتيان الأفعال المحرمة على الكافة في نطاق محدد وبشروط معينة ، وبالتالي فلا يؤاخذ الفاعل الذي جعلت الشريعة له حقا في آتيان هذا الفعل المحرم أو ألزمته بإتيانه فأباحته له بذلك إتيان ما هو محرم على الكافة . إذ أن الفعل الذي أتى به أصبح مشروعا بعد أن كان مجرما وخرج من دائرة الأفعال المعاقب عليها إلى مجال الأفعال المباحة أو الواجبة . ولذلك فإن من يأتي الفعل أو يساهم في إتيانه لا يعاقب . وأسباب الإباحة في الفقه الإسلامي متعددة ولكنها ترجع كلها إما لاستعمال حق وإما لأداء واجب .

علة الإباحة : الأصل أن أحكام الشريعة الإسلامية بالحل أو التحريم إنما هي لتحقيق المصالح الإنسانية المعتمدة فما من أمر شرعه الإسلام إلا كانت فيه مصلحة حقيقية للعباد . وقد لاحظت الشريعة الإسلامية في حكمها على أي فعل بأنه جريمة أن يكون فيه اعتداء على المصالح المقررة الثابتة بحكم القرآن والسنة . وعندما لم يحقق التجريم في ظروف معينة هذه الحماية أو عندما تكون هناك مصلحة أخرى أجدر وأولى بالحماية تتحقق بهذا الفعل المحظور أصلا لتجريمه . فإن الشريعة الإسلامية تبيح الفعل بل قد تلزم به الفاعل وتوجبه عليه . وتكون العلة هنا انتفاء علة التجريم أي كون الفعل المباح أصبح لا ينال بالاعتداء حقا ثابتا بالشرع . بل قد يحقق مصلحة أولى بالحماية ومن هنا قد توجبه الشريعة وتلزم به الفاعل . كما هو الحال في أفعال الدفاع الشرعي والتأديب والتطبيب وغيرها مما سوف يأتي بيانه .

والأفعال المحرمة في الشريعة الإسلامية محظورة بحسب الأصل على الكافة بصفة عامة . ولكن الشارع رأى استثناء من هذا الأصل إباحة بعض الأفعال المحرمة وإعطاء حق ارتكابها لبعض الأفراد ممن توفرت فيهم صفات خاصة وعلة هذه الإباحة ما توجبه طبيعة الأشياء ومصالح الأفراد والجماعة وتحقيق غرض أو أكثر من أغراض الشارع وغاياته (١) . فالقتل مثلا فعل محرم ومحظور على الكافة ولكنه إذا كان قصاصا أي عقوبة للقاتل عمدا فإن فعله يكون مباحا وتنفيذه ممن له حق القصاص وهو ولي الدم يكون استعمالا للحق وقد ورد في ذلك قوله تعالى: ﴿ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطَانًا فَلَا يَسْرِفُ فِي الْقَتْلِ ﴾ (الإسراء: من الآية ٣٣)

(١) التشريع الحنائي الإسلامي للأستاذ عبد القادر عوده ط ٣ سنة ١٩٦٣ ج ١ ص ٤٧٠ .

فالقتل هنا قصاصا حق لولى الدم بصفة خاصة وإن كان الفعل في ذاته محرما على الكافة .
والضرب أيضا فعل محرم ومحظور على الكافة ولكنه إذا ما كان استعمالا لحق التأديب
ممن أعطته الشريعة هذا الحق بالنسبة للزوجة أو الصغار وفي النطاق الجائز له استعماله
وبشروطه فإنه يكون مباحا .

نطاق الإباحة : سبق أن بينا أن الفعل المحرم عندما يصبح مباحا فإنما ذلك يكون لتحقيق
مصلحة معينة اقتضتها حكمة التشريع الإسلامي . ومن هنا فما يساير الغرض من تحقيق لهذه
المصلحة . ومما يتمشى مع توجيه الشريعة الإسلامية من أحكام ألا يؤتى بالفعل المحرم إلا
لتحقيق المصلحة التي أتيح الفعل من أجلها ، وفي النطاق والحدود التي حددتها الشريعة
الإسلامية لذلك مع مراعاة التحقق من الشروط التي يتطلبها الفقه الإسلامي لإباحة هذا الفعل .
سواء كان من ذلك شروط عامة أو شروط خاصة بكل فعل على حده " فالحق سلطة ذات حدود
معينة تمنح لصاحب الحق على محل الحق وكذلك الواجب سلطة ذات حدود معينة تعطى للمكلف
به على محل الواجب " فإذا تجاوز الفاعل نطاق هذه الإباحة فإن فعله يكون جريمة ويسأل عنها
مسئولية جنائية حسب التكليف الجنائي للفعل الذي قام به . فالطبيب مثلا الذي يجرى جراحة
لمريض بقصد العلاج يعد فعله هذا مباحا ولكن إذا كان قصده بالجراحة قتل المريض أو إجراء
تجربة علمية مثلا أدت إلى وفاته فإن فعله يعد جريمة معاقبا عليها .

تقسيم أسباب الإباحة : أسباب الإباحة في الشريعة الإسلامية متعددة ومتنوعة بتعدد الحقوق التي
تبيح الشريعة فيها للفاعل أتيان الفعل المحرم وكذلك بتعدد الواجبات التي تلزمه فيها بإتيان هذه
الأفعال . ولا يمكن حصر هذه الحالات بصفة عامة ، إنما ذلك يقتضى بحث كل واقعة على حده
ولكن هذه الأسباب ترجع كلها إما لاستعمال حق . وإما لأداء واجب (١) . و الكلام على
استعمال الحقوق وأداء الواجبات يقتضى الكلام على :

- | | | |
|--------------------|-------------------|---------------------------|
| (١) الدفاع الشرعى | (٢) التأديب | (٣) التطبيب |
| (٤) ألعاب الفروسية | (٥) إهدار الأشخاص | (٦) حقوق الحكام وواجباتهم |
- وسوف نتناول هنا من أسباب الإباحة . استعمال الحق . ومن صورته حق التطبيب وألعاب
الفروسية ، وهى الصور التي يتم فيها الفعل برضاء المجني عليه وإذنه . وذلك بعد أن نبين
الفرق بين الحق والواجب وأهمية هذه التفرقة في الفقه الإسلامي .

التفرقة بين الحق والواجب :

إذا كان الحق والواجب يتفقان من الناحية الجنائية في أن الفعل الذي يؤتى به أداء لواجب أو
استعمالا لحق هو فعل مباح ولا يعتبر جريمة . فإن كلا منهما يختلف عن الآخر في طبيعته . إذ

(١) الأستاذ عبد القادر عوده في المرجع السابق ج ١ ص ٤٦٧ .

أن الحق هو ما يجوز فعله ولا يعاقب على تركه فلصاحب الحق أن يستعمل حقه دون حرج عليه في ذلك وله كذلك أن لا يستعمله دون أن يترتب على ذلك ارتكابه لإثم يوجب العقاب . والواجب على خلاف ذلك ، فهو ما يتحتم فعله ويعاقب على تركه . فالمكلف به يتحتم عليه أدائه ويأثم بتركه ويعاقب عليه . والفرق بين الحق والواجب فيما تقدم واضح .

غير أنه تجدر الإشارة إلى أن الفعل الواحد قد يعتبر حقا لشخص بعينه وواجبا على شخص آخر . كالقتل قصاصا فهو حق لولى الدم له استعماله وعدم استعماله ولكنه واجب على الشخص المكلف بتنفيذه عندما تترك مباشرة له . ولتحديد ما إذا كان الفعل حقا أو واجبا بالنسبة لشخص معين يبحث في مقررات الشريعة الإسلامية وأحكامها عما إذا كان يتحتم على هذا الشخص الإتيان بالفعل وأنه يأثم إذا تركه ويعاقب عليه أم لا ؟ فإن كان يتحتم عليه إتيان الفعل فهو واجب وكذلك إن كان يأثم ويعاقب على تركه . أما إذا كان له أن يأتي الفعل أو يتركه دون إثم أو عقاب عليه فالفعل حق بالنسبة له .

أهمية هذه التفرقة : وتظهر أهمية هذه التفرقة بين الحق والواجب من وجهين :

أولهما : أن الحق لا يمكن العقاب على تركه وأن الواجب يمكن عقاب تاركه . وهذا باتفاق جميع الفقهاء .

ثانيهما : أن الحق يتقيد بشرط السلامة . أى أن من باشر حقا مسئول دائما عن سلامة المحل الذي باشر عليه الحق لأنه مخبر بين أن يأتي الفعل أو يتركه .

أما الواجب فلا يتقيد بشرط السلامة . ذلك لأن من عليه القيام بواجب لا يسأل عن سلامة محل الواجب لأنه ملزم بتأديته وليس له أن يتخلى عنه . وهذا رأى أبى حنيفة والشافعى أما أحمد ومالك فالحق عندهما كالواجب غير مقيد بشرط السلامة . لأن استعمال الحق في حدوده المقررة عمل مباح ولا مسئولية على مباح .

ثانيا استعمال الحق :

سبق أن بينا أن الشريعة الإسلامية منذ ثلاثة عشر قرنا حددت أسبابا تبيح الفعل المحظور أصلا إذ أن توفر سبب من هذه الأسباب يجعل الفعل المباح ، لا ينال بالاعتداء حقا ثابتا بالشرع . وأسباب الإباحة في الشريعة الإسلامية متعددة ولكنها ترجع كلها كما سبق أن أوضحنا اما إلى استعمال حق وإما لأداء واجب ، فالفعل المحرم محظور على الكافة الإتيان به حسب الأصل . ولكنه إذا كان استعمالا لحق فإنه يكون مباحا . ونستطيع أن نقرر استخلاصا من اعتبار استعمال الحق سببا للإباحة أنه يلزم لتطبيق ذلك توفر شروط ثلاثة عرفتها ونصت عليها قوانين العقوبات الوضعية هي :

١- وجود حق : مقرر بمقتضى الشريعة الإسلامية .

والحق في عرف الفقهاء هو ما ثبت في الشرع للإنسان أو لله تعالى على الغير^(١). أى كل شئ مكنت الشريعة الإنسان منه وسلطته عليه كحق الإنسان في حياته وسلامة جسمه وعرضه وماله . وحق الولاية على الصغير في ماله أو نفسه . وحق الزوج في طاعة زوجته وتأييدها . وكذلك كل شئ ثبت لله تعالى المطالبة به وأداؤه له كالعبادات والطاعات . وعلى ذلك فكل ما ليس بمشروع لا يكون حقا . ويتضح من تعريف الحق إنه ليس بلازم أن تعود المصلحة من استعماله إلى المستفيد من الإباحة . فقد تكون مقررة لشخص آخر غيره كما تكون مقررة لجماعة من الناس أو المجتمع كله . والحقوق لهذا متعددة ومتنوعة .. يرجع فيها إلى مقتضيات الشريعة ومقرراتها .

٢- استعمال الحق في الحدود المقررة شرعا :

الحق في الشريعة سلطة ذات حدود معينة تمنح لصاحبه الحق على محله . فإذا تجاوز صاحب الحق حدود هذه السلطة فإن فعله قد يكون جريمة على محل الحق . توجب عقاب الفاعل لها . فلكل حق حدود بينها الشريعة الإسلامية يجب التزامها والتقيّد بالنسبة المسموح بها في استعمال هذا الحق . إذ أن الحقوق جميعها نسبية وليست مطلقة . والحدود التي تعين نطاق الحق في الشريعة الإسلامية متعددة فمنها ما يتعلق بالشخص الذي يجوز له استعمال الحق . كحق الطبيب الذي لا يجوز لغير الطبيب استعماله . ومنها ما يتعلق بمقدار جسامه الأفعال التي يستعمل بها الحق . كالتأديب فإنه يكون بالضرب الخفيف وليس بالضرب الشديد . ومنها ما يتعلق بما تستلزمه الشريعة من شروط لاستيفاء الحق فالزوج لا يجوز له استعمال حقه في ضرب زوجته للتأديب إلا بعد استفاد وسيلتي الوعظ والهجر في المضجع . وهكذا فالحدود المعينة لنطاق الحق لا يمكن تحديدها إلا بدراسة كل حق على حده . فإذا ما جاوز الشخص الحدود المقررة لاستعماله حقه فإنه يكون مسئولا عن ذلك بقدر تجاوزه . فغير الزوج كالأخ مسئول شرعا عن ضرب الزوجة حتى ولو كان ذلك بقصد التأديب والزوج نفسه مسئول شرعا عن الضرب الخفيف أو الضرب لغير قصد التأديب إذ أنه بذلك يكون قد تعدى الحدود المقررة له شرعا .

٣- حسن النية : أى أن يستعمل الحق في الغرض الذي شرع له . دون أن يقصد إضرار الغير بلا مصلحة أو أن يقصد به تحقيق غرض غير مشروع . وذلك يرجع إلى أصل ثابت مقرر في الشريعة الإسلامية هو الأمور بمقاصدها ، ويدل عليه قوله ﷺ : " إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل

(١) الأستاذ الدكتور أحمد فهمي أبو سنة في النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية ط ١٩٦٧ م ص ٥٠ . وللحق في لغة العرب استعمالات كثيرة منها . الثابت الواجب على الغير ومنها النصيب . ومنها الحكم . ومنها الثابت ضد الباطل . ويجمع هذه المعاني معنى واحد هو الثابت .

امرئ ما نوى .. الحديث (١) فالطبيب الذي يجرى جراحة لشخص بغير قصد العلاج ليس له أن يحتج بالحق الذي خوله له القانون . والزواج الذي يضرب زوجته انتقاماً من أهلها ليس له أن يحتج بحق خوله إياه القانون .

ثالثاً : التطبيب :

أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أن تعلم فن الطب فرض كفائي على كل شخص لا يسقط عنه إلا إذا قام به غيره وذلك لحاجة الناس إليه ولأنه ضرورة اجتماعية . وإذا كان تعلم الطب فرض كفاية على كل مسلم والغرض منه التطبيب فإن التطبيب يكون واجباً على الطبيب لا مفر له من أدائه (٢). على أن هذا الواجب على الطبيب يكون على سبيل الكفاية إذا وجد أكثر من طبيب، في محلة واحدة . فإذا لم يوجد إلا طبيب واحد فالتطبيب فرض عين عليه ، أى أنه واجب غير قابل للسقوط . هذا وتتحدد مسؤولية التطبيب عما يؤدي إليه عمله من نتائج طبقاً لهذه التكليف الشرعي لفعل التطبيب ومسؤولية الطبيب .

والأفعال التي يقوم بها الطبيب من مداواة وجراحة وغيرهما بقصد شفاء المريض وإنقاذه من الهلاك أو تخفيف آلامه هي بلا شك أفعال مباحة برغم ما قد يكون فيها من مساس بأجساد المرضى وما قد تؤدي إليه من آلام وجراح لهم وذلك بشرط أن يكون فعل الطبيب موافقاً لما يقول به أهل صناعة الطب .

ولكن ما هو الأساس في إباحة أفعال التطبيب وعدم مسؤولية الطبيب لدى الفقهاء إذا أدى عمله إلى نتائج ضارة بالمريض ؟

(١) يرى البعض (أبو حنيفة) أن مسؤولية الطبيب ترتفع لسببين هما :

أ: الضرورة الاجتماعية ، التي تقضى بتشجيع الطبيب وإباحة العمل له ورفع المسؤولية عنه وذلك لأن الحاجة ماسة إليه . حتى لا يحمله الخوف من المسؤولية على عدم مباشرة عمله وفي هذا ضرر عظيم بالجماعة .

ب: إذن المجني عليه أو وليه . فالإنزاع والضرورة الاجتماعية أدبا إلى رفع المسؤولية عن الطبيب (٣).

(١) هذا الحديث أخرجه البخاري في كتاب كيف كان بدء الوحي . وفي كتاب الإيمان " بكسر الهمزة " وفي باب من جاء أن الأعمال بالنية والحسبة ولكل امرئ ما نوى . وفي كتاب الرهن في الحضر . وفي كتاب الإيمان " بفتح الهمزة " وفي مناقب الأنصار . وفي باب هجرة النبي . وفي كتاب النكاح . وفي باب النية في الإيمان . ومسلم في كتاب الإمارة في باب قوله صلى الله عليه وسلم " إنما الأعمال بالنيات وإنه يدخل فيه الغزو وغيره من الأعمال .

(٢) الأستاذ عوده في المرجع السابق ج ١ ص ٥٢٠ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٠٥ .

٢- ويرى البعض الآخر منهم (الشافعي وأحمد^(١)) أن علة رفع المسؤولية عن الطبيب ترجع

إلى توفر شرطين :

أ - إذن المجني عليه أو وليه في العلاج .

ب- قصد شفاء المريض وعدم قصد الإضرار به .

وبهذا يكون فعل الطبيب مباحا وتنتفي عنه المسؤولية إذا كان فعله موافقا لما يقول به أهل العلم بصناعة الطب^(٢).

٣- ويرى البعض ومنهم (مالك) أن علة رفع المسؤولية عن الطبيب اجتماع إذن الحاكم مع إذن المريض , فاجتماع هذين يرفع المسؤولية عن الطبيب مالم يخالف أصول الفن أو يخطئ في فعله^(٣). ويشترط لرفع المسؤولية عن الطبيب أن يؤدي عمله بقصد العلاج ولنفع المريض وأن يكون في ذلك حسن النية فإذا قصد الإضرار بالمريض أو كان سئ النية في عمله فهو مسئول عن فعله , لأن فعله هنا وقع محرما ومعاقبا عليه كما يشترط لرفع المسؤولية عن الطبيب كذلك . أن يأتي الفعل بإذن المريض أو بإذن وليه أو وصيه . أو بإذن الحاكم عند عدم وجود الولي فالحاكم ولي من لا ولي له ويشترط كذلك " إذن ولي الأمر , لمن يكون على درجة من العلم بفن الطب بممارسة هذا الفن وذلك بتوفر مؤهلات خاصة لقوله " من تطيب ولم يعرف الطب فهو ضامن " ولا يباشر التطبيب إلا إذا رخص له ولي الأمر بمباشرته .

ويستنتج مما تقدم أن الشروط اللازمة لإباحة أفعال التطبيب وعدم المسؤولية عنها هي :

١- أن يكون الفاعل طبيا ذا مؤهلات خاصة مرخص له بالعلاج من قبل الحاكم .

٢- أن يأتي الفعل بقصد العلاج وبحسن نية .

٣- أن يعمل طبقا للأصول الطبية .

٤- أن يأذن له المريض (المجني عليه) أو وليه بالفعل .

فإذا انعدم أحد هذه الشروط كان الفاعل مسئولا . وسوف نعود لذلك بالتفصيل المناسب عند بيان أثر رضاء المجني عليه في الأفعال الماسة بسلامة الجسم . في الجزء التطبيقي من هذه الرسالة بإذن الله تعالى .

رابعا : ألعاب الفروسية :

تحض الشريعة الإسلامية على ممارسة ألعاب الفروسية باعتبارها مقوية للأجسام ومنشطة للعقول . وألعاب الفروسية في مفهوم فقهاء المسلمين هي ما يسمى اليوم بالألعاب الرياضية .

(١) المغنى ج ١٠ ص ٣٤٩ , ٣٥٠ . (٢) نهاية المحتاج ج ٨ ص ٢ .

(٣) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٢١ .

وتجيز الشريعة منها الألعاب التي تتضمن إظهار المهارة وإذاء الشجاعة في النفوس مما يؤدي إلى تقوية الأجسام وتنشيط العقول . وذلك مما ينفع الجماعة وقت السلم أو وقت الحرب من ذلك ألعاب القوى والملاكمة والمصارعة ورفع الأثقال^(١) وركوب الخيل والسباحة والرماية وغيرها . وقد جاء الأمر بالفروسية والحض عليها والترغيب فيها بصريح النص في الشريعة الإسلامية من ذلك :

(١) قوله تعالى : ﴿ وَأَعِدُوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ ﴾ (الأنفال: من الآية ٦٠)

(٢) تفسير القوة في الآية السابقة بما رواه مسلم عن عقبة بن عامر عن رسول الله ﷺ قال : "ألا أن القوة الرمي ، ألا أن القوة الرمي ، ألا أن القوة الرمي"^(٢) .

(٣) عن ابن عمر ؓ قال : " سابق النبي ﷺ بالخيل التي قد دمرت "

(٤) قوله ﷺ " المسلم القوى خير من المسلم الضعيف "

إلى غير ذلك من النصوص والأثار الواردة عن الصحابة دالة على حرصهم على تنفيذ هذه النصوص والعمل بها .

حكم ألعاب الفروسية في الشريعة الإسلامية :

من الأصول المقررة في الشريعة الإسلامية أن كل ما ينفع الأمة في دينها أو دنياها من علم أو فن أو صناعة فهو من فروض الكفاية وتعلمه واجب على الأمة وألعاب الفروسية مما يدخل تحت ذلك فهي من فروض الكفاية وواجب على القادرين ليس لهم أن يتخلوا عنه . وذلك باعتبارها مقوية للأجسام ومنشطة للعقول مما ينفع الأمة وقت السلم أو وقت الحرب .

حكم إصابات اللعب :

والإصابات الناشئة عن ممارسة ألعاب الفروسية أما أن تكون ناتجة عن ممارسة نوع من الألعاب التي لا تقوم على استعمال القوة والعنف بين اللاعبين . فالإصابة في هذا النوع من الألعاب ليست من ضروريات اللعبة . وبالتالي فالحكم فيها يكون حسب القواعد العامة للشريعة . فالفاعل لها ، يكون مسئولاً عن جريمة عمدية إن كانت الإصابة نتيجة فعل متعمد ، وإن وقعت الإصابة نتيجة إهمال أو رعونة فهو مسئول عنها باعتبارها جريمة غير عمدية أو إذا كانت الإصابة ناتجة عن ممارسة لعبة من الألعاب التي تستلزم استعمال القوة أو الضرب مع الخصم ، كالملاكمة والمصارعة فإن الإصابة هنا لا عقاب عليها بشرط أن تكون أصول اللعبة قد روعيت . وعدم العقاب هنا إنما يرجع لأن وجوب مما رسة اللعبة يقتضى بذاته إباحة ما يصاحبها عادة من إصابات في الحدود المعروفة أو المتوقعة أساساً .

(١) يعبر الفقهاء عن رفع الأثقال بالعلاج ، كتاب الفروسية لابن القيم ص ٧ .

(٢) هذا الحديث رواه أحمد ومسلم وابن ماجه والترمذى .

المبحث الثاني

حق الفرد وحق الجماعة في الجرائم المختلفة

سوف نين فيما يلي حق الفرد وحق الجماعة في الجرائم المختلفة أو مدى ما للفرد أو الجماعة في الحق الناشئ عن الجريمة حتى يتبين لنا ما إذا كان الحق الناشئ عن الجريمة حقاً خالصاً للفرد وحده ؟ وهل يقوى هذا الحق إن وجد على جعل الفعل المكون للجريمة والمحرم بأمر الشارع ، فعلاً مشروعاً أو مباحاً لمجرد وقوعه برضاء المجني عليه وإذنه ؟

أولاً : الجرائم الواقعة على الجماعة والواقعة على الأفراد :

يقسم الفقه الجنائي الإسلامي الجرائم بحسب طبيعتها الخاصة إلى جرائم ضد الجماعة وجرائم ضد الأفراد . والجرائم ضد الجماعة هي التي شرعت عقوبتها لحفظ صالح الجماعة . سواء في ذلك ما إذا وقعت الجريمة مباشرة على فرد أو على جماعة أو على أمن الجماعة ونظامها . والجرائم ضد الأفراد هي التي شرعت عقوبتها لحفظ مصالح الأفراد . ويعتبر من النوع الأول جرائم الحدود على اختلاف مراتبها . ومن النوع الثاني جرائم القصاص والدية . كما أن جرائم التعازير بعضها يمس مصلحة الجماعة وبعضها يمس مصلحة الأفراد والجماعة . ولكن هل معنى هذا التقسيم أن هناك فاصلاً بين الجرائم الواقعة ضد الجماعة والجرائم الواقعة ضد الأفراد ؟ ، أو هل الجرائم التي تصيب الجماعة لا يمتد أذاها إلى لأحاد الناس كما أن الجرائم التي تصيب الأفراد لا يمتد أذاها إلى مصلحة الجماعة ؟ حتى يكون للفرد حق مطلق في إباحة بعض هذه الجرائم ، والتنازل عن كل ما يتولد عنها من حقوق ؟

الحقيقة أن الجرائم وإن كانت تختلف من حيث مدى الاعتداء فيها على الجماعة . ومدى الاعتداء فيها على الأحاد إلا أن التلازم بين الحالتين ثابت . فليس في اعتبار جرائم الحدود ماسة بمصلحة الجماعة إنكار لمساسها بمصالح الأفراد فما من جريمة تصيب الجماعة إلا أصابت الأحاد بالأذى الشديد وإنما ذلك تغليب لمصلحة الجماعة على مصلحة الأفراد بحيث لو عفا الفرد لم يكن لعفوه أثر على الجريمة أو العقوبة . وإذا كانت جرائم القصاص والدية تقع على الأفراد مباشرة فليس معنى ذلك أنها لا تمس الجماعة . فما من جريمة فيها اعتداء على الأحاد إلا تضمنت في ثناياها مساساً بمصلحة الجماعة لما فيها من خدش للناموس الاجتماعي فالاعتداء على النفس بالقتل اعتداء على حق الحياة وهو حق مشترك بين الجميع . لقوله تعالى : « مَنْ أَجَلَ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا » (المائدة: ٣٢) وإنما جعلت هذه الجرائم من

الجرائم الواقعة على الأفراد لأنها تمس الفرد مباشرة لذا غلب حقه فيها على حق الجماعة وكان له التنازل عن القصاص والدية وهما العقوبتان المقررتان أصلاً للجريمة . على أنه لا يترك الجاني بعفو المجني عليه وإنما يعاقب عقوبة تعزيرية حفظاً لمصلحة الجماعة التي مست مساساً غير مباشر . على أن العفو هنا ليس معناه إباحة الجريمة وإنما التنازل عن العقوبة المقررة لها، فالواقع أن كل جريمة تمس مصلحة الجماعة تمس في النهاية مصلحة الأفراد . وكل جريمة تمس مصلحة الأفراد تمس في النهاية مصلحة الجماعة ولو كان محل الجريمة حقاً خالصاً للفرد^(١). ولذا يقول بعض الفقهاء " ما من حق لأدمى إلا والله فيه حق ، إذ من حق الله على كل مكلف ترك أداء لغيره ^(٢) " وهكذا فإن الجرائم كلها تعود على الجماعة والآحاد معا بالضرر والأذى وتعرض مصالح الأمة الإسلامية ومصالح أفرادها للخطر ، ولكن الأذى في الجرائم المختلفة لا يعود على الجماعة والآحاد بقدر متساو بل قد يكون جانب الأذى على الجماعة أكثر. وقد يكون جانب الأذى على الآحاد أشد وكذلك من الجرائم ما تنصب على الجماعة ابتداءً كقطع الطريق وغش البضائع في الأسواق ومنها ما ينصب على الأفراد ابتداءً كجريمة غصب المال من صاحبه . ولهذا قسمت الجرائم إلى قسمين :

جرائم تكون على الجماعة ، جرائم تكون على الآحاد .

أ- الجرائم التي تكون على الجماعة : ومنها جرائم الحدود كلها على اختلاف مراتبها في قوة الاعتداء على الجماعة . وهي جرائم ست : الردة ، والزنى ، وشرب الخمر ، والسرقعة ، والقتل ، وقطع الطريق . ومن الجرائم التي تعد اعتداءً على الجماعة : غش البضائع في الأسواق ، واحتكارها ، ومنعها من العامة ، وتلقى البضائع لاحتكارها وبيعها بأكثر من قيمتها في مغالاة فاحشة . وكذلك من الجرائم التي تكون اعتداءً على العامة فتح الحانات ، وإعلان بيع الخمر ، ومنها الأعمال الفاضحة والخادشة للإحساس العام ، كتقبيل امرأة في الطريق العام ، أو الإنزواء بها في مكان خال مما يثير الشبهة^(٣) ، وقد جاء في الأحكام السلطانية لأبى يعلى ما نصه في أعمال المحتسب " إذا رأى وقوف رجل وامرأة في طريق لم تظهر منهما أمارات الريب لم يعترض عليهما فما يجد الناس بدا من هذا ، وإن كان الوقوف في طريق خالية ، فخلو المكان ريبة فينكرها ولا يعجل في التأديب عليها حذراً من أن تكون ذات رحم محرم ، وليقل له إن كانت ذات رحم محرم فصننها عن مواقف التهمة ، وإن كانت أجنبية فاحذر من خلوة توديك

(١) فضيلة المرحوم الأستاذ محمد أبو زهرة في الجريمة ص ١٤٩ ، الأستاذ عبدالقادر عوده في التشريع الجنائي الإسلامي ج ١ القسم العام ص ٩٩ .

(٢) شرح الزرقاني على مختصر خليل ج ٨ ص ١١٥ .

(٣) فضيلة المرحوم الأستاذ أبو زهرة في المرجع السابق .

إلى معصية الله تعالى (١) " وقد كان الفاروق عمر رضي الله عنه ينهى عن طواف الرجال مع النساء ويعاقب من يخالف ذلك (٢). وهكذا فإنه بالنظر إلى طبيعة هذه الجرائم نجد أن الاعتداء فيها على الجماعة مباشرة ثم يجيء على الفرد منه ما يخصه بالتوزيع بين آحاد الجماعة .

ب - الجرائم التي تكون على الآحاد : وهي الجرائم التي تقع على الآحاد بالنظر إلى ابتدائها لا بالنظر إلى انتهائها وبالنظر لمن وقع عليه الألم أشد . وذلك مثل : السب ، والضرب ، والجرح ، والقتل . فإن هذه الجرائم تقع بالنظر إلى ابتدائها على الآحاد وفي نهايتها تمتد إلى الجماعة . إلى ما يترتب على انتشارها من نشر الفساد وجعل المظهر العام للبيئة غير فاضل . ولا يخفي ما في السب والأذى العلنيين من جرح للإحساس العام وإزعاج للنفوس بما يقرع الأسماع من العبارات النابية ويصدم الأبصار من المناظر المؤذية المؤلمة . ففي جرح الأجسام أو قطع الأطراف . مع ما ينال المجني عليه من أذى وضرر الأذى البالغ والضرر المشين الذي يعود على الأمة من جرح للإحساس الجماعي الألوف وتعطيل لبعض قواه النافعة وتحويلها إلى قوى عاطلة عبثا على المجتمع وتقللا عليه بعد أن كانت عوناً له وحصناً منيعاً لزيادة الخير فيه والزود عنه . كما لا يخفي ما يترتب على القتل بغير حق من فاحشة وإضرار بالأسر والأمة الإسلامية . فقتل نفس بريئة بغير حق . كأنه قتل للناس جميعاً إذ فيه اعتداء على حق الحياة وهو حق مقرر للجميع .

ثانياً : حق الفرد في جرائم الحدود :

نبين فيما سبق أن الحدود إنما تكون في الجرائم التي اعتبر الاعتداء فيها على حق الله تعالى . وهو ما يسمى اليوم بحق المجتمع ، ونبين هنا على سبيل الإيجاز ما إذا كان للعبد في هذه الحدود بجوار حق الله تعالى ؟ ومقدار قوة هذا الحق ؟ بما يستبين معه ما إذا كان رضاء المجني عليه وإذنه يبيح هذه الجرائم أو لا يبيحها ؟ والواقع أنه بملاحظة الجانب الشخصي في الجريمة بجوار الجانب الاجتماعي فيها وقوة أثر الجريمة في المجتمع وضعفه . ونجد أن هذه الحدود تتفاوت من ناحية قوة حق العبد فيها بجوار حق الله تعالى . فبعضها يكون حق الله تعالى فيه خالصاً وذلك إذا كان جانب المجتمع في الجريمة أقوى من الجانب الشخصي . والحق هنا خالص لله تعالى هو الذي أوجد الشرع لحماية الفضيلة فيه . وبعضها للعبد فيها حق نسبي بجوار حق الله تعالى وذلك إذا ما كان الاعتداء في الجريمة يمس الفضيلة في المجتمع مع وضوح الاعتداء فيها على شخص بعينه كجريمة القذف . فإن الحد فيها حق لله ، وللعبد في الحق موضع .

(١) الأحكام السلطانية لأبي يعلى ص ٢٧٧ .

(٢) الأحكام السلطانية للماوردي .

والحدود الخالصة لله وليس للعبد فيها حق هي : جرائم الزنى ، وشرب الخمر ، والردة ، وقطع الطريق من حيث ماهية الجريمة واستحقاقها للحد ، فالجانب الشخصي غير ملاحظ في عقوبة هذه الجرائم .

جريمة الشرب :

العقوبة فيها على ذات الشرب لما فيه من انتهاك للفضيلة الإسلامية واعتداء على العقل الذي شرف الله به بنى الإنسان على غيرهم من الحيوان وجعل المحافظة عليه من المقاصد الأساسية للشريعة الإسلامية . وإن حماية الفطرة الإنسانية في أعضاء المجتمع الإسلامي حق للشارع الذي يظل هذا المجتمع بهديته وحكمته . ولم يلاحظ في جريمة الشرب الجانب الشخصي للشارب لأنه قد يستمتع بشربه ولا يعتدى على أحد قط . وإن كان احتمال الاعتداء متوقعا من الشارب إلا أن العقوبة لا تكون على الأمور المتوقعة بل تكون على الأمور الواقعة . وفي حالة وقوع الاعتداء فعلا ، فإن الاعتداء ذاته يكون جريمة أخرى لها عقابها .

وكذلك جريمة الزنى :

فالاعتداء الشخصي فيها بين الرجل والمرأة غير واضح " كزنى رجل غير متزوج بإمرأة غير متزوجة ، فإذا نظرنا إلى الناحية الشخصية في هذه الحالة لا نجد معنى الاعتداء واضحا " ولذلك لم يترك الحق فيها للمجنى عليه ، ولا يتوقف الإثبات فيها على دعوى فالخصومة ليست بشرط ، بل الشاهد فيها مدع ، وإذا تقدم أربعة بالشهادة على واقعة زنا توقع العقوبة بشهادتهم وتسمى شهادة الحسبة ، فالحق في جريمة الزنا للمجتمع لما تمثله هذه الجريمة من اعتداء على الأسرة واعتداء على النسل ، واعتداء على النظام الاجتماعي الذي نظم الله فيه العلاقة بين الرجل والمرأة وقدسها بكلمته كما قال ﷺ " اتقوا الله في النساء فإنهن عوان عندكم ، استحللتم فروجهن بكلمة الله " فكلمة الله تعالى هي المنظمة لتلك العلاقة الإنسانية . والذي يوجد علاقة بغير هذا الذي أحله الله تعالى فقد اعتدى على النظام الذي قرره شرع الله تعالى . ولذا كانت العقوبة فيها حقا خالصا لله تعالى ليس لغيره التنازل عنها أو الإذن والرضا بالجريمة المنشئة لها .

حد قطاع الطرق :

وهم العصابات التي تجتمع وتتفق على السلب وترويع الناس . ولديها من القوة ما تستطيع به تنفيذ ذلك ، وتتخذ حصنا تعتصم به لمحاربة الله ورسوله والسعى في الأرض بالفساد . وقد وجبت العقوبة على هؤلاء بقوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ * إِنَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ فَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ (المائدة ٣٣، ٣٤) فهذه الجريمة قد جعل الله تعالى لها عقوبة

تخييرية . وليس التخيير مطلقا بل بين أمور عينتها الآية الكريمة السابقة وترك الشارع لولى الأمر أن يختار منها ما يرى فيه الردع بالتناسب مع الجريمة . وهى جريمة مزدوجة تشمل الخروج على الإمام العادل بقوة تهدد الأمنين وتفرع المطمئنين . وكذلك تشمل الاعتداء بالقتل أو بالسرقة . فالجريمة الأولى عليها الحد بالأمور الأربعة السابقة . وقد تسقط بالتوبة إذا تابوا قبل القدرة عليهم وعقوبتها حق خالص لله تعالى لما تمثلته الجريمة من ترويع شديد للناس . والجرائم التي للعبد فيها حق بجانب حق الله تعالى هى : جريمة السرقة ، جريمة القذف .

جريمة السرقة :

وإنما كان للعبد حق في جريمة السرقة لأن الجانب الشخصى مراعى فيها . حيث إن الحد فيه لا يثبت إلا إذا تحققت الملكية المحترمة التي هى في حوزة مثلها . فجانبا الملكية المحترمة المصونة المحرزة في حوزة مثلها جزء ماهية الجريمة . ومن هنا كان الجانب الشخصى متحققا ثابتا فيها . إلا أن ذلك يكون ابتداء فبعد أن يحصل الادعاء والإثبات تصبح إقامة الحد خالصا لله تعالى ليس للعبد أن ينزل عنه . ولا عبرة بإسقاطه إن أسقطه وإنما كان له نوع الحق لأن النظر في إثبات ذلك لا يتحقق إلا بعد تحريك الدعوى من المسروق منه والخصومة بطلب الحد . وهكذا يتضح أن حق العبد في جريمة السرقة مقصور على الدعوى فإن رفعت الدعوى وثبتت انتهى حق العبد فيها نهائيا وصار العقاب حقا خالصا لله تعالى ولا يستطيع العبد إسقاطه وقد قال ﷺ " إذا بلغت الحدود السلطان فلعن الله الشافع والمشفع " وروى في ذلك أن جماعة شكوا لصا ليرفعوه إلى عثمان رضي الله عنه فتلقاهم الزبير فشفع فيه ، فقالوا إذا رفع إلى عثمان فاشفع فيه فقال " إذا بلغت الحدود السلطان فلعن الله الشافع والمشفع " (١).

ومن هذا يتضح أن للمسروق منه قبل رفع الدعوى أن يعفو عن السارق وألا يرفع الدعوى أصلا ، ولكن بعد رفع الدعوى يصبح الأمر لله ينفذ أمره ولى المسلمين .

والجمهور " الحنفية ، والشافعية ، والغالب من الحنابلة " على ضرورة الادعاء والمخاصمة من المسروق منه حتى يتبين أن المال مملوك له وأنه لم يبيحه للسارق وأنه موجود في حوزة . إذ يحتمل عكس ذلك وغيره من الاحتمالات ، ولا يقام الحد مع وجود هذه الاحتمالات ، لأنه مع الاحتمال يسقط الاستدلال . وهذه الاحتمالات أقوى من الشبهة التي يسقط بها الحد لقوله ﷺ " إدروا الحدود بالشبهات (٢) " ولا مانع في ذلك كله من ثبوت السرقة بالإقرار أو البينة . ويرى مالك وأبو ثور وبعض الحنابلة أنه لا حاجة إلى الدعوى من المسروق منه .

(١) السياسة الشرعية لابن تيمية ص ٦٩ .

(٢) قال الحافظ العراقي في شرح الترمذى أخرجه أبو أحمد بن عدى وقال بن حجر عن الأستاذ بأنه حسن ، وقد رواه ابن عدى في جزء له من حديث أهل مصر والجزيرة عن بن عباس وروى صدره أبو مسلم الكجى وابن السمانى في الذيل عن عمر بن عبد العزيز مرسلًا فيض الغدير ج ١ ص ٢٢٦ .

وذلك لعموم النص ؛ إذ يقول تعالى : « وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ » (المائدة: من الآية ٣٨) .

العفو في السرقة :

اتفق الفقهاء على جواز عفو المسروق منه عن السارق قبل الإثبات ، سواء في ذلك قبل الترافع أو بعده ، بل قد استحسن الفقهاء الشفاعة لدى المجني عليه قبل الترافع حتى يكون العفو عملاً بقوله تعالى : « خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ » (الأعراف: ١٩٩) وإذا تحقق العفو في هذه الحالة لما قد يكون له من أثر في نفس الجاني قد يؤدي إلى تأليف نفسه مع المجتمع . فإن العفو لا يزيل الجريمة فهو يسقط حق المجني عليه في الخصومة . ولكنه لا يسقط حق الله تعالى الذي ينفذه ولي الأمر بتعزير الجاني . أما إذا كان العفو بعد الحكم في السرقة فإنه لا يسقط الحد . لأن حق العبد هو الخصومة دون غيرها وقد استوفي حقه . وبقي حق الله الذي لا يقبل العفو من العبد وهو إقامة الحد .

تمليك المسروق أو الإقرار به :

نبين هنا الحكم لو أقر المسروق منه بملكية الشيء المسروق للسارق . أو ملكه له فعلاً ، ما أثر ذلك على الجريمة والحد المقرر لها ؟ وهل يتغير بذلك وصف الجريمة . أى يصبح الفعل الذي تم مباحاً ومشروعاً بعد أن كان محظوراً ومحرماً ؟

اتفق الفقهاء على أن الإقرار بملكية المسروق للسارق يسقط الحد . ذلك لأن الحكم بالحد ترتب على صحة الخصومة التي هي قائمة على ادعاء الملكية أساساً . واستمرار صلاحية الخصومة شرط لتنفيذ الحد فإذا أقر المسروق منه بأن العين مملوكة للسارق يكون شرط الخصومة قد سقط . وبذلك يبطل الحكم بالحد . ثم إن إقرار المسروق منه بملكية العين للسارق بعد أن كان قد ادعى ملكيتها وخاصم على هذا الأساس يؤدي إلى التناقض الذي يحدث شبهة في إقامة الحد والحدود تدرأ بالشبهات . هذا فضلاً عن أن ذلك الإقرار يعدم ركن الجريمة وهو أخذ مال الغير خلسة بغير حق . ولكن هل يزول بذلك الإقرار وسقوط الحد وصف الجريمة ؟ يرى فضيلة الأستاذ المرحوم محمد أبو زهرة أن المسروق منه إذا علم بملكية السارق للمسروق بعد التخاصم والحكم وقد كان ذلك خفياً عليه لسبب من أسباب تلقى الملك فكانت الخصومة سببها وضع اليد ثم تبين له أن يده غير محقة . فعلى ذلك يكون ركن الجريمة قد زال وعلى فرض أنه لم يزل فهي شبهة قوية تسقط الحد وتمحو وصف الجريمة .

والواقع أن الإقرار بملكية المسروق للسارق تسقط الحد عنه باتفاق الفقهاء للشبهة الواردة عليه ولثبوت عدم صحة ما أوجبه ، ولكن ذلك لا يزيل وصف الجريمة عن الفعل . الذي كان قد تم فعلاً متوافراً فيه أركان الجريمة ولا ينسحب هذا الإقرار الطارئ إلى الوصف الذي ثبت

للفعل في وقت حدوثه فعلا . كما أن هذا الإقرار لا يقوى على إباحة الجريمة التي كانت قد وقعت متوافرة أركانها . فلا يتعدى أثر الإقرار سقوط الحد عن السارق .

تمليك المسروق للسارق بعد الحكم :

جمهور الفقهاء على أن تمليك المسروق منه الشيء محل السرقة للسارق بعد الحكم بأنه وهبه لا يسقط الحد وذلك لأن الجريمة قد وقعت فعلا وشروط إقامة الحد قد استوفيت دون شبهات فلا يوجد مانع من تطبيقه . وقد ثبت أن الحق في الحد على جريمة السرقة من حقوق الله تعالى فلا يملك المجني عليه العفو عنه . وذهب البعض إلى أن تمليك المسروق للسارق بعد الحكم أو بعد الإثبات يسقط الحد لأن حق المطالبة يجب أن يستمر إلى وقت إقامة الحد وبتمليك المسروق للسارق لا تحقق المطالبة . هذا من ناحية ومن ناحية أخرى أن ذلك يوجد شبهة عند التنفيذ تمنع من إقامة الحد .

وقد جاء في المغنى ما نصه :

" إن السارق إذا ملك العين المسروقة بهية أو بيع أو غيرهما من أسباب الملك لم يخل من أن يملكها قبل رفعه إلى الحاكم والمطالبة بها عنده ، أو بعد ذلك ، فإن ملكها قبله لم يجب القطع لأن من شروطه المطالبة بالمسروق ، وبعد زوال ملكه لا تصح المطالبة ، وإن ملكها بعده لم يسقط القطع ، وبهذا قال مالك والشافعي وإسحاق ، وقال أصحاب الرأي ، يسقط لأنها صارت ملكه ، فلا يقطع في عين ملكه ، كما لو ملكها قبل المطالبة بها ، ولأن المطالبة شرط ، والشروط يعتبر دوامها ، ولم يبق لهذا العين مطالب . ولنا ما روى الزهري عن ابن صفوان عن أبيه أنه نام في المسجد ، وتوسد رداءه ، فؤخذ من تحت رأسه ، فجاء بسارته إلى النبي ﷺ فأمر النبي ﷺ أن يقطع ، فقال صفوان يا رسول الله لم أرد هذا ، ردائي عليه صدقة ، فقال رسول الله ﷺ : فهلا قبل أن تأتينى (١) ."

وسواء كان تمليك المسروق للسارق مسقطا للحد أو غير مسقط له فلا خلاف في أنه لا يمحو وصف الجريمة ولا يسقطها .

جريمة القذف :

وجريمة القذف كذلك من جرائم الحدود التي للعبد فيها جانب حق بجوار حق الله تعالى ، ولكن ذلك قبل أن يبلغ الحد إلى السلطان، فإنه من المقرر شرعا أن الحد إذا بلغ السلطان فلا يسع أحد أن يسقطه . على خلاف في ذلك بين الفقهاء في القذف نظرا لأن جانب الحق الشخصي فيه أوضح منه في السرقة . ولا خلاف بين الفقهاء على جواز العفو قبل الإثبات سواء كان ذلك قبل

(١) المغنى ج ٨ ص ٢٦٩ .

الترافع أو بعده بل استحسّن الفقهاء ذلك عملاً بقوله تعالى: ﴿ خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ ﴾ (الأعراف: ١٩٩) وإنما الخلاف بينهم في العفو بعد الحكم أو بعد الإثبات وقبل تنفيذ الحد ، فقد قال الشافعي وأحمد أن العفو يسقط الحد . لأن حد القذف عندهم حق خالص للعبد أو حق العبد فيه غالب كالقصاص ، فالقذف اعتداء على العرض . والاعتداء على العرض اعتداء على النفس ، كما أن الحد في القذف لا يقام إلا بدعوى كالقصاص . ويرى أبو حنيفة ومالك . أن العفو عن حد القذف بعد الترافع والحكم لا يجوز لأنه حق الله تعالى خالص . وحق العبد قاصر على الخصومة فقط . فإذا ثبتت الجريمة وحكم بالحد أصبح الحق خالصاً لله تعالى وليس لأحد إمكانية إسقاطه أو التنازل عنه .

وعموماً فإن العفو الصحيح قبل الترافع أو بعده وقبل الحكم . أو العفو على خلاف فيه بعد الحكم في جريمة السرقة والقذف سواء أسقط الحد أو لم يسقطه . فلا يعد رضا بالجريمة . ولا يبيح الفعل الواقع متوافرة فيه أركان عدم المشروعية ، ويحيله من فعل محرم غير مشروع إلى فعل مباح مشروع .

ثالثاً : حق الفرد في جرائم القصاص والدية :

القصاص إما أن يكون صورة ومعنى وهو أن ينزل بالجاني من العقوبة المادية مثل ما أنزل بالمجني عليه وإما أن يكون معنى فقط وهو دية ما أُلْتُفَ بالجناية وأُرشَ الجناية . والجرائم التي يتعلّق بها القصاص هي من جرائم الاعتداء على النفس وهي جرائم الدماء بالقتل أو قطع الأطراف أو الجراح . وقد وردت النصوص بالعقوبات المقررة عليها . فقال تعالى : ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأَذْنَ بِالْأَذْنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴾ (المائدة: ٤٥) .

١- جانب المجتمع في جرائم القصاص :

الدماء في الشريعة الإسلامية مصونة محترمة فكل اعتداء عليها إلا بحقها يوجب عقاباً رادعاً زاجراً . لذلك كان من مقاصد الشرع الإسلامي المحافظة على النفس وصونها من كل اعتداء حتى لو كان الاعتداء من الشخص على نفسه فقد نهى عنه الله سبحانه وتعالى وحرّمه بقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴾ (النساء: ٢٩) وقد خصّ الله سبحانه وتعالى الدماء سواء كان الاعتداء فيها على النفس ، أم على طرف أم كان جراحاً بأن قدر لها عقوبة مقدرة ولم يتركها لتقدير ولي الأمر . وجعل الاعتداء فيها اعتداء على أمر لا تختلف فيه مراتب الناس ولا أقدارهم . بل هم فيه سواء وهم في دمائهم ونفوسهم على قدم المساواة . فليس في الإسلام دم شريف ، ودم غير شريف فكما أن الاعتداء يغلى دم المجني عليه مهما يكون هوانه ، فإنه كذلك يرخص دم المعتدى مهما تكن منزلته

ولذلك قال ﷺ " المسلمون تتكافأ دماؤهم ، ويسعى بذمتهم أدناهم " كما اعتبر الشارع الإسلامى الاعتداء في الجرائم التي توجب القصاص اعتداء على الناس أجمعين . ذلك لأن الحق في الحياة حق مشترك بينهم فالحرمان الإنسانية مرعية الجانب في حكم الشارع حتى يكون المجتمع فاضلا وظلا واقيا من هذه الجرائم وبالتالي فإن كل جريمة ترتكب في دم يكون المعتدى فيها قد اعتدى على المجتمع كله . فقد قال تعالى : ﴿ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا ﴾ (المائدة: ٣٢) وإبرازا لحق المجتمع في هذه الجرائم وأن الاعتداء فيها اعتداء على الناس أجمعين وخطر يجب درؤه عن كل واحد فيهم فقد أوجب الإسلام على كل مسلم يرى مسلما يعتدى عليه في دمه أن يرد الاعتداء عنه ، وقد دعا إلى ذلك النبي ﷺ فقال : " ما من امرئ مسلم يخذل امرأ مسلم في موضع ينتهك فيه حرمة وينتقص فيه من عرضه إلا خذله الله تعالى في موطن يجب فيه نصرته ، وما من مسلم ينصر مسلما في موطن ينقص من عرضه وينتهك فيه من حرمة إلا نصره الله في موطن يجب فيه نصرته " (١) والنصوص كثيرة في كتاب الله وسنة نبيه تبين أن القتل ظلما من أكبر الكبائر بعد الشرك بالله وقد اعتبره القرآن الكريم جريمة كبرى وتوعد فاعله بأشد أنواع العقاب بقوله تعالى : ﴿ وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا ﴾ (النساء: ٩٣) .

ويقول جل شأنه : ﴿ مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا ﴾ (المائدة: ٣٢) وقال ﷺ " اجتنبوا السبع الموبقات . قيل : وما هن يا رسول الله ؟ قال الشرك بالله والسحر وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق ، وأكل الربا وأكل مال اليتيم والتولي يوم الزحف . وقذف المحصنات الغافلات (٢) . رواه الشيخان .

وقال ﷺ " لقتل مؤمن أعظم عند الله من زوال الدنيا وما فيها " رواه أبو داود بإسناد صحيح .

وقال ﷺ " إن هذا الإنسان بنيان الله ملعون من هدم بنيانه " .

كما روى أبو إمامة بن سهل عن عثمان وروى مسروق عن مسعود ، وروى عكرمة عن ابن عباس وروى عبيد بن عمير عن عائشة

أن النبي ﷺ قال : " لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث . كفر بعد إيمان . أو زنا بعد إحصان ، أو قتل نفس بغير نفس " (٣) .

(١) هذا الحديث رواه أحمد وأبو داود والضياء المقدس في مختار حديث سنن حسن .

(٢) هذا الحديث رواه النسائي وأبو داود والبخاري في كتاب الوصايا ومسلم في كتاب الإيمان .

(٣) هذا الحديث رواه البخاري ومسلم والنسائي وأبو داود والترمذي وقد أخرجه الإمام أحمد .

وقال ﷺ في حجة الوداع :

" ألا أن دماؤكم وأموالكم وأعراضكم حرام عليكم كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا اللهم اشهد " .

٢- جانب الفرد في هذه الجرائم :

وعلى الرغم من أن الاعتداء في جرائم الدماء يعتبر اعتداء على المجتمع كله . وأن القتل بغير حق قتل للناس جميعا . فإن المجني عليه في هذه الجرائم هو الذي وقعت عليه الجريمة رأسا وأودت بحياته إن كانت قتلا أو بعضو من أعضائه وجزء من جسده إن كانت قطعا أو جرحا . ولا قدرة للنفس البشرية الشفافة المؤمنة على تصور بشاعة ذلك وأثره في نفس المجني عليه وأهله أولا وثانيا ثم في المجتمع الفاضل ثالثا . حقيقة أن الجريمة في الدماء قاسية وشديدة بل مفزعة ومروعة وأثرها في المجتمع خطير ، وإنما أثرها في نفس المجني عليه ومدامه أسقامه . وشفاء غيظه بأن جعلت القصاص عقوبة هذه الجرائم دون مفاضلة بين دم وآخر حتى لا تتطبع نفسه شعورا بالظلم على أحاسيس البغض والكراهية للمجتمع الذي يعيش فيه . ولربما ينقلب بذلك مجرما عاتى الإجرام يستحل الدماء ويهوى الاعتداء ويتسلى بارتكاب الجرائم .

وجعلت الشريعة جانب العبد في هذه الجرائم أكثر تغليباً على جانب المجتمع ، فجعلت القصاص في ذاته حقا للعبد ولا بد فيه من مطالبة وأن يستمر في المخاصمة إلى وقت الحكم . بل إلى تنفيذ العقوبة . لأن من حقه العفو في أى مرتبة من مراتب المخاصمة . وبالعفو يسقط القصاص ، فقد قال تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحَرُّ بِالْحَرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنْثَى بِالْأُنْثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبَاعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنْ اعْتَدَى بِكُمْ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ * وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾ (البقرة: ١٧٨، ١٧٩) . وقال ﷺ : " من أصيب بدم أو خبل^(١) فهو بالخيار بين إحدى ثلاث ، فإن أراد الرابعة فخذوا على يديه ، أن يقتل أو يعفو أو يأخذ الدية " .

على أن اختيار المجني عليه وتفضيله للعفو ليس مؤداه إهمال جانب المجتمع في هذه الجرائم . بالأول يكون لولى الأمر أى عقاب . بل إن حق المجتمع باق بيد ولى الأمر فله أن يضع من العقوبات على سبيل التعزير ما يراها رادعة زاجرة مانعة للفساد بما يحفظ للمجتمع حقوقه . فالاعتداء إفساد في الأرض وولى الأمر منوط به منع الفساد . ولذلك كان اتفاق الفقهاء على أنه إذا سقطت عقوبة القصاص لأى سبب من الأسباب التي اعتبرها الشارع في ذلك فإنه على ولى الأمر أن يوقع عقوبة التعزير بأشد أنواعها . مع الدية لأولياء الدم .

(١) الخبل هو الجراح . والرابعة التي حذر منها النبي ﷺ ولم يذكرها هي أن يسرف في القتل باسم الجاهلية والعصبية .

فالعفو وإن كان يمنع القصاص إلا أنه لا يسقط العقوبة كلية بأن يمنعا منعاً باتاً . وإنما يمنع نوعاً غليظاً منها أقره الله تعالى مع غلظته حفظاً للدماء واستمراراً للحياة يقول تعالى : ﴿ وَكُنْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةً يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾ (البقرة: ١٧٩) ثم أناطه بالمجني عليه شفاء لعيظه . الذي قد يتحقق بمجرد التمكن من القصاص ، فعندما يتحقق لولى الدم التمكن من دم الجاني . بالأخذ بيده ووضعها موضع الجناية من نفس الجاني الذي سماه القرآن أخاً وحته على العفو عنه بقوله تعالى : ﴿ فَمَنْ عَفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبَاعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٍ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ﴾ (البقرة: من الآية ١٧٨) فربما يكون في ذلك الكفاية لذهاب أسقام قلبه وحقد نفسه ويدفعه الإحساس بكمال القدرة بحكم الشرع الشريف لأن يطلب العزة بالعفو استجابة لقوله ﷺ " ما زاد عبد بعفو إلا عزاً " فيعفو عن عزة ومقدرة لا عن ضعف ومذلة ، ويعطينا واقعاً صدقاً فهذا تتضح فيه جميع هذه المعاني جليلة ما رواد أنس بن مالك ؓ أن عمته الربيع لطمت جارية فكسرت ثيبتها ، فطلبوا إليهم العفو فأبوا ، و الأرش فأبوا إلا القصاص ، فاختموا إلى رسول الله ﷺ ، فأمر رسول الله بالقصاص . فقالوا لرسول الله ﷺ أنكسر ثيبة الربيع ؟ والذي بعثك بالحق نبياً لا تكسر ثيبتها فقال رسول الله ﷺ مصمماً على القصاص " يا أنس كتب الله القصاص " فرضى القوم ، ففعلوا فقال رسول الله ﷺ " إن من عباد الله تعالى من لو أقسم على الله لأبره " (١).

وسوف نعود بإذن الله لتقديم حق العفو في الشريعة الإسلامية بصورة أشمل عقب الكلام عن أثر الرضا في العقوبة في الفقه الإسلامي .

وبالنظر فيما قدمناه من حق المجتمع والفرد في جرائم القصاص . نجد أنه على الرغم مما للمجنى عليه من الحق الغالب فيها إلا أن للمجتمع حقاً تمثل في جعل الشارع الاعتداء في هذه الجرائم اعتداءً على الناس أجمعين ، بما يبرز شناعة هذه الجرائم وعظم خطورتها . ومما لا يقوى معه بدون ريبة حق المجني عليه الغالب فيها على إباحة هذه الجرائم أو بعضها لمجرد رضائه بوقوعها عليه . وسوف نبين فيما يلي آراء الفقهاء صريحة واضحة في الإذن بالقتل والإذن بالجرح حتى يتبين حقيقة ما وصلنا إليه هنا وأن الإذن بالقتل أو الجرح لا يترتب عليه إباحة الجريمة .

رابعاً : حق الفرد في جرائم التعازير :

الجرائم التعزيرية هي التي لم ينص الشارع على عقوبة مقدرة لها بنص قرآني ، أو حديث نبوي ، مع ثبوت نهى الشارع عنها لأنها فساد في الأرض أو تؤدي إلى فساد فيها (٢) . وهي

(١) التبيين ج ٦ ص ١٠٢ .

(٢) فضيلة المرحوم الأستاذ أبو زهرة الجريمة والعقوبة ج ١ ص ١١٩ .

كثيرة بكثرة ما يجد للناس من أحداث وما يبتكر ابن آدم من فنون الإجرام . وقد ساق ابن تيمية طائفة منها فقال :

" المعاصي التي ليس فيها حد مقدر ولا كفارة ، كالذي يقبل الصبيان ، ويقبل المرأة الأجنبية ، أو يباشر بلا جماع ، أو يأكل مالا يحل كالدم والميتة ، أو يقذف في الناس بغير الزنى أو يسرق من غير حرز ، أو شيئا يسيرا ، أو يخون أمانة ، كولاية أموال بيت المال ، أو الوقف ومال اليتيم ، ونحو ذلك إذا خانوا ، وكالكلاء والشركاء إذا خانوا ، أو يغش في معاملة ، كالذين يغشون في الأطعمة والثياب ونحو ذلك ، أو يطفف المكيال والميزان ، أو أن يشهد بالزور أو يلقى شهادة الزور ، أو يرتشى في حكمه ، أو يحكم بغير ما أنزل الله ، أو يعتدي على رعيته ، أو يتعزى بعزاء الجاهلية ، أو يلبي داعي الجاهلية إلى غير ذلك من أنواع المحرمات ، فهؤلاء يعاقبون تعزيرا وتنكيلا وتأديبا بقدر ما يراه الوالي ، على حسب كثرة ذلك الذنب في الناس وقلته ، فإذا كان كثيرا زاد في العقوبة بخلاف ما إذا كان قليلا ، وعلى حسب حال المذنب ، فإذا كان من المدمنين على الفجور زيد في عقوبته بخلاف المقل من ذلك ، وعلى حسب كثرة الذنب ، فيعاقب من يتعرض لفساد الناس وأولادهم بما لا يعاقب به من لم يتعرض إلا لامرأة واحدة " (١).

وهكذا يتبين أن جرائم التعازير تختص بأنها معاص منهى عنها في الدين والأخلاق . ولم تنص الشريعة على كل جرائم التعازير . ولم تحدها تحديدا كاملا كما هو بالنسبة لجرائم الحدود والقصاص . وإنما تركت لأولى الأمر سلطة تجريم الأفعال التي يرون بحسب الظروف المتغيرة والمتجددة أنها ضارة بصالح الجماعة وأمنها ونظامها . وأن يضعوا قواعد لتنظيم الجماعة وتوجيهها . ولهم سلطة من العقوبات الملائمة على مخالفة هذه القواعد والنظم ، وذلك كله فيما لم يرد فيه نص من القرآن والسنة على أن سلطة أولى الأمر في ذلك ليست مطلقة . بل هم مقيدون فيما يجرمون من أفعال ويسنون من عقوبات أن يكون ذلك متفقا مع نصوص الشريعة ومبادئها العامة وروحها التشريعية .

والتعزير : هو تأديب على ذنوب لم تشرع فيها الحدود (٢) . أي هو عقوبة على جرائم لم تضع الشريعة لأية عقوبات معينة محدودة (٣) . فهو يتفق مع الحدود من وجه وهو أنه تأديب استصلاح وزجر يختلف بحسب اختلاف الذنب ، ولكنه يختلف من وجنين (٤).

(١) السياسة الشرعية لابن تيمية ص ١٢٠ .

(٢) الأحكام السلطانية ص ٢٠٥ ، بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٣ ، أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦١ .

(٣) الأستاذ عبد القادر عوده . التشريع الجنائي الإسلامي ج ١ ص ١٢٧ .

(٤) الأحكام السلطانية ص ٢٠٦ ، ٢٠٧ والمقصود بالحدود العقوبات المقدرة وهي المقررة لجرائم الحدود وجرائم القصاص والدية .

أولهما : أن عقوبات الحدود معينة مقدرة ولكل جريمة عقوبتها . التي لا بد من توقيعها . والقاضى ملزم في ذلك دون زيادة أو نقص .

أما عقوبات التعزير فهي غير محددة ولا مقدرة . تبدأ بالنصح بل بمجرد الإحضار أمام القاضى وتصل للقتل في الجرائم الخطيرة ، وللقاضى أن يختار من بينها العقوبة الملائمة للجريمة وحال المجرم كما له أن يوقع أكثر من عقوبة ، وله أن يخفف العقوبة أو يشدها بل وله أن يوقفها إذا اقتضى الأمر ذلك .

الثانى : أن عقوبة الحد لا يجوز لولى الأمر فيها العفو . أما عقوبات التعازير فلولى الأمر العفو عنها أو عن بعضها .

والتعزير كما قد يكون على كل معصية لا حد فيها ولا كفارة ، سواء كانت المعصية لله أى تمس حقوق الجماعة أو أمنها أو نظامها أو لحق آدمى ^(١) أى تمس حقوق الأفراد ، يكون للمصلحة العامة كما قد يكون على المخالفات . والأول فرض التعزير فيه على أفعال حرمتها الشريعة بذواتها ويعتبر إتيانها معصية . والثانى فرض لأفعال وحالات لم تحرم لذواتها وإنما حرمت لأوصافها . ولا يشترط أن تكون معصية . والثالث فرض على أفعال حرمتها الشريعة بذواتها ولكنها تعتبر مخالفة وليست بمعصية .

والمعاصى هى إتيان ما حرّمته الشريعة من المحرمات وترك ما أوجبه من الواجبات وقد قسمها الفقهاء إلى ثلاث أنواع :

١- ما فيه الحد (العقوبة) وقد تضاف إليها الكفارة . ومن هذا النوع جرائم الحدود والقصاص والدية والأصل في هذا النوع من المعاصى أن عقوبة الحد تغنى فيه عن التعزير ، ولكن ليس هناك ما يمنع من اجتماع التعزير مع عقوبة الحد عند الاقتضاء .

كما في الجمع بين تعزير الجاني للتأديب على حق الجماعة مع عقوبة القصاص في الجنائية عمدا على ما دون النفس . والتعزير كلما سقط القصاص لمانع من الموانع عند الإمام مالك^(٢) وكما في اجتماع الدية مع التعزير على قتل من لا يقاد به . وكالزيادة على الأربعين في حد الشرب ، وكتعليق يد السارق في عنقه بعد قطعها عند إيمانها الشافعى^(٣) . وكجواز الجمع بين التعزير للزانى غير المحصن مع الحد عند الحنفية

(١) المهذب ج٢ ص ٣٠٦ ، مواهب الجليل ج٦ ص ٣١٩ ، ٣٢٠ ، المغنى والشرح الكبير ج١٠ ص ٣٤٧ ، حاشية ابن عابدين ج٣ ص ٢٥١ ، الزيلعى ج٣ ص ٢٠٧ .

(٢) مواهب الجليل ج٦ ص ١٤٧ ، ٢٦٨ . شرح الدردير ج٤ ص ٢٢٤ .

(٣) أسنى المطالب ج٤ ص ١٦٢ . نهاية المحتاج ج٨ ص ١٨ .

حيث يرون التغريب تعزيرا لا حدا (١). ومن ذلك عند الإمام أحمد جواز تعليق يد السارق في عنقه بعد قطعها (٢).

٢- ما فيه الكفارة دون الحد . كالوطء في نهار رمضان والوطء في الإحرام ، والراجح في هذا النوع من المعاصي عدم جواز الجمع بين الكفارة والتعزير (٣).

٣- ما لا حد فيه ولا كفارة ، وهذا النوع من المعاصي لا حصر له والعقوبة الأصلية فيها هي التعزير .

ولا تخرج عن أحد أنواع ثلاثة (٤) :

- ما شرع في جنسه الحد ولكن لا حد فيه وإنما فيه التعزير . كالسرقة من غير حرز ، وسرقة ما دون النصاب ، والسرقة غير التامة .
- ما امتنع فيه الحد وفيه التعزير إما لشبهة درأته كوطء الزوجة في دبرها وسرقة المال المشترك . وإما لسبب خاص بالجاني ، كقتل الأب ولده ، وسرقة الفروع من الأصول .
- ما لم يشرع فيه ولا في جنسه الحد ، وهو أكثر المعاصي مثل أكل الميتة والدم ولحم الخنزير ، وخيانة الأمانة من أمين بيت المال ، وناظر الوقف والوصي والوكيل ، وكذلك تطفيف المكيال والميزان ، وشهادة الزور ، وأكل الربا ، والسب والرشوة إلى غير ذلك مما يراه أولى الأمر مجرماً ويسنون له العقوبة الملائمة .

من هذا العرض الضيق للتعزير وجرائمه . نستطيع أن نتبين أن الجرائم التعزيرية رغم تفاوتها البين وتنوعها الكثير ، منها ما قد يكون الاعتداء فيه مباشرا على المجتمع . أو على أوامر الله ونواهيه دون أن يكون هناك أي اعتداء على شخص معين ، كما في جرائم ترك الزكاة ، وترك الصلاة ، والاتفاق على ترك الأذان ومنعه فعلا من الجميع . فإن الجنائية هنا على المجتمع والاعتداء في هذه الجرائم على حق الله تعالى لما فيها من اعتداء مباشر على الدين والجماعة . وبالتالي فإن العقاب على هذه الجرائم يكون حقا لله تعالى ولا يقبل الإسقاط أو العفو. وهذا النوع من الجرائم لا يتصور فيه بحث أثر رضا المجني عليه . إذ أنه من الحقوق العامة التي ليس للفرد فيها أدنى حق فلا يمكن أن نتاح برضا المجني عليه وإذنه .

(١) بدائع الصنائع ج٧ ص ٣٩ . شرح فتح الغدير ج: ص ١٣٦ .

(٢) المغنى ج١٠ ص ٢٦٦ .

(٣) أعلام الموقعين ج٢ ص ٢٢١ ، المقدمات لابن رشد ج٢ ص ١٥١ . تبصرة الحكام ج٢ ص ٢٥٩ ، أسنى المطالب ج٤ ص ١٦٢ ، نهاية المحتاج ج٨ ص ١٨ .

(٤) بدائع الصنائع ج٧ ص ٦٤ .

ومن جرائم التعازير ما تكون الجنابة فيه على أشخاص بعينهم كالاتهام الباطل والدعاوى الباطلة . ومطل الغنى ، والقذف بغير الزنى ، كيا فاسق ، يا أكل الربا ، يا شارب الخمر . وللعبد في هذه الجرائم جانب حق بأن يطلب العقاب أولا يطلبه . وأن يسقطه أولا يسقطه بعد وجوبه إذ العقوبة ليست من حق الله الخالص . ولكن حق العبد في المخاصمة وإسقاط العقوبة . لا يؤدي إلى التهاون في حق المجتمع الناشئ عن هذه الجرائم التي وجبت العقوبة فيها حفظا لحرمان المستظلين بطل الإسلام وأعراضهم . فللجماعة هنا حق لا يجوز إهماله أو التنازل عنه مما لا يجعل حق العبد في هذه الجرائم يتعدى المطالبة والعفو عن العقوبة ، إلى حد إباحة الجريمة والإنان بها ، فتصبح مشروعة لا عقاب عليها .

المبحث الثالث

الإذن بالقتل والإذن بالجرح وآراء الفقهاء في ذلك

سوف نعرض فيما يلي لآراء الفقهاء وخلافاتهم حول أثر الإذن بالقتل والإذن بالجرح . ورأى الشريعة الإسلامية في اعتداء الإنسان على نفسه بالقتل (الانتحار) وإصابة الشخص نفسه ، والقتل بالمبارزة ، والمصارعة لتأسيسهم على الرضا ولحق المجني عليه الغالب في مختلف هذه الجرائم .

أولا : الإذن بالقتل :

لا خلاف بين الفقهاء في أن رضاء المجني عليه أو إذنه لا يبيح الجريمة ولا يؤثر على المسؤولية الجنائية ، فالإذن بالقتل أو الجرح لا يبيح واحدا منها ، لأن النفس المعصومة من الأذى بحكم الإسلام لا تحل إلا بسبب من أسباب الحل وليس من أسباب الحل الإذن بالأذى فالقتل الذي يعد جريمة لا ينقل من حال تحريم إلى حال إباحة بمجرد الإذن ، فالإثم مازال ثابتا ، والجريمة ما زالت قائمة وهي في كل صورها إفساد لا يجوز ولا يباح . ومن هنا كان لولي الأمر أن يضع عقوبات تعزيرية عند سقوط العقوبة المقررة بنوعيتها دفعا للفساد . وقد اختلف الفقهاء في الإذن بالقتل أيسقط العقوبة عن الجاني أم لا ؟ على ثلاثة أقوال :

القول الأول :

لزفر من الحنفية والراجح لمالك وإحدى الروايتين عن الشافعي ، كما هو رأى الظاهرية والشيعة وهو الإذن بالقتل لا يبيح الفعل لأن عصمة النفس لا تباح إلا بما نص عليه الشرع . والإذن بالقتل ليس منها ، فكان الإذن عدما لا أثر له على الفعل ، فيبقى الفعل محرما معاقبا عليه باعتباره قتل عمدا . ولا تسقط العقوبة بل تبقى كاملة حتى لو أبرأ المجني عليه الجاني من دمه مقدما لأنه أبرأه من حق لم يستحقه بعد ، كما أن النفس غير مباحة بل هي محرمة على صاحبها فلا يصح له أن يجرح نفسه .

وإذنه لغيره يعتبر إذنا في شيء لا يملكه ، كما أنه يكون إذنا بمحرم ، وهو غير جائز .

القول الثاني :

وهو للإمام محمد وإحدى الروايتين عن الإمام أبو حنيفة ، وهو رأى عند الشافعي ومالك أن الإذن بالقتل لا يبيح الفعل لأن عصمة النفس لا تباح إلا بما نص عليه الشرع . وليس منها الإذن بالقتل يسقط القصاص ولا يسقط الدية . أما أنه يسقط القصاص فلائنه شبهة تدرأ الحد . ولكنها لا تمنع الدية . لأن عصمة النفس قائمة لم يسقطها الإذن . وإذا مات المجني عليه فتبقى الدية حقا ثابتا للأولياء ، ولأن شبه العمد والخطأ تجب فيه الدية . وهذا لا يقل عن واحد منهما^(١).

(١) فضيلة المرحوم الأستاذ محمد أبو زهرة في الجريمة ج ١ ص ٥٣٤ .

القول الثالث : للإمام أبو حنيفة في إحدى روايته وأبو يوسف وأحمد .
وهو أن الإذن بالقتل لا يبيح الفعل لأن عصمة النفس لا تباح إلا بما نص عليه الشرع والإذن بالقتل ليس منها . فكان الإذن عدما لا أثر له على الفعل الذي يبقى محرما معاقبا عليه باعتباره قَتلا عدما ، ولكن الإذن بالقتل يسقط العقوبة سواء كانت قصاصا أو دية ، فإنه يسقط القصاص لمكان الشبهة فيه والرسول ﷺ يقول : " ادعوا الحدود بالشبهات " ، والقصاص معتبر حدا فكل شبهة تقوم في فعل مكون لجريمة عقوبتها القصاص يدرأ بها الحد عن الجاني ، كما أن الإذن يسقط المال لأن الحق يثبت للإذن ابتداء بدليل أنه يورثه عنه . وإذا كان قد ثبت ابتداء فالإذن يسقطه . هذا وسوف نسوق هنا بعض عبارات لفقهاءنا القدامى الواردة في كتبهم بهذا الصدد والتي استخرجنا منها هذه الآراء للرجوع إليها .

من الفقه الحنفي :

" وعلى هذا يخرج : ما إذا قال الرجل لآخر اقتلني فقتله فإنه لا قصاص عليه عند أصحابنا الثلاثة . وعند زفر يجب القصاص (وجه) قوله : أن الأمر بالقتل لم يقدح في العصمة " لأن عصمة النفس مما لا تحتمل الإباحة بمال . ألا ترى أنه يأثم بالقول . فكان الأمر ملحقا بالعدم . بخلاف الأمر بالقطع لأن عصمة الطرف تحتمل الإباحة في الجملة . فجاز أن يؤثر الأمر فيها . ولنا : أنه تمكنت في هذه العصمة شبهة العدم . لأن الأمر وإن لم يصح حقيقة فصيغته تورث شبهة . والشبهة في هذا الباب لها حكم الحقيقة . وإذا لم تجب القصاص فهل تجب الدية ؟
فيه روايتان عن أبي حنيفة ؓ في رواية تجب وفي رواية لا تجب ، وذهب القدوري رحمه الله أن هذا أصح الروايتين وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله . وينبغي أن يكون الأصح هي الأولى . لأن العصمة قائمة مقام الحرمة . وإنما سقط القصاص لمكان الشبهة والشبهة لا تمنع وجوب المال (١) .

من الفقه الحنبلي :

" ولو قال مكلف غير قن لغيره ، اقتلني ، أو اجرحني ، أو اقتلني وإلا قتلتك ففعل . قدمه وجرحه هدر ، ولو قاله قن ضمنه القاتل لسيده بمال فقط ، ومن أمر قن غيره بقتل قن نفسه . أو أكرهه عليه فلا شيء له (٢) .

ومن الفقه المالكي :

" ولو قال إن قتلتنى أبرأتك " قال ابن الحاجب ولو قال للقاتل إن قتلتنى أبرأتك أو قد

(١) بدائع الصنائع للإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني ج٤ ص ٣٣٦ ط أولى سنة ١٣٢٨ هـ / ١٩١٠ م

(٢) الإقناع لأبي النجا شرف الدين موسى الحجاوي المقدس ج٤ ص ١٧١ .

وهبت لك دمي فقولان . قال ابن القاسم : وأحسنهما ، أن يقتل بخلاف عفوه بعد علمه أنه قتله ، فلو أذن في قطع يده عوقب ولا قصاص . قال في التوضيح هذا الذي نسبته المؤلف لابن القاسم ، وذكر في الجواهر أن أبا زيد رواه عن ابن قاسم هو في العتبية لسحنون وذكر لفظ العتبية ثم قال . وزاد في البيان ثالثا فنفي القصاص لشبهة عفو القصاص من المقتول . وتكون الدية عليه في مال . قال . وهو أظهر الأقوال انتهى وقال ابن عرفة بعد ذكره لفظ العتبية . وفي النواذر عن ابن أبي زيد عن ابن القاسم : مثل لفظ سحنون . ثم ذكر عن الصقلي أنه نقل سحنون نفي القصاص خلاف اختياره في العتبية . ونصه : قال الصقلي في كتابه الجعل والإجارة . وروى ابن سحنون عنه أنه قال لرجل اقتلني ولك ألف درهم فقتله فلا قود عليه . ويضرب مائة ويحبس عاما ولا جعل له . وقال يحيى بن عمر للأولياء قتله " (١).

" ولو قال المقتول لقاتله (إن قتلتي أبرأتك) فقتله وكذا إن قال له بعد جرحه قبل إنفاذ مقتله أبرأتك من دمي فلا يبرأ القاتل بذلك . بل للولى القود لأنه أسقط حقا قبل وجوبه . ولذا لو أبرأه بعد إنفاذ مقتله . أو قال له . إن مت فقد أبرأتك برئ لأنه أسقط شيئا بعد وجوبه ، وكذا إن قال له اقطع يدى ولا شئ عليك فله القصاص إن لم يستمر على البراءة بعد القطع مالم يترام به القطع حتى مات منه فلوليه القسامة والقصاص أو الدية " (٢).

ومن الفقه الشافعى :

" ولو قال : حر لحر أو قن اقتلني أو (اقتلني وإلا قتلتك فقتله) المقول له (فالمذهب) أنه (لا قصاص) عليه للإذن له في القتل وإن فسق بامتناله . والقود يثبت للمورث ابتداء كالدية ولهذا أخرجت منه ديونه ووصاياه . والطريق الثانى ذات قولين ثانيهما : يجب القصاص لأن القتل لا يباح بالإذن . فأشبه ما لو أذن له في الزنا بأتمته (والأظهر) أنه (لا دية) عليه لأن المورث أسقطها أيضا بإذنه ، نعم تلزمه الكفارة والإذن في القطع بهدره وسراية كما يأتى . والثانى تجب ولا يؤثر إذنه وكل ما تقرر في النفس ، فلو قال له اقطع يدى فقطعها ولم يمت فلا دية ولا قود جزما ومحله أيضا عند تمكنه من دفعه بغير القتل ، فإن قتله دفعا انتفى الضمان جزما ، ولو قال (اذفنى وإلا قتلتك فقتله فلا حد كما صوبه في الروضة فإن كان الأذى عبدا لم يسقط الضمان . وهل يجب القصاص إذا كان المأذون له عبدا وجهان أظهرهما عدمه " (٣).

(١) مواهب الجليل لأبن عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المعروف بالحطاب ج٦ ص ٢٣٥ ط أولى سنة ١٣٢٨ هـ .

(٢) الشرح الكبير لأبى بركات سيدي أحمد الدردير ج٤ ص ٢٤٠ .

(٣) نياية المحتاج لشمس الدين محمد ابن أبى العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملى الشهير بالشافعى الصغير ج٧ ص ٢٤٨ .

ثانيا : الإذن بالجرح :

سبق أن بينا عند الكلام عن الإذن بالقتل القاعدة المقررة في الشريعة الإسلامية وهي أن رضا المجني عليه لا يبيح الجريمة ولا يؤثر على المسؤولية الجنائية . وأن الإذن بالقتل أو الجرح لا يبيح واحدا منهما لأن النفس المعصومة من الأذى بحكم الإسلام لا تحل إلا بسبب من أسباب الحل . وليس من أسباب الحل . الإذن بالأذى . فالفعل الذي يعد جريمة لا ينقل من حال تحریم إلى حال إباحة بمجرد الإذن . فالإثم ما زال ثابتا . والجريمة مازالت قائمة . وهي في كل صورها إفساد لا يجوز ولا يباح . ومن هنا كان لولى الأمر أن يضع عقوبات تعزيرية عند سقوط العقوبة المقدرة بنوعيتها دفعا للفساد .

وقد اختلف الفقهاء في أثر الإذن بالجرح أو القطع على العقوبة على الوجه الآتي :
أولا : يرى الظاهرية والشيعة والزيدية أن الإذن بالاعتداء على ما دون النفس لا يسقط القصاص لأن نزول المجني عليه عن حقه لا يسقط حق الشرع في سلامة أطرافه الذي يجب مراعاتها هنا ، وليس ذلك بتناقض لأن القول الذي يلغى بحكم الشارع لا يعد موجودا حتى يجرى به تناقض (١) .

وجاء في المحلى لابن حزم :

" حدثنا عبد الله بن يوسف نا أحمد بن فتح نا عبد الوهاب بن عيس نا أحمد بن محمد نا أحمد بن علي نا مسلم بن حجاج نا قتيبة نا ليث ، هو ابن سعد ، جد عبيد الله ، هو ابن عمر ، عن نافع عن ابن عمر عن النبي ﷺ أنه قال : " على المرء المسلم السمع والطاعة فيما أحب أو كره ، إلا أن يؤمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة " . وبه إلهي مسلم نا محمد بن المثني نا محمد بن جعفر غندر نا شعبة عن زبيد عن سعد بن عبيد عن ابن عبد الرحمن السلمي عن علي بن أبي طالب أن رسول الله ﷺ قال : " إنما الطاعة في المعروف " قال أبو محمد " فحرام على كل من أمر بمعصية أن ياتمر لها ، فإن فعل فهو فاسق عاصي لله تعالى وليس بذلك عذر ، وكذلك الأمر في نفسه بمالم يبح الله تعالى له فهو فاسق عاصي لله تعالى فاسق ولا عذر للمأمور في طاعته ، بل الأمر. والذي يؤمر سواء في ذلك ، فالواجب أنه يجب للأمر إنسانا يقطع يد الأمر نفسه بغير حق ، أو يقتل عبده أو يقتل ابنه ، ما يجب له لولم يأمر ذلك من القود أو الدية ، لأن وجود أمره بذلك باطل لا حكم في الإباحة أصلا ، وكذلك من أباح لآخر أن يقتله ففعل فأولياء المقتول القود أو الدية ، وقد قال مالك من أمر آخر بقتل عبده فقتله فلا شيء على المأمور ؟ وقال الشافعي : من

(١) فضيلة الأستاذ المرحوم محمد أبو زهرة في العقوبة ص ٤٨٩ .

أمر آخر بقطع يد الأمر فلا شيء على القاطع ؟ قال على . وهذا القولان في غاية الفساد لما ذكرنا . والعجب أنهم أصحاب قياس بزعمهم وهم لا يختلفون فيمن أمر إنسانا بأن يزني بأمة نفسه ففعل أن الحد عليه ، فإن قالوا : إن له بعد قطع يده ، وقتل أبيه ، وغلامه : أن يعفو ، وليس له أن يعفو بعد الذي بأمرته ؟ قيل لهم : إن وقت العفو لم يأت بعد ، فليس له أن يعفو ، وهم لا يختلفون فيمن قال : من قتل ابن عمي فلان بن فلان فقد عفوت عنه فقتله قاتل ، فإن له القود ، فبطل تنظيرهم . والله تعالى التوفيق " (١) .

ثانيا : يرى الأئمة الأربعة مع اتفاقهم على الإثم من الإذن والمأذون معا ، سقوط العقوبة . لأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال عندهم ، وعصمة المال تثبت حقا لصاحبه فكانت العقوبة على القطع والجرح محتمة للسقوط بالإباحة والإذن وقد أسقط المجني عليه وهو الذي له حق المطالبة بالعقوبة حقه في المطالبة بالإذن ابتداء فليس له الحق في المطالبة بالتعويض في أمر قد تم برأئته . ولكن الخلاف بينهم فيما إذا أدى الجرح أو القطع للموت ؟

فيرى أبو حنيفة أن الفعل يسرى عليه حكم القتل العمد لأن الإذن كان على الجرح أو القطع فلما مات تبين أن الفعل وقع قتلا لا جرحا ولا قطعاً . فالفعل الذي أدى إلى الموت كان قتلا عمدا بغير إذن . ولما كان الإذن يعتبر شبهة تدرأ القصاص فيتعين أن تكون العقوبة الدية ، ويرى أبو يوسف ومحمد أن الجرح أو القطع إذا أدى للموت فلا شيء على الجاني إلا التعزير لأن العفو عن الجرح أو القطع عفو عما تولد منه وهو القتل .

" ولو قال اقطع يدي فقطع لا شيء عليه بالإجماع لأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال ، وعصمة الأموال تثبت حقا له . فكانت محتمة للسقوط بالإباحة أو الإذن . كما لو قال اتلف مالي فأنتلفه " .

" وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة : فيمن أمر إنسانا أن يقتل ابنه فقتله أنه يقتل به . وهذا يوجب اختلاف الروايتين في المسألتين . ولو أمره أن يشجه فشجه فلا شيء عليه . إن لم يميت من الشجة لأن الأمر بالشجة كالأمر بالقطع . وإن مات منها كانت عليه الدية . كذا ذكر في الكتاب . ويحتمل هذا أن يكون على أصل أبي حنيفة رحمه الله . خاصة بناء على أن العفو عن الشجة لا يكون عفوا عن القتل عنده . فكذا الأمر بالشجة لا يكون أمرا بالقتل . ولو مات تبين أن الفعل وقع قتلا من حين وجوده لا شجا . وكان القياس أن يجب القصاص إلا أنه أسقطه للشبهة فتجب الدية . أما على أصلها فينبغي ألا يكون عليه شيء لأن العفو عن الشجة يكون عفوا عن القتل عندهما . فكذا الأمر بالشجة يكون أمرا بالقتل . وروى ابن سماعه عن محمد بن محمد عن الله فيمن أمر إنسانا بأن يقطع يده ففعل فمات من ذلك أنه لا شيء على قاطعه . ويحتمل أن يكون

(١) المحلى لأبي محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم ج ١٢ ص ٢٢٩ .

هذا قولهما خاصة كمن قالاً فيمن له القصاص في الطرف . إذا قطع طرف من عليه القصاص فمات أنه لا شيء عليه . فأما على قول أبي حنيفة رحمه الله . فينبغي أن تجب الدية لأنه لما مات تبين أن الفعل وقع قتلاً والمأمور به القطع لا القتل . وكان القياس أنه يجب القصاص كما قال فيمن له القصاص في الطرف إلا أنه سقط لمكان الشبهة فتجب الدية^(١).

" ويرى مالك أن الإذن بالقطع أو الجرح لا عبرة به إلا إذا استمر المجني عليه مبرئاً للجاني بعد الجرح أو القطع فإن لم يبرئه بعد الجرح أو القطع تجب العقوبة المقررة وهي القصاص أو الدية إذا امتنع القصاص لسبب شرعي أما إذا استمر المجني عليه مبرئاً للجاني فإن العقوبة المقررة أصلاً وهي القصاص والدية تسقط ويحل محلها التعزير وهذا كله إذا لم يؤد الجرح أو القطع للموت . فإذا أدى إليه اعتبر الجاني قاتلاً عمداً ووجب عقوبة قتل العمد .

" ولو قال المقتول لقاتله (إن قتلتني أبرأتك) فقتله وكذا إن قال له بعد جرحه قبل إنفاذ مقتله أبرأتك من دمي فلا يبرأ القاتل بذلك . بل للولي القود لأنه أسقط حقاً قبل وجوبه . ولذا لو أبرأه بعد إنفاذ مقتله أو قال له إن مت فقد أبرأتك برئ لأنه أسقط شيئاً بعد وجوبه . وكذا إن قال له أقطع يدى ولا شيء عليك ، فله القصاص إن لم يستمر على البراءة بعد القطع ما لم يتبرأ به القاتل حتى مات منه فلوليه القسامة والقصاص أو الدية^(٢).

ويرى الشافعي رحمه الله أن الإذن بالقطع والجرح يسقط العقاب . ما لم تر الجماعة عقابه تعزيراً . أما إذا أدى الجرح أو القطع إلى الموت فمن فقهاء المذهب من يرى ، أن الجاني يسأل عن جريمة قتل عمد . ولكنه يدرأ القصاص لشبهة الإذن . فتكون الدية هي العقوبة . ومنهم من يرى إمتناع العقاب لأن الموت تولد عن فعل مأذون فيه والإذن يسقط العقوبة .

" ولو قال حر مكلف مختار (رشيد) أو سفيه لآخر . وإنما قيد بالرشيد لقوله بعد ذلك ولو قطع فعفا إذ عفو غير الرشيد لاغ (أقطعني ففعل هدر) لا قود فيه ولا دية كما لو قال اقتلني أو اتلف مالي ، نعم تجب الكفارة . وإذن القن يسقط القود دون المال وإذن غير المكلف والمكره لا يسقط شيئاً (فإن سرى) القطع إلى النفس (أو قال) ابتداء (اقتلني) فقتله (فهدر) . كما ذكر للإذن . ولأن الأصح ثبوت الدية للمورث ابتداء أى لأنها بدل عن القود المبدل عن نفسه ، نعم تجب الكفارة ويعزر (وفي قول تجب دية) بناء على المرجوح أنها تجب للورثة ابتداء^(٣).

" ولو قال حر مكلف مختار (رشيد) أو سفيه لآخر (أقطعني ففعل فهدر) لا قود فيه ولا دية . كما لو قال له اقتلني أو اتلف مالي . وإذن القن يسقط القود لا المال . وإذن غير المكلف

(١) بدائع الصنائع للإمام علاء الدين إبي بكر بن مسعود الكاساني ج ٧ ص ٢٣٦ ، ٢٣٧ .

(٢) الشرح الكبير لأبي بركات سيدي أحمد الدردير ج ٤ ص ٢٤٠ .

(٣) نهاية المحتاج لشمي الدين محمد ابن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي الشهير بالشافعي الصغير ج ٧ ص ٢٩٦ .

والمكره لا يسقط شيئاً (فإن سرى) القطع إلى النفس (أو قال) ابتداء (اقتلنى فقتله فهدر) كما ذكر للإذن ولأن الأصح إن الدية تثبت للمورث ابتداء أى لأنها بدل عن القود المبدل عن نفسه كما علم مما مر . نعم تجب الكفارة ويعزر (وفي قول تجب دية) بناء على الضعيف أنها تثبت للورثة ابتداء (ولو قطع) بضم أوله أى عضوه وجعل بعضهم بفتح (فعفا عن قوده وأرشه فإن لم يسر فلا شئ) من قود ودية لأن المستحق أسقط الحق بعد ثبوته فسقط (وإن سرى) إلى النفس (في قصاص) في نفس وطرف لتولد السراية عن معفو عنه... الخ^(١).

وعند الإمام أحمد أن الإذن بالجرح والقطع كالإذن بالقتل لا يبيح الفعل ولكنه يسقط العقوبة لأن للمجني عليه الحق في إسقاط العقوبة وقد أسقطها بإذنه .

" ولو قال مكلف غير قن لغيره ، اقتلنى ، أو اجرحنى ، أو اقتلنى وإلا قتلتك ففعل ، فدمه وجرحه هدر ، ولو قاله قن ضمنه القاتل لسيدته بمال فقط ، ومن أمر قن غيره بقتل قن نفسه أو أكرهه عليه فلا شئ له " (٢).

ومن جميع ما تقدم يتبين لنا أنه لا خلاف بين الفقهاء في أن الإذن بالقتل أو الإذن بالجرح لا يبيح الجريمة ولا يؤثر في المسؤولية الجنائية للفاعل . وإنما كان خلافهم حول أثر الإذن بالقتل أو الجرح في العقوبة المقررة عليهما . وانبنى ذلك على خلاف حول الإذن : أيعتبر عفو مقدما يترتب عليه سقوط العقوبة ؟ أم أنه لا يعتبر عفو لأن حق المجني عليه في العفو لا ينشأ إلا بعد وقوع الجريمة ؟

ومن ناحية أخرى هل يعتبر الإذن شبهة تدرأ الحد أى القصاص ، وتكون العقوبة هى الدية ؟ أم أنه لا يعتبر شبهة دارة للقصاص ؟

ثالثاً : الانتحار :

ومن أبرز صور القتل بالرضا قتل الإنسان نفسه فما حكم ذلك في الشريعة الإسلامية وما أثره في مسؤولية المحرض والشريك في الانتحار ؟

الانتحار محرم في الشريعة الإسلامية وقد جاء ذلك في القرآن والسنة . منه ما جاء في عموم قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴾ (النساء: ٢٩) .

كما يقول تعالى : ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴾ (النساء: ٢٩) . ويقول ﷺ : " من قتل نفسه بحديدة فحديدته في يده يجأ بها في بطنه في نار جهنم خالدا مخلدا فيها أبداً ، ومن قتل نفسه بسم فسمه في يده يتحساه في نار جهنم خالدا مخلدا فيه أبداً " .

(١) تحفة المحتاج ج٤ ص ٤٤٨ .

(٢) الإقناع لأبى النجا شرف الدين موسى الحجاوى المقدس ج٤ ص ١٧١

وإذا تمت عملية الانتحار ومات المنتحر فلا عقوبة عليه لأن العقوبة تسقط بالموت ، ولكن الفقهاء اختلفوا في وجوب الكفارة على المنتحر . وهى عقوبة تعبدية يقصد منها مصلحة الجاني نفسه . فيرى مالك وأبو حنيفة أن لا كفارة في قتل النفس مطلقاً . أما الشافعى فيرى الشافعى أن من قتل نفسه عمداً أو خطأ وجبت الكفارة في ماله . ويرى البعض في مذهب أحمد مايراه الشافعى من وجوب الكفارة في قتل النفس ولكنهم لا يوجبون الكفارة إلا في مال من قتل نفسه خطأ .

" ابن شاس لا تجب الكفارة في قتل الصائل ولا قاتل نفسه . ابن عرفة : هذا مقتضى المذهب ولم أجده نصاً (كدية) الجلاب لا تعقل العاقلة من قتل نفسه عمداً ولا خطأ (وندبت في جنين (١) " .

" تجب بالقتل كفارة وإن كان القاتل صدياً . ومجنوناً . وعبداً ، وذمياً ، وعامداً ومخطئاً ، ومتسبباً بقتل مسلم ولو بدار حرب وذمي (وجنين) مضمون لأنه آدمى معصوم وعبد نفسه ، لذلك ولأن الكفارة حق الله تعالى (ونفسه) فتخرج من تركته لذلك أيضاً ، ومن ثم لو هدر كالزاني المحصن لم تجب الكفارة فيه كما استظهره بعض الشراح . وإن أثم بقتل نفسه " كما لو قتله غيره افتياتاً على الإمام (وفي) قتل (نفسه) أنها لا تجب فيها كما لا ضمان ، ويرد بوضوح الفرق وهو أن الكفارة حق الله تعالى فلم يسقط بفعله بخلاف الضمان (٢) " .

" الكفارة تلزم من سوى الحربى مميذاً كان أم لا بقتل كل آدمى معصوم من مسلم ولو في دار الحرب وذمي ومستأمن وجنين وعبد نفسه عمداً أو خطأ : قوله ونفسه قال الزركشى كذا أطلقوه وينبغي تخصيصه بما إذا كانت نفسه معصومه أما لو كان مهذراً كما إذا زنى وهو محصن فينبغى أن لا تجب عليه الكفارة . وإن حرم عليه قتل نفسه للإفتيات على الإمام كما لو قتله الغير فإنه يعصى " (٣) .

ويترتب على تحريم الانتحار في الشريعة الإسلامية أن يعاقب شريك المنتحر سواء كان الاشتراك بالتحريض . أو الاتفاق ، أو العون ، كما أنه يعاقب من يحاول الانتحار . ويعاقب معه أيضاً شركاؤه في الجريمة . والعقوبات هنا يترك تقديرها لولى الأمر لأنها مقرررة على سبيل التعزير (٤) .

رابعاً : إصابة الشخص نفسه :

(١) مواهب الجليل لأبى عبد الله محمد بن حميد المعروف بالحطاب ج٦ ص ٢٦٨ .

(٢) نهاية المحتاج لشمس الدين محمد ابن أبى العباس الشهير بالشافعى الصغير ج٧ ص ٢٦٤ ، ٣٦٥ ، ٢٦٦ .

(٣) أسنى المطالب والحاشية للرملى ج٤ ص ٩٥ .

(٤) التشريع الجنائى الإسلامى للأستاذ عبد القادر عوده ج١ ص ٤٤٦ .

تحريم الشريعة الإسلامية على الشخص أن يصيب نفسه بأذى . فليس له أن يجرح نفسه أو يقطع طرفه أو غير ذلك . مما يمس جسده من أضرار حتى ولو لم يقصد بذلك تقويت مصلحة كالتهرب من الجندية مثلا فإن فعل شيئا من ذلك عوقب بعقوبة تعزيرية . وكذلك يعاقب كل من يشترك معه في هذه الجريمة .

خامساً : المبارزة :

المبارزة قتال بين شخصين فيه يحرص كل منهما على قتل الآخر أو جرحه أو إيذائه وذلك بالاتفاق بينهما تخلصا من نزاع أو خلاف حول أمر من الأمور . ولا يشترط أن تكون المبارزة بسلاح معين فكما تكون بالسيوف تصح أن تكون بالخنجر كما تكون بالإسالة النارية أو بالعصى .

والمبارزة إن كانت في غير الحرب أو مع حربى . فقد يكون المقصود بها مجرد إظهار المهارة والتفوق . وهى في هذه الحالات نوع من ألعاب الفروسية التي تبيحها الشريعة الإسلامية وقد سبق الكلام عنها . أما إذا كان المقصود بها القتل أو الجرح أو الإيذاء فهى محرمة شرعا . لأن هذه الأفعال تحرمها الشريعة الإسلامية تحريما قاطعا . فالقاتل لشخص في مبارزة بينهما يعد مرتكبا لجريمة قتل عمدا إذا تعمد قتله . كذلك إذا جرحه وهو متعمد القتل فأدى الجرح لموته . أما إذا جرحه بقصد تعطيله فقط ولم يقصد قتله فهو جرح عمدا فإن أدى الجرح لموته فهو قاتل شبه متعمد (1) . وطالما أن المبارزة تتم باتفاق المتبارزين فهى من نوع الإذن بالقتل إذ الغرض منها أن يقتل كل منهما صاحبه . والذي يقدم عليها يكون راضيا بما ينتج عنها من قتل أو إيذاء بل يكون آذنا فيه مقدما . وعلى هذا فيجوز على أفعال القتل أو الجرح الناشئ عن المبارزة الأحكام المتعلقة بالإذن بالقتل أو الجرح من حيث التحريم وعدم الإباحة . ويرد عليها كذلك خلافات الفقهاء حول العقوبة المقررة ومقدارها (2) .

ويستدل على تحريم المبارزة بجانب النصوص العامة المحرمة للقتل والجرح بما روى أن النبى ﷺ قال : " إذا التقى المسلمان بسيفهما فالقاتل والمقتول في النار ، قالوا يا رسول الله ، هذا القاتل . فما شأن المقتول ؟ قال كان حريصا على قتل صاحبه " .

والمبارزة بقية من بقايا الجاهلية الأولى . وتحكم الأقوياء في الضعفاء ، وجعل الغلبة لل قوة ، لا للقانون والنظم الثابتة والمستقرة . ولهذا وجبت محاربتها وعلى ولى الأمر أن يضع من العقوبات التعزيرية ما يكفل منعها وكف الناس عنها وذلك بتجريم الإقدام عليها ولولم يحدث فيها

(1) التشريع الجنائى الإسلامى للأستاذ عبد القادر عوده ج ١ ص ٤٤٨ .

(2) فضيلة المرحوم الأستاذ محمد أبو زهرة في الجريمة ص ٥٣٦ ، ٥٣٧ والعقوبة ص ٤٩٠ ، ٤٩١ .

قتل لأنها جريمة في ذاتها وما هو جريمة في حكم الإسلام يجب أن يكون جريمة في نظر الحكام وأن تقرر له العقوبات التعزيرية الرادعة المانعة .

ومن هذا المبحث يتبين لنا أن أفعال الاعتداء على حق الحياة والحق في سلامة الجسم من الأفعال المحرمة تحريماً قطعياً في الشريعة الإسلامية ، وأن وقوع أيها بوصف الاعتداء يعد جريمة في نظر الشارع الإسلامي . حتى إذا أذن المجني عليه أو رضی بوقوع الفعل عليه بل هو جريمة إذا أوقعه الشخص بنفسه على حقه في الحياة أو حقه في سلامة جسمه . إذ الأصل في الشريعة الإسلامية أن رضا المجني عليه بالجريمة وإذنه فيها لا يبيح الجريمة ولا يؤثر في المسؤولية الجنائية للفاعل ^(١) . ومن المتفق عليه بين فقهاء الشريعة الإسلامية أن النفس معصومة وقد حرم الشارع الاعتداء عليها . ولا سبيل لاستباحتها ولو بإباحة صاحبها . فالإذن بالقتل أو الجرح لا يبيح واحدا منهما .

لأن النفس المعصومة من الأذى بحكم الإسلام لا تحل إلا بسبب من أسباب الحل التي نص الشارع عليها وليس من بينها الإذن بالأذى . لأن أذى المؤمن لنفسه حرام فإذا أذى لغيره لا يحل للغير دمه فيكون الإذن عدماً لا أثر له على الفعل ويبقى الفعل محرماً معاقباً عليه ، ولذا يحرم الانتحار ويحرم على الإنسان إتلاف مال نفسه .

وهذا الأصل في الشريعة الإسلامية ينطبق على كل الجرائم وإنما كان خلاف الفقهاء المتقدم حول أثر الإذن بالقتل أو الجرح في العقوبة المقررة عليهما ؟

لأن جرائم الاعتداء على النفس وما دونها . أي جرائم القتل والجرح والضرب ورغم أن الرضا لا يهدم ركناً من أركانها هي من الجرائم التي يلاحظ فيها الجانب الشخصي . فالقصاص عليها لا يكون إلا بمطالبة ولي الدم . كما أن للمجني عليه وأوليائه حق العفو عن العقوبة الأصلية فلهم أن يعفو عن القصاص إلى الدية ولهم أن يعفو عن الدية والقصاص معا ، وتبقى العقوبة التعزيرية على حق المجتمع لولى الأمر أن يستوفيها من الجاني إن رأى ذلك . فهل يعتبر الإذن عفواً مقدماً يترتب عليه سقوط العقوبة ؟ أم أن الإذن لا يعتبر عفواً لأن حق المجني عليه في العفو لا ينشأ إلا بعد وقوع الجريمة ؟

ومن ناحية أخرى هل يعتبر الإذن شبهة تدرأ الحد ؟ أي القصاص وتكون العقوبة هي الدية أم أنه لا يعتبر شبهة دائرة للقصاص ؟

وعلى هذا انبنى خلافهم حول أثر الإذن بالقتل والإذن بالجرح في العقوبة المقررة عليهما .

(١) فضيلة المرحوم الأستاذ محمد أبو زهرة في الجريمة ج ١ ص ٥٣٤ ، والعقوبة ج ٢ ص ٤٨٧ ، والأستاذ عبد القادر عوده في التشريع الجنائي الإسلامي ج ١ ص ٣٤٠ ، ج ٢ ص ٨٤ .

وعموماً فإن أحداً من الفقهاء لم يقل بأن الرضا بالقتل أو الرضا بالجرح يبيح القتل المحرم أصلاً ويجعله فعلاً مشروعاً لمجرد هذا الرضا والإذن بالفعل دون انضمام سبب آخر إلى ذلك من الأسباب المبيحة .

المبحث الرابع

الرضا لا يبيح الجريمة في الشريعة الإسلامية

من جميع ما سبق نجد أن الأصل في الشريعة الإسلامية هو أن رضا المجني عليه بالجريمة الواقعة عليه في نفسه أو ماله لا يبيح الجريمة ولا يغير وصف الفعل المكون لها من التحريم إلى الإباحة . فقد وجدنا أن الجرائم على مختلف أنواعها سواء منها ما يقع مباشرة على فرد أو على جماعة أو على أمن الجماعة ونظامها وإن كانت تختلف من حيث مدى الاعتداء فيها على الجماعة ومدى الاعتداء عليها في حق الأفراد إلا أن التلازم بينها ثابت فما من جريمة تصيب الجماعة إلا أصابت الأفراد بالأذى الشديد . وما من جريمة فيها اعتداء على الأفراد إلا تضمنت في ثناياها مساسا بمصلحة الجماعة لما فيها من خدش للناموس الاجتماعي ومن هنا اعتبر الاعتداء على النفس بالقتل وهو من أخطر الجرائم وأضرها بالأفراد إذ أنه يؤدي إلى حرمان الشخص من حقه في الحياة اعتداء على الناس جميعا لأن حق الحياة حق مشترك بين الجميع . فالواقع أن كل جريمة تمس مصلحة الجماعة هي في النهاية تمس مصلحة الأفراد . وكل جريمة تمس مصلحة الأفراد تمس في النهاية مصلحة الجماعة . ولذا فليس للفرد وحده حق إباحة جريمة من الجرائم حين تهون عليه مصلحته . ففوق أنه محدود في ذلك بما تنص عليه الشريعة الغراء من قواعد لتجريم الأفعال التي تمثل اعتداء على الجماعة والأفراد . فإنه ملزم أيضا بمراعاة ما أوجبته الشريعة من احترام حقوق الغير وصون حق الجماعة عن كل اعتداء بل هو أيضا ملزم في استعماله لحقوقه الخاصة بما حددته الشريعة من قواعد تكفل عدم الإضرار بحقوق الآخرين وتعرضها للخطر . إذ أن الشريعة لم تجعل لصاحب الحق الخاص اختصاصا كاملا بحقه ولم تجعل حريته في التمتع به حرية مطلقة . بل جعلت للجماعة فيه حقا عاما مشتركا بينهم وقيدته في استعماله لحقه بمراعاة ما للجماعة فيه من حق . ولهذا كان قول بعض الفقهاء أنه ما من حق لآدمي إلا والله فيه حق ، إذ من حق الله على كل مكلف ترك أذاه لغيره . وتطبيق ذلك بالنسبة لجرائم الحدود جلى واضح الجلاء . إذ أن الحق في هذه الجرائم خالص لله تعالى . أي من حقوق المجتمع الخالصة . التي ليس لأحد من الناس حق التصرف فيها . فضلا عن إباحة الاعتداء عليها وقد سبق استعراض هذه الجرائم وبيان صاحب الحق فيها ، وسوف نبحت فيما بعد أثر الرضا في وجود هذه الجرائم ومسئولية الجاني عنها ، وبالنسبة لجرائم القصاص والدية وهي الجرائم التي تقع مباشرة على شخص المجني عليه . والتي جعلت الشريعة حق العبد فيها هو الغالب .

وجدنا أن الشريعة قد جعلت الدماء مصونة محترمة وأوجبت العقاب الرادع الزاجر على كل من يعتدى عليها . حتى ولو كان الاعتداء من الشخص على نفسه فهو منهى عنه . وجعل

الشارع العقوبة في هذه الجرائم مقدرة بتقديره ولم يترك تقديرها لولى الأمر . كما أن الاعتداء في هذه الجرائم اعتداء على أمر لا تختلف فيه مراتب الناس ولا أقدارهم بل الناس جميعا في دمايتهم ونفوسهم سواء . فضلا عن ذلك وإيرازا لما للمجتمع في هذه الجرائم من حقوق . وأن الاعتداء فيها اعتداء على الناس أجمعين . وخطر يجب درأه على كل واحد فيهم . نجد أن الشارع الإسلامي قد أوجب على كل مسلم يرى مسلما يعتدى عليه في دمه أن يرد اعتدائه .

فحق العبد الغالب في هذه الجرائم " وقد بينا سابقا ما يترتب على كون حقه غالبا فيها " . لا تهون بجواره حقوق الجماعة . وإذا كان لذلك أثر على العقوبات المقدرة بما للمجني عليه وأوليائه من حق العفو عنها . فقد بينا كذلك أنه لا يترك الجاني بعفو المجني عليه . بل لولى الأمر أن يفرض من العقوبات التعزيرية ما يراه مناسبا لحفظ حق الجماعة في هذه الجرائم وزود الضرر المترتب عليها . ويظل جانب الجماعة وحققها في هذه الجرائم واجب الرعاية مصونا فلا يباح برضاء المجني عليه . وقد رأينا إجماع الفقهاء على ذلك عند خلافهم حول العقوبة التي توقع على الجاني عند الإذن بالقتل والإذن بالجرح . ولم يجعل أحدا منهم الإذن في هذه الجرائم مبيحا لها . إذ الأصل في الشريعة الإسلامية أن رضاء المجني عليه بالجريمة وإنه فيها لا يبيح الجريمة ولا يؤثر على المسؤولية الجنائية للفاعل . لأن عصمة النفس لا تباح إلا بما نص عليه الشرع والإذن بالقتل أو الجرح ليس واحدا منها فيكون الإذن هنا عدما لا أثر له على الفعل الذي يبقى محرما معاقبا عليه باعتباره عمدا ، إذ الأذن بالأذى لا يحيل الفعل الذي يعد جريمة من حال تحریم إلى حال إباحة لأن الإثم لا يزال ثابتا والجريمة لا تزال قائمة وهى في جميع صورها إفساد لا يجوز ولا يباح . كما أن أذن الشخص لغيره بارتكاب الجريمة يعتبر إذنا في شئ لا يملكه من ناحية وهو غير جائز كما أنه يعتبر إذنا بمحرم من ناحية أخرى وهو غير جائز أيضا هذا فضلا عن أن النفس غير المباحة محرمة على صاحبها فلا يصح له أن ينجع نفسه . وإذا كان اعتداء الإنسان على نفسه محرما غير مباح فهو كذلك على ماله بالإتلاف أو حيوانه بالقتل لأن :-

الشريعة لم تجعل لصاحب الحق الخاص اختصاصا كاملا بحقه :

لم تجعل الشريعة لصاحب الحق الخاص اختصاصا كاملا بحقه . ولم تجعل حريته في التمتع به جزية مطلقة بل جعلت للجماعة فيه حقا عاما مشتركا بينهم . وقيدته في استعماله لحقه بمراعاة ما للجماعة فيه من حق ، بأن يكون استعمال الإنسان لحقه على وجه مشروع دون تعسف أو إساءة لاستعماله . وجانب حق الجماعة المشترك بينهم في الحق الخاص . إنما يبرز من ناحيتين (١).

(١) الأستاذ الدكتور أحمد فهمي أبو سنه في نظرية الحق ص ١٠٣ ، ١٠٤ .

أولاً :

أن تصرف الشخص فيها مشروع بشرط سلامة الغير من ضرر ينشأ عن استعمال هذا الحق . ولهذا كان للجماعة منعه عن استعماله للحق استعمالاً ضاراً بهم . إذ أن صاحب الحق يجب عليه أن ينظر إلى النتائج الناجمة عن استعماله .

ثانياً :

أن الحق الخاص كما جعل الله فيه مصلحة فردية لصاحبه جعل فيه مصلحة اجتماعية لصالح الجماعة لأنه من ثروة الأمة التي تعتمد عليها ، ولهذا نهى الشخص عن إتلاف ماله وعن تبذيره لأنه إن لم يصبه هو بالخسارة أصاب الجماعة ولأن الله جعل فيه نصيباً معلوماً للجماعة . وقد قال ﷺ : " من كان له فضل ظهر فليعد به على من لا ظهر له ومن كان له فضل زاد فليعد به على من لا زاد له " . وقال تعالى : ﴿ وَلَا تُبْذِرْ تَبْذِيرًا ﴾ (الاسراء: من الآية ٢٦) ، وقال أيضاً : ﴿ وَالَّذِينَ يَكْنِزُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ وَلَا يَنْفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَبَشِّرْهُمْ بِعَذَابٍ أَلِيمٍ ﴾ (التوبة: من الآية ٣٤) .

فالحق الخاص فيه جهة عموم نظراً للوظيفة الاجتماعية التي رتبها الشارع من الناحيتين سالفتي الذكر وعلى ذلك يكون الإنسان متعسفاً في استعمال حقه إذا استعمله وهو لا يقصد من ذلك إلا الإضرار بغيره وليس له مصلحة فيه . أو أن يستعمل حقه المشروع يقصد به تحقيق غرض غير مشروع مغاير للغرض الذي وضعه له الشرع . وكذلك يكون الإنسان متعسفاً في استعمال حقه إذا استعمل حقه المشروع وهو يقصد به تحقيق مصلحة أو دفع ضرر فيترتب عليه ضرر لاحق بالغير هو أعظم من المصلحة المطلوبة والضرر المدفوع أو مفسدة أعظم أو مساوية لهما . والأصل في ذلك ما أخرج البيهقي والدارقطني بسندهما إلى أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ " لا ضرر ولا ضرار من رضى رضى الله عنه ومن شاق شق الله عليه " . والضرر المنهى عنه هنا قد يكون عاماً وهو ما يمس مصالح الأمة الإسلامية أو جماعة منها . كما قد يكون ضرراً خاصاً أكبر من المصلحة وهو ما يلحق بفرد أو أفراد ويكون أكبر من المصلحة التي يرجوها من استعمال حقه .

وكذلك يكون من التعسف في استعمال الحق أن يستعمل الإنسان حقه استعمالاً غير متعارف بين الناس أو أن يستعمل حقه الذي يكون بطبيعته عرضة لترتب الضرر عليه عند عدم الاحتراز لكنه يستعمله دون احتراز فيفضي هذا إلى الإضرار بالغير على تفصيل موسع في ذلك كله والأصول والقواعد التي بنى عليها يعرف بالرجوع إلى كتب الفقه الإسلامي . والتعسف في استعمال الحق بجميع صورته هو في حكم الفقه من التعدى بالفعل الضار أو الامتناع الضار وقد يكون من العقد المحرم لما صاحبه من غرض غير مشروع ويترتب عليه إما التعويض وإما الإبطال وإما رفع الضرر وإما التعزير وإما المنع من ممارسة الحق المتعسف في استعماله .

سواء باشر صاحب الحق استعماله للحق بنفسه أو أذن لغيره في استعماله بإحدى الصور الغير مشروعة التي تقع تحت ضابط من الضوابط المتقدمة . أما إذا استعمل الإنسان حقه بصورة غير مشروعة فيكون استعماله له مباحا كما يكون كذلك إذا أذن فيه لغيره .

الفصل الثاني

رضاء المجني عليه كسبب للإباحة في قانون العقوبات الوضعي

ويشتمل على مبحثين :

المبحث الأول : أسباب الإباحة في قانون العقوبات الوضعي .

المبحث الثاني : مدى اعتبار رضاء المجني عليه سبب إباحة
في القانون الوضعي .

الفصل الثانى

رضاء المجنى عليه كسبب للإباحة في القانون الوضعى^(١)

قبل الخوض في البحث عن أسباب الإباحة وما إذا كان رضاء المجنى عليه يعد سببا منها في قانون العقوبات الوضعى . تجدر الإشارة إلى صور رضاء المجنى عليه بالجريمة . وتحديد نطاق الأهمية القانونية لرضاء المجنى عليه .

ثم نفرد مبحثا مستقلا للتعريف بأسباب الإباحة في القانون . ونخصص المبحث الثانى لبيان مدى اعتبار رضاء المجنى عليه سبب إباحة وموقف التشريعات المختلفة وبخاصة التشريع المصرى من ذلك .

صور رضاء المجنى عليه بالجريمة :

الأصل كما هو الغالب في الجرائم أنها تقع على غير إرادة المجنى عليهم ، سواء كان ذلك كرها عنهم أو بغير علمهم .

وعلى غير الغالب واستثناء من هذا الأصل فإن هناك أحوالا يرضى فيها المجنى عليه بالجريمة مقدما ، وقد يكون هو الداعى إليها ، بل والمُلمح في طلبها .

(١) بحثنا عن اصطلاح قانونى لمعنى الرضا في القانون الجنائى الوضعى فلم نعثر على شئ من ذلك وبالنسبة للمعنى اللغوى لهذه الكلمة فقد وجدنا في المصباح المنير ج ١ ص ٣١٢ أن " رضى " " رضيت " الشئى " ورضيت به رضا اخترته وارتضيته مثله ورضيت عن زيد ورضيت عليه لغة لأهل الحجاز . والرضوان بكسر الراء وضما لغة قيس وتميم ، بمعنى الرضا . وهو خلاف السخط وشئ مرضى أكثر من مرضو . وقول الفقهاء نشهد على رضاها . أى على إذنهما جعلوا الإذن رضا لدلالته عليه وأرضيته أرضاء وراضية مرضاة ورضاء مثل وافقته موافقة ووافقا وزنا ومعنى .

وفي معنى الإذن وجدنا في المصباح المنير أيضا ج ١ ص ١٣ " أذن " أذنت له فى كذا أطلقت له فعله . والإسم الإذن يكون الأمر إذنا وكذا افرادة نحو بإذن الله . وأذنت للعبد في التجارة فهو مأذون له ، والفقهاء يحذفون الصلة تخفيفا فيقولون ، العبد المأذون كما قالوا محجور بحذف الصلة ، والأصل محجور عليه ، لفهم المعنى ، وأذنت للشئى أدنا من باب تعب استمعت . وأذنت بالشئى علمت به . ويعدى بالهمزة فيقال أذنته إيدانا . وتأذنت أعلمت . وأذن المؤذن بالصلاة أعلم بها .

ومعنى الإرادة في المصباح المنير ج ١ ص ٣٣٤ " رود " أراد الرجل كذا إرادة وهو الطلب والاختيار وإسم المفعول مراد ، وراودته على الأمر مراودة وروادا من باب قاتل . طلبت منه فعله وكان المراودة معنى المخادعة لأن الطالب بتلطف في طلبه تلطف المخادع ويحرص حرصه . وعن معنى الرضا في المنجد الطبعة الثامنة عشر بالمطبعة الكاثوليكية ببירות ص ٢٦٥ . " رضى " أيضا .. ورضى الشئى وبه وعنه إختاره وقنع به فالشئى مرضى ومرضو .

كمن يريد إحداث الضرر بنفسه تحقيقاً لأغراض خاصة ، فيقوم بإتلاف عضو من أعضائه
تخلصاً من أداء واجب معين كالخدمة العسكرية مثلاً . أو يكون هناك مريض استعصى علاجه
وأراد أن يضع حداً لآلامه . فيطلب من طبيبه أو صديقه أن يريجه بالقتل ، فيفعل الآخر حياله ،
وإشفاقاً عليه من الآلام المفتكة به .
إلى غير ذلك من الأحوال التي يرضى فيها المجني عليه بالجريمة مقدماً وتعرض في
صورتين (١).

إحداهما :

يكون المجني عليه فيها هو مرتكب الجريمة سواء تمثلت هذه الجريمة في اعتدائه على
حقه في الحياة كمن يقتل نفسه أو يشرع في قتلها ، أو اعتدائه على حقه في سلامة الجسم كمن
يتلف أو يعطل منفعة عضو من أعضائه أو اعتدائه بالإتلاف على مال خاص به أو قتله حيواناً
مملوكاً له .

الثانية :

يكون مرتكب الجريمة غير المجني عليه ولكن برضائه هو مقدماً ، كمن يطلب من آخر
قتله أو إحداث جرح به ، أو إتلاف مزرعاته وقتل حيواناته .
وإن كانت هذه الصورة الأخيرة ، هي التي يتجه إليها الذهن في العادة عند الكلام في رضاء
المجني عليه . إلا أنه لكل من الصورتين حكمها في القانون مما سوف يرد بيانه بإذن الله .

الأهمية القانونية لرضاء المجني عليه ونطاقها :

عند بحث الأهمية القانونية لرضاء المجني عليه ، يثور لتساؤل هل يعد رضاء المجني عليه
سبباً للإباحة ؟ فإن كان كذلك فهل هو سبب عام للإباحة أو أن نطاقه يقتصر على إباحة بعض
الجرائم ؟ وإذا لم يكن رضاء المجني عليه سبباً للإباحة بصفة عامة أو بالنسبة لبعض الجرائم
فهل له قيمة قانونية من وجهة أخرى . باعتباره مؤثراً على بعض الأركان الخاصة للجريمة أو
على سير الإجراءات الجنائية الناشئة عنها ؟ مما يوجب البحث في أثر رضاء المجني عليه في
وجود الجريمة وفي القصد الجنائي والمسئولية الجنائية للفاعل . وقيل بحث هذه المسائل يتعين
تحديد نطاق الأهمية القانونية لرضاء المجني عليه ، هل يتصور البحث في هذه الأهمية مع كل
الجرائم أو أن ذلك يقتصر على بعضها دون البعض الآخر ؟
وعند تحديد هذا النطاق نجد أن بعض الجرائم ينال الاعتداء فيها حقاً للدولة وحدها . مثل
الجرائم المخلة بأمن الحكومة وجرائم تزيف العملة . وفي هذه الجرائم لا يوجد مجنى عليه من
الأفراد ، كما أنه ليس لممثلي الدولة حق التنازل عن حقوقها وإباحتها للاعتداء .

(١) الدكتور السعيد مصطفى السعيد في كتابه الأحكام العامة في قانون العقوبات ط٢؛ ص ٢٣٩ .

وبالتالى ففي هذه الجرائم لا يثور البحث في القيمة القانونية لرضاء المجني عليه (١). ونجد أن القانون قد صرح في بعض الجرائم الأخرى بأن انعدام الرضاء يعد أحد أركانها . مثل جرائم " وقاع الأنتى بغير رضاها " " وهتك العرض بالقوة والتهديد " وفي هذه الجرائم تكون الأهمية القانونية لرضاء المجني عليه واضحة إذ ينتفى بالرضاء أحد أركان الجريمة .

وبين هاتين الطائفتين من الجرائم توجد طوائف أخرى يثور البحث فيها حول ما لرضاء المجني عليه من قيمة (٢). وسوف يتاح لنا بيان هذه الجرائم وتحديد أنواعها بمشيئة الله تعالى عند بحث أثر رضاء المجني عليه في كل جريمة من الجرائم على وجه خاص ، إذ أنه طبقا لأى معيار من المعايير سواء منها مايفرق بين مقدار حق الفرد على نفسه وحق الجماعة المعتدى عليه . أو مايبين مقدار سلطة الفرد على نفسه وحقه في التنازل أو الرضاء بالجريمة الواقعة عليه لا يمكن بيان أنواع هذه الجرائم وتحديدتها على وجه القطع واليقين . فضلا عما سوف يتبع ذلك من بيان أثر الرضاء في كل جريمة من الجرائم والعقوبات المقدرة لها .

وسوف نخصص بحثنا هنا لبيان ما إذا كان رضاء المجني عليه يعد سببا من أسباب الإباحة في القانون ؟ وفي أى الحدود وموقف التشريعات المختلفة من ذلك .

(١) د . محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات " القسم العام " ط(٣) ١٩٧٣ م ص ٢٥٧ .

(٢) د. محمود نجيب حسنى ، المرجع السابق .

المبحث الأول

أسباب الإباحة في قانون العقوبات الوضعي

أولاً : ماهيتها والفرق بينها وبين كل من موانع المسؤولية وموانع العقاب .

١ - ماهيتها :

أسباب الإباحة : هي التي يكون من شأنها رفع الصفة الجنائية عن الفعل في الظروف التي وقع فيها (١). فيترتب عليها أن يكون الفعل مشروعاً بعد أن كان مجزماً إذ هي تعدم الركن الشرعي في الجريمة . فتخرج الواقعة من دائرة الأفعال المعاقب عليها إلى مجال الإباحات وبالتالي يوصف الفعل بالإباحة بدلاً من التجريم . فالإباحة وصف يلحق الفعل . ومن هنا كانت أسباب الإباحة عينية ، ولذلك فإن كل من يساهم في الفعل لا يلحقه عقاب لأنه يساهم في عمل لا يعد جريمة . ويتضح من ذلك أن انتفاء أسباب الإباحة عنصر يقوم عليه الركن الشرعي للجريمة فالفعل لا يوصف بأنه غير مشروع إلا إذا ثبت أنه لا يخضع لسبب إباحي . وبهذا ينحصر الدور القانوني لسبب الإباحة في إخراج الفعل من نطاق نص التجريم وخلع الصفة غير المشروعة عنه ورده إلى أصله من المشروعية (٢).

مما يتضح معه أن نصوص التجريم ليست مطلقة فهناك قيود تحد من نطاقها وهذه القيود هي أسباب الإباحة . ولذلك يرى البعض تعريف أسباب الإباحة بأنها " حالات انتفاء الركن الشرعي بناء على قيود واردة على نطاق نص التجريم تستبعد من بعض الأفعال (٣) " .

ويرى البعض أن تلك الأحوال التي تفتقد فيها الواقعة معنى الاعتداء أو العدوان في مفهوم الضمير الاجتماعي ، مع أنها قد اجتمعت لها شكلاً كل العناصر القانونية للجريمة أو الإجرام المتعمد من جانب الفاعل أو الشريك ، والتي جرى الفقه على تسميتها في المصطلح العربي حالات أو " أسباب الإباحة " ترجمة للمصطلح الفرنسي Causes de Justification وصحة الترجمة " أسباب التبرير " بمعنى إباحة أو تبرير الجرائم والواقع أن كلا المصطلحين العربي والفرنسي ، لا يعبر بدقة عن طبيعة تلك الحالات . مادامت الإباحة أو التبرير لا يرد أيهما على جريمة أو إجرام حقيقي . وإنما هي وقائع لها " صورة " الجرائم أو الإجرام من ناحية الشكل القانوني فحسب فهي في حقيقتها إذن حالات تنعدم فيها ، بطريقة تلقائية وبديهية ، الصفة

(١) د. السعيد مصطفى السعيد ، في الأحكام العامة في قانون العقوبات ط٤ سنة ١٩٦٢ م ص ١٦٦ .

(٢) د. السعيد مصطفى السعيد . المرجع السابق ص ١٦٦ ، د . رمسيس بهنام ص ٣١٣ ، د. محمود نجيب حسنى في شرح قانون العقوبات . القسم العام ط٣ سنة ١٩٧٣ ص ١٦٠ .

(٣) د. محمود نجيب حسنى . المرجع السابق الإشارة إليه ص ١٦٠ .

الإجرامية " أو " المشروعية (١).

٢- علة الإباحة :

يهدف الشارع من تجريم الأفعال حماية الحق أو المصلحة المعتبرة لديه . فهو عندما يجرم فعل السرقة مثلا إنما يهدف لحماية حق الملكية . وعندما يجرم فعل القتل إنما يهدف لحماية حق الحياة .

ولكن إذا لم يحقق التجريم في ظروف معينة هذه الحماية ، أو عندما تكون هناك مصلحة أخرى أجدر وأولى بالحماية تتحقق بإباحة الفعل بعد أن كان مجرما . فإن الشارع يبيح الفعل . وتكون علة الإباحة هنا هي انتفاء علة التجريم أي كون الفعل المباح لا ينال بالاعتداء حقا . وكذا نجد أن علة التجريم وعلة الإباحة مرتبطتان بحيث يمكن استخلاص الثانية من الأولى . وبعبارة أدق يمكن القول بأن الإباحة حكم يستنتج ، بمفهوم المخالفة ، من نص التجريم إذا ما انتفت علقته (٢).

فالشارع عندما يجرم أفعال الجرح الواقعة على جسم الإنسان مثلا إنما يهدف إلى حماية الحق في سلامة الجسم . ولكن إذا ما كان الجرح الذي يمس مادة الجسم عملا من أعمال الطبيب والجراحة . فهو لا يمس سلامة الجسم وإنما يحميها ويصونها ومن ثم ينتفي الاعتداء على الحق وتزول علية التجريم وتنعين الإباحة .

وكذلك تزول علة التجريم عن فعل القتل وهي حماية حق المجني عليه في الحياة . وتنعين إباحته إذا ما كان دفاعا عن النفس أو المال مثلا بشروط معينة ، وعلة الإباحة هنا أن القتل في هذه الحالات لم يترتب عليه اعتداء على حقوق المجتمع في مجموعها . إذ إن حق المعتدى عليه في الحياة أهم عند المجتمع من حق المعتدى .

٣- آثارها :

يتبن مما سبق عند تحديد ماهية أسباب الإباحة أن أثر الإباحة هو أن يخرج الفعل من نطاق نص التجريم فيصير مشروعا وينتفي الركن الشرعي للجريمة . وعندما تفقد الجريمة أحد أركانها يستحيل قيام المسؤولية الجنائية ويترتب على ذلك استحالة توقيع العقاب (٣).
وأثر الإباحة ينصب على الفعل لا على الشخص الفاعل . ولذلك كانت أسباب الإباحة عينية . تتصل بالفعل ذاته . ويترتب على ذلك أن كل من يساهم فيه لا يلحقه عقاب لأنه يساهم في عمل لا يعد جريمة كما سبق أن أوضحنا والفعل الذي يخضع لسبب إباحة هو فعل مشروع فلا

(١) الأستاذ الدكتور على راشد في القانون الجنائي " المدخل وأصول النظرية العامة " ط ١ سنة ١٩٧٠ ص ٥٣٥

(٢) د. محمود نجيب حسنى . المرجع السابق الإشارة إليه ص ١٦٠ .

(٣) د. محمود نجيب حسنى . المرجع السابق الإشارة إليه .

فرق بينه من حيث القيمة القانونية وبين فعل لم يخضع ابتداء لنص تجريم (١). ويرى البعض أن لهذه التفرقة قيمة عملية (٢). من ناحية أن القانون لا يمنع في بعض الأحوال من تطبيق تدبير وقائي في مواجهة الشخص الذي يرتكب فعلاً لا يعد جريمة . إذا دل الفعل على خطورة مرتكبه . في حين أنه لا يمكن اتخاذ أى إجراء في مواجهة الفاعل في حالة توافر أسباب الإباحة . لأنه لا وجه للقول بخطورته وقد أباح القانون فعله . وتوصف أسباب الإباحة بأنها أركان سلبية للجريمة بمعنى أنه يتعين انتفاؤها كي تقوم الجريمة .

٤- مصادر الإباحة :

وردت أسباب الإباحة في أماكن متعددة في قانون العقوبات المصرى . فنص في الباب التاسع من الكتاب الأول منه الخاص "بأسباب الإباحة وموانع العقاب " على سببين من الأسباب العامة وهما :

١- استعمال حق مقرر بمقتضى القانون (مادة ٦٠ ع) .

٢- قيام الموظف العمومى بعمل بناء على أمر قانونى أو تنفيذاً للقانون (مادة ٦٣ ع) .

وفي الباب الأول من الكتاب الثالث من قانون العقوبات الخاص بجرائم القتل والجرح والضرب المواد ٢٤٥ ، ٢٥١ نص على ٣ أحكام الدفاع الشرعى وهو أيضاً من الأسباب العامة للإباحة في (المادتين ٢٤٩ ، ٢٥٠ ع) هذا بالنسبة للأسباب العامة . أما بالنسبة للأسباب الخاصة فقد نص على كل سبب منها عند ذكر النصوص المتعلقة بالجريمة التي يبيحها هذا السبب مثال ذلك المادة ٣٠٩ التي تبيح جرائم القذف والسب في الدفاع أمام المحاكم .

والسؤال هو : هل أسباب الإباحة واردة في القانون على سبيل الحصر ؟ وبصورة أخرى هل النصوص التشريعية وحدها هى مصدر الإباحة ؟ . يرى البعض من شراح القانون (٣) أن أسباب الإباحة واردة على سبيل الحصر في القانون المصرى كغيره من القوانين وبالتالي فليس للقاضى أن يتصوى بإباحة الفعل بناء على سبب آخر غير هذه الأسباب إذ إنه مقيد فبذلك بالأسباب الواردة في القانون ، إلا أن أصحاب هذا الاتجاه لا يرون التقيد في التفسير الموسع لنصوص الإباحة بقاعدة " لا جريمة ولا عقوبة بغير نص " إذ إن مجال إعمال هذه القاعدة هو نصوص التجريم لا نصوص الإباحة . ويرون أن نصوص الإباحة تقتضى التفسير الموسع والقياس . والأخذ بمصادر أخرى غير القانون كالعرف المتفق مع القانون . وتطبيقاً لهذا التفسير الموسع لنصوص الإباحة . فقد اعتبر الدفاع الشرعى سبباً عاماً للإباحة مع أنه قد نص عليه

(١) د. محمود نجيب حسنى . المرجع السابق الإشارة إليه .

(٢) د. محمود مصطفى القسم العام ١٩٦٩م ص ١٣٦ .

(٣) د. محمود مصطفى القسم العام ١٩٦٩م ص ١٤٢ .

كسبب لإباحة جرائم القتل والجرح والضرب فقط . ويرى البعض الآخر^(١) أن أسباب الإباحة لم ترد في قانون العقوبات المصرى على سبيل الحصر وأن النصوص التشريعية ليست هى المصدر الوحيد للإباحة . وإنما من الممكن أن يستخلص ذلك من مجموع النصوص القانونية أو يرجع فيه إلى المبادئ العامة للنظام القانونى وروحه ، كما يكون مصدر الإباحة قانون العقوبات أو أى فرع آخر من فروع القانون ولا غضاضة في ذلك إذ إن النظام القانونى كل متكامل لا تتناقض بين قواعده . وتطبيقا لهذا فإننا نجد أن القانون عندما قرر جعل استعمال الحق سببا للإباحة لم يحدد هذه الحقوق وإنما أحال في ذلك إلى فروع أخرى من القانون . بل إن بعض الحقوق مستخلصة من المبادئ العامة للقانون .

٥- طبيعة أسباب الإباحة :

لأسباب الإباحة طبيعة موضوعية ذلك لأنها عنصر في الركن الشرعى للجريمة الذي يتميز بهذا الطابع ثم إنها موضوعية أيضا من ناحيتين :

(١) من حيث كيانها الذي لا يضم أصلا عناصر شخصية .

(٢) ومن حيث أثرها الذي ينصرف إلى الفعل لا إلى شخص الفاعل .

فمن ناحية كيان أسباب الإباحة وطابعها الموضوعى . فالأصل فيه أنه ذو طابع موضوعى لأن العناصر الشخصية لا تدخل في كيان أسباب الإباحة إلا استثناء ، مثل حق التأديب الذي يفترض نية متجهة إلى التهذيب . ومباشرة الأعمال الطبية والجراحية الذي يفترض باعنا متجها إلى شفاء المريض . وبيان ذلك أن توافر أسباب الإباحة إنما يرجع إلى وجود قواعد قانونية تقيد من نطاق نصوص التجريم فالكشف عنها لا يعدوا أن يكون خلاصة مقارنة وتوفيقا بين قاعدتين : قاعدة تجريم وقاعدة إباحة دون أن يتطلب أصلا البحث في نفسية الجاني .

والمقصود بالطابع الموضوعى لآثار الإباحة هو تعلق هذه الآثار بالتكييف القانونى للفعل دون أهلية المتهم للمسئولية الجنائية ، ويترتب على أن طابع أسباب الإباحة طابع موضوعى نتائج عدة ، أهمها :

١- أن تأثير سبب الإباحة يمتد إلى كل شخص ساهم في الجريمة .

٢- وأن الجهل بالإباحة لا يحول دون الإستفادة منها .

٣- وأن الغلط في الإباحة لا يعدل الإباحة ذاتها .

٦- الجهل بالإباحة :

يعنى الجهل بأسباب الإباحة افتراض أن مرتكب الفعل قد يعتقد حال ارتكابه له أن سبب الإباحة لم يتوافر وأن فعله غير مشروع . في الوقت الذي يتوافر فيه سبب الإباحة بكل شروطه

(١) د. محمود نجيب حسنى. المرجع السابق الإشارة إليه ص ١٦١ ، د. أحمد عبد العزيز الألفي، ص ١٢٧

التي يحددها القانون ومن ثم يكون الفعل مشروعاً . مثال ذلك حالة الموظف العام الذي ينفذ أمراً صحيحاً بالقبض أو التفتيش وهو يعتقد أنه أمر باطل . فهل ينتج سبب الإباحة أثره في هذه الحالة على الرغم من الجهل به ؟ وقد أجابت محكمة النقض على ذلك باسئراط العلم بتوافر سبب الإباحة حتى يتاح للمتهم أن يستفيد منه ^(١) . وهذا الحكم منقذ من شرار القانون والقاعدة أن أسباب الإباحة موضوعية . ويعنى ذلك أن توافرها لا يتوقف على عناصر شخصية ^(٢) . إذ أنها تتعلق بذات الجريمة لا بشخص الجاني ، وأثرها ينصرف إلى الفعل متى توافرت ، سواء علم بها مرتكب الفعل أم لا . فالعلم بها ليس من شروط توافرها . وذلك لأن توافرها يجعل الفعل غير المشروع مباحاً .

٧- الغلط في الإباحة :

ومعنى الغلط في الإباحة اعتقاد الجاني توافر سبب للإباحة بكل شروطه في حين أن هذا السبب غير متوافر مثال ذلك اعتقاد شخص أن خطراً يهدده فيقتل من ظن أنه مصدر للخطر . أو أن يعتقد موظف عام أن أمراً صحيحاً صدر إليه أمر بذلك أو صدر إليه الأمر باطلاً . والسؤال هو هل لسبب الإباحة الذي لم يتوافر في غير توهم الجاني أثره في هذه الحالة ؟ أو ما هو تأثير الغلط في الإباحة ؟ وقد أجاب القانون على ذلك بالاعتداد بالغلط في الإباحة في المواد ٦٣ ، ٢٤٩ ، ٢٥٠ ع . إذ تنص المادة ٦٣ على إباحة الفعل إذا كان الموظف العام الذي ارتكب الفعل معتقداً مشروعيته . وكان اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة كما نص في المادتين ٢٤٩ ، ٢٥٠ بخصوص القتل دفاعاً عن النفس أو المال . أن الفعل يكون مباحاً إذا كان لدفع فعل يتخوف أن يحدث في الموت أو الجراح البالغة إذا كان لهذا التخوف أسباب معقولة . وهكذا نجد الشارع قد اعتد بالغلط في الإباحة فيما يتعلق باستعمال الموظف العام لسلطته ، وفي الدفاع الشرعى . إلا أن الاعتداد بالغلط في الإباحة وإن ورد في القانون خاصاً بهذين السببين إنما هو في الواقع تطبيق لقاعدة عامة تسرى على كل أسباب الإباحة . إذ أن المشكلة تعرض في جميع الأسباب بنفس الصورة وتحكمها نفس الاعتبارات ^(٣) . وقد أشارت إلى هذه القاعدة محكمة النقض في أحكامها ^(٤) .

ويرى الدكتور محمود نجيب حسنى أن التحليل الدقيق لفكرة الغلط في الإباحة يقود إلى حقيقتين :

الأولى : أن الغلط في الإباحة لا يعدل الإباحة .

(١) نقض ٣ ديسمبر ١٩٣٤ ج ٢ رقم ٢٩٣ ص ٣٩٩ .

(٢) د . محمود مصطفى رقم ٩١ ص ١٤٩ ، د . أحمد فتحي سرور رقم ١٣ ص ٣١٤ .

(٣) د . محمود نجيب حسنى . المرجع السابق الإشارة إليه ص ١٦٧ ،

(٤) نقض ١١ نوفمبر سنة ١٩٦٤ ج ٧ رقم ٢٢٠ ص ١٩٩ .

الثانية : أن الغلط في الإباحة بنفي القصد الجنائي ، وقد ينفي الخطأ غير العمدى كذلك فيحصل دون توقيع العقاب (١).

٨- التفرقة بين أسباب الإباحة وموانع المسؤولية :

تبين لنا مما سبق أن أسباب الإباحة موضوعية أصلاً . وأن أثرها يزيل التكليف غير المشروع للفعل والركن الشرعى الجريمة كما أنه يمتد في الأصل إلى كل من ساهم في الجريمة . أما موانع المسؤولية فهي أسباب تعرض لمرتكب الفعل فتجعل إرادته غير معتبرة قانوناً بأن تجردها من التمييز أو حرية الاختيار . مثالها ، صغر السن والجنون والسكر غير الاختيارى والإكراه وحالة الضرورة . ويتضح بذلك أن موانع المسؤولية ذات طبيعة شخصية إذ مجالها إرادة الجاني وما يعرض لها من أسباب تؤثر على قيمتها القانونية . وأثرها إنما ينصرف إلى الركن المعنوى للجريمة فيهدمه وبالتالي لا تقوم المسؤولية الجنائية ولا يوقع العقاب كما يتضح أيضاً أنه لا شأن لموانع المسؤولية بالتكليف القانونى للفعل وبذلك يظل الركن الشرعى للجريمة متوافراً (٢). ولا يمتد تأثير مانع المسؤولية إلى غير من توافر لديه ولو كان من المساهمين معه في الجريمة .

وبهذا تتضح الفروق بين أسباب الإباحة وموانع المسؤولية ، على الرغم مما يجمع بينهما من عدم توقيع العقاب من يستفيد منها . كما أنه ليس في المنطق القانونى ما يحول دون أن يجتمع سبب الإباحة وموانع المسؤولية . كما في حالة ما إذا دافع المجنون عن نفسه أو غيره دفاعاً شريعياً (٣). والعقاب لا يوقع بدهاء استناداً إلى السببين وإن كان اقتناع القاضى بأحدهما وهو توفر سبب الإباحة يغنيه عن البحث في مانع المسؤولية .

٩- التفرقة بين أسباب الإباحة وموانع العقاب :

من أمثلة موانع العقاب في قانون العقوبات المصرى الإعفاء الذي تقررره المادة ٢٩١ ع للخاصة إذا تزوج بمن خطفها زواجا شرعياً . والإعفاء الذي تقررره المادة ٤٨ ع لمن كان طرفاً في اتفاق جنائى إذا بادر باختيار الحكومة بوجود اتفاق وبمن اشتركوا فيه قبل وقوع أية جنائية أو جنحة . وقبل البحث والتفتيش عن المتهمين . وفي هذه الأمثلة كما هو في موانع العقاب عموماً تتوافر جميع أركان الجريمة . إلا أن الشارع يقدر أن المصلحة التي يحفظها توقيع العقاب تقل من حيث القيمة الاجتماعية عن المصلحة التي تتحقق إذا لم يوقع العقاب . فستد امتناع العقاب

(١) يرجع في تفصيل ذلك إلى الدكتور محمود نجيب حسنى في شرح قانون العقوبات " القسم العام " ط ٣ سنة ١٩٧٣ ص ١٦٧ .

(٢) د. محمود مصطفى فترة ٨٢ ص ١٣٧ .

(٣) د. محمود نجيب حسنى . المرجع السابق الإشارة إليه ص ١٦٩ ،

ليس انتفاء أحد أركان الجريمة وإنما اعتبارات المنفعة الاجتماعية التي تحدد سياسة العقاب (١). هذا وعلى الرغم من اتفاق أسباب الإباحة وموانع العقاب في أن العقاب لا يوقع في الحالين إلا أن الفرق بينهما واضح ، كما أن أسباب الإباحة يمتد تأثيرها إلى كل من ساهم في الجريمة والأصل في موانع العقاب أن تأثيرها يقتصر على شخص من توافرت فيه .

١٠ - تقسيم أسباب الإباحة :

تنقسم أسباب الإباحة إلى أسباب عامة وأسباب خاصة . كما تنقسم إلى أسباب مطلقة وأسباب نسبية ، فالأسباب العامة . هي التي يتصور توافرها بالنسبة لكل الجرائم . كالدفء الشرعى ، فهو يبيح كل فعل تتوافر له شروطه ، أما الأسباب الخاصة ، فهي التي لا يتصور توافرها إلا بصدد جريمة أو جرائم محددة كحق الدفاع أمام المحاكم (م ٣٠٩ ع) فهو لا يبيح غير القذف والسب والبلاغ الكاذب (الجرائم المنصوص عليها في المواد ٣٠٢ ، ٣٠٣ ، ٣٠٥ ، ٣٠٦ ، ٣٠٨ ع (٢) والأسباب المطلقة ، هي التي يمكن أن يستفيد منها أى شخص بصرف النظر عن صفته كالدفء الشرعى . أما الأسباب النسبية ، فلا يستفيد منها إلا من تتوافر فيه صفة معينة كاستعمال السلطة إذ لا يستفيد منه غير من كان موظفا عاما .

وسوف نتناول بمشيئة الله تعالى وعونه ، على سبيل الإيجاز ، من الأسباب العامة للإباحة استعمال الحق . على اعتبار أن بعض تطبيقاته الهامة كحق مباشرة الأعمال الطبية وحق ممارسة الألعاب الرياضية . يرد فيها رأى باعتبار رضا المجنى عليه بالأفعال المتولدة عنها سببا لإباحتها . كما أن منها ما يعد رضا المجنى عليه بها شرطا من شروط إباحتها على ما سوف يأتي في حينه . ونعود إليه بالتفصيل المناسب عند بحث أثر رضا المجنى عليه في الأفعال الماسة بسلامة الجسم .

ثانيا : استعمال الحق :

١ - تعريفه وشروطه :

إن معنى استعمال الحق سببا للإباحة هو إباحة الأفعال التي تستهدف الاستعمال المشروع للحق . وأساس اعتبار استعمال الحق سببا للإباحة وجوب تحقيق الاتساق بين قواعد القانون . إذ يصدم المنطق أن يقرر الشارع حقا ثم يعاقب على الأفعال التي يستعمل بها (٣). وقد قرر الشارع ذلك في المادة ٦٠ ع التي تنص على أنه " لا تسرى أحكام قانون العقوبات على كل فعل ارتكبت بنية سليمة عملا بحق مقرر بمقتضى الشريعة " كما نصت قبل ذلك المادة ٧ ع على أنه "

(١) د. محمود مصطفى ، رقم ٨٤ ص ١٤١ .

(٢) د. محمود نجيب حسنى ، المرجع السابق الإشارة إليه .

(٣) د. على راشد أصول النظرية العامة ط ١ سنة ١٩٧٠ ص ٥٤٠ .

لا تخل أحكام هذا القانون في أى حال من الأحوال بالحقوق الشخصية المقررة في الشريعة الغراء " .

ويرى شراح القانون في مصر أن هذا السبب للإباحة في غنى عن نص يقرره وأن القانون عندما ينص على ذلك الأصل العام لا يكون متفضلاً ولا منشئاً . فالنص هنا لا يزيد على أن يكون مقرر لإحدى البداهات . وهى أن كل فعل تجرد من معنى (العدوان) في مفهوم الضمير الاجتماعى لا يمكن إلا أن يكون فعلاً مشروعاً (١) . فالمبدأ المقرر في هذا النص من الأمور المسلمة بداهة وهو مقرر في فرنسا مع عدم وجود نص صريح في القانون الفرنسى (٢) . ولهذا يبدو أن النص عليه في القانون المصرى جاء من قبيل التزيد . والنصان السابقان تفسرهما اعتبارات معينة . فالمادة السابقة إنما كان الهدف منها مجرد طمأننة الناس في أول عهدهم بالقوانين الحديثة بأن تطبيقها لن يضيع حقاً قرره الشريعة الإسلامية (٣) . وكل ما يمكن أن يفسر به هذا النص هو أنه يعترف بالحقوق التي تقرها الشريعة الإسلامية كسبب للإباحة (٤) . وليس استبقاء عقوبات تقرها كالفصا (٥) أو الدية (٦) بالتنظيم الذي قرره التشريع الوضعى للعقوبات جاء شاملاً ومستبعداً للعقوبات الشرعية . كما أن المادة ٦٠ ع لم يكن الغرض منها مجرد تسجيل المبدأ بوجه عام . ولكنها أضيفت عند تعديل المدونة النقابية في عام ١٩٠٤م وكان الغرض منها حسم الخلاف الذي ثار في المحاكم حول الاعتراف بحق التأديب الذي تقرره الشريعة الإسلامية سبباً لإباحة أفعال الضرب : وقد كان هذا الحق محلاً للخلاف في رأى في ظل قانون سنة ١٨٨٣ م (٧) .

(١) د . على راشد في المرجع السابق ، د . محمود نجيب حسنى ص ١٧٢ ، د . السعيد مصطفى السعيد ص ٢٩ ، د . على بدوى ص ١٩٢ .

(٢) د . السعيد مصطفى السعيد ص ١٦٨ ، جارو مطول العقوبات ج ٢ رقم ٤٥٩ .

(٣) د . السعيد مصطفى ص ٢٩ ، د . محمود نجيب حسنى ، ص ١٧٢ .

(٤) د . محمود نجيب حسنى ص ١٧٢ .

(٥) الأستاذ على بدوى ص ١٩٤ .

(٦) د . السعيد مصطفى السعيد ص ١٧١ .

(٧) جميع المراجع السابق الإشارة إليها . وقد ثار الخلاف في رأى حول حق التأديب فمحكمة النقض أنكرته صراحة مقررّة أن " القانون لم يصرح بعدم معاقبة من يكون له حق الولاية فيما إذا وقع منه إيذاء على من له الولاية عليه " نقض ٩ يناير ١٨٩٥م القضاء س ٢ ص ٣٣٨ ، ونقض ٩ يناير ١٨٩٧م القضاء س ٤ ص ١١٠ ، وقد اعترفت بعض المحاكم بهذا الحق دون أن تضعه في الحدود التي قررتها قواعد الشريعة الإسلامية . لجنة المراقبة القضائية في ٢٨ يونيو ١٨٩٩م المجموعة الرسمية س ١ ص ١١ حتى جاء النص الجديد حاسماً لهذا الخلاف . يرجع إلى محضر مجلس شورى القوانين المنعقدة في ٢ نوفمبر ١٩٣٠ م وتعليقات الحاقية في هذا النص .

٢- الشروط العامة لاستعمال الحق :

يشترط لتطبيق هذا المبدأ الذي قرره المادة ٦٠ ع وهو إباحة الفعل على أساس استعمال الحق شروط ثلاثة جاءت نص المادة ٦٠ ع بشرطين منها والثالث مفهوم ببداهة الأمور .

(أ) الشرط الأول : وجود حق مقرر بمقتضى القانون :

والمراد بالحق ، وفقا لمدلوله القانوني العام ، مصلحة يعترف بها القانون ويحميها (١). وليس بشرط أن تكون المصلحة مقررة لمن يستفيد من الإباحة فقد تكون مقررة لشخص غيره أو للمجتمع . والتأكد من وجود الحق يقتضى التأكد من اعتراف القانون بالمصلحة وحمايتها لها . والحقوق التي من هذا القبيل كثيرة ومتنوعة منها ما يرجع إلى القانون الجنائي باعتباره مصدرا للتشريع الجنائي سواء كان ذلك بنص صريح أو كان مستفادا من النصوص والقواعد القانونية العامة في صورة ولو ضمنية (٢). كما يجوز أن يكون الحق إثبات العمل مستفادا من كون الشارع يجيز بلوغ غاية معينة أو ممارسة نشاط معين كما هو الشأن في ممارسة الألعاب الرياضية (٣).

والمجمع عليه بين شراح قانون العقوبات في مصر أن المراد بلفظ " الشريعة " في نص المادة ٦٠ ع هو مطلق القاعدة القانونية (٤) سواء أكانت مفرغة في نص تشريعي أم لم تكن كذلك فهو كناية عن الضمير والإرادة الجماعيين (٥) وعلى هذا فالعرف هنا ليس فقط يدخل في معنى القانون وإنما هو المرجع الأول لبيان ما هو عدوان وما هو مشروع من الأفعال التي تقع على الأشخاص أو الأموال . وعلى هذا فقد تفرغ القاعدة القانونية التي تقرر حقا في نص تشريعي أو يكون مصدرها العرف أو أن تستخلص من مجموع النصوص التشريعية أو من روح التشريع ومبادئه العامة غير المكتوبة . وغنى عن البيان أن قواعد الشريعة الإسلامية ، في القدر الذي تعتبر فيه جزءا من النظام القانوني العام ، تعد قانونا في هذا المعنى وتصلح مصدرا للإرتقاء بالمصلحة إلى مرتبة الحق (٦).

(١) تقدم أن عنصرى الحق هما . المصلحة وهى في حقيقتها مجموعة من المزايا . أو هى مركز واقعي يعطى من يحتله وضعا متميزا عن سواه من الناس . والعنصر الثانى المكون للحق هو الحماية القانونية التي إذا أضيفت على المصلحة يتحول المركز الواقعي إلى مركز قانوني متمتع بالحماية .

(٢) د. على راشد ، وموجز القانون الجنائي ط ٣ رقم ٣١٦ ص ٣٢٨ ، نقض ١٦ مارس ١٩٥٩م مجموعة أحكام النقض س ١٠ رقم ٩٧ ص ٣٠٤ .

(٣) د. على راشد المرجع السابق رقم ٣١٧ ص ٣٢٨ ، ٢٣٩ .

(٤) د. محمود نجيب حسنى ، المرجع السابق الإشارة إليه ص ١٧٤ .

(٥) د. على راشد في أصول النظرية العامة ط ١ ص ٥٤١ .

(٦) د. السعيد مصطفى السعيد ص ١٧٣ ، د. محمود مصطفى رقم ٩٨ ص ١٥٦ ، د. رمسيس بهنام ص ٣١٤ ، د. محمود نجيب حسنى ص ١٧٤ .

(ب) الشرط الثاني : استعمال الحق في الحدود المقررة قانوناً :

لكل حق حدود يجب أن تلتزم . ولا يعرف القانون حقوقاً مطلقة عن كل قيد إذ الحقوق كلها نسبية . ويجب أن يكون استعمالها في الحدود المقررة لها . وليس من الممكن وضع قاعدة عامة تخضع لها الحقوق جميعاً . فالحدود التي ترسم نطاق الحق متعددة ومتنوعة بتعدد الحقوق وتنوعها . فمنها ما يتعلق بتحديد الشخص الذي يجوز له استعمال الحق إذ قد يقرره القانون لشخص بالذات ولا يقبل من غيره . كحق الزوج في تأديب زوجته ، وحق الطبيب في مباشرة العمل الطبي ومنها ما يتعلق بمقدار جسامة الأفعال التي يستعمل بها الحق . فالتأديب يكون بالضرب الخفيف وليس بالضرب الشديد . كما تتعلق القيود بما يستلزمه القانون من اتباع إجراءات معينة لاستيفاء الحق . فالزوج لا يجوز له أن يضرب زوجته تأديباً قبل أن يثبت عدم جدوى استعمال وسيلتي الوعظ والهجر في المصعب . وعموماً فإنه يتعين لكى نستخلص قيود الحق ويثبت دخول الفعل في نطاقه فإنه يتعين أن يفحص كل حق على حده .

(ج) الشرط الثالث : حسن النية :

والنص صريح في ذلك والمقصود بهذا الشرط أن يستهدف صاحب الحق بفعله نفس الغرض الذي من أجله قرر الحق له (١) ، وبذلك يكون الفعل قد ارتكب بنية سليمة . وعلى هذا فالطبيب الذي يستهدف بمباشرة الأعمال الطبية إجراء تجربة علمية وليس علاج المريض ، ليس له أن يحتج بالحق الذي خوله له القانون . والزوج الذي يضرب زوجته انتقاماً من أهلها لا يعتبر حسن النية .

٣- أهم تطبيقات استعمال الحق :

وسوف نتناول على سبيل الإيجاز من هذه التطبيقات حق مباشرة الأعمال الطبية وحق ممارسة الألعاب الرياضية دون غيرهما . ذلك لما يثار من أن بعض الشراح فيما مضى ، والقضاء أحياناً (٢) ، يريد أن يجعل " رضاء المجني عليه " من أجريت له الجراحة ومن حدثت له الإصابة ، في هاتين الحالتين سبباً في إباحة " فعل الجاني " ، الجراح الذي أجرى الجراحة للمريض واللاعب الذي أحدث الإصابة لمنافسه في اللعب .

(١) حق مباشرة الأعمال الطبية :

العمل الطبي هو نشاط يتفق ، في كفيته وظروف مباشرته ، مع القواعد المقررة في علم الطب . ويتجه في ذاته وفق المجرى العادى للأمور إلى شفاء المريض (٣) . وكثيراً ما يترتب

(١) د. السعيد مصطفى السعيد ص ١٧٥ ، د. عثمان سعيد عثمان ص ٤١٢ ، د. محمود نجيب حسنى ص ١٧٧ .

(٢) د. على راشد في النظرية العامة ص ٥٤٥ .

(٣) د. محمود نجيب حسنى ص ١٨٢ .

على هذا النشاط الذي يقوم به الأطباء في ممارسة المهنة الطبية والجراحة مساس بجسم الإنسان فأعطاء العقاقير والحقن وإجراء العمليات الجراحية أفعال فيها إيلام للمريض ويترتب عليها الإصابات بجروح . ولكن ليست الأحكام الخاصة بهذه الأفعال في القانون هي نفس الأحكام الخاصة بالضرب والجرح والأفعال التي فيها مساس بالجسم ويحرمها القانون حماية للحق في سلامة الجسم . فمن المتفق عليه أن هذه الأفعال التي يقوم بها الأطباء ممارسة لمهنة الطب والجراحة هي من الأفعال المباحة إذ أن المصلحة المتحققة بهذه الأفعال أهم وأجدي وأصلح للمريض من إلغائها وتحريمها لمجرد الألم الذي يلحق الجسم متسببا عنها ، وبالتالي فهذه الأفعال مباحة ولا تخضع لأحكام قانون العقوبات وذلك بشروط معينة .

ولكن ما هو أساس هذه الإباحة ؟ هل ترجع إلى رضاء المجني عليه بالعلاج كما يرى البعض ؟ أم أن هذا الرأي غير صحيح إذ استبعد الفقهاء والقضاء نظرا لأن القاعدة أن رضاء المجني عليه ليس سببا عاما للإباحة وقيمة محدودة في جرائم المساس بسلامة الجسم ؟ أم أن سبب الإباحة يرجع إلى عدم توافر القصد الجنائي لدى الطبيب ؟ وهذا رأى آخر استبعد الفقهاء والقضاء أيضا إذ أن القصد إنما يتحقق بمجرد العلم بأن الفعل يؤدي إلى المساس بالجسم وإرادة ذلك الفعل . وهذا متوافر بالنسبة للطبيب . أم أن الأساس الحقيقي لإباحة هذه الأفعال كما استقر عليه الفقهاء والقضاء هو ترخيص القانون فالشارع يعترف بمهنة الطب وينظم كيفية مباشرتها ويسمح بالتالي بكل الأعمال الضرورية أو الملائمة لمباشرتها ^(١) . هذا ويتعين لإباحة الأعمال الطبية توافر شروط ثلاثة هي :

(١) الترخيص القانوني بالعلاج :

لا يستفيد من الإباحة في هذه الأفعال إلا الشخص الذي يرخّص له القانون بمزاولة مهنة الطب . وأهم ما يشترطه القانون لإعطاء هذا الترخيص الحصول على المؤهل الدراسي الذي يعده لهذه المهنة ^(٢) . وقد يكون الترخيص عاما شاملا كل الأعمال الطبية . كما قد يكون مقتصرا على بعضها وفي هذه الحالة لا يكون مجال للإباحة إلا إذا كان العمل داخلا في

(١) الأستاذ على بدوي ص ٤٠٣ ، د. السعيد ص ١٨٢ ، د. محمود محمود مصطفى ، مسؤولية الأطباء والجراحين الجنائية ، مجلة القانون والاقتصاد س ١٨ سنة ١٩٤٧ ص ٢٨٠ ، شرح قانون العقوبات رقم ١١٣ ص ١٧٠ ، د. على راشد ص ١٥١ ، الأستاذ محمود إبراهيم إسماعيل رقم ٢٦٢ ص ٤٤٧ ، نقض ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٣٢ ، مجموعة القواعد القانونية ج ٢ رقم ٣٦٨ ، ص ٦٠٢ ، ٢٨ مارس سنة ١٩٣٨ ج ٤ رقم ١٨٨ ص ١٧٤ ، ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٣٩ ج ٤ رقم ٤١٧ ، ص ٥٨٥ ، ١٨ ديسمبر ١٩٤٤ ج ٦ رقم ٤٣٢ ص ٥٦٧ ، ١٣ ديسمبر ١٩٦٠ ، مجموعة القواعد القانونية س ١١ رقم ١٧٦ ، ٩٠٤ ، ٢٠ فبراير ١٩٦٨ ، س ١٩ رقم ٤٦ ص ٢٥٤ .

(٢) المادة الثانية من القانون رقم ٤١٥ لسنة ١٩٥٤ في شأن مزاولة مهنة الطب .

في حدود الترخيص (١).

٢) رضاء المريض :

يرخص القانون للطبيب علاج المرضى إن دعوه لذلك ولكنه لا يخوله الحق في إخضاعهم للعلاج رغما عنهم (٢). ورضاء المريض هنا ليس هو سبب الإباحة ولكنه مجرد شرط من شروطه . وقد يكون الرضاء صريحا كما قد يكون ضمنيا . وقد يصدر من المريض نفسه كما يصدر ممن له الولاية عليه . وسوف نعود إلى ذلك بشئ من التفصيل المناسب في القسم الخاص من هذه الرسالة عند بيان أثر رضاء المجني عليه في الجرائم الماسة بسلامة الجسم " مسئولية الأطباء والجراحين "

٣) قصد العلاج :

علاج المريض بتخليصه من مرضه أو تخفيف حدته شرط بدونه لا يكون فعل التطبيب مباحا . وهذا الشرط ذو طبيعة شخصية . ويسأل الطبيب جنائيا إذا كان القصد من العمل الطبي غير العلاج بأن يكون الإضرار بالمريض مثلا أو تخليصه من الخدمة العسكرية أو تسهيل تعاطيه المواد المخدرة .

٤) عدم وقوع خطأ أو إهمال من الطبيب :

يجب على الطبيب أن يراعى الأصول المرعية في ممارسته لمهنته . وأن يراعى كذلك قواعد اليقظة والاحتياط . ولذلك فهو يسأل عن الإهمال الواضح الذي لا يصدر عن طبيب . ويسأل عن عدم مراعاة القواعد الطبية والأصول المرعية في ممارسة المهنة .

ب) : حق ممارسة الألعاب الرياضية :

بيح القانون بصفة عامة ممارسة الألعاب الرياضية . سواء ما كان منها يتطلب العنف كالملاكمة والمصارعة مما قد يترتب عليه إصابة بعض اللاعبين بفعل البعض الآخر أثناء اللعب بإصابات قد تكون بالغة . بل قد تؤدي أحيانا إلى الوفاة . ومنها مالا يتطلب العنف ولكن قد يترتب عليه المساس بسلامة الجسم كقذف الرمح والتنس . الخ . ويجمع الفقه على إباحة هذه الأفعال بشروط معينة ، وبالتالي فإن المتسبب في هذه الإصابات لا يسأل جنائيا فما هي العلة التي تقوم عليها إباحة هذه الأفعال ؟ وما هو الأساس في عدم المسؤولية هنا ؟ ذهب فريق من الشراح وأحكام المحاكم إلى أن عدم المسؤولية في هذه الحالة يرجع إلى رضاء المجني عليه . ولكنه تفسير لا يستقيم مع المبادئ القانونية . إذ أن رضاء المجني عليه ليس سببا عاما للإباحة

(١) كما هو الواضح بالنسبة للمولدات (القانون رقم ٤٨١ لسنة ١٩٥٤ في شأن مزاولة مهنة التوليد) ، نقض ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٣٩ مجموعة القواعد القانونية ج٤ رقم ٤١٧ ص ٥٨٥ .

(٢) د. السعيد مصطفى السعيد ص ١٨٤ ، د. محمود مصطفى مسئولية الأطباء ص ٢٨٣ ، د. رمسيس بهنام ص ٣٣٩ ، د. محمود نجيب حسنى ص ١٨٥ .

كما أنه لا يمنع المتهم حقا ما (١). وذهب فريق آخر من الشراح وأحكام المحاكم إلى أن عدم المسؤولية في هذه الأفعال يرجع إلى انتفاء القصد الجنائي . وهذا التفسير لا يستقيم مع المبادئ القانونية إذ أن ركن العمد يتوفر في مثل هذه الأحوال من مجرد العلم بحقيقة النشاط الإرادي وتمثل نتائجه . وذلك بغض النظر عن نية الإضرار في ذاتها أى دون النظر إلى البواعث أو الدوافع لارتكاب الفعل .

والحقيقة هنا أن العلة التي تقوم عليها وعدم مسؤولية المتسبب في الإصابات جنائيا هي استعمال اللاعب حقا أقره القانون . وذلك تطبيقا للمبدأ المتضمن في المادة ٦٠ ع . فالدولة تشجع الألعاب الرياضية على أنواعها وترصد المال من أجلها كما أنشأت وتعتزف بالهيئات التي تقوم على رعايتها (٢) وإنما تقرر الدولة ذلك صيانة وتقوية لمصلحة الجسم في أن يسير سيرا عاديا .

شروط الإباحة :

حرية ممارسة الألعاب مقيدة بالشروط التي يتطلبها تطبيق مبدأ المشروعية وأخصها شرط حسن النية الذي يعنى عدم إساءة استعمال الحرية (٣). فلكي يكون الفعل الناشئ عن استعمال هذا الحق مباحا يتطلب ذلك تحقق شروط ثلاثة هي :

- ١- أن تكون اللعبة لها قواعد وتقاليدها متعارف عليها رياضيا ، أى تكون اللعبة من الألعاب التي يعترف بها العرف الرياضى وأن تكون مما يمارس في جهة أو جهات معينة .
- ٢- أن تكون الإصابات الناشئة عن اللعب قد ارتكبت أثناء المباراة الرياضية ويقضى هذا أن يكون المجنى عليه قد رضى بالإشتراك في المباراة .
- ٣- أن تكون قواعد اللعبة وأصولها قد روعيت تماما . فإن خرج اللاعب عليها متعمدا فإنه يسأل عن جريمة عمدية ، وإن كان خروجه عليها نتيجة خطأ غير عمدى فهو مسئول عما يترتب على فعله مسئولية غير عمدية .

(١) د. على راشد ص ٥٥٠ ، د. محمود نجيب حسنى ص ١٩٠ .

(٢) الأستاذ على بدوى ص ٣٩٨ ، د. مصطفى القللى ص ٢٥٦ ، د. السعيد مصطفى السعيد ص ١٨٧ ، د. محمود مصطفى في شرح قانون العقوبات رقم ١١١ ص ١٦٩ ، د. على راشد ص ٥٥٠ ، الأستاذ محمود إبراهيم إسماعيل رقم ٢٦٣ ص ٤٥٢ ، د. محمود نجيب حسنى ص ١٩٠ .

(٣) د. على راشد ص ٥٥٠ .

المبحث الثاسى

فى اعتبار رضاء المجنى عليه سبب إباحة فى القانون الوضعى

سبق أن بينا أن أسباب الإباحة هو (التي يكون من شأنها رفع الصفة الجنائية عن الفعل فى الظروف التي وقع فيها ، فهى تعدم الركن الشرعى فى الجريمة . وتخرج الفعل من دائرة الأفعال المعاقب عليها إلى مجال الإباحات ^(١)) . فهل رضاء المجنى عليه يعد سببا للإباحة بهذا المعنى المتقدم ؟ وفى أى الحدود ؟ وإذا كان الأمر كذلك فما هى شروط صحة الرضا الذى يجعل سببا للإباحة ؟

وهذا ما سنحاول الإجابة عليه فى هذا البحث بمشيئة الله تعالى وعونه .

أولا : موقف التشريعات الوضعية المختلفة من الرضا كسبب للإباحة :

إذا كانت بعض التشريعات كالقانون الحيشى فى المادة ٦٦ منه والقانون المكسيكى فى المادة ١٥ منه والقانون النمساوى فى المادة ٤ منه قد نصت على عدم جعل رضاء المجنى عليه سببا للإباحة مطلقا ^(٢) . فإن من التشريعات الحديثة ما ينص على رضاء المجنى عليه كسبب من أسباب الإباحة فى حدود . من ذلك المادة ٥٠ من القانون الإيطالى التي تنص على أنه " لا عقاب على من يعتدى على حق الغير أو يجعله فى خطر إذا حصل ذلك برضاء صاحب الحق وكان من الجائز له التصرف فيه ^(٣) " . ويقول الشراح الإيطاليون فى تعليقهم على هذا النص أنه مقرر لقاعدة عامة يؤخذ بحكمها بغير نص فمتى كان لصاحب الحق أن يتصرف فيه . فإن من ضروب التصرف أن يسمح هو بالاعتداء عليه ولا محل للدفع هنا بالمصلحة العامة . لأنه وإن كانت المصلحة العامة تراعى فى كل نصوص التجريم . فإن المصلحة الخاصة فى بعض النصوص تغلب على المصلحة العامة وهو الشأن فى النصوص التي يحمى بها القانون حقوقا يجوز لأصحابها التنازل عنها ^(٤) . ويسرى حكم هذا النص على كافة الجرائم . وتطبيقه يقتضى البحث فى القواعد القانونية التي تولى الشارع فيها تنظيم الحقوق وتحديد ما إذا كان القانون

(١) د. السعيد مصطفى السعيد فى كتاب الأحكام العامة فى قانون العقوبات ط٤ سنة ١٩٦٢ ص ١٦٦ .

(٢) د. على راشد فى كتابه مبادئ قانون العقوبات ج١ هامش رقم ١ ص ٤٤٠ .

(٣) د. محمود مصطفى فى شرح قانون العقوبات القسم العام ط٦ سنة ١٩٦٤ ، د. أحمد عبد العزيز الألفى فى شرح قانون العقوبات الليبي ، ط١ سنة ١٩٦٩ ، د. محمود نجيب حسنى فى كتابه شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، هامش رقم ١ ص ٢٥٩ ، د. رمسيس بهنام فى كتاب النظريات العامة للقانون الجنائى ط٣ سنة ١٩٧١ ص ٣٨٨ .

(٤) د. محمود مصطفى ، المرجع السابق ، وقد أشار إلى دى لوجو ص ١٤٥ .

يخول المجني عليه سلطة التصرف في الحق الذي وقع عليه الاعتداء بارتكاب الجريمة أم لا ؟ ويقتضى الفصل في ذلك البحث أولاً ، فيما إذا كان الشارع قد اعتبر الحق مما يجوز التصرف فيه أم اعتبره غير صالح لأن ترد عليه تصرفات الأفراد ؟ وإذا ثبت أنه مما يجوز التصرف فيه فلمن خول الشارع سلطة التصرف هذه ؟ الشخص الذي صدر عنه الرضا أم خولها لشخص سواء ؟ فإذا كان الرضا بالفعل قد صدر من صاحب سلطة في التصرف في الحق المعتدى عليه فالرضا بذلك يكون سبباً لإباحة هذا الفعل .

والقواعد القانونية التي يجب البحث فيها لتحديد ذلك متعددة بتعدد الحقوق . فلكل نوع من الحقوق فرع من قواعد القانون الذي يختص به ، وقد تنتمي هذه القواعد إلي القانون العام أو القانون الخاص . كما قد تكون مجرد عرف قانوني أو مجرد مبادئ عامة تستمد من روح التشريع ولا تضمها نصوص مكتوبة .

وبالنسبة لجرائم الاعتداء على حق الحياة فقد تضمن القانون الإيطالي المادة ٥٧٩ منه والتي تبين الأهمية القانونية لرضاء المجني عليه بالقتل . إذا قضت بتخفيف العقاب على القاتل إذا ارتكب جريمته برضاء المجني عليه . واستبعاد تطبيق الظروف المشددة العامة . وبهذا النص يتجرد الرضاء من كل قيمة كسبب للإباحة في جرائم الاعتداء على الحياة وتقتصر أهميته على مجرد تخفيف العقاب . وقد كان مشروع القانون الإيطالي يتضمن نصاً مما ثللاً بالنسبة لجرائم الاعتداء على سلامة الجسم هو نص المادة ٥٨٩ والذي كان يقضى بتخفيف عقاب الجاني واستبعاد تطبيق الظروف المشددة العامة وبعض الظروف المشددة الخاصة بهذه الجرائم . ولكن هذا النص حذف اعترافاً برضاء المجني عليه كسبب لإباحة هذه الجرائم في الحدود التي تسمح بها المادة ٥٠ من القانون . وذلك لأن الأحكام الخاصة بجرائم الاعتداء على الحياة لا يمكن أن تطبق دون تعديل على جرائم الاعتداء على سلامة الجسم . فإذا مات الشخص لا يجوز له أن يتصرف في حقه في الحياة تصرفاً يقره القانون فإن هناك من الحالات ما يستطيع الشخص فيها أن يتصرف في سلامة بدنه تصرفاً يقره القانون . مثل عمليات التجميل ، وهى ليست من قبيل العمل الطبى بالمعنى الدقيق ، والإصابات التي تنشأ عن الألعاب الرياضية العنيفة كالملاكمة (١) ، وقد تكفل نص المادة الخامسة من القانون المدنى الإيطالى ببيان حدود سلطة الشخص على جسده إذ نقول " أعمال التصرف التي تصدر عن شخص متعلقة بجسمه محظورة إذا أفضت إلى انتقاص دائم في التكامل الجسدى أو كانت بوجه آخر مخالفة للقانون أو النظام العام أو الآداب الحسنة (٢) " وبمقتضى هذا النص في أعمال التصرف التي ترد على

(١) د. محمود نجيب حسنى في مقالة عن الحق في سلامة الجسم ومدى الحماية التي يكفلها له قانون العقوبات في مجلة القانون والاقتصاد في سنتها التاسعة والعشرين وعددها الثالث ، سبتمبر ١٩٥٩ .

(٢) د. محمود نجيب حسنى ، المرجع السابق .

الجسد محظورة إذا كانت تسبب انتقاصا جسديا مسته بها أو كانت مخالفة للقانون أو للنظام العام أو الآداب الحسنة . ويتضح من ذلك أن الأصل هو عدم جواز تصرف الشخص في سلامة جسمه . وبالتالي فإن الرضا لا يعد سببا مبيحا لأفعال الاعتداء على هذا الحق . غير أن هذا الأصل ليس مطلقا فقد يكون الأذى المترتب على الفعل ضئيلا مما لا يتسبب معه انتقاص مستديم للجسد . أو يكون الفعل غير مخالف للقانون أو النظام العام والآداب الحسنة . بأن يستهدف تحقيق غرض اجتماعي يقره القانون ويشجع على السعي إليه ، كما هو الشأن بالنسبة لعمليات نقل الدم من شخص صحيح إلى آخر مريض . وعمليات التجميل وأفعال العنف التي تقوم عليها بعض الألعاب الرياضية .

وفي ضوء كل ذلك فإن القيمة القانونية لرضاء المجني عليه في ظل القانون الإيطالي تتحدد بما كفله له القانون من سلطة التصرف في الحق المعتدى عليه . فإذا لم يكن للمجني عليه سلطة التصرف فلا قيمة لرضائه ، وإذا كانت له هذه السلطة اعترف للرضا بقيمته .

وكان المعيار الذي حدده القانون الإيطالي لبيان ما إذا كان للمجني عليه هذه السلطة أم ليست له ؟ هو معرفة حدود ارتقاء المجتمع على سلامة جسد أفراد ، بحيث يمس التصرف سلامة الجسم في جانبها الذي يتعلق به ارتقاء المجتمع يكون هذا التصرف غير جدير باعتداء القانون به ، وحيث يمس التصرف سلامة الجسم في جانبها الذي لا يتعلق به هذا الارتقاء يتجرد التصرف من قيمته القانونية ، فلا يعد الرضا سببا لإباحة .

هذا وللرضاء دور قانوني هام في الفقه والقضاء الألمانيين :

فهو في نظر المحكمة العليا الأساس الذي يقوم عليه سبب إباحة الأعمال الطبية ، إذا استقر قضاء هذه المحكمة على أن العمل الطبي هو من حيث ماديته إيذاء بدني ولا يتجرد من صفته غير المشروعة إلا بفضل سبب إباحة هو رضاء المريض به ^(١) . وإذا كان الفقه الألماني يخالف القضاء في هذا الرأي ويرى أن إباحة الأعمال الطبية إنما يستند في تقديره إلى اعتبارات أخرى . فإنهما يتفقان على أن الرضا هو سبب إباحة بعض الأعمال التي يباشرها الأطباء دون أن تستهدف علاج من تباشر بالنسبة له وإنما تستهدف علاج شخص آخر فلا تعد أفعالا علاجية بالنسبة للمجني عليه وإن اعتبرت عملا طبيا في معناه الواسع . كنقل الدم من شخص إلى آخر واستئصال جزء من جلد شخص لترقيع جسد شخص آخر وكذلك الأعمال التي تستهدف مجرد التجميل فهي غير ذات اتجاه علاجي على الإطلاق .

(١) د/ محمود نجيب حسنى في المرجع السابق الإشارة إليه . وقد أشار إلى أن الحكم الأساسي الذي قرره الاتجاه القضائي في هذا الشأن هو حكم المحكمة العليا الصادر في ١٣ مايو ١٨٩٤م والمنشور في مجموعة أحكام المحكمة العليا في المواد الجنائية ج ٢٥ ص ٣٧٥ وقد تواترت أحكام القضاء الألماني بعد ذلك في نفس الاتجاه.

والقضاء الألماني يسوى في ذلك بين الأعمال الطبية على اختلاف طوائفها فيرى أن إباحتها تستند دائماً إلى الرضاء بها في حين يرى الفقه إثارة الأعمال العلاجية بسبب إباحة يختص بها ويستمد أساسه من طبيعتها فلا يصلح لغيرها ثم اعتبار الرضاء سبب إباحة الأعمال الطبية الأخرى . وتنص المادة ١/٢٢٦ عقوبات ألماني على أن " من ارتكب إيذاء بدنيا برضاء من المجني عليه فلا يعد فعله غير مشروع إلا إذا كان على الرغم من الرضاء به متعارضاً والآداب الحسنة " ، ويتضح من هذا النص أن حكمه واضح في الاعتراف لرضاء المجني عليه بقيمته كسبب للإباحة في جرائم الإيذاء البدني ثم في تقييد هذه القيمة يكون فعل الاعتداء الذي انصرف الرضاء إليه غير متعارض واعتبارات الآداب الحسنة ، الضابط الذي يميز في تقدير الشارع الألماني بين جوانب الحق في سلامة الجسم الذي يتعلق بها ارتفاق المجتمع ، وتلك التي لا يتعلق بها ، فإذا كان الفعل يتعارض واعتبارات الآداب الحسنة فهو إهدار لحق الفرد وحق المجتمع فلا يكون للرضا به الأثر المبيح له . أما إذا كان لا يتعارض وهذه الاعتبارات فهو في المقام الأول إهدار لحق الفرد وليس للمجتمع شأن به إلا إذا لم يكن المجني عليه راضياً بارتكابه إذ يتدخل عندئذ لصيانة الحق المتعدى عليه ولكن إذا رضى المجني عليه بهذا الفعل فقد تصرف في حقه وحده وله صفته في ذلك . وهو لم يمس بتصرفه ارتفاق المجتمع .

وقد يتبادر إلى الذهن مما يوحى به ظاهر النص أن حق المجتمع يتعلق ، في نظر الشارع الألماني ، باعتبارات الآداب الحسنة أكثر مما يتعلق بسلامة جسد أفراد . ذلك لأن الشارع لا يتسامح في شأن الفعل إذا تعارض وهذه الاعتبارات في حين أنه يترك الأمر لتقدير المجني عليه إذا كان الفعل لا يهدرها . كما يبدو أن فكرة الآداب الحسنة غير كافية أحسن صعوبة وضع الحدود الفاصلة بين جوانب الحق التي تكون محلاً لارتفاق المجتمع وتلك التي تتحرر من هذا الارتفاق . وذلك لأن تعارض الفعل وإياها ليس الحالة الوحيدة التي يعد فيها ماساً بحق المجتمع . فقد لا يناقضها الفعل ولكنه على الرغم من ذلك يهدر حق المجتمع ، كما لو كان اعتداء جسيماً بورث المجني عليه عاهة تعوقه عن أداء وظيفته الاجتماعية دون أن يستهدف غاية تناقض في ذاتها اعتبارات الآداب الحسنة .

ويرى بعض شراح القانون في مصر^(١) أنه إذا تحريبا الدقة في الفهم واستعنا بالفقه والقضاء في تفسير هذا النص لتبين لنا أن فكرة الآداب الحسنة فكرة واسعة تمتد نطاقها إلى كل القيم التي تعد حمايتها من أفعال المساس بسلامة الجسم أمراً تقتضيه مصلحة المجتمع . فهي إذن مجرد رمز للتعبير عن حق المجتمع في سلامة جسد أفراد . وقد قرر الفقه والقضاء اعتبار كل الأفعال التي تمس سلامة الجسد على نحو يهدر مصلحة المجتمع متناقضة واعتبارات الآداب

(١) د. محمود نجيب حسنى في مقالة عن الحق في سلامة الجسم السابق الإشارة إليها بند ١٢ .

الحسنة . ومن الأمثلة التي يتجرد فيها رضاء المجني عليه من أهميته القانونية لتعارض الفعل واعتبارات الآداب الحسنة ، الرضاء بإحداث أذى بدني للنصب على شركة تأمين بإيهامها بحدوث إصابة في ظروف تلتزم فيها بدفع مبلغ التعويض ، والرضا بأفعال قسوة مرتبطة بعلاقة جنسية لإرضاء شهوة شخص مصاب بالسادية .

وبالنسبة لجرائم الاعتداء على حق الحياة نجد المادة ٢١٦ ع ألماني تنص على أنه "إذا حمل الطلب الصريح الجاد الصادر من المقتول على ارتكاب القتل كانت العقوبة هي السجن الذي لا يقل على عن ثلاث سنوات ويعاقب على الشروع في الجريمة " وهكذا نجد حكم نص هذه المادة يقضى بتخفيف العقاب على القاتل إذا حملة على ارتكاب جريمته الطلب الصريح الجاد الصادر من المجني عليه .

والمقصود بالطلب الصريح الجاد كل نشاط إيجابي يصدر من المجني عليه سواء في صورة قول أو إشارة يعبر به عن إرادته في التخلص من الحياة تعبيرا واضحا لا لبس فيه ويكون حقيقيا يطابق إرادته الباطنة .

ويتضح مما سبق أن فكرة الآداب الحسنة كمعيار وضعه الشارع الألماني يضع به حدا فاصلا بين جوانب الحق التي تكون محلا لإرتفاق المجتمع وتلك التي تتحرر من هذا الارتفاق . فكرة بشوبها الغموض ويتسع نطاقها إلى الحد الذي يخرجها عن مدلولها بحيث تتجرد من معناها الحقيقي وتستحيل إلى مجرد رمز لأفكار قانونية مختلفة . ويعني ذلك تمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة كي يحدد على هدى اعتبارات المصلحة الاجتماعية المجردة ، هل الفعل ، على الرغم من الرضاء به ، يمس مصلحة المجتمع أو لا يمسها ثم يستتر بعد ذلك خلف عبارة الآداب الحسنة . ويعادل ذلك في رأى بعض شراح القانون في مصر ^(١) انتفاء كل ضابط تشريعي

كما نصت المادة (٥١ ع سوداني) على أنه " لا جريمة في فعل بسبب ما أحدثه هذا الفعل من ضرر للشخص أو لمال أى شخص متى كانت سن ذلك الشخص تزيد عن الثامنة عشرة . وصدر منه باختياره وعن إدراك رضاء صريح أو ضمنى بذلك الفعل . على أن هذه المادة لا تنطبق على الأفعال التي يحتمل أن تسبب الموت أو الأذى الجسيم ولا على الأفعال التي تكون جرائم بغض النظر عن أى ضرر يمكن أن تحدثه للشخص الذي صدر منه الرضاء أو لأمواله ^(٢) "

(١) د. محمود نجيب حسنى في المرجع السابق الإشارة إليه .

(٢) د. محمد محي الدين عوض في كتابه عن قانون العقوبات السوداني معلقا عليه ط ١٩٧٠ ص ٦٨ تتقابل المواد ٥٣٢ ع شمال نيجيريا ، ٥٤ ع البحرين ، ٤٢ ع غانا لسنة ١٩٦٠ ، ٣٢ ع صومالي ، ٨٧ ، ٩١ ع هندي ، ويلاحظ أن مواد القانون الباكستاني مطابقة للقانون الهندي في معظم الأحوال لأن أصلهما واحد وهو القانون الهندي . كما أن للقانون الهندي نصوص نظيرة في قوانين سيلان وبورما وسنغافورة وعدن والملايو وبلاد الخليج العربي .

وأساس هذا النص قاعدة violent non pit injurie

ومع ذلك فإن هذه القاعدة لها مجال محدود للتطبيق في القانون الجنائي فالمادة (٥١ ع س) تعد تطبيقاً لقاعدة أن الشخص الذي يرضى يجب أن لا يتألم من أى ضرر يصيبه بسبب رضاه وهذه القاعدة قائمة على دعامتين :

أحدهما : أن كل شخص يعتبر أحسن قاش بالنسبة لمصلحته .

الثانية : هي أن كل شخص لا يمكن أن يرضى بما يعتقد أنه ضار بشخصه .

فكل إنسان حر في أن يعاني أى ألم أو ضرر يختاره لنفسه أو ممتلكاته. وإذا كان له أن يفعل ذلك بنفسه فله أن يرضى بأن يفعله به غيره. وعلى ذلك فهذا الغير لا يعد مرتكب جريمة ما^(١).

كما يلاحظ أن العبارة الأخيرة من المادة (٥١ ع س) إنما هي اعتراف بتقسيم الجرائم إلى نوعين : جرائم متعلقة بالأفراد أو جرائم خاصة . وبأخرى متعلقة بالمصلحة العامة أو جرائم عامة . وتطبيقاً للمادة (٥١ ع س) فإن الرضا لا يؤثر في قيام الجرائم التي تكون المصلحة العامة فيها غالبية كما أنه لا يؤثر على العقوبة المفروضة لها . وتستند إليه إباحة جميع الألعاب الرياضية التي تنطوي على أعمال العنف بشرط أن يكون اللعب في حدود قواعد اللعب المعترف بها . كما نصت المادة ٢٤٩ / ٥ من نفس القانون (ع س) على حكم القتل بناء على رضا إذ تقول " لا يعتبر القتل ذو النية المؤثمة قتلاً عمداً إذا كان الشخص الذي بسبب موته قد عرض نفسه للموت برضائه أو خاطر بالتعرض له برضائه وكانت سنه تزيد عن الثامنة عشر " ونصت المادة (٢٥٣ ع س) على العقوبة في هذه الحالة فتقول " كل من يرتكب قتلاً ذا نية مؤثمة لا يصل إلى درجة القتل العمد يعاقب بالسجن المؤبد أو لمدة أقل أو بالغرامة أو بالعقوبتين معا " .

هذا وقد بينت المادة ٣٩ من نفس القانون (ع س) حالات الرضا غير الصحيح فنصت على أنه " لا يعتد بالرضا بحسب المقصود من الرضا في أية مادة من مواد هذا القانون إذا صدر الرضا من شخص تحت تأثير الخوف من ضرر أو فهم خاطئ للواقع ، وكان الشخص الذي وقع منه الفعل عالماً أو لدية ما يحمله على الاعتقاد بأن الرضا صدر نتيجة لذلك الخوف أو الفهم الخاطئ ، أو إذا صدر الرضا من شخص لا يستطيع إدراك ماهية ونتائج ما رضى به بسبب اختلال قواه العقلية أو سكره ، أو إذا صدر الرضا من شخص يقل عمره عن الرابعة عشرة (2) " .

(1) د. محمد محي الدين عوض ، المرجع السابق الإشارة إليه .

(2) معدلة بالأمر التشريعي رقم ٢٠ لسنة ١٩٥٠ . وتقابل المواد ٣٩ قديم ، ٩٠ ع هندي ، ٣٩ ع شمال نيجيريا ، ٢٤ / ٢ ع البحرين ، ١٤ ع غانا لسنة ١٩٦٠ .

ثانيا : موقف القانون والشرح في مصر :

وكان موقف القانون المصري كما هو الشأن بالنسبة للقانون الفرنسي موقفا وسطا بين الاتجاهين السابقين . فلم ينص على اعتبار أو عدم اعتبار رضا المجني عليه سببا من أسباب الإباحة . ولكن شرح القانون في مصر يرون أنه وإن لم يرد في قانوننا الحالي ولا للفرد حق في حياته وسلامة جسمه فذلك المجتمع له حق في حياة أفرادهِ وسلامتهم إذ يعنيه حرص أفرادهِ ، على حياتهم استيقاء لكيانه ودعمه له .

وكون الرضا سبب إباحة لبعض الجرائم على سبيل الإستثناء ليس معناه أن الاعتداء الذي يتمثل في هذه الجرائم ينال حقوقا مجردة من الأهمية الاجتماعية . وإنما سبب ذلك مرجعه إلى طبيعة هذه الحقوق وكون المساس بها برضاء المجني عليه غير منتج اعتداء عليها وغير مهدر تبعا لذلك ما للمجتمع من نصيب فيها ^(١) . فهذه الحقوق قابلة للتخلى عنها . ولا يمنع القانون التصرف فيها إذا صدر ممن يملكه . كما هو الشأن بالنسبة لحق الملكية . ويكون التصرف في مثل هذه الحقوق سلوكا متلائما مع طبيعة الحياة الاجتماعية سواء أتم من صاحب الحق نفسه مباشرة أم بتفويض منه إلى غيره أي برضاء منه ، ويرجع في تحديد الحقوق القابلة للتصرف فيها إلى القانون الحاكم لها في مجال نشوئها ^(٢) .

١- موضع رضاء المجني عليه من أسباب الإباحة :

إن من أسباب الإباحة أسبابا عامة . وهي التي تبيح الفعل الذي يرتكب مهما كان وصفه الأصلي في القانون ولا تنقيد بجريمة معينة . ومن هذا النوع استعمال الحق والقيام بالواجب والدفاع الشرعي . وأسباب خاصة بجرائم معينة ولا أثر لها فيما خرج من هذه الجرائم كإباحة القذف والسب في بعض الأحوال ولا فرق بين النوعين إلا في مدى شمول ما تلحقه الإباحة . أما أثرها فهو هو في جميع الأحوال ^(٣) ، ويميز كذلك بين أسباب الإباحة المطلقة وأسباب الإباحة النسبية ، بأن الأولى قد يستفيد منها أي شخص كالدفاع الشرعي في حين أن الثانية لا يستفيد منها إلا شخص يحتل مركزا معيناً أو يحمل صفة معينة كاستعمال السلطة ^(٤) .

فما هو موضع رضاء المجني عليه كسبب للإباحة بين هذه الأسباب ؟

(١) د. محمود نجيب حسنى المرجع السابق .

(٢) د. رمسيس بهنام ، المرجع السابق الإشارة إليه .

(٣) د. السعيد مصطفى السعيد ص ١٦٧ .

(٤) د. محمود نجيب حسنى ، المرجع السابق ص ١٧١ .

يرى البعض أن رضا المجني عليه ليس مبدأ مستقلاً للإباحة . وإنما هو استعمال للحق وهو أيضا في ذلك ليس من الأسباب العامة المطلقة بمعنى أنه يؤثر في أية جريمة ويستفيد منه أى شخص بل يعد من الأسباب الخاصة النسبية (١).

وبيان ذلك أن رضا المجني عليه يعتبر استعمالاً للحق إذا نظر إليه من ناحية من يرضى بالاعتداء على حقه . وصاحب الحق إنما يستعمله بنفسه أو يأذن الغير باستعماله . متى كان التصرف في الحق جائزاً . إذن فمشروعية العمل تستند في النهاية إلى مصدر الحق . وبذلك لا يكون رضا المجني عليه مبدأ مستقلاً للإباحة .

أما أن رضا المجني عليه ليس من الأسباب العامة المطلقة . وإنما هو كسند مباشر لاستعمال الحق يعد من الأسباب الخاصة النسبية .

فيرجع ذلك إلى أن استعمال الحق كسبب عام للإباحة إذا كان يعد من الأسباب العامة المطلقة أى يؤثر في أية جريمة ويستفيد منه أى شخص إلا أن كل حق على حدة ينقيد بالحقوق المقررة له كما ينقيد التفويض في استعماله بمقتضى القانون أو الاتفاق ، وهذا ما يدعو إلى القول بأن رضا المجني عليه كسند مباشر لاستعمال الحق يعد من الأسباب الخاصة النسبية .

أما أنه خاص فلأنه لا يؤثر في كل جريمة بل في الجرائم التي قصد بها حماية حقوق يجوز التصرف فيها .

وأما أنه نسبي أو شخصي ، فلأنه لا يستفيد منه إلا من تلقى هذا الرضا دون غيره ممن يكون قد ساهم معه في الجريمة بوصفه فاعل أو شريك .

فالرضا بالقبض يبرر هذا القبض وتفتيش المقبوض عليه ولكنه لا يبرر تفتيش منزله وإذا صرح لشخص معين بالقبض فإن الرضا يصحح عمل هذا الشخص فقط (٢).

وإذا كنا قد قررنا أن رضا المجني عليه إنما يكون سبباً للإباحة بعض الجرائم على سبيل الاستثناء وهي الجرائم التي تمس حقوقاً يجيز القانون لصاحبها التصرف فيها بنفسه أو الإذن بذلك لغيره ، فإن رضا المجني عليه قد لا يقوى وحده على إباحة بعض الأفعال ولكنه يعتبر أحد العناصر اللازمة لقيام سبب إباحتها (٣). فالأعمال الطبية والجراحية التي يقوم بها الطبيب على جسد المريض بقصد العلاج ليس كل ما يبيحها هو رضا المريض . وإنما هذا الرضا شرط ، إلى جانب شروط أخرى ، لا غنى عنه لقيام سبب الإباحة . وكذلك الأمر بالنسبة لإباحة أفعال العنف التي قد تقع على بعض اللاعبين أثناء ممارسة الألعاب الرياضية فإنه يشترط إلى

(١) د. محمود مصطفى ، المرجع السابق الإشارة إليه .

(٢) د. محمود مصطفى ، المرجع السابق .

(٣) د. محمود نجيب حسنى ، المرجع السابق ص ٢٦٠ ، د . سمير الجوزورى ، في كتابه مبادئ قانون العقوبات " القسم العام " ط ١ سنة ١٩٧١ ص ٣٢٦ ، د. أحمد عبد العزيز الألفي المرجع السابق الإشارة إليه .

جانب رضا اللاعب بكل الأفعال التي تقتضيها اللعبة الرياضية . وهذا رضا مفترض من جميع اللاعبين بقبول اشتراكهم في المباراة . إنما يشترط أيضا أن تكون اللعبة من الألعاب التي يجيزها القانون وأن تسير المباراة وفق الأحكام التي تنظمها . كما أنه يشترط أن ير تكب العنف أثناء المباراة . فرضا اللاعب هنا شرط من شروط إباحة أفعال العنف التي تحدث أثناء المباراة الرياضية . أى عنصر من العناصر المكونة لسبب الإباحة وليس سببا مستقلا من بين الأسباب المبيحة قانونا .

٢- تحديد الجرائم التي يعد الرضا سببا لإباحتها :

سبق أن بينا أن القانون الجنائي إنما يختص بحماية المصالح الاجتماعية . ولا يتعرض لحماية المصالح الفردية إلا إذا تضمنت في ثناياها مصلحة اجتماعية ولهذا امتدت حمايته إلى حق الفرد في الحياة وحقه في سلامة جسمه وماله من الاعتداء (١).

وإذا كان الطابع الأساسى والسمة المميزة للمصالح التي يحميها قانون العقوبات هي أنها مصالح اجتماعية . وأن ما يعد مصلحة اجتماعية جديرة بالحماية الجنائية ليس شيئا واحدا يتوصل إليه عن طريق البحث العلمى وإنما يتعلق بفلسفة المشروع وعقيدته .

فكيف يخول الفرد سلطة النزول عن هذه المصالح وإهدار ما للمجتمع من نصيب فيها ؟ وما هو المعيار الموضوعى لتحديد الجرائم التي يعد الرضا سببا لإباحتها ؟

سبق أن قررنا أن رضا المجنى عليه ليس سبب إباحة على سبيل الأصل . وإذا كان له هذا الأثر على بعض الجرائم فإنما يكون ذلك على سبيل الاستثناء . ولا يعنى هذا أن المصالح التي يجعل رضا المجنى عليه سببا لإباحتها مجردة من الأهمية الاجتماعية . وإنما ترجع العلة في ذلك إلى طبيعة هذه الحقوق . وكون المساس بها برضاء من المجنى عليه إنما هو نتيجة تصرف قانونى صحيح ممن له الحق في ذلك مشروط بعدم الاعتداء على حقوق الغير وعدم تعريض مصالحهم للضرر ، فإن رضا المجنى عليه لا ينتج اعتداء على هذه الحقوق إذ أن الفعل الصادر من الغير مساسا بالحق في هذه الحالة إنما يعد تصرفا فيه من ذى سلطة تخوله ذلك فيصبح سلوكه مشروعا وغير مهدر تبعا لذلك ما للمجتمع من نصيب فيها (٢).

وليس في الاستطاعة حصر الجرائم التي يعد الرضا سببا لإباحتها . كما أن صياغة منابط لتحديد هذه الجرائم مرهون بفحص الحق الذي تمسه الجريمة ، وتحديد طبيعته والأحكام التي يخضع لها . فهل يخصص القانون للمجنى عليه أن يتصرف فيه وينقله إلى غيره أم لا يخوله هذه السلطة ؟ فإذا كان القانون المنظم للحق يعطى المجنى عليه هذه السلطة على حق ما من الحقوق

(١) سبق أن خصصنا بحثا لبيان المصالح القانونية والحماية الجنائية لها في الفصل الرابع من الباب الأول .

(٢) د. محمود نجيب حسنى ص ٢٥٨ ، د. محمود مصطفى ، القسم العام ص ١٨٤ ، د. رمسيس بهنام ص ٣٣٩ ، د. أحمد عبد العزيز الألفي .

فإن له أن يتصرف في هذا الحق . كما أن رضائه بأن يمس الغير بالحق . تصرف قانوني صحيح لأن القانون يعترف به . وعليه فإن الفعل الصادر من الغير مساسا بالحق على جهة التصرف فيه من ذي سلطة تخوله ذلك لا يتصور أن تقوم به جريمة^(١).

وبديهي أن الحق موضوع البحث إذا كان ذا طابع اجتماعي ، ولم يخول القانون المنظم له للمجني عليه سلطة التصرف فيه ، فإن المجني عليه ليس له ذلك بحكم القانون . بل أن تصرفه في الحق في هذه الحالة إنما يمثل اعتداء عليه قد يوجب العقوبة تبعا لذلك .

وتطبيقا لهذا وفقا لقواعد القانون المصري فإن الجرائم التي تنال بالاعتداء حقوقا ذات أهمية اجتماعية ، وهي الحقوق العامة ، لا يعتد فيها برضاء المجني عليه . إذ أن هذه الحقوق لا يجوز التصرف فيها . ومن ثم فإن رضاء المجني عليه لا يبيح المساس بها ، ومن هذه الحقوق الحقوق المقررة لصالح الدولة كنظام قانوني للجماعة ، إذ أن حق الدولة في أمنها وسلامتها داخلها وفي الخارج غير قابل للتصرف فيه . فليس لأحد سلطة النزول عنها وإباحتها للاعتداء ، كما أن ممثلي الدولة ليس لهم ذلك . بل إن رئيس الدولة نفسه إذا تصرف فيه بذلك يعتبر تصرفه هذا جنائية خيانة عظمى كما هو مقرر في المادة ٦ من القانون رقم ٣٤٧ لسنة ١٩٥٦ م بشأن محاكمة رئيس الجمهورية والوزراء^(٢). وكذلك الشأن في حق الدولة في استقامة سير أداؤها الحاكمة . وحققا في صون آدابها العامة وحققا في حسن سير عدالتها . فجميع هذه الحقوق ليس لأحد التصرف فيها أو التنازل عنها .

ومن قبيل هذه الحقوق العامة التي لا يجوز التصرف فيها أيضا حق الإنسان في الحياة فإذا طلب شخص من طبيبه أو عزيز عليه أن يقتله إراحة له من مرض مثلا . فإن هذا الطلب أو الإلحاح فيه لا يعفي الطبيب أو الفاعل من المسؤولية عن جريمة قتل عمدية تتوفر جميع أركانها^(٣) ، خلافا لرأى مرجوح اتجهت إليه معظم أحكام القضاء في الخارج (فرنسا ، بلجيكا ، أمريكا) هو تقرير براءة المتهمين في جرائم القتل شفقة بالمجني عليه بناء على طلبه إذا ما اشتد مرضه وأصبح ميؤسا من شفائه^(٤) ، وخلافا كذلك لبعض التشريعات التي جعلت الإذن بالقتل . أو الاعتداء على حق الحياة بطلب من المجني عليه عذرا مخففا للعقوبة . وكذلك التشريعات التي جعلت ذلك مباحا بإذن المجني عليه ورضائه^(٥). اعتدادا برضاء المجني عليه

(١) د. محمود نجيب حسنى ، ص ٢٥٩ ، د. محمود مصطفى .

(٢) د. رمسيس بهنام ، المرجع السابق .

(٣) المراجع السابق الإشارة إليها .

(٤) د. أحمد فتحى سرور ، في كتابه الوسيط في شرح قانون العقوبات (القسم الخاص) ١٩٦٨ م ص ٤٤٠ ، ٤٤٥ (مكتبة جمعية الاقتصاد) .

(٥) كالقانون الألماني والقانون السوداني وغيرهم وكذلك التشريعات التي جعلت رضاء المجني عليه سببا للإباحة مطلقا.

كسبب عام للإيذاء.

وبالنسبة لحق الإنسان في سلامة جسمه :

فإنه أيضا في القانون المصرى من الحقوق العامة التي لا يجوز التصرف فيها ولذلك فإن جرائم الضرب والإيذاء تظل غير مشروعة ولو رخص بها المجني عليه ، غير أن المساس بالجسد إذا كان يحقق مصلحة اجتماعية أهم مما يترتب على هذا المساس من ضرر ، فإن رضاء صاحب الشأن يبيح الفعل ^(١). فالطبيب الذي ينقل دما من شخص برضائه يعتبر عمله مباحا على أساس رضاء من نقل منه الدم . فالفائدة الاجتماعية وهي تيسير العلاج الطبى للغير مما قد ينفذ حياة شخص آخر أهم من هذا المساس بجسد الشخص الذي أبيع الفعل برضائه . إلا أنه في الحالات التي يحدث فيها من جراء ذلك نقص دائم في سلامة البدن يقلل من الكفاية الاجتماعية للإنسان في الوفاء بواجباته نحو أسرته وأمه فإن رضاء الإنسان هنا بأن يمس طبيب جسمه علاجاً لجسم الغير لا يحدث أى أثر في تجريد سلوك الطبيب من المسؤولية الجنائية ^(٢).

وليس يعنى اعتبار حق الإنسان في سلامة جسمه من الحقوق العامة التي لا يجوز التصرف فيها . أن هذا الحق ليس له جانب فردى . بل إن الحق في سلامة الجسم هو في أصله لفرد من الأفراد . فلهذا الفرد مصلحة يقرها القانون في ألا تعطل وظائف الحياة في جسمه على أية صورة كانت وفي أن يحتفظ جسمه بتكامله وفي أن يتحرر من الآلام البدنية ^(٣) ولكن هذا الجانب الفردى ليس هو الجانب الوحيد في الحق . بل إنه ليس الجانب الغالب على غيره . ذلك لأن عددا من المزايا التي يتضمنها هذا الحق هي للمجتمع ، فلا يستطيع الفرد أن يحررها منها ومن مجموع هذه المزايا يتكون حق المجتمع في سلامة جسم كل فرد من أفراده ، واعتراف الشارع بالقيمة الاجتماعية لهذا الحق قد جعلته يحيطه بالحماية الجنائية . فكانت هذه الحماية تأكيداً واضحاً لجانبه الاجتماعي . وأساس حق المجتمع هنا أن لكل فرد في المجتمع وظيفته الاجتماعية التي تقتضيها طبيعة النظام الاجتماعي . وهذه الوظيفة تلقي على عاتقه مجموعة من الواجبات يقابلها بطبيعة الحال حق المجتمع في اقتضاؤها . ولا يستطيع الفرد قضاء ذلك إلا إذا كانت سلامة جسمه مصونة . إذ إن كل اعتداء يمس هذا الحق يقلل في الوقت نفسه من مقدرة صاحبه على القيام بوظيفته . ويمس تبعاً لذلك المزايا التي يحق للمجتمع أن يقتضيها . فيهدر على هذا النحو حق المجتمع فيها، ويترتب على غلبة الجانب الاجتماعي لهذا الحق على غيره

(١) د. أحمد الألفي ، المرجع السابق ص ١٩٨ .

(٢) د. رمسيس بهنام ، المرجع السابق .

(٣) د. محمود نجيب حسنى في مقالة عن الحق في سلامة الجسم ، مجلة القانون والاقتصاد في عددها الثالث لسنة التاسعة والعشرون ، سبتمبر ١٩٥٩ م .

من الجوانب نتيجة هامة هي ألا يعد رضاء المجني عليه سببا عاما لإباحة جرائم الاعتداء على هذا الحق فالرضا تصرف في الحق ولا بد أن يصدر ممن له سلطة ذلك حتى ينتج أثره فيبيح الفعل (١). وإذا رضى المجني عليه بالاعتداء على سلامة جسمه اقتصر أثر رضائه على الجانب الفردي للحق . ولكنه لا يمس الجانب الاجتماعي منه فيظل حق المجتمع قائما ويظل فعل الاعتداء بالتالي خاضعا لتجريم القانون ، والرأى مستقر في الفقه والقضاء سواء في فرنسا أو في مصر على أن الرضاء لا يعد سبب إباحة على الإطلاق في شأن جرائم الاعتداء على سلامة الجسم يستوى في ذلك الاعتداء الجسيم والاعتداء اليسير . ويستوى في هذا الحكم كل وسائل الاعتداء وصوره (٢). ولعدم الاعتداد برضاء المجني عليه كسبب للإباحة كان رأى الفقه والقضاء بأن رضاء المريض غير كاف لكي تقوم عليه إباحة الأعمال الطبية ، إذ الرضاء وحده مجرد من كل قيمة قانونية في الإباحة ، ولهذا اتجه البحث إلى مصدر آخر لإباحة هذه الأعمال هو نصريح القانون . واقتصر أهمية الرضاء على اعتباره مجرد شرط للتصريح بالعمل الطبي . فهو ليس بسبب إباحة ولكنه مجرد شرط لها . وقد رأت بعض التشريعات رغم تسليمها بأن الأصل هو عدم الاعتداد برضاء المجني عليه . أن إنكار كل أهمية للرضاء يتضمن تجاهلا لطبيعة الحق . فالرضا يتجرد من القيمة في الحدود التي يمتد إليها الإرتفاق المقرر للمجتمع ، ولكن إذا تجاوزنا هذه الحدود فتحترق الحق من هذا الإرتفاق لم يكن مفر من أن تعترف لصاحبه بسلطة التصرف فيه . وحينئذ يكون للرضاء بالقتل الأثر الذي يجرده من صفة العدوان فيبيحه لأنه تصرف صادر من صاحب صفة فيه (٣).

ويلاحظ أن القانون المصرى مع اعتباره حق الإنسان في الحياة وحقه في سلامة جسمه من الحقوق العامة التي لا يجوز للإنسان التصرف فيها بإذنه للغير في الاعتداء عليه . أو رضائه بذلك فإنه لا يعاقب الشخص على اعتدائه بنفسه على هذه الحقوق إذ لا عقوبة على جريمة الانتحار أو إتلاف الشخص لعضو من أعضائه على حسب الأصل . وقد ثار الخلاف في أساس

- (١) د. محمود محمود مصطفى في شرح قانون العقوبات ، القسم العام رقم ١١٤ ص ١٠٨ .
- (٢) د. محمود نجيب حسنى في المرجع السابق الإشارة إليه ، الأستاذ أحمد أمين شرح قانون العقوبات الأهلى ص ٣٩١ ، الأستاذ على بدوى في الأحكام العامة للقانون الجنائى (١٩٣٨) ص ٣٤٨ ، دكتور على أحمد راشد ، مبادئ القانون الجنائى رقم ٥٢٠ ص ٤٤٢ ، الموجز في القانون الجنائى رقم ٣٢٦ ص ٣٣٦ ، د. السعيد مصطفى السعيد ، الأحكام العامة في قانون العقوبات ص ٢١٩ ، د. محمود محمود مصطفى في مسئولية الأطباء والجراحين الجنائية في شرح قانون العقوبات ص ٢٨٠ ، د. محمد فائق الجوهري ، المسئولية الطبية في قانون العقوبات ص ٥ وفي القضاء المصرى نقض ٤ يناير ١٩٣٧م مجموعة القواعد القانونية ج ٤ رقم ٣٤ ص ٣١ ، ٢٨ مارس ١٩٣٨ ج ٤ رقم ١٨٨ ص ١٨٤ ، ١٢ يونيو ١٩٣٩ ج ٤ رقم ٤٠٧ ص ٥٧٦ ، ٢٣ أكتوبر ١٩٣٩م ج ٤ رقم ٤١٧ ص ٥٨٥ .
- (٣) د. محمود نجيب حسنى المرجع السابق الإشارة إليه .

عدم العقاب في هذه الصور فيرى البعض أن تعليل ذلك يرجع إلى أن التشريع يكون للغالب من الأمور التي لا يندر وقوعها ولا يابأها الطبع . فالشارع لا يعاقب الإنسان على إيذاء نفسه بالقتل وإحداث الجروح . لأن وقوع هذه الأفعال أمر شاذ ليس من الكثرة بحيث يبدو خطره مما يستدعى تدخل الشارع^(١) . والتهديد بالعقاب في هذه الحالات ضرب من العبث لا طائل منه إذ أن من يلجأ إلى التفريط في حياته لا يأبه بعقوبة يهدد بها . وإذا كانت الشرائع القديمة تعاقب على الانتحار . فقد كانت متأثرة في هذه الناحية بالعوامل الدينية . وهي ليست من العوامل التي يلحظها الشارع الحديث في تقرير الجرائم والعقوبات^(٢) . فعدم العقاب على الانتحار والشروع فيه لا يرجع إلى قابلية الحق في الحياة للتصرف وإنما لاعتبار عملي هو عدم جدوى العقاب مع شخص تهون عليه أية عقوبة بعد أن هان عليه أن يفقد حياته^(٣) . وكما أن الإنسان من حقه طلب الحياة فإن له كذلك أن يطلب الموت وعلى هذا الاعتبار لا جريمة في الانتحار وأيضاً كما أن من حق الفرد أن يطلب السلامة لبدنه وأعضاء جسمه فإن له كذلك أن يحدث بنفسه جروحاً أو يترا لبعض هذه الأعضاء إذا تراءى له ذلك .

وحقوق المرء على نفسه من قبيل ما ذكر هي بطبيعتها حقوق موقوفة على صاحبها يباشرها بنفسه ولكنها غير قابلة للتصرف فيها للغير كما أنها محدودة على رغم ذلك بحقوق الجماعة وبالصالح العام^(٤) .

والشارع قد يتدخل بالعقاب إذا كان الضرر الذي يصيب المصلحة العامة من هذه الأفعال ملموساً^(٥) بأن يحدث الشخص بنفسه جروحاً أو عاهات بقصد التخلص من الخدمة العسكرية (المادتين ٧٢ ، ٧٣ من القانون رقم ٥٠٥ لسنة ١٩٥٥م بشأن الخدمة العسكرية)^(٦) وكذلك ما ينص عليه قانون الأحكام العسكرية بشأن عقاب الأفعال المماثلة لما ذكر وعقاب محاولة الانتحار بين رجال الجيش^(٧) .

وقد ثار الخلاف حول قابلية حق الإنسان في حرّيته الشخصية للتصرف . إذا اختلفت الآراء

(١) د. السعيد مصطفى السعيد ، في المرجع السابق الإشارة إليه ، د. محمود مصطفى المرجع السابق .

(٢) د. السعيد مصطفى السعيد ، المرجع السابق الإشارة إليه .

(٣) د. رمسيس بهنام ، المرجع السابق الإشارة إليه ، د. محمود مصطفى المرجع السابق ، د. السعيد مصطفى ، د. علي راشد ، د. أحمد الألفي .

(٤) د. علي راشد ، المرجع السابق .

(٥) د. محمود مصطفى ، د. علي راشد ، د. رمسيس بهنام ، د. السعيد مصطفى ، د. علي بدوي ، د. محمود نجيب حسنى .

(٦) د. رمسيس بهنام ، المرجع السابق .

(٧) د. علي راشد ، المرجع السابق .

حول النصوص التي قصد بها حماية الحريات الفردية كالمادة ٢٨٠ من قانون العقوبات التي تحرم القبض بغير مسوغ قانوني . فذهب رأى إلى أن أساس تجريم التفتيش والقبض في غير الأحوال المصرح بها قانونا إنما قصد به حماية المصلحة العامة ، وتخلي الفرد عن هذه الحماية لا يجوز . فالقبض على شخص وتفتيشه في غير الأحوال المقررة قانونا لا يبيحه رضاء هذا الشخص بذلك . غير أن الرأى الراجح في ذلك هو قابلية هذه الحقوق للتصرف فيها ، فرضاء المجني عليه بالقبض أو بحبسه بغير مسوغ قانوني يبرر ذلك ^(١) . ويستفاد من أحكام محكمة النقض أن القبض على شخص في غير الأحوال المقررة قانونا يكون مشروعاً إذا رضى به المجني عليه ، والقبض الصحيح يجيز تفتيش المقبوض عليه .

وحق الإنسان في عرضه قابل للتصرف فيه بشرط أن يكون هذا التصرف مستوفياً شرائط صحته قانوناً بصورة ممن هو أهل للرضاء . وتتوافر للإنسان أهلية هذا الرضاء طبقاً للقانون المصري بتجاوزه ثمانى عشرة سنة (م ٢٦٩ ع (٢)) .

أما الحقوق المالية كحق الملكية وغيره من الحقوق فهي حقوق مكتسبة يجوز لصاحبها التصرف فيها والتنازل عنها مالم يكن هذا التصرف جارياً على وجه يصيب بالضرر أو يعرض للخطر حقاً للغير ^(٣) . فللمالك أن يتصرف في ماله بنفسه كيفما شاء من أنواع التصرف طالما أن سلطانه في هذا التصرف يتمشى مع ما يقره المجتمع الحديث من مبدأ أساسى هو أن حقوق الفرد عامة محدودة بحقوق غيره من أفراد الهيئة الاجتماعية من جهة وبحقوق المجتمع الذي يضمهم من جهة أخرى فلا يستطيع عضو من أعضائه أن يتمتع بحقوق أو أن يتصرف فيها إلا بدون طغيان على حقوق الغير . وإلا بدون إخلال بالصالح الاجتماعي أو بالنظام العام ^(٤) . كما أن له في هذا الإطار أن يأذن للغير بالتصرف في هذه الحقوق أو يرتضى منه ذلك . ولا يمكن أن يشكل الفعل الواقع من الغير على هذه الحقوق في هذه الحالة جريمة . إذ أن التصرف هنا قانونى لوقوعه ممن خول له القانون السلطة في ذلك .

فللمالك أن يتصرف في ماله مثلاً بأن يرتضى للغير أن يأتيه بهذا المال ولو أثناء غياب حائزه ^(٥) . فالمالك هنا لم يتخل عن ملكية ماله وإنما فقط رضى أو أباح للغير أن يحضره إليه

(١) د. محمود مصطفى ، د. رمسيس بهنام .

(٢) د. رمسيس بهنام .

(٣) د. على بدوى ، الأحكام العامة في القانون الجنائى ج ١ الجريمة ط ١٩٣٨ م ، د. محمود مصطفى المرجع السابق الإشارة إليه ، د. رمسيس بهنام ، د. محمود نجيب حسنى ، د. على راشد ، د. السعيد مصطفى السعيد ، د. أحمد عبد العزيز الألفى .

(٤) د. على بدوى ، المرجع السابق .

(٥) د. رمسيس بهنام ، المرجع السابق .

خلصة من الحائز الذي كان المال تحت يده . والغير الذي أتى هذا السلوك برضاء ممن هو مالك المال حقيقة لا يعتبر مرتكباً لجريمة السرقة على الرغم من أن إحضاره خلصة عن حائزه إنما يحقق من السرقة ركنها المادى على الأقل . وهو اختلاس منقول بدون علم ورضاء حائزه . كما يتوفر لديه جانب من الركن المعنوى في السرقة هو العلم بأن هذا المنقول مملوك لغيره فعلى الرغم من وجود مظهر الإجرام في الواقعة قد توافر ظرف ماضى انضاف إليها هو رضاء المالك فجردها من الجريمة (1).

وإذا كان لمالك الشيء أن يتلفه مادام ذلك على وجه لا يصيب بالضرر أو يعرض للخطر حقاً للغير فكذلك إذا أُلّف إنسان عمداً مالا كان صاحبه قد رضى بإتلافه لا يعتبر مرتكباً لجريمة إتلاف مال الغير عمداً . فعلى الرغم من أن متلف المال في هذه الحالة قد حقق من جريمة الإتلاف ركنها المادى وهو إعدام المال أو جعله غير صالح للاستعمال . وكذلك ركنها المعنوى وهو العلم بأن المال محل الإتلاف مملوك للغير وانصراف الإرادة إلى إتلافه . إلا أن جريمة الإتلاف مع وجود ركنيتها تتخلف بسبب ظرف ماضى قد انضاف إليها في ملاسات الواقعة هو رضاء صاحب المال فكان من شأنه أن رفع عنها وصف الجريمة (2).

ولو أن المال محل الاختلاس أو الإتلاف في الفرضين المتقدمين كان حائزه دائناً مرتهناً بحوزه على سبيل الرهن ، أو حارساً عينته سلطة وقعت على المال حيزاً قضائياً أو إدارياً فإن مختلس المال أو متلفه يرتكب في الفرض الأول جريمة اختلاس الأشياء المرهونة (م ٣٢٣ مكرره) وفي الفرض الثانى جريمة اختلاس الأشياء المحجوز عليها قضائياً أو إدارياً (م ٣٢٣) كما أن المالك يعاقب أيضاً في الفرضين . إذ أنه على الرغم من قابلية المال أصلاً للتصرف فيه ، إلا أن هذا التصرف قد أصاب بالضرر أو عرض للخطر حق الدائن المرتهن أو حق السلطة القضائية أو الإدارية في الاحترام الواجب للحجز الموقع منها .

وكذلك لو أن متلف المال سواء كان مالكة أو من نفذ إرادته فأُتلف المال برضائه مستخدماً في ذلك النار كوسيلة للإتلاف وكان هذا المال محلاً مسكوناً أو معداً للسكنى ، فإن وضع النار في هذه الحالة يعد جريمة . إذ أن استخدام النار يصيب بالضرر أو يعرض للخطر أموال الآخرين وأرواحهم ، ويعاقب من فعل ذلك بالمادة (٢٥٢ ع) (3).

وبعد هذا البيان لطبيعة أنواع الحقوق المتقدمة ومدى السلطة التى خولها القانون للشخص في التصرف فيها . نستطيع أن نقول : أنه من البديهي أن أغلب تطبيقات رضاء المجني عليه كسبب

(1) د. رمسيس بهنام ، المرجع السابق .

(2) د. رمسيس بهنام ، المرجع السابق ص ٤٣٣ .

(3) د. رمسيس بهنام ، المرجع السابق .

للإباحة إنما تكون في جرائم الأموال إذ هي الجرائم التي قصد بها حماية الحقوق المالية وهي بطبيعتها قابلة للتصرف (١).

فاختلاس المحجوزات أو تبديدها إنما يكون مباحا إذا حصل بناء على اتفاق بين الدائن الحاجز والمدين المحجوز على أشيائه (٢).
كما أن صاحب الزرع إذا صرح للغير بإتلافه أو صرح صاحب الحيوان بقتله فإن الإتلاف أو القتل يكون مباحا (٣).

فهذه الأفعال التي تقوم بها جرائم إتلاف المنقولات وقتل الحيوانات وإتلاف المزروعات لا تعد غير مشروعة باعتبارها اعتداء على الملكية إلا إذا ارتكبت بغير رضا المالك . أما إذا ارتكبتها المالك نفسه أو الغير برضائه فهي نوع من التصرف في الحق . ولا تقوم بها جريمة بالفعل يتحول من اعتداء على الملكية في حالة عدم الرضاء إلى تصرف في الشيء محل الملكية إذا ما توافر الرضاء . فالتصرف في الحق هنا بشرط ألا يكون ماسا بحق الغير وطالما أن هذا التصرف برضاء من صاحب الحق إنما يكون مباحا لا يستتبع أية مسئولية قانونية جنائية كانت أو غير جنائية ، إذ أن القانون المدني يجيز ذلك التصرف ويرخص به . وطالما يسقط عنه الجزء المدني يزول بالتبعية جزاؤه الجنائي (٤).

هذا وقد سبق أن أوضحنا أنه ليس في الاستطاعة حصر الجرائم التي يعد الرضاء سببا لإباحتها إذ إن ذلك يقتضي تحديد الحق المعتدى عليه واستخلاص الأحكام التي يخضع لها . والقول بعد ذلك بما إذا كان القانون يخلو شخصا سلطة التصرف فيه ونقله إلى غيره أم لا يخوله ذلك ؟ وسوف نعرض بإذن الله لتحديد دور رضاء المجني عليه كسبب للإباحة بالنسبة إلى كل جريمة على حده في القسم الخاص أو التطبيق من هذه الرسالة .

٣- شروط صحة رضاء المجني عليه كسبب من أسباب الإباحة :

يشترط لصحة رضاء المجني عليه كسبب مبيح لبعض الجرائم :

أولا : أن يكون هناك رضاء صحيح من صاحب الحق ، ولكي يكون الرضاء كذلك فلا بد أن يصدر ممن هو أهل للرضاء ، وألا يكون مشوبا بالغش أو الغلط ، كما أنه طبقا للقواعد العامة

(١) د. محمود مصطفى ، د. على بدوي ج ١ ، د. رمسيس بهنام ، د. محمود نجيب حسنى ، د. على راشد ، د. السعيد مصطفى السعيد .

(٢) نقض ٤ يناير ١٩٤٣م مجموعة القواعد القانونية ج ٦ رقم ٦٣ ص ٨٧ ، د. محمود مصطفى ، د. محمود نجيب حسنى ، د. السعيد مصطفى ، د. محمد كامل مرسى .

(٣) د. محمود مصطفى ، د. محمود نجيب حسنى .

(٤) د. رمسيس بهنام المرجع السابق .

يجب أن يكون الرضاء في مرحلة التنفيذ فلا عبء برضاء المجنى عليه السابق أو اللاحق عليها^(١).

والأصل في الرضاء أن يكون صريحا لا لبس فيه ، كما أنه قد يكون ضمنيا ، وحينئذ يجب التحرز في استنتاجه من الظروف . فلا يقطع مجرد سكوت المجنى عليه بتوفر رضائه . إذ أن السكوت قد يكون منبعا عن الخوف والاستسلام^(٢).

ثانيا : يجب أن يكون للمجنى عليه حرية التصرف في الحق المعتدى عليه. ويرجع في ذلك إلى نص القانون فيما ورد فيه نص يخول صاحب الحق التصرف فيه أو لا يخوله ذلك ، وفيما لم يرد بشأنه نص فالأمر فيه موكول إلى القاضى الذي يرجع بدوره إلى الأغراض المتوخاة بقاعدة التجريم . فإذا كان الغرض الأول منها هو حماية مصلحة عامة فلا يعتد برضاء صاحب المصلحة الخاصة ، كما في القتل والضرب والجرح والزنا . وإذا كانت المصلحة الخاصة في المرتبة الأولى في نظر المشرع فإن رضاء المجنى عليه يبرر الفعل كما في الأمثلة المتقدمة^(٣).

(١) د. محمود مصطفى المرجع السابق الإشارة إليه .

(٢) د. محمود مصطفى المرجع السابق الإشارة إليه .

(٣) د. محمود مصطفى المرجع السابق الإشارة إليه .

الفصل الثالث

في الموازنة بين رضاء المجني عليه كسبب للإباحة
في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

* * * *

الفصل الثالث

في الموازنة بين رضا المجني عليه كسبب للإباحة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

تبين مما تقدم أن القانون إنما حدد أسبابا هي التي يكون من شأنها رفع الصفة الجنائية عن الفعل في الظروف التي وقع فيها إذ هي تعدم الركن الشرعي في الجريمة وينبني على توافر أحدها أن يوصف الفعل بالإباحة بدلا من التجريم . وتخرج الواقعة بذلك من دائرة الأفعال المعاقب عليها إلى مجال الإباحات . فيصبح الفعل مشروعا بعد أن كان مجرما وسماها بأسباب الإباحة . والقانون في ذلك لم يخالف ما جاء به الفقه الإسلامي إذ تبين لنا أن الشريعة الإسلامية قد عرفت من يوم وجودها منذ ثلاثة عشر قرنا أسبابا تبيح الفعل المحظور أصلا . وينبني على توفر أحدها أن يباح للفاعل إتيان الأفعال المحرمة على الكافة في نطاق محدد وبشروط معينة وبذلك يصبح الفعل الذي أتى به مشروعا بهد أن كان مجرما ويخرج من دائرة الأفعال المعاقب عليها إلى مجال الأفعال المباحة أو الواجبة ومن ثم فلا يعاقب من أتى به أو ساهم في إتيانه . وأسباب الإباحة في الفقه الإسلامي متعددة ولكنها ترجع إما لاستعمال الحق وإما لأداء الواجب . وفي الإجابة على ما طرحناه من تساؤل .. هل يعد رضا المجني عليه سببا من هذه الأسباب المبيحة أو لا يعد كذلك في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي ؟ وجدنا أن تشريعات القانون الجنائي الوضعي تختلف في الإجابة على ذلك إلى اتجاهات ثلاثة هي :

أولا : الآراء في التشريعات الجنائية الوضعية ومناقشتها :

الاتجاه الأول :

وهو لطائفة من القوانين تنص على عدم جعل رضا المجني عليه سببا للإباحة مطلقا⁽¹⁾.

الاتجاه الثاني :

وهو لطائفة أخرى من التشريعات الحديثة التي نصت على رضا المجني عليه كسبب من أسباب الإباحة في حدود⁽²⁾. وقد ذكرنا من هذه النصوص نص المادة ٥٠ من القانون الإيطالي

(1) سبق أن ذكرنا أن من هذه القوانين القانون الحبشي في المادة ٦٦ منه والقانون المكسيكي في المادة ١٥ منه والقانون النمساوي في المادة ٤ منه إلى غير ذلك من القوانين .

(2) من هذه القوانين قانون العقوبات الإيطالي في المادة ٥٠ والمادة ٥٧٩ منه والقانون الألماني في المادة ٢١٦ ، ٢٢٦ / ١ منه ، قانون العقوبات السوداني في المادة ٥١ منه ، وقانون شمل نيجيريا في المادة ٣٢٢ ع منه ، والقانون الصومالي في المادة ٣٢ ع منه ، والقانون الهندي في المواد ٨٧ ، ٩١ ع . وكذلك القوانين المأخوذة عنه والمطابقة له في معظم الأحوال كالقانون الباكستاني وكذلك قوانين سيلان وبورما وسنغافورة وعن الملايو وبلاد الخليج العربي .

حيث تناولها بالتعليق معظم شراح قانون العقوبات في مصر والتي تنص على أنه " لا عقاب على من يعتدى على حق الغير أو يجعله في خطر إذا حصل ذلك برضاء صاحب الحق وكان من الجائز له التصرف فيه " .

كما تضمن القانون المدني الإيطالي نصا يبين مدى سلطة الشخص على جسده هو المادة الخامسة التي تنص على أن " أعمال التصرف التي تصدر من شخص متعلقة بجسمه محظورة إذا أفضت إلى انتقاص دائم في التكامل الجسدي أو كانت بوجه آخر مخالفة للقانون أو النظام العام أو الآداب الحسنة " . وكذلك نص المادة ٥١ من قانون العقوبات السوداني كنموذج لقوانين العقوبات العربية التي نصت على رضاء المجني عليه كسبب للإباحة (١).

ونص هذه المادة هو أنه " لا جريمة في فعل بسبب ما أحدثه هذا الفعل من ضرر للشخص أو لمال أى شخص متى كانت سن ذلك الشخص تزيد عن الثامنة عشرة . وصدر منه باختياره وعن إدراك رضاء صريح أو ضمنى بذلك الفعل . على أن هذه المادة لا تنطبق على الأفعال التي يحتمل أن تسبب الموت أو الأذى الجسيم ولا على الأفعال التي تكون جرائم بغض النظر عن أى ضرر يمكن أن تحدثه للشخص الذي صدر منه الرضا أو لأمواله " .

كما نصت المادة ٢٤٩ / ٥ من نفس القانون على حكم القتل بناء على رضا إذ تقول (لا يعتبر القتل ذو النية المؤثمة قتلا عمدا إذا كان الشخص الذي سبب موته قد عرض نفسه للموت برضائه وكانت سنه تزيد عن الثامنة عشرة)

وكذلك ذكرنا نص المادة ٢٢٦ / ١ عقوبات ألماني والتي يتضح منها الإعراف لرضاء المجني عليه بقيمته كسب للإباحة في جرائم الإيذاء البدني إذ تنص على أن " من ارتكب إيذاء بدنيا برضاء من المجني عليه فلا يعد فعله غير مشروع إلا إذا كان على الرغم من الرضاء به متعارضا والآداب الحسنة " وبالنسبة لجرائم الاعتداء على حق الحياة وجدنا المادة ٢١٦ ع من نفس القانون تنص على أنه " إذا حمل الطلب الصريح الجاد الصادر من المقتول على ارتكاب القتل كانت العقوبة هي السجن الذي لا يقل عن ثلاث سنوات ويعاقب على الشروع في الجريمة " .

الاتجاه الثالث :

وهو لطائفة ثالثة من التشريعات توقفت عن النص مطلقا على اعتبار أو عدم اعتبار رضاء المجني عليه سببا من أسباب الإباحة (٢).

وإذا ما تحققنا من أن معظم شراح القانون في ظل تشريعات هذا الاتجاه الأخير والتي توقفت

(١) القانون السوداني ، وقانون البحرين ، وعدن ، وبلاد الخليج العربي .

(٢) من هذه التشريعات قانون العقوبات الفرنسي وقانوننا المصري .

عن النص على اعتبار أو عدم اعتبار رضا المجني عليه سببا للإباحة يؤيدون أصحاب الاتجاه الثاني والذين نصت قوانينهم على اعتبار رضا المجني عليه سببا للإباحة ويطالبون بالنص على ذلك في تشريعاتهم الجنائية الحديثة . فإنه يصح اعتبار أن الرأي الغالب في القانون هو الذي ينص أو يتجه إلى النص على رضا المجني عليه كسبب للإباحة . ونقيم الموازنة على أساس ذلك وبخاصة أن شراح القانون المصري يتجهون هذا الاتجاه ويطالبون بإحداث نص في قانوننا الجنائي يماثل نص المادة ٥٠ من قانون العقوبات الإيطالي ، وكذلك الشأن بالنسبة لشراح القانون في فرنسا (١).

الأسس التي بنى عليه القانونيين آراءهم :

وبالبحث عن الأسس التي بنى عليها الرأي الغالب لدى القانونيين والذي ينص أو يتجه إلى النص على رضا المجني عليه كسبب للإباحة ، والحدود التي يعد فيها الرضا كذلك نجد أن الأساس في نص المادة ٥١ ع س مثلاً هو قاعدة *violenti non fit injuria* وأن هذه القاعدة لها مجال محدود للتطبيق في القانون الجنائي كما سيوضح ، فالنص في هذه المادة كما سبق أن تبين ، يعد تطبيقاً لقاعدة أن الشخص الذي يرضى يجب أن لا يتألم من أى ضرر يصيبه بسبب رضاه ، وهذه القاعدة تقوم على دعامتين ، أحدهما : أن كل شخص يعتبر أحسن قائد بالنسبة لمصلحته . والثانية : هي أن كل شخص لا يمكن أن يرضى بما يعتقد أنه ضار بشخصه ، فكل إنسان حر في أن يعاني أى ألم أو ضرر يختاره لنفسه أو لممتلكاته ، وإذا كان له أن يرضى بأن يفعله به غيره . وعلى ذلك فهذا الغير لا يعد مرتكباً جريمة . كما يلاحظ في نص المادة أن الفعل الذي تنتفي عنه صفة الجريمة بناء على رضا المجني عليه يكون من شأنه أن يلحق ضرراً بنفس الشخص الراضى به أو بماله على أنه يشترط في الفعل إذا كان من شأنه أن يلحق ضرراً بالنفس ألا يقصد منه فاعله تسبیب الموت أو الأذى الجسيم ، ولا يعلم باحتمال تسبیب الموت أو الأذى الجسيم . فليس للشخص أن يرضى بأن يعتدى عليه الغير بفعل يقصد منه الموت أو جراح بالغة أو يعلم باحتمال تسبیب الموت أو أذى جسيم ، فالرضا لا يبرر إطلاقاً تسبیب الموت عمداً أو احتمالاً أو تسبیب الأذى الجسيم ، كما يجب ألا يكون الفعل من الأفعال التي يعتبرها القانون جرائم . بغض النظر عن أى ضرر يجوز أن تسببه أو يقصد أو يحتمل حدوثه منها للشخص الراضى أو لماله .

كما يلاحظ في نفس المادة ٥٠ ع إيطالي أن رضا المجني عليه باعتراف الغير على حقه لا يعد سبباً للإباحة ، إلا إذا كان هذا الحق من الحقوق التي يجوز لصاحبها التصرف فيها . ولهذا

(١) د. محمود محمود مصطفى في المرجع السابق الإشارة إليه . د. أنطون فهمي في رسالة عن أثر الرضا في المسؤولية الجنائية ، باريس ١٩٧١ .

يقول شراح القانون الإيطالي في تعليقهم على هذا النص أنه مقرر لقاعدة عامة يؤخذ بحكمها بغير نص فمتى كان لصاحب الحق أن يتصرف فيه فإن من ضروب التصرف أن يسمح هو بالاعتداء عليه ولا محل للدفع هنا بالمصلحة العامة لأنه وإن كانت المصلحة العامة تراعى في كل نصوص التجريم ، فإن المصلحة الخاصة في بعض النصوص تغلب على المصلحة العامة وهو الشأن في النصوص التي يحمى بها القانون حقوقاً يجوز لأصحابها التنازل عنها . وقد تبين لنا فيما سبق أن الحماية الجنائية لا تشمل من المصالح أو الحقوق إلا المصالح العامة أو التي لها طابع اجتماعي . فالجرائم إنما تمثل اعتداء على حقوق ذات أهمية اجتماعية ولهذه الأهمية شملها قانون العقوبات بالحماية . وإذا كان الحق المعتدى عليه له هذا الطابع العام أو الأهمية الاجتماعية فمن التناقض أن يخول فرد سلطة النزول عنه وإهدار ما للمجتمع من نصيب فيه .

ولهذا فإن رضاء المجني عليه ليس سبباً للإباحة على سبيل الأصل وإذا كان له هذا الأثر بالنسبة إلى بعض الجرائم فإنما يكون على سبيل الإستثناء كما سبق أن قررنا .

وكون الرضا سبباً لإباحة لبعض الجرائم على سبيل الإستثناء ، ليس معناه أن الاعتداء الذي يتمثل في هذه الجرائم ينال حقوقاً مجردة من الأهمية الاجتماعية .. وإنما سبب ذلك مرجعه إلى طبيعة هذه الحقوق وكون المساس بها برضاء المجني عليه غير منتج اعتداء عليها وغير مهدر تبعاً لذلك ما للمجتمع من نصيب فيها . فهذه حقوق قابلة للتخلى عنها ولا يمنع القانون التصرف فيها إذا صدر ممن يملكه . ويكون التصرف في مثل هذه الحقوق سلوكاً متلائماً مع طبيعة الحياة الاجتماعية سواء أتم من صاحب الحق نفسه مباشرة أو بتفويض منه إلى الغير أى برضاء منه . إذ إن المساس بهذه الحقوق برضاء من المجني عليه إنما هو نتيجة تصرف قانوني صحيح ممن له الحق في ذلك مشروط بعدم الاعتداء على حقوق الغير وعدم تعريض مصالحهم للضرر وبذلك يكون رضاء المجني عليه غير منتج اعتداء على هذه الحقوق ، وغير مهدر تبعاً لذلك ما للمجتمع من نصيب فيها .

ويرجع في تحديد الحقوق القابلة للتصرف فيها إلى القانون الحاكم لها في مجال نشوئها إذ أن ذلك يتعلق بفلسفة المشروع وعقيدته . وبالتالي فليس في الاستطاعة حصر الجرائم التي يعد الرضا سبباً لإباحتها . كما أن صياغة ضابط لتحديد هذه الجرائم مرهون بفحص الحق التي تمسه الجريمة وتحديد طبيعته . والأحكام التي يخضع لها . والقواعد القانونية التي يجب البحث فيها لتحديد ذلك متعددة بتعدد الحقوق . فلكل نوع من الحقوق الفرع من قواعد القانون الذي يختص به وقد تنتمي هذه القواعد إلى القانون العام أو القانون الخاص . كما قد تكون مجرد عرف قانوني أو مجرد مبادئ عامة تستمد من روح التشريع ولا تضمنها نصوص مكتوبة .

وهكذا فإن حكم هذه المادة يسرى على كافة الجرائم . وتطبيقه يقتضى البحث في القواعد القانونية التي تولى الشارع فيها تنظيم الحقوق ، وتحديد ما إذا كان القانون يخول المجني عليه سلطة التصرف في الحق الذي وقع عليه الاعتداء بارتكاب الجريمة أم لا ؟ ويقتضى الفصل في ذلك البحث أولاً فيما إذا كان الشارع قد اعتبر الحق مما يجوز التصرف فيه أم اعتبره غير صالح لأن ترد عليه تصرفات الأفراد ؟ وإذا ثبت أنه مما يجوز التصرف فيه ، فلمن خول الشارع سلطة التصرف هذه ؟ أالشخص الذي صدر عنه الرضا أم خولها لشخص سواه ؟ فإذا كان الرضا بالفعل قد صدر من صاحب سلطة في التصرف في الحق المعتدى عليه . فالرضا بذلك يكون سبباً لإباحة هذا الفعل .

وكان المعيار الذي حدده القانون الإيطالي لبيان ما إذا كان للمجني عليه سلطة التصرف في الحق أم ليست له هذه السلطة هو معرفة حدود ارتفاق المجتمع على سلامة جسد أفراداه . فحيث يمس التصرف سلامة الجسم في جانبها الذي يتعلق به ارتفاق المجتمع يكون هذا التصرف غير جدير باعتداد القانون به . وحيث يمس التصرف سلامة الجسم في جانبها الذي لا يتعلق به هذا الارتفاق يتجرد التصرف من قيمته القانونية فلا يعد الرضا سبباً لإباحة .

وقد وجدنا أن نص المادة الخامسة من القانون المدنى الإيطالى قد تكفل ببيان حدود سلطة الشخص على جسده إذ تقول " أعمال التصرف التي تصدر عن شخص متعلقة بجسمه فمحظورة إذا أفضت إلى انتفاص دائم في التكامل الجسدى أو كانت بوجه آخر مخالفة للقانون أو النظام العام أو الآداب الحسنة " .

وقد وجدنا أن المادة ٢٢٦ / ١ عقوبات ألماني تنص على أن " من ارتكب إيذاء بدنياً برضاء من المجني عليه فلا يعد فعله غير مشروع إلا إذا كان على الرغم من الرضاء به متعارضاً والآداب الحسنة " . وحكم هذا النص واضح في الاعتراف لرضاء المجني عليه بقيمته كسبب للإباحة في جرائم الإيذاء البدنى ثم في تقييد هذه القيمة بكون فعل الاعتداء الذي إنصرف الرضاء إليه غير متعارض واعتبارات الآداب الحسنة . حيث أن هذا هو الضابط في تقدير الشارع الألماني الذي يميز بين جوانب الحق في سلامة الجسم التي يتعلق بها ارتفاق المجتمع . وتلك التي لا يتعلق بها . فإذا كان الفعل يتعارض واعتبارات الآداب الحسنة فهو إهدار لحق الفرد وحق المجتمع فلا يكون للرضاء به الأثر المبيح له . أما إذا كان لا يتعارض وهذه الاعتبارات فهو في المقام الأول إهدار لحق الفرد وليس للمجتمع شأن به إلا إذا لم يكن المجني عليه راضياً بارتكابه . إذ يتدخل عندئذ لصيانة الحق المعتدى عليه . ولكن إذا رضى المجني عليه بهذا الفعل فقد تصرف في حقه وحده وله صفة في ذلك . وهو لم يمس بتصرفه ارتفاق المجتمع . وقد تقدم أنه من الواضح أن فكرة الآداب الحسنة كمعيار وضعه الشارع الألماني يضع به حداً فاصلاً بين جوانب الحق التي تكون محلاً لارتفاق المجتمع . وتلك التي تتحرر من

هذا الارتفاق فكرة يشوبها الغموض ويتسع نطاقها إلى الحد الذي يخرجها عن مدلولها بحيث تتجرد من معناها الحقيقي . وتستحيل إلى مجرد رمز لأفكار قانونية مختلفة . ويعنى ذلك تمتع القاضى بسلطة تقديرية واسعة كى يحدد على هدى اعتبارات المصلحة الاجتماعية المجردة ما إذا كان الفعل على الرغم من الرضاء به يمس مصلحة المجتمع أم لا يمسها . ثم يستتر بعد ذلك خلف عبارة الآداب الحسنة مما ينتفى معه كل ضابط تشريعى .

ومناقشة هذه الاتجاهات القانونية المتقدمة بصدد اعتبار رضاء المجني عليه سببا للإباحة أو عدم اعتباره كذلك تكون في إطار مما تقدم عند بحث المصالح الحميمة في القانون والحماية الجنائية لها . من أن القانون الجنائى إنما يختص بحماية المصالح الاجتماعية ولا يتعرض لحماية المصالح الفردية إلا إذا تضمنت في ثناياها مصلحة اجتماعية بأن كانت تمس وصفا يحميه القانون موضوعيا لحماية المجتمع . وهذا ما يحمل القانون الجنائى على حماية حق الفرد في الحياة وسلامة الجسم والمال من الاعتداء . ذلك لأن القانون الجنائى في أدائه لجانب من وظيفة القانون عموما في حماية المصالح إنما يهدف لحماية المجتمع ضد ما يهدده من أخطار أو أضرار وأن مصالح المجتمع المباشرة وغير المباشرة هى موضوع الحماية التي يشملها هذا القانون بما يضعه من عقوبات وتدابير .

وأمام هذه الحقيقة التي هى هدف السياسة الجنائية يتضح للوهلة الأولى صحة اتجاه التشريعات التي لم تعتد برضاء المجني عليه كسبب عام للإباحة ، سواء منها التي اتجهت إلى ذلك بالنص عليه في قوانينها . أو التي لم تنص على ذلك ولكنها لم تعتد برضاء المجني عليه كسبب للإباحة في تطبيقاتها المختلفة .

وليتبين لنا كذلك بصورة واضحة لا تقبل الشك خطأ اتجاه بعض التشريعات المناقضة الأخرى والتي اعتدت برضاء المجني عليه كسبب عام للإباحة .

ذلك لأن القانون الجنائى كما سبق أن تبين يختص بحماية المصالح الاجتماعية . ولا يتعرض لحماية المصالح الفردية إلا إذا تضمنت في ثناياها مصلحة اجتماعية . ولذلك كان الطابع الأساسى والسمة المميزة للمصالح التي يحميها قانون العقوبات هى أنها مصالح اجتماعية.

وإذا كان الحق المعتدى عليه له هذا الطابع العام أو الأهمية الاجتماعية فمن التناقض أن يخول فرد سلطة النزول عنه . وإددار ما للمجتمع من نصيب فيه . وإذا كان تحديد ما يعد مصلحة اجتماعية جديرة بالحماية الجنائية إنما يتعلق بفلسفة المشروع وعقيدته . فما هو المعيار الموضوعى لتحديد الجرائم التي يعد الرضاء سببا لإباحتها ؟

ولا تخفى مدى الخطورة المترتبة على تخويل التشريعات التي تعتد برضاء المجني عليه كسبب عام للإباحة . للفرد سلطة النزول عن الحق . إذ أن ذلك يتضمن تجاهلا لطبيعة الحق

وإهدار ما للمجتمع من نصيب فيه . وإذا تحرر الحق من جوانبه الاجتماعية لم يكن مفر من أن نعتزف لصاحبه بسلطة التصرف فيه وحينئذ يكون للرضا بالقتل الأثر الذي يجرده من صفة العدوان فيبيحه لأنه تصرف صادر من صاحب صفة فيه وكذلك الشأن بالنسبة لجرائم العرض إلى غير ذلك من الجرائم . وبذلك تكون الجريمة مباحا بالرضا .

وعلى هذا يبقى أمامنا تناول الرأي القائل باعتبار رضا المجني عليه سببا للإباحة في حدود . وقد وجدنا أن هذه التشريعات إنما تسلم بأن الأصل هو عدم اعتبار رضا المجني عليه سببا للإباحة . وأنه إذا كان له هذا الأثر على بعض الجرائم فإنما يكون على سبيل الإستثناء وليس يعنى ذلك أن هذه الجرائم تمثل اعتداء على حقوق ليست لها أهمية اجتماعية . وإنما يرجع إلى أن هذه الحقوق قابلة للتصرف فيها كما يقضى بذلك القانون المنشئ لها لدى البعض أو يرجع إلى أن الاعتداء على هذه الحقوق برضاء المجني عليه غير مخالف للقانون ولا يتنافى مع النظام العام والآداب الحسنة لدى البعض الآخر ، وقد رأيت هذه التشريعات أن إنكار كل أهمية للرضا يتضمن تجاهلا لطبيعة بعض الحقوق التي هي في أصلها فرد من الأفراد كالحق في سلامة الجسم فإن القانون يعترف للفرد بالمصلحة في ألا تعطل وظائف الحياة في جسمه . وفي ألا يحتفظ بتكامله . وفي أن يتحرر من الآلام البدنية والصفة الاجتماعية لهذا الحق لا تجرده من أصله الفردي إذ لا يستطيع الشارع أن يتجاهل كون الفرد صاحب المصلحة المباشرة في سلامة جسمه . ولا يدعو حق المجتمع أن يكون ارتفاقا يرد على هذه المصلحة لكي يضمن أنها سوف تظل متجهة إلى تحقيق مزايا ذات قيمة اجتماعية ومناقشة ما تقدم من نصوص تجعل رضا المجني عليه سببا للإباحة في حدود هي واردة في هذه التشريعات على سبيل الإستثناء والأسس التي بنى عليها ذلك ، نجد أن بعضها وضع معيارا لهذه الحدود . وقصر رضا المجني عليه كسبب للإباحة على الحقوق التي يجوز لصاحبها التصرف فيها . وأن هذه الحقوق إنما يحددها القانون المنشئ لها . وقواعد هذا القانون كما قد تنتمي إلى القانون العام أو القانون الخاص قد تكون أيضا مجرد عرف قانوني أو مجرد مبادئ عامة تستمد من روح التشريع ولا تضمها نصوص مكتوبة .

فما هو الضابط التشريعي الذي يمكن الرجوع إليه ؟

وما هو المعيار الموضوعي لتحديد هذه الحقوق القابلة للتنازل عنها في إطار التشريعات الجنائية الوضعية ؟

وكيف يمكن الفصل بين جوانب الحق . وتحديد ماهو ملك منها للفرد . وماهو ملك المجتمع وأثر ذلك في حماية الحق في إطار قواعد القانون الجنائي الذي يتبين لنا أنه يختص بحماية المصالح الاجتماعية ولا يتعرض لحماية المصالح الفردية إلا إذا تضمنت في ثناياها مصلحة اجتماعية . وأن مصالح المجتمع المباشرة وغير المباشرة هي موضوع الحماية التي يشملها هذا

القانون بما يضعه من عقوبات وتدابير ؟ ثم كيف يمكن بعد ذلك اعتبار أن حق المجتمع في بعض المصالح محل الحماية الجنائية لا يعدو أن يكون حق ارتفاق لضمان أن تظل المصلحة موضوع الحق متجهة إلى تحقيق مزايا اجتماعية ، ويستمر مع ذلك قولنا بتمتع هذه الحقوق بالحماية الجنائية مع اعطاء الشخص حق التنازل عنها ؟

ولذلك اقتصر دور الرضا في جرائم الاعتداء على حق الحياة في ظل هذه التشريعات على كونه عذرا مخففا للعقوبة . وليس سببا مبيحا للجريمة . كما أنها جعلت أعمال التصرف التي تصدر من شخص متعلقة بجسده محظورة إذا أفضت إلى انتقاص دائم في التكامل الجسدي أو كانت بوجه آخر مخالفة للقانون أو النظام العام أو الآداب الحسنة . وبذلك يكون الأصل هو عدم جواز تصرف الشخص في سلامة جسمه وبالتالي فلا يعد الرضا سببا مبيحا لأفعال الاعتداء على هذا الحق إلا إذا كان الأذى المترتب على الفعل ضئيلا مما لا يتسبب معه انتقاص مستديم للجسد أو يكون الفعل غير مخالف للقانون أو النظام العام أو الآداب الحسنة مما يضيق من نطاق الأفعال التي يمكن أن يجعل الرضا سببا لإباحتها . ويجعلها قريبة إلى كونها تصرفات قانونية . تتوقف إجازتها على مجرد الرضا إذا ما تمت في حدود الإطار القانوني المنظم لها . وعلى ذلك يمكن القول بأن الإيذاء الذي يصحب هذه الأفعال إنما أيبح لأسباب أخرى غير رضا المجني عليه . وتطبيقا لقواعد عامة يقرها القانون ، أو قواعد خاصة قد تكون نصت عليها بعض القوانين ، وذلك كالإيذاء الواقع على شخص نتيجة عملية نقل دم منه إلى آخره . فإن ذلك إذا كان يبيحه مجرد الرضا . فإننا قد نجد له حكما تكليفيا آخر في ضوء قواعد الفقه الإسلامي ، كالوجوب في حالة الحروب وخوف الهلاك كما قد يكون الوجوب عينيا وليس كفاثيا ، إذا لم يكن هناك دم أو شخص آخر يمكن نقل الدم منه إلى المحارب الذي وجب إنقاذه من الهلاك . إلى غير ذلك من الأفعال . كإتلاف الشخص لمزروعاته وقتله الحيوان المملوك له .

كما أنه من ناحية أخرى عند تطبيق هذه القاعدة التي تجعل الجريمة مباحة برضاء المجني عليه بناء على أن الحق في هذه الحالة من الحقوق التي يجوز لصاحبها التصرف فيها . في ظل الغالب من التشريعات الجنائية والتي لا تجعل من الانتحار أو إتلاف الشخص لعضو من أعضائه جرائم معاقبا عليها بحسب الأصل . يثور التساؤل حول الأساس الذي لم يعاقب القانون عليه مرتكب هذه الجرائم ؟ وهما إذا كان الحق في الحياة والحق في سلامة الجسم من الحقوق الفردية الخاصة التي ليس لها طابع اجتماعي ويجوز لصاحبها التصرف فيها وبالتالي فإن الجريمة عليها تباح بالرضا ؟ وإذا كان الأمر كذلك لدى هذه التشريعات . فكيف تتمتع هذه الحقوق بالحماية الجنائية مع طابعها الفردي من ناحية ، ومن ناحية أخرى فما دام الشخص لا يعاقب على اعتدائه عليها بنفسه لأنه صاحب الحق في التصرف فيها . فلم يعاقب الغير باعتدائه عليها إذا كان ذلك بإذن ورضا صاحب الحق الذي يجوز له التصرف فيه ؟

أفلا تقرر هذه القوانين أن كل ما يجوز للإنسان التصرف فيه بنفسه له أن ينبذ فيه غيره ؟ وإذا كانت هذه الحقوق لها طابعها الاجتماعي وتعد من الحقوق العامة التي يضر الاعتداء عليها بالمجتمع وبالتالي فهي لا تباح بالرضا ؛ لأنه ليس لأحد التصرف فيها . فلم لا يعاقب كل من يعتدى عليها حتى ولو كان الاعتداء أو التحريض عليه من الشخص نفسه منخل الحق ؟ وكذلك يعاقب الشريك في الاعتداء ؟

وكذلك بالنسبة لما تقدم من الضوابط والمعايير التي حاولت بعض التشريعات وضعها للتمييز بين جانبي الحق للمجتمع ولل فرد وبالتالي تحديد ما يباح بالرضا وما لا يباح ، فكفكرة الآداب الحسنة في القانون الألماني ، حيث اعترف الشارع الألماني في المادة ٢٢٦ / ١ ع منه السابق ذكرها لرضاء المجني عليه بقيمته كسبب للإباحة في جرائم الإيذاء البدني ، ثم قيد هذه القيمة بكون فعل الاعتداء الذي انصرف الرضاء إليه غير متعارض واعتبارات الآداب الحسنة فإذا كان الفعل يتعارض واعتبارات الآداب الحسنة فهو إهدار لحق الفرد وحق المجتمع فلا يكون للرضا به الأثر المبيح له ، أما إذا كان لا يتعارض وهذه الاعتبارات فهو في المقام الأول إهدار لحق الفرد وليس للمجتمع شأن به إلا إذا لم يكن المجني عليه راضيا بارتكابه . إذ يتدخل عندئذ لصيانة الحق المعتدى عليه . ولكن إذا رضى المجني عليه بهذا الفعل فقد تصرف في حقه وحده وله صفة في ذلك ، وهو لم يمس بتصرفه حق المجتمع .

فقد تقدم أيضا أن ظاهر النص في هذه المادة يوحي بأن حق المجتمع يتعلق باعتبارات الآداب الحسنة أكثر مما يتعلق بسلامة جسد أفراد . ذلك لأن الشارع هنا لا يتسامح في شأن الفعل إذا تعارض وهذه الاعتبارات في حين أنه يترك الأمر لتقدير المجني عليه إذا كان الفعل لا يهدرها . كما تبين أيضا أن فكرة الآداب الحسنة غير كافية لحسم صعوبة وضع الحدود الفاصلة بين جوانب الحق . حيث أن تعارض الفعل وإياها ليس الحالة الوحيدة التي يعد فيها ماسا بحق المجتمع وكما تقدم . كذلك رأى بعض فقهاء القانون في مصر أن فكرة الآداب الحسنة فكرة واسعة تمتد نطاقها إلى كل القيم التي يعد حمايتها من أفعال المساس بسلامة الجسم أمراً تقتضيه مصلحة المجتمع ، فهي إذن مجرد رمز للتعبير عن حق المجتمع في سلامة جسد أفراد .

وبذلك يتضح أن فكرة الآداب الحسنة كمعيار يوضع حدا فاصلا بين جوانب الحق فكرة يشوبها الغموض ويتسع نطاقها إلى الحد الذي يخرجها عن مدلولها بحيث تتجرد من معناها الحقيقي . وتستحيل إلى مجرد رمز لأفكار قانونية مختلفة . يستتر خلفها القاضى الذي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة كى يحدد على هدى اعتبارات المصلحة الاجتماعية المجردة ، هل الفعل على الرغم من الرضاء به يمس مصلحة المجتمع أو لا يمسها . ويعنى ذلك في النهاية انتفاء كل ضابط تشريعى .

ونتيجة لهذا كله فإننا نرجح الرأي القائل بأن رضاء المجني عليه بالجريمة لا يصح اعتباره سببا للإباحة في ظل التشريع الجنائي الوضعي ولو كان ذلك في حدود ، وعلى سبيل الاستثناء .

أما ما تقدم من اعتبارات نوجز أهمه فيما يلي :

(١) ما ينشأ عن ذلك من تناقض وتعارض نتيجة إعطاء المجني عليه هذا الحق مع التسليم بالطبيعة الاجتماعية للحقوق التي تتمتع بالحماية الجنائية . إذ قد تقدم أن القانون الجنائي إنما يختص بحماية المصالح الاجتماعية ولا يتعرض لحماية المصالح الفردية إلا إذا تضمنت في ثناياها مصلحة اجتماعية . وأن مصالح المجتمع المباشرة وغير المباشرة هي موضوع الحماية التي يشملها هذا القانون بما يضعه من عقوبات وتدابير . وأن هدفه من ذلك حماية المجتمع ضد ما يهدده من أخطار أو أضرار . فإذا انتفت الصفة الاجتماعية عن الحق بإعطاء الفرد سلطة النزول عنه وإباحة الاعتداء عليه لمجرد الرضا فإنه لا يتمتع بالحماية الجنائية تبعاً لذلك مما يخرج بنا عن دائرة البحث في قانون العقوبات وإذا سلمنا بالأهمية الاجتماعية للحقوق كما تقضى بذلك قواعد القانون الجنائي الوضعي . فإنه لا محل للقول بإباحة الاعتداء على هذه الحقوق لمجرد رضا الشخص محل الحق والذي قد يكون صاحب المصلحة المباشرة فيه . وإهدار ما للمجتمع من نصيب في ذلك .

(٢) أنه ما من حق للفرد إلا وللمجتمع فيه مصلحة مباشرة أو غير مباشرة . ولا يمكن الفصل بين هذه المصالح . وبالتالي فلا يمكن تحديد دور رضاء المجني عليه كسبب للإباحة فيما بعد جريمة وفقاً لقواعد القانون الجنائي .

(٣) انقضاء كل ضابط تشريعي يمكن الفصل به بين حق المجتمع وحق الفرد في المصلحة المحمية وفشل التشريعات التي تجعل الرضا سبباً للإباحة لآن في تحديد معيار موضوعي للتفرقة بين ما يباح وما لا يباح بالرضا .

(٤) أن الحد الذي انتهى إليه القائلون باعتبار رضاء المجني عليه سبباً للإباحة في حدود على سبيل الاستثناء . والأفعال التي رأوا إباحتها بالرضا لخلوها من أي حق للمجتمع . كأفعال الجراحة والتطبيب وعمليات التجميل ونقل الدم وإتلاف المزروعات وقتل الحيوانات المملوكة للشخص . وقد تستند في إباحتها إلى مجرد الرضا بل إنها قد تأخذ أحكاماً أخرى غير الإباحة . وسوف يظهر ذلك بوضوح عند الموازنة بما انتهى إليه الرأي في الفقه الإسلامي .

ثانياً : الرأي في الفقه الإسلامي :

مما تقدم عند بحث رضاء المجني عليه كسبب للإباحة في الفقه الإسلامي تبين أن الرأي

حسب ماتوصلنا إليه وفقا لقواعد الفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة الغراء ، هو عدم اعتبار رضاء المجني عليه سببا يبيح الجريمة مهما اختلفت صورها وعلى أى حال ارتكبت فيها . والرأى في ذلك واحد والاتجاه متحد لا خلاف فيه بين فقهاء الشريعة الإسلامية سواء المحدثون منهم والقدامى . وسواء من اعتد منهم برضاء المجني عليه كعذر مخفف للعقوبة ومن لم يعتد بذلك .

وقد جرى هذا البحث بالنسبة للأفعال التي تمثل اعتداء على حق العبد الخالص . أو ما كان حقه فيه غالبا . في الحدود التي رسمتها الشريعة لمدى سلطة الإنسان على حقه الخاص وحرية التصرف فيه . ذلك لأن حقوق الجماعة ليس لأحد من الأفراد حتى الحاكم فيهم حق التصرف فيها أو التنازل عنها فقد نسبت للذات العلية سبحانه وتعالى لقد استأها ووجوب المحافظة عليها وعظم خطر الاعتداء عليها أو التفريط فيها . ومن ثم فإن الحق الثابت بالاعتداء عليها حق للجماعة ولا يمكن لفرد من الناس الإنز فيه أو الرضا به .. مما لا يمكن معه تصور بحث أثر الرضا بالنسبة لهذا النوع من الحقوق .

وقد تبين عند بحث مدى ما للفرد أو الجماعة في الحق الناشئ عن الجريمة . أن الجرائم تنقسم بحسب طبيعتها الخاصة إلى جرائم ضد الجماعة وجرائم ضد الأفراد . وأن الجرائم ضد الجماعة هي التي شرعت عقوبتها لحفظ صالح الجماعة سواء وقعت الجريمة مباشرة على فرد أو على جماعة أو على أمن الجماعة ونظامها ويعتبر من هذا النوع من الجرائم . جرائم الحدود على اختلاف مراتبها . وأن الجرائم ضد الأفراد هي التي شرعت عقوبتها لحفظ مصالح الأفراد . ومن هذا النوع من الجرائم جرائم القصاص والدية . وليس يعنى هذا التقسيم أن هناك فاصلا بين الجرائم الواقعة ضد الجماعة . والجرائم الواقعة ضد الأفراد بل إن الجرائم وإن كانت تختلف من حيث مدى الاعتداء فيها على الجماعة . ومدى الاعتداء فيها على الأحاد إلا أن التلازم بينهما ثابت . فليس يعنى اعتبار جرائم الحدود ماسة بمصلحة الجماعة إنكار لمساسها بمصالح الأفراد فما من جريمة تصيب الجماعة إلا أصابت الأحاد بالأذى الشديد . وإنما ذلك تغليب لمصلحة الجماعة على مصلحة الأفراد بحيث لو عفا الفرد لم يكن لعفوه أثر على الجريمة أو العقوبة . وإذا كانت جرائم القصاص والدية تقع على الأفراد مباشرة فليس معنى ذلك أنها لاتمس الجماعة . فما من جريمة فيها اعتداء على الأحاد إلا تضمنت في ثناياها مساسا بمصلحة الجماعة لما فيها من خدش للناموس الاجتماعى . وإنما غلب حق الفرد فيها على حق الجماعة لأنها تمس الفرد مباشرة . فكان له التنازل عن العقوبتين المقررتين أصلا للجريمة وهما القصاص والدية ، على أن لا يترك الجاني بعفو المجني عليه وإنما يعاقب عقوبة تعزيرية حفظاً لمصلحة الجماعة التي مست مساسا غير مباشر .

وبهذا اتضح أن كل جريمة تمس مصلحة الجماعة تمس في النهاية مصلحة الأفراد . وكل جريمة تمس مصلحة الأفراد تمس في النهاية مصلحة الجماعة ولو كان محل الجريمة حقا خالصا للفرد . فالجرائم كلها تعود على الجماعة والآحاد معا بالضرر والأذى وتعرض مصالح الأمة الإسلامية ومصالح أفرادها للخطر . وقد قال بعض الفقهاء لذلك (ما من حق لأذى إلا والله فيه حق . إذ من حق الله على كل مكلف ترك أذاه لغيره) فالجرائم التي تقع على الآحاد بالنظر إلى ابتدائها لا انتهائها وبالنظر لمن يقع عليه الأذى أشد كالسب والضرب والجرح والقتل . إنما تمتد في نهايتها إلى الجماعة لما يترتب على انتشارها من نشر الفساد وجعل المظهر العام للبيئة غير فاضل . ففي السب والأذى العلنيين جرح للإحساس العام وإزعاج للنفس بما يقرع الأسماع من العبارات النابية ويصدم الأبصار من المناظر المؤذية المؤلمة ، كما أنه في جرح الأجسام أو قطع الأطراف مع ما ينال المجني عليه من أذى أو ضرر . الأذى البالغ والضرر المشين الذي يعود على الأمة من جرح للإحساس الجماعي الألوفا وتعطيل لبعض قواه النافعة وتحويلها إلى قوى عاطلة عبثا على المجتمع وثقلا عليه بعد أن كانت عوناً له وحصنا منيعا لزيادة الخير فيه والزرود عنه . ولا يخفى ما يترتب على القتل بغير حق من فاحشة وإضرار بالأسر والأمة الإسلامية . فقتل نفس بريئة بغير حق كأنه قتل للناس جميعا . إذ فيه اعتداء على حق الحياة وهو حق مقرر للجميع ، فمن مقاصد الشرع الإسلامي المحافظة على النفس وصونها من كل اعتداء ولو كان الاعتداء من الشخص على نفسه فقد نهى الله سبحانه وتعالى عنه وحرمه بقول تعالى : ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴾ (النساء: من الآية ٢٩) كما خص سبحانه وتعالى الدماء سواء أكان الاعتداء فيها على النفس . أم على طرف أم كان جراحاً بأن قدر لها عقوبة مقدرة ولم يتركها للتقدير ولي الأمر .. وجعل الاعتداء فيها اعتداء على أمر لا تختلف فيه مراتب الناس ولا أقدارهم بل هم فيه سواء كما اعتبر الشارع الإسلامي الاعتداء في الجرائم التي توجب القصاص اعتداء على الناس أجمعين . ولذلك أوجب على كل مسلم يرى مسلما يعتدي عليه في دمه أن يرد اعتداه . وجعل القتل ظلما من أكبر الكبائر بعد الشرك بالله وتوعد فاعله بأشد أنواع العقاب .

وهكذا فأثر الاعتداء المتولد عن هذه الجرائم في المجتمع جسيم ، ونصيب المجتمع في الحق المتولد عنها أولته الشريعة بالحماية اللازمة . وجعلت المحافظة على النفس وصونها من كل اعتداء من مقاصد الشرع الإسلامي حتى لو كان الاعتداء من الشخص على نفسه . وبهذا كان الاعتداء في جرائم الدماء اعتداء على المجتمع كله . وأن القتل بغير حق قتل للناس جميعا . ولكن نظرا لأن المجني عليه في هذه الجرائم هو الذي وقعت عليه الجريمة رأسا وأودت بحياته أو بعضو من أعضائه وجزء من جسده إن كنت قصعا أو جرحا . ومن هنا كان أثرها في نفسه أفسى وأشد . فقد جعلت الشريعة جانب العبد في هذه الجرائم أكثر تغليباً على جانب

المجتمع . لا بأن جعلت الجريمة هنا مباحة بإذنه ورضاه . بل بجعلها القصاص عقوبة لهذه الجرائم دون مفاضلة بين دم وآخر وجعلت في ذاته حقا للعبد ولا بد فيه من مطالبة . وأن يستمر في المخاصمة إلى وقت الحكم بل إلى وقت تنفيذ العقوبة لأن من حقه العفو في أى مرتبة من مراتب المخاصمة . وبالعفو يسقط القصاص . وثمة فارق كبير بين سقوط القصاص بالعفو وإباحة الجريمة بالرضا . كما أن اختيار المجني عليه للعفو ليس مؤداه إهمال جانب المجتمع في هذه الجرائم . بل إن لولى الأمر مع العفو أن يضع من العقوبات على سبيل التعزيز ما يراها رادعة زاجرة مانعة للفساد . بما يحفظ للمجتمع حقوقه .

وخلاصة ما تقدم في ذلك أن حق المجني عليه الغالب في هذه الجرائم لا يقوى على إباحتها أو بعضها لمجرد رضاه بوقوعها عليه أو حتى إذنه في ذلك .

وقد تبين عند بحث آراء الفهاء في أثر الإذن بالقتل والإذن بالجرح أن خلافهم فيما إذا كان للإذن أثر على العقوبة . أى يعتبر عذرا مخففا للعقوبة وقد يسقطها أم لا أثر له في ذلك ولم يقل أحد بأن الإذن بالقتل أو الجرح يبيح واحد منهما ذلك لأن الأصل في الشريعة الإسلامية هو أن رضاه المجني عليه بالجريمة وإذنه فيها لا يبيح الجريمة ولا يؤثر على المسؤولية الجنائية . إذ أنه من المتفق عليه بين فقهاء الشريعة الإسلامية أن النفس معصومة . وقد حرم الشارع الاعتداء عليها . وأنه لا سبيل لاستباحتها ولو بإباحة صاحبها . فالإذن بالقتل أو الجرح لا يبيح واحدا منهما . لأن النفس المعصومة من الأذى بحكم الإسلام لا تحل إلا بسبب من أسباب الحل التي نص الشارع عليها وليس من بينها الإذن بالأذى . لأن أذى المؤمن لنفسه حرام . فإذنه بالأذى لغيره لا يحل للغير دمه . فيكون الإذن عدما لا أثر له على الفعل . ويبقى الفعل محرما معاقبا عليه . فالفعل الذي يعد جريمة لا ينقل من حال تحريم إلى حال إباحة بمجرد الإذن فالإثم مازال ثابتا . والجريمة مازالت قائمة وهى في كل صورها إفساد لا يجوز ولا يباح ولذا يحرم الانتحار . ويحرم على الإنسان إتلاف مال نفسه . كما أن لولى الأمر أن يضع عقوبات تعزيرية عند سقوط العقوبة المقدرة بنوعيتها دفعا للفساد ، وقد تقدم أن هذا الأصل في الشريعة ينطبق على كل الجرائم بما فيها جرائم الاعتداء على النفس وما دونها . أى جرائم القتل والجرح والضرب . غير أن هذه الجرائم الأخيرة وإن كان الرضا لا يهدم ركنا من أركانها . هى من الجرائم التي يلاحظ فيها الجانب الشخصى إذ أن القصاص فيها لا يكون إلا بمطالبة ولى الدم كما أن للمجنى عليه وأوليائه حق العفو عن العقوبة الأصلية في الجناية على النفس وما دونها . فلهم أن يعفوا عن القصاص إلى الدية . ولهم أن يعفوا عن الدية والقصاص معا . ولهذا كان خلاف الفقهاء حول أثر الإذن بالقتل أو الجرح في العقوبة المقررة عليهما . وأساس الخلاف هو هل يعتبر الإذن عفوا مقدما يترتب عليه سقوط العقوبة ؟ أو أن الإذن لا يعتبر عفوا لأن حق المجني عليه في العفو لا ينشأ إلا بعد وقوع الجريمة ؟ ومن ناحية أخرى هل يعتبر الإذن شبهة

تدراً الحد أى القصاص وتكون العقوبة هي الدية أم أنه لا يعتبر شبهة دائرة للقصاص ؟ وقد جرى خلاف الفقهاء حول أثر الإذن بالقتل في العقوبة المقررة ، على النحو المتقدم بين مسقط للعقوبة سواء كانت قصاصاً لمكان الشبهة فيه أو دية لأن الحق في المال يثبت للإذن ابتداءً بدليل أنه يورث عنه وإذا كان قد ثبت ابتداءً فالإذن يسقطه . وبين مسقط للقصاص فقط للسبب المتقدم دون الدية لأن عصمة النفس قائمة لم يسقطها الإذن . وإذا مات المجني عليه فتبقى الدية حقا ثابتاً للأولياء . وبين قائل بأن الإذن بالقتل ليس من الأسباب التي تبيح الفعل فيكون عمداً لا أثر له على الفعل . فيبقى الفعل محرماً معاقباً عليه باعتباره قتلًا عمداً . ولا تسقط العقوبة بل تبقى كاملة ولو أبرأ المجني عليه الجاني من دمه مقدماً لأنه أبرأه من حق لم يستحقه بعد . كما أن النفس غير مباحة بل هي محرمة على صاحبها فلا يصح له أن ينزع نفسه . وإنه لغيره يعتبر إذناً في شيء لا يملكه كما أنه يكون إذناً بمحرم وهو غير جائز . والقائلون بذلك في الإذن بالقتل هم القائلون بأن الإذن بالاعتداء على ما دون النفس لا يسقط القصاص . لأن نزول المجني عليه عن حقه لا يسقط حق الشرع في سلامة أطرافه الذي يجب مراعاته هنا . وليس ذلك بتناقض لأن القول الذي يلغى بحكم الشارع لا يعد موجوداً حتى يجرى به تناقض . وأوردوا في ذلك ما ورد عنه ﷺ أنه قال : " على المرء السمع والطاعة فيما أحب أو كره . إلا أن يؤمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة " وقوله ﷺ " إنما الطاعة في المعروف " وعليه فحرام على كل من أمر بمعصية أن يأتمر لها . فإن فعل فهو فاسق عاص لله تعالى وليس له بذلك عذر ، وكذلك الأمر في نفسه بما لم يبح الله تعالى له فهو عاص لله تعالى فاسق ولا عذر للمأمور في طاعته . بل الأمر والذي يؤمر سواء في ذلك . كما تقدم بأن الشريعة الإسلامية لم تجعل لصاحب الحق الخاص اختصاصاً كاملاً في حقه . إذ أن الحق الخاص كما جعل الله فيه مصلحة فردية لصاحبه جعل فيه مصلحة اجتماعية لصالح الجماعة لأنه من ثروة الأمة التي تعتمد عليها .

لجميع ما تقدم كانت القاعدة المقررة في الفقه الإسلامي والتي سبق ذكرها وهي :

أن رضا المجني عليه بالجريمة الواقعة عليه في نفسه أو ماله لا يبيح الجريمة ولا يغير

وصف الفعل المكون لها من التحريم إلى الإباحة .

ونستطيع أن نوجز أهم الأسانيد المتقدمة لهذه القاعدة فيما يأتي :

- ١- ما يجب التسليم به أن الجريمة في جميع صورها إفساد لا يجوز ولا يباح .
- ٢- أن الجرائم على مختلف أنواعها سواء منها ما يقع مباشرة على فرد أو على جماعة أو على أمن الجماعة ونظامها . وإن كانت تختلف من حيث مدى الاعتداء فيها على الجماعة ومدى الاعتداء فيها على الأفراد إلا أن التلازم بينهما ثابت . فما من جريمة تصيب الجماعة إلا أصابت الأفراد بالأذى الشديد . وما من جريمة فيها اعتداء على الأفراد إلا تضمنت في ثناياها مساساً بمصلحة الجماعة . مما لا يمكن معه الفصل بين

جانبى الحق للفرد والمجتمع في أى جريمة من الجرائم . وبالتالي فإن حق المجنى عليه في الجريمة بما في ذلك الجرائم التي حقه فيها غالب لا يقوى وحده على إباحتها . وتغيير وصف الفعل المكون لها من التحريم إلى الإباحة .

٣- أن نزول المجنى عليه عن حقه بإذنه لغيره في الاعتداء عليه . سواء على نفسه أو ما دونها لا يسقط حق الشرع في ذلك . لأن النفس غير مباحة . بل هي محرمة على صاحبها . فلا يصح له أن ينجع نفسه . وإذنه لغيره بالاعتداء يعتبر إذنا في شئ لا يملكه . كما أنه يكون إذنا بمحرم وهو غير جائز .

٤- كل ما هو معصوم حرم الشارع الاعتداء عليه ولا سبيل لاستباحته ولو بإباحة صاحبه إلا من الشرع .

٥- كل ما هو محرم بحكم الشرع لا يباح إلا بسبب من أسباب الحل التي نص الشارع عليها وليس من بينها الإذن بالأذى .

٦- أذى المؤمن لنفسه حرام فإذا أذى لغيره لا يحل للغير دمه . فيكون الإذن عدما لا أثر له على الفعل . ويبقى الفعل محرما معاقبا عليه .

٧- إذا كان الإذن الصريح من المجنى عليه لا يقوى على إباحة الفعل المحرم فمن باب أولى ألا يقوى على ذلك مجرد الرضا به .

٨- يحرم على من أمر بمعصية أن يأتمر لها . فإن فعل فهو فاسق عاص لله تعالى وليس له بذلك عذر . وكذلك الأمر على نفسه بما لم يباح الله تعالى له فهو عاص لله تعالى فاسق ولا عذر للمأمور في طاعته بل الأمر والذي يؤمر في ذلك سواء . يقول ﷺ : " على المرء المسلم السمع والطاعة فيما أحب أو كره . إلا أن يؤمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة " . ويقول أيضا " إنما الطاعة في المعروف " .

٩- لم تجعل الشريعة للفرد صاحب الحق الخاص اختصاصا كاملا بحقه . ولم تجعل حريته في التصرف فيه والتمتع به حرية مطلقة ، بل جعلت للجماعة حقا عاما مشتركا بينهم وقيدته في استعماله لحقه بمراجعة ما للجماعة فيه من حق ، فالحق الخاص كما جعل الله فيه مصلحة فردية لصاحبه جعل فيه مصلحة اجتماعية لصالح الجماعة لأنه من ثروة الأمة التي تعتمد عليها . ولهذا كان اعتداء الإنسان على نفسه محرما غير مباح وكذلك اعتداؤه على ماله بالإتلاف ، سواء كان زرعاً أو حيواناً .

هذا ويجب التنكير بأن ما تقدم بحثه إنما هو بالنسبة للفعل الذي يمثل اعتداء على النفس أو المال . أى ما يعد جريمة معاقبا عليها في نظر الشارع الإسلامي أما الفعل الذي لا يعد كذلك فليس مما نحن بصدد بحثه الآن إذ أنه يعد إذنا أو تصرفا قانونيا سليما ما دام يوافق ما جاء به الشرع الإسلامي من قواعد وأسس للتصرف المباح .

ثالثاً : الترجيح :

ما تقدم من الأسانيد وغيرها من الأدلة القوية التي يزخر بها الفقه الإسلامي للدلالة على عدم صلاحية اعتبار رضا المجني عليه سبباً للإباحة يبين بجلاء رجاحة هذا الرأي في الفقه الإسلامي " والذي جعل رضا المجني عليه بالجريمة الواقعة عليه في نفسه أو ماله لا يبيح الجريمة ولا يغير وصف الفعل المكون لها من التحريم إلى الإباحة " وبذلك جعل جانب المجتمع في الحق المتولد عن الجريمة مشمولاً بالرعاية والحماية فلم يجعل حق المجني عليه فيها يقوى وحده على إباحتها ، وإنما قرر أن ما هو محرم بحكم الشرع لا يحل بإذن الفرد . بل لا بد لإباحته من توافر سبب من أسباب الحل التي نص عليها الشرع وليس من بينها الإذن بالأذى . فقد جعلت الشريعة أذى المؤمن لنفسه حراماً وبالتالي فإنه بالأذى لغيره لا يحل للغير دمه . كما لم تجعل الشريعة لصاحب الحق الخاص اختصاصاً كاملاً بحقه إذ أن الحق الخاص كما جعل الله فيه مصلحة فردية لصاحبه جعل فيه مصلحة اجتماعية لصالح الجماعة لأنه من ثروة الأمة التي تعتمد عليها . والشريعة مع كل هذا لم تهمل جانب حق الفرد في الجريمة بل جعلت حقه مصوناً وأولته بالحماية وجعلت له في الجرائم التي يغلب حقه فيها لما لها من طابع شخصي حق العفو عن بعض العقوبة المقررة أو كلها . وتركزت لولى الأمر مراعاة جانب المجتمع بتوقيع ما يراه ملائماً من العقوبات . والفرق شاسع بين أن تباح الجريمة بالإذن أو الرضا وأن يعطى المجني عليه حق العفو عن العقوبة . بعد شفاء غيظه بتقريرها . وتمكينه من المعتدى عليه . هما لا يزول معه وصف الجريمة . ولا يضيق به حق المجتمع في توقيع العقوبة اللازمة على الجاني إذا رأى ولى الأمر ضرورة لذلك .

وما انتهينا إلى تصحيحه وترجيحه من الاتجاهات المختلفة في القانون الجنائي الوضعي قد جاء موافقاً لما جاء به الفقه الإسلامي . من عدم اعتبار رضا المجني عليه سبباً للإباحة مطلقاً . سواء في ذلك التشريعات التي نصت على ذلك أو غيرها من التي لم تنص ولم تتجه إلى النص فلم تعتد برضا المجني عليه كسبب للإباحة في تطبيقاتها المختلفة .

وبذلك يكون الرأي الراجح لدينا في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي هو الرأي القائل بعدم اعتبار رضا المجني عليه سبباً للإباحة مطلقاً .

ويكون الرأي المرجوح هو المخالف لذلك وهو الذي أخذت به بعض التشريعات الجنائية الوضعية من النص على جعل رضا المجني عليه سبباً للإباحة . وكذلك التي اتجهت منها إلى النص على ذلك . سواء على اعتبار الرضا سبباً عاماً للإباحة أو في حدود .

وقد سبق بيان خطأ هذا الرأي وخطورته لما فيه من تجاهل للطبيعة الاجتماعية للحقوق التي يحميها قانون العقوبات وما يتبع ذلك من تناقض عندما يخول فرد سلطة النزول عن هذه الحقوق وإهدار ما للمجتمع من نصيب فيها . فإذا تحرر الحق من جوانبه الاجتماعية لم يكن مفر من أن

نعترف لصاحبه بسلطة التصرف فيه . وحينئذ يكون للرضا بالقتل الأثر الذي يجرده من صفة العدوان فيبيحه لأنه تصرف صادر من صاحب صفة فيه ، وكذلك يمكن القول بالنسبة لجرائم العرض وغيرها فتكون الجريمة بذلك مباحا بالرضا .

والذين جعلوا الرضا أو يتجهون إلى جعله سببا للإباحة في حدود . إنما يقولون بذلك في حالات معينة وعلى سبيل الإستثناء إذ أنهم يسمون بأن الأصل في القانون هو عدم اعتبار رضا المجني عليه سببا للإباحة . وقد سبق بيان فشل هذه التشريعات في الوصول إلى وضع ضابط تشريعي . يعتمد على معيار موضوعي لتحديد ما يباح بالرضا وما لا يباح به . كما أن مراعاة الجانب الفردي في الحقوق التي أباحوها لا يكون بجعل الجريمة مباحا بالرضا . وإنما بما أقرته الشريعة الغراء ، من إعطاء المجني عليه حق العفو عن العقوبة في الجرائم التي يراعى فيها الجانب الشخصي . وبمناقشة ما استثنوه من الأصل المعتبر في القانون . والبحث عن حكم بعض الأفعال التي جعلوها مباحة بالرضا في ظل قواعد الفقه الإسلامي ، كإتلاف الشخص لماله (المزروعات والحيوانات) وعمليات نقل الدم وأفعال الجراحة والتطبيب الواقعة على جسمه نجد أن إتلاف الشخص لأمواله سواء كانت زراعا أو حيوانا أو غير ذلك مما يقوم حرام في الشريعة الإسلامية وبعد جريمة في نظر الفقه الإسلامي ، وكل جريمة تمس مصلحة الأفراد تمس في النهاية مصلحة الجماعة . فليس للفرد وحده حق إباحة جريمة من الجرائم حين تهون عليه مصلحته . ففوق أنه محدود في ذلك بما تنص عليه الشريعة الغراء من قواعد لتجريم الأفعال التي تمثل اعتداء على الجماعة أو الأحاد هو ملزم أيضا بمراعاة ما أوجبه الشريعة من احترام حقوق الغير وصون حق الجماعة من كل عتداء . وقد تقدم أن الشريعة قد جعلت اعتداء الإنسان على نفسه حراما غير مباح . فهو كذلك على ماله بالإتلاف وحيوانه بالقتل . لأن الشريعة لم تجعل لصاحب الحق الخاص اختصاصا كاملا بحقه . ولم تجعل حريته في التمتع به حرية مطلقة . بل جعلت للجماعة فيه حقا عاما مشتركا بينهم ، وقيدته في استعماله لحقه بمراعاة ما للجماعة فيه من حق . وذلك بأن يكون استعماله لحقه على وجه مشروع دون تعسف أو إساءة لاستعماله . فلا يكون تصرف الشخص في حقه الخاص مشروعا ، ولو كان تصرفا بدون إتلاف أو تهلكت ، إلا إذا توافر شرط سلامة الغير من ضرر ينشأ عن استعمال هذا الحق . إذ أن الحق الخاص كما جعل الله فيه مصلحة فردية لصاحبه جعل فيه مصلحة اجتماعية لصالح الجماعة لأنه من ثروة الأمة التي تعتمد عليها . ولذلك لم يتوقف نهى الشارع عند الاتلاف . بل كما نهى الشخص عن إتلاف ماله . نهاه أيضا عن التبذير فيه ، لأنه إن لم يصبه هو بالخسارة أصاب الجماعة ولأن الله جعل فيه نصيبا معلوما للجماعة . وقد قال ﷺ : من كان له فضل زاد فليجد به على لا زاد له " وقال تعالى : ﴿ وَلَا تَوَتَوْا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا ﴾ (النساء: من الآية ٥) وقال تعالى : ﴿ وَلَا تُبَذِّرْ تَبْذِيرًا ﴾ (الاسراء: من الآية ٢٦) وقال تعالى :

﴿وَالَّذِينَ يَكْنِزُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ وَلَا يَنْفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَبَشِّرْهُمْ بِعَذَابٍ أَلِيمٍ﴾ (التوبة: من الآية ٣٤) وهكذا فالحق الخاص فيه جهة عموم نظرا للوظيفة الاجتماعية التي رتبها الشارع الإسلامي فيه .

وبالنسبة لأفعال التطبيب التي جعلت بعض التشريعات الرضا أساسا لإباحتها فقد تقدم إجماع الفقهاء على أنه ضرورة اجتماعية ولذلك كان تعلم فن الطب فرضا كفائيا على كل شخص لا يسقط عنه إلا إذا قام به غيره . وكان التطبيب واجبا على الطبيب لا مفر له من أدائه . والأفعال التي يقوم بها الطبيب من مداواة وجراحة وخلافه بقصد شفاء المريض وإنقاذه من الهلاك أوتخفيف الأمة هي بلا شك أفعال مباحة برغم ما قد يكون فيها من مساس بأجساد المرضى وما قد تؤدي إليه من ألام وجراح . بشرط أن يكون فعل الطبيب موافقا لما يقول به أهل صناعة الطب . فأفعال التطبيب حكمها الإباحة في الفقه الإسلامي حسب الأصل فيها والمقصود منها . ويحرم على المريض الإهمال فيها والامتناع عنها لما سوف يؤدي إليه إهماله أو امتناعه من الهلاك وتعرض جسده للضرر ، ونفسه للألام . بل وحياته للخطر بما يعود على الأمة الإسلامية بالضرر الجسيم . إذ أن حفظ النفس مقاصد الشريعة الغراء . وقد يكون لرضاء المريض دور حسب ما يرى الفقهاء . وذلك كعنصر من العناصر التي ترفع المسؤولية عن الطبيب إذا أدى عمله إلى نتائج ضارة بالمريض . فأفعال التطبيب للمداواة والجراحة مباحة في الشرع بحسب الأصل ، ولا تتوقف الإباحة فيها على مجرد رضاء المريض بها فقد تكون واجبة عليه وإهماله فيها أو امتناعه عنها محرم بحكم الشرع . وللرضا دور في رفع المسؤولية عن الطبيب كما قرر الفقهاء .

وهكذا بالنسبة لعمليات نقل الدم وغيرها . فقد تعتورها أحكام غير الإباحة بأن تكون واجبة على الشخص ، كما قد يكون الوجوب عينيا أو كفائيا ، ويرجع في كل حالة من هذه الأحوال والظروف الخاصة بها إلى حكم الشرع الذي لا بد له من حكم فيها . بحسب أصول الفقه الإسلامي وقواعده الخاصة والعامة . وسوف نعود لشئ من ذلك بإذن الله عند تطبيق أثر رضاء المجني عليه على الجرائم المختلفة في الباب السادس من هذه الرسالة .

الباب الثالث

" أثر رضاء المجنى عليه على وجود الجريمة والمسئولية الجنائية
في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي "

ويشتمل على ثلاثة فصول :

الفصل الأول : أثر رضاء المجنى عليه على وجود الجريمة والمسئولية
الجنائية في الفقه الإسلامي .

الفصل الثاني : أثر رضاء المجنى عليه على وجود الجريمة والمسئولية
الجنائية في القانون الوضعي .

الفصل الثالث : في الموازنة بين أثر رضاء المجنى عليه على وجود الجريمة
والمسئولية الجنائية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي .

الفصل الأول

" أثر رضا المجنى عليه على وجود الجريمة والمسئولية

الجنائية في الفقه الجنائي الإسلامى "

الفصل الأول

أثر رضاء المجنى عليه على وجود الجريمة والمسئولية

الجنائية في الفقه الإسلامي

تبين عند بحث رضاء المجنى عليه كسب للإباحة في الفقه الإسلامي أن جميع أنواع الجرائم تختلف من حيث مدى الاعتداء فيها على الجماعة ومدى الاعتداء فيها على الأفراد ، ولكن التلازم بينهما ثابت ، فما من جريمة فيها اعتداء على الأفراد إلا تضمنت ثنائيا خدشا للناموس الاجتماعي كالقتل فهو جريمة شخصية من حيث العقوبة إذ لولى الدم القصاص أو العفو، إلا أنه في ذاته اعتداء على الجماعة كلها " فقتل النفس بغير حق اعتداء على حق الحياة وهو حق مشترك بين الجميع فمن انتهك حرمة قد انتهك حرمة الجميع كما هو وارد بنص القرآن الكريم إذ يقول الله تعالى : « مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا » (المائدة: ٣٢) .

وكذلك ما من جريمة تصيب الجماعة إلا أصابت الأفراد بالأذى الشديد . غير أن الجرائم إذا كانت تعود على الجماعة والأفراد معا بالأذى فليست في مقدار عودتها عليهما بقدر متساو . بل قد يكون جانب الأذى على الجماعة أكثر ، كما قد يكون جانب الأذى على الأفراد أشد كما أنه من الجرائم جرائم تنصب على الجماعة في ابتدائها وأخرى تقع على الأفراد ابتداء ، ولذلك كانت الجرائم قسمين جرائم تكون على الجماعة وجرائم تكون على الأفراد .

ونظرا لهذا التلازم بين حق الفرد وحق الجماعة في مختلف أنواع الجرائم ، فإن مجرد رضاء الفرد وحده بالجريمة الواقعة عليه وتقبله للإيذاء المترتب عليها لا يقوى على جعل الجريمة (التي هي في أساسها مخالفة لأوامر الدين) مباحة كما سبق أن تقدم ، كما أنه لا يغير من وصف الجريمة ولا يؤثر في المسئولية الجنائية للفاعل إذ أن عدم الرضا ليس ركنا طبيعيا في كل الجرائم ، ولهذا كان الأصل في الفقه الإسلامي أن رضاء المجنى عليه بالجريمة الواقعة عليه لا يغير من وصف الجريمة فلا أثر له على وجودها ولا على المسئولية الجنائية للفاعل^(١).

وقد تقدم أن كل ما هو معصوم من الأذى بحكم الإسلام لا يحل إلا بسبب من أسباب الحل ، وليس من بينها الإذن بالأذى . فالإذن كما لا ينقل الفعل من حال تحريم إلى حال إباحة لا يعدم وجوده بل لا يغير من وصفه بما يؤثر في مسئولية الفاعل له لأن الإثم لا يزال ثابتا والجريمة مازالت قائمة ولم يلغ الإذن ، ولذلك يصح لولى الأمر أن يضع عقوبات تعزيرية في حال سقوط العقوبة المقررة بنوعيتها لأن من حقه ، بل من واجبه ، دفع كل فساد بين الناس ، والإذن

(١) الأستاذ عبد القادر عوده ج ١ ص ٤٤٠ ، فضيلة المرحوم الأستاذ محمد أبو زهرة في الجريمة ص ٥٣٣ ، العقوبة ص ٤٨٦ .

لا يبيح الفساد ولا يغير من وصفه ، وإنما جعل ما تقدم أصلاً لأن الفقهاء قد اتفقوا على أن الجرائم التي يسقط عقوبتها الرضا بعد الارتكاب ، الإذن فيها قبله يسقط معناها ، فالإذن بأخذ المال يسقط معنى السرقة ويسقط معنى الغصب (١). إذ أن الرضا فيهما يهدم ركناً من أركان الجريمة . فالركن الأساسي في الجريمتين هو أخذ المال على غير رغبة المجنى عليه ، فإذا رضى المجنى عليه بأخذ المال كان الفعل لا جريمة فيه ، وبتطبيق هذا الأصل وما ورد عليه على مختلف الجرائم نجد أنه بالنسبة لجرائم القصاص وهي الجرائم التي قدر الشارع عقوبتها والتي هي من جرائم الاعتداء على النفس وهي جرائم الدماء بالقتل أو قطع الأطراف أو الجراح والتي ذكرها سبحانه وتعالى بقوله : ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالأَنفَ بِالأَنفِ وَالأُذُنَ بِالأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَن لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴾ (المائدة: ٤٥) . نجد أن هذا النوع من الجرائم جانب العبد فيها غالب ، وذلك لأنه من الناحية الشخصية فإن المجنى عليه فيها هو الذي وقعت عليه الجريمة رأساً ويجب أن ينال من التعويض بما يساوى ما وقع عايه من أذى بشفاء غظه وذهاب أسقام قلبه حتى لا يحس بمباغضة للمجتمع الذي يعيش فيه . ولذلك جعلت الشريعة العقوبة فيها القصاص ، ولا بد من أن يطلبه المجنى عليه ، وأن يستمر في المخاصمة إلى وقت الحكم وإنزال العقوبة ، وله أن يتنازل عن طلبه في أى وقت حيث يقبل فيها العفو ، بل هو أقرب للتقوى .

ومع بروز جانب الفرد وغلبته في هذه الجرائم ، فقد جعلت الشريعة فيها جانباً للمجتمع ، أوجبت مراعاته ، وحرمت الاستهانة به والاعتداء عليه ولو كان من الشخص على نفسه ، ذلك لأن الشارع اعتبر الاعتداء فيها اعتداءً على الناس أجمعين ، فالدماء مصونة محترمة وكل اعتداء عليها إلا بحققها يوجب عقاباً رادعاً زاجراً ولأن الحرمات الإنسانية مرعية الجانب في حكم الشارع ، والمجتمع الفاضل ظل واق من هذه الجرائم ، فكل جريمة ترتكب في دم يكون المعتدى قد اعتدى على المجتمع كله . ولذلك قال الله تعالى في جريمة القتل : ﴿ مَن قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا ﴾ (المائدة: ٣٢) كما أوجب الإسلام على كل مسلم يرى مسلماً يعتدى عليه في دمه أن يرد اعتدائه ومن أجل ذلك كله فقد تولى الشارع وضع عقوبة الدماء وعظم أمرها في الدنيا والآخرة ، يقول ﷺ : " أول ما يقضى بين الناس يوم القيامة في الدماء " (٢).

ولأهمية هذا الجانب في نظر الشارع الإسلامي ، كان الفرد مطالباً بالحفاظ على حياته

(١) فضيلة المرحوم الأستاذ أبو زهرة في الجريمة ص ٥٣٤ . والأستاذ عبد القادر عوده ج ١ ص ٤٤٠ .

(٢) سبل السلام فيما رواه مسلم و البخارى عنه .

وسلامة جسمه ، وجعل له هذا الحق قبل الآخرين الذين أوجب عليهم من ناحية أخرى الحفاظ على هذه الحقوق . وحرم على كل فرد مسلم الاعتداء عليها ، ولم يبح ذلك إلا بحقه ، وعند توافر أسبابه . وليس من بينها رضا المجنى عليه بالاعتداء عليه ووقوع الأذى سواء في نفسه أو عضو من أعضائه ، ولذلك كان الأصل في الفقه الإسلامي أن رضا المجنى عليه بالجريمة الواقعة عليه لا يغير من وصف الجريمة ولا يؤثر في المسؤولية الجنائية للفاعل ، ولهذا أيضا كان الانتحار محرما في الشريعة الإسلامية ، ولم يعف المجنى عليه في هذا الفعل الذي اعتبره الشارع جريمة من المسؤولية عنها ، حيث أنه أتى بفعل نهى الله عنه في قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴾ (النساء: من الآية ٢٩) ولهذا كان المنتحر والشريك محلا للمسؤولية الجنائية في نظر الشارع الإسلامي . وكان الفعل الذي قام به جريمة معاقبا عليها ، قال تعالى : ﴿ وَمَا بَطَنَ وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ﴾ (الأنعام: من الآية ١٥١) وليس من بينها الإذن في الجريمة أو الرضا بها .

وباستعراض آراء الفقهاء وخلافهم حول أثر الإذن بالقتل والإذن بالجرح^(١) . وجدنا أن الإذن السابق بالقتل أو الجرح لا يبيح الجريمة ولا يغير من وصفها ، ولا أثر له في المسؤولية الجنائية للفاعل ، وإنما اقتصر خلاف الفقهاء حول هذا الإذن هل له أثر في العقوبة المقدرة شرعا والتي للمجنى عليه أو أوليائه حق العفو عنها أو لا أثر له في ذلك ؟ وإذا كان الإذن بالجريمة لا يغير من وصفها ولا يؤثر في مسؤولية الفاعل ، فإنه مما لا شك فيه أن مجرد الرضا بالجريمة ليس له هذا الأثر .

وبالنسبة لجرائم الحدود وهي الجرائم التي اعتبر فيها اعتداء على حق الله تعالى وهو ما نسميه اليوم حق المجتمع ، نجد أنه بملاحظة الجانب الشخصي في الجريمة بجوار الجانب الاجتماعي وقوة أثر الجريمة في المجتمع وضعفه ، أن هذه الحدود تتفاوت من ناحية قوة حق العبد بجوار حق الله تعالى ، فإذا كان جانب المجتمع أقوى من الجانب الشخصي فإن الحد يكون حقا لله تعالى الذي أوجد الشرع لحماية الفضيلة فيه ، وإن كان الاعتداء على الشخص واضحا في الجريمة ومع ذلك مست الفضيلة في المجتمع ، كان حق العبد بجوار حق الله تعالى ، كلاهما ثابت ثبوتا متناسبا .

وجرائم الحدود معينة ومحدودة العدد وهي سبع جرائم :

- | | | | |
|------------|----------|------------|-----------|
| ١- الزنا | ٢- القذف | ٣- الشرب | ٤- السرقة |
| ٥- الحراية | ٦- الردة | ٧- البغى . | |

(١) يمكن الرجوع في تفصيل ذلك إلى الفصل الأول من الباب الثاني عن رضا المجنى عليه كسبب للإباحة في الفقه الإسلامي .

وبعض هذه الجرائم لا يلاحظ في عقوبتها الجانب الشخصى إذ الحق فيها كله خالص لله تعالى وليس للعبد فيها حق . وذلك كجريمة الزنى ، وشرب الخمر ، والردة . فالشارب لم يلاحظ في جريمته الجانب الشخصى لأنه قد يستمتع بشربه ، ولا يعتدى على أحد قط . وإذا كان الاعتداء منه متوقعا ومحتملا فإن العقوبة لا تكون إلا على الأمور الواقعة لا المتوقعة ، وعلى فرض تحقق الاعتداء منه فعلا فإن الاعتداء ذاته جريمة أخرى لها عقابها .

فالعقوبة في هذه الجريمة على ذات الشرب ، لما فيه من انتهاك للفضيلة الإسلامية والاعتداء على العقل الذى شرف الله به بنى الإنسان على غيرهم من الحيوان ، وحماية الفطرة الإنسانية في أعضاء المجتمع الإسلامى حق الشارع الذى يظل هذا المجتمع بهديته وحكمته . وكذلك جريمة الزنا فالاعتداء الشخصى فيها بين الرجل والمرأة غير واضح ، ولكن ثمة اعتداء آخر هو الاعتداء على الأسرة ، والاعتداء على النسل ، والاعتداء على النظام الاجتماعى الذى نظم الله فيه العلاقة بين الرجل والمرأة برابطة قدسها بكلمته وهى الزواج قال ﷺ : " اتقوا الله في النساء فإنهن عوان عندكم ، استحللتم فروجهن بكلمة الله " فكلمة الله تعالى هى المنظمة لتلك العلاقة الإنسانية فمن أوجد علاقة بغير هذا الذى أحله الله تعالى ، فقد اعتدى على النظام الذى قرره الله تعالى (١) .

ولذلك فإن الرضا بالوطء المحرم لا يؤثر في اعتباره جريمة معاقبا عليها ، ولا يغير من وصف الاعتداء فيها كما لا يعتبر كذلك مجرد شبهة مسقطه للحد باتفاق الفقهاء ، ولا يؤثر في المسئولية الجنائية للفاعل فمن وطئ امرأة أجنبية أباحت نفسها له فهو زان ، ولو كان ذلك باذن وليها أو زوجها . لأن الزنا لا يستباح بالبذل والإباحة ، وليس لأحد أن يحل ما حرم الله ، فإن أحلت امرأة نفسها فإحلالها نفسها باطل وفعلها زنا محض (٢) .

فالرضا في جرائم العرض كما لا يبيح الجريمة ولا يغير من وصفها ولا يؤثر في المسئولية الجنائية للفاعل .

وجريمة القذف في الفقه الإسلامى من الجرائم التى للعبد فيها حق بجانب حق الله تعالى ، والمقصود بها هنا القذف الموجب للحدود وهو رمى المحصن بالزنا أو نفي نسبه ، أما الذى فيه التعزير وهو الرمى بغير الزنا ونفي النسب فموضعه عند الكلام على جرائم التعزير .

وجانب الحق الشخصى في جريمة القذف قوى واضح ، ومن هنا كان المتفق عليه بين الفقهاء أن الخصومة شرط في ثبوت حد القذف إذا لم يكن أساس القذف اتهام بالزنى في مجلس القضاء . وجرى خلاف الفقهاء حول اشتراط استمرار الخصومة إلى وقت إقامة الحد أو عدم

(١) فضيلة المرحوم الأستاذ محمد أبو زهرة في مؤلفه عن الجريمة ص ٩٥ .

(٢) الأستاذ عبد القادر عوده ج ٢ ص ٣٦٧ .

اشتراط ذلك فرأى جمهور الفقهاء غير الحنفية أن المطالبة شرط لإقامة الحد والاستمرار على المطالبة شرط حتى يقام ، بحيث لو أبرأ القاذف أو أسقط حقه في المطالبة لا يقام الحد ، وقال أبو حنيفة : أن الحد لا يسقط بالعفو فالاستمرار على المطالبة إلى إقامة الحد ليس بشرط عنده . وأساس الخلاف هنا هو اختلاف الفقهاء حول حد القذف أحق العبد فيه هو الغالب فيسقط بعفوه كالقصاص ؟ أم حق الله فيه هو الغالب فلا يسقط بعفو العبد ؟

وسواء كان حد القذف يسقط بالعفو أو لا يسقط به . فإننا نرى أن رضاء المقذوف بالقذف لا يبيح الجريمة كما لا يغير من وصفها ولا أثر له على مسئولية القاذف ، ذلك لأن القذف في ذاته جريمة منهي عنها يعاقب فاعلها . فالشريعة الإسلامية كما تعاقب على القذف إذا كان علانية على ملأ من الناس وسمعه البر والفاجر مما يجعل عرض المقذوف مضغة في الأفواه فضلا عن أنه مما تتأذى به الأسماع وتتشعر له الأبدان النقية الطاهرة وتتأذى عنه المجتمعات الفاضلة . فإن الشريعة أيضا تجعله جريمة معاقبا عليها إذا لم يكن علانية ، ذلك لأن الجريمة في الشريعة الإسلامية محرمة لذاتها لا لطروفها ، فمن ارتكب جريمة في السر لم يشاهدها أحد عوقب عليها كما لو ارتكبها علانية ، إذ الشريعة توجب على المرء أن يكون سره كعنه وتعيب أناسا يستخفون من الناس ولا يستخفون من الله وهو معهم . والقاعدة الأساسية فيها تحريم الفواحش ما ظهر منها وما بطن والإثم والبغى بغير الحق ، كما أنها تدعو الناس أن يذروا ظاهر الإثم وباطنه . فالشريعة الإسلامية إنما تزن كرامة الإنسان بميزان واحد وترى أن قيمة الإنسان لا تتغير بتغير الظروف فقيمه أمام نفسه تساوى قيمته أمام الناس ، وحرصه على كرامته في السر يجب أن لا يقل عن حرصه على كرامته في العلانية .

وجريمة السرقة من الجرائم التي للعبد فيها حق بجانب حق الله تعالى ، وحق العبد فيها مقصور على المخاصمة فإن رفعت الدعوى وثبتت انتهى حق العبد فيها انتهاء كاملا وصار العقاب حقا خالصا لله تعالى ليس للعبد إسقاطه ، " ويروى في ذلك أن جماعة شكوا لصا ليرفعوه إلى عثمان بن عفان ؓ فتلقاهم الزبير فشفع فيه ، فقالوا إذا رفع إلى عثمان فاشفع فيه فقال : إذا بلغت الحدود السلطان فلعن الله الشافع والمشفع " (١) وإنما كانت مخاصمة المجنى عليه في السرقة عند جمهور الفقهاء ضرورية لأنه لا بد لتحقيق السرقة من كون المال مملوكا للمسروق منه ، وكونه لم يبيحه له ، وكونه موجودا في حرزه ، فقد يكون المسروق منه قد أباح المال المسروق للسارق أو مكنه أو لم يكن في حرز مثله إلى غير ذلك من الاحتمالات ومع هذه الاحتمالات لا يقام الحد لأنه مع الاحتمال يسقط الاستدلال كما يقول ۞ " ادروا الحدود بالشبهات " وهكذا فحق العبد فيه ثابت في جريمة السرقة في الابتداء ، وإن كان حق الله تعالى ثابتا وحده

(١) السياسة الشرعية لابن تيمية ص ٦٩ .

في الانتهاء إذ أن حد السرقة بعد أن يحصل الادعاء والإثبات خالص لله تعالى ليس للعبد أن ينزل عنه ولا عبرة بإسقاطه إن أسقطه . ومما يؤكد بروز الجانب الشخصي في هذه الجريمة أن أخذ مال الغير خفية أى على سبيل الاستخفاء ركنا أساسيا من الأركان المكونة لها (١) أى يؤخذ المال دون علم المجنى عليه ودون رضاه ، فإذا كان أخذ المال بعلم صاحبه ورضاه بأن أذن صاحب المال فيه أو كان الأخذ بعلم المجنى عليه ودون رضاه أو العكس فلا جريمة عندئذ إذ الإذن السابق بأخذ المال يسقط معنى الجريمة ، وكذلك الأمر بالنسبة لجرائم الأموال الأخرى كالاختلاس والغصب والنهب التى قد يتوافر فيها علم صاحب المال بأخذه ولكن دون رضاه ، إذا عدم الرضا ركن أساس في هذه الجرائم المبنية على عدم الرضا فإذا توافر الرضا في أحدها فلا جريمة حينئذ .

والجرائم التعزيرية منها ما يكون الاعتداء فيها مباشرا على المجتمع من غير أن يكون ثمة اعتداء على شخص معين كالجرائم التى تمثل اعتداء على أوامر الله ونواهيه مثل ترك الزكاة ، ترك الصلاة ، وترك الأذان أو الاتفاق على تركه من الجميع . فالاعتداء في هذه الجرائم اعتداء على حق الله تعالى وهو اعتداء مباشر على الدين وعلى الجماعة ومنها ما يكون الاعتداء فيها مباشرا على الأشخاص كالاتهام الباطل ، والدعاوى الباطلة ، ومطل الغنى والقذف بغير الزنى ونفي النسب ، والعقوبة في هذه الجرائم لحفظ حرمان الناس وأعراضهم ، ولهذا كان للعبد فيها حق ، فله أن يطلب العقاب أو لا يطلبه وأن يسقطه أو لا يسقطه بعد وجوبه .

والجرائم التعزيرية جميعا سواء منها النوع الأول الذى تكون العقوبة فيها حقا خالصا لله تعالى ، أو النوع الثانى الذى تكون العقوبة فيه حقا للعبد قابلا للعفو تطبق عليها القاعدة العامة التى نحن بصدددها وهى " أن رضاء المجنى عليه بالجريمة الواقعة عليه لا يغير من وصف الجريمة ولا يؤثر على المسؤولية الجنائية للفاعل " .

(١) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢٦٥ ، بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٥ ، شرح فتح الغدير ج ٤ ص ٢١٩ ، الروض النضير ج ٤ ص ٢٢٨ ، نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤١٨ ، أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٧ ، المغنى ج ١٠ ص ٢٣٩ ، كشف القناع ج ٤ ص ٧٧ ، المحلى ج ١١ ص ٣٣٧ ، مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٥ .

الفصل الثانى

أثر رضاء المجنى عليه على وجود الجريمة
والمسئولية الجنائية في قانون العقوبات
الوضعى

الفصل الثاني

أثر رضاء المجنى عليه على وجود الجريمة والمسئولية الجنائية

في قانون العقوبات

هل لرضاء المجنى عليه بالجريمة أثر يمنع وجودها ؟ وهل يعتبر هذا الرضاء من الأسباب التي تعفي مرتكب الجريمة من المسؤولية الجنائية ؟

من الحوادث الضارة بمصالح الأفراد حالات مختلفة تعرض في الحياة العملية وتتردد المسؤولية فيها بين الوجود والعدم وإذا وجدت فهي تتردد بين الخطأ العمدى وغير العمدى ، ويرجع هذا التردد إلى أن تلك الحالات تحدث برضاء المجنى عليه ، وقد يترتب على قيام رضاه زوال المسؤولية إطلاقاً في بعض هذه الحالات ، وقد يترتب عليه في البعض الآخر منها زوال المسؤولية العمدية وبقاء المسؤولية غير العمدية وقد لا يكون له في البعض الثالث أى أثر في المسؤولية العمدية . من حيث وجوبها على الجانى (١) ، ويتضح تفصيل ذلك كله عند بحث أثر رضاء المجنى عليه في كل جريمة من الجرائم على حده .

ويرتبط البحث في أثر رضاء المجنى عليه بصفة عامة بمسألة عامة حول مدى سلطات الفرد على نفسه ، ولتحديد هذا المدى قيل أن الحقوق تنقسم إلى نوعين :

(١) النوع الأول هو الحقوق الطبيعية اللاصقة بالشخص والتي لا يمكن التصرف فيها أو التنازل عنها ، كحق الحياة والحق في سلامة الجسم والدفاع عن النفس وحق الحرية والعمل والحياة الاجتماعية ، والتساوى مع الغير أمام القانون .

(٢) نوع الحقوق المكتسبة وهو التي يصح التصرف فيها والتنازل عنها ، كحق الملكية على الأشياء ، وبقية الحقوق المالية الأخرى .

ولكن هذا التقسيم أقرب إلى القانون المدنى منه إلى القانون الجنائى ، إذ أنه يتصل بصحة العقود والتصرفات الواقعة على هذه الحقوق ، وليس له كبير علاقة بشئون المسؤولية الجنائية من حيث ثوافر الجريمة ووجوب العقاب (٢).

وإذا أريد تحديد مدى سلطان الفرد على نفسه من الوجبة الجنائية وجب البدء بإقرار مبدأ أساسى في المجتمع الحديث ، وهو أن حقوق الفرد عامة محدودة بحقوق غيره من أفراد الهيئة الاجتماعية من جهة وبحقوق المجتمع الذى يضمهم من جهة أخرى . فلا يستطيع عضو من أعضائه أن يتمتع بحقوقه أو أن يتصرف فيها إلا بدون طغيان على حقوق الغير . وإلا بدون

(١) د. على بدوى ، في كتابه الأحكام العامة في القانون الجنائى ط ١٩٣٨ ج ١ الجريمة ص ٣٨٣ .

(٢) د. على بدوى ، المرجع السابق الإشارة إليه .

إخلال بالصالح الاجتماعي أو النظام العام^(١).

فللفرد أن يتمتع بحقه في الحياة وحقه في سلامة جسمه وحريته ، ولكن للمجتمع أن يتطلب منه تضحية هذا الحق بإخضاعه للخدمة العسكرية وإرساله إلى ميدان الحرب ، ولل فرد أن يقضى على حياته بنفسه أو أن يقطع أجزاء جسمه ، ولكن للمجتمع أن يحرم عليه ذلك إذا كان عاملاً في الخدمة العسكرية أو معد للعمل فيها ، وللشخص أن يتصرف في شخصه والتعهد بالعمل كما شاء . ولكن النظام العام يقضى بتقييد هذا الحق بقيود شتى ، وخاصة بنظام العمل ومدته وسن العامل ، كذلك فإن للفرد أن يغذى نفسه بما يختار من ألوان الطعام والشراب ، ولكن حاجة المجتمع إلى المحافظة على كيانه المادى والأدبى في سلامة أبدان أعضائه وعقولهم وأخلاقهم تقضى بأن يحرم على الفرد تناول المواد الخطرة على هذا الكيان الاجتماعى ، كما هو الأمر في تحريم استعمال المواد المخدرة والاتجار بها . ولل فرد أن يتلف أمواله الخاصة إذا شاء ولكن الأمن الاجتماعى يستلزم أن يحظر عليه الاستعانة في ذلك بوسائل تعرض للخطر أموال الناس وأرواحهم كالحريق واستعمال المفرقات ، ولل فرد أن يتنازل عن حقه أو عن الضرر الذى لحق به من الجريمة ، ولكن للمجتمع رغم ذلك حقه في إيقاع العقاب بالمجرم ، سواء أكان ذلك في جريمة ارتكبت على النفس أو في جريمة وقعت على المال .

ويترتب على ذلك مبدأ أساسى عام هو " أن الأصل في القانون أن رضاء المجنى عليه بالجريمة ، قبل ارتكابها أو أثناءه أو بعده^(٢) ، لا يؤثر في قيام المسؤولية الجنائية للفاعل فهو لا يمنع من وجود الجريمة ، ولا من عقاب المجرم ، وإن كان له من أثر فقد يكون في العقوبة في حدود ما يملكه القاضى من سلطة التخفيف^(٣) " ذلك أن العقاب إنما يقوم لحماية المصلحة العامة وليست مصلحة المجنى عليه فهو لم يشرع لإرضاء شهوة الانتقام فيه حتى يكون رضاه مانعاً للعقاب ولكنه قرر وسيلة لحفظ النظام الاجتماعى^(٤).

(١) د. على بدوى المرجع السابق الإشارة إليه .

(٢) د. على بدوى المرجع السابق .

(٣) د. على بدوى المرجع السابق ، د. السعيد مصطفى في المرجع السابق الإشارة إليه ، د. على راشد في المدخل وأصول النظرية العامة ط ١٩٧٠ ص ٥٤٥ ، محمود إبراهيم اسماعيل في كتابه شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات ، د. رمسيس بهنام في النظرية العامة للقانون الجنائى ط ١٩٦٨ ص ٣١٠ ، دونديد وفابر رقم ٤١٢ ، جارسون مادة ٢٩٥ رقم ٢٣٥ وجارو ج ٤ رقم ١٧١١ .

(٤) المراجع السابقة ، انظر دونديد وفابر رقم ٤١٨ ، فارن فيدال ومانويل ج ١ رقم ٢٣٢ ، وانظر تعليق مانويل بمجلة العلم الجنائى ط ١٩٣٧ ص ٦٨٠ وما بعدها ويلاحظ الدكتور على راشد في كتابه مبادئ القانون الجنائى ج ١ ص ٤٣٩ ط ٢ سنة ١٩٥٠ ، أن من الشراح من يحاولون تفسير مبدأ انعدام أثر رضاء المجنى عليه في الجريمة والعقاب ، بالغاية الأولى من العقوبة وأساس حق العقاب ، والقول بأن العقاب حق للدولة مقرر أصلاً لحماية مصالح عامة تتعلق بحقوق الهيئة الاجتماعية لا بحقوق فردية ، ويخلصون من ذلك إلى أن الفرد =

فالقاعدة هنا أنه لا أثر لرضاء المجنى عليه أو عدم رضائه في وجود الجريمة والمسئولية الجنائية للفاعل ، إذ أن الجريمة التي تقع إنما تتخمن انتهاكا لمصلحة أراد الشارع حمايتها جنائيا ، وقد أثر الشارع هذه المصلحة بالحماية الجنائية لأهميتها ولم يقصد بتقرير الجزاء الجنائي حماية مصلحة فردية للمجنى عليه ومن التناقض أن يقرر القانون حماية مصلحة لأهميتها الاجتماعية ثم يترك للأفراد التنازل عنها وعن حق المجتمع في العقاب ، واذلك فإن رضاء المجنى عليه ليس له أثر على مسئولية الجاني (١).

ويترتب على ذلك أن من يقتل غيره برضائه أو بطلبه يعاقب بعقاب القتل العمد (٢) إذ أننا نكون بصدد جريمة تتوفر جميع أركانها كما يتوفر القصد الجنائي لدى الفاعل الذي يكون فعله في العادة مقترنا بظرف سبق الأصرار (٣). ولا عبرة برضاء المجنى عليه هنا ، ولا أثر له في القصد الجنائي للفاعل ، إذ أن القصد الجنائي هو " انصراف إرادة الجاني إلى ارتكاب الجريمة عالما بتوافر عناصرها في القانون " (٤). ولا عبرة بأثر رضاء المجنى عليه في إرادة الجاني أو علمه بتوافر عناصر الجريمة في القانون ، فلا يتوقف قيام هذا القصد أو انتفاؤه على رضاء المجنى عليه بوقوع الجريمة عليه ، فالرضاء الصريح من المجنى عليه لا ينفي توافر القصد الجنائي لدى الجاني ، وإذا لا يحول بحسب الأصل ، دون قيام الجريمة ، كما أن الباعث ولو شريفا لا يحول دون توافر القصد كذلك (٥) ، فمن يقتل غيره إشفافا عليه من الآلام المبرحة التي يقاسيها نتيجة مرض ألم به وأصبح ميؤسا من شفائه ، وقد يكون ذلك بناء على طلبه وإلحاحه ، فصحيح القانون في هذه الحالة أن القتل شفقة بالمجنى عليه هو في حقيقته جناية يعاقب عليها

= لا يملك بصفته هذه حقا بشأن العقاب حتى ولو كان مجنبا عليه ، ومن ثم فإنه لا يستطيع برضائه التنازل للجاني عن حق لا يملكه هو " قارن دونديود وفابر المجز رقم ٢٢٢ ويشيرون ويدوى بك رقم ٤ ص ٢٩٠ والمراجع المشار إليها .

ويقول سيادته : ونعتقد أن التحليل الذي أوردناه هو الأقرب إلى الدقة العلمية ، لأنه ينصب مباشرة على المحور الحقيقي للمناقشة فيما نحن بصده ، ونعني بذلك مدى حقوق المرء على نفسه لا مدى نصيب المرء في حق العقاب الذي لا جدال كما هو معلوم في أنه حق للجماعة لا للأفراد ، فيؤى يرى أن تفسير مبدأ انعدام أثر رضاء المجنى عليه في الجريمة واستحقاق الجاني للعقاب المقرر لها إنما يرجع إلى أن المجنى عليه لا يملك بهذا الرضاء التنازل لهذا الجاني عن حق من شأنه أن يجعل الفعل مباحا .

(١) د. سمير الجنزورى في مبادئ قانون العقوبات " القسم العام " ص ٣٢٧ .

(٢) د. السعيد مصطفى المرجع السابق ، والمراجع السابق الإشارة إليها .

(٣) د. أحمد فتحي سرور في كتاب الوسيط في شرح قانون العقوبات القسم الخاص ص ٤٤٠ .

(٤) د. رؤف عبيد في كتابه التشريع العقابى .

(٥) د. رؤف عبيد المرجع السابق وكذلك المراجع السابق الإشارة إليها .

القانون (١) ، وهو عادة ما يكون مقترنا بظرف سبق الإصرار لأنه يتم بطبيعة الحال بعد كثير من التفكير والتحضير . ومن المقرر أن الباعث على الفعل مهما كان شريفاً يستمد من الحب أو الشفقة لا يغير مطلقاً من الطبيعة القانونية للجريمة عند توافر جميع عناصرها القانونية (٢) ، إذ أن الباعث ليس ركناً في الجريمة ولا عنصراً في ركنها المعنوي ومن ثم فإن الخطأ فيه لا يؤثر في سلامة الحكم مادام أنه لم يتخذ منه دليلاً في الإدانة (٣) خلافاً لما اتجهت إليه معظم أحكام القضاء في فرنسا وأمريكا وبلجيكا من تقرير براءة المتهمين في جرائم القتل للشفقة ، والواقع أنه لا يوجد سند قانوني يستند إليه هذا الاتجاه فأركان جريمة القتل متوافرة في هذه الأحوال ، كما أنه لا أثر للباعث في وجود الجريمة ووجوب العقاب عليها (٤).

وكذلك الأمر بالنسبة لمن يحدث بغيره جروحاً برضاه فإنه يعاقب على جريمة الجرح العمد. ولو كان قاصداً من ذلك علاجه من مرض مادام غير مرخص له بالعلاج (٥) ، فالحلاق أو التومرجي الذي يجري جراحة لشخص برضائه وبناء على طلبه فإن فعله يعتبر جرحاً عمدياً . ويعاقب الحلاق بحسب نتائج الجرح العمدى طبقاً للقواعد العامة ، فإذا توفي المجنى عليه كانت الواقعة جرحاً أفضى إلى الموت لا قتلاً خطأ بشرط أن يعتمد إحداث الجرح ، أما إذا صدر عنه فعل لم يقصد به إحداث جرح فأدى الفعل مع ذلك إلى وفاة المجنى عليه كانت الواقعة في هذه الحالة وحدها قتلاً خطأ لا جرحاً أفضى إلى الموت (٦).

ومما يتصل بموضوع رضاه المجنى عليه ، موضوع المبارزة (٧) وفيها يتفق شخصان على تحكيم السلاح لفض ما بينهما من نزاع ، وهي صورة من صور رضاه المجنى عليه بالجريمة ، لأن كلا من المتبارزين يقبل مقدماً أن يقتله خصمه أو يجرحه .

وقد ثار البحث حول هذه المسألة وتردد في شأنها قضاء محكمة النقض الفرنسية ، إذا كان التشريع السابق على الثورة الفرنسية يعاقب عليها ثم سكت عنها التشريع اللاحق لها ، وقضت أحكام محكمة النقض بعدم العقاب عليها لعدم النص ، ولكنها استقرت بعد ذلك على العقاب عليها باطراد . بوصفها قتلاً أو جرحاً على حسب الأحوال ، فإذا قتل أحد المتبارزين وتوافرت نية

(١) د. أحمد فتحي سرور ، المرجع السابق .

(٢) د. السعيد مصطفى ، د. أحمد فتحي سرور ، د. رؤف عبيد ، د/ علي بدوي ، د. علي راشد ، د. محمد كامل مرسى في المرجع السابق الإشارة إليه .

(٣) نقض ٣١ مايو ١٩٦٦م مجموعة الأحكام ص ١٧ رقم ١٣٢ ص ٧١٥ .

(٤) د. أحمد فتحي سرور ، المرجع السابق .

(٥) د. السعيد مصطفى ، د. رؤف عبيد في المرجعين السابقين الإشارة إليهما .

(٦) د. رؤف عبيد المرجع السابق ، نقض ٢٧ / ٥ / ١٩٣٥ مجموعة القواعد ج ٣ رقم ٣٨٢ ص ٤٨٤ .

(٧) د. السعيد مصطفى ، د. رؤف عبيد ، المرجعين السابقين .

القتل كانت الواقعة قتلًا عمدًا ، وإلا عوقب الفاعل بحسب نتيجة الإصابة التي أحدثتها بخصمه وتتنطبق عليها القواعد العامة في جرائم الاعتداء على الأشخاص لدخولها في عموم المواد التي تعاقب على القتل وإحداث الجروح . وأخذ بالمبدأ العام من أن رضاء المجنى عليه بالجريمة لا يمنع وقوعها قانونًا (١).

وهذا هو ما تقتضيه به نصوص التشريع المصري القائم الذي ليس فيه نص في هذا الشأن ، فيعاقب المتبارزان بالعقاب المقرر للقتل أو الجرح على حسب الأحوال وتبعًا لما يتبين من قصدها من المبالغة ، ويعاقب الشهود بعقوبة الشركاء بالاتفاق والمساعدة على مقتضى أحكام الاشتراك (٢).

ومما يتصل بهذا الموضوع إصابة الشخص لنفسه بنفسه . ففي الحالات القليلة التي قد يتدخل القانون بالعقاب عليها في هذا الصدد بوصف الفعل جريمة يعد رضاء المجنى عليه وهو الجاني هنا أيضًا لا أثر له في وجود الجريمة ، ولا يمنع من قيام المسؤولية عن الفعل والعقاب المقرر عليه . فالقانون مثلًا يعاقب على الجروح أو العاهات التي يحدثها الشخص بنفسه بقصد التخلص من الخدمة العسكرية (المادتين ٧٢ ، ٧٣ من القانون رقم ٥٠٥ لسنة ١٩٥٥ في شأن الخدمة العسكرية والوطنية) وكذلك يعاقب المرأة التي ترضى بتعاطي أدوية أو استعمال وسائل يترتب عليها إجهاضها (المادة ٢٦٢ من قانون العقوبات) رعاية للمصلحة العامة ، وكذلك يعاقب من يضع النار عمدًا في ملكه (٢٥٣ ، ٢٥٤ من قانون العقوبات) لما يترتب على هذا الفعل من أخطار عامة (٣) ، كما أن بعض القوانين تعاقب على الشروع في الانتحار كالقانون الإنجليزي (٤). ففي هذه الحالات المتقدمة لم يجعل القانون لرضاء المجنى عليه بها أثرًا بعدم وجود الجريمة أو يمنع قيام المسؤولية وتوقيع العقاب على الفاعل وإن كان هنا هو المجنى عليه نفسه . على أن هذه الحالات في القانون على سبيل الاستثناء إذ أن الأصل في القانون أن إصابة الشخص نفسه بنفسه لا تخضع للعقاب بصفة عامة ، ولا يتدخل الشارع بالعقاب فيها إلا حيث يكون للفعل الذي من هذا القبيل معنى مستقل عن إيذاء الشخص نفسه أو تفريطه في ماله ، ويمثل مساسًا بالمصلحة العامة على سبيل الإضرار بها أو تعريضها للخطر .

(١) د. السعيد مصطفى ، د. رؤف عبيد ، المرجعين السابقين ، انظر في الموضوع فيدال ومانيول ج ١ رقم ٢٣٧ ودونديود وفابر رقم ٤٢٢ ، راجع نقض فرنسي في ٢١ / ٧ / ١٨٤٩ سبيري ١٨٤٩ ، ٢ ، ١٩٥ ، ٢٢ / ٨ / ١٩٤٨ سري ١٨٤٨ ، ١ ، ٦٣٥ ، ٨ / ١٢ / ١٨٤٨ ، دالوز ١٨٤٩ ، ١ ، ١٨٢ .

(٢) د. السعيد مصطفى ، المرجع السابق .

(٣) د. السعيد مصطفى ، المرجع السابق .

(٤) د. رؤف عبيد ، المرجع السابق .

إستثناءات :

أولاً : يرد على المبدأ المتقدم - وهو أن الأصل في القانون أن رضاء المجنى عليه بالجريمة لا يؤثر في قيام الجريمة فهو لا يمنع من وجود الجريمة ، ولا من عقاب المجرم - استثناءات منها أن رضاء المجنى عليه قد يكون له أثر في هذه الناحية . وذلك في الأحوال التي يباح فيها الفعل على أساس استعمال الحق المقرر بالقوانين ، كمزاولة أعمال الطب والجراحة والنشاط الرياضي فريضاء المريض بالعلاج شرط لإعمال الإجازة القانونية بإجراء العلاج وكذلك الشأن في ممارسة الألعاب الرياضية^(١) وهذه الحالات مما سوف يرد بحث أثر رضاء المجنى عليه في كل منهما على سبيل التفصيل في حينه بإذن الله تعالى .

ثانياً : ومما يتعارض مع هذا المبدأ الذي نحن بصددده أيضاً ما يقرره القانون من أن قتل الإنسان لنفسه أو إحداثه بجسمه جروحاً لا يعد جريمة ، فلا يعاقب الشخص على فعله ذلك كما لا يعاقب كل من يشترك معه في هذا العمل لأن الاشتراك لا يكون إلا في جريمة^(٢) .

ويلحظ في هذه الحالات أن إيقاع الشخص الأذى بنفسه على نفسه هو قمة الرضا بالفعل ورضاءه باشتراك الغير معه في هذه الحالات له تمام الأثر في الجريمة والمسئولية الجنائية إذ أنه أدى إلى انعدام الجريمة وعدم قيام المسؤولية ومنع العقاب ، ومهما اختلف الرأي حول الأسباب التي أدت بالشارع إلى عدم تناول هذه الحالات بالتجريم في تقرير العقوبات عليها، فإننا نرى أن أثر رضاء المجنى عليه في عدم وجود الجرائم في هذه الحالات وعدم قيام المسؤولية فيها هو هنا استثناء من المبدأ السابق المقرر وهو أن الأصل في القانون أن رضاء المجنى عليه بالجريمة لا يمنع من وجودها ولا من عقاب المجرم ، إذ أنه لا يؤثر في قيام المسؤولية الجنائية للفاعل وصحة هذا الاستثناء أو عدم صحته إنما تتضح عند المقابلة بما تقرره مبادئ الشريعة الإسلامية والفقهاء الجنائي الإسلامي الحنيف مما سوف يأتي في حينه بإذن الله تعالى .

ثالثاً : الجرائم التي يكون أساسها عدم الرضا .

غير أن لرضاء المجنى عليه أثره في قيام جرائم معينة ، إذ أن هناك من الجرائم ما يلزم لقياسها عدم رضاء المجنى عليه عن الفعل الإجرامي فيكون من أركانها أن يقع الفعل بغين رضاء من وقع عليه . فعدم الرضاء هنا عنصر من عناصر الجريمة أو بعبارة أخرى لا تعتبر الجريمة قائمة إلا إذا وقعت على غير إرادة المجنى عليه بحيث إذا وجد هذا الرضاء فلا جريمة ولا عقاب^(٣) . وتلك هي جرائم الاعتداء على المال وعلى الحريات الشخصية والجرائم

(١) د. السعيد مصطفى ، المرجع السابق .

(٢) د. محمود مصطفى ، المرجع السابق الإشارة إليه .

(٣) د. السعيد مصطفى ، د. على راشد ، د. محمود مصطفى ، د. رؤف عبيد ، د. محمود نجيب حسنى ، د. محمود إبراهيم اسماعيل ، د. على بدوى ، في المراجع السابق الإشارة إليها .

الخلقية " (١).

فجريمة السرقة يكون الاختلاس وهو أخذ المال خفية عن صاحبه ركنها المادى (م ٣١١ ع وما بعدها) فإذا ما كان انتقال المال إلى آخذه برضاء صاحبه فإن في ذلك معنى التنازل عن المال بمحض رغبته وهو حق طبيعى إذ من خصائص المال أن يكون محلا للتعاقد ولانتقال الرضائى من يد إلى يد وانتقال المال بهذه الصورة إنما ينافى الاختلاس وهو الركن المادى لجريمة السرقة ، فلا تكون هناك جريمة حيث كان للرضا أثره في عدم وجودها (٢).

وينطبق هذا على جرائم النصب وخيانة الأمانة والاتلاف من جرائم الاعتداء على الأموال إذ أن الرضا الصحيح في كل منها مانع من توفر ركنها المادى الذى تقوم عليه . فالرضا في النصب كان عن علم بغرض الجانى مانع من توفر ركن الخداع والاحتياال لأن فيه معنى التنازل عن المال بمحض الإرادة لا بالغش ، والرضا في خيانة الأمانة مانع من قيام ركن الضرر لأن فيه معنى تملك المال عن تصرف فيه (٣).

وكذلك الشأن في كل جريمة من الجرائم التى نص عليها القانون ويفترض في ركن من أركانها ضمنا أو صراحة أن الأمر المجرم قد ارتكب على غير إرادة المجنى عليه أو رغبته . وبدون ذلك لا وجود للجريمة ولا سبيل لعقاب من ارتكبها كجريمة اغتصاب الإناث (م ٢٦٧ ع) فإنها لا تقوم إلا إذا حصل الوقاع بغير رضا الأنثى فإذا كان هناك رضا فلا جريمة إذ لا يتوفر ركنها المادى المكون لها (٤)، وجريمة هتك العرض (م ٢٦٧ ع) كذلك لا تقوم إلا إذا حصل الفعل بغير رضا من وقع عليه (٥) وجريمة انتهاك حرمة المسكن (م ١٢٨ ع) فلا يرتكب الموظف جريمة انتهاك حرمة المسكن إلا إذا كان دخوله المسكن بغير رضا صاحبه أو حائزه (٦).

وجريمة الحبس بغير وجه حق (م ٢٨٠ ع) فالحبس بدون حق على غير إرادة المجنى عليه وبدون رضائه يكون ركن الجريمة المادى ، فإذا ما توفر رضا المجنى عليه بالحبس بأن كان موافقا لإرادته ورغبته فلا جريمة حيث إن الحبس (٧) ، وكذلك الشأن في جريمة الخطف

(١) د. محمود إبراهيم إسماعيل ، المرجع السابق فقرة ٢٩٦ .

(٢) د. على بدوى ، د. السعيد مصطفى السعيد ، د. على راشد ، د. محمود مصطفى ، د. رؤف عبيد في المراجع السابق الإشارة إليها .

(٣) د. على بدوى ، د. على راشد ، د. رؤف عبيد ، المراجع السابق الإشارة إليها .

(٤) د. على بدوى ، د. السعيد مصطفى ، د. على راشد ، د. محمود مصطفى ، د. رؤف عبيد المراجع السابقة.

(٥) المراجع السابقة الإشارة إليها .

(٦) د. محمود مصطفى ، المرجع السابق الإشارة إليه .

(٧) د. على بدوى ، د. على راشد ، د. رؤف عبيد .

التي تقع على أنثى تبلغ من السن أكثر من ست عشرة سنة (م ٢٩٠ ع) فإن الرضا بالخطف يعد جريمة إذ فيه معنى الرغبة في الهرب بمساعدة الخاطف (١).

وهكذا في جميع الحالات السابقة نجد أن رضا المجنى عليه يحول دون قيام الجريمة إذ لا جريمة هنا لانعدام أحد العناصر اللازمة قانوناً لقيامها والتي تكون الركن المادي للجريمة فالأمر في هذه الحالات جميعاً لا جريمة فيه ابتداءً حتى في نظر القانون الذي يعرف الجرائم ويحدد عناصرها ، و الفرق بين هذه الحالات التي نحن بصددنا والتي لا تقوم فيها الجريمة بأثر رضا المجنى عليه وبين الحالات السابقة التي استعرضنا فيها رضا المجنى عليه كسبب لإباحتها أو عنصر مكون لسبب من هذه الأسباب إذ أن هذه الحالات الأخيرة تكون الجريمة فيها واقعة مستكملة عناصرها وفقاً لنص القانون ومع ذلك يتجرد الفعل المكون للجريمة من الصفة الإجرامية بأثر رضا المجنى عليه فيكون مشروعاً لتجرده من عنصر العدوان (٢).

ويشترط لكي يحول رضا المجنى عليه دون قيام الجريمة تحقيق شروط ثلاثة (٣) :

١ - شرط في شخص من يقوم منه الرضا :

وهو أن يكون الرضا صادر من مجنى عليه أهل للرضا

وأهلية الرضا تختلف باختلاف الجرائم المرتكبة (٤) ، كما تختلف باختلاف النظم القانونية المقررة لها . ويتعين أن يكون المجنى عليه مميزاً إذ أن الرضا يجب أن يكون معبراً عن إرادة ذات قيمة قانونية (٥) ولكن هل يرجع في تحديد سن التمييز الذي يعتد بصحة الرضا فيه إلى قواعد القانون المدني أو إلى السن التي يحددها قانون العقوبات لبلوغ الأهلية الجنائية .

لا محل في تحديد سن التمييز للرجوع إلى قواعد القانون المدني ولا محل كذلك للرجوع إلى السن التي يحددها قانون العقوبات لبلوغ الأهلية الجنائية ، إذ يتعلق هذا التحديد بموضوع مختلف وإنما يرجع في هذا الشأن إلى ضابطين (٦) ، أحدهما : ما يحدده الشارع من سن معينة يجب أن يبلغها المجنى عليه حتى يعتد برضائه من ذلك ما قرره الشارع من تحديد سن الثامنة عشرة حتى يعتد برضا المجنى عليه في جريمة هناك العرض (م ٢٦٩ من قانون العقوبات (٧)

(١) د. على بدوي ، د. السعيد مصطفى ، د. علي راشد ، د. محمود مصطفى ، د. رؤف عبيد ، المراجع السابقة .

(٢) جميع المراجع السابق الإشارة إليها في هذا الموضوع .

(٣) جميع المراجع السابق الإشارة إليها في هذا المبحث .

(٤) د. السعيد مصطفى ، المرجع السابق الإشارة إليه ،

(٥) د. محمود نجيب حسني ، القسم العام .

(٦) د. محمود نجيب حسني ، القسم العام ص ٢٦٣ .

(٧) د. على بدوي ، د. السعيد مصطفى ، د. محمود مصطفى .

وسن السادسة عشرة حتى يعتد برضاء المجنى عليه في جريمة الخطف (م ٢٨٩ ع (١)). ثانيًا : فيما لم يحدد فيه الشارع سنا معينة فعلى قاضي الموضوع أن يبحث في مدى فهم المجنى عليه لطبيعة الفعل وإدراكه لآثاره وتقديره لخطورته دون أن يكون مقيدا بسن معينة (٢) وتقوم الجريمة إذا انتهز الجاني فرصة فقدان المجنى عليه شعوره أو اختياره لجنون أو عاهة في العقل أو غيبوبة ناشئة عن تناول عقاقير مخدرة أو لأي سبب آخر (٣) ، فكون المجنى عليه مجنونا (٤) أو سكران (٥) ، أو مخدرا أو نائما نوما طبيعيا (٦) ، أو مغناطيسيا مجرد إراداته من القيمة القانونية أو يجعله عاجزا عن مجرد التعبير عنها .

٢- شرط في طبيعة الرضاء :

وهو أن يكون الرضاء حرا صحيحا :

بمعنى أن يصدر رضاء المجنى عليه بالفعل غير مشوب بما يعيبه . ويعيب الرضاء أحد ثلاثة ، الغش والغلط والإكراه ، فإن شابه شيء من ذلك فلا يمنع من وقوع الجريمة (٧) ويستوى في ذلك الرضاء الصريح والضمني (٨) فمن يستولى على مال لآخر باستعماله طرقا احتيالية يكون مرتكبا جريمة النصب (٩). ومن يكره شخصا على تسليم ماله يسأل عن سرقة وقد يكون بالإكراه سببا لتشديد عقابها (١٠) ويعد مرتكبا لجريمة اغتصاب الإناث من يدخل ليلا سريرا امرأة على صورة تجعلها تظنه زوجها وهي لا تزال تحت تأثير النوم فتسمح له بمواقعتها (١١) ، وكذلك

(١) المراجع السابقة ، ورسالة د. محمد عبد العزيز بدر في أثر الرضاء في مسؤولية الجاني فرنسا ١٩٢٨ ص ٥٧ وما بعدها .

(٢) د. محمود نجيب حسنى ، الأستاذ محمود اسماعيل .

(٣) د. محمود مصطفى ، القسم العام .

(٤) انظر في عدم الاعتداد بإرادة السكران في جريمة هنك العرض ، نقض ٢٣ مايو ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض س ١٧ رقم ١٢٣ ص ٦٧٤ .

(٥) انظر في عدم الاعتداد بإرادة السكران في جريمة هنك العرض نقض ٢٣ نوفمبر ١٩٣٦ مجموعة القواعد القانونية ج ٤ رقم ١٦ ص ١٨ .

(٦) انظر في قيام جريمة هنك العرض بالقوة إذا كانت المجنى عليها نائمة وقت الفعل . نقض ٢٤ أبريل ١٩٥٠ مجموعة أحكام محكمة النقض س ١ رقم ١٧٤ ص ٥٣٤ .

(٧) المراجع السابق الإشارة إليها .

(٨) د. على بدوى ، المرجع السابق .

(٩) د. السعيد مصطفى ، الأستاذ محمود اسماعيل .

(١٠) د. محمود نجيب حسنى ، القسم العام ص ٢٦٤ ، والقسم الخاص رقم ٥٦١ ص ٥١٧ .

(١١) د. محمود مصطفى ، دز محمود نجيب حسنى وكذلك نقض ١٤ مايو ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض س ٢ رقم ٣٩٧ ص ١٠٨٩ .

الحكم بالنسبة لمن يواقع امرأة تحت تأثير زواج زال أثره بالطلاق وهي تجهل ذلك (١). والمجنى عليها في جريمة هناك عرض لا تكون راضية بما وقع من المتهم إذا اعتقدت أنه طبيب فسلمت بوقوع الفعل عليها (٢).

٣- شرط يتعلق بوقت الرضاء :

وهو ضرورة أن يكون الرضاء معاصرا للفعل الذي تقوم به الجريمة (٣). وعلة هذا الشرط أن تأثير الرضاء ينصب على الفعل فيبيحه أو ينفي عنه صلاحيته لتكوين الركن المادى ، فيتعين أن يكون متوافرا لحظته (٤).

والرضاء السابق على الفعل كذلك له أثره ويمنع وجود الجريمة بشرط أن يظل قائما حتى يرتكب الفعل (٥) إذ لا عبرة في وقوع الجريمة بالرضاء السابق ما دام المجنى عليه غير راض على الفعل وقت وقوعه (٦) وإذا كان الرضاء لاحقا على الفعل فلا عبرة به (٧) ، ولا يمنع المسؤولية ولا يعفى من العقاب (٨). وما هو إلا تنازل أو عفو من المجنى عليه لا أثر له على المسؤولية الجنائية وإن كان له أثر في زوال المسؤولية المدنية (٩). فهذا الرضاء الذى وقع الفعل بدونه ثم حصل بعد وقوع الفعل لا يكون مانعا من توافر أركان الجريمة (١٠) ، ولا قيمة له إلا من حيث تأثيره على الإجراءات في الحالات المحددة التى يجيز فيها القانون ذلك (١١) والتى سوف نحددها عند بيان أثر رضاء المجنى عليه في الإجراءات الجنائية .

(١) د. محمود مصطفى ، د. محمود نجيب حسنى ، نقض ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٨ مجموعة القواعد القانونية ج ١ رقم ١٦ ص ٢٢ .

(٢) د. محمود مصطفى ، نقض ١٧ ابريل سنة ١٩٥٠ ، ٢٢ ابريل ١٩٥٠ وأول مايو ١٩٥٠ ، ٢٢ مايو ١٩٥٠ . مجموعة أحكام النقض س ١ الأرقام ١٦٨ . ١٧٤ . ١٨٤ . ٢٢٢ . ٢٧ يونيو ١٩٦٠ س ١١ رقم ١١٨ ص ٦٢٧ ، وانظر في انعدام الرضاء بالمباغته نقض ٢٦ مارس ١٩٦٣ س ١٤ رقم ٥٢ ص ٢٥٤ .

(٣) جميع المراجع السابق الإشارة إليها في هذا البحث .

(٤) د. محمود نجيب حسنى .

(٥) د. محمود نجيب حسنى والمراجع السابقة .

(٦) د. محمود مصطفى ،

(٧) د. محمود مصطفى .

(٨) الأستاذ محمود اسماعيل .

(٩) د. على بدوى .

(١٠) د. السعيد مصطفى السعيد ، دونديود وفاير رقم ٤٢٦ ، رسالة الدكتور بدر المشار إليها سابقا ص ٦٤ وما بعدها .

(١١) د. محمود نجيب حسنى ، ويلاحظ ان في بعض الجرائم يكون الرضاء مانعا من المسؤولية ولو كان بعد وقوع الفعل كرضاء الزوج بزنا زوجته (م ٢٧٣ ع) أو رضاء الزوجة بزنا زوجها (م ٢٧٧ ع) على أن الرضاء هنا ليس من موانع المسؤولية وإنما يمنع المحاكمة فقط ، الدكتورين السعيد مصطفى ومحمد كامل مرسى . رسالة الدكتور بدر السابق الإشارة إليها ص ٧٠ .

وتطبيقاً لذلك فإن تراخى وقت تحقيق النتيجة عن لحظة الفعل ولم يكن الرضاء متوافراً حين الفعل ثم توافر حين تحققت النتيجة فهو مجرد من القيمة (١).

هذا بالنسبة للجرائم التي يكون عدم الرضاء ركنها المادى ، فإذا ما توافر الرضاء فلا جريمة إذ يحول الرضاء دون قيامها . أما في سائر الجرائم وعلى الأخص جرائم الاعتداء على الأشخاص كالقتل والجرح والضرب والإجهاض فإن رضاء المجنى عليه بها لا يعدم صفتها ولا يضيع ركنها من أركانها . غير أن هذا الرضاء قد يكون مقترناً في بعض الظروف بعنصر آخر من العناصر التي تؤثر على المسؤولية الجنائية فتحوها أحياناً أو تنقلها من مسؤولية عمدية إلى غير عمدية أحياناً أخرى وتتضح أن هذه الأحكام المختلفة من دراسة أثر رضاء المجنى عليه في كل جريمة على حده ومن دراسة الحالات المتعلقة بالانتحار وبالمبارزة وبالألعاب الرياضية وبأعمال الطب والجراحة .

هذا وإذا كنا قد جعلنا الأساس في بحثنا عن أثر رضاء المجنى عليه على وجود الجريمة مدى سلطات الفرد على نفسه وذهبنا في تحديد هذا المدى إلى تقسيم الحقوق إلى حقوق طبيعية لاصقة بالشخص لا يمكن التصرف فيها أو التنازل عنها وأخرى مكتسبة يجوز التصرف فيها أو التنازل عنها ، كما حددنا هذا المدى أيضاً بإقرار مبدأ أساس هو أن حقوق الفرد عامة محدودة بحقوق غيره من أفراد الهيئة الاجتماعية من جهة وبحقوق المجتمع الذي يضمهم من جهة أخرى (٢) ، فقد تعددت النظريات حول أثر رضاء المجنى عليه على وجود الجريمة .

نذكر منها باختصار لعدم الأهمية العملية المنوطة بذكرها . أولاً :

النظرية الأولى : ذهب أصحابها إلى أن رضاء المجنى عليه لا ينتج أى أثر قانونى على وجود الجريمة ذلك لأن الدولة هى صاحبة الدعوى العمومية وحدها فلا قيمة لرضاء المجنى عليه أو عدم رضائه ولا أثر له على وجود الجريمة . وقد انتقد أصحاب هذا الاتجاه بأن هناك من الجرائم ما لا يمس الدولة من قريب أو بعيد . وإنما هى تمس الفرد بصفته الخاصة ، وليس بصفته وحده في هذا الكيان الاجتماعى الكبير ، كجرائم الاعتداء على حق الملكية الخاصة لفرد من الأفراد فليست للدولة في هذه الجرائم ملزمة باتخاذ الإجراءات حيث أنها ليست صاحبة الدعوى .

النظرية الثانية : ويذهب أصحابها إلى أن رضاء المجنى بوقوع الجريمة عليه ، له كل الأثر ويتوقف عليه وجود الجريمة وعدمها ، وقد قوبل أصحاب هذه النظرية بالتساؤل عن حق الدولة وحق المجتمع إذن ، مادام رضاء المجنى عليه له هذا الأثر المطلق ، الذى يؤدى إلى محو

(١) د. محمود نجيب حسنى ، المرجع السابق .

(٢) يرجع في تفصيل ذلك إلى صدر هذا المبحث .

الجريمة في كل الأحوال ، مما يتضح به خطأ هذه النظرية التي تصبح معها كلمات الدولة والنظام العام عبارات رنانة ومعانى جوفاء .

غير أن أصحاب هذه النظرية لا يجمعون على أن رضاء المجنى عليه إنما ينتج آثاره بهذه الصفة المطلقة فيرى البعض أن الرضا إنما يعطى حقا يمكن استعماله ، والبعض الآخر يرفضون الأخذ بمبادئ القانون الخاص لحل مسألة من مسائل القانون الجنائي ويرون أن الرضا لا يوجد أى حق ولكنه ربما يجعل الجريمة مستحيلة الوجود في بعض الحالات التي يعدم فيها ركنا من أركان الفعل المادى ، ويشبه هذا الرأي الأخير الرأي القائل بأن الشرط الضمنى يعتبر عنصرا جوهريا في كافة الجرائم أو على الأقل في بعضها . ولكن البعض الآخر من الفقهاء ينكرون ذلك ويرون في الرضا تنازلا قانونيا بموجبه تصبح الواقعة التي قد تكون غير مشروعة واقعة مشروعة .

ويمكننا من تعدد هذه الآراء التمييز بين فريقين منها ، الفريق الأول وهو الذى يسلم بالآثار القانونية للرضا بطريقة مطلقة . والفريق الثانى يذهب إلى أن الرضا ينتج آثارا قانونية محدودة وبالنسبة إلى بعض الجرائم فقط ، وتحت شروط معينة يجب تحديدها .

ولا زالت الخلافات مستمرة في مجال تطبيق رضاء المجنى عليه إلا أن تحديد الآثار القانونية للرضا لا يمكن حصوله إلا بموجب نصوص خاصة من القانون ، بما يستلزم دراسة العناصر المكونة لكل فعل مادى والأشكال التي تنطبق عليها . إلا أن هذا يعتبر معيارا موضوعيا غير قويم .

النظرية الثالثة : ويذهب أصحابها إلى أن أثر رضاء المجنى عليه على وجود الجريمة إنما هو منوط بالحقوق الجائز التصرف فيها ، والحقوق الى لا يجوز التصرف فيها ، فالرضا لا ينتج أى أثر إلا إذا وقع على حق مما يجوز للمجنى عليه التصرف فيه ، وهذه النظرية هي التي كانت سائدة قديما . وقد انتقد أصحابها ، بأنهم لم يتمكنوا من وضع حد فاصل بين نوعى الحقوق ولم يستطيعوا حصر كل نوع على حده .

النظرية الرابعة : ويرى أصحابها أن الرضا لا ينتج أثره إلا بالقدر الذى ترى فيه الدولة حماية مصالح من نوع خاص ولكنها ليست مصالح اجتماعية . وإذا سلمنا بداهة بأنه لا توجد مصلحة خاصة إلا وهي تهمة أيضا المصالح العام أيقنا أنه من الصعب تحديد الوقت والجرائم التي تحمى فيها الدولة مصلحة خاصة فقط دون ارتباط بالمصالح العام لأفراد النظام العام والدولة .

النظرية الخامسة : ويرى أصحابها أن للرضا أثره في حالة الحق النسبى ، ولا أثر له في حالة الحق المطلق . وقد انتقدت هذه النظرية أيضا بالتساؤل عن ما هو الحق النسبى وما هو الحق المطلق في مجال تطبيق قواعد القانون الجنائي ، إلى غير ذلك من النظريات .

وبعد استعراض هذه النظريات والآراء حول البحث عن معيار موضوعي دقيق لتحديد الآثار القانونية لرضاء المجنى عليه ، نستطيع أن نقول :

(١) مما لا خلاف عليه أن الجريمة التي تمس الدولة أو حقًا من الحقوق العامة مباشرة لا يجوز البحث مطلقًا عن أثر رضاء المجنى عليه فيها ، فلا يجوز الرضا بالجريمة من ممثلي الدولة والمسؤولين عن الحقوق العامة للجماعة ، بل أن الرضا من هؤلاء يعتبر خيانة عظمى قد يعاقب عليها القانون . وكذلك من المسلم به أيضا أن لرضاء المجنى عليه أثرا قانونيا محدودا على وجود الجريمة ، بالنسبة لبعض الجرائم وهذا ما ذهبت إليه فعلا جميع القوانين الجنائية الحديثة .

(٢) إنه يمكن اعطاء معايير عامة أو مطلقة لتحديد أثر رضاء المجنى عليه يمكن تطبيقها على الجرائم عموما . إذ لا يوجد لأن معيار موضوعي عام ودقيق لتحديد هذا الأثر على وجود الجريمة ، فلا يمكن حل الموضوع بصفة عامة ، وإنما الطريق الصحيح والسبيل الموضوعي إلى ذلك هو دراسة كل جريمة ينص عليها القانون على حده وبحث ما يمكن أن يكون لرضاء المجنى عليه فيها من أثر في ضوء القانون المنظم لذلك مما سوف ننهجه في هذا البحث بإذن الله تعالى .

الفصل الثالث

في الموازنة بين أثر رضاء المجنى عليه
على وجود الجريمة والمسئولية الجنائية
في الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

الفصل الثالث

في الموازنة بين أثر رضا المجنى عليه على وجود الجريمة والمسئولية الجنائية في الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

عند البحث عن المسئولية الجنائية ومحلها وأساس تحملها في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى نجد أن المبادئ الحديثة في هذا الصدد والتي ابتدأت القوانين الوضعية تعرفها في القرن التاسع عشر والقرن العشرين ، قد عرفت الشريعة الإسلامية من يوم وجودها وطبقتها قبل القوانين الوضعية بأثني عشر قرناً . ذلك لأن الشريعة الإسلامية منذ بدايتها لا تعرف محلاً للمسئولية ، كما لا تأخذ الشريعة المكره ولا فاقد الإدراك وتعفي الأطفال مما لا يعفى منه الرجال ولا تأخذ الشخص بجناية غيره مهما كانت صلته به ، فلا يسأل الإنسان إلا عن جنايته . هذا في الوقت الذى يقر فيه القانونيون بأن المبدأ الأساسى الذى استقرت عليه القوانين الجنائية الحديثة ، ويبدوا بديها الآن وهو أن الإنسان وحده هو الذى يسأل جنائياً ، لم يكن كذلك فيما مضى ولا يرجع إقراره في التشريع الحديث إلى ما قبل الثورة الفرنسية ، إذا كانت محاكمة الحيوان والجماد وجثث الموتى وتوقيع العقوبة عليها أمراً تقره شرائع أوروبا وتطبقه حتى قيام الثورة الفرنسية في القرن التاسع عشر ، مع اختلاف في الحجج والأسانيد التى استند إليها القانونيون في تقرير ذلك آنذاك .

وفي موضوع البحث وجدنا أن القاعدة الأساسية في القانون بصدد أثر رضا المجنى عليه في وجود الجريمة والمسئولية الجنائية للفاعل ، كما في الفقه الإسلامى ، فهما يتفقان من حيث المبدأ على أن الأصل هو أن رضا المجنى عليه بالجريمة لا يمنع من وجودها كما لا يعتبر من الأسباب التى تعافى مرتكب الجريمة من المسئولية الجنائية ، وإن كان له من أثر فقد يكون في العقوبة على خلافات متعددة في تكيف ذلك والأساس الذى يبنى عليه في كلا الجانبين ، فذلك في القانون يكون في حدود ما يملكه القاضى من سلطة التخفيف إذ القانون لا يعتد بالرضا اللاحق للجريمة ولا يجعل له أثراً في العقوبة المقررة عليها ، بينما قد يكون ذلك عفواً من المجنى عليه أو وليه هو أقرب للتقوى في الشريعة الإسلامية ، وباب العفو له قواعد وضوابطه في الفقه الإسلامى على ما سوف يأتى في حينه بإذن الله تعالى .

وقد تعددت المذاهب والآراء حول الأساس الذى بنيت عليه هذه القاعدة في القانون الوضعى ، فمن قائل بأن القانون قد جعل العقاب حقاً للمجتمع ومن التناقض أن يترك للأفراد سلطة النزول عنه فلا أثر للرضا على مسئولية الجانى ذلك لأن الجريمة التى تقع إنما تتضمن انتهاكاً لمصلحة أراد الشارع حمايتها جنائياً ، وقد أثر الشارع هذه المصلحة بالحماية الجنائية لأهميتها

. ومن التناقض أن يقرر القانون حماية مصلحة أهميتها الاجتماعية ثم يترك للأفراد التنازل عنها .

وقد سرنا في بحثنا القانوني على أساس مدى سلطة الفرد على نفسه وذلك في إطار مبدأ أساسى أقره المجتمع الحديث . وهو أن حقوق الفرد عامة محدودة بحقوق غيره من أفراد الهيئة الاجتماعية من جهة . وبحقوق المجتمع الذى يضمهم من جهة أخرى ، فليس لعضو من أعضاء المجتمع أن يتمتع بحقوقه أو أن يتصرف فيها ، إلا بدون طغيان على حقوق الغير ، أو إخلال بالصالح الاجتماعى أو النظام العام .

وهكذا فالقانون حسب الأصل لا يجمع لرضاء المجنى عليه أثراً بعدم الجريمة ، كما لا تتأثر به مسئولية الجاني ، إذ لا أثر للرضا إذا ما توافرت للجريمة جميع أركانها في القصد الجنائى للفاعل ، فالقصد الجنائى هو انصراف إرادة الجاني إلى ارتكاب الجريمة عالماً بتوافر عناصرها في القانون . ولا أثر لرضاء المجنى عليه في إرادة الجاني أو علمه بتوافر عناصر الجريمة إذ لا يتوقف قيام هذا القصد أو انتقائه على رضا المجنى عليه بالجريمة ، كما أن الباعث ، ولو كان شريف ، لا يحول دون توافر القصد الجنائى وفقاً للرأى الصحيح في ذلك .

هذا كله في القانون كما تقدم بالنسبة للرضا المعاصر للجريمة إذ لا عبرة في القانون بالرضا اللاحق عليها . كما أن القانون يفرق بين أثر الرضا فيما نحن بصدد أى الحالات التى تنعدم الجريمة فيها بالرضا وبين الحالات التى يكون الرضا سبباً لإباحتها أو عنصراً من عناصر الإباحة ، ذلك لأن الحالات الأولى والتى يؤدى الرضا فيها إلى انعدام الجريمة . لا جريمة فيها ابتداء حتى في نظر القانون الذى يعرف الجرائم ويحدد عناصرها فلا جريمة مطلقاً إذ بانعدام أحد العناصر اللازمة قانوناً لقيام الجريمة والتى تكون الركن المادى فيها تنعدم الجريمة ولا وجود لها مطلقاً . أما الحالات الثانية والتى يكون الرضا سبباً لإباحتها أو عنصراً مكوناً لأحد هذه الأسباب حسب القانون المنظم لذلك ، فإن الجريمة في كل هذه الحالات تكون واقعة مستكملة عناصرها وفقاً لنص القانون ومع ذلك يتجرد الفعل المكون للجريمة من الصفة الإجرامية فيكون مشروعاً لتجرده من عنصر العدوان بأثر رضا المجنى عليه .

هذا وقد بنيت هذه القاعدة في الفقه الإسلامى على أساس أن الرضا بالجريمة ليس من موانع المسئولية كما أن الجريمة في كل صورها إفساد لا يجوز ولا يباح وهى أذى وكل ما هو معصوم من الأذى بحكم الإسلام لا يحل إلا بسبب من أسباب الحل وليس من بينها الإذن بالأذى ، فالإذن كما لا ينقل الفعل من حال تحریم إلى حال إباحة لا يعدم وجوده فلا يغير من وصف الجريمة بما يؤثر في مسئولية الفاعل ، فالجريمة بعد الإذن لا تزال قائمة ، إذ لا يزال الإثم ثابتاً .

كما أن الجرائم كلها في نظر الشارع الإسلامى تختلف من حيث مدى الاعتداء فيها على الجماعة . ومدى الاعتداء فيها على الآحاد ، إلا أن التلازم بينها ثابت ، فما من جريمة فيها

اعتداء على الأحاد إلا تضمنت في ثنائياها خدشا للناموس الاجتماعي ، كالقتل فهو اعتداء على حق الحياة الذي هو حق مشترك بين الجميع ، وكذلك مامن جريمة تصيب الجماعة إلا أصابت الأحاد بالأذى الشديد ، ولهذا كان حق المجنى عليه في أى جريمة من الجرائم ورضاؤه السابق بها لا يقوى وحده على تغيير وصف الفعل فلا يعدم الجريمة كما لا يؤثر في مسئولية الفاعل . وإذا كان للفرد في ظل ما تقدم من المبادئ القانونية أن يقضى على حياته بنفسه أو أن يقطع أجزاء جسمه ، وليس للمجتمع أن يحرم عليه ذلك إلا إذا كان عاملا في الخدمة العسكرية أو معدا للعمل فيها . ولل فرد في ظل هذه المبادئ أن يتلف أمواله الخاصة إذا شاء وليس عليه من حظر في ذلك إلا ما يستلزمه الأمن الاجتماعي من عدم الاستعانة في الإلتلاف بوسائل تعرض للخطر أموال الناس وأرواحهم كالحريق واستعمال المفرقات . فإن الشريعة الإسلامية قد جعلت حفظ النفس والجسد والمال من المصالح الأساسية التي تقصد إلى حمايتها فجعلت الاعتداء عليها جريمة محرمة حتى ولو كان من الشخص على نفسه ، فالانتحار جريمة إذ حرم الله تعالى قتل النفس ، وجعل القتل عمدا عدوانا من أكبر الكبائر ، فحق الحياة حق مشترك بين الجميع فمن قتل نفسا زكية بغير حق فكأنما قتل الناس جميعا ، ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا . فالدماء مصونة محترمة في نظر الشارع الإسلامى وكل اعتداء عليها إلا بحقها يوجب عقابا رادعا زاجرا ، ولهذه الأهمية كان الفرد مطالبا بالحفاظ على حياته وسلامة جسمه . وجعل له هذا الحق قبل الآخرين ، فحرام على كل فرد مسلم أن يعتدى على هذا الحق لغيره بل إن الإسلام قد أوجب على كل مسلم يعتدى عليه في دمه أن يرد اعتدائه ، كما أن إلتلاف الشئ النافع المتقوم حرام في الشريعة الإسلامية ولو كان المثلث مالا خاصا لصاحبه . بل إن التبذير في الانتفاع به أو استهلاكه بطريق غير مشروع منهى عنه فهو حرام في نظر الشارع الإسلامى ، والمبذر أخ للشيطان مكروه من الله سبحانه وتعالى الذى يقول : ﴿ وَلَا تَبْذِرْ تَبْذِيرًا * إِنَّ الْمُبْذِرِينَ كَانُوا إِخْوَانَ الشَّيَاطِينِ وَكَانَ الشَّيْطَانُ لِرَبِّهِ كَفُورًا ﴾ (الإسراء: ٢٦ ، ٢٧) فإلتلاف المال الخاص حرام إذ لله فيه حق وهو كما تقدم حق المجتمع ، الذى يتلزم مع حق الفرد الذى لا يقوى حقه وحده على إباحة الاعتداء على المال بإلتافه .

ولقد قال أبو سعيد الخدرى : " كنا في سفر ، فقال النبى ﷺ : من كان معه فضل زاد فليعد به على من لا زاد له ، ومن كان معه فضل ظهر فليعد به على من لا ظهر له ، ثم أخذ يعد من أصناف المال ، حتى ظننا أن ليس لنا في مالنا إلا ما نحتاج إليه " . فإلتلاف المال الخاص جريمة يشتد جرم فاعلها ويسأهل العقاب المشدد إذا كان ذلك بوسائل تعرض للخطر أموال الناس وأرواحهم كالحريق واستعمال المفرقات . وكان نتيجة لتطبيق هذه القاعدة في الفقه الإسلامى والقانون الجنائى الوضعى ألا تتغير طبيعة معظم الجرائم لمجرد رضا المجنى عليه بوقوعها عليه أو إذنه السابق بها ، ما دما بصدد جريمة توافرت جميع أركانها . فمن يقتل غيره

برضائه أو يطلبه يعد مرتكبا لجريمة قتل عمد ، إذ أننا تكون بصدد جريمة تتوافر جميع أركانها، ولا ينفي الرضا وجود القصد الجنائي إذ لا أثر للرضا في إرادة الجاني أو علمه بتوافر عناصر الجريمة . ويعاقب الجاني في هذه الجريمة بعقوبة القتل العمد حسب الرأى الغالب والصحيح الذى رجحناه في الفقه الإسلامى والقانون الجنائى الوضعى .

وكذا الأمر بالنسبة لمن يقتل غيره إشفافا عليه من الآلام المبرحة التى يقاسيها نتيجة مرض ألم به وأصبح ميؤوسا من شفائه . إذ القتل شفقة بالمجنى عليه هو في حقيقته جناية يعاقب عليها القانون ، فالباعث على القتل هنا لا يغير من الطبيعة القانونية للجريمة عندما تتوافر جميع عناصرها . والباعث في القانون حتى ولو كان شريفا لا يحول دون توافر القصد الجنائي إذ إنه ليس ركنا في الجريمة ولا عنصرا في ركنها المعنوى . خلافا لما اتجهت إليه معظم أحكام القضاء في فرنسا وأمريكا وبلجيكا .

كما أن من يحدث بغيره جروحا برضاه فإنه يعد مرتكبا جريمة جرح عمدية ويعاقب على جريمة الجرح العمدى ، على خلاف في العقوبة بين فقهاء الفقه الإسلامى مبنيًا على اعتبار الرضا عفوا مقدما عن العقوبة المقررة . كذلك فإن المبالغة وهى أن يتفق شخصان على تحكيم السلاح لفض ما بينهما من نزاع ، جريمة في نظر الفقه الإسلامى والقانون الوضعى ، ولا يغير من وصف الجريمة أو يؤثر في المسؤولية الجنائية للمتبارزين قبول كل منهما مقدما أن يقتله خصمه أو يجرحه ، فهذه صورة من صور رضاء المجنى عايه بالجريمة ، فإذا قتل أحد المتبارزين وتوافرت نية القتل كانت الواقعة قتلا عمدا وإلا يعاقب الفاعل بحسب نتيجة الإصابة التى أحدثها بخصمه وتطبق عليها القواعد العامة في جرائم الاعتداء على الأشخاص ، كما يعاقب الشهود بعقوبة الشركاء بالاتفاق والمساعدة على مقتضى أحكام الاشتراك .

وقتل الإنسان نفسه لا يغير مطلقا من الطبيعة القانونية للجريمة ، كما سبق أن أوضحنا حسب قواعد الفقه الإسلامى الحنيف ، وبعض القوانين التى تعاقب على الشروع في الانتحار كالقانون الإنجليزى ، ولا يعاقب القانون المصرى على ذلك إلا إذا كان الشخص الجاني وهو المجنى عليه في الوقت نفسه عاملا في الخدمة العسكرية أو معدا للعمل فيها ، ففي هذه الحالات المحدودة وفقا للقانون لا يؤثر الرضا على وجود الجريمة فيعد منها ، كما لا يعفى الفاعل من المسؤولية عنها ، وفي ما سوى ذلك من الحالات التى يعتدى الإنسان فيها على حقه في الحياة للرضا كل الأثر في القانون فتتعدم الجريمة ولا مسؤولية على الفاعل ، إذ للإنسان حق التصرف في حياته بأن يقضى عليها ، كما له حق البقاء . وإصابة الشخص نفسه بنفسه ليس للرضا أثر في جميع الحالات الناجمة عنها وفقا لقواعد الفقه الإسلامى ، فلا يغير الرضا من طبيعة الجريمة المرتكبة ولا من مسؤولية الفاعل ، نظرا لما يمثله فعله من شناعة الاعتداء على ما أودع لديه من أمانة أوجب الله رعايتها والمحافظة عليها ، على تفصيل تقدم وفقا لقواعد الفقه الإسلامى ،

وقد تقدم أن القانون لا يتدخل بالعقاب في هذا الصدد إلا في الحالات القليلة التي يعاقب فيها على الجروح أو العاهات التي يحدثها الشخص بنفسه بقصد التخلص من الخدمة العسكرية (المادتان ٧٢ ، ٧٣ من القانون رقم ٥٠٥ لسنة ١٩٥٥ في شأن الخدمة العسكرية والوطنية) ففي هذه الحالات القليلة التي يجرم القانون فيها الفعل يعد رضاء المجنى عليه وهو الجاني هنا لا أثر له في وجود الجريمة ولا يمنع من قيام المسؤولية عن الفعل والعقاب المقرر عليه .

وقد تقدم أن إتلاف المال ولو كان مملوكا للفاعل ، حرام ويعد جريمة فني نظر الشارع الإسلامي فلا أثر لرضاء صاحب المال في تغيير الطبيعة القانونية للجريمة ولا أثر له أيضا في المسؤولية الجنائية عنه ، والقانون يجعل للرضا في هذا الصدد أثرا يعدم الجريمة ويعفي مرتكبها من المسؤولية الجنائية إذ يعطى للفرد حق إتلاف أمواله الخاصة وذلك في جميع الحالات الناشئة عن ذلك إلا في حالة واحدة يعاقب فيها من يضع النار عمدا في ملكه لما يترتب على هذا الفعل من أخطار عامة وتهديد لمصالح الناس (م ٢٥٣ ، ٢٥٤ ع) ففي هذه الحالة لا أثر للرضا بعدم الجريمة كما لا أثر له في المسؤولية الجنائية .

ولا أثر للرضا في جريمة الإجهاض وفقا لقواعد الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي فالمرأة التي ترضى بتعاطي أدوية أو استعمال وسائل يترتب عليها إجهاضها تعاقب عن جريمة عمدية إذ لا أثر لرضائها في وجود الجريمة ولا في المسؤولية الجنائية عنها (م ٢٦٢ ع م) .

وبلاحظ أنه بالنظر فيما عددنا من حالات نجد أن القانون الجنائي الوضعي يجعل للرضا أثرا يعدم الجريمة ويعفي من المسؤولية الجنائية في الكثير الغالب منها وتكاد تكون الحالات التي ليس للرضا فيها أثر قليلة محدودة بالموازنة مع نتائج تطبيق هذه القاعدة التي نحن بصدددها على الجرائم حسب قواعد الفقه الإسلامي . هذا بالإضافة إلى ما ورد على تطبيق قاعدة أن لا أثر لرضاء المجنى عليه على وجود الجريمة والمسؤولية الجنائية في القانون من استثناءات ، فإننا نجد أن من بين الاستثناءات الواردة على تطبيق هذه القاعدة على مختلف الجرائم في القانون الوضعي استثناء الجرائم التي يكون أساسها عدم الرضا ، إذ للرضا أثره في قيام هذه الجرائم فلا تعتبر الجريمة قائمة إلا إذا وقعت على غير إرادة المجنى عليه ودون رضاه فإذا وجد الرضا فلا جريمة ولا عقاب .

وانحصرت الجرائم التي لها هذا الطابع في القانون في جرائم الاعتداء على المال وعلى الحريات الشخصية والجرائم الخلقية ، وبموازنة ذلك بما جاء في الفقه الإسلامي نجد أنه لا تعارض بين الشريعة والقانون بالنسبة لجرائم الاعتداء على المال ، فالإن من صاحب المال يأخذه يسقط معنى الجريمة في السرقة والغصب حسب ما تقرر عنه البحث في قواعد الفقه الإسلامي ، فقد وجدنا أن أخذ المال خفية عن صاحبه أي دون علمه ودون رضاه هو أحد

الأركان الأساسية التي تبني عليها الجريمة . فعدم الرضا ركن أساسي في جريمة السرقة ، فإذا ما انتفى هذا الركن ، أى إذا كان أخذ المال بعلم صاحبه ورضاه فلا جريمة وبالتالي فلا مسؤولية جنائية للفاعل ، إذ أن انتقال المال إلى أخذه هنا برضاء صاحبه وفي ذلك معنى التنازل عن المال بمحض رغبته وذلك حق طبيعي له إذ من خصائص المال أن يكون محلاً للتعاقد ولانتقال الرضائي من يد إلى أخرى . وكذلك الأمر بالنسبة لمختلف جرائم الاعتداء على الأموال ، إذ الرضا في كل منها يعدم ركناً أساسياً من أركان الجريمة سواء كان الضرر أو الخداع أو القهر ، بما يحمل معنى التنازل عن المال بمحض الإرادة ، وكذلك معنى تملك المال من تصرف فيه . وبالنسبة للجرائم الخلقية فإن القانون يحمي حرية الجنس ويحرم الاعتداء عليها ، ويجعل للشخص سلطة التصرف في هذا الحق دون اعتداء ، ولهذا فهو مؤسس هذه الجرائم على عدم الرضا ، ويجعل عدم الرضا ركناً أساسياً فيها ، مما يترتب عليه انعدام الجريمة وعدم توافر مسؤولية الجاني إذا ما ارتكبت الجريمة برضاء المجنى عليه فيها مما يشكل خلافاً بينا وهو عميقة ساحقة عما هو مقرر وفقاً لقواعد الفقه الإسلامى ، فجريمة اغتصاب الأنثى لا وجود لها في القانون ولا سبيل لعقاب من ارتكبها إلا إذا حصل الوقاع بغير رضا الأنثى فإذا كان هناك رضا فلا جريمة إذ لا يتوفر ركنها المادى المكون لها (م ٢٦٧ ع) فالرضا هنا يعدم الجريمة وينفي المسؤولية الجنائية للفاعل . وكذلك الشأن بالنسبة لجريمة هتك العرض فإنها لا تقوم إلا إذا حصل الفعل بغير رضا من وقع عليه فإذا توفر الرضا فلا جريمة ولا عقوبة (م ٢٦٨ ع) وجريمة الخطف التي تقع على أنثى تبلغ من السن أكثر من ست عشرة سنة (م ٢٩٠ ع) فإن الرضا بالخطف يعدم الجريمة وينفي المسؤولية الجنائية عن الفاعل إذ فيه معنى الرغبة في الهرب بمساعدة الخاطف .

وهكذا فالرضا من المجنى عليه في جرائم العرض يعدم الجريمة وينفي المسؤولية وفقاً لقواعد القانون حتى في الحالة الوحيدة المجرمة في القانون وهى زنا الزوجين إذ إن الجريمة الثابتة فعلاً تنعدم ولا أثر لها كما لا مسؤولية على الفاعل إذا رضى زوج الزانية بالفعل وعفا عن زوجته . وهذا كله على خلاف ما تقرر فيما تقدم عند البحث في قواعد الفقه الإسلامى فإننا قد وجدنا أن الرضا في جرائم العرض لا يغير من وصف الجريمة ولا يؤثر في المسؤولية الجنائية للفاعل . فالاعتداء الشخصى في هذه الجرائم بين الرجل والمرأة غير واضح ، وإنما اعتبرت الشريعة فيها اعتداء آخر هو الاعتداء على الأسرة والاعتداء على النسل والاعتداء على النظام الاجتماعى ، ولهذا كان الحق فيه خالصاً لله تعالى وليس لأحد إسقاطه أو التنازل عنه . فالرضا بالوطء المحرم لا يؤثر في اعتباره جريمة معاقباً عليها ، كما لا يعتبر مجرد شبهة مسقطه للحد باتفاق الفقهاء كما لا يؤثر في المسؤولية الجنائية للفاعل فمن وطئ امرأة أجنبية

أباحث نفسها له فهو زان ، ولو كان ذلك بإذن وليها أو زوجها ، لأن الزنا لا يستباح بالبذل والإباحة وليس لأحد أن يحل ما حرم الله فإن أحلت امرأة نفسها فإحلالها نفسها باطل وفعلها زنا محض والحكمة بالغة فيما تقرر وفقا لقواعد الفقه الإسلامي من أن الرضا بالوطء المحرم لا يؤثر في اعتبار الفعل جريمة معاقبا عليها كما لا يعافي من المسؤولية الجنائية لأن الزنا لا يستباح بالبذل والإباحة وليس لأحد أن يحل ما حرم الله فالزنا حرام والاعتداء فيها اعتداء على المجتمع كله ، ولا يحل بإباحة المرأة نفسها ولو كان ذلك بإذن الولي أو الزوج .

وبالنسبة لانتهاك حرمة المسكن فإنه لا يعد جريمة إلا إذا كان دخول المسكن بغير رضا صاحبه أو حائزه فإذا كان دخول المسكن برضا صاحبه أو حائزه وإذنه فإن ذلك لا يعد جريمة فالرضا هنا يعدم الجريمة ويعفي مرتكب الفعل من المسؤولية الجنائية عنه .

وبالنسبة للحبس بغير وجه حق ، فإن الأمر في القانون يختلف في هذه الجريمة عنه بحسب ما نراه وفقا لقواعد الفقه الإسلامي ، فالحبس بدون وجه حق في القانون على غير إرادة المجنى عليه ودون رضائه يكون الركن المادي في الجريمة (م ٢٨٠ ع) فإذا ما توفر رضا المجنى عليه بالحبس بأن وافق ذلك إرادته ورغبته فلا جريمة حيث أن الحبس هنا يحمل من المجنى عليه معنى الرغبة في الاختفاء بمساعدة الحابس فلا مسؤولية عليه في ذلك ، على حين نرى الفقه الإسلامي يعتبر حرية الشخص جزءا من الحريات العامة ، فالاعتداء عليها ولو بالرضا يشكل اعتداء على حرية الجماعة وأمنها بما قد يكون له الأثر في إشاعة روح القلق وعدم الطمأنينة في نفوس المواطنين مما لا يستتب معه الأمن ويهدد الاستقرار والحرية . وجانب المجتمع في هذه الجرائم يجب الاعتدال به وعدم إهماله مما لا يقوى معه حق الفرد المجنى عليه ورضاءه بالجريمة على تغيير وصف الجريمة وانعدامها ويعفي الحابس من المسؤولية عن فعله . وقد تقدم عند الكلام عن جريمة القذف على ضوء قواعد الفقه الإسلامي أن رضا المقذوف بالقذف كما لا يبيح الجريمة لا يغير من وصفها ولا أثر له على مسؤولية القاذف بحسب ما توصلنا إليه ، ذلك لأن القذف جريمة لله فيها حقا ، والشريعة كما تعاقب على القذف إذا كان علانية فإنها تجعله أيضا جريمة معاقبا عليها إذا كان في غير علانية إذ الجريمة محرمة لذاتها لا لظروفها وتوجب الشريعة على المرء أن يكون سره كعلانيته ، وتعييب أناسا يستخفون من الناس ولا يستخفون من الله وهو معهم . والفواحش محرمة في الشريعة ما ظهر منها وما بطن والإثم واليغى بغير الحق . كما أنها تدعو الناس أن يذروا ظاهر الإثم وباطنه ، والشريعة بذلك تزن كرامة الإنسان بميزان واحد وترى أن قيمة الإنسان لا تتغير بتغير الظروف فقيمه أمام نفسه تساوى قيمته أمام الناس .

وأخيرا فقد وجدنا عند موازنة ما تقرر من مبادئ قانونية وتطبيقها بقواعد الفقه الإسلامي الحنيف ما يؤكد سمو النظام الإسلامي وكمال التشريع فيه وتطوره بما يلائم روح العصر المتطور علوة على ما يتسم به هذا التشريع من ثبات واستقرار وحكمة بالغة .

فقد وجدنا أن القانون الوضعي إلى ما قبل قيام الثورة الفرنسية يجعل الحيوان والجماد وجثث

الموتى محلاً للمسئولية وتوقيع العقاب ، ثم هو في ظل المبادئ القانونية الحديثة التى نحن بصدها إذ يجعل الأصل والمبدأ الأساسى فيه أن رضاء المجنى عليه لا يعدم الجريمة ولا ينفي مسئولية الجانى ، نجد من الناحية العملية يبيح في كثير من الأحيان الجريمة بالرضا ، ويجعل للرضا أثراً تنعدم به الجريمة وتنتفي به المسئولية الجنائية عن الفاعل .

فللفرد الحق في أن يقضى على حياته ، وأن يعتدى على أطرافه بالقطع وخلافه في جميع الحالات إلا في حالة كونه مكلفاً بالخدمة العسكرية أو معداً لها ، فلا وجود لجريمة الانتحار ولا لجريمة الاعتداء على الجسد والأطراف ولا مسئولية على الفاعل لهما وكذلك لا عقوبة على الشروع كما تنتفي مسئولية الشريك ، كما أننا نرى أنه من التناقض أن يخول القانون للشخص حق القضاء على حياته بالقتل ، وحق الاعتداء على جسمه بالقطع وخلافه ، ويخول له في الوقت نفسه حق الإنزاع بذلك أو الرضاء به من شخص آخر غيره ، مع إقراره بأن كل ما يجوز للإنسان التصرف فيه بنفسه يجوز له أن ينيب فيه غيره . وكذلك للفرد أن يتلف أمواله الخاصة برضاءه وهواه وليس عليه في ذلك إلا أن يراعى عدم استعمال وسائل تعرض للخطر أموال الناس وأرواحهم ، ولا عبرة بما قد يكون لغيره من أفراد المجتمع من منافع وسبل للعيش ، تنهار وأفرادهم من فقر مدقع وحاجة ماسة إلى هذا المال المتلف أو بعضه .

هذا بالإضافة إلى تأسيس القانون جرائم العرض على عدم الرضاء ، مما يترتب عليه انعدام الجريمة وانتفاء مسئولية الجانى مطلقاً إذا ما ارتكبت هذه الجرائم برضاء المجنى عليه فيها فلا أساس للجريمة ولا محل للعقوبة .

وهكذا نجد القاعدة الأساسية التى نحن بصدها في القانون تكاد تكون استثناء والاستثناء الوارد عليها مع عدم اطرادها في التطبيق يكاد يكون هو القاعدة .

وقد تقدم رأى الفقه الإسلامى في جميع هذه الحالات ، واتضح رجاحة التشريع الجنائى الإسلامى، على غيره من أحداث التشريعات الجنائية الوضعية، ثباتاً واستقراراً وتطوراً في حكمة بالغة ونظرة شاملة للأمور وتسمو بكمال الله وسموه الذى خلق الإنسان ويعلم ما تكن به نفسه . وإبراز هذه القواعد التشريعية وحده في الفقه الجنائى الإسلامى فيه الكفاية والعبرة لمن يعتبر فلا أثر لرضاء المجنى عليه في الجريمة يمنع وجودها كما لا يعتبر الرضاء من الأسباب التى تعفى مرتكب الجريمة من المسئولية ، حتى يتسنى للقواعد التشريعية تجريمها وعقوبة ما يجب أن تتسم به من الثبات والاستقرار ، وحتى لا يكون بناء القواعد على هوى النفوس وأمزجة الأشخاص ، فلا يتغير الفعل من كونه جريمة معاقباً عليها إلى غير ذلك إلا تبعاً لما تقضى به أوامر الشرع الحنيف على حسب مصالح الناس ومنافع الأمة بما يعود عليهم بالخير والنفع دنیا وأخرة ومع اختلاف الأحوال وتباين الظروف .

الباب الرابع

" أثر رضاء المجنى عليه في الدعوى الجنائية والخصومة الناشئة عنها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي "

ويشتمل على ثلاثة فصول :

الفصل الأول : أثر رضاء المجنى عليه في الدعوى الجنائية والخصومة الناشئة عنها في الفقه الإسلامي .

الفصل الثاني : أثر رضاء المجنى عليه في الدعوى الجنائية والخصومة الناشئة عنها في القانون الوضعي .

الفصل الثالث : في الموازنة بين أثر رضاء المجنى عليه في الدعوى الجنائية والخصومة الناشئة عنها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي .

الفصل الأول

" أثر رضا المجنى عليه في الدعوى الجنائية والخصومة الناشئة عنها في الفقه الإسلامى "

ويشتمل على ثمانية مباحث :

- المبحث الأول : ولاية القضاء .
- المبحث الثانى : ولاية المطالم .
- المبحث الثالث : ولاية الحسبة .
- المبحث الرابع : طبيعة الدعوى في الفقه الإسلامى .
- المبحث الخامس : أثر الرضا في الدعوى عن حق الله الخالص .
- المبحث السادس : أثر الرضا في دعوى القذف .
- المبحث السابع : أثر الرضا في دعوى السرقة .
- المبحث الثامن : أثر الرضا في دعوى طلب القصاص .

الفصل الأول

أثر رضا المجنى عليه في الدعوى الجنائية والخصومة

الناشئة عنها في الفقه الإسلامي

حرى بنا أن نذكر قبل الخوض في بحث هذا الموضوع بشأن الإجراءات الجنائية في الشريعة الإسلامية كانت تطبق تطبيقاً كاملاً في مصر منذ الفتح الإسلامي لها أي في السنة العشرين للهجرة حتى بداية القرن التاسع عشر وإقامة محمد علي باشا دولته بمصر . إذ في هذه الفترة تحولت مصر من ولاية رومانية إلى ولاية إسلامية وأخضعها العرب للحكم الإسلامي ، فكان نتيجة طبيعية لذلك أن تنتقل النظم القانونية العربية إلى مصر وأن تطبق الشريعة الإسلامية فيها تطبيقاً كاملاً . فحلت الإجراءات الجنائية في الشريعة الإسلامية محل الإجراءات الجنائية الرومانية ، وعرفت مصر الإسلامية في هذه الآونة بذلك نظاماً مميزاً للإتهام أقل ما يقال فيه أنه نظام شامل يحوى مختلف القواعد التي اختارت بينها سائر التشريعات الحديثة كما يتميز بأنه يجمع بين الأخذ بنظام الاتهام بواسطة الدولة ومن يمثلها في هذا المجال والأخذ بنظام الاتهام بواسطة الأفراد وخاصة المجنى عليهم مما يحقق للفرد حريته ويمكن الدولة من أداء رسالتها . واعترافاً بما للمجنى عليه من حق يتولد عن الجريمة الواقعة عليه مباشرة سواء في نفسه أو ماله فقد اهتمت الشريعة بدوره في الاتهام ولم تبخسه هذا الحق إذ نجد ما تقر له بقسط وافر في تحريك الدعوى الجنائية ومباشرتها وإنهائها حتى إنها تعطيه حق إسقاط العقوبة في بعض الأحوال . فالشريعة إنما تجعل الاتهام في يد جماعة المسلمين باعتبارهم وحدة تمثل الهيئة الاجتماعية كما تجعله في بعض الأحيان وبالذات فيما يختص بحقوق المجتمع حقاً لكل فرد باعتباره عضواً في الجماعة . على ما سوف يتضح تفصيله فيما يأتي . وسوف نقسم كلامنا في هذا الخصوص إلى مباحث بعضها : لتحديد جهة الاختصاص الجنائي في الفقه الإسلامي والبعض الآخر : لتحديد طبيعة الدعوى في الفقه الإسلامي وأثر رضا المجنى عليه في الدعاوى المختلفة ، فمن حيث جهة الاختصاص الجنائي في الفقه الإسلامي فالنائب في كتب الفقه الإسلامي أنه كانت هناك يوم استقرت النظم القضائية في الدولة الإسلامية جهات ثلاث ^(١) تنتظر في منازعات الناس وما يرتكبون من أفعال تنهى عنها أحكام الشريعة . وكان لكل جهة من يقوم عليها وتتخذ له الولاية فيها ، فكان هناك القاضي الذي تولى القضاء وإلى المظالم الذي انعقدت له ولاية النظر في المظالم والمحتسب الذي كان يتولى نظام الحسبة في الإسلام غير أن هذه الجهات إنما ظهرت تباعاً عندما دعت الحاجة إليها .

(١) الأحكام السلطانية والولايات الدينية لأبي الحسن الماوردي (مطبعة المحمودية التجارية بميدان الأزهر) ص ٦١ وما بعدها .

المبحث الأول

ولاية القضاء

وكانت ولاية القضاء هي الأصل ولا تزال بالنسبة للجهات الثلاث المتقدمة ، فكان القاضى يختص بالفصل في المنازعات سواء أكانت مدنية أم جنائية ، وفقاً لقواعد الفقه الإسلامى وقد وجد القضاء منذ وجدت الدولة الإسلامية ، فقد قام الرسول ﷺ منذ كانت الدولة في بداية عهدها بالفصل بين الناس في منازعاتهم المدنية والجنائية ، كما قام بهذه المهمة الخلفاء من بعده واستعانوا في سبيل ذلك ببعض أهل الرأى من الصحابة ولما اتسعت رقعة الدولة الإسلامية كان الولاية هم الذين يتولون مهمة القضاء بأنفسهم ويتطور الحياة وازدياد مصالح الناس وتشابكها ، ازدادت شواغل الولاية ، وقصرت جهودهم عن الجمع بين متطلبات الولاية العامة ، والقيام بمهمة القضاء بين الناس التي كانت تشمل المنازعات المدنية والجنائية على حد سواء إذ كان ينافى بالقاضى استيفاء الحقوق لأصحابها كما كان من بين مهامه إقامة الحدود سواء منها ما هو حق لله وما هو حق للعبد . وكان نتيجة لهذا التطور أن استعان الولاية ببعض أهل الرأى ، في أداء هذه المهمة مما أدى إلى انعقاد ولاية القضاء لجماعة من الفقهاء كل واحد منهم في إقليم معين .

والقضاء في الشريعة الإسلامية ولاية ، والولاية للحاكم المسلم الذى خلفه الله تعالى على عبادته في الأرض فله أن يقضى في أمور الناس بنفسه ، كما له أن يعين قضاة يقضون باسمه ونياية عنه ، ومن هنا فلا يجوز للقاضى أن يقضى بين الناس بغير إذن الحاكم له في ذلك ولحاكم أن يقضى بنفسه في كل ما يستطيع أن يكله إلى القضاة من منازعات .

١- شروط القاضى وانعقاد الولاية له :

لا يجوز أن يقلد شخص القضاء حسب قواعد الفقه الإسلامى إلا إذا تحققت فيه شروط سبعة لا يصح تقليده القضاء ولا ينفذ من حكمه بدونها وهى أن يكون : (١) رجلاً (٢) عاقلاً (٣) حراً (٤) مسلماً (٥) عدلاً (٦) سليم السمع والبصر (٧) عالماً بالأحكام الشرعية .

أما اشتراط كونه رجلاً فلا اجتماع صفتى البلوغ والذكورية ، أما البلوغ فلأن غير البالغ لا يجرى عليه قلم ولا يتعلق بقوله على نفسه حكم فكان من الأولى أن لا يتعلق بقوله على غيره حكم كذلك ، وأما اشتراط الذكورية ، فلما تؤدى إليه طبيعة المرأة من ناحية التكوين النفسى والجسدى إلى نقصها عن رتب الولايات وأن يتعلق بقولها حكم . كما أن في توليها القضاء وجعلها قوامة على الرجال مخالفة صريحة لقوله تعالى : ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ﴾ (النساء: ٣) يعنى في العقل والرأى ويرى أبو حنيفة تولي المرأة القضاء فيما تصح فيه شهادتها فقط ، خلافاً لما رآه بن جرير الطبرى من جواز

قضاء المرأة في جميع الاحكام ولا اعتبار بقول يردده الاجماع (١)، كما يشترط في القاضى أن يكون عاقلاً وليس بحق ذلك الاكتفاء بمجرد العقل الذى يتعلق به التكليف من العلم بالمدرجات الضرورية بل لابد أن يتحقق في الشخص ما يكون به صحيح التمييز جيد الفطنة بعيداً عن السهو والغفلة حتى يمكنه أن يتوصل بذكائه إلى إيضاح ما أشكل وفصل ما أعضل ، كما لا بد وأن يكون القاضى حراً لأن العبد لا ولاية له على نفسه كما لا تقبل شهادته . ومن باب أولى أن لا تتعد له الولاية على غيره وأن يمنع من نفوذ الحكم ، كما يشترط فيمن يولى القضاء أن يكون مسلماً . فالإسلام شرط في جواز الشهادة وقد قال تعالى : ﴿ وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴾ (النساء: من الآية ١٤١) فلا يجوز أن يقد كافر القضاء على المسلمين ولا على الكفار ، ويرى أبو حنيفة جواز تقليده القضاء بين أهل دينه .

كما يشترط في القاضى أن يكون عدلاً بمعنى أن يكون صادق اللهجة ظاهر الأمانة عفيفاً من المحارم متوقياً المآثم بعيداً من الريب مأموناً في الرضا والغضب مستعملاً لمروءة مثله في دينه ودينه كما يشترط فيه أن يكون سليم السمع والبصر ، ليصبح بهما إثبات الحقوق ويفرق بين الطالب والمطلوب ويميز المقر من المنكر حتى يتبين له الحق من الباطل . وقد قال الإمام مالك بجواز ولاية القضاء إذا كان ضريراً كما اختلف الفقهاء في جواز ولاية القضاء بالنسبة للأصم .

ونرى من مفهوم هذا الشرط أن الذى لا يصح هو تولية القضاء لمن كان أصم السمع ضريراً البصر معاً إذ أن ذلك مما لا يمكن معه اثبات الحقوق وتمييز الحق من الباطل . أما الفاقد لأحدهما فإنه يستطيع ذلك بواسطة الأخرى مع باقى الحواس والاستعانة بالوظائف والخبرات الحديثة المعاونة للقضاء ، كما يشترط في القاضى أخيراً أن يكون عالماً بالأحكام الشرعية بما يتحقق معه العلم بأصولها والارتياض بفروعها ، ويعنى ذلك علمه بكتاب الله عز وجل أى معرفة ما تضمنته من الأحكام ناسخاً ومنسوخاً ومحكماً ومتشابهاً وعماماً وخاصاً ومجماً ومفسراً وكذلك علمه بسنة رسول الله ﷺ بالقول والفعل وعلمه بتأويل السلف فيما اجتمعوا عليه واختلفوا فيه ، وأيضاً علمه بالقياس . هذا فيما يشترط في القاضى حتى تصح توليته وينفذ حكمه .

أما بالنسبة لانعقاد ولاية القضاء فإنها تتعقد بما تتعقد به الولايات عموماً ، فيشترط فيها الإيجاب ويتم بالقبول ، والألفاظ التى تتعقد بها الولاية ضربان صريح وكناية ، فالصريح منها كأولئك واستخلفتك لا يشترط معه قرينة أخرى والكناية كاعتمدت عليك وعولت عليك وفوضت إليك إلى غير ذلك من الألفاظ التى تضعف في الولاية عن حكم الصريح لما تتضمنه من احتمالات أخرى ، يشترط أن يقترب بها في عقد الولاية ما ينفي عنها هذه الاحتمالات فتصير مع

(١) الأحكام السلطانية للمواردى ، المرجع السابق ص ٦١ .

ما يقتدر بها في حكم الصريح ، والولاية في حالة الحضور تكون باللفظ مشافهة وفي الغيبة تكون بالمراسلة والكتابة مع ضرورة أن يقتدر بالكناية في هذه الحالة من شواهد الحال ما يدل عليها عند المولى .

كما يشترط لصحة انعقاد الولاية التي تمت بإيجاب وقبول سليمين معرفة المولى بأن الشخص الذي يوليه على الصفة التي يجوز أن يولى معها ، كما يشترط تسمية ما تضمنه التقليد من ولاية القضاء أو إمارة البلد أى تحديد الاختصاص لأن هذه شروط معتبرة في كل تقليد فافتقرت إلى تسميه ليعلم على أى نظر عقدت ويشترط أيضا ذكر البلد أو المحلة التي عقدت الولاية عليها ، أى تحديد الاختصاص المكانى ليعرف به العمل الذى يستحق النظر فيه .

٢- اختصاص القاضي وأحكام التقليد :

ولاية القاضي إما أن تكون عامة أو خاصة ، فإذا كانت ولاية خاصة بأن تكون مقصورة على خصومة معينة بين خصمين ، فلا يجوز أن يتعدى باختصاصه النظر بينهما إلى غيرهما من الخصوم . ويظل اختصاصه قائما في النظر بينهما ما دامت الخصومة قائمة والتشاجر لا يزال مستمرا فإذا انتهت الخصومة بينهما بإصداره حكما باتا فيها فإن ولايته على هذه الخصومة تنتهى بزوال سببها . كما أنه إذا تجددت خصومة أخرى بين نفس الخصمين لم ينظر فيها ولا اختصاص له بها إلا بإذن مستجد ، ذلك لأن تولية السلطة في الأولى إنما كان محددا ومقصورا على خصومة معينة . تنتهى ولايته بانتهاء الفصل فيها .

أما إذا كانت ولاية القاضي عامة بأن يكون نظره شاملا وتصرفه مطلقا في جميع ما تتضمنه ولايته فإن اختصاصه يتناول عدة أمور منها الفصل في المنازعات وقطع التشاجر والخصومات سواء كان ذلك بطريق الصلح الجائز عن تراخى بين الأطراف المتخاصمة أو بطريق الإجبار بحكم بات واجب النفاذ . كما يتناول اختصاصه استيفاء الحقوق الثابت استحقاقها ممن مطل بها وإيصالها إلى مستحقيها . ويشمل أيضا ثبوت الولاية له على من كان ممنوع التصرف لجنون أو صغر وكذلك الحجر على من يرى الحجر عليه لسفه أو فلس ويتناول اختصاصه كذلك النظر في الأوقاف بحفظ أصولها وتنمية فروعها وصرفها في سبيلها كما يتناول أيضا تنفيذ الوصايا المباحة شرعا على شروط الموصى وكذلك تزويج الأيتام بالأكفاء . كما يشمل اختصاصه كذلك إقامة الحدود على مستحقيها سواء كانت هذه الحدود حقا لله سبحانه وتعالى أو كانت حقا للأدبيين ، وللقاضى النظر فيما تطلبه مصالح عمله من الكف عن التعدى في الطرقات والأفنية وإخراج ما لا يستحق من الأجنحة والأبنية . وله أن يتصفح شهوده وأمناءه وأن يختار النائبيين عنه ويشمل اختصاص القاضي أيضا التسوية في الحكم بين القوى والضعيف وعليه أن يحكم بين الناس بالعدل ولا يتبع هواه .

قال تعالى

: ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ ۚ ﴾ (النساء: من الآية ٥٨) .

وقال تعالى

: ﴿ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ ۖ ﴾ (المائدة: من الآية ٨)

وقال سبحانه

: ﴿ يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ لَهُمْ عَذَابٌ شَدِيدٌ بِمَا نَسُوا يَوْمَ الْحِسَابِ ﴾ (ص: ٢٦)

وقال تعالى

: ﴿ فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَنْ تَعْدِلُوا وَإِنْ تَلَوُّوا أَوْ نَظَرْتُمْ فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا ۖ ﴾ (النساء: من الآية ١٣٥) .

وقد وضعت الشريعة بأحكامها الرشيدة للقضاء شروطاً وأحكاماً وآداباً ، تضمن لهذه المهمة الشاقة العسيرة نجاحها وللقضاء سموه ونزاهته ، ويكفي في هذا المجال أن نورد هنا بعضاً ما تضمنه كتاب عمر الفاروق إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنهما ، وفيه يقول أمير المؤمنين (١) :

" أما بعد فإن القضاء فريضة محكمة ، وسنة متبعة ، فافهم إذا أدلى إليك فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له ، أس بين الناس في وجهك وعدلك ومجاسدك ، حتى لا يطمع شريف في خيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك ، البيئة على من ادعى واليمين على من أنكر ، والصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً وحرم حلالاً . ولا يمنعك قضاء قضيته أمس فراجعت اليوم فيه عقلك وهديت فيه لرشدك ، أن ترجع إلى الحق فإن الحق قديم . ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل ، الفهم الفهم فيما تلجلج في صدرك مما ليس في كتاب الله تعالى ولا سنة نبيه ، ثم اعرف الأمثال والأشباه وقس الأمور بنظائرها . واجعل لمن ادعى حقاً غائباً أو بيئة أمداً ينتهي إليه . فمن أحضر بيئة أخذت له بحقه وإلا استحللت القضية عليه ، فإن ذلك أنفي للشك ، وأجلى للعمى ، والمسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجلوداً في حد ، أو مجرياً عليه شهادة زور أو ظنيماً في ولاء أو نسب ، فإن الله عفا عن الأيمان ودرأ بالبينات . وإياك والقلق والضجر والتأفف بالخصوم فإن الحق في مواطن الحق يعظم الله به الأجر ويحسن به الذكر والسلام " .

(١) انوردى في المرجع السابق ص ٦٠٨ . نظام الإسلام لخصيصة الأستاذ محمد فرج سليم وفضييلة الأستاذ سليمان رمضان الأستاذين بكلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر ط ١ يناير ١٩٦٢ مطبعة السعادة .

٣- الطعن والنقض في الأحكام والعدول عنها :

كان القضاء في عصر الرسول ﷺ والخلفاء من بعده إلى عصر الدولة العباسية مستقلاً في عملهم ولا سلطان لأحد عليهم إذ كانوا يعينون من قبل الخليفة . فلما جاء العباسيون وقلد هارون الرشيد أبا يوسف قاضياً للقضاة ، فكان بمثابة قاض أعلى من اختصاصه النظر في الأحكام وفي القضاء من الناحية الإدارية والفنية ، كما كان يتفقد أحوال القضاء فينظر في أقضيته ويراجع أحكامهم ويتلمس أخبارهم ويتحسس سيرتهم بين الناس . وكان هو بصفة عامة المتصرف في أمرهم (١) كما كان لقاضي القضاة أو من يستخلفه عنه أن ينظر في أحكام قضائته ويرد منها ما يحتاج إلى الرد ويعدل ما يحتاج إلى التعديل وذلك له أصل في السنة إذ ورد فيها أن الإمام علياً عليه السلام عرضت عليه قضية في اليمن وقضى بين المتخاصمين فيها إلا أن هؤلاء أبوا أن يتراضوا فذهبوا إلى الرسول ﷺ فسألهم عن الحكم ، وبعد أن سمع الرسول ﷺ منهم مقالتهم أجاز قضاء علي ويستبين لنا من ذلك أن النبي ﷺ قد أظهر على الأقل استعداده لإعادة النظر في الحكم (٢).

كما جاء في التبصرة أن حكم الحاكم لا يستقر في أربعة مواضع فينقض إذا جاء مخالفاً للإجماع أو القواعد أو النص الجلي أو القياس إلا إذا كان لهذا الحكم دليل معارض راجح وقد اختلف الفقهاء في جواز عدول القاضي عن حكم قضى فيه ، فيرى ابن فرحون أن للقاضي نظر أحكام نفسه عموماً مادام قد قضى بالخطأ ، ويرى الأحناف أنه لا يجوز للقاضي بعد أن يحكم في الدعوى أن يرجع في حكمه إلا في أمور ثلاثة :

أولها : أن يقضى بعلمه ثم يتبين له أنه كان واهماً (٣) .

ثانيها : أن يظهر له خطؤه بالبينّة أو بإقرار المقضى له (٤) .

ثالثها : أن يقضى بخلاف مذهبه ، فإن قضاءه في هذه الأحوال جميعاً واجب النقض (٥) .

(١) القضاء في الإسلام للأستاذ محمد سلام مذكور ص ٧ ط ١٩٦٤ ، الدعوى الجنائية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، رسالة دكتوراه للدكتور مبارك عبد العزيز النويبت سنة ١٩٧٣ ص ١١٥ وما بعدها وانظر أيضاً الدر المختار على تنوير الأبصار ج ٤ ص ٣٥٦ ، تبصرة الحكام ج ٢ ص ٤١ ، ٤٢ ، حاشية الدسوقي على الدردير ج ٢ ص ٢٣٣ .

(٢) د. مبارك عبد العزيز في المرجع السابق ذكره ص ١١٥ ، الأستاذ سلام مذكور في المرجع السابق ص ٥٨ ، الخطيب على بن شمع ج ٤ ص ٣٢٦ ، فتح الغدير ج ٥ ص ٣٨٦ . المعنى ج ٩ ص ١٠٥ .

(٣) ابن عابدين ج ٤ ص ٣٦٨ .

(٤) المعنى ج ٩ ص ٥٨ .

(٥) ابن عابدين ج ٤ ص ٣٦٨ .

ويرى سحنون والعطار في رأيين لهما أن للقاضي الحق المطلق في أن يرجع عن الحكم الذي أصدره إذا تبين له الوهم مادام على خطئه (١). ويؤيد الرأي القائل بجواز عدول القاضي عن الحكم الذي أصدره ما جاء في كتاب عمر ابن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري وما نقلناه سابقا من قوله " ولا يمنعك قضاء قضيته أمس فراجعت اليوم فيه عقلك ، وهديت فيه لرشدك ، أن ترجع إلى الحق ، فإن الحق قديم ، ومراجعة الحق خير من التماذى في الباطل " (٢).

(١) القضاء في الإسلام للأستاذ محمد سلام مذكور ص ٦٩ ، وثائق العطار ، مدونة سحنون ، تبصرة الحكام

ج ١ ص ٥٥ ، ٥٦ .

(٢) الأحكام السلطانية للماوردي ، المرجع السابق الإشارة إليه .

المبحث الثاني

ولاية المظالم

ونظر المظالم هو قود المتظالمين إلى التناصف بالرهبة وزجر المتنازعين عن التجاحد بالهبة^(١). وهو بذلك يتميز عن القضاء ، وكان لا بد من توافر خصائص معينة في الناظر للمظالم .

١- خصائص والى المظالم :

قوام مهمة والى المظالم وأساسها كما تقدم الهيبة التي توجد في قلوب المتنازعين لزجرهم عن التجاحد ، والرهبة التي تتولد في نفوس المتظالمين وروعهم لقودهم إلى التناصف ولذلك كان من شروط والى المظالم أن يكون جليل القدر نافذ الأمر عظيم الهيبة ، ظاهر العفة قليل الطمع كثير الورع ، فوالى المظالم يحتاج في ولايته إلى سطوة الحماة وثبت القضاء ومن هنا كان لا بد له من الجمع بين صفات الفريقين^(٢).

وإذا كان من يتولى المظالم ممن يملك الأمور العامة كالوزراء والأمراء واجتمعت فيه الشروط المتقدمة فهو غير محتاج إلى تقليد وتوليه ، أما إذا اقتضت ولايته على تنفيذ ما عجز القضاة عن تنفيذه وامضاء ما قصرت يدهم عن امضاءه جاز أن يكون دون هذه الرتبة في القدر والخطر بعد أن لا تأخذه في الحق لومة لائم ولا يستشفه الطمع إلى رشوة .

٢- ديوان المظالم وعناصر تكوينه واختصاصاته :

لا ينظر والى المظالم الخصومات إلا وهو في مجلس يتكون من كفاءات محددة أو عناصر متعددة ، وكان هذا المجلس يسمى مجلس المظالم فلما تطور واتسع سمي ديوان المظالم .

ولا ينتظم نظر والى المظالم ولا يكتمل مجلسه إلا بحضور خمسة أصناف من الناس هم :

١ (الحماة والأعوان " رجال الشرطة والأمن في وقتنا الحاضر " واختصاص هؤلاء أو مهمتهم جذب القوى وتقويم الجرى .

ب) القضاة والحكام ، لاستعلام ما يثبت عندهم من الحقوق ومعرفة ما في مجالسهم بين الخصوم.

ج) الفقهاء ، ليرجع إليهم فيما أشكل عليه ويسألهم عما اشتبه وأعضل من مسائل فقهية .

د (الكتاب ، ليثبتوا ما جرى بين الخصوم من مرافعات وادعاءات وما توجه لهم أو عليهم من الحقوق .

هـ) الشهود ، ليشهدهم على ما أوجبهم من حق وأعضاء من حكم .

(١) الماوردي في الأحكام السلطانية ص (٧٣) وما بعدها .

(٢) الماوردي . المرجع السابق .

٣- اختصاصات ديوان المظالم :

ويختص ديوان المظالم بالنظر في الآتي :

- ١- النظر في تعدى الولاة على الرعية وتعسفهم في استعمال السلطة ، وهذا الاختصاص من لوازم والى المظالم ، ولا يتوقف نظره فيه على ظلامة متظلم ، وإنما له مباشرة هذا الاختصاص بدوام تصفحه لسيرة الولاة واستكشاف أحوالهم ، ليستبدل بهم ان لم ينصفوا ، ويكفهم إن عسفوا ويقويه إن أنصفوا (١).
- ٢- النظر في جور العمال الذين يقومون بجباية الأموال من الناس وحملهم على القوانين العادلة في ذلك بعد الرجوع إليها وأخذ العمال بها ، ورد ما استزادوه في جبايتهم بغير حق إلى أربابهم (٢).
- ٣- متابعة كتاب الدواوين لتأديب المنحرف منهم وذلك بتصفح أحوال ما وكل إليهم لأنهم أمناء المسلمين على ثبوت أموالهم فيما يستوفونه له أو يوفونه منه (٣).

(١) خطب عمر بن عبد العزيز على الناس في أول خلافته فقال لهم " أوصيكم بتقوى الله فإنه لا يقبل غيرها ولا يرحم إلا أهلها وقد كان قوم من الولاة منعوا الحق حتى اشترى منهم شراء وبذلوا الباطل حتى اقتدى منهم فداء والله لولا سنة من الحق أميتت فأحييتها وسنة من الباطل أحييت فأميتها ما باليت أن أعيش وقتاً واحداً . أصلحوا آخرتكم تصلح لكم دنياكم ، أن امرأ ليس بينه وبين آدم إلا الموت لمعوق له في الموت . الماوردي ، في المرجع السابق الإشارة إليه ، ص ٧٦ .

(٢) حكى عن المهدي عليه السلام أنه جلس يوماً للمظالم فرفعت إليه قصص في الكسور فسأل عنها فقال سليمان بن وهب كان عمر بن الخطاب ض قسط الخراج على أهل السواد وما فتح من نواحي المشرق والمغرب ورقاً وعينا وكانت الدراهم والدنانير مضروبة على وزن كسرى وقبصر ، وكان أهل البلدان يؤدون ما في أيديهم من المال عدداً ولا ينظرون في فضل بعض الأوزان على بعض ، ثم فسد الناس فصار أرباب الخراج يؤدون الطبرية التي هي أربعة دنانير وتمسكوا بالوفاي الذي وزنه وزن المتقال فلما ولي زياد العراق طالب بأداء الوفاي وألزمهم الكسور وجار فيه عمال بني أمية إلى أن ولي عبد الملك بن مروان فنظر بين الوزنين وقدر وزن الدراهم على نصف وخمس المتقال على حاله ثم أن الحجاج من بعده أعاد المطالبة بالكسور حتى أسقطها عمر بن عبد العزيز وأعادها من بعده إلى أيام المنصور إلى أن ضرب السواد فأزال المنصور الخراج من الحنطة والشعير ورقاً وصير مقاسمة وهما أكثر غلات السواد وأبقى السير من الحبوب والنخل والشجر على رسم الخراج وهو كمان يلزمون الآن الكسور والمون ، فقال المهدي معاذ الله أن ألزم الناس ظلماً تقدم العمل به أو تأخر ، أسقطوه عن الناس ، فقال الحسن بن مخلد أن أسقط أمير المؤمنين هذا ذهب من أموال السلطان في السنة اثنا عشر ألف درهم ، فقال المهدي على أن أقرر حقاً وأزيل ظلماً وإن أجحف بيت المال .

(٣) حكى أن المنصور عليه السلام بلغه عن جماعة من كتاب دواوينه أنهم زوروا فيه وغيروا فأمر بإحضارهم وتقديم توبيخهم وتوئي (التواقي) ضربهم . فأنشده حدث منيهم وهو يضرب الشعر مثلاً إياه العفو ، فأمر بتخليتهم ووصل الفتى وأحسن إليه لأنه ظهرت منه الأمانة وبانت فيه النجاة .

وهذه الاختصاصات المتقدمة لا يحتاج والى المظالم فى مباشرتها ولا يتوقف نظره فى أحدها على وجود متظلم بل عليه أن يستقصى عنها ويتصفح أحوال المسئولين فيها ويستكشف أخبارهم .

٤- النظر فى تظلم المسترزقة من بيت المال من نقص أرزاقهم أو مجرد تأخرها عنهم ، فإذا تظلم أحد منهم بأنه منع رزقه من بيت المال أو نقص نصيبه فيه أو تأخر عنه . فعلى والى المظالم أن يرجع إلى ديوانه فى فرض العطاء العادل ويرجعهم عليه وينظر فيما نقصوه أو منعه فاسترجعه لهم أو يقضيه لهم من بيت المال (١).

٥- رد الغصب ، والغصب التى ينظر فيها والى المظالم نوعان ، أحدهما غصب سلطانية والثانى الغصب التى يقوم بها نفر من الأقوياء ذوى البطش بالقهر والغلبة مما قد يعجز معه القاضى العادى عن إعادة ما غصب إلى أصحابه ، والنوع الأول من الغصب يقوم به ولاة السلطان أو أعوانه أو ذويه من ولاة الجور إما لرغبة فى الشئ المغصوب وإما لمجرد التعدى على أهلها . وهذا النوع من الغصب إذا علم به والى المظالم عن طريق تصفحه للأمور فعليه أن يأمر برده دون انتظار التظلم إليه من أربابه . وإن لم يعلم به فهو موقوف على تظلم أربابه ، أما النوع الثانى من الغصب فهو موقوف على تظلم أربابه ولا ينتزع من يد الغاصب إلا إذا تحقق واحد من أربعة أمور هى إما اعتراف الغاصب وإقراره وإما علم والى المظالم وإما بينة تشهد على الغاصب بغصبه أو تشهد للمغصوب منه بملكه للغصب وإما بتظاهر الأخبار الذى ينفي عنها التواطؤ ولا يختلج فيها الشكوك .

٦- مشاركة الوقوف أى مراقبة الأوقاف وتوزيع غلاتها على المستحقين ، سواء أكانت هذه الوقوف عامة أم خاصة . أما الوقوف العامة فعليه أن يبدأ بتصفحها وإن لم يكن فيها متظلم لإجريها على سبيلها ويمضيها على شروط واقفيها ، وأما الوقوف الخاصة فإن نظره فيها موقوف على تظلم أهلها عند التنازع فيها .

٧- تنفيذ ما وقف القضاة من أحكام لضعفهم عن إنفاذها وعجزهم عن المحكوم عليه لتعززه وقوة يده أو لعلو قدره وعظم خطره .

ويختلف الأمر هنا عما ذكرناه سابقا من نظر والى المظالم فيما يترتب على سوء استعمال صاحب السلطة لسلطته ، ذلك أنه فى حالة سوء استعمال السلطة يختص ديوان المظالم بالحكم مباشرة فى الخصومة . أما فى الحالة التى نحن بصددنا فإن الحكم

(١) كتب بعض ولاة الأجناد إلى المأمون أن الجند شعبوا ونهبوا فكتب إليه لو عدلت لم شعبوا ولو وفيت لم ينهبوا وعزله عنهم وادر عليهم أرزاقهم .

يكون قد صار فعلا وقد يكون في خصومة عادية ولكن المحكوم ضده قد تمرد وامتنع عن تنفيذ الحكم .

٨- ما عجز عنه ولاية الحسبة من النظر في المصالح العامة بالنسبة لبعض المخالفين الذين يرد أمرهم إلى والى المظالم فيأخذهم بحق الله تعالى في جميعه ويأمر بحملهم على موجهه .

٩- مراعاة العبادات الظاهرة كصلاة الجمعة والأعياد والحج والجهاد من تقصير فيها وإخلال بشروطها لأن حقوق الله أولى بأن تستوفي وفروضه أحق أن تؤدى ، وديوان المظالم لا يختص في هذا الشأن إلا بالمسائل الخطيرة التى تخرج عن اختصاص المحتسب ، فالمحتسب ينظر إلى التقصير في العبادات إذا كان التقصير فيها جهارا أما إذا كان التقصير عاما وعلى الأخص في العبادات الكبرى فإن أمره موكول إلى والى المظالم .

١٠- النظر بين المتشاجرين والحكم بين المتنازعين وذلك في الخصومات الكبرى التى قد يعجز عنها القاضى العادى ويرى الخليفة تحويلها إلى ديوان المظالم . هذا وبالنظر في طبيعة هذه المظالم المتقدمة والتي يختص والى المظالم بالنظر فيها نجد أن لها طبيعة متميزة هي قوة الدعوى وسطوة الخصم فيها ، فإن لم يجدها والى المظالم كذلك ردها إلى القاضى ليحكم فيها بنفسه ويبلغ ديوان المظالم بما انتهى إليه من حكم ، وإن وجدها من هذا النوع الخطير من المظالم حكم فيها بنفسه ^(١) ، ولهذا كان ولاية المظالم ليسوا من القضاة العاديين وإنما كانوا ينتقون من كبار رجال القضاء والإدارة وكما قدمنا للماوردي أن يكون والى المظالم جليل القدر نافذ الأمر عظيم الهيبة ظاهر العفة قليل الطمع كثير الورع .

٤- أوجه التفرقة بين ولاية المظالم وولاية القضاء :

يفرق بين نظر المظالم ونظر القضاء من وجوه :

- (١) لولى المظالم من فضل الهيبة والرهبة وقوة اليد ما ليس للقضاء في كف الخصوم عن التجاحد ومنع الظلمة من التغالب والتجاذب .
- (٢) والى المظالم في نظره لما يعرض عليه أفسح مجالا وأوسع مقالا من القاضى . إذ أنه يخرج من ضيق الوجوب إلى سعة الجواز .

(١) الأحكام السلطانية لأبن يعلى الخنبلى ص ٨١ .

- (٣) لوالى المظالم أن يستعمل من فضل الأرهاب وكشف الأسباب بالأمارات الدالة وشواهد الأحوال ما يضيق على الحكام فيصل به إلى ظهور الحق ومعرفة المبطل من المحق .
- (٤) لوالى المظالم أن يقابل من ظهر ظلمه بالتأديب ويأخذ من بان عدوانه بالتهذيب .
- (٥) لوالى المظالم من التأنى في تردد الخصوم عند اشتباه أمورهم واستبهام حقوقهم ما ليس للحكام .
- (٦) لوالى المظالم رد الخصوم إذا أعضلوا بواسطة الأمناء ليفصلوا التنازع بينهم صلحا عن تراض ، وليس للقاضى ذلك إلا عن رضى الخصمين بالرد .
- (٧) لوالى المظالم أن يفسح في ملازمة الخصمين إذا وضحت أمارات التجاحد ويأذن في إلزام الكفالة لينقاد الخصوم إلى التناصف .
- (٨) لوالى المظالم أن يسمع من شهادات المستورين ما يخرج عن عرف القضاة في شهادة المعدلين .
- (٩) لوالى المظالم احلاف الشهود والإكثار من عددهم ليزول عنه الشك وينفي الارتياب وليس للحاكم ذلك .
- (١٠) لوالى المظالم أن يبتدئ باستدعاء الشهود ويسألهم عما عندهم وعادة القضاة تكليف المدعى إحضار بيعة ولا يسمعونها إلا بعد مساءلته .
- وهكذا ففي كل ما تقدم يتضح أن ولاية القضاء كانت تختلف عن ولاية المظالم صفته ووسيلته وسعته في الولاية^(١) وفيما عدا ذلك هما متساويان^(٢).

(١) د. عبد الوهاب العشاوى في رسالته عن الاتهام الفردى سنة ١٩٥٣ ص ٣٣٦ .

(٢) الماوردى في الأحكام السلطانية ص ٨٠ .

المبحث الثالث

ولاية الحسبة

أولاً : تعريف الحسبة وأساسها وشروط المحتسب .

تعريف الحسبة :

الحسبة هي أمر بالمعروف إذا أظهر تركه ونهى عن المنكر إذا أظهر فعله (١)

والمعروف : كل قول .. وفعل .. وقصد حسنه الشارع وأمر به .

والمُنكر : كل قول .. وفعل .. وقصد قبحه الشارع ونهى عنه (٢).

أساسها :

والأساس في الحسبة قول الله تعالى :

﴿ وَلِتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ ﴾ (آل عمران:

من الآية ١٠٤) وقوله تعالى : ﴿ كُنْتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ

الْمُنْكَرِ ﴾ (آل عمران: من الآية ١١٠) وقوله ﷺ : " من رأى منكم منكراً فليغيره بيده ، فإن لم

يستطع فبلسانه ، فإن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان " (٣).

ويرجع تاريخ الحسبة إلى عهد رسول الله ﷺ فقد روى البخاري (٤) عن ابن عمر (٥) ؓ

أنهم كانوا يشترون الطعام من الركبان على عهد النبي ﷺ فيبعث إليهم من يمنهم من أن يبيعوه

حتى يؤدوه إلى رحالهم (أى إلى السوق التي يرحلون إليها (٦)) كما روى عن أبي عبد البر أن

(١) الماوردى في الأحكام السلطانية ص ٢٣١ .

(٢) فضيلة الأستاذ إبراهيم دسوقي الشهاوى في مؤلفه عن الحسبة في الإسلام ص ١ سنة ١٩٦٣ مكتبة دار العروبة .

(٣) رواه مسلم عن أبي سعيد الخدرى ، أنظر صحيح مسلم بشرح النووي ج ٢ ص ٢٢ ، وأبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه ، انظر الفتح الكبير ج ٣ ص ١٩٢ ، وأبو نعيم في حلية الأولياء ج ١٠ ص ٢٨ .

(٤) هو محمد بن إسماعيل بن إبراهيم أبو عبد الله البخارى (١٩٤ - ٢٥٦ هـ) أمير المؤمنين في حديث سيد المرسلين ﷺ . روى عنه أنه قال : أخرجت الصحيح من زهاء ستمائة ألف حديث ، وما وضعت فيه حديثاً إلا اغتسلت وصليت قبل ذلك ركعتين ، وقال عنه أحمد : ما أخرجت خراسان مثلاً محمد بن إسماعيل ، انظر خلاصة التهذيب ص ٢٧٨ ، ٢٧٩ .

(٥) هو عبد الله بن عمر بن الخطاب المحدث ، هاجر مع أبيه وشهد الخندق وبيعة الرضوان ، وكان إماماً متيناً ، واسع العلم كثير الاتباع وافر النسك ، كبير القدرة متين الديانة . عظيم الحرمة . مات سنة ٧٤ هـ . خلاصة تهذيب الكمال ، ص ١٧٦ .

(٦) روى هذا الحديث بطرق متعددة منها (لا تلقوا الركبان للبيع) وفي بعض الروايات (فمن تلقاها فصاحب السلعة بالخيار بعد أن يقدم السوق) رواه مسلم من حديث أبي هريرة بهذا أوله في الصحيحين وغيرهما طرق =

النبي ﷺ استعمل سعيد بن العاص على سوق مكة .
وكما كان رسول الله ﷺ يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر بنفسه ، فقد خلفه أصحابه رضوان الله عليهم في ذلك سواء بأنفسهم أو بواسطة ولي مختص بولونه هذا الأمر ، وكان هو المحتسب غير أنه لم يكن له في هذا العهد ولاية دائمة .
وكانت الحسبة معروفة معمولاً بها في عهد الفاطميين بمصر ، والأمويين بالأندلس وكانت تعد في العادة لمراقبة الموازين والمكاييل ، والأسعار وغش الأطعمة والغبن ونظافة الشوارع والمرافق العامة والمحافظة عليها وعدم التجمهر في الأسواق (١).
والأصل في الحسبة أنها فرض على كل مسلم ومسلمة لأن الله سبحانه وتعالى جعل الرقابة على حقوقه من شأن أمة المسلمين حاكمين ومحكومين . وجعل الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر من سمات الأمة الإسلامية التي كانت بها خير أمة أخرجت للناس . غير أن هذا الفرض من فروض الكفاية إذا قام به البعض سقط عن الباقين ، ونظراً لما قد بتأتى من ذلك من تهاون البعض في الرقابة على حقوق الله اتكالا على الآخرين وانشغالاً بأمورهم الخاصة من ناحية ، ولانشغال الحاكم بتسيير أمور الدولة في الداخل والخارج مما يؤدي إلى عدم تمكنه من القيام بهذا الدور على الوجه الأكمل من ناحية أخرى ، فقد وجدت وظيفة المحتسب الذي يعينه الحاكم لكي يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر نيابة عنه وقيام المحتسب بهذه المهمة لا يمنع أى فرد من أفراد الأمة من أن يقوم بدعوى الحسبة التي هي حق مقرر وواجب مفروض قبل إنشاء هذه الوظيفة وبعدها ، يؤديه المسلم كفاية وتطوعاً عن جماعة المسلمين كلهم فيسقط عنهم وعنه هذا الفرض ، الذي به يستقيم حال الأمة ويصلح أمرها .

شروط المحتسب :

بالإضافة إلى الشروط العامة التي يجب توافرها في كل ولاية يشترط فيمن يتولى الحسبة أن يكون حراً عادلاً ذا رأى وصرامة وخشونة في الدين ، وعلم بالنكرات الظاهرة (٢). وقد اختلف

= يغير هذا اللفظ عند ابن عمر وابن مسعود وابن عباس ، انظر التلخيص الخبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير ٦٢٣هـ ص ٢٣٧ ، ومعنى تلقى الركبان أن يجئ جماعة من التجار إلى مدخل المدينة التي يتعقد فيها السوق ويعملون على إشاعة الأخبار الكاذبة عن انخفاض الأسعار وعدم رواج السلع حتى يشتروا من الداهيين إلى السوق بضائعهم قبل دخولهم المدينة بأسعار زهيدة ثم يبيعونها بأسعار غالية مرتفعة ، وقد نهى الرسول ﷺ عن ذلك ، فما بالناس بما يحدث اليوم من جشع واستغلال وانتشار ما يسمى بالسوق السوداء لامكانية الحصول على أى سلعة من السلع الضرورية لحياة الإنسان وذلك في ظل أحدث القوانين الوضعية المتطورة وأنه لفي ظل تعاليم شريعتنا الإسلامية الغراء الدواء والشفاء من كل البلاء .

(١) فضيلة الأستاذ إبراهيم الدسوقي الشهاوى في الحسبة في الإسلام ص ١٠٣ وما بعدها .

(٢) الماوردى في الأحكام السلطانية ص ٢٣١ .

بعض الفقهاء في اشتراط أن يكون المحتسب عالماً من أهل الاجتهاد في أحكام الدين وعدم اشتراط ذلك على وجهين ، أحدهما ^(١) وجوب أن يكون المحتسب عالماً من أهل الاجتهاد في أحكام الدين حتى يمكنه الاجتهاد برأيه فيما اختلف فيه بين الفقهاء من منكرات . وعند هؤلاء أنه يجوز للمحتسب أن يحمل الناس فيما ينكره من الأمور التي اختلف الفقهاء فيها على رأيه واجتهاده ، والوجه الثاني هو جواز أن يكون المحتسب من غير أهل الاجتهاد ويكفي فيه أن يكون عالماً بالمنكرات الظاهرة والمتفق على انكارها من الفقهاء وعند هؤلاء أن المحتسب ليس له أن يحمل الناس على رأيه واجتهاده ولا يقودهم إلى مذهبه لأن الاجتهاد مسوغ للكافة . وهذا ما نميل إليه ونرجحه فضلاً عن إمكانية عمل المحتسب بتشريع شامل لما يستقر فقهاء المذاهب في عصره على ترجحه من الآراء في المنكرات المختلف فيها وحسب ما يستجد من مشكلات ومنكرات في هذا العصر .

ثانياً : وظيفة المحتسب واختصاصاته :

إن وظيفة المحتسب في الإسلام هي في مجملها أمر بالمعروف ونهي عن المنكر ، سواء كان ذلك يتعلق بحقوق الله تعالى أم بحقوق العباد أم بالحقوق المشتركة بينهما ، ولأن المحتسب ينوب عن الإمام في ذلك كانت سلطته كبيرة ، فله أن يبحث عن المنكرات الظاهرة ليصل إلى إنكارها ويفحص عما ترك من المعروف فيأمر بإقامته ، يعاونه في ذلك موظفون يسمون بالأعوان وسوف نفصل اختصاصات المحتسب على الوجه الآتي :

١- في مجال الأمر بالمعروف :

تنقسم اختصاصاته إلى ثلاثة أقسام أحدهما ما يتعلق بحقوق الله تعالى والثاني ما يتعلق بحقوق الأديمين والثالث ما يتعلق بالحقوق المشتركة بينهما .

أ) أما حقوق الله تعالى : فإنه يؤخذ بها الجماعة ومنها ما هو ملزم بالأمر به في الجماعة لا الأفراد كذلك ترك صلاة الجمعة في وطن مسكون من جماعة من الناس ينعقد بهم نصابها المتفق عليها كالأربعين في الواجب عليه أن يأخذهم بإقامتها ويأمرهم بفعلها ويؤدب على الإخلال بها . وإن كانوا قوماً قد اختلف في انعقاد الجمعة بهم ورأى المحتسب انعقاد الجمعة بهذا العدد حتى لا يؤدي استمرار الترك إلى تعطيل الجمعة ورأى القوم عدم انعقادها ، فهل للمحتسب أن يأمرهم بإقامتها أم لا ؟ خلاف بين الفقهاء على وجهين أحدهما : أنه يجوز له أن يأمرهم بإقامتها اعتباراً بالصحة لئلا ينشأ الصغير على تركها فيظن أنها تسقط مع زيادة العدد كما تسقط بنقصانه . والوجه الثاني : أنه لا يتعرض لأمرهم بها لأنه ليس له حمل الناس على اعتقاده ولأنهم يعتقدون أن نقصان العدد يمنع من أجزاء الجمعة .

(١) لأبي سعيد الاصطخري من فقهاء الشافعية ، الماوردي في المرجع السابق .

ونرى في ذلك أن الأمر المختلف فيه كما في هذه الحالة إنما تكون إقامته والقيام به عن طريق السلوك والمواظبة عليه مما يؤدي إلى الترغيب فيه والاستقامة عليه باقتناع ورغبة فقيام المحتسب للجمعة بأقل عدد يحضر معه إليها ما دام العدد في أساسه مما لا تتعد به الجمعة ومواظبته على ذلك ، والعمل على تقريب الحضور معه إلى نفسه وتركيتهم أمام الباقيين ، لما يتلشى معه خطر تعطيل الجمعة مع ازدياد العدد وتنشئة الصغار على ذلك ويؤدي في النهاية بإذن الله إلى إقامة الجميع لها . وعموما ففي هذه الحالات وغيرها أقوال متعددة وتفصيلات واسعة للفقهاء يجب الرجوع إليها في كتب الفقه الإسلامي المختلفة .

وبالنسبة لصلاة العيدين فإن له أن يأمرهم بها وهل يكون الأمر بها من الحقوق اللازمة أو من الحقوق الجائزة ؟ خلاف بين الفقهاء في ذلك على وجهين .

وبالنسبة لصلاة الجماعة في المساجد وإقامة الأذان فيها إحياء لشعائر الإسلام وإبراز لعلامات التعبد التي فرق بها رسول الله ﷺ بين دار الإسلام ودار الشرك . فإذا اجتمع أهل بلد أو محلة على تعطيل الجماعة في مساجد وترك الأذان في أوقات صلاتهم كان المحتسب مندوبا إلى أمرهم بالأذان والجماعة في الصلوات (١) . وهل ذلك واجب عليه بأنم بتركه أو مستحب له يثاب على فعله ؟ خلاف بين الفقهاء في ذلك .

أما إذا كان ترك صلاة الجمعة من أحاد الناس أو كان ترك الأذان والإقامة بالنسبة لصلاة كل واحد منهم ، فإنه لا اعتراض للمحتسب عليه إذا لم يصير ذلك عادة يألونها ، لأنها أمور مندوبة تسقط بالأعذار . أما إذا كان ترك صلاة الجمعة بالنسبة لأحاد الناس وترك الأذان والإقامة في صلاته قد أصبح عادة مألوفة له ، فإن للمحتسب أن يعترضه في ذلك ويؤاخذ عليه لما قد يؤدي إليه ذلك من استراية في عذره ويخاف معه تعديه إلى غيره في الاقتداء به فيراعى حكم المصلحة به في زجره عما استبان به من سنن عبادته .

هذا بالنسبة لاختصاصات المحتسب فيما يتصل بحقوق الله تعالى التي هو ملزم بالأمر بها في الجماعة لا الأفراد ، أما ما يأمر به أحاد الناس وأفرادهم كتأخير الصلاة حتى يخرج وقتها فعليه أن يذكر بها ويأمر بفعلها . ويراعى سبب التأخير في علاجه لذلك ، فإن كان تأخير المسلم لها حتى يخرج الوقت نتيجة نسيان ذكره بها وحته على فعلها ولم يؤدبه ، وإن قال تركتها للتهاون ، أدبه المحتسب ذجراً وأخذ بفعلها جبراً .

أما الأذان والقنوت في الصلوات إذا خالف فيه رأى المحتسب ، وكذلك الطهارة إذا فعلها على وجه سائغ بخالف فيه رأى المحتسب فإن المحتسب لا اعتراض له على شيء من ذلك بأمر ولا نهى .

(١) الماوردي في المرجع السابق الإشارة إليه ، ص ٢٣٥ .

ب- أما اختصاصات المحتسب فيما يتعلق بحقوق الأدميين أمراً بالمعروف ، فعلى ضربين عام وخاص :-

(١) أما العام فهو ما يختص بالجماعة ، كالبلد إذا تعطل شربه أو إنهدم سورهُ أو مسجده أو كان يطرقه أبناء السبيل من ذوى الحاجات فكف أهل البلد عن معونتهم .
وعلى المحتسب أن يتخذ في ذلك ما يراه مناسباً من الإصلاح والتقويم بادئاً الإتفاق من المال المرصود في بيت المال لهذه الأشياء إن وجد ، لأنها حقوق تلزم بيت المال دونهم . فإن كان بيت المال معوذاً بأن كان المال الموجود به محتاجاً إليه فيما هو أهم من ذلك ، أو لا مال فيه مطلقاً ، فعلى المحتسب أن يتوجه في الإتفاق على هذه المصالح إلى كافة ذوى المكنة من أهل البلد على أن يتوجه في أمره بذلك إلى كل القادرين فيها دون تعيين أحد منهم . فإن شرع ذوو المكنة في القيام بما كلفوا به والتزموا أوامر المحتسب ونفذوا توجيهاته في القيام بما مضى سقط عن المحتسب حق الأمر به أما إذا كف ذوو المكنة عن القيام بذلك ، فعلى المحتسب أن ينظر ما إذا كان المقام في البلد ممكناً بالحالة التي هي عليها بأن كان الشرب مثلاً وإن قل مقنعاً ، تركهم وإياه . وإن تعذرا المقام في البلد ، وكان البلد ثغراً يضر بدار الإسلام تعطيله ، فلا يجوز لولى الأمر أن يفسح في الانتقال عنه ، وكان حكمه حكم النوازل إذا حدثت في قيام ذوى المكنة به ، وعلى المحتسب في ذلك إعلام السلطان بالحالة القائمة ، وترغيب القادرين من أهل البلدة في القيام بهذا العمل ، أما إذا لم يكن البلد ثغراً مضراً بدار الإسلام ، فالأمر أيسر والحكم أخف ، وليس للمحتسب أن يجبر أهله على عمارته ، لأن السلطان أحق أن يقوم به ، فإن عجز عن ذلك وأعوزه المال فعلى المحتسب أن يخبرهم ، ما دأه السلطان قد عجز عن ذلك . بين الانتقال عن البلد أو التزام ما يصرف في مصالحته التي يمكن معها دوام استيوائه ، فإن أجابوه إلى الالتزام بذلك كلف جماعتهم القيام به حسب الذى تسمح به نفوسهم ولا يلزم أحد منهم جباً ما لا تسمح به نفسه من قليل ولا كثير . ومن أعوزه المال أعان بالعمل .

(٢) أما الخاص من حقوق الأدميين الذى يتعلق به اختصاص المحتسب أمراً بالمعروف وهو ما يختص بأحد الناس كالحقوق إذا مطلات والديون إذا أخرت ، فللمحتسب أن يأمر بالخروج منها مع المكنة إذا استعداه أصحاب الحقوق ، وليس له أن يحبس بها ، لأن الحبس حكم ، ولكن له أن يتحفظ على أموال المدين ، وفيما يتصل بنفقات الأقارب وكفالة من تجب كفالتهم من الصغار فليس له الأخذ بها لافتقار ذلك إلى اجتهد شرعى ، إلا أن يكون قد صدر بفرضها حكم من الحاكم فيجوز للمحتسب أن يأخذ بأدائها ويأمر بالقيام بها على الشروط المستحقة فيها .
وعلى مثل ما تقدم تكون أوامر المحتسب بالمعروف في حقوق الأدميين .

ج) أما بالنسبة لاختصاصات المحتسب أمراً بالمعروف فيما يتعلق بالحقوق المشتركة بين الله والعباد :

فإن له مثلاً مراجعة الأولياء وأخذهم بنكاح الأيامي من أكفائهم إذا طلبن دون تأديبهم على ذلك ، كما له أن يلزم النساء أحكام العدد إذا فورقن وتأديب من تخالف منهن ، كما له أن يأخذ من نفي ولدا ثبت فراش أمه ولحوق نسبه بأحكام الآباء جبرا ويعززه عن النفي أدبا ، وله أن يأخذ السادة بحقوق العبيد والإماء وأن لا يكلفون من الأعمال مالا يطيقون ، وكذلك له أخذ أرباب البهائم بعلوقتها إذا قصرُوا وأن لا يستعملوها فيما لا تطيق . وعلى نظائر هذه الأمثلة يكون أمره بالمعروف في الحقوق المشتركة بين الله والادميين .

٢- في مجال النهي عن المنكر :

فإن اختصاصات المحتسب تنقسم إلى ثلاثة أقسام أيضا ، أولها ما يكون من حقوق الله تعالى والثاني ما يكون من حقوق الأدميين والثالث ما يكون مشتركا بين الحقيين .

(أ) أما النهي عن المنكر فيما يتعلق بحقوق الله تعالى فعلى ثلاثة أقسام هي :

١- ما يتعلق بالعبادات .

٢- ما يتعلق بالمحظورات .

٣- ما يتعلق بالمعاملات .

١- فيما يتعلق بالعبادات :

للمحتسب مثلاً أن ينكر الأفعال الآتية على أصحابها عند التحقيق من فعلها ويؤدب المعاند فيها ، الجهر قصداً في صلاة الإسرار والإسرار في صلاة الجهر . زيادة أذكار غير مسنونة في الصلاة أو في الأذان ، الإخلال بتطهير جسده أو ثوبه أو موضع صلاته ، التعرض لمسئلة الناس في طلب الصدقة وهو غنى عنها بمال أو عمل .

وإذا كان الأمر في هذه الأفعال مجرد التهمة أو الظن في فعلها ، فلا يؤاخذ المحتسب بالتهم ولا يعامله بالإنكار ولكن يجوز له بالتهمة أن يعظ ويحذر من عذاب الله على إسقاط حقوقه والإخلال بمفروضاته .

٢- وفيما يتعلق بالمحظورات :

فيؤ منع الناس من مواقف الريب ، ونطاق التهمة ، كمن يصلى بين النساء ، ومن ينفرد بامرأة ويقف بها في مكان مرتاب ، ومن يجاهر بإظهار الخمر فإن كان مسلماً أراقها عليه وأدبه وإن كان ذمياً أدبه على إظهارها واختلف في إراقتها عليه وكمنع الناس من ارتياد الملاهي المحرمة . والأصل في ذلك قوله ﷺ فيما روى عنه " دع ما يريبك إلى ما لا يريبك (١) " .

(١) أخرجه بهذا اللفظ وبدون زيادة أحمد في المسند عن أنس بن مالك . أخرجه النسائي عن الحسن بن علي ، وأخرجه الطبراني عن وإبسة بن معبد ، وأخرجه الخطيب البغدادي عن ابن عمر ، وأخرج أحمد في المسند والترمذي في السنن ، وابن حبان في الصحيح عن الحسن بن علي بزيادة (فإن الصدق طمأنينة وإن الكذب =

٣- وفيما يتعلق بالمعاملات المنكرة وما منع الشرع منه مع تراضى المتعاقدين به :
فإن على المحتسب إنكاره والمنع منه والزجر عليه بشرط أن يكون متفقاً بين الفقهاء على حظره ، ويختلف أمره في التأديب على ذلك بحسب الأحوال وشدة الحظر . ومن أمثلة ذلك الزنا والبيوع الفاسدة ، وعقود النكاح المحرمة تحريماً متفقاً عليه ، وغش المبيعات ، وتدليس الأثمان ، تصرية المواشى وتحفيل ضرورها عند البيع ، المنع من التطفيف والسبخس في المكايل والموازين والصنجات .

(ب) أما النهي عن المنكر فيما يتعلق بحقوق الأديين المحضة :

فهو أمر من اختصاص المحتسب عند الاستعداد به من المجنى عليه على الجاني ، لأن الحق في ذلك حق محض للمجنى عليه فيصح منه العفو عنه والمطالبة به فإن خاصم الجاني فيه كان على المحتسب النظر فيه وله أن يأخذ المتعدى بإزالة تعديه وله تأديبه عليه بحسب شواهد الحال .

وذلك مثله أن يتعدى رجل في حد لجاره ، أو في حريم لداره ، أو في وضع أجداع على جداره ، إهمال الصانع في عمله ، وعدم اتقانه ، وارتكاب خيانة على العاملين لهم .

(ج) وأما النهي عن المنكر فيما يتعلق بالحقوق المشتركة بين الله والعباد ، كالمنع من الإشراف على منازل الناس من عل ومنع أهل الذمة من تلبية أبنيتهم على أبنية المسلمين ، والإنكار على أئمة المساجد إطالة الصلاة حتى يعجز عنها الضعفاء وينقطع بها ذوو الحاجات كما فعل عليه السلام بالنسبة لمعاذ بن جبل ، فإن لم يمتنع عنها لم يجز للمحتسب أن يؤدبه عليها وإنما يستبدل به من يخففها ، وكذلك له منع أرباب المواشى من استعمالها فيما لا تطيق الدوام عليه . دون انتظار مستعد في ذلك ، كما له أن يأمر سيد العبد بكسوته ونفقته إذا استعداه العبد في ذلك على سيده ، كما للمحتسب أن يمنع أرباب السفن من حمل ما لا تسعه ويخاف منه غرقها ، كما له أن يختار من يختص بمعاملة النساء في الأسواق وغيرها من ذوى السير الحميدة والأمانة ، كما له أن ينظر في مقاعد الأسواق فيقر منها ما لا ضرر فيه على المارة ويمنع ما استضر به المارة ، كما له أن يمنع الناس من وضع الأمتعة وآلات الأبنية في مسالك الشوارع طالما استضر بذلك المارة . وكذلك الأمر بالنسبة لإخراج الأجنحة والأسبطة ومجارى المياه وآبار

=روية ، وفي رواية أخرى عن الحسن أيضاً (فإن الصدق منجى) أخرجه بهذا اللفظ ابن قانع ، وفي رواية بزيادة (فأبك ان تجد فقد شئ تركته لله) أخرجه بهذا اللفظ أبو نعيم في الحلية ، والخطيب البغدادي في تاريخ بغداد عن ابن عمر .

انظر الفتح الكبير في ضم الزيادة إلى الجامع الصغير . للجلال السيوطي . تأليف الشيخ بوصف النبهاني ج ٢ ص ١١١ مطبعة مصطفى الحلبي .

الحشوش ، فإن له أن يجتهد في ذلك بين ما بضرب فيقوم بمنعه وما لا يضرب فيقره بحسب العرف.

وبعد تناول اختصاصات المحتسب بشئ من الإجمال غير المخل مع ضروب الأمثلة على ما يدخل في اختصاصه من أمر بالمعروف ونهى عن المنكر سواء منها ما يتوقف نظره فيه على استعداد من صاحب الحق وما يشمل اختصاصه دون استعداد من أحد ، سوف نتناول فيما يلي دور الفرد العادى في دعوى الحسبة في ظل نظام الحسبة وولاية القضاء ، وكذلك الفرق بين المحتسب ووالى المظالم في الإسلام .

ثالثا : دور الفرد في دعوى الحسبة والفرق بينه وبين المحتسب :

قدما أن الأصل في الحسبة أنه فرض كفاية على كل مسلم ومسلمة ، لأن الله تعالى جعل الرقابة على حقوقه من شأن أمة المسلمين حاكمين ومحكومين التى كان الأمر فيها بالمعروف والنهائى عن المنكر من سمات جعلها بوصف الله تعالى خير أمة أخرجت للناس ، كما قدما أن وجود المحتسب والعمل بنظام الحسبة لا يسقط دور كل مسلم ومسلمة في الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ، إذ أن ذلك حق مقرر وواجب مفروض قبل إنشاء هذه الوظيفة وبعدها . وعلى المسلم أن يؤديه كفاية وتطوعا عن جماعة المسلمين كلهم ليسقط عنهم وعنه هذا الغرض الذى به يستقيم حال الأمة ويصلح أمرها ، وليس في قيام الفرد بدوره في الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر مع انتصاب ولاية الحسبة تعارض أو تداخل في اختصاصاته مع اختصاصات المحتسب . إذ أن دور كل منهما له طبيعته الخاصة واستقلاله المتميز ويفرق بين دور الفرد ودور المحتسب من عدة وجوه منها :

- (١) أن ما هو مفروض من الحسبة يعد فرض عين على المحتسب بحكم ولايته وهو داخل في فروض الكفاية بالنسبة لغيره إذا فعله البعض سقط عن الباقيين .
- (٢) قيام المحتسب بالحسبة يعد من حقوق تصرفه الذى لا يجوز أن يتشاغل عنه بغيره وقيام الفرد المتطوع به من نوافل عمله الذى يجوز أن يتشاغل عنه بغيره .
- (٣) أن المحتسب منصوب وانعقدت الولاية له للاستعداد إليه فيما يجب إنكاره ، وليس الفرد المتطوع منصوبا للاستعداد إليه .
- (٤) على المحتسب إجابة من استعداده وليس على المتطوع إجابته .
- (٥) على المحتسب أن يبحث عن المنكرات الظاهرة ليصل إلى إنكارها ويفحص عما ترك من المعروف الظاهر ليأمر بإقامته وليس على غيره من الأفراد المتطوعين بحث ولا فحص .
- (٦) للمحتسب أن يتخذ أعوانا له في نهيه عن المنكر ليكون له أقهر وعليه أقدر وليس للفرد المتطوع أن يندب لذلك أعوانا .

- (٧) للمحتسب أن يعزر في المنكرات الظاهرة ولا يتجاوز في ذلك إلى الحدود ، وليس للفرد المتطوع أن يعزر على منكر .
- (٨) للمحتسب أن يرتزق على حسبه من بيت المال ولا يجوز للفرد المتطوع أن يتقاضى من بيت المال نظير إنكاره لمنكر .
- (٩) للمحتسب أن يجتهد برأيه فيما يضر ومالا يضر حسب العرف فيقر وينكر من ذلك ما أداه اجتهاده إليه وليس هذا للفرد المتطوع .
- فوالى الحسبة وإن كان يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر ، وغيره من الأفراد المتطوعين وإن جاز له أن يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر أيضا إلا أن الفرق بينهما من هذه الوجوه المتقدمة .

رابعا : موازنة بين اختصاصات كل من المحتسب والقاضي :

أحكام الحسبة موافقة لأحكام القضاء من وجهين ومقصورة عنه من وجهين وزائدة عليه من وجهين (١).

١- إن المحتسب كالقاضي يجوز الاستدعاء إليه وسماعه دعوى المستعدى على المستعدى عليه في حقوق الأدميين . وليس هذا على عموم الدعاوى وإنما يختص بثلاثة أنواع وهي :

- ما يتعلق ببخس وتطيف في كيل أو وزن .
- ما يتعلق بغش أو تدليس في مبيع أو ثمن .
- ما يتعلق بمطل وتأخير لدين مستحق مع المكنة .

وذلك لتعلق هذه الدعاوى بمنكر ظاهر هو منسوب إلى الله واختصاصها بمعروف بين هو مندوب إلى إقامته فجاز له النظر فيها دون ما عداها من سائر الدعاوى .

٢- أن المحتسب كالقاضي له الزام المدعى عليه للخروج من الحق الذي عليه ، وليس هذا عاما في كل الحقوق وإنما هو خاص في الحقوق التي يجوز له سماع الدعوى فيها ، إذا وجبت باعتراف وإقرار مع التمكن واليسار .

وتنقصر أحكام الحسبة عن أحكام القضاء من وجهين :

- ١- فصورها عن سماع عموم الدعاوى الخارجة عن ظواهر المنكرات من الدعاوى في العقود والمعاملات وسائر الحقوق والمطالبات . فلا يجوز أن ينتدب لسماع الدعوى لها ولا أن يتعرض للحكم فيها ، إلا أن يرد ذلك إليه بنص صريح ويصبر بهذا جامعا بين قضاء وحسبة .
- ٢- إن الحسبة مقصورة على الحقوق المعترف بها ، أما ما يتدخله التجاهد والتناكر فلا يجوز له النظر فيه .

(١) الماوردى في الأحكام السلطانية ، المرجع السابق الإشارة إليه ص ٢٣٢ .

وتزيد أحكام الحسبة عن أحكام القضاء من وجهين :

- ١- أنه يجوز للناظر في الحسبة أن يتعرض لتصفح ما يأمر به من المعروف وينهى عن المنكر وإن لم يحضر دعوى الحسبة خصم مستعد ، ولا يجوز للقاضي أن يتعرض لذلك إلا بحضور خصم يجوز له سماح الدعوى منه .
- ٢- للمحتسب من سلطة السلطنة واستطالة الحماة فيما يتعلق بالمنكرات ما ليس للقاضي لأن الحسبة موضوعة للرعية ومن دعائهما اتساع السلطة وقوة النفوذ والغلبة والقضاء موضوع للمناصفة ومن دعائمه الأناة والوقار .

خامسا : أوجه الاتفاق والاختلاف بين الحسبة والمظالم :

بين الحسبة والمظالم شبه مؤتلف وفرق مختلف (١).

أما الشبه الجامع بينهما فمن وجهين :

- (١) أن موضوعهما مستقر على الرهبة القائمة على اتساع السلطة والغلبة والصرامة وقوة النفوذ .

(٢) جواز التعرض فيهما لأسباب المصالح والتطلع إلى إنكار العدوان الظاهر .

وأما الفرق بينهما فمن وجهين أيضا :

- (١) أن النظر في المظالم موضوع لما عجز عنه القضاء والنظر في الحسبة موضوع لما رفه عنه القضاء .

(٢) أنه يجوز لولى المظالم أن يحكم ولا يجوز لوالى الحسبة أن يحكم .

وبعد هذا البيان الذى استعرضنا فيه مختلف جهات القضاء بمعناه العام في الشريعة الإسلامية وأوجه التفرقة والتمييز بين هذه الجهات المختلفة طبقا لقواعد وأحكام الفقه الإسلامى فإننا نستطيع أن نستخلص الآتى :

- ١- إن القضاء كان دائما وما يزال هو الأصل في فصل المنازعات . سواء أكانت مدنية أو جنائية . إذ قد تقدم أن الرسول ﷺ قد قام والخلفاء من بعده بمهمة الفصل بين الناس في منازعاتهم المختلفة وبتساع رقعة الدولة الإسلامية قام الولاة بهذه المهمة إلى أن انعقدت ولاية القضاء في كل إقليم معين لأحد الفقهاء ، كما تقدم أن ولاية القضاء كانت تشمل استيفاء الحقوق لأصحابها . وإقامة الحدود سواء ما هو منها حق لله أو حق للعبد .
- ٢- أن ولاية المظالم كانت نتيجة لانتساع رقعة الدولة ، واحتياج الأمن من يصونه ، وضعف هيبة القضاء وظهور الحاجة إلى من يمهّد له سبيل الحكم ويقود على تنفيذ أحكامه بعد أن

(١) ضروري في الأحكام السلطانية . ص ٢٢٣ .

ازدادت الجرائم وصعب الوصول إلى وجه الحق فيها . فكانت ولاية المظالم كهيئة تنفيذية تعتمد على قوة السلطان لزجر الناس وروعهم وتحيل الدعوى إلى القاضى بعد تحقيق ابتدائى فيها ليقتضى فيها بحكم الله سواء أكانت حقا يطلبه صاحبه أم حدا تجب إقامته على من استحقه ، وكانت في جانب آخر من اختصاصها تمثل القضاء الإدارى في وقتنا الحاضر ، إذ كانت تقوم بالنظر فيما يختص بشكوى الجمهور من عمال الدولة إذا تعدوا على الناس أو قصرُوا في أداء واجبه أو استغلوا وظيفتهم .

٣- إن ولاية المظالم وهى قود المتظالمين إلى التناصف بالرهبة وزجر المتنازعين إلى التجاحد بالهيبه إنما كأنها تعبر عن فترة انتقال من الإكتفاء برهبة الدين ووزاع الضمير إلى الاحتياج إلى رهبة السلطان ، فكان لوالى المظالم أن يتحرك لطلب عقاب مجرم نفسه أو عندما يتلقى ذلك من بعض الأفراد ، ثم يقوم بإجراء التحقيق في المظلمة بواسطة مجلس مكتمل العناصر . ويحيل إلى القاضى ما يحتاج إلى ذلك للحكم فيه وما لا يحتاج إلى إحاله يقوم بإنهائه صلحا مع إلزام الخصمين بالحكم . ثم بعد ذلك يقع عليه عبء تنفيذ حكم القاضى أو المحتسب إذا عجز هؤلاء عن تنفيذ أحكامهم .

٤- إن ولاية الحسبة على النحو الذى عرفتها به الشريعة الإسلامية تنأثر إلى جانب اختصاصها بالتنفيذ اختصاصا آخر قضائى يجيز للمحتسب أن يحكم بتعزير فلا يجاوزه إلى الحد فيما رفه القضاء عنه ، ولا يجوز له أن يتعدى هذا الاختصاص إلا أن يكون جامعا بنص صريح بين قضاء وحسبه .

٥- من جميع ما تقدم نستطيع أن نقول بأن هناك طبقا للقواعد الإسلامية جهتين يمكن أن تتلقيا الدعوى الجنائية مباشرة وأن تفصلا فيها . كل فيما دخل في اختصاصه وهما القاضى والمحتسب . وأن والى المظالم هو درجته ذات ولاية خاصة . يمكن عن طريقه أن تصل الدعوى الجنائية إلى إحدى الجهتين ، وأيضا عنده يمكن أن تنتهى دون أن يمنع ذلك صاحب الحق فيها من أن يجددها أمام القضاء .

هذا عن الجهة التى ترفع إليها الدعوى في الفقه الإسلامى ، وسوف نعرض فيما يلى للدعوى الجنائية وأثر رضا المجنى عليه في إقامتها ومباشرتها والتنازل عنها بعد أن بينا جهة الاختصاص الجنائى في الشريعة الإسلامية ، سوف نعرض فيما يلى لبيان الدعوى في الفقه الإسلامى ، تعريفها وطبيعتها وأهميتها وتقسيمها في مبحث ، ثم الكلام عن أثر الرضا في الدعوى عن حق الله الخالص في مبحث آخر . وبالنسبة للدعوى التى للعبد فيها حق سواء ضاق أم اتسع بجانب حق الله تعالى في الدعوى سوف نتناول أثر رضا المجنى عليه في دعوى القذف في مبحث ثم بيان أثر رضا المجنى عليه في دعوى السرقة في مبحث آخر وفي مبحث أخير نتناول أثر رضا المجنى عليه في دعوى طلب القصاص .

المبحث الرابع

طبيعة الدعوى في الفقه الإسلامي

" تعريفها ، أهميتها وشروطها ، طبيعة الدعوى الجنائية "

أولا : تعريف الدعوى :

١- في اللغة :

قول يقصد به الإنسان إيجاب حق له على غيره ^(١)، وورد في معناها اللغوي ، أنها إسم من الإدعاء وهو المصدر فهي إسم لما يدعى ^(٢) وتجمع على دعاوى بكسر الواو وفتحها . كما تطلق على معان عدة منها الزعم ومنها ^(٣) الدعاء ^(٤) كما في قوله تعالى : ﴿ دَعُواهُمْ فِيهَا سُبْحَانَكَ اللَّهُمَّ وَتَحِيَّتُهُمْ فِيهَا سَلَامٌ وَأَخْرُ دَعْوَاهُمْ أَنْ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ ﴾ (يونس: ١٠) كما تطلق أيضا ويراد بها إضافة الإنسان إلى نفسه شيئا سواء كان هذا الشيء ملكا له أو مستحقا من غير أن يتقيد بحالة المنازعة أو المسالمة ^(٥).

وتستعمل أيضا في معنى التمنى والطلب ^(٦) كما في قوله تعالى : ﴿ لَهُمْ فِيهَا فَاكِهَةٌ وَلَهُمْ مَا يَدْعُونَ ﴾ (يس: ٥٧) وكما يطلق لفظ الدعوى على المعاني المتقدمة فإنه يستعمل ومشتقاته في مجازات كثيرة منها ، قولهم تدعوا عليه بمعنى تجمعوا . وكذلك قولهم " أدعوه " بمعنى دعوه إلى الطعام . وبعض العرب يطلقها على " الأذان " أى دعاء المؤذن إلى الله ^(٧) كما استعملت في المؤذن وهو الداعي كما في حديث " الخلافة في قریش والحكم في الأنصار والسدوة في الحبشة " ^(٨) " والمراد بالدعوة الأذان ، هذا وتجدر الإشارة إلى أن الدعوى هي مجرد مطالبة أو أخبار أو قول مجرد عن الحجة ، لأن القول المدعوم بالأدلة يرقى عن معنى الدعوى وهو

(١) د. مبارك عبد العزيز في رسالته عن الدعوى الجنائية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ص ٢٦ .

(٢) لسان العرب ج ١٤ ص ٢٥٨ والمصباح المنير ج ١ ص ٢٦٥ ، تاج العروس ج ١٠ ص ١٢٨ .

(٣) لسان العرب مجلد ١٤ ص ٢٦١ ، تاج العروس ج ١٠ ص ١٢٧ .

(٤) لسان العرب مجلد ١٤ ص ٢٥٧ ، تاج العروس ج ١٠ ص ١٢٦ .

(٥) تبين الحقائق ، شرح كنز الدقائق ج ٤ ص ٢٩٠ ، مجمع الأنهر ج ٢ ص ٢٤٩ ، المغني ج ٩ ص ٢٧١ .

(٦) التعريفات للجرجاني ص ٧٢ .

(٧) تاج اللغة وصحاح العربية ص ٢٣٦ ، تاج العروس ج ١٠ ص ١٢٧ .

(٨) أخرج هذا الحديث أحمد في المسند عن عتبة بن عبدان . ونحوه في الأوسط وله ألفاظ أخرى عند النسائي والبخاري والبيهقي والحاكم عن علي وأنس وأبي هريرة واختلف في وقفه ورفعته ورجح الدارقطني أنه مرفوف . انظر انتخاب الحبيب ج ٢ ص ٢٠٢ . مجمع الزوائد ج ١ ص ١٩٢ . والفتح الكبير ج ٢ ص ٢٠٦ ، تاج الخلفاء للسيوطي ص ٩ .

المعجزة التي تكون على يدى أصحاب المعجزات وهم الرسل عليهم السلام فالدعوى لا تتطلق على القول المدعوم بالحجة والبرهان ، لأن صاحب القول المدعوم بصير بهذا القول محققاً لا مدعياً ، ولذا فإن لفظ الدعوى لا يطلق على نبوة سيدنا محمد ﷺ لأن ما جاء به كان مقروناً بالحجة الساطعة والأدلة القاطعة وهى المعجزة ويسمى مسيئمة الكذاب (١) مدعياً للنبوة لا نبياً (٢) كما قيل بأن الدعوى فى اللغة ومثلها الادعاء هى الزعم بوقوع واقعة أو بوجود حق أو نحو ذلك وبهذا المعنى جاء الحديث الشريف بقوله ﷺ " لو يعطى الناس بدعواهم لادعى الناس دماء رجال وأموالهم " (٣). والأصل فى الدعوى أنها قول أو خبر ، ولكن الادعاء هنا ليس بمعناه المجرد وإنما يتضمن معنى الطلب ، ولذا أطلقت كلمة الدعوى على الطلب الذى يقدم إلى القضاء ويتضمن الادعاء بحق معين ضد شخص معين أو أشخاص معينين .

٢- فى اصطلاح الفقهاء :

عرف الفقهاء الدعوى بتعريفات وعبارات متعددة إلا أنها متقاربة فى المعنى ، وهى فى مجملها تجمع على أن الدعوى عبارة عن الطلب . ولا بد أن يتعلق الطلب بمطلوب هو الحق الذى شرعت الدعوى وأباحها الشارع لصاحب الحق حماية له ودفاعاً عنه . وقد قيدت بعض هذه التعريفات الطلب بالحق الصادر من المدعى بما يشير إلى الشروط التى تصحح الدعوى وتمحصها لبيان حقيقتها والغاية منها ، كما اشتمل البعض الآخر منها على ما يميز الدعوى عند الفقهاء عن معانيها العامة التى نقلوها عن أهل اللغة .

ولبيان ذلك سوف نعرض فيما يلى لذكر بعض هذه التعريفات ، والمعانى التى تدل عليها .

فقهاء الحنفية :

عرف بعض فقهاء المذهب الحنفى الدعوى بأنها " مطالبة حق فى مجلس من له الخلاص

(١) هو مسيئمة بن تمامة الوائلى : متنبئ ، ولد ونشأ باليمامة ادعى النبوة ، وكان يضع أسجاعاً يضاهى بها القرآن ، وفى الأمثال (أكذب من مسيئمة) أنظر الأعلام ج ٨ ص ١٢٥ .

(٢) روضة القضاء ، ق ٣١ ب ، المبسوط للسرخسى ج ١٧ ص ٢٩ .

(٣) هذا الحديث مذكور فى الكتب الست ومروى عن ابن عباس ، واللفظ لمسلم أن رسول الله ﷺ قال : (لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ، ولكن اليمين على المدعى عليه) أخرجه البخارى فى " الرهن وفى الشهادات وفى التفسير " ومسلم وأبو داود ، والنسائى فى " القضاء " والترمذى وابن ماجه فى " الأحكام " أنظر الجامع الصحيح ج ٣ ص ٦٢٦ ز ٦٢٧ . سنن ابن ماجه ج ٢ ص ٧٧٨ . ومسنن الدارقطنى ، ج ٣ ص ١١٠ ، مسند الإمام أحمد ج ١٥ ص ٢١٥ . جامع مسانيد أبى حنيفة ج ٢ ص ٢٧٠ ، بدائع المنن ج ٢ ص ٢٣٣ . سبل السلام ج ٤ ص ١١٩ . نصب الرية ج ٢ ص ٣٩٠ . ٣٩١ . بغية الأئمة ج ٤ ص ٣٩٠ ، أحكام الأحكام لابن دقيق العيد ج ٤ ص ١٧٤ ، مصابيح السنه ج ٢ ص ٥٠ .

عند ثبوته (١) " وفي ذلك تحديد لحقيقة الدعوى كما هو في صدر التعريف بأنها (المطالبة) وليست مجرد قول أو محض خير ، ولكنها تصرف قولى يقصد به المطالبة بالحق من صاحبه الذى يتوجه بهذه المطالبة إلى من يملك تمحيص الدعوى والفصل في النزاع القائم على هذا الحق ممن أقامهم الإمام لذلك ، حماية للحقوق بردها إلى أصحابها أو بدفع الاعتداء عنها أو يمنع تنقيصها وذلك عند ثبوت الحق بالبينه عليه ، وعرف البعض الآخر من فقهاء المذهب السعدوى بأنها " قول مقبول عند القاضى يقصد به القائل أن يطلب حقا لنفسه قبل غيره أو دفعه عن حق نفسه (٢) ". وهذا التعريف ظاهر في بيان حقيقة الدعوى وأهميتها والثمرة المترتبة عليها ، ولذلك وقع تصريح الفقهاء عليه بالصحة ثم ذكروا أنه المعتمد عند شراح المرافعات الشرعية ، وهذا رأى بعض فقهاءنا المعاصرين .

فقهاء المالكية :

وتعرف الدعوى وفقا للمذهب المالكى بأنها " طلب معين أو ما في ذمة معين ، أو ما يترتب عليه أحدهما معتبرة شرعا ولا تكذيبها العادة (٣) " وصرح القرافى (٤) بعبارة ، لدى الحاكم ، ولفظ معين الذى قيد به الطلب في التعريف هنا يشير إلى اشتراط كون الدعوى معلومة ، أى يكون الشئ الذى يطلبه المدعى شيئا معينا وبهذا يمتاز التعريف بتنقيصه على عنصر هام وجوهري تتوقف عليه صحة الدعوى ، إذ إن الدعوى المجهولة لا تصح ، في تجوز المطالبة بمجهول لعدم إمكان الفصل في الدعوى مع هذه الجهالة . وتتعدد أنواع التعيين بتعدد الجهة التى يزول بها إبهامه وتدفع الجهالة ويصح الادعاء ، وليست الدعوى في هذا التعريف محصورة في طلب عين من الأعيان ، أو طلب دين على مدين معلوم ، كما هو ظاهر من صدر التعريف وإنما تشتمل أيضا على أمر ثالث هو " ما يتوقف على أحدهما " كما ينص عيه عجز التعريف أى أن الدعوى تشمل كذلك الحالة التى لا يكون فيها الشئ المدعى به حقا معينا من الحقوق ، وإنما يترتب على حق معين ، وكذلك ما يترتب عليه حق في الذمة .

(١) فتح الغدير ج ٢ ص ١٣٧ ، دور الحكام ج ٢ ص ٣٢٩ ، شرح العناية للبايرتى ج ٦ ص ١٣٧ ، جواهر الروايات ص ٢٠ .

(٢) تنوير الأبصار ج ١ ص ٣٧٢ ، موجز المرافعات الشرعية لأحمد إبراهيم ص ٣٢٢ ، مباحث المرافعات ص ٣ ، خلاصة نظرية المرافعات أبو الفتح ص ٤ ، قرعة عيون الأخبار ج ١ ص ٣٧٠ ، عقود الجواهر ج ٢ ص ٥٧ ، فصل القضية ص ٢ .

(٣) الفروق للقرافى ج ٤ ص ٧٢ ، الطريقة المرضية ص ٢٣ .

(٤) هو أحمد بن إدريس شهاب الدين الصنهاجى القرافى . من علماء المالكية . ينسب إلى قبيلة صنهاجه " من برابرة المغرب " والى القرافة ، المحلة المجاورة لقبر الإمام الشافعى بالقاهرة ، وهو مصرى المولد والمنشأ وتوفى سنة ٦٨٤ هـ . الأعلام ج ١ ص ٩٠ ، الديباج المذهب ص ٦٢ : ٦٣ .

فقههاء الحنابلة :

وقد عرف فقهاء الحنابلة الدعوى بأنها " إضافة الإنسان إلى نفسه استحقاق شئ في يد غيره أو في ذمته (١) " وهذا التعريف ليس ظاهراً في الدعوى . وذلك لأن لفظ " إضافة " ليس في صريح الطلب . كما أنه لا يتضمن ما يفيد الجهة المختصة بفصل النزاع والتثبت من استحقاق المدعى للشئ الذي في يد غيره أو في ذمته ، كما أنه خصص الدعوى بحاليتين هما ، إضافة شئ في يد آخر وهي دعوى العين أو في ذمته وهي دعوى الدين وبذلك تخرج بعض صور الدعوى الهامة كدعوى حماية الحق ، وتصحيح النسبة إلى المدعى .

الشافعية وغيرهم :

كما عرفت الدعوى بتعريفات أخرى غير التي ذكرناها منها :

أنها " أخبار عن وجوب حق للمخبر على غيره عند حاكم ليلزمه به (٢) " وهذا التعريف منسوب للشافعية ، وهو يشتمل على لفظ الحاكم الذي يتضمن القاضي ولفظ (عند) الذي يدل على مجلس القضاء مما يفرق بين الدعوى بمعناها اللغوي والدعوى الفاسدة . كما يوضح التعريف الغاية من الدعوى بقوله ليلزمه به أى يلزم القاضي الغير الذي عليه الحق بالحق لصاحبه .

كما عرفها البعض بأنها " خبر تجرد عن مصدق يدل على طلب مضمونه للمخبر (٣) " والخبر الذي يتجرد عن مصدق ، هو الذي يحتمل الصدق والكذب وهذه حقيقة الادعاء . ثم يخرج من حالة التجرد إلى حالة إثبات صدقه عند تأييده بالبينة . ويعاب على التعريف بالقصور لخلوه من التنصيص على الحاكم وعلى مجلس الحكم ، كما يعاب أيضاً بأنه لم يشتمل على ما يلزم في الدعوى من باقى أجزائها . وأنه غير مانع لأنه بهذا الشكل لا يفرق بين معنى الدعوى لغة ومعناها اصطلاحاً .

وعرف بعض الفقهاء المحدثين (٤) الدعوى أيضاً بأنها " مطالبة شخص أمام القضاء بحق له

(١) المغنى لابن قدامة ج ٩ ص ٧١ ، كشاف القناع ج ٤ ص ٢٢٧ ، غاية المنتهى ج ٣ ص ٤٧٦ ، منتهى الارادات القسم الثاني ص ٦٤٨ .

(٢) تحفة المحتاج ج ١٠ ص ٨٥ ، عماد الرضا ببيان أدب القضاء ق ١ ب ، النهاية وشرحها ، حاشيتي قليوبى وعميرة ج ٤ ص ٣٣٤ ، حاشية الباجورى ج ٢ ص ٤٨٠ ، وانظر تبيين الحقائق للزيلعى ج ٤ ص ٢٩١ ، المغنى لابن قدامة ج ٩ ص ٢٧١ ، مجمع الأنهر ج ٢ ص ٢٥٠ ، تنوير الأبصار ج ١ ص ٣٧٢ ، كشاف القناع ج ٦ ص ٣١١ طبعة ١٣٦٧ هـ ، المبسوط ج ٧ ص ٣٢ ، بدائع الصنائع وترتيب الشرائع ج ٦ ص ٢٢٤ .

(٣) القول المرتضى مخطوط (ق ٢٦ أ) .

(٤) د. مبارك عبد العزيز في رسالته المشار إليها سابقاً ص ٤٢ وهو يرى أن هذا التعريف جامع مانع يتلافى العيوب التي شابته التعريفات السابقة وذلك لأنه عبر عن الدعوى بالمطالبة وهي أدق من القول ، كما أن هذا التعريف يميز الدعوى بمعناها الاصطلاحي عن معناها اللغوي كما يميزها عن غيرها من التصرفات التي يشترط لصحتها حدوثها في مجلس القضاء كالشهادة والإقرار ، وأنه يشمل جميع الدعاوى المعتمدة عند جمهور =

أو لغيره محتمل القبول بعد تحقيقه أو حمايته " والمطالبة كما قد تكون بالقول تكون بالكتابة أو بالإشارة عند عدم القدرة على اللفظ ، ولذلك كان تعريف الدعوى بأنها مطالبة أدق من تعريفها بأنها قول .

وهكذا فإن تعريف الفقهاء للدعوى وإن تعددت متقاربة في جملتها ، وتجمع على أن الدعوى عبارة عن الطلب ولا بد أن يتعلق الطلب بمطلوب هو الحق الذي شرعت الدعوى وأباحتها الشارع لصاحب الحق حماية له ودفاعا عنه . واتفاق الفقهاء حاصل على أن الدعوى كحقيقة شرعية شرعها الله تعالى لحماية الحقوق حماية شاملة فهي من المباح الذي منح للناس تعزيزا للحقوق الإنسانية إذا وقع الاعتداء على حق طبيعي من الحقوق التي منحها الله للناس ، فهي حق مباح قائم بصاحب الحق فعلا عندما تهب رياح الظلم والأثنية لتنتزع الحق من يد المعتدى لتعيده إلى اليد التي تملكه حقا وصدقا ، وهي كذلك حق لصاحب الحق بالقوة أي في أية لحظة يقع الاعتداء على الحق يكون في كل لحظة حق طلبه بالدعوى مملوكا لصاحب الحق لا يفارقه إلا بتخلف أحدهما عن صاحبه ، فالدعوى حق مباح لكنها . بعد أن تقع صحيحة مستكملة لشروطها ، كاملة الأركان ثابتة البنيان ، تفرض على القاضي إجابة الداعي لتمحيص دعواه والحكم له بالحق وحمايته من أى اعتداء .

٣- تعريف الدعوى الجنائية :

بعد أن ذكرنا تعريفات الفقهاء المتعددة للدعوى عامة ، فإننا سوف نتناول هنا بيان معنى الجنائية في اللغة واصطلاح الفقهاء ، وبيان معناها بجانب المعنى العام للدعوى يتخصص التعريف بالدعوى الجنائية وهي موضوع البحث .

فالجنائية في اللغة هي " إسم لما يجنيه الإنسان من شر وما يكتسبه من إثم " وقد جاء في المنجد جنى ، ارتكب ذنبا فهو جان " والجمع جناه وأجناه وجناء " وهي جانية والجمع جوان وجانيات ^(١) . وفي الحديث لا يجنى جان إلا على على نفسه ، والجنائية الذنب والجرم وما يفعله الإنسان مما يوجب عليه العقاب والقصاص في الدنيا والآخرة .

قال ابن منظور ^(٢) " أن المعنى في ذلك ألا يطلب بجنائية غيره من أقاربه وأبائه " فإذا جنى أحدهم جنائية لا يطالب بها الآخر لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى ﴾ (الأنعام: من الآية ١٦٤) .

= الفقهاء ويستبعد الدعاوى الفاسدة ، ويدخل فيه الدعاوى التي يرفعها غير صاحب الحق من وكيل أو ولي ونحوهما .

(١) المنجد ص ١٠١ .

(٢) لسان العرب لابن منظور ج ١٤ ص ١٥٤ .

وجاء في الزيلعي " الجنايات في اللغة اسم لما يجنيه " المرء من شر اكتسبه .. وهو عام إلا أنه أخص بما يحرم من الفعل ^(١) وأصله من جنى الثمر وهو أخذ ما فوق الشجر .

وفي الاصطلاح : هي اسم لفعل محرم شرعا سواء وقع الفعل على نفس أو مال .

وبملاحظة ما تقدم من معنى الجناية ومعنى الدعوى يمكن تعريف الدعوى الجنائية في الفقه الإسلامي بأنها " مطالبة إنسان لدى القاضى في مجلس القضاء بالحق الذى ترتب على الفعل المحرم شرعا " وبهذا يتحدد صاحب الحق في الدعوى وهو إما أن يكون المجنى عليه نفسه سواء كانت الجناية على جسده بإتلاف عضو من أعضائه أو صاحب العرض المقنوف في حقه أو صاحب المال المسروق مثلا ، وقد يكون وأبيه الشرعى إذا ما كانت الجناية على حياته بالقتل أو كان غير مكلف ، وقد يكون السلطان إذا لم يكن للمجنى عليه ولى أو إذا كان الحق من حقوق المجتمع التى تكون خالصة لله أو يكون حقه فيه غالبا ، كما يمكن تعريف الدعوى الجنائية أيضا بما ذكره ابن قيم الجوزية تعريفا لدعوى التهمة عند تقسيمه للدعوى إلى دعوى غير التهمة ودعوى التهمة وهى " أن يدعى شخص فعلا محرما ارتكبه شخص آخر يوجب عقوبة " وقد يكون التعريف أقرب للكمال إذا ما أضفنا إليه عبارة لدى الحاكم ، فيكون التعريف في صورته الأخيرة أن الدعوى الجنائية هي " أن يدعى شخص لدى الحاكم فعلا محرما ارتكبه شخص آخر يوجب عقوبته " .

ثانيا : أهمية الدعوى الجنائية وشروطها :

الشئ المدعى به في الشريعة الإسلامية إذا كان فعلا محرما يوجب العقوبة كالقتل أو السرقة أو قطع الطريق أو غير ذلك . فالدعوى هنا تسمى دعوة التهمة كما ذكر ابن القيم الجوزية ^(٢) وعرفها بأنها " هي أن يدعى شخص فعلا محرما ارتكبه شخص آخر يوجب عقوبته " ^(٣).

(١) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ج ٦ ص ٩٧ .

(٢) ابن القيم الجوزية (٦٩١ - ٧٥١ هـ) هو محمد بن أبى بكر بن أيوب بن سعد بن حريز الزرعى الدمشقى ، أبو عبد الله شمس الدين كان أبوه عالما وقيما على الجوزية ، مدرسة بدمشق ، ومن هنا عرف ابن قيم الجوزية . تتلمذ على كثير من العلماء أشدهم تأثيرا فيه أستاذه ابن تيمية فقد نهج منهجه في محاربة الانحراف ، ومن أشهر تلاميذه ابن كثير صاحب البداية والنهاية ، وابن رجب الحنبلى ، كان عالما ورعا جريئا أودى وحبس أكثر من مرة ، برع في التفسير وأصول الدين والحديث والفقه وأصوله ، وبالعبودية وعلم الكلام وغير ذلك . وله مؤلفات كثيرة في مختلف العلوم . منها ، زاد المعاد فى هدى خير العباد ، وأعلام الموقعين عن رب العالمين .

(٣) تبصرة الحكام لابن فرحون ج ٢ ص ١٥٢ ، وانظر الحكمية في السياسة الشرعية لابن قيم الجوزية ص ١٠١ ، ١٠٢ .

وقد اتفق الفقهاء على وجوب الرفع إلى القاضى إذا كان المطلوب توقيع عقوبة كقصاص و حد قذف أو حد سرقة وتعزير^(١) وذلك لخطورة هذه الأمور فإنها تقع على النفس والفائت فيها لا يعوض والخطأ فيها لا يستدرك ، ومن هنا وجب الاحتياط في إثباتها واستيفائها^(٢) وهو مالا يتحقق إلا بالرفع إلى الحاكم لينظر فيها وفي أسبابها وشروطها وذلك عن طريق إقامة الدعوى الجنائية لأن صاحب الحق لا يستطيع الاحتياط في هذه الأمور لانقياده وراء عاطفة وعجزه عن الوسائل اللازمة للتحري والكشف وتقصى الواقع ، وقد اتفق الفقهاء على وجوب الاحتياط في العقوبات لما رواه عبد الله بن مسعود^(٣) عن رسول الله ﷺ أنه قال : " ادأروا الحدود بالشبهات ، ادفعوا القتل عن المسلمين ما استطعتم " ^(٤).

كما ترجع أهمية الدعوى الجنائية إلى أن الفقهاء قد حددوا شروطا معينة للدعوى التى ترفع أمام الحاكم استيفاء للعقوبات المنوطة بها ، والقاضى هو الذى يمكنه التحقق من استيفاء هذه الشروط كما أنه لو ترك الناس يستوفون مالهم من عقوبات لكان في ذلك ذريعة لتعدى الناس بعضهم على بعض بحجة استيفائهم لحقوقهم مما يسبب إشعال نيران الفتنة بينهم^(٥) ، وإثارة النصرة العصبية في المجتمع وحب الانتقام فيقع الظلم ويعم الفساد وهو ما حرمة الشارع وحذر منه .

(١) فتح الجليل ج ٤ ص ٣٢١ ، القول المرتضى ق ٨ ، البحر الرائق ج ٧ ص ١٩٢ ، قرعة عيون الأخبار ج ١ ص ٣٧٩ ، المنهاج وشرح المحلى وحاشية قلوبى وعميرة ج ٤ ص ٣٣٤ ، قواعد الأحكام ، لعز الدين عبد السلام ج ٢ ص ١٩٧ ، ١٩٨ ، حاشية الباجورى ج ٢ ص ٤٠٠ ، جواهر الكلام ج ٦ ص ٣٨٣ ، تحفة المحتاج وحاشية الشروانى وحاشية العبادى ج ١٠ ص ٨٦ ، الأحكام السلطانية لأبى يعلى الحنبلى ص ٤٧٩ .

(٢) جواهر الكلام ج ٦ ص ٣٨٤ ، مغنى المحتاج ج ٤ ص ٤٦١ . تحفة المحتاج ج ١٠ ص ٢٨٦ .

(٣) هو عبد الله بن مسعود الهذلى أبو عبد الرحمن أحد السابقين الأولين . شهد بدرًا والمشاهد تلقن من النبى ﷺ سبعين سورة ، وهو أحد المبشرين بالجنة ، توفي بالمدينة سنة ٣٢ هـ . خلاصة تهذيب الكمال ص ١٨١ .

(٤) رواه الترمذى والحاكم والبيهقى عن عائشة ؓ بلفظ " ادأروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن كان له مخرج فخلو سبيله ، فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة " وفي إسناده يزيد بن زياد الدمشقى وهو ضعيف . قال فيه البخارى " منكر الحديث " وقال النسائى " متروك " ورواه وكيع موقوفًا ، قال الترمذى وهو أصح وقد روى عن غير واحد من الصحابة أنهم قالوا ذلك وقال البيهقى في السنن رواية وقيع أقرب إلى الصواب قال : وأصح ما فيه حديث سفيان الثورى عن عاصم عن أبى وائل عن عبد الله بن مسعود قال " ادأروا الحدود بالشبهات ، ادفعوا القتل عن المسلمين ما استطعتم " .

التلخيص الحبير ج ٤ ص ٥٦ ، وقد رواه الدارقطنى عن عائشة أيضا مرفوعا بسند فيه يزيد المذكور سنن الدارقطنى ج ٣ ص ٨٤ ، جامع أسانيد أبى حنيفة ج ٢ ص ١٨٣ .

(٥) فتح الجليل ج ٤ ص ٣٢١ ، قواعد الأحكام ج ٢ ص ١٩٨ .

واشترط فقهاء الشريعة الإسلامية في الدعوى الجنائية أن تكون معلومة غالباً وذلك بأن يفصل المدعى دعواه مما يختلف به الغرض ، وهو الادعاء غالباً ، فيبين في القتل هل هو عمد أو خطأ أو شبه عمد ويوصف كلاهما يليق به ، كما يبين ، هل القاتل واحداً أو جماعة ، فإذا أطلق المدعى دعواه استقصاه القاضي استجلاء لما ذكر لتصح دعواه وله الإعراض عنه (١) .

كما يشترط أن تكون الدعوى ملزمة أى يقصر المدعى طلبه على الزام المتهم بالعقوبة ، دون طلب لما هو ادنى من ذلك . كما يشترط تعيين المدعى عليه فلو أبهم لا تصح الدعوى (٢) ويشترط كذلك أهلية كل من المتداعيين للخطاب ، ورد الجواب ، وألا يناقض الدعوى دعوى غيرها .

ثالثاً : طبيعة الدعوى الجنائية :

تحدد طبيعة الدعوى وما هيته تبعاً لطبيعة الحق الذى تحميه ، وقد قدمنا أن الشريعة الإسلامية في تقسيمها للحقوق إنما تفرق بين حقوق الرب وهى الحقوق العامة للمجتمع التى أضيفت لله تعالى تعظيماً وتشريفاً . وبين حقوق العبد . وقد تقدم أن النوع الأول من الحقوق لا يجوز لأحد الناس التصرف فيه والتنازل عنه ؛ لأن الإنسان لا يستطيع أن يتصرف فيما لا يملك ، ومثل الأفراد في عدم جواز التصرف في هذه الحقوق والتنازل عنها الحاكم الظاهر بين الناس لأنه الأمين على صون حقوق الله واستيفائها لا ينبغي له أن يضيعها ومن أجل ذلك يقول رسول الله ﷺ لأسامة حين جاء يشفع للمرأة المخزومية التى سرقت " يا أسامة أتشفع في حد من حدود الله ؟ " إلى أن قال إنما أهلك من كان قبلكم أنهم كانوا إذا سرق في الشرف تركوه وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت محمد يدها "

وفي بيان ما هو عام من الحقوق فتكون الدعوى به عامه وما هو خاص منها فتكون الدعوى به خاصة ، وجدنا الفقهاء يقسمون الحقوق كما سبق أن أوضحنا في حينه إلى أربعة أقسام :

أحدها : ما هو خالص لله تعالى وهو ما يتعلق به النفع العام من غير اختصاص بأحد فينسب إلى الله تعالى لعظم خطره وشمول نفعه (٣) .

الثانى : ما اجتمع فيه الحقان وحق الله غالب .

الثالث : ما اجتمع فيه الحقان وحق العبد غالب .

الرابع : ما كان حقاً خالصاً للعبد .

وقد تقدم تفصيل ذلك عند بحث تقسيم الحقوق في الفقه الإسلامى والقانون الوضعى ، وتقدم أن ما كان حقاً لله لا يجوز التنازل عن الدعوى به من العبد كما لا يسقط بالتقادم ولا يجرى فيه

(١) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، ج ٧ ص ١٠٣ .

(٢) المرجع السابق ، ج ٢ ص ١٠٤ .

(٣) التلويح على التوضيح للإمام سعد الدين التفتازانى ص ١٣٠٠ .

العفو ولا الصلح إلا فيما أباحه الله في ذلك كما أباح العفو عن التائب في حد المحاربة ، أما حق العبد الخالص فإن الدعوى به تسقط بالتقادم ويجوز التصالح فيها والتنازل عنها . وهكذا فإن طبيعة الدعوى تتحد بطبيعة الحق الذى تحميه ، فما دام حق الله لا يجوز التنازل عنه فكذلك الدعوى به ، وما دام حق العبد يجوز التنازل عنه فكذلك الدعوى به ، فإن الدعوى تدور مع الحق في العموم والخصوص وفي جواز العفو وفي انعدامه أى في نفس المجال الذى يدور فيه الحق .

وهكذا الأمر بالنسبة للحقوق التى يجتمع فيها حق الله مع حق العبد . فإذا كان حق الله غالباً فإن صفة العمومية تبرز في هذا النوع من الحقوق وأيضاً في الدعوى به . مع عدم إهمال حق العبد من حيث وجوب اعتباره في مجال ما من المجالات المنوطة بالحق . على ضيق هذا المجال أو اتساعه مما سوف يتضح عند استعراض الدعاوى المتعلقة بهذا النوع من الحقوق وأثر رضاء المجنى عليه فيها .

أما ما اجتمع فيه الحقان وحق العبد غالب فإن طبيعة الحق الخاص تتغلب في هذا المجال وأيضاً الدعوى به ، مع عدم إهمال حق الله تعالى في هذا النوع من الحقوق ، فإن الغالب حيث يجوز التنازل عنه والتصافح فيه ، وحق الله الذى يظل باقياً مع التنازل أو العفو مشتملاً فيما للإمام من حق توقيع العقوبة الملائمة على الجانى وقد تصل إلى القتل تعزيراً إذا رأى محلاً لذلك بأن يكون القاتل قد أصبح من المفسدين في الأرض ، أدى بسطوته وعتو فساده إلى عفو المجنى عليه وأوليائه عنه والتنازل عن دعوهم ضده قسراً وقهراً لا طوعية واختياراً ، فينفذ الإمام فيه العقوبة عن حق الله وهو للجماعة ولا يمنع ذلك عفو المجنى عليه وتنازله .

وتجدر الإشارة إلى أن المجالات التى تختلط فيها حقوق الله وحقوق العبد لا يكون فيها الحق واحداً ذا طبيعة مركبة وإنما يوجد حقان مستقلان غير أن أحدهما أقوى من الآخر وكذلك آثار الحق الأقوى أغلب من آثار الحق الأفل قوة .

وليس يعنى ذلك أن الحق الضعيف يتلاشى أمام الحق الأقوى وإنما معناه أن نطاق آثاره يضيق تبعاً لاتساع نطاق آثار الحق الآخر .

هذا والملاحظ فيما سبق من تقسيم فقهاء الشريعة للحقوق أن هذا التقسيم إنما ينتظم ما هو من الحقوق مدنى وما هو جنائى أى مترتب على الجريمة .

وإذا أخذنا من هذا التقسيم جانباً جنائياً بحثاً نستطيع به تحديد نوع الحقوق في الجرائم المختلفة وطبيعة الدعاوى المتعلقة بها فإننا نخرج بالآتى :

(١) حقوق لله خالصة ، وهى حدود الزنا وشرب الخمر ، ومحاربة الدين ، والردة بالإضافة إلى ما هو مقرر من التعزيرات على المنكرات التى فيها حق الله . فهذه كلها عقوبات تولدت عن جرائم عامه ، ومن ثم فإن الحق في إقامة الدعوى عنها يصبح ملكاً للدولة

أى لولى الأمر الذى ولاه السلطان النظر في هذه الدعاوى . كما يصبح الحق فيها أيضا وهو الأصل للفرد الذى له أن يشارك في إقامة هذه الدعوى فهى إذا دعوى عامه ، المجنى عليه فيها هو جماعة المسلمين أو نظام دولتهم .

(٢) حقوق الله ولكن للعبد فيها جانب ، كحد السرقة وحد القذف بالزنا ولكل منهما أحكامه الخاصة به وفقا للشريعة الإسلامية لاختلاف حق الله وحق العبد في كل منهما قوة وضعفا على ما سوف يتضح .

(٣) حقوق العبد ولكن لله فيها جانبا لا يجوز إهماله ، كالقصاص ، وهذه الحقوق تتمثل في صورة دعوى بطلب العقاب عما ينال الفرد في جسمه من اعتداء يعده الشارع جريمة . ويسمى هذا النوع من الجرائم بجرائم الدماء ويندرج تحت مضمون هذه الحقوق ما هو مقرر من التعزيرات على الاعتداء على ما فيه حق للعبد من النهى عن المنكرات . وبيان ما إذا كان لرضاء المجنى عليه من أثر في الدعاوى عن الحقوق بالصورة المتقدمة أم لا أثر له فيها إنما يتضح ببيان من له حق مباشرة الدعوى وصاحب الخصومة فيها ، وكذلك ببيان قبول أو عدم قبول الدعوى للتنازل أو العفو عنها ، وسوف نتناول ذلك بمشيئة الله في بحثين :

أحدهما : عن أثر رضاء المجنى عليه في الدعوى عن حق الله الخالص .

الثانى : عن أثر الرضاء في الدعوى التى للعبد فيها حق .

وإنما هذا التقسيم لتتلاشى به حصر الدعاوى عن الجرائم المختلفة في نوعين عامه وخاصة لأن الحق المتولد عن أى جريمة ، ولو كان الاعتداء فيها محله الشخص نفسه ، لا يخلو من جانب عام هو حق المجتمع في هذه الجرائم فليس الحق المتولد عنها حقا خاصا فقط أو على سبيل الإطلاق لأنه مامن جريمة تصيب المجتمع إلا أصابت الأحاد بالأذى الشديد وكذلك ما من جريمة تصيب الفرد إلا تضمنت في ثناياها اعتداء على المجتمع ، فإبنا نجد أن جرائم القتل والجرح وهى أخص الجرائم بالفرد الذى له فيها حق العفو والصلح قد اعتبرها الشارع من ناحية أخرى تمثل اعتداء على النظام الاجتماعى ونظام الحكم في الجماعة لأن هذه الجرائم تمس حياة الأفراد وأيد انهم والنظام الاجتماعى يقتضى حماية الأفراد وعصمة أنفسهم وأموالهم ، كما أن نظام الحكم وجد لإقامة النظام الاجتماعى وتوفير الأمن للجماعة يمنع تحكم الأقوياء في الضعفاء وانصراف الأفراد عن العمل المنتج إلى التنازع والتناحر واستتباط الوسائل لحماية أرواحهم وأنفسهم . ولذلك كان لولى الأمر كما تقدم حق التعزير عن الجرائم حسب ظروف المجرم وحال الجريمة ولم يمنع ذلك عفو المجنى عليه أو أوليائه عنه . ومن هنا فإذا كانت الدعوى عن هذا النوع من الجرائم لها جانبها الخاص والقوى فإن لها أيضا جانبا آخر عاما وهاما لا يمكن تجاهله أو انكاره وبالتالي فلا يمكن وصف الدعوى هنا بأنها دعوى خاصة مطلقة ، ومن باب أولى يكون ذلك متحققا وثابتا بالنسبة للدعاوى المتولدة عن جرائم ، الحق الغالب

فيها لله ، وإن أعطى للمجنى عليه فيها حق المخاصمة أو اختلف في كون الحد المتولد عنها حق لله أو حقا للعبد كالدعوى الناشئة عن جرائم السرقة والقتل فإن الجانب العام في هذه الدعوى لا يمكن إهماله ويجب التسليم به مما لا يجعل الدعوى عن أى جريمة من هذه الجرائم دعوة خاصة متجردة عن المعنى العام للدعوى الناشئة عن حق المجتمع فيها إذ لا توجد حقوق خالصة للعبد إلا بالنسبة للحقوق الخاصة التى تعنى الفرد وحده ولا تعنى الجماعة وله فيها حق التنازل والعفو كماله حق المطالبة بها والمخاصمة من أجلها وذلك كحقه في البيع والشراء والإقراض والاقتراض الخ مما يبعد عن مجال بحثنا . فليست هناك دعوى خاصة بالمعنى المطلق على ما سوف يأتى بيانه بإذن الله تعالى ، ونستطيع استطراد بعد هذا البيان المجلمل لطبيعة الدعوى الجنائية في الفقه الإسلامى أن نقول بأنه لم يعد هناك محل للتساؤل الدائر عن هل تتكيف طبيعة الدعوى الجنائية بأفرادها ؟ أو تتكيف حسب المصلحة التى تحميها ؟ بمعنى أن يقال هذه الدعوى عامة لأن الذى يقيمها ويسير فيها ومن حقه التنازل عنها هو الدولة ، وهذه الدعوى خاصة لأن الذى له فيها هذه الحقوق هو الفرد المجنى عليه ، أو يقال من ناحية أخرى بأن الدعوى تكون عامة إذا كانت المصلحة التى تحميها مصلحة عامة . وتكون خاصة إذا كانت المصلحة التى تحميها مصلحة خاصة .

إذا فالحقيقة في ذلك هى أن مقياس العموم والخصوص في أية دعوى هو ذات المصلحة التى تحميها بصرف النظر عن أطراف الدعوى فإذا كانت المصلحة المحمية عامة بأن كان موضوع الدعوى حقا من حقوق الله كانت الدعوى عامة بصرف النظر عن أطرافها ، فهناك دعوى في الفقه الإسلامى ترفع من أفراد يقصد حماية حقوق الله لا يقصد حماية مصلحة خاصة وتسمى هذه الدعوى دعوى الحسبة التى يرفعها الأفراد حسب لوجه الله دفاعا عن حقوقه ، وحقوق الله معتبرة بإطلاق أنها لا تمثل مصلحة خاصة فهى من حقوق المجتمع العامة ، التى ليس لأحد من الناس حق العفو أو التنازل عنها .. وهكذا فإن الدعوى تتكيف حسب موضوعها والمصلحة التى تحميها لا تتبع أطرافها ، لأن أطراف الدعوى ليست هى التى تحدد طبيعتها وإنما يحدد طبيعة الدعوى موضوع الخصومة فإذا ما تحددت طبيعة الدعوى تحدد أفرادها وليس العكس .

كما قد يختلف عن الدعوى حقان أحدهما عام والآخر خاص كما هو الشأن بالنسبة لجرائم الحدود ، فإنه يتخلف عنها دعوى عامة تتمثل في حق الدولة في العقاب ومصلحتها في الردع الخاص والعام إقامة للنظام وتمسكا بأداب الجماعة ، كما قد تختلف عنها حق خاص للفرد كما هو الحال في حد السرقة والقتل على ما سوف يأتى إن شاء الله تعالى .

البحث الخامس

أثر الرضا في الدعوى عن حق الله الخالص

أولاً : طبيعة هذه الدعوى :

تقدم أن حق الله تعالى الخالص هو الذى يقابل مانسميه اليوم بحق المجتمع . كما أنه بالنسبة للعقوبة والجرائم التى تستوجبها يتصل بما يكون من شأنه أن يجعل الجماعة تعيش في طهر ديني وفي فضيلة سائدة^(١). فالفضيلة كما هي حماية للمجتمع من جرائم الانحلال التى تحل عراه هي من أمر الدين وحكم الشرائع السماوية كلها . ولذلك شرفها الله سبحانه وتعالى بأن تولى العقاب على مخالفتها . كما شرفها الشرع الإسلامى تشريفاً أعلا من كل اعتبار فسمى حماية الفضائل والأمن حقاً لله تعالى وأن من يعتدى عليها فكأنما يعتدى على الله سبحانه وتعالى. ولهذا كانت الجرائم على هذا النوع من الحقوق جرائم عامة للمجنى عليه فيها وهم جماعة المسلمين . أو نظام دولتهم . وأصبح الحق في إقامة الدعوى عن هذه الجرائم ملكاً للدولة أى لولى الأمر ، كما أصبح لكل فرد من المسلمين أن يشارك كذلك في إقامة هذه الدعوى . وتكون الدعوى بذلك عامة لعمومية الجرائم التى تقام من أجلها .

وقد حدد الفقهاء هذا النوع من الحقوق بأنه حدود الزنا وشرب الخمر والردة ومحاربة الله ورسوله وكذلك ما هو مقرر من التعزيرات على المنكرات التى فيها حق الله ، فالحدود في هذه الجرائم خالصة لله تعالى وليس للعبد فيها حق ، وذلك لأن الجانب الشخصى غير ملاحظ في الحدود التى حددها الله سبحانه وتعالى على سبيل القطع وجعلها عقوبة على هذه الجرائم . فعقوبة شارب الخمر إنما هي على ذات الشرب، لما فيه من انتهاك للفضيلة الإسلامية واعتداء على العقل الذى شرف الله به بنى الإنسان على غيرهم من الحيوان ، وإن حماية الفطرة الإنسانية في أعضاء المجتمع الإسلامى حق الشارع الذى يظل هذا المجتمع بهديته وحكمته . فالجانب الشخصى غير ملاحظ في هذه الجريمة لأن الشارب قد يستمتع بشربه ولا يعتدى على أحد قط .. وإذا كان ثمة احتمال لاعتدائه فالعقوبة لا تكون على الأمور المتوقعة بل على الأمور الواقعة فعلاً ، وإذا اعتدى فعلاً فالاعتداء ذاته جريمة لها عقابها .

وكذلك الأمر بالنسبة لجريمة الزنا التى يكون فيها الاعتداء الشخصى بين الرجل والمرأة غير واضح . ولكن ثمة اعتداء آخر هو الاعتداء على الأسرة ، والاعتداء على النسل والاعتداء

(١) فضيلة المرحوم الأستاذ محمد أبو زهرة في الجريمة ص ٦٤ .

على النظام الاجتماعي الذي نظم الله فيه العلاقة بين الرجل والمرأة في إطار مشروع ورباط قدسه بكلمته هو الزواج . فمن أوجد علاقة بغير هذا الذي أحله الله تعالى فقد اعتدى على النظام الذي قرره شرع الله تعالى . والأمر في ذلك بالنسبة لقانوننا الجنائي الوضعي مختلف تماماً عما هو في الشريعة الإسلامية التي خالفت تماماً مضمون هذه القوانين الوضعية في بيان ما هو عام من الجرائم وما هو خاص منها ، إذ إن الشريعة الإسلامية في فهم العام والخاص من الجرائم لتناقض تماماً نظرية الشارع الفرنسي والمصري في هذا الصدد فبينما وجدنا فيما تقدم أن الشارع الإسلامي يعد جريمة الزنا جريمة عامة ويرتب الرجم أو الجلد عقاباً عليها . نجد أن القانون الفرنسي يتابعه في ذلك قانوننا المصري على غير بصيرة منه لا يجرم من أوصاف هذا الاعتداء الشنيع إلا ما كان منه بدون رضا ، أو ما كان أحد أطرافه متزوجاً . فموافقة رجل غير متزوج لامرأة غير متزوجة يرضاهما ، لا يعد جريمة في نظر قانوننا المصري الشكل الفرنسي المنبث .

ثم إنه في النطاق الضيق الذي جرم فيه هذا الفعل جعلها جريمة خاصة ، المجنى عليه فيها هو الزوج وحده ، وأعطاه حقاً كاملاً في العفو عن الجريمة والعقوبة الهزيلة المقررة لها بل أن القانون لا يعطى النيابة الحق في تحريك هذه الدعوى إلا بعد تقديم شكوى من الزوج فإذا تنازل عن شكواه في أثناء نظر الدعوى فلا دعوى إذ لا جريمة . بل أن له أن يتنازل عن شكواه وأن يعفو عن زوجته فلا تنفذ عليها العقوبة حتى بعد ثبوت الجريمة بمجرد عفو الزوج عنها ويمكن أن يستدل على رضاه وعفوه بمجرد معاشرته لها واعادتها إلى عصمته مرة أخرى .

والردة هي الرجوع عن الإسلام أو قطع الإسلام وكلا التعبيرين بمعنى واحد^(١) . وليس معنى ذلك اعتداء على شخص أو أشخاص بعينهم وإنما الاعتداء فيه على جماعة المسلمين بالرجوع عن دين الإسلام وإعلان العصيان والخروج على طاعة الله سبحانه وتعالى ، والعقوبة الأصلية على هذه الجريمة هي القتل حداً ، لقوله ﷺ " من بدل دينه فاقتلوه " وفي اعتبار الردة جريمة في نحر الشارع الإسلامي يعاقب عليها بتفصيل ما لا يتسع المجال لنحوه فيه . ويرجع إلى كتب الفقه العديدة ، والحراية هي قطع الطريق ويقوم بها عصابات تجتمع وتتفق على السلب ، وترويع الناس بالقوة وقد جعل الله لهذه الجريمة عقوبة تخييرية يختار ولي الأمر منها ما يرى فيه الردع وبراه متناسباً مع الجريمة ، وجاء في ذلك قوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَاداً أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ﴾ (المائدة: ٣٣) . والعقوبة على هذه الجريمة حق خالص لله

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ١٣٤ ، حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٣٩١ ، مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٧٩ ، شرح الزرقاني ج ٨ ص ٦٢ ، نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٩٣ ، أسنى المطالب ج ٤ ص ١١٦ ، شرح الأزهري ج ٤ ص ٥٧٥ ، كشف القناع ج ٤ ص ١٠٠ .

تعالى ، لأن النظر فيما لم يتجه إلى الجانب الشخصي ، بل اتجه إلى الجانب الذى يتصل بالمجتمع ، ولذلك كانت العقوبة مقررة بما يتناسب مع الجرم ، وذات الخروج على هذا النحو فيه ترويع شديد للناس وحسبهم ذلك ليستحقوا أغلظ العقوبات أو على الأقل العقوبة التى تتناسب مع ما ترتب عليه .

ثانيا : هل للرضا أثر في تحريك هذه الدعوى ومباشرتها ؟

تبين أن هذه الدعوى عامة حيث أنها تقوم عن جرائم الاعتداء فيها على حق المجتمع والمجنى عليه فيها هو جماعة المسلمين أو نظام دولتهم . ومن هنا كانت هذه الدعوى ملكا للجماعة فللدولة باعتبارها ممثلة للجماعة وحماية للنظام العام بها ولل فرد العادى كذلك باعتباره الأصل في الجماعة وعضوا فيها أن يباشر كل منهما هذه الدعوى معا أو على استقلال دون توقف في ذلك على رضا فرد معين أو عدم رضائه ، سواء كان هذا الفرد هو المضرور مباشرة من الجريمة أو غيره .

أما الفرد العادى :

فإن الشريعة الإسلامية قد جعلت دوره في مكافحة الجريمة للذود عن جماعة المسلمين والحفاظ على نظام الدولة الإسلامية دورا هاما وإيجابيا . فجعلت دوره في ذلك ، وإن لم يكن مجنيا عليه مباشرة في الجريمة ، من باب الواجب المفروض عليه أدائه والقيام به ، وكان من مستلزمات الفرد للقيام بهذا الواجب أن يمكن من حق إقامة الدعوى الجنائية والوصول بها إلى العقاب . فالشارع الإسلامى قد وجه الخطاب إلى كل مسلم قادر أن يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر ، ولما كانت الجريمة ضربا من ضروب المنكر فكان الأمر متوجها إلى كل مسلم ومسلمة أن يمنع الجريمة ما استطاع إلى ذلك سبيلا . فإن وقعت الجريمة أو كانت قائمة والمنكر موجودا استطال الواجب إلى العمل على تغيير هذا المنكر لقوله ﷺ " من رأى منكرا منكم فليغيره بيده فإن لم يستطع فبلسانه فإن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان " والعمل على تغيير المنكر القائم بالجريمة إنما يكون بإقامة الدعوى الجنائية والوصول إلى عقاب من ارتكب هذا المنكر ، وهذا الفرض الذى أوجبه الشريعة على الفرد المسلم هو من فروض الكفاية لأن الله سبحانه جعل الرقابة على حقوقه من شأن أمة المسلمين حاكمين ومحكومين ، وجعل أمة الإسلام خير أمة أخرجت للناس للأمر فيما بينهما بالمعروف والنهى عن المنكر . إذ إن في ذلك صيانة للبشرية من الانحدار إلى هوة الفناء وحفظا لها من عوامل الخراب والدمار . وقيام المحتسب بهذه المهمة لا يمنع أى فرد من أفراد الأمة من أن يقوم بدعوى الحسبة التى هي حق مقرر وواجب مفروض قبل إنشاء هذه الوظيفة وبعدها . يؤدى به المسلم كفاية وتطوعا عن جماعة المسلمين كلهم ليسقط عنهم وعنه هذا الفرض الذى به يستقيم حال الأمة ويصلح أمرها . والأصل في ذلك كما تقدم في مبحث الحسبة هو كتاب الله وسنة رسوله ﷺ وإجماع الأمة .

الأمر ليتم ما بدأه هو . فالفرد بالنسبة لهذه اللاهوتى مكلف بالقيام بعيب الاتهام على قدر استطاعته . لأن الأصل في كل تكليف هو القدرة عليه لقوله تعالى (فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ) ولقوله ﷺ " ما أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم " فإذا خشى الفرد من الاتهام أذى أو خشى ضياع مصالحه كان له أن يترك الدعوى ولو لم يحملها عند أحد . ويسقط الفرض بقيام ولى الأمر أو غيره من المسلمين به وبصير فرض عين على القادر إذا لم يقيم به وحده من هؤلاء^(١)، وأخيرا فإن مباشرة الفرد هذه الدعوى الجنائية العامة يقف عند صدور حكم من القاضى في موضوعها ، فلا يمتد إلى حد تنفيذ العقوبة عى خلاف الحال بالنسبة للدعوى الجنائية التى يغلب فيها حق العبد كدعوى طلب القصاص في رأى بعض الفقهاء .

وأما عن الدولة :

فمن الثابت أنه كان يباشر هذه الدعوى باسمها جهتان هما :

(١) والى المظالم . (٢) المحتسب .

فقد تقدم أن والى المظالم كان يدخل في اختصاصه تحقيق التهمة فإن رجحت لديه الإدانة وقع فيها إلى الناظر في القضاء ليفصل فيها بحكم الله ، وكانت هذه هى الصورة الغالبة تقريبا في إقامة الدعوى الجنائية العامة ، كما كان لولى الأمر بماله من الولاية العامة ولاية النظر في المظالم كذلك ، أو لوالى المظالم إذا لم يكن حاكما ، حق مباشرة الدعوى الجنائية العامة بتحريكها أمام القاضى ، وإقامة البيئة على ما يدعونه من وقوع الجريمة ، وكانوا في مباشرتهم لهذه الدعوى يرتكزون على ما يصل إلى عملهم من أفراد الناس أو من رجال الحفظ . وكان على المحتسب إلى جانب ولايته القضائية القاصرة ، واجب مباشرة الدعوى الجنائية العامة فيما خرج من اختصاصه ودخل في اختصاص القاضى ، والأصل في اختصاصه كما تقدم هو الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر كما هو شأن الفرد العادى . إلا أن مباشرة المحتسب لهذه السلطة أو أدائه لهذا الواجب كان فرض عين لا كفاية فلم يكن له أن يتشاغل عنه بغيره ، وقيام الفرد به من نوافل عمله الذى يجوز له أن يتشاغل عنه بغيره ، كما أن المحتسب منصوب للاستعداد إليه وليس عليه إجابة أن استعاده أحد ، وللمحتسب أن يتخذ أعوانا له في نهيه عن المنكر إذ عليه أن يبحث عن المنكرات الظاهرية ليصل إلى إنكارها ، وليس للفرد ولا عليه ذلك ، كما للمحتسب أن يرتزق على حسبه ويجتهد برأيه حسب العرف فيما يضر وما لا يضر وليس للفرد شئ من ذلك^(٢).

وقد ذكر الماوردى في الأحكام السلطانية أنه كان يدخل في اختصاص القاضى إقامة الحدود

(١) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن قيم الجوزية ، ص ٢١٦ ، ٢١٧ .

(٢) تقدم ذلك بالتفصيل المناسب في بحثنا السابق عن الحسبة في الإسلام .

على مستحقيها ، فإذا كان الحق من حقوق الله تعالى تفرد باستيفائه من غير خصم مطالب إذا ثبت بإقرار أو بينة ، وكان الأمر كذلك بالنسبة لدعوى التعدي في الطرقات والأفنية وإخراج مالا يستحق من الأجنحة والأبنية^(١) . خلافا لما رآه أبو حنيفة رضوان الله عليه في ذلك من أنه لا يصح للقاضي ذلك إلى خصم المطالب^(٢) .

وذكر صاحب البدائع أنه لا خلاف في أن الخصومة ليست بشرط في حد الزنا أو الشرب لأنهما من خالص حق الله ﷻ إذ الخصومة ليست بشرط في الحدود الخالصة لله ، لأنها تقام حسبة لله تعالى فلا يتوقف ظهورها على دعوى العبد^(٣) .

فالخصومة ليست بشرط بالاتفاق في الحدود التي هي خالصة لله تعالى ، إذ لا يتوقف الإثبات فيها على الدعوى ، بل الشاهد فيها مدع ، وتسمى هذه دعوى الحسبة أو شهادة الحسبة ، لأن سماع الشهادة في الفقه الإسلامي كما هو الشأن في كل وسائل الإثبات لا بد أن تسبقه دعوى إلا في الحدود التي تكون خالصة لله تعالى ، فإن الشهادة تسمع ولولم تسبق بدعوى ، فإذا شهد أربعة مثلاً تقبل شهادتهم بواقعة زنا أمام القاضي فعليه أن يوقع العقوبة مرتباً ذلك على صحة هذه الشهادة دون اشتراط سبقها بدعوى من آحاد الناس أو المضرور المباشر من الجريمة أو غيرهم ، وتسمى هذه الشهادة نفسها شهادة الحسبة وتقوم مقام الدعوى .

ثالثاً : أثر التنازل أو العفو في هذه الدعوى :

الأصل في الشريعة الإسلامية أن الحدود لا تقبل إسقاط ولا عفو ، لأن في جرائمها اعتداء على حق الله تعالى ، ولذلك تولى سبحانه بيان العقاب وتجديده في كتابه الحكيم أو على لسان رسوله الأمين فإذا كان في هذه الحدود حق للعبد ، فإنه يقدم لأنه سبحانه وتعالى غنى عن أن يحتاج إلى حقه والعبد محتاج إليه .

وانبنى على هذا الأصل المتقدم أمران :

أولاً : عدم جواز التنازل عن الدعوى التي تهدف إلى إحقاق حق من حقوق الله لا إيقافها ولا تعطيلها .

ثانياً : عدم جواز العفو عن العقوبة التي هي حق خالص لله .

أما الفرد فمما لا شك فيه أنه لا يملك تنازلاً عن الدعوى الجنائية التي يقيمها حماية لحقوق الله تعالى إذ أن إقامته لها أو مباشرته إياها ، نوع من أداء الواجب الذي ألقاه الشارع عليه ، ومصدر التكليف بالواجب هو الشارع فلا يجوز لمن كلف به التنازل عنه . ثم أن مجرد إقامة الدعوى الجنائية العامة بواسطة أي فرد من الناس ، يجعل القاضي مختصاً بالنظر فيها ملزماً

(١) الماوردي في الأحكام السلطانية ، المرجع السابق الإشارة إليه .

(٢) المرجع السابق .

(٣) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لعلاء الدين الكاساني ، الجزء السابع ص ٥٢ .

بالسير بها ولو تنازل عنها مقيمها لأن تنازله عنها إنما يكون على غير حق له . كما أن مجرد تركه لها لا يمنع القاضى من النظر في الدعوى لأن الشارح لا يترتب عليه أثر . فإن دور الفرد وسلطانه على الدعوى الجنائية إنما يقتصر على تحريكها دون إيقافها بعد ذلك . كما أن العقوبة على هذه الجرائم التى تقام عنها هذه الدعوى العامة ، هى حق خالص لله سبحانه وتعالى ، وعلى ولى الأمر أن يوقعها على مستحقها . وليس لأحد من الناس حاكما أو محكوما أن يعطل تنفيذ حدود الله على مستحقها ولو كان ذلك هو الفرد الذى قام بتحريك الدعوى التى ترتبت عليها العقوبة ، إذ أن الفرد تتعدى صفته بالنسبة للعقوبة ، فليست العقوبة حقا له يستطيع التصرف فيه والعفو عنه إنما هى حق خالص لله تعالى .

وبالنسبة لولى الأمر ، فإنه قد تقدم أن النهى عن المنكر وتحريك الدعوى الجنائية في ذلك إنما هو واجب عينى على من ولى هذا الأمر من حكام المسلمين ، فولى الأمر فى تحريك الدعوى عن هذه الحقوق مقدم على الفرد في الوجوب ، الذى لا يكون الواجب عليه عينيا في هذا الشأن إلا نتيجة لترك ولى الأمر الذى هو مقصود به أصلا .

فليس لولى الأمر ولا لولى المظالم ولا للمحتسب أن ينزل عن دعوى أقامها ولا أن يطلب إلى القاضى وقفها أو الامتناع عن النظر فيها . وإن مقتضى ولاية القاضى متى رفع إليه النزاع هو أن يقض فيه بحكم الله ، فإذا قضى القاضى بعقوبة الحد في الدعوى ، كان على ولى الأمر تنفيذها ولا جدال في أنه لا يملك لها إسقاطا ولا يستطيع عنها عفوا وإنما هو ملزم بأن يقيم الحد على مستحقه^(١) ، كما في زنا المحصن ، وردة ثبت عليها الميرت . ويؤكد ذلك قوله تعالى بعد تقريره لحد الزانى والزانية ﴿ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ ﴾ إشارة إلى عدم جواز العفو ونهيا ضمينا لولى الأمر عن التساهل في استيفاء حق الله ، وكذلك قوله ﷺ لأسامة بن زيد "أشفع في حد من حدود الله إنما أهلك من كان قبلكم أنهم كانوا إذا سرق الشريف تركوه وإذا سرق الضعيف أقاموا عليه الحد . وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها " . فهذا القول من رسول الله ﷺ قاطع في الدلالة على أنه متى قاد به حد فلا مناص من إنفاذ حكم الله ولا استثناء على ذلك الأصل في الشريعة إلا بنص خاص بالنسبة لتنفيذ حد الحرابة على مرتكبى جريمة محاربة الله ورسوله . فلولى الأمر العفو عن مرتكب هذه الجريمة إذا ما ثبتت لديه توبة صحيحة من الجاني ولو بعد الحكم عليه^(٢) ما دامت توبته قبل القدره عليه لقوله تعالى : ﴿ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ فَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ (المائدة: ٣٤) .

(١) بدائع الصنائع للكاظمي ج ٧ ص ٥٥ .

(٢) المبسوط للإمام سمس الدين السرخسي ج ٩ ص ١٩٨ .

هذا كله إذا ما كنت العقوبة حداً أما إذا كانت العقوبة التي حكم بها القاضي تعزيراً على حق خالص لله تعالى مما لم يرد فيه حد فحكم الشريعة الإسلامية فيه أنه يجوز لولى الأمر أن يعفو عنها إذا رأى في ذلك تحقيقاً لمصلحة عامة ، أو مؤدياً لإصلاح من وجب عليه التعزير . فالحد وإن لم يجز العفو عنه ولا شفاعته فيه فإنه يجوز في التعزير العفو عنه وتسوغ الشفاعة فيه فإن تفرد التعزير بحق السلطة وحكم التقويم ولم يتعلق به حق لأدمى ، جاز لولى الأمر أن يراعى الأصلح في العفو أو التعزير وجاز أن يشفع فيه من سأل العفو عن المذنب . والأصل في ذلك ما روى عن النبي ﷺ أنه قال : اشفعوا إلى ويقضى الله على لسان نبيه ما شاء (١) " بعد ذلك أصبح يديهياً أنه لا أثر للرضا في هذه الدعوى الذى عند تحريكها بالنسبة للفرد فرضاً عليه أدأؤه عينينا أو على سبيل الكفاية ، وكان تحريكها ومباشرتها وتنفيذ العقوبة فيها واجباً عينياً على من ولى ذلك من أمور المسلمين ، بل إن المجنى عليه في هذه الجرائم وهم جماعة المسلمين من ناحية إذا رضوا بالجريمة وأجمعوا على المنكر كان ذلك خروجاً على طاعة الله موجبا لمحاربتهم . وفي ذلك من الحاكم المنوط به صيانة نظام الدولة خيانة للأمانة التى ولاه الله عليها وهى الحفاظ على حقوقه وإقامة حدوده مما يوجب إسقاطه والخروج عليه وعقاب الله تعالى له .

(١) الأحكام السلطانية للماوردى .

المبحث السادس

أثر الرضا في دعوى القذف

أولاً : طبيعة الدعوى عن الجرائم التي للعبد فيها حق :

سوف نبحث هنا أثر رضا المجنى عليه في الدعوى عن الجرائم التي للعبد فيها حق بجانب حق الله تعالى وهي كل دعوى ترتبت عليه جريمة نالت الفرد المجنى عليه مباشرة بالاعتداء ، فكان للمجنى عليه فيه حق يتسع ويضيق باتساع جانب حق الله في الجريمة موضوع الدعوى ، الذي يتحدد هو الآخر بمقدار جسامته الأذى الذي يقع على المجتمع من الجريمة . فإذا ما كان الأذى على المجتمع أشد أو كانت العقوبة على الجريمة حقا خالصا لله تعالى لا يجوز للعبد العفو عنها أو إسقاطها ، كان جانب العبد في الدعوى عن الجريمة وحقه فيها محدودا ، وإذا ما كان جانب الأذى على الفرد المجنى عليه أشد أو كانت العقوبة حقا خالصا له أو لأوليائه كان حق العبد في الدعوى عن الجريمة والخصومة الناشئة عنها أكثر اتساعا .

فيبحثنا هنا إنما هو في الدعاوى عن الجرائم التي يجتمع فيها الحقان ، حق الله وحق العبد ، على اختلاف بين كل دعوى وأخرى في نطاق جانب حق كل منهما ، فبينما نرى أن الله حقا غالبا في دعوى بعينها وللعبد فيها نوع حق كدعوى القذف ودعوى السرقة ، نجد أن الشارع قد جعل بعض الدعاوى الحق الغالب فيها للفرد المجنى عليه ولأوليائه ولكنه جعل لله حق يتمثل في جانب من الجوانب المتعلقة بالدعوى كما هو الشأن بالنسبة لدعوى طلب القصاص .

غير أنه لما كانت الدعوى عن هذا النوع من الجرائم ، للفرد فيها أثر يتمثل في حقه في المخاصمة وكذلك حقه في التنازل عن الدعوى بل وفي العفو عن العقوبة المقررة عن الجريمة أحيانا فقد أثرت أن أتناول أثر رضا المجنى عليه في كل دعوى من هذه على حدة ، حتى يتبين ما للرضا من دور في تحريك هذه الدعاوى ومباشرتها ، وكذلك في العقوبة التي يحكم بها في الدعوى ، وذلك مما يستلزم تحديد هذه الدعاوى . وصاحب حق المخاصمة فيها ، والتنازل عنها ، وهل للعقوبة فيها حق خالص لله أو حق خالص للعبد ؟ ومدى قبولها للعفو من المجنى عليه أو أوليائه ، والدعاوى موضوع البحث هي :

(١) دعوى القذف . (٢) دعوى السرقة ، والجريمة فيها من جرائم الحدود التي قد حدد الشارع العقوبة عليهما والحد فيهما يغلب فيه حق الله تعالى على حق العبد على خلاف بين الفقهاء في جواز العفو عن العقوبة المقررة وعدم جوازه من المجنى عليه فيهما .

(٣) دعوى طلب القصاص في جرائم الدماء على الحياة وسلامة الجسم ،

التي غلب الشارع فيها حق العبد من حيث اشتراط المخاصمة وجواز التنازل أو العفو عن العقوبة المقررة دون أن يترتب على ذلك إهمال لحق الله والأذى الواقع على المجتمع في هذه

الجرائم ، على تفصيل سوف يأتي في ذلك . فالحدود في هذه الدعاوى تتفاوت من ناحية قوة حق العبد بجوار حق الله تعالى ، والأساس في ذلك هو ملاحظة الجانب الشخصي في الجريمة بجوار الجانب الاجتماعي فيها وقوة أثر الجريمة في المجتمع وضعفه ، فإذا كان جانب المجتمع أقوى من الجانب الشخصي فإن الحد يكون حقا لله تعالى ، لأنه الذي أوجد الشرع لحماية الفضيلة فيه . وإن كان الاعتداء على الشخص واضحا في الجريمة ولكن مع ذلك مست الفضيلة في المجتمع كان حق العبد بجوار حق الله كلاهما ثابت ثبوتا متناسبا . (ويمكن أن يندرج تحت موضوع البحث ما هو مقرر من التعزيرات على الاعتداء على ما فيه حق للعبد من النهي عن المنكرات) فجريمة السرقة مثلا اعتداء على المال ، والمال لا بد له من مالك ، ومن هنا كان جانب الملكية المحترمة المصونة المحروزة في حرز مثلها جزءا من ماهية الجريمة ، وحدها لا يثبت إلا إذا تحققت الملكية المحترمة التي هي في حرز مثلها ، فالجانب الشخصي ، ومن هنا أمكن القول بأن حق العبد ثابت في السرقة في الابتداء وإن كان حق الله تعالى ثابتا وحده في الانتهاء . وقال بعض الفقهاء إن حد السرقة الحق فيه خالصا لله تعالى ، ولذلك موضعه من الحق ، فيعد أن يحصل الادعاء والإثبات تصبح إقامة الحد حقا خالصا لله تعالى ليس للعبد أن ينزل عنه ولا عبرة بإسقاطه إن أسقطه . وإنما كان للعبد نوع حق وإن لم يكن غالبا لأن النظر في إثبات ذلك لا يتحقق إلا بعد تحريك الدعوى من المسروق منه ، والخصومة وطلب الحد ولذلك قال ﷺ : " إذا بلغت الحدود السلطان فلعن الله الشافع والمشفع " .

وكذلك الشأن بالنسبة لجريمة القذف فإن جانب الحق الشخصي فيها واضح ، وإن كان المقرر أن الحد إذا بلغ السلطان فلا يسع أحدا أن يسقط حقا ثبت لولى الأمر بحكم القرآن لا بحكم الإنسان وسوف يرد الخلاف في حد القذف وآراء الفقهاء فيه .

أما جرائم القصاص فقد روعي فيها جانب المجتمع لأن الشارع الإسلامي اعتبر الاعتداء فيها اعتداء على الناس أجمعين ، فكل جريمة ترتكب في دم يكون المعتدى فيها قد اعتدى على المجتمع كله ، كما روعي فيها جانب الشخص لأن الشخص المجنى عليه فيها هو الذي وقعت الجريمة عليه رأسا ، ويجب أن ينال من التعويض ما يساوى ما وقع عليه من أذى ، وإذا كانت الحدود في ذاتها حقا خالصا لله تعالى ، فإن القصاص في ذاته حق للعبد .

ثانيا : طبيعة دعوى القذف :

القذف في الشريعة الإسلامية ليس معناه فقط مجرد عموم أفعال السب التي تعاقب عليها القوانين الوضعية ، أو مجرد القذف في حق ولى الأمر أو من له ولاية عامة ، وإنما القذف في الفقه الإسلامي له معنيان :

أحدهما عام فيه التعزير ، وهو الرمي بغير الزنا ونفي النسب سواء كان من رمى محصنا أو غير محصن ويلحق بهذا النوع السب والشتم ، ففيها التعزير أيضا ، والفرق بين القذف

بنوعيه (١) وبين السب والشتم أن القذف رمى المجنى عليه بواقعة تحتمل التصديق والتكذيب ويمكن إثباتها بطبيعتها كالرمي بالزنا والرشوة والسب أو الشتم هو رمى المجنى عليه بما هو ظاهر الكذب ولا يقبل الإثبات بداهة ، كالألفاظ الشتم والسب المتداولة بين السوق والعامة ، وهذا النوع العقوبة فيه تعزيرية متروك تقديرها للقاضي ، والجريمة فيه جريمة فردية خاصة تولد للمشتوم حقا في إقامة الدعوى لتعويضه عما ناله في اعتباره بجزاء ينال الشاتم وكذلك تعطيه حقا في العفو عن المتهم . كما ليس لولى الأمر أن يعفو عن فعل جمع بين حقين ، حق له في تقويم المتهم وحق للمشتوم إلا أن يعفو الفرد عما له في التعزيز من نصيب . فقد كانت هذه الدعوى إذا بلا خلاف حقا خالصا للعبد الذي نالته الجريمة أى وجه إليه السب ، وليس هذا النوع هو المقصود ، وإنما المقصود في كلامنا القذف بمعناه الخاص .

والنوع الثاني: خاص يحد فيه القاذف وهو رمى المحصن بالزنا أو نفي النسب وقد عرف القذف في اللغة بأنه الرمي مطلقا (٢).

وفي الاصطلاح اختلف الفقهاء في تعريفه :

(١) فعرفه بعض فقهاء الحنفية بأنه (رمى المحصن بصريح الزنا (٣) وعرفه بعضهم بأنه

(رمى المحصن بالزنا (٤) .

(٢) وعرفه فقهاء المالكية بتعريفين ، أحدهما تعريف بالأعم وهو (نسبة آدمي غيره لزنا أو قطع نسب مسلم) ، وتعريف بالأخص وهو (نسبة آدمي مكلف غيره حرا عفيفا مسلما بالغا ، أو صغيرة تطبق الوطء لزنا أو قطع نسب مسلم (٥) .

(٣) وعرفه بعض الشافعية بأنه (الرمي بزنا في معرض التعبير لا الشهادة (٦) .

(٤) وعرفه بعض فقهاء الحنابلة (بأنه الرمي بالزنا (٧) والبعض الآخر بأنه (الرمي بزنا أو لواط (١) كما عرفه بعضهم بأنه (الرمي بزنا أو لواط أو شهادة به (٢) .

(١) المرحوم الأستاذ عبد القادر عوده ج ١ ص ٤٥٥ .

(٢) أساس البلاغة ج ٢ ص ٢٣٨ ، أقرية الموارد ج ٢ ص ٩٧٥ ، المنجد ص ٦٤٨ .

(٣) شرح فتح الغدير ج ٤ ص ١٩٠ ، بدائع الصنائع ج ٧ ص ٤٠ ، الفتاوى الهندية ج ٢ طبعة ثانية ص ١٦٠

(٤) ابن نجيم ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج ٥ ص ٣١ ، ٣٢ ، شرح الدر المختار لمحمد علاء الدين الحصفكي ج ١ ص ٤٣٥ ، حاشية محمد أبو السعود على مثالا مسكين ج ٢ ص ٣٧٤ .

(٥) عبد الله الخرشى ، ج ٨ طبعة ثانية ص ٨٦ .

(٦) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملى ، ج ٧ ص ٤١٥ ط ١٩٣٨ ، حاشية القليوبي وغيره ج ٤ ص ١٨٤ ، المنهاج لأبي زكريا النووى ج ٤ ص ١٥٥ ط ١٩٣٣ حاشية البحيرى على حاشية المنهج ج ٤ ص ٢٢٣ ، ط ١٢٨٦ هـ ، النهاية في شرح الغاية ج ٣ ص ٥١ ط ١٩٣٦ .

(٧) المغنى ج ١٠ ص ٢٠١ ، منار السبيل في شرح الدليل ج ٢ ص ٣٧٢ لإبراهيم محمد مخلوف ط ١٩٦٠ ص ٥٣١ ، شرح منتهى الإرادات ، منصور يونس إدريس البهوتى ج ٣ ص ٣٥٠ .

(٥) وعرف فقهاء الشيعة القذف بأنه (إلقاء الفاحشة من شخص مخصوص على شخص مخصوص^(٣)) وعرفه بعضهم أيضا بأنه (الرمي بزنا يوجب الحد على القاذف^(٤)). والقذف معتبر في الشريعة الإسلامية من الكبائر المنهى عن اقترافها ، والأصل في ذلك الكتاب والسنة والإجماع^(٥) .

أما الكتاب قوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَا يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ * إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ (النور : ٤ ، ٥) وقوله تعالى : ﴿ إِنَّ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ لَعُنُوا فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴾ (النور: ٢٣) .

وأما السنة فقوله ﷺ فيما روى عنه :

" اجتنبوا السبع الموبقات ، قالوا وما هن يا رسول الله ؟ قال : الشرك بالله ، والسحر ، وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق ، وأكل الربا ، وأكل مال اليتيم ، والتولي يوم الزحف وقذف

- (١) هداية الراغب لشراح عمدة الطالب لعثمان أحمد النجدي الحنبلي ، تحقيق حسنين محمد مخلوف ط ١٩٦٠ ص ٥٣١ ، شرح منتهى الإرادات ، منصور يونس إدريس البهوتي ج ٣ ص ٣٥٠ .
- (٢) كشف القناع عن متن الإقناع ، منصور يونس إدريس البهوتي ج ٦ ص ٨٤ ط ١٩٤٨ الإقناع ، موسى الحجازي المقدسي ج ص ٢٩٥ ، غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى ، مرعى يوسف الحنبلي ج ٣ ص ٣٢٣ ط ١ ، التوضيح في الجمع بين المقنع والتفقيح ص ٤٠٨ ط ١٩٥٢ .
- (٣) التاج المذهب لأحكام المذهب ، أحمد قاسم اليماني ج ٤ ص ٢٢٣ ، ط ١ .
- (٤) الروض النضير ، الحسين أحمد السيفي ج ٤ ص ٢١٩ ، ط ١ .
- (٥) الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل ، موسى الحجازي المقدسي ج ٤ ص ٢٥٩ ، ابن عابدين ج ٣ ص ٢٣٠ ، حاشية حسن عمار على الوقائي على الدرر الحكام ج ٢ ص ٧٠ حاشية محمد أبو السعود على شرح منلا مسكين ج ٢ ص ٣٧٤ ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج ٥ ص ٣١ ، البحر الزهراء ج ٥ ص ١٦٢ ، شرح العناية على شرح الفتح الغدير ، البابوتي ج ٤ ص ٢٩٠ حاشية الشلبي على تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ج ١ ص ١٩٩ ط ١ ، عبد الرحمن بميدان الدمشقي ، زوائد الكافي والمحرر على المقنع ص ٢٨٤ ط دمشق ، أحمد الصاوي بلغة المسالك لأقرب المسالك ج ٢ ص ٣٩٤ ، شرح الخرشي على مختصر خليل ج ٨ ص ٨٥ ط ٢ ، المحلى لابن حزم ج ١١ ص ٢٦٥ ط ١ ، السباعي ، الروض النضير شرح مجموعة الفقه الكبير ج ٤ ص ٢١٥ ط ١ ، حاشيتا القليوبى وعمره ج ٤ ص ١٨٤ ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ج ٧ ص ٤١٥ ، محمد علاء الدين الحصفكى ، شرح الدر المختار ج ١ ص ٤٣٥ ، منصور يونس إدريس البهوتي ، كشف القناع على متن الإقناع ج ٦ ص ٨٤ ط ١٩٤٨ ، أحمد حجازي القشنى ، مواهب العمد في حل ألفاظ الزيد ص ١٣٧ ط ١٣٢٧ هـ ، الشرح الكبير ج ١٠ ص ٢١٠ .

المحصنات الغافلات المؤمنات (١) .

وأما الإجماع :

فقد اتفقت كلمة المجتهدين من السلف والخلف على تحريم القذف (٢) ، والحكمة في ذلك تقوّم على رغبة الشارع الإسلامى في صيانة الأعراض من كل اعتداء عليها (٣).

ثالثاً : لمن الحق في حد القذف ؟

جمهور الفقهاء على أن جريمة القذف فيها حقان ، حق لله تعالى ، حق للعبد ولكنهم اختلفوا في أى الحقين أقوى .

١- فالإمام أبو حنيفة يغلب حق الله تعالى على حق العبد ، ويجعل الجريمة متعلقة بحق الله تعالى إلا أن بعض فقهاء الحنفية يرى أن حق القذف متعلق بحقوق الأدميين وحقوق الله وأن الحق الغالب فيه هو حق الأدميين (٤).

٢- ويرى إمامنا الشافعى والإمام أحمد أن حد القذف الغالب فيه حق العبد ويجعلان الجريمة متعلقة بحقوق الأدميين . ويرى الإمام مالك تغليب حق العبد قبل الشكوى ، أما بعدها فحق الله هو الغالب .

حجج الفريقين :

احتج الحنفية في تأييد رأيهم بعدة حجج منها (٥) :

(١) إن الله رتب الحد جزاء على هذه الجريمة ، والحدود زواجر ، والزواجر مشروعة لله.

(١) هذا الحديث رواه أبو هريرة وهو متفق عليه من طريق أبى الغيث عنه حديث يروى أنه ﷺ قال : " من أقام الصلوات الخمس واجتنب الكبائر السبع نودى يوم القيامة ليدخل من أى أبواب الجنة شاء وذكر من السبع قذف المحصنات " والطبرانى من حديث عبيد ابن عمير اللبثى عن أبيه قال رسول الله ﷺ في حجة الوداع أن أولياء الله المصلون ومن يقيم الصلوات الخمس التى كتبها الله على عباده ويجتنب الكبائر التى نهى الله عنها ، وقال رجل من أصحابه وكم الكبائر يا رسول الله ؟ قال هى سبع أعظمهن الإشراك بالله وقتل المؤمن بغير حق والفرار من الزحف ، وقذف المحصنات والسحر وأكل مال اليتيم وأكل الربا وعقوق الوالدين المسلمين واستحلال البيت الحرام ، لا يموت رجل لم يرتكب هؤلاء الكبائر ويقيم الصلاة ويؤتى الزكاة إلا رافق محمداً في حبوكة جنة أبوابها مصاريع الذهب وفي إسناده العباس بن الفضل وهو ضعيف .. كما روى الحديث بروايات أخرى رواه البخارى ومسلم . أنظر كشف القناع ج ٦ ص ٨٤ ، والمغنى ج ١٠ ص ٢٠١ ، ومنار السبيل في شرح الدليل لإبراهيم محمد سالم ضويان ج ٢ ص ٣٧٢ ، وانظر التلخيص الحبير ص ٣٥٥ .

(٢) ابن عابدين ج ٣ ص ٢٣٠ البابرتى شرح العناية على شرح فتح الغدير ج ٤ ص ١٩٠ ، المغنى ج ١٠ ص ٢٠١ .

(٣) ابن نجيم ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج ٥ ص ٣٠ ، ٣١ .

(٤) شرح فتح الغدير ج ٤ ص ١٩٨ .

(٥) بدائع الصنائع للكاسانى ج ٧ ص ٥٦ ، والمبسوط للسرخسي ج ٩ ص ١٠٩ ، ١١٠ .

- (٢) إن عقاب القذف حد يعتبر فيه الاحصان فيكون حقا لله تعالى كالرجم الذي هو حق الله الخالص في جريمة زنا المحصن .
- (٣) إن ما وجب من العقوبات حقا للعبد وجب باسم القصاص الذي ينبئ عن المساواة ليكون إشارة إلى معنى الجبر ، وأما ما وجب باسم الحد فهو حق لله تعالى وفيه إشارة إلى الزجر ، والدليل على أن ما يجب حقا للعبد ينبغي أن تتوافر فيه المماثلة ما ورد بالنص في قوله تعالى : ﴿ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ يَمِثِلُ مَا أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ ﴾ وفي حد القذف لا مناسبة بين نسبة الزنا وبين ثمانين جلده لا صورة ولا معنى لذلك لم يكن من المقصور أن يكون للعبد ولزم أن يعد من حقوق الله .
- (٤) إن الحد مشروع لتعفيه أثر الزنا . وموضوع كجزاء على انتهاك حرمة إشاعة الفاحشة وتلك من حقوق الله ، فكان حق القذف نظير حد مباشرة الزنا ، من حيث أن كلا منهما مشروع لإبقاء السر وتعفيه أثر الزنا .
- (٥) إن استيفاء حد القذف من القاذف إنما يكون إلى الإمام ، والإمام إنما يتعين فيما يقوم به من هذا الأمر نائبا في استيفاء حق الله تعالى . وأما ما كان حقا للعبد فاستيفاءه إليه .
- (٦) إنه إن صح أن الحد ترتب جزاء على ما نال المقذوف في عرضه فإن هذا لا يعني أن الحد هنا يكون حقا للعبد لأن في عرضه حقه وحق الله تعالى أيضا وذلك في دفع عار الزنا ، ولأن في إبقاء ستر العفة معنى حق الله تعالى .
- (٧) إنه إن صح وجود بعض الأدلة على أنه للعبد حق فيه فالقاعدة الشرعية أنه إذا دل بعض الأدلة على أنه محض حق الله تعالى . ودل البعض الآخر على اجتماع الحقين فيه وجب القول بأن المذهب فيه هو حق الله تعالى مع اعتبار حق العبد فيه أيضا ولكن بقدر ، فيكون ذلك عملا بالأدلة كلها .
- أما الشافعية فيحتجون لرأيهم بالآتي (١) :
١. إن سبب وجوب حد القذف هو ما ينال المقذوف في عرضه من أذى ، وعرضه حق له بدليل قوله ﷺ " أيعجز أحدكم أن يكون مثل أبي ضمضم إذا أصبح قال اللهم إني تصدقت بعرضي على عبادك " وفي ذلك مدح من الرسول ﷺ لأبي ضمضم فدل على أن عرضه حق له لأن المدح إنما يكون على التصديق بما هو ملك للمتصدق .
 ٢. أن المقصود بدعوى طلب حد القذف هو دفع الشين عن المقذوف فذلك حقه .
 ٣. أن الحد لا يستوفي إلا بخصومة المقذوف أي أنها شرط إقامة الحد ، وإنما يستوفي بخصومة العبد ما هو من حقوقه .

(١) البدائع للكاساني ج ٧ ص ٥٦ ، المبسوط للسرخسي الجزء التاسع ص ١١٠ . ١٠٩ .

ويترتب على الاختلاف في تغليب أحد الحقيقتين على الآخر نتائج كثيرة أهمها :

(١) أن تغليب حق الأديمين على حقوق الله يؤدي إلى القول بأن الحقوق الناشئة للمقذوف عن

جريمة القذف تورث لأن الإرث في حقوق العباد .

على حين أن القول بتغليب حق الله على حق الأديمي لا يؤدي إلى إرث حق المخاصمة إذ الحد وإن كان مقررًا لمصلحة الأديمي إلا أنه حق لله ، والأديمي يرث الأديمي فيما كان مالا أو متصلا بالمال وحق المخاصمة ليس شيئًا من هذا (١).

(٢) العفو فمن غلب حق الله على حق الأديمين رأى أن المقذوف ليس له أن يعفو عن

القاذف بعد ثبوت الجريمة عليه فإن عفا كان عفوه باطلا (٢) لأن الحد حق من حقوق الله

ليس للفرد أو للجماعة إسقاطه ولا يسقط بالعفو كسائر الحدود .

ومن غلب حق العبد على حق الله رأى أن المقذوف له أن يعفو عن القاذف إلى وقت إقامة

الحد فإن عفا عنه سقط الحد على أنه إذا تعدد المقذوفون وكانت الجريمة محكومة فيها بحد واحد

فيشترط لسقوط الحد أن يكون العفو من جميع المقذوفين ، فإذا عفا البعض دون البعض وجب

الحد لمن لم يعفو ولم يسقط بعفو من عفا .

وللإمام مالك آراء متعددة في العفو :

أولاً : أن العفو يصح إلى ما قبل التبليغ فإذا لم يعف المقذوف وخاصم فلا عفو بعدها .

ثانياً : أن العفو يصح إلى ما قبل سماع شهود ، فإن أدى الشهود شهادتهم فلا عفو بعدها .

ثالثاً : أن العفو جائز قبل التبليغ وبعده كلما قصد المقذوف من العفو أن يستر على نفسه (٣).

وعلى أي القائلون بالعفو يجيزون أن يكون العفو صريحاً أو ضمناً ، ويرتبون على العفو

قبل التبليغ عدم جواز رفع الدعوى لسقوط حق المقذوف في الشكوى بالعفو .

ونرى في موضوع النزاع أن حد القذف يغلب في حق الله تعالى ، وأنه لا يندرى إلا بشبهة

تسقطه وإذا اندرأ حد القذف بشبهة وجب التعزير على حق المجتمع .

على أن حق العبد في جريمة القذف إنما يستوفي بإعطائه حق المخاصمة الذي يتوقف النظر

في الجريمة وتوقيع العقوبة بعد ثبوتها على مباشرته له واستعماله إياه ، فإذا رأى المقذوف غير

ذلك ولم يستعمل حقه في المخاصمة لعفوه عن القاذف أو خوفاً من ثبوت الجريمة عليه مما قد

يوجب حداً أو غيره فلا خصومة ومن ثم فلا عقوبة . أي يكون للمقذوف حق العفو قبل

المخاصمة ، أما إذا خاصم واستعمل حقه وأصبح الأمر معروضاً للحكم فيه وإثباته ، وتبع ذلك

ما تبعه من إعلام وشهرة بين الناس فتكون الحكمة من التنازل أو الغالب فيها قد انقضت ،

(١) شرح فتح الغدير ج ٤ ص ١٩٨ .

(٢) المغنى ج ١٠ ص ٢٠٤ ، المهذب ج ٢ ص ٢٩٢ .

(٣) المدونه ج ١٦ ص ١٦ ، مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٥ .

وحيث يصح الحق خالصا لله ، فإذا لم يأت بأربعة شهداء لإثبات صحة ما قذف به وجب عليه الحد . وتوقع عليه العقوبة البدنية ، وتظل العقوبة الأدبية وهي عدم قبول شهادته معلقة على توبته بحسب الرأي الذي تختاره في ذلك لقوله تعالى : ﴿ إِنَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا ﴾ وكون الحد في القذف حقا خالصا لله لا يمنع إرث حق المخاصمة . إذ أن المخاصمة حق للعبد بإجماع الفقهاء ، وكون المخاصمة حقا للمقذوف فليس بلازم أن يكون الحد أو العقوبة من حقه بل تبقى العقوبة حدا لله كما هو في السرقة ، لما يترتب للمجتمع من حق في هذه الجريمة وللإمام التعزيز عن هذا الحق دائما ، وما نراه هنا هو ما يكاد يكون موافقا لرأي إمامنا مالك رحمته الله وقدمنا بأنه يرى تغليب حق العبد قبل الشكوى أما بعدها فحق الله هو الغالب .

رابعا : توقف تحريك دعوى القذف ومباشرتها على رضا المجنى عليه ومخاصمته :

لا خلاف بين الفقهاء على أن إقامة دعوى القذف والمخاصمة فيها من المقذوف شرط لاستيفاء حد القذف فلا يستوفي هذا الحد إلا بدعوى يقيمها المجنى عليه بطلب توقيع العقاب وليس لولى الأمر أن يستوفيه من تلقاء نفسه ، أو أن يحرك الدعوى بناء على شهادة الشهود حسبة لله لأن الشهادة لا تقبل قبل قيام الدعوى والدعوى لا تقم إلا بشكوى المقذوف ، وبذلك تتوقف الدعوى في القذف على رضا المجنى عليه أو عدم رضائه بالجريمة ، وإنما كانت خصومة المجنى عليه ورضاه شرطا في حد القذف مع أنه حد من حدود الله استثناء من القاعدة العامة في ذلك لأن الجريمة ، وإن كانت حدا ، تمس المقذوف مساسا شديدا وتتصل بسمعته وعرضه اتصالا وثيقا ، وللقاذف حق إثبات قذفه والتدليل على صحة ادعائه فلو أثبتته يصبح المقذوف مسئولا عن جريمة الزنا ووجب عليه عقوبتها ، فنظرا لهذه النتائج الخطيرة كان اتفاق الفقهاء على تعليق رفع دعوى القذف على شكوى المقذوف .

وحق الخصومة في دعوى القذف ملك للمقذوف وحده إن كان حيا فلا تقبل من غيره ، مهما كانت صلته بالمقذوف ولو كان في القذف مساس به إلا إذا كان القذف يعتبر قذفا مباشرا له فيصبح مجنيا عليه هو الآخر في الجريمة ويكون لكل منهما دون غيرهما حق الخصومة في دعوى القذف . ولكن هل للمقذوف أن يوكل غيره في طلب الحد ؟

ذهب أبو حنيفة ومحمد إلى جواز ذلك وصحة التوكيل من المجنى عليه فليس بلازم أن يقيم المقذوف الدعوى بنفسه . وقد رأى أبو يوسف هذا الرأي أيضا ثم عدل عنه إلى عدم جواز التوكيل لأن التوكيل عنده لا يصح في الحدود ولا في القصاص . إذ أن خصومة الوكيل تقوم مقام الموكل وشرط الحد لا يثبت بمثله ولأن الحد يندرى بالشبهة ، والشبهة مع التوكيل قائمة لاحتمال صدور قول أو آخر من المقذوف فيسقطه الحد ولأن تدارك الخطأ في مثل هذه الأحوال

غير ممكن بخلاف الحقوق المالية وخلافه (١) وهذا التصديق من أبي يوسف غير مستحب ؛ لأن المقذوف قد يعرض له عارض كما أنه إذا وكل غيره فيكون قد أفصح عن رغبته في طلب الحد . وله أن يرجع عن التوكيل أثناء نظر الدعوى ويباشرها بنفسه .
وقد يكون المجنى عليه مباشرة في جريمة القذف وهو المقذوف ميتا ، بأن يقذف وهو ميت أو يقذف ثم يموت .

فإذا كان موت المقذوف بعد القذف فإما أن يكون قد حرك الدعوى قبل موته بتقديمه شكوى طلب العقاب أو يكون موته بعد القذف وقبل تحريك الدعوى . فإذا كان المقذوف قد حرك الدعوى ثم مات قبل الفصل فيها ، فيرى أبو حنيفة ، أن الدعوى في هذه الحالة تسقط بموت المقذوف (٢) لأن حق الخصومة في دعوى القذف حق مجرد ليس بمال ولا غيره فلا يورث . إذ أن حق الله هو الغالب لديه في حد القذف والإرث خلافة الوارث المورث بعد موته والله سبحانه وتعالى ينهى عن ذلك ، ويقول ﷺ " لا يجرى الإرث فيما هو حق الله تعالى " فإذا مات المقذوف استحالت إقامة الحد عند أصحاب هذا الرأي ، لاستحالة خصومة المقذوف بعد موته ، ويرى الأئمة مالك والشافعي وأحمد أن حق الخصومة يورث فيحل الورثة في الدعوى محل المقذوف ، فإذا لم يكن للمقذوف وارث سقطت الدعوى . إلا أن يكون المقذوف قد أوصى شخصا بأن يقوم مقامه في الدعوى فإن الوصى يحل محله في الدعوى ولا تسقط (٣).

أما إذا كان موت المقذوف بعد القذف وقبل الشكوى سقط حقه في المخاصمة وليس لورثته أو عصابته أن يخاصموا القاذف إلا إذا كان المقذوف قد مات وهو لا يعلم بالقذف (٤) لأن سكوته عن الشكوى يعنى تنازله أو عفو عن القاذف .

وإذا كان المقذوف ميتا فجمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الأربعة يجيزون رفع الدعوى على القاذف بتقديم شكوى ممن يملك حق المخاصمة ، فإذا لم يكن هناك من يملك حق المخاصمة امتنع رفع الدعوى إلا عند الشافعي ، ومن يملك حق المخاصمة في هذه الحالة ؟
يرى الإمام مالك أن من يملك الخصومة هم أصول المقذوف وفروعه الذكور ، وأجداد المقذوف لأمه ، فإن لم يكن أحد من هؤلاء كان حق المخاصمة للعصبة وللبنات والأخوات والجدات (٥).

(١) البدائع للكاساني ج ٧ ص ٥٤ ، ٥٥ ، المبسوط للسرخسي ج ٩ ص ١١٤ ، الأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٢١ .

(٢) الأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٢١ ، البدائع للكاساني ج ٧ ص ٢٩٢ ، المبسوط للسرخسي ج ٩ ص ١١٢ ، شرح الغدير ج ٤ ص ١٩٩ .

(٣) المدونه ج ١٦ ص ١٢ .

(٤) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٥ .

(٥) المدونه ج ١٦ ص ٢٠ ، مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٥ .

ويرى أبو حنيفة أن من يملك الخصومة هم ولد المقذوف الميت ذكرًا كان أم أنثى ، وابن ابنه وبنت ابنه وإن سفلوا . ووالده وإن علا ، ويرى أبو حنيفة وأبو يوسف أن أولاد البنات يملكون الخصومة أيضا ولا يرى محمد ذلك (١) . ويرى الشافعي أن حق الخصومة يملكه كل وارث ، ويستثنى البعض من ذلك من يرث بالزوجة ، ويرى البعض الآخر أن الخصومة للعصبات دون غيرهم (٢) .

واختلاف الفقهاء فيمن يملك حق المخاصمة إنما يرجع إلى اختلافهم في تقدير من يلحقهم عار القذف ، ويعللون اعطاء الورثة حق المخاصمة في قذف الميت بأن معنى القذف هو إلحاق العار بالمقذوف ، والميت ليس محلا لإلحاق العار به فلم يكن معنى القذف راجعا إليه بل إلى أهله الأحياء الذين يلحقهم العار بقذف الميت ، ولما كان أهل الميت يتصلون به بصلة الجزئية وكان قذف الإنسان قذفا لأجزائه فكأن القذف واقع على أهل الميت من حيث المعنى ، ولذلك يثبت لهم حق الخصومة لدفع العار عن أنفسهم أما إذا كان المقذوف حيا وقت القذف فقد أضيف إليه القذف وقت أن كان محلا قابلا للقذف صورة ومعنى فالحق العار به وانعقد القذف موجبا حق الخصومة له خاصة (٣) .

والفقهاء متفقون على أن من له حق المخاصمة يستطيع أن يخاصم دون توقف على غيره ممن له نفس الحق ولو كان هذا الغير أقرب درجة للميت . أى أن الأبعد درجة من الميت يستطيع أن يخاصم ولو لم يخاصم الأقرب (٤) .

خامسا : أثر رضاء المجنى عليه في التنازل عن دعوى القذف :

تقدم إن إقامة دعوى القذف وتحريكها يطلب إقامة حد القذف هو حق خالص للمجنى عليه في هذه الجريمة فتحريك الدعوى يتوقف على رضاء المجنى عليه أو من في حكمه ومخاصمته للجاني إذ أنه لا سبيل لإقامة هذا الحد إلا بخصومة المجنى عليه في الجريمة والخصومة حق خالص للمجنى عليه وشرط لإقامة الدعوى باتفاق الفقهاء . وكان مقتضى هذا الحق المقرر للمجنى عليه أن يكون له كذلك حق التنازل عن هذه الدعوى في أى وقت على أى حالة تكون عليها ما دام في ذلك تحقيق لمصلحته التى من أجلها قرر له دون غيره حق المخاصمة منذ البداية بما يجيز له العفو عن حد القذف قبل التبليغ بين الفقهاء .

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٥٥ ، شرح فتح الغدير ج ٤ ص ١٩٤ .

(٢) المهذب ج ٢ ص ٢٩٢ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٥٥ ، الشرح الكبير ج ١٠ ص ٢٣٠ .

(٤) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٥ ، المهذب ج ٢ ص ٢٩٢ ، شرح فتح الغدير ج ٤ ص ١٩٥ .

ولكن الفقهاء انعكاسا وأثرا لخلافهم حول صاحب الحق في حد القذف ، قد اختلفوا أيضا في جواز تنازل المجنى عليه عن الدعوى وسقوطها بالعفو بعد التبليغ بها أو عدم جواز ذلك .
فيرى الشافعي وأحمد وأبو يوسف من الحنفية في قول له ، أن للمجنى عليه الحق في العفو عن القاذف قبل المرافعة وبعدها ، فيكون له تبعاً لذلك حق انتهاء الدعوى وسقوطها بالعفو في أية حالة كانت عليها حتى بعد صدور حكم بإدانة القاذف ، والعلة في ذلك عندهم في حد القذف في الغالب فيه حق العبد فله أن يعفو عن القاذف في أي وقت . وإذا تعدد المجنى عليهم وعفي البعض دون البعض فإن عفوهم لا يؤثر على سير الدعوى الجنائية بالنسبة للباقيين وتظل الدعوى قائمة^(١).

ويرى الإمام أبو حنيفة أن المجنى عليه ليس له حق العفو بعد التبليغ ، لأن العفو إنما يكون من صاحب الحق وحد القذف حق الله فيه غالب فليس للفرد ولا الجماعة إسقاطه ولا يسقط بالعفو كسائر الحدود ، فإذا عفا المقذوف قبل المرافعة فعفوه باطل .. وكذلك الحكم من باب أولى إذا ما ثبت الحد بالحجة . وبذلك تظل الدعوى الجنائية قائمة وليس لعفو المقذوف تأثير على الدعوى^(٢) ، ويرى الإمام مالك أن دعوى لقذف لا تسقط بعد التبليغ إذا عفا المقذوف عن القاذف إلا في حالتين^(٣) :

- (١) أن يكون القذف من ابن في حق أبيه أو أب في حق ابنه ، فإن الدعوى في هذه الحالة تسقط بالعفو بعد التبليغ منعا لقطع صلة الرحم بين الآخرين .
- (٢) أن دعوى القذف تسقط بعد التبليغ إذا كان المقذوف ذاته يريد الستر على نفسه فلا تقام البينة عليه حتى لا يشيع أمره بين الناس^(٤).

(١) المغنى لابن قدامة ج ١٠ ص ٢٠٤ ، المهذب للشيرازي ج ٢ ص ٢٩٢ .

(٢) فتح الغدير ج ٤ ص ١٩٨ ، الأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٢١ ، وبدائع الصنائع للكاظمي ج ٧ ص ٥٦ ، المبسوط للسرخسي ج ٩ ص ١١٠ ، ١١١ .

(٣) د . مبارك عبد العزيز في رسالة عن الدعوى الجنائية السابق الإشارة إليها ص ٣١٧ .

(٤) تبصرة الحكام لابن فرحون على هامش فتح العلى المالك ج ٢ ص ٢٦٣ ط ١٩٥٨ .

المبحث السابع

أثر رضا المجنى عليه في دعوى السرقة

أولاً : طبيعة دعوى السرقة :

دعوى السرقة من الدعاوى التي تقوم عن جرائم للعبد فيها حق بجانب حق الله تعالى . إذ أن جريمة السرقة فيها معنيان أحدهما اجتماعي يتمثل في الترويع والإفزاز الناشئ عنها ، وهو معنى ملاحظ وموضع اعتبار من جميع التشريعات المختلفة ، ولذلك لم تكن عقوبة الاعتصاب كعقوبة السرقة ، ولهذا المعنى الاجتماعي العام كانت الجريمة تمثل اعتداء على حق الله تعالى ، وكانت العقوبة عليها عقوبة مقدرة من الشارع لم يترك لولى الأمر تقديرها وليس له ولا للمجنى عليه حق العفو عنها مما سوف يأتي تفصيله . والمعنى الثاني للسرقة هو المعنى الشخصي ، إذ أن السرقة اعتداء على المال ، والمال لا بد له من مالك ، فجانب الملكية المصونة المحترمة التي هي في حرز مثلها . فالجانب الشخصي متحقق ثابت في الجريمة وكذلك الحد أيضا ملاحظ في إثباته ذلك الجانب الشخصي ، ولذلك قالوا أن حق العبد ثابت في السرقة ابتداء وحق الله تعالى ثابت وحده في الانتهاء . ذلك لأنه بعد أن يحصل الادعاء والإثبات تصبح إقامة الحد حقا خالصا لله تعالى ليس للعبد أن ينزل عنه ، ولا عبرة بإسقاطه إن أسقطه ولكن لأن النظر في إثبات ذلك لا يتحقق إلا بعد تحريك الدعوى من المسروق منه ، والخصومة مطلب الحد كان للعبد نوع حق وإن لم يكن غالبا لذلك قال ﷺ : " إذا بلغت الحدود السلطان فلعن الله الشافع والمشفع (١) " وهكذا فدعوى السرقة يبرز فيها الجانب الشخصي بمرور واضح إذ يتوقف تحريكها على طلب المجنى عليه ومخاصمته دون خلاف بين الفقهاء في ذلك .

والسرقة بالمعنى المتقدم هي أخذ مال الغير خفية أى على سبيل الاستخفاء (٢) . فأخذ المال فيها يكون بدون علم المجنى عليه وبدون رضاه ، ولا بد لوجود جريمة السرقة من توفر هذين الشرطين معا ، فإن لم يتوفر أحدهما فلا يعتبر الفعل سرقة ، والأصل في السرقة قوله تعالى : ﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِنَ اللَّهِ ﴾ (المائدة: من

(١) فضيلة المرحوم الأستاذ محمد أبو زهرة في الجريمة ص ٦٧ .

(٢) المرحوم الأستاذ عبد القادر عوده ج ٢ ص ٥١٤ ، وقد أشار إلى حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢٦٥ ، بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٥ ، شرح فتح الغدير ج ٤ ص ٢١٩ ، الروض النضير ج ٤ ص ٢٢٨ ، نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤١٨ ، أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٧ ، المغنى ج ١ ص ٢٣٩ ، كشف القناع ج ٤ ص ٧٧ ، المحلى ج ١١ ص ٣٣٧ ، مواهب الحليل ج ٦ ص ٣٠٥ .

الآية ٣٨) والعقوبة لا يجوز العفو عنها بعد تقريرها ، لا من المجنى عليه ولا من الحاكم

كما

لا يجوز أن تستبد بها عقوبة أخرى أخف منها ، والأصل في ذلك أيضا ما روى عن رسول الله أنه قال : " تجافوا العقوبة بينكم ، فإذا انتهى بها إلى الإمام فلا عفا الله عنه إن عفا " كذلك لا يجوز تأخير تنفيذ العقوبة أو تعطيلها ، وهذه مبادئ متفق عليها بين جمهور الفقهاء .

ثانيا : أثر رضا المجنى عليه في تحريك دعوى السرقة ومباشرتها :

يتوقف تحريك الدعوى الجنائية ومباشرتها في جريمة السرقة على رضا المجنى عليه ، إذ أن جمهور الفقهاء يرى لقيام الدعوى عن جريمة السرقة ضرورة ادعاء المجنى عليه ومخاصمته للجاني ، فالخصومة شرط في سماع الشهادة في السرقة لقيام الدعوى وثبوت الحد ونفاذه على الجاني ، وذلك لما هو مقرر سابقا من أن العبد حقا في هذه الجريمة ، وكأن هذا الحق يتمثل في الدعوى فإن رفعت الدعوى وثبتت انتهى حق العبد فيها نهائيا . وصار العقاب حقا خالصا لله تعالى فلا يستطيع أن يسقطه العبد ، ويروى في ذلك أن جماعة شكوا لصا ليرفعوه إلى عثمان فلتقاهم الزبير فشفع فيه ، فقالوا إذا رفع إلى عثمان فاشفع فيه فقال " إذا بلغت الحدود السلطان فلعن الله الشافع والمشفع (١) " .

وبهذا يبين أن المجنى عليه في جريمة السرقة له أن يعفو عن أخيه قبل رفع الدعوى والتبليغ عن الجريمة كما يسعه ألا يرفع الدعوى مطلقا إذا ما قام صلح بينه وبين الجاني الذي يكون قد رد الشيء المسروق إلى صاحبه ولكن بعد رفع الدعوى بصير الأمور إلى الله ينفذ أمره ولى الأمر في المسلمين .

وقد ورد في المبسوط أنه إذا ردت السرقة إلى صاحبها قبل أن يرفع السارق أمره إلى الإمام ثم رفع إليه لم يقطع ، وإن الإمام لا يتمكن من إقامة الحد إلا بعد ظهور السرقة عند السارق ، ولا تظهر إذا رد المال قبل أن يرفع إليه الأمر لأن السرقة لا تظهر عنده إلا بالخصومة في المال ولا خصومة بعد استرداد المال (٢) .

وإذا كان الأمر كذلك فإن المجنى عليه يستطيع أن يعفو عن الجاني برد الشيء المسروق إليه بل أنه لا يستطيع أن يعفو عنه إذا لم يقم خصومة في المال ولو لم يرد إليه . وليس لولى الأمر أن يتدخل في إقامة الدعوى رغم رضا المجنى عليه ، كذلك ليس له أن يوقع الحد على السارق وأن كان يستطيع أن يوقع عقوبة تعزيرية رغم معارضة المجنى عليه .

(١) السياسة الشرعية لابن تيمية ص ٦٩ .

(٢) المبسوط للرخسى ج ٩ ص ١٧٦ .

واشترائط الخصومة في سماع الشهادة في السرقة عند جمهور الفقهاء سببه أن ركن السرقة لا يتحقق إلا بعد ثبوت أن المال مملوك ولا تتحقق الملكية إلا بالخصومة ، سواء كانت السرقة طريق ثبوتها الإقرار أو البينة وهذا رأى جمهور الفقهاء من الشافعية والحنفية وأكثر الحنابلة (١) خلافا لما يراه البعض من أنه لا حاجة إلى الدعوى من المسروق منه لعموم قوله تعالى : ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِنَ اللَّهِ﴾ فيجوز عندهم إقامة الحد على السارق متى أقر ولو كان ذلك في غيبة المجنى عليه وهو رأى المالكية والإمام أبي يوسف (٢).

وحجة جمهور الفقهاء في ضرورة ادعاء المجنى عليه ومخاصمته ، أنه لا بد لتحقيق السرقة ثبوت كون المال مملوكا لصاحبه ، وكونه لم يبيحه السارق ، وكونه موجودا في حرزه وكل هذا لا يمكن أن يتحقق إلا إذا ادعى المسروق منه ، إذ عسى أن يكون قد أباحه له ، أو أمكنه منه ، أو لم يكن في حرز مثله إلى غير ذلك من الاحتمالات التي يسقط بها الحد لأنه مع الاحتمال يسقط الاستدلال . ويتحقق مع هذه الاحتمالات أيضا ما هو أقوى من الشبهة وقد قال ﷺ : " ادعوا الحدود بالشبهات " ويروى أن عمر بن سمرة بن حبيب بن عبد شمس جاء إلى رسول الله ﷺ فقال سرقت حملا لبني فلان فطهرني ، فأرسل النبي ﷺ إليهم فقالوا : " إنما افتقدنا حملا لنا فأمر به النبي ﷺ فقطعت يده (٣) " .

ويقول الكاساني في التعليق على هذا الحديث " لولا أن المطالبة شرط ظهور السرقة بالإقرار لم يكن ليسألهم ، بل كان يقطع السارق ، ولأن كل من في يده شيء فالظاهر أنه ملكه " .

من يملك الخصومة في السرقة :

اختلف الفقهاء فيمن يملك الخصومة في دعوى السرقة .

فالإمام أبو حنيفة يرى أن من يملك الخصومة في السرقة هو كل من له يد صحيحة على الشيء المسروق وتكون اليد صحيحة على الشيء المسروق كلما كانت يد ملك أو مائة أو ضمان . فللمالك أن يخاصم السارق وكذلك للمودع والمستعير والمرتهن والمضارب والغاصب والقابض على سوم الشراء ، لأن يد هؤلاء إما أن تكون يد ضمان أو يد أمانة ، فلكل واحد منهما أن يخاصم السارق ، وتعتبر خصومتهم في حق ثبوت ولاية الاسترداد والإعادة إلى أيديهم أولا .

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٨١ ، ٨٢ ، ٨٣ ، شرح فتح الغدير ج ٤ ص ٢٥٢ ، مغنى المحتاج إلى شرح ألفاظ المنهاج ج ٤ ص ١٧٧ ، أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٢ ، كشاف القناع ج ٦ ص ١١٨ ، شرح منتهى الإرادات ج ٣ ص ٣٧٢ .

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠٦ ، المدونه ج ١٦ ص ٦٦ ، ٦٧ .

(٣) المغنى ج ٨ ص ٢٨٥ .

كما تعتبر خصومتهم أيضا في حق القطع . فيقطع السارق بخصومتهم ثانيا بعد أن يثبت بها الاسترداد والإعادة .

أما الشافعي وزفر فإنهما يريان أن الذى يملك الخصومة في دعوى السرقة هو المالك أو وكيله فلا تعتبر الخصومة في القطع إلا من المالك فقط ، ولا تجوز مخاصمة واضع اليد والمرتهن والمستأجر . وفي مذهب أحمد رأيان أحدهما كمذهب الشافعي يشترط مخاصمة المالك دون غيره ، والثاني كمذهب مالك الذى قدمناه بأنه لا يشترط المخاصمة والمطالبة للقطع (١).

ويستند الحنفية في إثبات رأيهم إلى أن الخصومة شرط صيرورة البيئة حجة مظهرة للسرقة كما هو مقرر من أن الفعل لا يتحقق سرقة مالم يعلم أن المسروق ملك غير السارق وإنما يعلم ذلك بالخصومة ، وكون البيئة مظهرة للسرقة قد ثبتت بخصومة هؤلاء (٢).

ويرى زفر أن يد هؤلاء ليست صحيحة في الأصل فيد المرتهن يد حفظ ، ويد الغاصب والقابض على سوم الشراء يد ضمان ، وإنما تثبت لهم ولاية الخصومة لضرورة الإعادة إلى يدهم لا مكان تسليم الشئ إلى مالكة الأصل ، والولاية التي تثبت لضرورة تكون عدما فيما وراء محل الضرورة لانعدام علة الثبوت وهي الضرورة ، فكانت الخصومة قائمة بالنسبة للاسترداد ومنعقدة بالنسبة لحق القطع .

وهذا الخلاف يشبه في ناحية منه الخلاف القائم في النظم القانونية الحديثة بالنسبة لجريمة السرقة في التفرقة بين المجنى عليه في الجريمة والمضروب مباشرة منها ، فالحقيقة هنا يعطون الحق في الدعوى للمجنى عليه في الجريمة والمضروب فيها ، أما الشافعية وزفر فإنهم يقصرون الحق في الدعوى على صاحب الشئ المسروق وهو المجنى عليه في الجريمة .

ثالثا : العفو عن الحد وإسقاطه وأثر ذلك في دعوى السرقة :

لا خلاف بين الفقهاء في أن حد قطع اليد عقابا للسرقة الثابت بقوله تعالى : ﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ ﴾ (المائدة: من الآية ٣٨) حق من حقوق الله الخالصة . إذ أن الجريمة تقع على أفراد الناس إلا أن أثرها شامل للمجتمع الإسلامى بأكمله ، ومن ثم كان العقاب المترتب عليها من حقوق الله التي لا تقبل عفوا ولا إسقاطا . فإذا ما قامت البيئة وقضى بالقطع إقامة ولى الأمر وليس له ان يعفو عنه ، فإذا عفا المجنى عليه فلا يبطل القطع كذلك . لأن العفو إسقاط وهذا إنما يصبح من صاحب الحق والقطع حق لله تعالى لا حق للمسروق منه فيه . وهذا الأصل ثابت بما ورد من قوله ﷺ لأسامة في قصة المرأة المخزومية

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٨٣ ، أسنى المطالب ج ٤ ص ١٥٢ ، المغنى ج ١٠ ص ٢٩٩ ، كشاف القناع ج

٤ ص ٨٧ ، شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠٦ .

(٢) البدائع للكاساني ج ٧ ص ٨٣ ، والمبسوط للرخسى ج ٩ ص ١٤٤ .

" أنشفع في حد من حدود الله ، إنما أهلك من كان قبلكم أنهم كانوا إذا سرق الشريف منهم تركوه وإذا سرق الضعيف أقاموا عليه الحد . وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت محمد يدها " وقوله ﷺ : " تعافوا الحدود فيما بينكم فما بلغني من حد فقد وجب (١) " وعما روى في قصة صفوان من أنه كان نائما في مسجد رسول الله ﷺ متوسدا رداءه فجاء سارق وسرق الرداء فتابعه حتى أخذه فجاء به إلى رسول الله ﷺ فأمر بقطعه فقال صفوان " أنقطعه بسبب ردائي وهبتها له " فقال الرسول ﷺ " هلا قيل أن تأتيني كيلا ينتهك ستره " وفي رواية أخرى أن وجهه الرسول ﷺ تغير فقال صفوان " كأن شق عليك ذلك يا رسول الله " فقال " وكيف لا يشق على وكأنكم أعوان الشياطين على أخيك المسلم (٢) .

فهذه الأدلة المتقدمة من أقوال الرسول ﷺ إنما يستدل بها من ناحية على أن الحد في السرقة من حقوق الله الخالصة التي لا تقبل عفو ولا إبراء فإذا باشر المجنى عليه في السرقة الدعوى إلى نهايتها وحصل على حكم القاضي بقطع يد السارق لم يكن لولى الأمر أن يعفو . فالأصل أنه لا عفو عن حد وجب . كما يستدل بها أيضا من ناحية أخرى على تحسين العفو من جانب المجنى عليه وتحريضه على إسقاط الحد كلما استطاع إلى ذلك سبيلا . ولهذا كان للمجنى عليه بلا خلاف بين الفقهاء أن يسقط الحد عن السارق أثناء سير الدعوى وقبل الحكم فيها بأن يهب له الشيء المسروق أو يتصدق به عليه أو يقر بأنه كان ودیعة أو يملكه له (٣) . وبهذا يكون للمجنى عليه سلطة فعلية يستطيع بها أن ينهي الدعوى الجنائية التي أقامها على السارق وأن يمنع إقامة الحد عليه تبعا لذلك .

(١) هذا الحديث أخرجه أبو داود والنسائي والحاكم وصححه من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رفعه ، وأخرج الطبراني عن عروة بن الزبير قال (لقي الزبير سارقا فشفع فقبل له حتى يبلغ الإمام قال إذا بلغ الإمام فنعن الله الشافع والمشفع " وأخرج ابن أبي شيبة قال الحافظ بسند حسن " أن الزبير وعمارا وابن عباس أخذوا سارقا فخلوا سبيله . قال عكرمة بنس ما صنعت حين خليت سبيله فقالوا لا أم لك . أما لو كنت أنت لسرك أن يخلى سبيلك " وأخرج الدارقطني من حديث الزبير مرفوعا " أنشفعوا ما لم يصل إلى الوالي ، فإذا وصل إلى الوالي فغفلا عفا الله عنه " والموقف أصبح أنظر نيل الأوطار للشوكاني ج ٧ ص ١٢١ .

(٢) حديث صفوان قال به مالك والشافعي واللفظ له ، وأصحاب السنن والحاكم من طرق منها عن طاوس عن صفوان ، ورجحها ابن عبد البر وقال ان سماع من صفوان ممكن لأنه أدرك زمن عثمان ، وقال البيهقي روى عن طاوس عن ابن عباس وليس بصحيح ورواه مالك عن الزهري عن عبد الله بن صفوان عن أبيه (أنه طاف بالبيت وصلى ثم لف رداء له من برد فوضعه تحت رأسه فقام فأتاه لص فاستله من تحت رأسه فأخذه فذكر الحديث) أخرجه بن ماجه وله شاهد في الدارقطني من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وسنده ضعيف . ورواه البزار والبيهقي عن طريق طاوس مرسلا . وهذا الحديث ضعيف رواه الخمسة إلا الترمذي ، انظر التلخيص الحبير ص ٣٥٥ ، وانظر نيل الأوطار للشوكاني ج ٧ ص ١٤٦ .

(٣) البدائع للكاساني ج ٧ ص ٨٨ وما بعدها ، والمبسوط للرخسي ج ٩ ص ٨٦ وما بعدها .

بل ذهب أبو حنيفة ومحمد إلى أبعد من ذلك حيث أجازوا للمجنى عليه أن يهب الشيء المسروق للسارق فيسقط عنه الحد .

العفو بعد الحكم :

يبين من كل ما سبق أنه لا خلاف بين الفقهاء في جواز عفو المجنى عليه عن الجاني في جريمة السرقة قبل التبليغ عنها وبالترافع إلى القاضي وحينئذ فلا دعوى ولا عقوبة وكذلك لا خلاف بينهم في جواز العفو بعد الترافع وقبل الإثبات عملاً بقوله تعالى : ﴿ خذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ ﴾ (الأعراف: ١٩٩) ولأنه من قبيل الستر وستر الجرائم مستحسن دائماً في الإسلام لأن الجريمة المعلنة تدعو في ثنائها إلى الجريمة وسبب الإشاعة نوعها ، كما أن التسامح مع الجاني قد يؤدي إلى توبته وتأليف نفسه مع المجتمع . وذلك لا يمنع كما تقدم من توقيع ولي الأمر عقوبة تعزيرية على الجاني إذا اقتضت المصلحة ذلك . وموضع النظر بين الفقهاء هو العفو بعد حكم القاضي وقبل إقامة الحد ، ألّه أثر في العقوبة أم ليس له أثر ؟

وقد قرر الفقهاء أنه لا أثر للعفو في جريمة السرقة على أرجح الأقوال ، لأنه بعد ثبوت السرقة والخصومة يصبح الحد حقاً خالصاً لله تعالى فلا يملك أحد إسقاطه حتى لو تحايل المجنى عليه بتمليك السارق الشيء المسروق منه .

وقال الحنفية بجواز إسقاط العقوبة عن الجاني بعد الحكم بها إذا ملك المجنى عليه الجاني المال محل السرقة ، ذلك لأنه يجب لتوقيع العقوبة أن يكون المال المسروق غير مملوك للسارق . والشرط عندهم له صفة الدوام فمتى اختل قبل توقيع العقوبة بالفعل فلا عقوبة مخالفين بذلك جمهور الفقهاء الذين قالوا بأن الحد بعد الحكم يصبح خالصاً لله تعالى فلا يجوز إسقاطه ، وهذا الأمر مختلف عن حالة إقرار المجنى عليه بأن المال مال السارق إذ الإقرار لا يعنى التملك وهو الاعتراف بملكية السارق للمال قبل السرقة إذ يستطيع المجنى عليه إذا ادعى في أول الأمر أن المال ماله يستطيع أن يرجع في دعواه ، وقد بين المغنى ذلك الخلاف فقال :

أن السارق إذا ملك العين المسروق بهية أو بيع أو غيرهما من أسباب الملك لم يخل من أن يملكها قبل رفعه إلى الحاكم والمطالبة بها عنده ، أو بعد ذلك ، فإن ملكها قبله لم يجب القطع لأن من شروط المطالبة بالمسروق . وبعد زوال ملكه لا تصح المطالبة ، وإن ملكها بعده لم يسقط القطع ، وبهذا قال مالك والشافعي وإسحاق . وقال أصحاب الرأي ، يسقط . لأنها صارت ملكه ، فلا يقطع في عين هي ملكه ، كما لو ملكها قبل المطالبة بها ، ولأن المطالبة شرط ، والشروط يعتبر دوامها ، ولم يبق لهذا العين مطالبة ولنا ما روى الزهري عن ابن صفوان عن أبيه أنه نام في المسجد ، وتوسد رداءه ، فأخذ من تحت رأسه فجاء بسارقه إلى النبي ﷺ فأمر به

النبي ﷺ أن يقطع ، فقال صفوان يا رسول الله لم أرد هذا ، ردائي عليه صدقة فقال رسول الله ﷺ " فهلا قبل أن تأتيني " (١).

رابعاً : السرقة بين الأقارب والزوجين :

اختلف الفقهاء في جواز تنفيذ عقوبة القطع إذا كانت السرقة بين الأقارب .

(١) فيرى الشافعي وأحمد :

أن الولد لا يقطع بسرقة مال ولده وإن سفل . سواء في ذلك الأب والأم الإبن والبنات والجد والجدة من قبل الأب والأم لقول رسول الله ﷺ " أنت ومالك ملك لأبيك " ولقوله ﷺ " إن أطيب ما أكل الرجل من كسبه وإن ولده من كسبه " وفي لفظ فكلوا من كسب أولادكم . ولا يقطع الابن عندهما بسرقة مال والده وإن علا لأن النفقة تجب في مال الأب لابنه حفظاً له ، فلا يجوز إتلافه حفظاً للمال .

أما سائر الأقارب كالأخوة والأخوات وغيرهم فيقطع بسرقة مالهم ويقطعون بسرقة ماله (٢).

(٢) ويرى أبو حنيفة :

أنه لا قطع على من سرق من ذى رحم محرم لذلك لأنهم يدخل بعضهم على بعض في العادة بدون إذن لوجود إذن ضمنى بالدخول فتكون السرقة من غير حرز ، فضلاً عن أن القطع بين هؤلاء بسبب السرقة يؤدي إلى قطع الرحم وهو حرام ، والقاعدة في الشريعة الإسلامية أن ما أفضى إلى الحرام فهو حرام (٣).

أما إذا كانت السرقة من غير ذى رحم محرم فإن السارق يقطع بسرقة لعندم وجود إذن صريح أو ضمنى بالدخول ، إذ العادة بينهم ألا يدخل بعضهم على بعض دون استئذان واختلف فقهاء المذهب في القطع إذا كانت السرقة من محرم غير ذى رحم كالأم والأخت من الرضاعة فأبو حنيفة ومحمد يريان القطع وأبو يوسف لا يرى القطع في حال السرقة من الأم والقطع فيما عدا ذلك (٤).

(٣) ويرى الإمام مالك وبعض الشيعة الزيدية :

أن لا قطع على الأصول إذا سرقوا من الفروع ، فلا يقطع الأب والأم والجد والجدة لأب أو لأم إذا سرقوا من أبنائهم أو أحفادهم .

أما إذا سرق الفروع من الأصول قطعوا بسرقتهم ، فلا يعني من القطع للقرابة إلا الأصول لقوله ﷺ " أنت ومالك ملك لأبيك " (٥).

(١) المغنى ج ٨ ص ٢٦٩ .

(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٠ ، المغنى ج ١٠ ص ٢٨٤ ، ٢٨٥ ، ٢٨٦ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٥ .

(٥) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٨ .

ويرى البعض الآخر من الشيعة الزيدية أنه لا قطع على الأصول إذا سرقوا من الفروع ولا من الفروع إذا سرقوا من الأصول ولا قطع بين ذوى الأرحام المحارم^(١).
أما الظاهريون فيرون قطع الأصول إذا سرقوا من الفروع وقطع الفروع إذا سرقوا من الأصول ، ولا يسقطون القطع للقرابة ويرون أن حديث " أنت ومالك ملك لأبيك " منسوخ بآيات الموارد^(٢).

وإذا كانت السرقة بين زوجين :

(١) فيرى الإمام مالك :

قطع يد السارق منهما إذا سرق مالا محجورا عنه ، أى في حرز مغلق لا يسمح له بدخوله سواء كان المال في نفس المنزل الذى يقيم فيه أم في غيره . أما إذا كان المال غير محجور عنه فلا قطع عليه^(٣).

(٢) ويرى أبو حنيفة :

أن لا قطع على أحد الزوجين في سرقة مال الآخر سواء كانت السرقة من البيت الذى يقيم فيه أم من بيت آخر ، لأن كلا من الزوجين له الانتفاع بمال الآخر عادة ، كما أنه مأذون له بدخول منزل صاحبه^(٤).

(٣) وفي مذهب الشافعى ثلاثة آراء :

أحدهما ، قطع يد السارق منهما إذا سرق مالا محجورا عنه بأن يكون في حرز مغلق لا يسمح له بدخوله ، والثانى ، ألا قطع على أحد الزوجين في سرقة مال الآخر لأن كلا منهما له الانتفاع بمال الآخر ، والثالث ، يرى أصحابه قطع يد الزوج إذا سرق مالا محجورا عنه من مال الزوجة ولا يرون قطع يد الزوجة إذا سرقت ما حجر عنها من مال الزوج ، وحجتهم في ذلك أن الزوجة لها حق في مال الزوج لأنه ملزم بالإنفاق عليها وليس الزوج كذلك^(٥). والرأى الأول هو الراجح^(٦).

(٤) وفي مذهب الإمام أحمد رأيان :

(١) شرح الأزهري ج ٤ ص ٣٧٥ .

(٢) المحلى ج ١١ ص ٣٤٣ ، ٣٤٧ .

(٣) شرح الزرقانى ج ٨ ص ١٠٠ .

(٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٥ .

(٥) المهذب ج ٢ ص ٢٩٩ .

(٦) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٢٤ ، أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤١ .

أحدهما قطع يد السارق منهما إذا سرق مالا محجورا عنه ، أى في حرز مغلق لا يسمح له بدخوله .. أما إذا كان المال غير محجور عنه فلا قطع عليه .
والثانى أن لا قطع على أحد الزوجين في سرقة مال الآخر ⁽¹⁾ .
ومذهب الشيعة الزيدية فيه الرأيان السابقان ⁽²⁾ .
أما الظاهريون فيرون القطع على كل واحد من الزوجين إذا سرق من مال صاحبه ما لم يبيع له أخذه ، أما إذا كان المأخوذ مباحا أخذه كنفقة الزوجة وطعامها أو كسوتها فلا قطع فيه ⁽³⁾ .
وهذا هو حكم القطع في السرقة بين الزوجين ، إذا وقعت السرقة والزوجية قائمة وإذا كانت السرقة في عدة طلاق رجعى فلا قطع أيضا ، لأن الزوجية تظل قائمة حتى تنتهى العدة ، أما السرقة في عدة طلاق بائن ففيها القطع خلافا لأبى حنيفة ⁽⁴⁾ . وإذا كانت السرقة بعد انتهاء العدة ففيها القطع بلا خلاف ، كما أن قيام الزوجين بعد السرقة لا أثر له على السرقة التى وقعت قبلها خلافا للحنفيين أيضا .

(1) المغنى ج ١٠ ص ٢٨٧ .

(2) شرح الأزهاري ج ٤ ص ٣٧٦ .

(3) المحلى ج ١١ ص ٣٣٥ ، ٣٣٧ .

(4) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٦ .

المبحث الثامن

أثر رضا المجنى عليه في دعوى طلب القصاص

تبين فيما سبق عند بحث رضا المجنى عليه كسبب للإباحة في الفقه الإسلامي ، والأثر الذي للرضا في وجود الجريمة والمسئولية الجنائية للفاعل ، أن الرضا في جرائم القتل والجرح أو الضرب والإذن فيها لا يبيح الجريمة مطلقاً ولا يؤثر في مسئولية الفاعل ، كما لا يعدم الجريمة أو يغير من وصفها إلا إذا كان الرضا ركناً من أركان الجريمة كالسرقة مثلاً فإن الإذن من صاحب المال بأخذه والتصرف يجعل الفعل مباحاً لا جريمة فيه ، والرضا ليس ركناً في جريمة القتل والضرب ، مما يقتضى أن لا يكون لرضا المجنى عليه في هذا النوع من الجرائم أثر على المسئولية الجنائية أو العقوبة إلا أن هناك قاعدة أصلية أخرى مسلماً بها ، وهى أن للمجنى عليه وأوليائه حق العفو عن العقوبة في جرائم القتل والضرب فلهم أن يعفوا عن القصاص إلى الدية ، ولهم أن يعفوا عن الدية والقصاص معاً ، ولا يبقى إلى تعزير الجانى إن رأت السلطة التشريعية ذلك . وقد أدى وجود هذه القاعدة الأخيرة إلى اختلاف الفقهاء في تطبيق القاعدة الأولى على جرائم القتل والضرب . وأيضاً اختلاف أقوالهم فيما يتعلق بجريمة القتل عنها في القطع والجرح . وقد ذكرنا هذا الخلاف في حينه وسوف نجمله هنا في موضوعه من البحث إلا أننا نود أن نشير إلى أن البحث هنا ليس تكراراً لما مضى في هذا النوع من الجرائم وإنما هو يتعلق بأثر الرضا في تحريك الدعوى عن هذه الجرائم ومباشرتها ، كما هو موضوع بحثنا في هذا الفصل ، وسوف نتناول أولاً بيان طبيعة دعوى القصاص مدى توقف تحريك هذه الدعوى ومباشرتها على رضا المجنى عليه وإذنه ثم أخيراً عن أثر العفو أو الصلح في هذه الدعوى .

أولاً : طبيعة دعوى القصاص :

القصاص هو عقوبة الدماء بشكل عام والجرائم التى يتعلق بها هى من جرائم الاعتداء على النفس ، وهى جرائم الدماء بالقتل أو قطع الأطراف أو الجراح . وإذا كان حق العبد هو الغالب في هذا النوع من الجرائم بأن كان القصاص في ذاته حقاً للمجنى عليه ، ولا بد في استيفائه من طلبه له واستمراره في الطلب والمخاصمة إلى وقت الحكم وإنزال العقوبة ، كما له التنازل عن طلبه بالعفو أو الصلح مع الجانى ، فليس بمعنى ذلك أن الجرائم من هذا النوع جرائم خاصة بمعنى أنه لا يتعدى ضررها الفرد المجنى عليه إلى المجتمع ، أو أن الدعوى فيها دعوى خاصة خالية من أى حق للمجتمع ؟ بل أن للجريمة جانباً اجتماعياً له خطورته وأهميته رتب الله حقاً أو للمجتمع فيها يتمثل فيما قرره الفقهاء من أن عفو المجنى عليه عن القصاص أو لدية لا يمنع ولى الأمر نيابة عن المجتمع من مباشرة دعواه عن الجريمة ضد الجانى وإيقاع عقوبة تعزيرية

عليه ، تبعا لما يراه في صالح المجتمع والجماعة الإسلامية .

والقصاص بمعناه العام في الشريعة الإسلامية هو نظام للعقاب أو هو أساس من الأسس التي قامت عليها فكرة العقوبة في الشريعة الإسلامية وهي مراعاة المقابلة بين الفعل والعقوبة وفعل الجريمة . فمن أحدث جرما بآخر يكون عقابه أن يحدث به ولى الأمر مماثلا في موضع مماثل تبعا لقوله تعالى: ﴿ فَمَنْ اَعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اَعْتَدَى عَلَيْكُمْ ﴾ وقوله تعالى: ﴿ وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عَاقَبْتُمْ بِهِ ﴾ .

والمقصود بالقصاص على وجه الخصوص هو العقاب الذى قررره الشارع الإسلامى على ارتكاب جرائم القتل والجرح العمدية وقد وردت النصوص الدينية بهذه العقوبة في التوراة والإنجيل والقرآن ، فقد كان القصاص مكتوبا على بنى إسرائيل ومن الأحكام التى أنزلها الله عليهم قال تعالى: ﴿ وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأَذْنَ بِالْأَذْنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ ﴾ ثم جاء القرآن مقررا أن الدماء مصونة محترمة وكل اعتداء عليها إلا بحقها يوجب عقابا رادعا زاجرا ومؤكدا للماثلة في العقوبة بقوله تعالى : ﴿ وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا ﴾ وقال تعالى : ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ﴾ وقال تعالى : ﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَا ﴾ وقال تعالى : ﴿ فَمَنْ اَعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اَعْتَدَى عَلَيْكُمْ ﴾ وقال تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحَرْبُ بِالْحَرْبِ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأَنْثَى بِالْأَنْثَى ﴾ .

وإنما كانت العقوبات مقدرة في جرائم الدماء على النحو الذى أوردها الله سبحانه وتعالى به لأن الشارع الإسلامى قد راعى في هذه الجرائم أمورا لم تلاحظ في غيرها من الجرائم (١) منها : أن الاعتداء في هذه الجرائم اعتداء على أمر لا تختلف فيه مراتب الناس ولا أقدارهم بل هم فيه سواء فليس فيهم دم شريف ودم غير شريف وبمقتضى هذه المساواة تولى الشارع تقديرها حتى لا يشتط الناس في أمرها فيعتدى القوى ويخذى الضعيف ، كما أن طبيعة الاعتداء على الدماء يولد غيظا شديدا في نفس المجنى عليه وأوليائه فيترتب على ذلك الإسراف في الانتقام والإيذاء وتجاوز الحد والاعتداء فيستكين لذلك الضعيف ونفسه تغلى حقدا وانتقاما على الحياة وما فيها ومن فيها . وفي تولى الشارع للعقاب وتقديره له إذهاب لهذه الأحقاد وحمل للناس على المساواة المطلقة ليعرف القوى حده ، ولا يجد الإجرام في قلوب الضعفاء وأحقادها مباداة لآثامه ، ثم أن الدماء جنایات واضحة يمكن تقديرها وتقدير عقوبة فيها ، ويصح أن يجرى عليها القياس في غيرها .

(١) القصاص في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة بالقانون الجنائي الوضعي ، رسالة دكتوراة للدكتور منصور

أبو المعاطي الجوهري ، كلية الشريعة والقانون سبتمبر ١٩٧٢ .

هذا وكما قدمنا فإن جرائم الدماء وإن كان جانب العبد فيها غالبا بارزا إلا أن ذلك لا يمنع الاعتراف بجانب المجتمع في هذه الجرائم حيث أن الشارع قد اعتبر الاعتداء فيها اعتداء على الناس أجمعين لأن الحرمات الإنسانية مرعية الجانب في حكم الشارع الذي جعل من المجتمع الفاضل ظلًا وأقيا من هذه الجرائم . واعتبر كل جريمة ترتكب في دم يكون المعتدى فيها قد اعتدى على المجتمع كله ، يؤخذ ذلك من قوله تعالى في جريمة القتل : ﴿ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا ﴾ كما أوجب الشرع الإسلامي على كل مسلم أن يرد الاعتداء عن أخيه المسلم وقد جاءت بذلك دعوى رسول الله محمد ﷺ في قوله " من كشف عن مسلم كربة من كرب الدنيا كشف الله عنه كربة من كرب يوم القيامة " كما قال ﷺ " ما من امرئ مسلم يخذل امرأ مسلما في موضع فينتهك فيه حرمة وينتقص فيه من عرضه إلا خذله الله تعالى في موطن يجب فيه نصرته . وما من امرئ مسلم ينصر مسلما في موطن ينتقص فيه من عرضه وينتهك فيه من حرمة إلا نصره الله في موطن يجب فيه نصرته " وقال ﷺ " لزوال الدنيا أهون على الله تعالى من قتل امرئ مسلم " .

وإذا كانت هذه هي نظرة الشارع الإسلامي وتقييمه لما تنطه جرائم الدماء من اعتداء على المجتمع فإنه قد راعى أيضا في حكمة بالغة الجانب الشخصي في هذا النوع من الجرائم إذ أن الشخص المجنى عليه فيها هو الذي وقعت الجريمة عليه رأسا ويجب أن ينال من التعويض ما يساوي ما وقع عليه من أذى مما يشفي غيظه ويذهب أسقام قلبه ، ومن هنا جعل الشارع عقوبة القصاص في ذاتها حقا له ولا بد فيها من طلبه . وله حق العفو عنها والتصالح مع الجاني ، إلا أن ذلك لا يؤثر في حق المجتمع الذي يتولاها ولي الأمر نيابة عنه بمباشرة الدعوى فيه ، وتوقيع عقوبة التعزير على الجاني إن رأى محلا لذلك . مقياسه في هذا صالح المجتمع وحمايته من خطورة المجرم وإصراره على ارتكاب الجريمة ، فعفو المجنى عليه في جرائم القصاص لا يمنع العقاب ، منعًا باتا وإنما يمنع العقوبة بالقصاص فقط .

وبعد هذا كله فما الحق الذي ينشأ عن جريمة من جرائم القصاص سواء كانت قتلًا أم جرحًا؟ أهو الحق في دعوى جنائية هي دعوى طلب القصاص فقط ؟ أم هو الحق في دعويين أحدهما جنائية بطلب القصاص وأخرى مدنية بطلب الدية ؟ وليس له أن يجمع بينهما وإنما له أن يختار أحدهما ، فإن طلب القصاص واستوفاه لم يكن له أن يطلب الدية وإن طلب الدية وأخذها امتنع عليه القصاص ؟

اختلف في ذلك الفقهاء .

(١) فيرى مالك وأبو حنيفة :

أن موجب العمد هو القود أي طلب القصاص لقوله تعالى (كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقَصَاصُ ...) أي فرض والمفروض لا خيار فيه . أما حق المجنى عليه في الدية فموقوف على رضا المتهم

بدفعها . إذ ليس للأول أن يأخذها جبرا عنه كما أنه ليس للمتهم أن يلزم المجنى عليه بقبولها . فإذا تناول المجنى عليه عن القصاص لم يكن تنازله إلى دية إلا أن يرضى المتهم بدفعها . وعلى هذا الرأي فليس للمجنى عليه في هذا النوع من الجرائم إلا حق في دعوى جنائية غايتها القصاص من القاتل أو المعتدى . أو ما يعود عليه من نفع أو تعويض مالي لا يكون إلا نتيجة صلح يتم بينه وبين المعتدى بمحض رضاء الأخير .

٢) ويرى الشافعي وأحمد :

أن الواجب بالجناية أحد أمرين القصاص أو الدية وأن المجنى عليه له أن يختار بينهما فله أن يقتص وأن يأخذ الدية دون توقف على رضاء المتهم بدفعها ، مستدلين على ذلك بما يفهم من قوله تعالى : ﴿ فَمَنْ عَفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبَاعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ﴾ فالمعتدى ملزم قبل المجنى عليه الذي عفا عن القصاص بالدية وحفظ له بذلك حياته أن يتبع ذلك العفو بالمعروف فيؤدى إليه الدية التي ارتضاها . كما يستدلون على التخيير بقوله ﷺ " فمن قتل له قاتل فأهله بين خيرتين إن أحبوا قتلوا وإن أحبوا أخذوا الدية " ووفقا لهذا الرأي فإن اختيار المجنى عليه للطريق المدني يسقط الحق في الدعوى الجنائية ، وعند أبي حنيفة فإن مجرد طلب الدية يسقط الحق في دعوى القصاص وكذلك عند مالك إلا أن الحق في طلب القصاص يعود عنده إذا لم تدفع الدية (١).

ونرى في هذا الخلاف أن طلب الدية في الواقع ليس حقا للمجنى عليه وإنما هو جزء مادي له على عفو وحفظه لجسم أخيه أو حياته ، مما يرجع مذهب المالكية والحنفية في نقطة الخلاف.

ثانيا : توقف تحريك دعوى القصاص على رضاء المجنى عليه وإذنه :

وكلامنا هنا فيما إذا لم يكن هناك إذن أو رضا سابق على الجريمة أو كان هناك إذن ولكنه لا يسقط العقوبة على الرأي الذي رجحنا ، أو يسقطها على أن الإذن يعد شبهة أو عفوا مقدما ولكن يبقى الحق في الدعوى قائما حتى يثبت الجاني وجود الإذن أو يثبت صحته في حالة أن يكون المدعى هو ولي الدم إذا كان المجنى عليه مقتولا . أو يكون المدعى السلطان أو ولي الأمر لمن لا ولي له .

وقد تقدم أن الشارع الإسلامي قد راعى جانب الشخص الذي وقعت الجريمة عليه وأما في جرائم الدماء فجعل القصاص في ذاته حقا للعبد وكان لا بد فيه من أن يطلبه المجنى عليه بل

(١) البدائع للكاساني ج ٧ ص ٢٤١ ، والمبسوط للسرخسي ج ٢٦ ص ٦٠ ، كشاف القناع على متن الإقناع للشيخ منصور بن إدریس الحنبلي ج ٣ ص ٣٦٨ ط ١ ، الدكتور أحمد إبراهيم ، القصاص في الشريعة الإسلامية ص ١٧٨ وما بعدها .

لا بد من أن يستمر في مخاصمته إلى وقت الحكم . وللمجنى عليه أن يتنازل عن طلبه في أي مرحلة من مراحل الدعوى ، إذ أن حقه فيها غالب والعفو في أي مرتبة من مراتب المخاصمة جائز ، كذلك فالعفو جائز أيضا بعد الحكم ويسقط القصاص . ولذلك قال تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقصاصُ فِي الْقَتْلِ الْحَرِّ بِالْحَرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأَنْثَى بِالْأَنْثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءُ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنْ اعْتَدَى بَعْدَ ذَلِكَ قَلْهُ عَذَابُ أَلِيمٍ ﴾ (البقرة: ١٧٨) .

فللمجنى عليه أو وليه في هذه الجرائم تحريك الدعوى بطلب القصاص أو عدم تحريكها بالعفو عن الجاني كما له ولأوليائه أيضا حق الاستمرار في هذه الدعوى ومباشرتها إلى تنفيذ الحكم أو عدم الاستمرار في مباشرة الدعوى والتنازل عن الخصومة بالعفو أو الصلح مع المجنى عليه ، ولهم ذلك أيضا حتى بعد صدور الحكم إذ أن العفو يسقط الحكم بالقصاص ، وإن كان لا يمنع ولي الأمر من توقيع عقوبة التعزير على الجاني كما تقدم . والذي له الحق في تحريك هذه الدعوى في الشريعة الإسلامية هم :

١- المجنى عليه نفسه مادام الاعتداء قد وقع على ما دون النفس ، إذ يظل المجنى عليه حيا ويبقى له حق تحريك الدعوى إذا كان مميزا وإلا فلوليه .

٢- ولي الدم والحق في دعوى القصاص يكون لولي الدم إذا كان الاعتداء قتلًا ، وأولياء دم القتيل هم ورثته . فإذا لم يكن هناك ولي للدم كان السلطان ولى من لا ولى له لا باعتباره وليا للأمر وإنما باعتباره وليا للدم فهو يحل محل المجنى عليه بدلا من ورثته . وفي كيفية ثبوت الحق في الدعوى لأولياء القتيل اختلف أصحاب أبي حنيفة ، فيرى أبو يوسف ومحمد أن القصاص حق للمجنى عليه أصلا الذي وقعت عليه جريمة القتل . فاستحال عليه استيفاء حقه وآل ذلك الحق لأوليائه عن طريق الإرث فيكون حقا مشتركا بينهم على قدر نصيبهم من الإرث في الحقوق المالية .

ويرى أبو حنيفة أن الحق في دعوى القصاص عن النفس ينشأ أصلا وابتداء لأولياء القتيل لا عن طريق الإرث ، لأنهم هم المقصودون بالحق أصلا فالمقصود من القصاص هو شفاء غيظ المجنى عليه وذلك يكون لأولياء القتيل لا له ، وقد ثبت الحق لأولياء ابتداء بقوله تعالى (وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطَانًا فَلَا يَسْرِفُ فِي الْقَتْلِ) . فالسلطان وهو الحق في الدعوى ثابت ابتداء للولي للمقتول ، ولذلك كان الحق فيه عند أبي حنيفة يثبت لكل واحد من الأولياء على وجه الكمال والاستقلال (١) .

ويرى جمهور الفقهاء في تحديد من يصدق عليهم وصف الولي في قوله تعالى : ﴿ فَقَدْ جَعَلْنَا

(١) البدائع للكاساني ج ٧ ص ٢٤٢ .

لَوْلِيَّهِ سُلْطَانًا ۖ أَنَّهُمْ جَمِيعٌ وَرَثَةُ الْمَقْتُولِ رَجَالًا وَنِسَاءً صَغَارًا وَكِبَارًا فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْ هَؤُلَاءِ حَقٌّ فِي الدَّعْوَى ، خِلَافًا لِلْإِمَامِ مَالِكٍ الَّذِي يَجْعَلُ الْحَقَّ فِي الدَّعْوَى لِعَصْبَةِ الْمَقْتُولِ مِنَ الذَّكَورِ ، وَلَا يَجْعَلُهَا لِلنِّسَاءِ إِلَّا إِذَا كُنَّ وَارِثَاتٍ أَوْ فِي دَرَجَةٍ لَا يَسَاوِيهِنَّ فِي قُوَّتِهَا عَاصِبٌ وَقَدْ تَوَسَّعَ الظَّاهِرِيَّةُ فَجَعَلُوا الْحَقَّ لِكُلِّ ذِي قَرَابَةٍ لِلْمَجْنُونِ عَلَيْهِ الْمَقْتُولُ سِوَاءَ أَكَانَ وَارِثًا أَمْ غَيْرَ وَارِثٍ (١) .

هذا وإذا كانت الدعوى في القصاص يتوقف تحريكها ومباشرتها على إذن المجنى عليه وأوليائه ومخاصمتهم للجاني فليس معنى ذلك أن السلطان أو ولي الأمر لا علاقة له بهذه الدعوى أو أن دوره فيها يقتصر على مجرد تنفيذ العقوبة بل إن ولي الأمر قد يكون هو صاحب الدعوى على التفصيل الآتي :

٣- ولي الأمر :

فيكون ولي الأمر هو صاحب الدعوى في القصاص وذلك في حالتين : أولاًهما ، عدم وجود والي للمقتول فالسلطان وولي من لا ولي له خلافاً لأبي يوسف فيما يتعلق بالمقتول من أهل دار الإسلام (٢) ومباشرة السلطان لحقه في الولاية هنا إنما يكون باعتباره ولياً للدم نيابة عن المقتول ورثته وفي ظل تقرير هذا المبدأ في الشريعة الإسلامية لا تبقى هناك جريمة دون أن يتولى الاتهام فيها أحد وتظل مصالح الجماعة مرعية برعاية دعوى طلب القصاص عن طريق ولى الأمر ممثلاً للجماعة حتى يمكن القيام بعبء الاتهام والقصاص من القاتل .

الثانية : إذا عفا المجنى عليه أو أوليائه عن القصاص وعدلوا عنه إلى الدية أو كان عفوهم عن الدية والقصاص معاً ، ومع ذلك العفو فقد رأى ولي الأمر خطورة في الجاني تهدد أمن الأمنين وتتناول بالاعتداء حياة الناس وأرواحهم وتجعلهم يعيشون في خطر ، أو يرى بأن العفو من المجنى عليه وأوليائه مشوب بعدم الرضا لسطوة الجاني وخطورته وقوة نفوذه بين الناس ، فلولى الأمر أن يستمر في مباشرة الدعوى ويقيم عقوبة تعزيرية على الجاني حسب ما يراه محققاً لمصلحة الجماعة من جعل الناس أمنين في عيشهم مطمئنين على أرواحهم وأجسادهم بحد خطورة الجاني ودفع المجرم عن إجرامه ، وله أن يصل بالعقوبة في هذه الحالة إلى القتل (٣) .

وهكذا فللمجنى عليه وأوليائه الحق في تحريك الدعوى ومباشرتها ، ولهم حق التنازل عنها إلا في هذه الحالة الأخيرة التي لها أصل ثابت وقوى في الشريعة الإسلامية وقد سبق بياننا لحق

(١) بدائع الصنائع للكاظمي ج ٧ ص ٢٤٣ ، والمبسوط للسرخسي ج ٢٦ ص ١٥٧ ، القصاص في الشريعة الإسلامية للدكتور أحمد إبراهيم ص ١٩٥ ، ١٩٦ .

(٢) البدائع للكاظمي ج ٧ ص ٢٤٥ ، والمبسوط للسرخسي ج ٢٦ ص ١٣٢ ، القصاص في الشريعة الإسلامية للدكتور أحمد إبراهيم ص ١٩٥ ، ١٩٦ .

(٣) القصاص لفضيلة المرحوم الشيخ محمود شلتوت ط ١٩٤٦ ص ١٢٢ ، ١٢٤ .

المجتمع في هذه الجرائم (1) ويقابل هذا الحق في الدعوى .

ثالثا : العفو والصلح وأثرهما في الدعوى :

تقدم عند بحث أثر الرضا في جرائم القتل والجرح أن الرضا لا يبيح الجريمة ولا يؤثر في المسؤولية الجنائية للفاعل . وقد اختلف الفقهاء في الإذن السابق على الجريمة ، هل يعد شبهة أو عفوا مقدما بما تسقط به العقوبة أو لا يعد كذلك فتظل العقوبة قائمة ولا تسقط بالإذن السابق ، وهو الرأي الذي رجحناه في حينه .

وسواء كان هناك إذن سابق بالجريمة لا تسقط به العقوبة أم ليس هناك إذن مطلقا بها فإننا نجد أن الشارع الإسلامي قد جعل للمجنى عليه أو وليه حق العفو عن المتهم وإنهاء الدعوى قبله سواء أكان عفوه عن القصاص والدية معا ، أم كان عن القصاص دون الدية ، أم كان ذلك في صورة صلح بين المجنى عليه والجاني على مال أو غير مال .

وقد أجمع الفقهاء على جواز العفو عن القصاص وأن العفو عنه أفضل من استيفائه ، وأنه أقرب للتقوى كما أشار بذلك القرآن الكريم . والأصل في العفو قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنْثَى بِالْأُنْثَى فَمَنْ عَفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبَاعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٍ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ﴾ . وقوله تعالى : ﴿ وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ ﴾ . وما روى من أن أنس بن مالك قال : " ما رأيت رسول الله ﷺ رفع إليه شيء في قصاص إلا أمر فيه بالعفو " إلى غير ذلك من الآيات والأحاديث التي تحتل على العفو وتحض عليه .

والعفو عند الشافعي وأحمد هو التنازل عن القصاص مجانا أو مقابل الدية ، ويرى مالك أن العفو مقابل الدية يحتاج في نفاذه إلى رضا الجاني بدفع الدية . ويرى الشافعي وأحمد غير ذلك (2) ، والعفو عند أبي حنيفة وبعض المالكية هو إسقاط القصاص مجانا . أما التنازل عن القصاص مقابل الدية فهو صلح عندهم (3) لأن التنازل من الولي لا ينفذ إلا إذا قبل الجاني دفع الدية .

ويملك حق العفو عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد من يملك حق القصاص وهو جميع الورثة فكل واحد منهم يملك العفو إذا كان بالغا عاقلا (4) ، ويملك العفو عند مالك من يملك حق

(1) ص ٩١ من هذا المبحث .

(2) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢٣٠ ، المهذب ج ٢ ص ٢٠١ ، الشرح الكبير ج ١ ص ٤١٣ وما بعدها

(3) الزيلعي ج ٦ ص ١٠٧ ، ١٠٨ ، ١١٣ ، البحر الرائق ج ٨ ص ٣٠١ ، ٣٠٢ .

(4) البدائع ج ٧ ص ٢٤٦ ، المهذب ج ٢ ص ٢٠١ ، الشرح الكبير ج ٩ ص ٣٨٨ .

القصاص وهو العاصب الذكر الأقرب درجة للمقتول ، والمرأة الوارثة التي لا يساويها عاصب في الدرجة .

كما أن الصلح على القصاص جائز ولا خلاف بين الفقهاء في أنه يسقط القصاص ، ويصح أن يكون بأكثر من الدية وبقدرها وبأقل منها ، والأصل فيه السنة والإجماع ، فقد روى عمر ابن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال : " من قتل عمدا دفع إلى أولياء المقتول فإن شأؤوا أخذوا الدية ثلاثين حقه وثلاثين جذعه وأربعين خلفه وما صولحوا عليه فهو لهم " وفي عهد معاوية قتل هوية بن خشرم ^(١) فبذل سعيد بن العاص والحسن والحسين لابن المقتول سبع ديات ليعفو عنه فأبى ذلك وقتله .

ويجوز الصلح على غير مال مما ينتفع به وينفق عليه الطرفان فيصح أن يكون من جنس الدية أو من غير جنسها قليلا أو كثيرا حالا أو مؤجلا ، أما إذا كان على الدية وليس على القصاص فإنه لا يجوز أن يكون على أكثر مما تجب فيه الدية . ويملك الصلح من يملك حق القصاص وحق العفو وحكم الصلح هو حكم العفو .

فإذا عفي المجنى عليه أو صالح اكتسب الجاني حقا وأبرئ من العقوبة ، فإذا قتل المجنى عليه بعد ذلك اقتصر منه ، فالعفو والصلح كلاهما تنازل عن الدعوى والعقوبة المنوطة بها ، وينتهى به النزاع فلا يملك المجنى عليه بعدهما تجديد دعواه ^(٢).

ويبقى بعد ذلك حق ولي الأمر في توقيع عقوبة تعزيرية على الجاني إذا رأى موجبا لذلك من خطورة في الجاني وأن إطلاق حريته يهدد حياة الأمن وأرواحهم بالشر والخطر .

ويقول فضيلة المرحوم الشيخ محمود شلتوت في ذلك ^(٣) :

" جعل الإسلام حق المطالبة بالدم وحق العفو لولي المجنى عليه ولم يجعل لولي الأمر حقا في العفو إذا ما تمسك ولي الدم بالقصاص ولكن جعل له حقا في التمسك بعقوبة الجاني ، إذا ما اختار ولي الدم العفو وكان الجاني معروفا بالشبهة وظهر للإمام أن المصلحة تقتضي بعقابه دفعا للشر وحفظا للأمن وللإمام أن يصل بهذا إلى القتل " .

(١) د . منصور أبو المعاطي في رسالته السابقة الإشارة إليها عن القصاص في الشريعة الإسلامية .

(٢) البدائع للكاساني ج ٧ ص ٢٤٧ ، ٢٥٠ .

(٣) فقه القرآن والسنة (القصاص) للشيخ محمود شلتوت ط ١٩٤٦ ص ١٢٢ وما بعدها .

الفصل الثاني

" أثر رضاء المجنى عليه في الدعوى الجنائية
والخصومة الناشئة عنها في القانون الوضعي "

ويشتمل على ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : الدعوى الجنائية وصاحب الحق في تحريكها ومباشرتها .
المبحث الثاني : مدى حق المجنى عليه وأثر رضائه في تحريك الدعوى
الجنائية .

المبحث الثالث : توقف تحريك الدعوى الجنائية على رضاء المجنى عليه
وإذنه .

الفصل الثاني

" أثر رضا المجنى عليه في الدعوى الجنائية والخصومة الناشئة

عنها في القانون الوضعي "

المبحث الأول

الدعوى الجنائية وصاحب الحق في تحريكها ومباشرتها :

أولاً : تعريف الدعوى الجنائية وتمييزها عن غيرها :

تخلو أغلب التشريعات الوضعية من وضع تعريف محدد للدعوى . ذلك لأن تعريفها يختلف من صياغة فقهية لأخرى . والتعريفات بصفة عامة أدخل في عمل الفقه منها في عمل التشريع . والبحث في وضع تعريف محدد للدعوى قد لا يكون له محل من وجهة الفن التشريعي . وتطلق كلمة دعوى ويراد بها معان مختلفة أحدها الطلب الذي يقدم إلى القضاء . ويعرف بالمعنى الإجرائي للكلمة وهو الدارج والمألوف . وفي نصوص قانون المرافعات ما يدل على استعمال المشرع لكلمة الدعوى بهذا المعنى⁽¹⁾ . والثاني وسيلة حماية الحق وهو المعنى الموضوعي للكلمة بالنظر إلى ماهية الدعوى أو طبيعتها القانونية من حيث كونها وسيلة قانونية لحماية الحق تنطوي على سلطة أو مكنة مخولة لصاحب الحق يستطيع بمقتضاها أن يلجأ إلى القضاء لحماية حقه أو المطالبة به . كما ترادف كلمة الدعوى عند بعض الفقهاء كلمة حق التقاضي بصرف النظر عن موضوع الدعوى . هذه بعض المعاني المختلفة لكلمة الدعوى . ويمكن تعريف الدعوى بوجه عام بأنها " المطالبة بالحق عن طريق القضاء "⁽²⁾ كما يمكن تعريف الدعوى الجنائية بوجه خاص بأنها " مطالبة النيابة إلى القضاء باسم المجتمع أن يوقع العقوبة على المتهم "⁽³⁾ وتعرف أيضا بأنها " الدعوى التي تتولاها الجماعة لجريمة ارتكبت بواسطة من تنبيه عنها وتهدف بها إلى معرفة المجرم لمحاكمته وتنفيذ العقوبة عليه "⁽⁴⁾ .

التفرقة بين الدعوى الجنائية والخصومة الجنائية :

ويجب عدم الخلط بين الدعوى الجنائية والخصومة الجنائية . فالمقصود بالدعوى الجنائية الطلب المقدم من النيابة العامة إلى القضاء لإقرار حقها في العقاب عن طريق إثبات وقوع

(1) الدعوى الجنائية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي للدكتور مبارك عبد العزيز ص ٤٤ .

(2) مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري للأستاذ الدكتور رؤف عبيد ط ٧ سنة ١٩٦٨ ، ص ٣٦ .

(3) الأستاذ الدكتور رؤف عبيد في المرجع السابق .

(4) أصول الإجراءات الجنائية للأستاذ الدكتور حسن صادق المرصفاوى سنة ١٩٧٢ ص ٢١ .

الجريمة ونسبتها إلى نتهم معين . أما الخصومة الجنائية فالمقصود بها مجموعة الإجراءات التي تبدأ منذ تحريك الدعوى الجنائية وتنتهى بصدر حكم بات أو بغير ذلك من أسباب الانقضاء . فالخصومة تشملها الطلب وكافة ردود الفعل الإجرائية المترتبة عليه حتى تنقضى بسبب من أسباب الانقضاء .

وقد تنشأ الدعوى الجنائية والخصومة الجنائية في وقت واحد ، وذلك إذا كان تحريك الدعوى الجنائية ضد متهم معين ، أما في حالة كون المتهم لا يزال مجهولاً فإن تحريك الدعوى الجنائية يتم قبل نشؤ الخصومة كاملة . وتنقضى الدعوى الجنائية والخصومة الجنائية في وقت واحد بصدر حكم بات أو بغير ذلك من أسباب الانقضاء .

وتحريك الدعوى الجنائية يعبر عنه أحياناً برفع الدعوى أو بإقامتها . وهو يعنى البدء فيها^(١) . أو هو أول إجراءات استعمالها أمام جهات التحقيق أو الحكم^(٢) . كتكليف المتهم بمعرفة النيابة أو المدعى المدنى بالحضور أما محكمة الجناح أو المخالفات . وكذلك طلب النيابة إلى رئيس المحكمة ندب قاضٍ للتحقيق ، وقرار النيابة بإجراء التحقيق بمعرفة النيابة . وانتداب النيابة أحد مأموري الضبط القضائي لإجراء بعض أعمال التحقيق^(٣) .

أما مباشرة الدعوى أو استعمالها فهو تعبير أوسع مدلولاً من التحريك أو الرفع . فهو يتضمن أولاً التحريك أو الرفع كما يتضمن الأمر العام الأمر الخاص^(٤) . ثم هو يتضمن إلى جانب ذلك أيضاً جميع الأعمال اللازمة للوصول إلى الحكم بمعاينة الفاعل كإبداء النيابة لطلباتها أمام قاضى التحقيق ومستشار الإحالة والطعن في قراراتها . وإبداء الطلبات والمرافعة أمام المحكمة . والطعن في حكمها بالاستئناف أو النقض .

(١) د. محمود مصطفى ، د. رؤف عبيد ، د. حسن المرصفاوى في المرجع السابق الإشارة إليه .

(٢) د. محمود مصطفى في شرح قانون الإجراءات الجنائية ط ١٠ سنة ١٩٧٠ .

(٣) ويرى الدكتور محمود مصطفى أن إجراءات الاستدلال لا تتعقد بها الخصومة ولا تحرك الدعوى أياً كانت السلطة التي تقوم بها ولو في حالة التلبس . ويشير في ذلك إلى نقض ٤ نوفمبر ١٩٦٨ في مجموعة أحكام النقض س ١٩ رقم ١٧٨ ص ٨٩٩ كما يشير إلى حكم الهيئة العامة للمواد الجنائية في ١٧ مايو سنة ١٩٦٦ س ١٧ ص ٤١٥ .

(٤) د. رؤف عبيد ، المرجع السابق الإشارة إليه ص ٣٧ .

التمييز بين الدعوى الجنائية والدعوى المدنية :

يمكن تعريف الدعوى المدنية بأنها " الدعوى التي يقيمها من لحقه ضرر من الجريمة بطلب تعويض هذا الضرر (1) " وهي في الحقيقة دعوى تعويض إلا أنها تنشأ عن فعل خاطئ ضار . يعد في نظر قانون العقوبات جريمة .

والدعوى المدنية قد تشارك في المصدر مع الدعوى الجنائية وذلك إذا كان المصدر الناشئ عنه واقعة إجرامية . ومن أجل هذا أنشأ قانون الإجراءات عدة روابط بين الدعويين منها :

١ . إياحة الدعوى المدنية أمام المحكمة الجنائية للمضرور من الجريمة بطريق التبعية للدعوى الجنائية .

٢ . إياحة تحريك الدعوى الجنائية في الجرح والمخالفات الجنائية للمضرور بطريق الادعاء المباشر .

٣ . وقف الفصل في الدعوى المدنية إلى حين الفصل في الدعوى الجنائية .

٤ . اعتبار الحكم الصادر في الدعوى الجنائية مقيدا للقاضي المدني إذا ما قرر ثبوت الواقعة وصحة اسنادها إلى المتهم .

ومع هذا الارتباط فإن لكل من الدعويين الجنائية والمدنية أركانها المستقلة عن الأخرى من حيث الموضوع والخصوم والسبب فضلا عن استقلالها فيما يتعلق بالكثير من القواعد والإجراءات فمن ناحية الموضوع نجد أن الدعوى الجنائية موضوعها طلب توقيع عقوبة عن الجريمة مع أن موضوع الدعوى المدنية طلب مبلغ من المال كتعويض عن الضرر اللاحق بالمضرور والناشئ عن الجريمة .

ومن حيث الخصوم . نجد أن الدعوى الجنائية تباشرها النيابة العامة باسم المجتمع ولحسابه كما أنها تقام على المسؤول جنائيا فحسب . على حين أن الدعوى المدنية يباشرها فرد من الأفراد هو المضرور من الجريمة باسمه ولحسابه الخاص وقد يقيمها على المسؤول جنائيا وحده أو عليه وعلى المسؤول المدني كالوصى مثلا . ومن حيث اختلافهما في السبب فإن الواقعة الإجرامية هي المصدر للدعويين إلا أنها تعد سببا للدعوى الجنائية من حيث النظر إلى ناحيتها العامة بوصفها جريمة أخلت بالنظام الذي رسمته الجماعة وفرضت على مخالفته عقوبة . في حين أن هذه الواقعة الإجرامية تعد سببا للدعوى المدنية من حيث النظر إلى ناحيتها الخاصة فحسب . أي بوصفها فعلا خاطئا ضارا مما يوجب مسؤولية فاعله بتعويض الضرر .

(1) د. رؤف عبيد في المرجع السابق وقد أشار إلى أنه تعريف المادة ١ / ٢ من قانون تحقيق الجنايات الفرنسي لها .

هذا بالإضافة إلى أن الدعوى الجنائية تخضع لقانون العقوبات من ناحية موضوعها . ولا تقام أصلاً إلا أمام المحاكم الجنائية وتنقضى بأسباب خاصة بها . أما الدعوى المدنية فإنها تخضع من ناحية موضوعها للقانون المدني . وتقام أصلاً أمام المحكمة المدنية كما تقام أمام المحكمة الجنائية بالتبعية الدعوى الجنائية وتنقضى بأسباب خاصة بها .

الدعوى التأديبية والتمييز بينها من ناحية وبين كل من الدعوى الجنائية والدعوى المدنية من ناحية أخرى الدعوى التأديبية وهى الدعوى التى ترفعها هيئة على أحد الأفراد المنتسبين إليها تبغى بها مجازاته عما وقع منه في حقها مخالفاً لنظامها^(١) . وقد تقوم هذه الدعوى التأديبية إلى جوار الدعويين الجنائية والمدنية وهى تفرق عنهما من عدة وجوه . فالدعوى التأديبية لا تقام إلا بناء على طلب الجهة المنتسب إليها الفرد وهى التى تحدد الهيئة التى تجرى التحقيق والمحاكمة . وتشكلها على وجه معين ، وليس لهذه الهيئة صلة قضائية . والجزاءات التى توقع على المتهم فيها من نوع خاص غير مجاء في قانون العقوبات أو القوانين الخاصة .

وبهذا يتضح أنه لا أثر للدعوى التأديبية على الدعويين الجنائية والمدنية . وأنه لا أثر كذلك لأى من الدعويين عليها .

ولذلك فإن محاكمة المتهم تأديبياً لا تمنع من محاكمته جنائياً إذا كان الفعل المسند إليه يكون جريمة معاقباً عليها جنائياً . كما لا تمنع المحاكمة التأديبية من إصاية الفعل بضرر من المطالبة بالتعويض عنه . ومن ناحية أخرى فإن الدعوى الجنائية أو الدعوى المدنية لا يحرم الجهة الإدارية من محاكمة المتهم تأديبياً .

ثانياً : اختلاف الحق في الدعوى الجنائية باختلاف طبيعتها والنظر إليها من تشريع لآخر . يختلف الحق في الدعوى الجنائية باختلاف طبيعتها والنظر إليها من تشريع لآخر . فبينما نرى أن بعض النظم ينظر إلى الدعوى الجنائية على أنها حق لمن نالته الجريمة بضررها . فتارة تكون حقاً للدولة . وتارة تكون حقاً للفرد . وتكون حقاً لهما معاً ، وهى في كل حالة من هذه تكون حقاً لمن هو أشد تضرراً وأولى بالرعاية . ولا يخفى ما يتضمنه هذا النظام من رعاية كاملة لحقوق الفرد خاصة المجنى عليه^(٢) في الجريمة . كذلك نرى نظاماً آخر فهم الدعوى الجنائية على نحو مقارب لهذا الفهم^(٣) . ولم يختلف عنه إلا في أنه قد جعل الدولة أصلاً والفرد

(١) د . حسن صادق المرصفاوى في المرجع السابق الإشارة إليه .

(٢) ويمثل هذا في النظام الانجليزى الذى يعطى المجنى عليه الحق الكامل في الاتهام .

(٣) ويقصد به النظام الجرماني وهو النظام الذى يعطى المجنى عليه حق الاتهام بصورة تكاد تكون متكاملة .

تبعاً . فكأنه قد حكم مقدماً بأن الدولة مجنى عليها في كل جريمة . وأنها صاحبة الضرر المباشر . فأنها الجانب الأولي بالرعاية دائماً . مما يتضح معه أن رعاية هذا النظام لحقوق الفرد المجنى عليه رعاية قاصرة إلى حد ما .

وقد أخذ تشريعنا الجنائي بنظام المدعى العام ، وهو نظام يغاير تماماً النظامين السابقين ، وهو كذلك نفس النظام الذي أخذ به القانون الفرنسي وهو المأخوذ عنه . وباستعراض نظرة هذا النظام إلى الدعوى الجنائية وفهمه لطبيعتها . يتضح ما يقوم عليه من تفریط كامل في حق الفرد المجنى عليه في الدعوى الجنائية . ورعاية مفرطة لجانب الدولة أو السلطة العامة .

ثالثاً : عمومية الدعوى الجنائية وقصر حق تحريكها ومباشرتها على النيابة العامة .

الدعوى الجنائية طبقاً للنظام المعمول به في مصر وهو نظام المدعى العام كما ذكرنا دعوى عمومية تباشرها الدولة بطلب العقاب ويقوم بدور المدعى فيها النيابة العامة التي يحدد القانون وظيفتها الأساسية . بأنها مباشرة الاتهام فهي بوصفها سلطة اتهام تختص دون غيرها بمباشرة الدعوى الجنائية بعد تحريكها . وتمثل بحسب الأصل دور المدعى في الدعوى العمومية لمصلحة الجماعة^(١) . ويتضح هذا المعنى باستعراض النصوص الخاصة بذلك في القانون المصري . فقد كانت المادة الثانية من قانون تحقيق الجنايات المصري القديم تنص على أنه " لا تقام الدعوى العمومية بطلب العقوبة إلا من النيابة العمومية عن الحضرة الخديوية^(٢) " ثم جاءت المادة الأولى من قانون الإجراءات الجنائية الجديد (رقم ١٥٠) الصادر في ٣ سبتمبر ١٩٥٠ تنص في فقراتها الأولى على أنه " تختص النيابة العامة دون غيرها برفع الدعوى الجنائية ومباشرتها . ولا ترفع من غيرها إلا في الأحوال المبينة في القانون . ولا يجوز تحريك الدعوى الجنائية أو وقفها أو تعطيل سيرها إلا في الأحوال المبينة في القانون " كما نصت الفقرة الأولى من المادة الثانية على أن " النائب العام يقوم بنفسه أو بواسطة أحد أعضاء النيابة بمباشرة الدعوى الجنائية كما هو مقرر في القانون^(٣) " وقد كانت المادة ٣٢ من قانون نظام القضاء رقم ٢٧ الصادر في ٢٨ أغسطس ١٩٤٩ تنص على أنه " تختص النيابة العامة دون غيرها برفع الدعوى الجنائية ومباشرتها ما لم يوجد نص في القانون على خلاف ذلك " ثم جاء قانون السلطة القضائية رقم ٤٣ الصادر في ١٩ / ٧ / ١٩٦٥ بالمادة ٢٦ منه التي تنص على أن " تمارس النيابة العامة الاختصاصات الممنوحة لها قانوناً . ولها دون غيرها الحق في رفع الدعوى

(١) د. محمود مصطفى في شرح قانون الإجراءات الجنائية ط ١٠ سنة ١٩٧٠ ، د . رؤف عبيد في مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري ط ٧ سنة ١٩٦٨ ، د. حسن المرصفاوى في أصول الإجراءات الجنائية ١٩٧٢ .

(٢) شرح قانون تحقيق الجنايات للأستاذ محمد أمين عبيد ١٩٤٩ .

(٣) د. محمود مصطفى ، المرجع السابق الإشارة إليه .

الجنائية ومباشرتها ما لم ينص في القانون على خلاف ذلك " هذا وتنص المادة ٧٠ من دستور جمهورية مصر ١٩٧١ على " أن لا تقام الدعوى الجنائية إلا بأمر من جهة قضائية فيما عدا الأحوال التي يحددها القانون (١) " .

وهذا هو الشأن في القانون الفرنسى وغيره من القوانين التى نقلت عنه أو تأثرت به . فإننا نجد قانون تحقيق الجنايات الفرنسى الصادر في ٢٧ نوفمبر ١٨٠٨ الفقرة الأولى من المادة الأولى منه تنص على أن " الدعوى بطلب العقاب لا يملكها إلا الموظفون الذين يعينهم القانون لذلك " وبنفس المعنى وذات الألفاظ جاءت المادة الأولى من قانون تحقيق الجنايات البلجيكى الصادر في ١٧ أبريل ١٨٧٨ كما تنص المادة الخامسة من قانون الإجراءات الجنائية لمقاطعة جنيف الصادر في ٧ ديسمبر ١٩٤٠ والمعمول به من أول يناير سنة ١٩٤٢ على أن " الدعوى العمومية بطلب العقاب أو اتخاذ الإجراءات الوقائية يباشرها النائب العام (٢) " .

وإننا نجد النصوص المتقدمة تجعل من الدعوى الجنائية دعوى عمومية . تختص النيابة العامة دون غيرها برفعها ومباشرتها باسم المجتمع ولا ترفع من غيرها إلا في أحوال محددة ينص القانون على سبيل الاستثناء من المبدأ القانونى المتقدم . كذلك نجد نصوصا قد اعترفت بحق الفرد المجنى عليه في الجريمة . وأعطته الحق في أن يقيم أمام المحاكم الجنائية دعوى مدنية يطلب فيها التعويض عما أصابه من ضرر من الجريمة موضوع الدعوى العمومية أصلا فقد نصت المادة ٢٥١ من قانون الإجراءات الجنائية المصرى على أن " لمن لحقه ضرر من الجريمة أن يقيم نفسه مدعيا بحقوق مدنية أمام المحاكم المنظور أمامها الدعوى الجنائية في أى حالة كانت عليها الدعوى حتى صدور القرار بإقفال باب المرافعة " .

فللجريمة في نظر القانون ناحيتان أحدهما عامة جنائية وتتمثل في الدعوى العمومية . والثانية خاصة وتتمثل في الدعوى المدنية . والغرض من الأولى العقاب على فعل أساء إلى الجماعة وردع الغير عن معاودة إثبات مثل هذا الفعل . وذلك عن طريق تطبيق العقوبة على كل من يرتكب فعلا يجرمه القانون فيحقق بذلك الردع والجزاء . أما الثانية وهى الدعوى المدنية فموضوعها والغرض منها هو تعويض الشخص عما ناله من ضرر نتيجة وقوع الجريمة عليه . وبذلك تكون الدعويان متميزتين ومنفصلتين بعضهما عن بعض كما قدمنا سابقا .

ومما تقدم يفهم أنه لا علاقة للمجنى عليه بالدعوى العمومية . وإنما هى حق الدولة الناشئ عن الجريمة . وأما المجنى عليه فنصيبه الدعوى المدنية بتعويض القدر . وبهذه قضت محكمة النقض المصرية إذ قررت في حكم لها بأن " المجنى عليه الذى يدعى بحق مدنى لا يملك

(١) د. حسن المرصفاوى في المرجع السابق الإشارة إليه .

(٢) د. عبد الوهاب المشماوى في رسالته عن الاتهام الفردى أو حق الفرد في الخصومة الجنائية مايو ١٩٥٣ ، رسالة مقيمة إلى حقوق القاهرة ، دار النشر للجامعات مكتبة حقوق القاهرة تحت رقم ٣٤٧٦١ .

استعمال حقوق الدعوى العمومية وإنما يدخل فيها بصفته مضرورا من الجريمة التى وقعت طالبا تعويضا مدنيا عن الضرر الذى لحقه ، فدعواه مدنية بحته ولا علاقة لها بالدعوى الجنائية إلا في تتبعاتها لها (١) " وذلك أيضا هو فهم الفقه الفرنسى والمصرى لعمومية الدعوى الجنائية ، فقد عبر الأستاذ جارو عن ذلك بقول " أنه لما كان الثابت أن المجتمع هو وحده صاحب الحق في طلب العقاب الذى هو موضوع الدعوى الجنائية فإنه لا يتصور إلا أن يكون المجتمع هو وحده صاحب الدعوى بطلب العقاب (٢) " .

وبذلك تبرز الفكرة الأساسية في نظام المدعى العام . وهى أنه مفهوم هذا النظام هو إخراج المجنى عليه أو الفرد على وجه العموم من دائرة التنازع الجنائى . وقصر حقه على الناحية المدنية المالية . والحرص على إظهار أن حقه أصلا بعيد عن المجال الجنائى (٣) .

رابعا : النيابة العامة لا تمثل الفرد المجنى عليه في مباشرة الدعوى :

إذا استقام لنا مما تقدم أن الدعوى الجنائية في ظل نظامنا القانونى دعوى عمومية ومن ثم يكون الحق في تحريكها ومباشرتها للنسبة العامة . ولها أن تباشر هذا الحق متى وكيف شاعت دون توقف على رضا أحد ولو كان المجنى عليه نفسه . إلا ما نص عليه القانون على سبيل الاستثناء وفي حدود ضيقة للغاية . فالسؤال الآن هو ما صفة النيابة في انفرادها بمباشرة الاتهام ؟ هل تقوم بذلك باعتبارها نائبة عن الأفراد المجنى عليهم في الجريمة التى نشأ الحق في الدعوى الجنائية بناء عليها . فيكون المجنى عليه هو صاحب الحق الأساسى في الدعوى والنيابة مفوضة عنه في مباشرة هذا الحق ؟ أو أنها خولت هذه السلطة باعتبارها نائبة عن الجماعة أو المجتمع كوحدة لها مصالح عامة تغاير مصالح الأفراد الخاصة ؟ أم أنها تقوم بذلك مستمدة سلطاتها من القانون باعتبارها هيئة قضائية نيط بها أمر هذا الجانب من جوانب السلطة التنفيذية ؟ أم أنها خولت هذا الحق باعتبارها ممثلة للسلطة التنفيذية التى تقوم أصلا على تنفيذ القوانين وضمان سريانها وعدم الخروج عليها ؟

(١) نقض ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٣٣ (عبد العزيز فهمى باشا) مجموعة القواعد القانونية محمود عمر ج ٣ ص ٢٠٠ قاعدة رقم ١٥٠ .

(٢) ليوافان ، المرجع السابق ص ٧ نبذة ١٣ ، ١٤ ودالوز العلمى جراحى ٢٠٦ نبذة ٢ ، تحت كلمة دعوى عمومية ودالوز الجديد ج ١ ص ٨٩ نبذة ١ وفي الفقه المصرى يراجع جندى عبد الملك في الموضوع الجنائية ج ٣ ص ٢٤٦ نبذة ١ وما بعدها ، والدكتور محمود مصطفى في شرح قانون الإجراءات الجنائية سنة ١٩٥١ ص ٢٠ نبذة ٢

(٣) د. عبد الوهاب العشماوى ، المرجع السابق الإشارة إليه .

وإذا كانت نصوص القانون لم تصرح بصفة النيابة في قيامه بهذا الدور . فلا نتصور أن وضع النيابة العامة وصفتها في تولى سلطة الاتهام يمكن أن يخرج عن هذه الأوضاع الأربعة التي ذكرناها . وسوف نبين الوضع القانوني للنيابة العامة من هذه الأوضاع وصفتها في مباشرة الاتهام في ظل القانون المصري .

نستطيع أن نقول بالنسبة لقيام النيابة العامة بسلطة الاتهام نيابة عن الفرد المجنى عليه بأن النيابة بأى حال من الأحوال في مباشرتها للدعوى العمومية في ظل نظام المدعى العام الذى يأخذ به القانون المصرى لا تمثل الفرد المجنى عليه ، بل لا ترتبط به ولا حتى تضع اعتبارا لرغبته في مباشرتها للدعوى ، أو عدم سريانها فيها .

ويتضح ذلك من أن نصوص قانون الإجراءات الجنائية المصرى جاءت مطلقة في تحديد النيابة العامة كمطلقة لمباشرة الاتهام . مما يقتضى أن النيابة تباشر سلطتها هذه دون ارتباط بأحد . فلا تتوقف في تحريكها للدعوى ومباشرتها لها على رغبة المجنى عليه في إقامتها . كما أن قرارها بحفظ الدعوى وعدم السير في إجراءاتها لا يرتبط له ولا أثر فيه لرغبة المجنى عليه في عدم تحريك الدعوى وإنهاء السير فيها . فلم تزد نصوص قانون الإجراءات الجنائية على أنها جعلت للنيابة العامة الحق في إقامة الاتهام مباشرة ومن تلقاء نفسها عن الأفعال التى يعدها القانون جريمة . سواء أكانت جنائية أم كانت جنحة أو مخالفة (١).

وقد سبق أن بينا كيف أن الفقه والقضاء المصرين كما هو في الشأن في فرنسا . قد اعتبرا الفرد بعيدا عن الخصومة الجنائية . وقصرا حقه على دعوى التعويض المالى . وقد قام على أساس ذلك مبدأ استقلال النيابة عن الأفراد المجنى عليهم أو الشاكين على وجه العموم في مباشرتها للدعوى الجنائية .

وبالنسبة لكون النيابة تقوم بمباشرة الدعوى نائية في ذلك عن المجتمع كوحدة لها مصالح عامة تغاير مصالح الأفراد الخاصة ، فهذا ما يقره فقهاء القانون (٢) ويعززه أن حق الاتهام العام كان حقا لأفراد الشعب في كل جريمة تمس مصلحة الجماعة وتعكر أمنها . وانتهى به التطور إلى أن أصبح في يد هيئة عامة تباشر هذه السلطة نيابة عن مجموع أفراد الشعب لاستحالة قيامهم بها على وجه مرض مقبول . حيث تبين اهمالهم لأمرها في أغلب الأحوال . مما يجعل من الضروري تفويض أفراد المجتمع عددا منهم في مباشرة هذه الدعوى نيابة عنهم . وقد يكون التفويض مباشرا أو غير مباشر .

(١) المادة ٦٣ من قانون الإجراءات الجنائية ، وكذلك المادة ٤٣ من قانون تحقيق الجنايات المصرى القديم .

(٢) د. محمود مصطفى ، د. حسن المرصفاوى ، د. رؤف عبيد في المراجع السابق الإشارة إليها ، د. محمد محى الدين عوض في مؤلفه عن القانون الجنائي " إجراءات في التشريع المصرى والسودانى " ج ١ ط ١٩٦٤ ، د. عدلى عبد الباقي في شرح قانون الإجراءات الجنائية ج ١ ط ١٩٥١ .

فالتفويض المباشر هو أن يناط أمر الاتهام بأشخاص ينتخبهم أفراد الشعب مباشرة للقيام بهذه المهمة ، فيكون تفويضهم فيها تفويضا مباشرا من أصحاب الحق في ذلك . وهذا النظام مأخوذ به في بعض الولايات الأمريكية . وجرى عدة محاولات واقتراحات للأخذ به في بداية القرن التاسع عشر . وقد لاقت هذه المحاولات والاقتراحات قبولا في المحيط القانوني للرأى العام في ذلك الوقت .

إلا أن الأخذ بفكرة الانتخاب أو التفويض المباشر تقابل باعتراض أساسه . أن فكرة الانتخاب تولد ارتباطا بين نواب الاتهام وأفراد الشعب الناخبين . ارتباطا من شأنه أنه يؤدي بهؤلاء في سبيل ارضاء ناخبهم حرصا منهم على مناصبهم إلى أن يفقدوا كل جريمة لهم في العمل على تحقيق الصالح العام .

أما التفويض غير المباشر فهو أن يعين للاتهام أشخاص تختارهم السلطة التنفيذية للقيام بهذا العمل باعتبارها مفوضة أصلا من أفراد الشعب بالقيام بتنفيذ القوانين ورعاية الصالح العام . فيكون التفويض هنا غير مباشر . وهو المأخوذ به في مصر . وهذا تماما ما عنيناه سافا من تبعية النيابة للسلطة التنفيذية وكونها جزءا منها (الفرض الرابع من الفروض المتقدمة) .

أما بالنسبة لكون النيابة تقوم بمهمتها مستمدة سلطاتها من القانون باعتبارها جزءا من السلطة القضائية . فالرأى الصحيح في فرنسا وفي مصر أن النيابة ليست جزءا من هذه السلطة . بل أن أعضاء النيابة مستقلون تماما عن القضاء^(١) . وقد أقرت محكمة النقض مبدأ استقلال النيابة عن القضاء في حكم لها قالت فيه " أن النيابة العمومية هي من انظم المهمة في الدولة المصرية . أشار الدستور إليها في كلامه عن السلطة القضائية وهي بحسب القوانين التفصيلية المعمول بها شعبة أصلية من شعب السلطة التنفيذية خصت بمباشرة الدعوى العمومية نيابة عن تلك السلطة وجعل لها وحدها حق التصرف فيها تحت إشراف وزير العدل ومراقبته الإدارية . فهي بحكم وظيفتها مستقلة استقلالاً تاماً عن السلطة القضائية . ولئن كانت القوانين المصرية جعلت لها سلطة قضائية في التحقيق . فإن هذا الحق لا يمس مبدأ استقلالها عن القضاء وعدم تبعيتها إدارية في أداء شئون وظيفتها^(٢) " .

(١) د. محمد محي الدين عوض في المرجع السابق الإشارة إليه ص ٤٢ ، د. حسن صادق المرصفاوى ،

المرجع السابق الإشارة إليه ص ٥٦ ، د. محمود مصطفى المرجع السابق الإشارة إليه ص ٧٠ .

(٢) حكم محكمة النقض في ٣١ مارس سنة ١٩٣٢ (عب العزيز فهمي) مجموعة القواعد القانونية محمود عمر

ج ٢ ص ٤٩٢ رقم القاعدة ٣٤٢ .

بعد هذا نستطيع أن نقرر أن الفقه^(١) والقضاء المصريين يريان في النيابة العامة فرعاً من فروع السلطة التنفيذية . وهذا ما أقرته محكمة النقض في حكمها السابق . فالدعوى العمومية موضوعاً لتفويض غير مباشر من أفراد الشعب . فالسلطة التنفيذية قد فوضت سلطة مباشرة الاتهام من الشعب مصدر السلطات . ثم فوضت السلطة التنفيذية هيئة النيابة العامة في مباشرة هذه السلطة .

والأقرب في تصور الواقع أن يقال أن النيابة إنما تباشر عملها مفوضة فيه من السلطة التنفيذية وبالنيابة عنها . إذ أن هذه السلطة قد أصبحت هي القيمة على المصالح العامة . وليس للأفراد من حق في القيام عليها . فالتفويض هنا من الشعب لا رجوع فيه ولا رقابة عليه . فلم يعد للمنيب أصلاً أن يراقب استعمال النائب لحقه والتزامه حدود نيابته . وفي الوقت الذي انقطعت فيه الصلة بين المنيب والنائب واستحال على الأول أن يراجع الثاني أو يراقبه توطدة الصلة بين من فوض بطريق مباشر وهي السلطة التنفيذية ومن فوض بطريق غير مباشر وهي النيابة العامة .

خامساً : مدى انفراد النيابة بسلطة الاتهام والقيود الواردة عليها :

انتهينا فيما سبق إلى أن الدعوى الجنائية في ظل قانون الإجراءات المصري دعوى عمومية . فالحق في تحريكها ومباشرتها منوط بالنيابة العامة التي تتوب على المجتمع في ذلك وتوضح لنا أخيراً كيف انتهى الأمر إلى أن النيابة على اعتبارها جزءاً من السلطة التنفيذية إنما تمثل السلطة الحاكمة ورغباتها دون أن يكون بينها وبين الأفراد وحتى المجنى عليهم في الجريمة ما يكون بين المفوض ومن فوضه .

والآن نبين باختصار مدى انفراد النيابة بسلطة الاتهام وأنها في ذلك مطلقة اليد مستقلة عن الأفراد . وهل هناك قيود على سلطتها هذه ؟ حتى ننقل بعد ذلك إلى مطلب آخر يوضح كيف أن القيود الواردة على سبيل الاستثناء على سلطة النيابة العامة أصبحت تعطي حقاً قاصراً بالطبع للفرد المجنى عليه في الدعوى الجنائية .

تتصدر قانون الإجراءات الفقرة الأولى من المادة الأولى منه التي تقول " تختص النيابة العامة دون غيرها برفع الدعوى الجنائية ومباشرتها . ولا ترفع من غيرها إلا في الأحوال المبينة في القانون " وجاء بمذكرته الإيضاحية " أنه لما كانت الدعوى الجنائية عمومية أى ملكا

(١) جندى عبد الملك . الموسوعة الجنائية ج ٣ ص ٦٥؛ نبذة ٦٨ ، د. محمود مصطفى في شرح قانون الإجراءات الجنائية سنة ١٩٥١ ص ٣٥ نبذة ٣٠ .

للجماعة فقد نيطت مباشرتها بالنيابة العمومية بصفتها ممثلة للجماعة . وعلى هذا الأساس نص على أن الدعوى الجنائية لا تقام إلا في النيابة العمومية (١) .

ويتضح من هذا بجلاء كيف أن النيابة مطلقة اليد مستقلة عن أفراد الناس ولها كامل الحرية في رفع ومباشرة الدعوى الجنائية ويعنى ذلك أن :

١- للنيابة العامة أن تقيم الدعوى العمومية لمجرد علمها بالجريمة وتقريرها بأنها جديرة بالمحاكمة ولو لم تتلق في موضوعها بلاغا أو شكوى من ذي شأن . بل لو كان ذلك على غير رغبة المجنى عليه وعدم رضائه في ألا تحرك هذه الدعوى .

٢- وللنيابة كذلك أن تصرف النظر عن الدعوى ولا تقيمها . إذا قررت ذلك . ولو كان تحريك الدعوى بناء على بلاغ أو شكوى قدمت إليها . بل لها ذلك ولو كان على غير رغبة المجنى عليه ورضائه بل لو أصر على التحقيق في الدعوى فلها ألا تعبا باعتراضه وألا تقيم وزنا لطلبه وأن تقرر حفظ الشكوى .

وهكذا نرى أن سلطة النيابة مطلقة وأن لها مطلق الحرية في تقدير دواعي إقامة الدعوى وحفظها . اعمالا لمبدأ السلطة التقديرية في الاتهام . الذي جاءت به نصوص القانون المصرى . كما هو الحال بالنسبة للقانون الفرنسى المأخوذ عنه . هذا المبدأ الذى يعد أداة كافية لإهدار كل حق يمكن أن يتصور لرعاية مصلحة الفرد الشخصية خاصة إذا تعارضت بما يمكن أن تسمى مصلحة عامة . إذ أنه يعطى للنيابة سلطة واسعة تشمل الجرائم العامة كما تشمل الجرائم الخاصة أيضا . بما يزيد عن القدر اللازم للنيابة لترعى به المصلحة العامة . ونصوص قانون الإجراءات المصرى واضحة في هذا المعنى . كما أنها تبرز سلطة النيابة في تقدير دواعي إقامة الدعوى الجنائية أو عدم إقامتها . ولو اكتفت في قرارها بهذا الشأن بمحضر جمع الاستدلالات دون أن تجرى التحقيق فيه .

فقد جاء به أنه " إذا رأت النيابة العامة في مواد المخالفات والجنح أن الدعوى صالحة لرفعها بناء على الاستدلالات التى جمعت . تكلف المتهم بالحضور مباشرة أمام المحكمة المختصة (٢) " .

وهكذا تنص هذه المادة على حق النيابة العامة في إقامة الدعوى إن رأت وجها لذلك وأعطت لها هذا التصرف بعد جمع الاستدلالات . كما أن طلب النيابة العامة إلى القاضى تحقيق

(١) د. حسن صادق المرصفاوى ، أصول الإجراءات الجنائية ط ١٩٧٢ .

(٢) الفقرة الأولى من المادة ٦٣ من قانون الإجراءات الجنائية المصرى الجديد . وقد كانت المادة ٤٣ من قانون تحقيق الجنايات القديم المقابلة لهذه المادة تنص على أنه " إذا رأت النيابة العمومية أن جنابة أو جنحة أو مخالفة ثابتة ثبوتا كافيا على شخص واحد معين أو أكثر ترفع الدعوى للمحكمة المختصة لنظرها بطريق تكليف المتهم بالحضور أساسا " شرح قانون تحقيق الجنايات للأستاذ محمد أمين عبده ١٩٤٩ .

الدعوى باعتباره شريكا لها في سلطة التحقيق كما نص قانون الإجراءات الجنائية الجديد . هو بمثابة إقامتها للدعوى العمومية وتحريكها لها . إذ نص على أنه " النيابة العامة في مواد الجرح والجنايات أن تطلب ندب قاض للتحقيق طبقا للمادة ٦٤ من هذا القانون وأن تتولى هي التحقيق طبقا للمادة ١٩٩ وما بعدها من هذا القانون (١) " .

وبالنسبة لتصرف النيابة بإقامة الدعوى بعد تحقيق تجريه نصت المادة ٢١٤ على أنه " إذا رأت النيابة العامة بعد التحقيق أن مخالفة أو جنحة ثابتة ثبوتا كافيا على شخص أو أكثر ترفع الدعوى للمحكمة المختصة بنظرها بطريق تكليف المتهم بالحضور " .

وكذلك نص القانون على حق النيابة في حفظ الدعوى إن رأت وجها لذلك سواء كان الأمر بالحفظ بعد جمع الاستدلالات أو بعد ما تجريه من تحقيق . فنصت المادة ٦١ بالنسبة لتصرفها بعد جمع الاستدلالات بما يلي " إذا رأت النيابة العامة أنه لا محل للسير في الدعوى تأمر بحفظ الأوراق " ولفظ الدعوى في المادة شامل لكل دعوى بجريمة سواء أكانت جنابة أو جنحة أو مخالفة .

وبالنسبة لحق النيابة في حفظ الدعوى بعد تحقيق تجريه نصت عليه المادة ٢٠٩ التي تقول " إذا رأت النيابة العامة بعد التحقيق أن الواقعة لا يعاقب عليها القانون أو أن الدلائل غير كافية للاتهام ، تصدر أمرا بعدم وجود لإقامة الدعوى الجنائية (٢) " .

وهكذا يتضح من هذه النصوص ما ذهب إليه القانون المصرى من الأخذ بمبدأ حرية النيابة في تقدير دواعي الاتهام مقررًا في ذلك أو مقلدا لما ذهب إليه القانون الفرنسى . لا نتيجة لما يجب أن تكون عليه النيابة العامة من أنها هيئة فنية قائمة على أمر الاتهام مهمتها إيصال الدعوى إلى القضاء ليفصل فيها مراعية في ذلك الصالح العام والخاص سواء بسواء بل نتيجة طبيعية لما أصبح عليه أمر النيابة العامة من أنها ممثلة للسلطة العامة ومصلحتها المجردة .

هذا والنيابة بوصفها سلطة اتهام هي المختصة دون غيرها بمباشرة الدعوى دون تحريكها .

ولا قيود عليها في ذلك . أما اختصاصها بتحريك الدعوى فتزد عليه أربعة هي :

أولا : ما حدده القانون من جرائم يتوقف تحريك الدعوى فيها على شكوى أو إذن أو طلب .

ثانيا : بعض الحالات التي يكون من حق محكمة الجنايات ومحكمة النقض في تحريك الدعوى العمومية .

(١) تنص المادة ٦٣ فقرة ثانية من قانون الإجراءات الجنائية الجديدة رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠ التي عدلت بالمادة

الأولى (ثامنا) من المرسوم بقانون رقم ٣٥٣ لسنة ١٩٥٢ الصادر بإلغاء وتعديل بعض مواد القانون السابق .

(٢) وقد كانت المادة ٤٢ فقرة أولى من قانون تحقيق الجنايات القديم المقابلة لهذه المواد تنص على أنه " إذا

روى للنيابة العامة بعد التحقيق أنه لا وجه لإقامة الدعوى تصدر أمرا بحفظ الأوراق ويكون صدور الأمر في

مواد الجنايات من رئيس النيابة العمومية أو ممن يقوم مقامه " .

ثالثا : حق المحاكم عموما في تحريك الدعوى ضد المتهم إذا وقعت منه جريمة في الجلسة.
رابعا : حق المدعى المدني في إقامة الدعوى مباشرة في الجرح والمخالفات (١).
هذا وسوف نعود بشئ من التفصيل عند بيان مدى حق المجنى عليه في الدعوى الجنائية إلى ما بعد من هذه القيود حقا للمجنى عليه في تحريك الدعوى الجنائية مع بيان حقه في التظلم .

(١) د . محمود مصطفى في شرح قانون الإجراءات الجنائية ط ١٠ سنة ١٩٧٠ .

المبحث الثامن

مدى حق المجنى عليه وأثر رضائه في تحريك الدعوى الجنائية

إن أثر رضاء المجنى عليه في الدعوى الجنائية والخصومة الناشئة عنها إنما يتوقف على مدى ما للمجنى عليه من سلطة الاتهام أو حق في تحريك الدعوى الجنائية ومباشرتها وسلطة المجنى عليه في الاتهام أو حقه في رفع الدعوى الجنائية ومباشرتها إنما يختلف قوة وضعفا باختلاف نظم الاتهام المعمول بها في ظل قوانين الإجراءات الجنائية ويتطور بتطورها . إذ أنه يرتبط بل يتوقف على مدى ما تمنحه هذه النظم من سلطة للفرد عموما أو للمجنى على وجه الخصوص في مباشرة الاتهام وحقه في الدفاع عن نفسه بطلب العقوبة عن الجريمة الواقعة عليه أمام القضاء أو السلطات المختصة بذلك . وقد اتضح مما ذكرناه في المبحث السابق عند بيان صاحب الحق في الدعوى الجنائية ما استقرت عليه الأوضاع في القرن التاسع عشر من إقرار مبدأ حق الدولة في الاتهام تمثلها في ذلك النيابة العامة دون توقف على طلب الأفراد أو حتى رضائهم ، وفي سبيل الوصول إلى بيان نطاق أثر رضاء المجنى عليه في الدعوى الجنائية . وهو ما ورد في القانون على سبيل الاستثناء من الحق المطلق للنسبة العامة في ذلك مما يعد قيذا على سلطتها فيه وذلك في ظل نظام المدعى العام . وهو حق الادعاء المباشر ، وحق التظلم واشتراط رضاء المجنى عليه وإذنه لتحريك بعض الدعاوى بتوقف ذلك على تقديم شكوى منه . سوف نعرض أولا : لبيان دور رضاء المجنى عليه وحقه في الاتهام وفقا للتشريع المصري القديم ثم لبيان تطور دور رضاء المجنى عليه وحقه في الاتهام في ظل طرق الاتهام المختلفة وننتهي بذلك إلى بيان نطاق أثر رضاء المجنى عليه في تحريك الدعوى الجنائية ومباشرتها .

أولا : دور رضاء المجنى عليه وحقه في الاتهام وفقا للتشريع المصري القديم :

نستطيع أن نقول أن تاريخ الاتهام عند قدماء المصريين بدأ كغيره بنظام الانتظام الشخصي في صورته البدائية الاعترافية كجزاء على ما يرتكبه الأفراد من جرائم وكحق مشروع للمجنى عليه أن يلجأ إليه تعويضا له عما أصابه في جسمه أو ماله أو اعتباره . ذلك لأن هذا هو شأن كل مجتمع في بدايته وحتى تنتظمه قواعد قانونية محددة . ويؤكد ذلك ما ذكره البعض أن كهنة منفيس قد ذكروا له أن إيزيس قد وضعت لأجدادهم القوانين كي يحل عمل العدالة المنظم مكان الاعتداءات المتناهية والقوة العشوم⁽¹⁾ . وظل هذا النظام معمولا به حتى جاءت تعاليم إيزيس الدينية فأصبح أمر الجزاء بيد السلطة الحاكمة بناء على شكوى الفرد المجنى عليه .

(1) حسن نشأت في شرح قانون تحقيق الجنايات سنة ١٩٢١ ج ١ ص ٢٦ . الموسوعة الجنائية لجندى عبد الملك ، ج ٥ ص ٤٧٨ .

وعرفت شريعة قدماء المصريين نظام المدعى العام الذى يتولى الاتهام أمام المحكمة كممثل للسلطة العامة . وقد دلت على ذلك بعض الآثار التى أثبتت في ظل هذا النظام وجود مركز نائب الملك ووجود من يحتل جانب الاتهام أثناء المحاكمة الجنائية .

فقد ترجمته بعض الآثار الخاصة بالأسرة الثانية عشرة ما يفيد أنه في هذا العصر عرف من يلقب باسم " نم " أى فم الملك أو لسانه . وهو نائب الملك الذى يتولى الاتهام في القضايا الجنائية باسم الملك ونياية عنه ^(١) . كما وصفته بعض الآثار أيضا بأنه هو (الأمير العظيم نائب الملك في التحقيقات القضائية ضد الرجال أو من أجل عقاب المجرمين) وأنه هو (الذى يلقى أقواله الاتهامية ويحدد نصوص القانون في حضورهم) . وأنه هو (القائم بأعمال التحقيق) ^(٢) . كما وجد من الآثار أيضا ما يدل على وجود من يمثل جانب الاتهام أثناء المحاكمة الجنائية . فقد وردت قصة مدونة على أوراق البردى تصف محاكمة جنائية كاملة سبقها تحقيق جنائى خاص ببلاغ عن جريمة نبش أحد القبور اتضح منها أنه كان هناك من يقوم بوظيفة الاتهام . ومن كان يصحب القضاة أثناء التحقيق . وأن رئيس المدينة هو الذى كان يقوم بهذه المهمة في الغالب ^(٣) .

كما عرفت شريعة قدماء المصريين نظام إعطاء الأفراد حق الشكوى أو التبليغ عما يقع من جرائم . سواء وقعت عليهم أو على غيرهم أو على الدولة . كما أن هذا الحق كان ممنوحا أيضا لرجال السلطة العامة الذين كان لهم مع حق التبليغ حق مباشرة التحقيق من تلقاء أنفسهم بناء على ما يصل إلى عملهم من الجرائم . بل أن هذا الحق للأفراد في الاتهام والتبليغ كان يعتبره التشريع المصرى القديم واجبا يقع يقع على كاهل من يعلم بوقوع جريمة . ويعاقب من يمتنع عن أدائه إذ كان يرتب عقوبة الضرب أو الحرمان من الطعام على من يشاهد جريمة القتل ولم يبلغ عنها ويقدم المتهمين فيها للسلطات ^(٤) . وضمنا لحسن استعمال هذا الحق فقد كان القانون يعاقب من يسئ استعمال حقه في الشكوى بالعقوبة التى كانت سوف تقع على المتهم لو ثبتت عليه ما اتهمه به الشاكي .

(١) حسن نشأت المرجع السابق ص ١٩ نبذة ٢٣ ، ٢٤ ، الموسوعة الجنائية لجندى عبد الملك ج ٥ ص ٤٨٦ نبذة ٥٧ ، د. رؤف عبيد في كتابه مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصرى ط ٧ سنة ١٩٦٨ ص ٢١ ، والمستشار محمد ماهر النائب العام لجمهورية مصر العربية في الكفاح ضد الجريمة ص ٢٥ .

(٢) د. عبد الوهاب العشماوى في رسالة عن الاتهام الفردى ، حسن نشأت ، المرجع السابق ، ص ١٩ نبذة ٢٤ ، الموسوعة الجنائية لجندى عبد الملك ج ٥ ص ٤٨٦ نبذة ٥٧ .

(٣) حسن نشأت . المرجع السابق . ص ٣٣ نبذة ٤ وما بعدها . الموسوعة الجنائية ج ٥ ص ٤٩٠ نبذة ٦١ .

(٤) حسن نشأت ، المرجع السابق ص ٢٣ وما بعدها نبذة ٣٠ والموسوعة الجنائية ج ٥ ص ٤٨٨ نبذة ٥٨ .

وبالنسبة لحق الفرد في الاتهام في ظل القانون المصري القديم فقد ذهب البعض إلى أن حقه كان قاصرا على مجرد الشكوى أو طلب تحريك الدعوى الجنائية دون أن يكون له حق مباشرة الدعوى والسير فيها^(١). وذهب البعض الآخر إلى أن حق الفرد في الاتهام كان كاملا فكما كان له حق رفع الدعوى كان له أيضا حق مباشرتها وتتبعها والسير فيها^(٢).

وقد ذهب بعض الكاتبيين في التاريخ الجنائي المصري القديم إلى حد القول بأن نظام الإجراءات الجنائية عند المصريين كان نظاما اتهاميا . كما تدل على ذلك شواهد كثيرة وتؤكد^(٣). فقد كان يجب على الأفراد اتخاذ الإجراءات السابقة على مباشرة الاتهام أمام المحكمة فقد كان من حق الخصوم أن يتولوا الدعوى عن طريق وكلائهم^(٤). فضلا عن ذلك فقد فرق قدماء المصريين بين الجرائم العامة ، وهي التي تمس الدولة أو المجتمع كوحدة أصلا وبطريق مباشر . والجرائم الخاصة ، وهي التي تمس مصالح الأفراد أو أجسامهم أصلا وبطريق مباشر^(٥). وقد كان للأفراد حق الاتهام في الجرائم العامة بصفتهن مواطنين كما كان لهن تولية بالنسبة للجرائم الخاصة التي تتألم شخصيا . وذلك إلى جانب حق الدولة في تولي الاتهام بالنسبة لما يمسها من جرائم .

والظاهر أن القانون المصري القديم لم يكن يعطى المجنى عليه أو المباشر للاتهام حق العفو عن العقوبة أو إسقاط الدعوى الجنائية ، إذا كان ذلك من حق الآلية والملوك^(٦). وقد ذكر ديودور خلاف ذلك أن القانون المصري القديم كان يقر نظاما من شأنه تخويل المجنى عليه في جريمة السرقة حق استرداد ملكه مع إسقاط الحق في الدعوى الجنائية . بشرط أن يدفع إلى شيخ اللصوص في المنطقة ربع قيمة المسروق كمقابل لاسترداد ملكه . وقد التجأ المشرع المصري إلى ذلك كما يقول ديودور لأنه لم يكن في الإمكان منع الناس كافة من السرقة^(٧).

أما بالنسبة لحق الاتهام في فترة الفتح المقدوني والروماني :

فعن التشريعات الجنائية في فترة حكم المقدونيين لمصر أورد (دويو) أنثرا هو صحيفة من البردي خاصة يشكو قدمها أحد رجال المقابر إلى رئيس الشرطة يتهم فيها شخصا بأنه نبش قبرا

(١) د . عبد الوهاب العشماوى ، المرجع السابق .

(٢) حسن نشأت المرجع السابق .

(٣) راجع مقال للدكتور رؤف عبيد عن القضاء الجنائي في مصر الفرعونية ص ٧٩ .

(٤) راجع مقال للدكتور رؤف عبيد السابق الإشارة إليه ص ٨٢ .

(٥) راجع مقال للدكتور باهور لبيب بعنوان " من آثار التاريخ القانوني . شئ عن القانون الجنائي عند الفراعنة " مجلة القانون والاقتصاد السنة ١٢ العدد الأول ص ١٣٨ ، ١٣٩ .

(٦) د . عبد الوهاب العشماوى ، المرجع السابق الإشارة إليه .

(٧) مقال الدكتور رؤف عبيد ، السابق الإشارة إليه ص ٥٥ .

من القنور التابعة له . وسوق بعض ما به وينتهى في شكواه إلى طلب استحضار المتهم للفحص وإصدار القرار اللائق^(١). إلا أن هذا الأثر لا يمكن الاستناد إليه في تقرير نظم الاتهام في ذلك العهد إذ أنه لم يتجاوز حد تقرير قيام حق الشكوى عن الجريمة وطلب عقاب المتهم . وهو على هذا حق أولى مقرر منذ بدأ نظام الدولة عندما قدماء المصريين . والغالب أن المقدونيين قد أخضعوا مصر لقوانينهم وخاصة فيما يتعلق بالأسس العامة فوجد في هذا العهد نظام الاتهام بواسطة الدولة ونظام الاتهام بواسطة الفرد . مما يرجع في تفصيله إلى نظام الاتهام في القانون اليوناني القديم^(٢).

وقد ذكر بعض الكاتبيين في التاريخ القانوني المصري القديم أنه في فترة حكم البطالة بقى القانون المصري ساريا بالنسبة للمصريين . فقد اضطروا ملوك مصر بعد أن استوطنتها بعض المقدونيين إلى أن يطبقوا عليهم قانونهم الإغريقي وأن يبقوا للمصريين قوانينهم الخاصة التي لم تكن تلائم الأجانب في كل حال حق لقد ترتب على ذلك قيام محاكم خاصة بالأجانب وأخرى مختلطة النوع^(٣).

وقد خلت الفترة التي قضتها مصر تحت حكم الرومانيين من أي أثر للنظم الجنائية^(٤). وقد وجد من الآثار ما يفهم منه أن مصر في هذه الحقبة قد خضعت لقوانين الرومان ونظمهم حق لقد كان الحكام منهم . وكانت المحاكم في إجراءاتها تسيير على نحو ما تسيير عليه المحاكم الرومانية^(٥).

وبالنسبة لنظام الاتهام بعد الفتح الإسلامي والذي أصبحت مصر بعده وفي السنة العشرين للهجرة ولاية إسلامية . بعد أن أخضعها العرب لنظام الحكم الإسلامي طبقت الشريعة الإسلامية في مصر هذا العهد تطبيقا كاملا حتى بداية القرن التاسع عشر وحكم محمد علي لها . وسوف نأتى لتفصيل ذلك في حينه بإذن الله عند بيان أثر الرضا في الشريعة الإسلامية . وفي القرن التاسع عشر منذ عهد محمد علي إلى صدور القوانين سنة ١٨٨٣ . ظلت نظم الاتهام كما هي طبقا للشريعة الإسلامية هي المأخوذ بها . فعرفت الدعوى العامة بالنسبة للجرائم العامة سواء باشرها رجال السلطة العامة أو الأفراد . وعرفت الدعوى الخاصة فيما يتعلق بالجرائم التي

(١) راجع حسن نشأت ، المرجع السابق ص ٥٣ نبذة ٥٤ .

(٢) د . عبد الوهاب العشماوى ، المرجع السابق الإشارة إليه .

(٣) راجع مقالا للأستاذ بيير جوجيه P. Jouguet بعنوان Histoire du Droit Public de l'Egypte Ancienne

منشور بمجلة القانون والاقتصاد السنة الرابعة العاشر العدد ١ ، ٢ ص ٨١ نبذة ٢٦٥ .

(٤) راجع حسن نشأت ، المرجع السابق ص ٥٥ نبذة ٥٧ ، الموسوعة الجنائية لجندى عبد الملك ج ٥ ص ٩٣ ؛ نبذة ٧٢ .

(٥) راجع مقال الأستاذ جوجيه ، سابق الإشارة إليه ص ٩٥ .

جعل أمرها بيد المجنى عليهم . كما ظل القضاء بما فيه الجنائي في يد رجال الدين . وقد شكل محمد علي مجلس يسمى (ديوان الوالي) وكان يتشكل عند النظر في الجنايات الكبرى من أربعة علماء يمثلون المذاهب الأربعة^(١) إلا أن ذلك استمر طوال فترة استمرار محمد علي في التماس رضا علماء الدين الذين جاء إلى الحكم نتيجة رضائهم . ثم اضطر محمد علي بعد ذلك إلى الاتجاه بالتشريع المصري نحو الالتجاء إلى التشريع الأجنبي وإلى التقنين . حتى أصبح القانون المصري منقولا في كثير منه من القانون الفرنسي حتى جاء نظام المدعى العام الذي جعل للنياية العامة الحق في تحريك الدعوى الجنائية ومباشرتها دون رغبة المجنى عليه .

ثانيا : تطور رضا المجنى عليه وحقه في الاتهام في ظل نظم الاتهام المختلفة :

سبق أن قدمنا بأن أثر رضا المجنى عليه في الدعوى الجنائية إنما يتوقف على مدى ما له من حق في تحريك هذه الدعوى ومباشرتها وأن هذا الحق يتفاوت قوة وضعفا باختلاف طرق الاتهام المعمول بها في ظل نظم الإجراءات المختلفة . ومدى ما تتيحه هذه النظم للفرد عموما وللمجنى عليه خصوصا من فرصة الدفاع عن نفسه . واعمال إرادته في المخاصمة الجنائية . وسوف نعرض لتطور طرق الاتهام المعمول بها لتستبين مدى ما للفرد عموما وللمجنى عليه خصوصا من حق في الدعوى الجنائية والخصومة الناشئة عنها وأثر رضا في ذلك هذه المنظم حتى وصل إلى ما هو عليه الآن .

ويمكن رد طرق الاتهام في الإجراءات الجنائية حسب اختلافها وتطورها إلى أربع :

١ _ نظام الاتهام الشخصي أو الفردي :

وفيه تكون سلطة الاتهام والحق في الدعوى العمومية والخصومة الناشئة عنها للمجنى عليه نفسه . ولو رثته من بعده . وهذا النظام هو أول ما عرف من أنظمة الاتهام ، ويقوم أساسا على أن المجنى عليه هو صاحب المصلحة التي أصابها الضرر المباشر من الجريمة وله وحده لا للمجتمع كله أن يباشر سلطة الاتهام . وللقاضي في هذا النظام دور الحكم الذي يفصل بين خصمين ، هما الجاني والمجنى عليه أو المضرور في الجريمة . وقد وجهت إلى هذا النظام في الاتهام انتقادات أهمها تقاعد الكثير من المجنى عليهم في الجرائم عن استعمال حقهم في مباشرة الاتهام إما نتيجة للخوف من بطش المتهم وفجوره أو نتيجة العجز عن مواجهة النفقات المالية التي تتطلبها الدعوى . فتعم الفوضى وتنتشر الجريمة ويزداد عدد المجرمين والمجنى عليهم .

وهذا النظام لا زالت تأخذ به مع إدخال كثير من التعديلات عليه لتلاشى العيوب الناشئة عنه . بعض القوانين الحديثة كالقانون الإنجليزي والهندي والسوداني والكندي وبعض الولايات الأمريكية . فالفرد المجنى عليه أو المضرور من الجريمة هو صاحب الحق الأصلي والأول في

(١) راجع حسن نشأت ، المرجع السابق ، ص ٨٧ نبذة ١٠١ .

الاتهام وعليه واجب رفع الدعوى العمومية ومباشرتها . فله أن يلجأ مباشرة إلى القاضى الجنائى ويقدم إليه شكواه . ويتولى دعم اتهمه بنفسه . فيقدم شهوده وله أن يناقش شهود خصمه وله أن يستأنف الحكم بعد ذلك . أما الدولة فإلها بعض هذا الحق عن طريق التبعية وعلى سبيل الاستثناء في حالات متعددة منها :

١. الجرائم الهامة كالقتل العمد ، والتزوير في الأوراق الرسمية .
٢. في الحالات التى لا يباشر الأفراد فيها الاتهام .
٣. في الحالات التى تكون فيها الجريمة واقعة على الدولة ومصالحها . كالجرائم التى تمس أمن الدولة .

وأوجد القانون الإنجليزى وظيفة النائب العام الذى يمثل البيئات الاجتماعية في مباشرة الدعوى . ولكنه لا يتدخل في مباشرة الاتهام ، إلا في القضايا ذات الخطورة الخاصة وفي مثل الحالات السابق الإشارة إليها .

٢- نظام الاتهام الأهلى أو الشعبى :

وفي ظل هذا النظام تخول سلطة الاتهام لكل فرد من أفراد المجتمع . ذلك لأنه يقوم أساسا على أن الجريمة إنما تقع على المجتمع كله وتمسه كوحدة . ومن حق أى فرد فيه أن يباشر الخصومة الجنائية ضد المتهم بإسم الجماعة ويطلب توقيع العقاب .

وهذا النظام يعد تطورا للنظام السابق وتأخذ به الدول ذات النظام الانجلو سكسونى أيضا كالهند والسودان . وقد ووجه هذا النظام بنفس الانتقادات التى وجهت لسابقه إلى جانب أن الأفراد لا يحفلون بما وقع على غيرهم من جرائم .

ويعرف النظامان السابقان في ظل نظم الإجراءات الجنائية ، بالنظام الاتهامى ، الذى يمثل طوراً مختلفاً من أطوار الحياة الاجتماعية والسياسية للشعوب المختلفة عما يمثله النظام الآخر الذى عرف بنظام التتقيب والتحرى . الذى يعد أحدث من سابقه وقد ظهر في العصور القديمة من القانون الرومانى . وكان ظهوره وتطوره نتيجة طبيعية لقيام الحكومات المنظمة وتزايد قوة الدولة . وقد بدأ هذا النظام بظهور نظام الاتهام القضائى وانتهت إلى ما استقرت عليه نظم الاتهام من نظام الاتهام العام نتيجة لتوطد سلطان الدولة الحديثة . وفي النظامين التاليين تفصيل لهذا النظام (نظام التتقيب والتحرى) .

٣- نظام الاتهام القضائى :

وفيه يتعقب القاضى الجانى بنفسه . وبمجرد وصول ثبأ الجريمة إلى علمه بأى وسيلة كانت . وفي ظل هذا النظام يقيم القاضى الدعوى كما ينظرها من تلقاء نفسه . وبهذا يتم الخلط بين سلطة الاتهام والتحكم ويجمع تقاضى بين كونه خصم لتجنى وكونه حَكَمَ بينه وبين المجنى عليه . وتأخذ بعض الدول بهذا النظام بالإضافة إلى الأخذ بنظام الاتهام الفردى أو الأهلى أو إلى

جانب الاتهام العام .

٤_ نظام الاتهام العام أو المدعى العام :

وهو النظام الذى استقرت عليه الأوضاع في القرن التاسع عشر . وأخذت به معظم التشريعات الحديثة كالقانون الفرنسى . والقوانين التى أخذت عنه . ومعظم قوانين الولايات الأمريكية . وكذلك هو النظام المعمول به في ظل قانون الإجراءات الجنائية المصرى . وفيه تتولى سلطة الاتهام تحريك الدعوى الجنائية ومباشرتها باسم الجماعة هيئة عامة من الموظفين تسمى " النيابة العامة " ولا يتوقف حقها في ذلك على رغبة المجنى عليه أو إنذنه إلا في جرائم محدده وفي حالات استثنائية . وردت في بعض القيود التى جاءت على سلطة النيابة العامة تلاشياً للانتقادات التى وجهت إلى هذا النظام في بدايته . كما أن لها سلطة تحقيق قبل إحالة الدعوى للفصل فيها من القضاء . وهذه السلطة في التحقيق تعطى النيابة فضلاً عن حق تحريك الدعوى ، حق وقفها والأمر بالحفظ على أن لا وجه لإقامة الدعوى .

وقد جاء هذا النظام وثبتت دعائمه مع ازدياد سلطان الدولة وهيبتها . وهيمنتها على الأمن والنظام وقد وضعنا فيما سبق عند الكلام عن صاحب الحق في الدعوى الجنائية نطاق حق النيابة العامة في تحريك الدعوى الجنائية ومباشرتها . وكيف أن حقها في ذلك مطلق لا أثر لإرادة الفرد المجنى عليه ورضائه أو عدم رضائه فيه . إلا ماورد على سبيل الاستثناء في ظل قانون الإجراءات المصرى .

وسوف نستعرض بإذن الله نطاق حق المجنى عليه في الدعوى الجنائية والخصومة الناشئة

عنها في ظل هذا النظام .

ثالثاً : نطاق أثر رضاء المجنى عليه في تحريك الدعوى الجنائية ومباشرتها :

لما أصبحت النيابة العامة بوضعها الذى انتهت إليه من سلطة مطلقة في الاتهام أبعد ما تكون عن أن تتوب عن الأفراد المجنى عليهم في رعاية مصالحهم . بعد أن طغى سلطانها على حق الفرد المجنى عليه في إقامة الدعوى بطلب عقاب المعتدى الذى هو حقه أصلاً في رد الاعتداء الواقع عليه بمثله . وأنها في ذلك لا تستند إلى قوة الحجة ومنطق القانون وإنما تستند إلى قوة التشريع الذى يتمثل في مدى سلطان الدولة وقوة نفوذها .

كان نتيجة لذلك أن اضطرت القوانين الأخذ بنظام المدعى العام إلى الاعتراف بحق الفرد في الخصومة الجنائية تلاشياً للعيوب والانتقادات التى وردت على هذا النظام فأوجدت للمجنى عليه حقاً في الدعوى الجنائية يتمثل في إقرارها لبعض النظم التى تعطى المجنى عليه بعض الحق في تحريك الدعوى الجنائية . والاعتراض أو التظلم من قرارات النيابة الخاصة بالدعوى الجنائية التى هو صاحب الحق فيها .

وطبيعى أن يكون حق المجنى عليه في ذلك حقاً قاصراً إذ أنه وارد على سبيل الاستثناء

من حق النيابة في تحريك الدعوى الجنائية ومباشرتها . وسوف نعرض لنطاق هذا الحق في صورة النظم التي أقرها نظام المدعى العام كقيود على حق النيابة المطلق وذلك على سبيل الاجمال في النظم المختلفة والتفصيل بالنسبة لقانوننا الجنائي المصري . ويبرز فيه أثر رضاء المجنى عليه في الدعوى الجنائية وتتحدد هذه النظم في ثلاث :

(١) نظام الادعاء المباشر . (٢) نظام التظلم . (٣) توقف حق النيابة في تحريك الدعوى على تقديم شكوى من المجنى عليه . وسوف نفرّد لهذا الأخير مبحثاً خاصاً لأهميته .

١ - حق المجنى عليه في تحريك الدعوى الجنائية عن طريق الادعاء المباشر :

الأصل في القانون المصري كما سبق أن بينا أن النيابة العامة هي صاحبة الحق في تحريك الدعوى العمومية . كما هو الشأن في القانون الفرنسي وغيره من القوانين التي تأخذ بنظام المدعى العام . ولا يملك غيرها ذلك إلا على سبيل الاستثناء وبنص خاص . وقد أباحت كثير من التشريعات الجنائية للمضروع من الجريمة أن يدافع عن مصلحته الخاصة بنفسه بتحريك الدعوى الجنائية عن طريق ما يسمى بالادعاء المباشر ، كالقانون الفرنسي والقانون الهولندي بشرط الحصول على أمر من القاضي . والقانون الألماني في جرائم الاعتداء على النفس . وبعض الجرائم التي يجوز الحكم فيها بالغرامة . وقد كنّ لادعاء المباشر نظام مقرر في ظل قانون تحقيق الجنايات المصري القديم وبعد إلغاء هذا القانون كان الإبقاء أو الإلغاء لنظام الادعاء المباشر مثار جدل شديد . انتهى بإبقائه بنص المادة ٢٣٢ من القانون الحالي المعدلة بالقانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٦٢ التي تقول " تحال الدعوى في الجرح والمخالفات بناء على أمر يصدر من قاضي التحقيق أو مستشار الإحالة أو محكمة الجرح المستأنفة منعقدة في غرفة المشورة أو بناء على تكليف المتهم مباشرة بالحضور من قبل أحد أعضاء النيابة ، أو من المدعى بالحقوق المدنية (١) " .

وهكذا يعطى القانون للمدعى بالحقوق المدنية ، وهو المضروع من الجريمة سواء كان مجنّباً عليه أو غيره (٢) . أن يكلف خصمه بالحضور مباشرة أمام المحكمة الجنائية وذلك عن طريق رفع دعواه المدنية إليها فتتحرك بذلك الدعوى العمومية قبل المتهم بقوة القانون . وسوف نبحث باختصار الشروط التي يتطلبها القانون في مباشرة حق الادعاء المباشر ثم إجراءاته ثم آثاره .

(١) تقابل المادة ٥٤ من قانون تحقيق الجنايات القديم ويتضمن ذات الحكم .

(٢) فسر المقصود بالمدعى المدني بأنه المضروع من الجريمة ، الدكتور محمود مصطفى في المرجع السابق الإشارة إليه ص ١٠٧ ، د . رؤف عبيد ص ١٠٤ ، د . حسن المرصفاوى ص ١٢٤ .

أ - شروط مباشرة حق الادعاء المباشر :

يشترط لمباشرة هذا الحق حتى ينتج آثاره القانونية شروط ترجع في مجملها إلى شرطين (١) أساسيين هما : ١- أن تكون الدعوى المدنية مقبولة (٢). ٢- أن تكون الدعوى العمومية مقبولة . وتفصل بشروط سته (٣) هي :

- (١) أن يصدر الادعاء عن صاحب حق فيه .
 - (٢) أن تكون الواقعة جنحة أو مخالفة .
 - (٣) ألا يكون التحقيق فيها مازال مفتوحا .
 - (٤) ألا يكون قد صدر فيها حكم نهائي بألا وجه لإقامة الدعوى .
 - (٥) أن تكون الدعوى الجنائية مقبولة .
 - (٦) أن تكون الدعوى المدنية جائزة القبول ، ومرفوعة بإجراءات صحيحة .
- ١- أن يصدر الادعاء عن صاحب حق فيه :

وقد حددت المادة ٢٣٢ صاحب الحق في تحريك الدعوى الجنائية عن طريق الادعاء المباشر ، بأنه المدعى المدني وهو الذي أصابته الجريمة بالضرر سواء كان ماديًا أو أدبيًا وغالبا مايكون هو المجنى عليه فيها ، وليس بالآزم أن يكون كل مضرور في الجريمة مجنيا عليه فيها . وإذا فليس للمجنى عليه الذي لم يصبه الضرر هذا الحق ، وكذلك المجنى عليه الذي تلقى التعويض فعلا عن الضرر الذي أصابه أو تنازل عنه . كما أن لكل مضرور من الجريمة هذا الحق ولولم يكن مجنيا عليه فيها ، كالوالد أو الإبن في جنحة القتل خطأ .

ويذهب البعض إلى أن هذا الحق شخصي بحت ، فليس لمن حول إليه المضرور قيمة التعويض أو تنازل له عنه بمقابل أو غيره استعماله ، إذ أنه حق مبنى على اعتبارات شخصية بحتة لا تصلح أن تكون محلاً للتعاقد (٤).

٢- أن تكون الواقعة جنحة أو مخالفة :

وقد نصت على ذلك صراحة المادة ٢٣٢ وبذلك تخرج الجنايات لعظم خطورتها ولأن إقامة الدعوى فيها أمام محكمة الموضوع محوط بضمانات متعددة تجعل من المستبعد تقاعد النيابة أو

(١) د. محمود مصطفى ، المرجع السابق ص ١٢٣ ، د. حسن المرصفاوى ص ١٣٠ .

(٢) فالدعوى العمومية لا تحرك بالدعوى المدنية إلا إذا كانت هذه الأخيرة قد رفعت بطريقة صحيحة ، ومن ثم تسرى على إجراءات رفعها قواعد قانون المرافعات (مصر الكلية ٢٦ يناير ١٩٥٠ المحاماه س ٢٩ رقم ٥٦٠ ص ١٢١٥) .

(٣) د . رؤف عبيد في مبادئ قانون الإجراءات الجنائية ط ٧ سنة ١٩٦٨ ص ١٠٥ .

(٤) أ . عرابي ج ١ ص ٣٧٢ ص ١٨٩ ، فستان هيلي ج ٢ فقرة ٦٠٩ وعكس هذا الرأي جارو ج ١ فقرة ١١٥ .

تراجعها ، والادعاء المباشر جائز في جميع الجنح ولو كانت من اختصاص محكمة الجنايات كما يشترط أن تكون الجنحة أو المخالفة موضوع الادعاء قد وقعت داخل القطر لا خارجه إذ أن الاختصاص في ذلك للنيابة العامة . كما يشترط ألا تكون الجنحة أو المخالفة قد وقعت من موظف أو من مستخدم عام أو أحد رجال الضبط أثناء تأدية وظيفته أو بسببها (م ٢٣٢ معدلة بالقانون ١٢١ لسنة ١٩٥٦ وبالقانون ١٠٧ لسنة ١٩٦٢) .

٣- أن تكون الواقعة ليست محل تحقيق لا يزال مفتوحا :

من الممكن تحريك الدعوى المباشرة أمام محكمة الموضوع مباشرة دون اللجوء إلى أية سلطة أخرى . ذلك لأنه لا يشترط لتحريكها أن يكون قد سبقها تحقيق أو حتى جمع استدلالات من أحد مأموري الضبط القضائي . وليس من الممكن تحريكها أمام النيابة أو قاضي التحقيق إذ أن الأمر متروك لمطلق تقديرهما .

وفي حالة أن تكون سلطة التحقيق قد تحركت في الدعوى فعلا من تلقاء نفسها ، ولا يزال التحقيق مفتوحا ، فإن الدعوى ترفع عندئذ إلى المحكمة بأمر تلك السلطات . ولا يجوز للمدعى المدني انتزاعها منها برفعها إلى محكمة الموضوع ^(١) إلا بالنسبة للأشخاص الذين لم يشملهم التحقيق إطلاقا فإنه يجوز الادعاء المباشر ضدهم ^(٢) .

٤- ألا يكون قد صدر في الدعوى أمر نهائي بأن لا وجه لإقامتها :

إذا صدر الأمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى من إحدى سلطات التحقيق بغير تحقيق وبناء على محضر جمع الاستدلالات فهو يعد حينئذ أمر حفظ لا يقيد المضرور بشئ ولا يكتسب حجية ما ^(٣) . وإذا صدر الأمر بألا وجه لإقامة الدعوى من إحدى سلطات التحقيق بعد أن كانت قد حققت الدعوى . فإن للمدعى المدني وللمجنى عليه الطعن في هذا الأمر بالاستئناف أمام محكمة الجنح المستأنفة إذا كان صادرا من النيابة أو من قاضي التحقيق ، وبالنقض أمام محكمة النقض إذا كان صادرا من مستشار الإحالة فإذا فات ميعاد الطعن ولم يطعن المضرور أو المجنى عليه أو قدم الطعن في موعده ولكنه رفض من الجهة المعروض أمامها فإن الأمر هنا يصبح نهائيا . ولا يجوز للمضرور أو للمجنى عليه بعدئذ أن يلجأ بدعواه إلى طريق الادعاء المباشر ، وإلا كانت غير مقبولة (م ٢٣٢ معدلة ١٢١ لسنة ١٩٥٦ وبالقانون ١٠٧ لسنة ١٩٦٢) .

٥: أن تكون الدعوى الجنائية مقبولة :

وتكون الدعوى الجنائية مقبولة إذا كانت الواقعة تكون جريمة . فالمجنى عليه في عدة قروض ربوية له أن يلجأ إلى طريق الادعاء المباشر على خلاف المفترض لمدة واحدة فقط فلا

(١) الأستاذ عرابي ج ١ ص ٦٢٥ ، ج ٣ فقرة ١١٣٨ ، ج ٤ فقرة ١٥٢٤ .

(٢) راجع لبوانفان م ١٨٢ فقرة ١١١ ، ١١٣ .

(٣) راجع نقض ١٤ / ٦ / ١٩٥١ أحكام النقض س ٢ رقم ٤٤٢ ص ١٢١٠ .

يعتبر أنه كان ضحية جريمة^(١) ، وتكون الدعوى الجنائية مقبولة كذلك إذا كان القانون يستلزم لتحريكها تقديم شكوى من المجنى عليه أو طلباً مكتوباً أو إنفاً من جهة معينة . فإذا تقدم المجنى عليه بالشكوى مستوفية شروطها في الميعاد المطلوب إلى النيابة العامة ، أو تقدمت الجهة المعنية بالطلب أو الإذن كما هو محدد في القانون ، فإن الدعوى الجنائية تكون مقبولة وللضرور حق رفع الدعوى المباشرة . وتكون الدعوى الجنائية مقبولة أيضاً بأن تكون المحكمة المختصة وبالطبع لا محل للادعاء المباشر إذا كانت الدعوى الجنائية قد انقضت بإحدى طرق انقضاء الدعوى وهي العفو أو مضي المدة أو صدور حكم نهائي فيها أو بوفاء المتهم . وكذلك طبقاً للرأى الراجح ليس للضرور أن يلجأ إلى الادعاء المباشر إذا كان قد سبق أن اختار الطريق المدني للمطالبة بحقوقه لسقوط حقه عندئذ في الخيار بين الطريقتين .

٦- أن تكون الدعوى المدنية جائزة القبول ومرفوعة بإجراءات صحيحة :

لا تتحرك الدعوى الجنائية في الادعاء المباشر إلا بالتبعية لدعوى مدنية جائزة القبول ومرفوعة بإجراءات صحيحة . وتكون الدعوى المدنية كذلك إذا رفعت ممن له صفة أو مصلحة ، وكان الحق فيها لم ينقض بالتنازل عنه أو بالتنازل عنه أو بالتصالح عليه أو بمضي المدة أو إذا لم تكن نفس الدعوى المدنية قد انقضت لسبب من الأسباب ، وتكون الدعوى المدنية صحيحة أيضاً إذا كانت مقبولة شكلاً بأن لا تكون باطلة لعييب في الشكل . كذلك لا أثر للحكم بالبراءة أو الإدانة في الدعوى المدنية بالدعوى الجنائية بعد تحريكها .

ب- إجراءات الادعاء المباشر :

تنص المادة (٢٣٣) على أن تحريك الدعوى المباشرة يكون بتكليف المتهم مباشرة بالحضور أمام محكمة الجench أو المخالفات من قبل المدعى بالحقوق المدنية . وينص غيرها على أن " يكون تكليف المتهم بالحضور أمام المحكمة قبل انعقاد الجلسة بيوم كامل في المخالفات . وبثلاثة أيام كاملة على الأقل في الجench . وذلك غير سواعيد مسافة الطريق ، وتشمل ورقة التكليف بالحضور التهمة الموجهة للمتهم ومواد القانون التي تنص على العقوبة ويجوز أن يكون التكليف في حالة التلبس بغير ميعاد ، وفي حالة حضور المتهم وطلبه أن يعطى مدة لتحضير دفاعه تأذن له المحكمة بالميعاد المقرر بالفقرة الأولى " . وإذا كانت ورقة التكليف بالحضور غير صحيحة أو لم تعلمه طبقاً للقانون ، فلا يترتب عليها أثرها القانوني وهو اتصال المحكمة بالدعوى .

(١) نقض ٣٠ / ١ / ١٩٣٩ المحاماه من ١ ص ٥٢٢ ، ٢٢ / ٢ / ١٩٣١ القواعد القانونية ، ج ٢ رقم ١٨٩ من ٢٤٨ ، ودمياط في ٣٠ / ٨ / ١٩١٧ مج ١٩ ص ٦٦ .

ج - آثار تحريك الدعوى المباشرة :

تتحرك الدعوى الجنائية بمجرد إعلان صحيفتها من المدعى بالحق المدني بصرف النظر عن أحقية المدعى في التعويض . ومتى تحركت الدعوى على الوجه الصحيح فإن على المحكمة أن تفصل في التهمة المسندة إلى المتهم غير مقيدة بطلبات النيابة العامة⁽¹⁾ وكذلك في التعويض المطالب به⁽²⁾ ، غير مقيدة بطلبات المدعى بالحق المدني . وإذا تنازل المدعى عن دعواه المدنية فلا يؤثر تنازله على الدعوى الجنائية⁽³⁾ ، ويمكن أن يؤخذ من تنازله أن لا دليل على نسبة الجريمة إلى المتهم ومن ثم يقضى ببرائته وهو الجارى عليه العمل⁽⁴⁾.

وبتحريك الدعوى الجنائية عن طريق الادعاء المباشر يصبح الحق في مباشرتها واستعمالها للنياية العامة⁽⁵⁾ . ولا علاقة للمدعى المدني بإجراءاتها أو الأحكام الصادرة والظعن فيها . بل تقتصر خصوصته إلى الدعوى المدنية⁽⁶⁾ . ويجب على المحكمة أن تعطي الواقعة وصفها القانوني السليم بصرف النظر عن التكييف الذي جاء بصحيفة الدعوى . وإذا كان وصف الدعوى بأنها جنحة وفقا لما جاء في ورقة التكليف بالحضور . ثم بأن للمحكمة أن وصفها الصحيح ينطوي تحت الجنائية ، سواء كان المدعى المدني يعلم بهذا أم لا . فإنه يتعين القضاء بعدم قبول الدعوى ولا يقضى بعدم الاختصاص⁽⁷⁾.

د - قصور حق الادعاء المباشر :

بعد استعراض حق الادعاء المباشر وبيان شروطه وإجراءاته والآثار المترتبة عليه . نستطيع أن نتفق مع القائلين بأن هذا الحق قاصر في الواقع قصورا شديدا على أن يحقق للمجنى عليه رعاية مصالحه الخاصة أو أن يهيئ له سبيلا ميسرا لاستعمال حقه في الرقابة على

(1) د . محمود مصطفى ، المرجع السابق ص ١٢٥ ، العراقي ج ١ ص ١٠٧ ، القلبي ص ٧٤ هامش ٥ ، جaro ج ١ بند ١٥٢ ، هيلي ج ١ بند ٥١٨ .

(2) نقض ٢٩ / ١١ / ١٩٢٨ مج ج ١ ق ٥٦ .

(3) نقض ٨ مارس ١٩٦٦ ، مجموعة أحكام النقض س ١٧ رقم ٥٥ ص ٢٧٨ . وإذا كانت الدعوى العمومية قد حركت بالطريق المباشر تحريكا صحيحا ثم لجأ المدعى المدني إلى الطريق المدني فإن الدعوى العمومية يجب أن تسير حتى يفصل فيها بصرف النظر عن انفصال الدعوى المدنية عنها . ومن ثم يكون الحكم معيبا إذا قضى بعدم قبول الدعوى العمومية (نقض ٧ يناير ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض س ٣ رقم ١٤١ ص ٣٧٣) .

(4) د. حسن المرصفاوى في أصول الإجراءات الجنائية ط ١٩٧٢ ، ص ١٤١ .

(5) د. محمود مصطفى ، د. حسن المرصفاوى ، د. رؤف عبيد ، نقض ١٤ / ٥ / ١٩٥٧ أحكام النقض س ٨ ق ١٣٦ .

(6) نقض ١٩ فبراير ١٩٦٨ مجموعة أحكام النقض س ١٩ رقم ٤٠ ص ٢٢٣ .

(7) نقض ٢٢ / ٥ / ١٩٥٠ أحكام النقض س ١ ق ٢٢٠ .

استعمال النيابة العامة لسلطة الاتهام⁽¹⁾ ، وذلك لأن هذا الحق كما رأينا إنما يرتبط أساسا بفكرة طلب التعويض . وأن الدعوى الجنائية لا تتحرك إلا نتيجة لدعوى مدنية صحيحة . وفي هذا الربط ما يدل على أن القانون لا يعرف للفرد العادي ، ولو كان مجنبا عليه ، إلا حقه في طلب التعويض ولا يعترف له بحق في الخصومة الجنائية ، ولو أنه أراد أن يقر للفرد بحقه في الاتهام لجعل الأصل هو إقامة الدعوى الجنائية على أن تكون مشفوعة بطلب التعويض لضمان تحقق مصلحة رافع الدعوى ، ويؤكد هذا المعنى الذى استخلصناه أن المشروع إنما جعل هذا الحق مقصورا على المدعى المدنى الذى قد يكون مجنبا عليه وقد لا يكون مع أن الأولى بهذا الحق إذا ما نظرنا بعين الاعتبار إلى وقوع الجريمة وحق المجنى عليه في طلب العقاب هو لهذا الأخير الذى وقعت عليه الجريمة فعلا وهو الذى يهيمه حقيقة توقيع العقاب . كما أن هذا الحق مع كونه مقصورا على المدعى المدنى وحده . فهو لا يتعدى مجرد تحريك الدعوى الجنائية فقط . وكما سبق أن بينا فالحق في مباشرة الدعوى واستعمالها بعد تحريكها للنياية العامة دون أن يكون للمدعى المدنى حق في ذلك . بل ليس له حق في الطعن في الحكم الصادر فيها ، ويقتصر حقه بعد ذلك على دعواه المدنية . بعد أن يترك المصير في الدعوى الجنائية للنياية التى أجبرت على مباشرتها إجبارا .

وتلاحظ أخيرا ان نظام الدعوى المباشرة كان ولا يزال محلا للنقد الشديد لما ينطوى عليه من إقحام حق مدنى في مجال جنائى ، ولذلك فكثير من التشريعات لا تقره في قوانينها الجنائية⁽²⁾ ، منها القانون الإيطالى للإجراءات الجنائية الصادر في ١٩ أكتوبر ١٩٣٠⁽³⁾ . وكذلك شرائع بعض الولايات السويسرية والأرجنتين والبرتغال واليابان .

٢ - نظام التظلم :

وهو نوع من الحقوق التى أقرها نظام المدعى العام للمجنى عليه ليكفل له بها رعاية حقوقه إن أغفلتها النيابة العامة ، والمقصود به هنا معناه العام وهو كل حق يمكن أن يعطى لفرد من الأفراد سواء كان مضرورا من الجريمة أو مجنبا عليه فيها أو مجرد مبلغ عنها يستطيع عن طريق مباشرته له أن يطعن في أى قرار يصدر من النيابة أو من قاضى التحقيق من شأنه أن يمنع من إقامة الدعوى العمومية أو يقف سيرها قبل أن يفصل في موضوعها بحكم قضائى . وأنواع التظلم تختلف باختلاف ما يرد عليه التظلم ويترتب عليه ، فقد يكون من شأن التظلم أن يحرك الدعوى الجنائية بعد رفض تحريكها من النيابة العامة . كما أنه قد يبعث الحياة في

(1) د . عبد الوهاب العشماوى ، في رسالته السابق الإشارة إليها ص ٢٥٧ .

(2) دوتديود وفابريص ص ٦١٧ هامش رقم ١ .

(3) مجلة جمعية التشريع المقارن سنة ١٩٣٤ ج ٦٣ ص ٧٧ وما بعدها .

الدعوى العمومية التي تكون قد قطعت إحدى مراحلها ثم لم تكن النيابة بالسير فيها ، وقد يكون التظلم من قرار يصدره قاضي التحقيق بألا وجه لإقامة الدعوى بعد أن حققها بناء على طلب النيابة العامة ، كما قد يكون التظلم من قرار تصدره غرفة الاتهام بتأييد هذا الأمر .

وقد أخذ كثير من التشريعات التي تقوم أساسا على نظام المدعى العام بفكرة التظلم فكان للفرد الذي له صلة بالدعوى الجنائية في ظلها حق الطعن فيما يصدر من قرارات بالحفظ أو بالألا وجه لإقامة الدعوى . وإن كانت هذه التشريعات قد اختلفت فيما بينها في مدى إقرار حق التظلم من ناحية تحديد صاحب هذا الحق . فمنها ما جعله حقا لكل فرد يبلغ عن الجريمة ومن باب أولى المجنى عليه فيها ، وهذه أوسع الحالات وأشملها ، ومنها ما جعل هذا الحق للمجنى عليه وحده في الجريمة وهذه أعدل الحالات وأشملها ، ومنها ما جعل هذا الحق للمجنى عليه وحده في الجريمة وهذه أضيق الحالات وأشدّها قصورا . ومن النوع الأول في هذه التشريعات الذي يبيح التظلم للفرد لكونه المبلغ . قانون الإجراءات الجنائية لمقاطعة أبنزيل السويسرية الصادر في ٢٠ أبريل ١٨٨١^(١) ، وقانون الإجراءات الجنائية لمقاطعة نيوشاتل الصادر في ١٩ أبريل ١٩٤٥^(٢) . ومنها أيضا قانون الإجراءات الجنائية لمقاطعة جنيف الصادر في ٧ ديسمبر ١٩٤٥ (والمعمول به في أول يناير ١٩٤٢^(٣)) .

أما القانون الفرنسي وغيره من التشريعات التي نحت نحوه ، فإنه لا يأخذ بفكرة التظلم في أقوى صورها ولا في أوسطها فهو لا يقر للفرد المجنى عليه في الجريمة بأى حق في التظلم إلا إذا كان مدعيا مدنيا وفي أضيق الحدود التي نصت عليها المادة ١٣٥ من قانون تحقيق الجنايات

(١) أجاز هذا القانون للمجنى عليه والمبلغ التظلم من القرار الصادر من رئيس المحكمة بقبول الشكوى أو بعدم قبولها أى السير في الدعوى أو حفظها . د. عبد الوهاب العشماوى وقد أشار إلى المجموعة السنوية للتشريع الجنائي سنة ١٨٨٠ ص ٤٤٧ وما بعدها .

(٢) فقد نصت المادة الثالثة منه على أن (لكل فرد أن يتقدم إلى النائب العام ببلاغ عن أى جريمة يعلم بوقوعها) كما نصت المادة ٨ منه على حق النائب العام في حفظ البلاغ إن لم ير محلا للسير فيه مع إبلاغ هذا القرار إلى من طلب التحقيق أصلا وهو المبلغ ثم جعل لهذا الأخير ولكل من له مصلحة في الدعوى أن يتظلم من هذا القرار إلى غرفة الاتهام ولو بنى تظلمه على مجرد تخطئ النيابة العامة بإقامة الدعوى . د. عبد الوهاب العشماوى وقد أشار بالرجوع إلى الطبعة الحكومية للقانون .

(٣) نصت المادة ١٧٣ من هذا القانون على أنه (في حالة ما إذا رفض النائب العام السير في الدعوى أو طلب ذلك من قاضي التحقيق ، يكون للفرد المبلغ أو الشاكي إن كان هو المبلغ أن يتظلم من هذا القرار إلى غرفة الاتهام وإن يطلب إليها إجراء ذلك) ، د. عبد الوهاب العشماوى ، وقد أشار بالرجوع إلى الطبعة الحكومية للقانون سنة ١٩٤١ .

الفرنسي ، ومن التشريعات التي نحت نحو هذا القانون قانون الإجراءات الجنائية لمقاطعة فود السويسرية الصادر في ٢١ يناير ١٩٤١ (والمعول به أول يناير ١٩٤٢ (١)) .

مدى الأخذ بنظام التظلم في القانون المصري :

لم يكن للأفراد أيًا كانت صفتهم في حق الطعن في قرارات النيابة بالحفظ في ظل قانون تحقيق الجنايات القديم (٢). إذا كان حقها في الدعوى مطلقا دون أن يكون للفرد أن يراجعها أو يعترض ولم يكن له إلا أن يشكو إلى جهة أخرى أعلى منها في سلم الرئاسة الإدارية .

إلا أن قانون الإجراءات الجديد قد أحسن الأخذ بنظام التظلم وإن كان قد صدر مشتملا على بعض العيوب التي كان من الممكن التخلص منها أو تلافيها (٣).

وقد كان مشروع القانون الجديد الذي عرض على مجلس الشيوخ يقتصر في أخذه بفكرة التظلم عن صورة المدعى المدني وحده ، في المادتين ٤٠ ، ٤٣ من المشروع ، إلا أن لجنة الإجراءات الجنائية بالمجلس رأت أنه من الواجب ألا يكون حق التظلم مقصورا على المدعى المدني وحده بل يكون هذا الحق المجنى عليه أولا سواء ادعى بحق مدني أم لا . إذ الواقع أن مصلحته في تحريك الدعوى الجنائية لمعاقبة الجاني أقوى من مصلحة المدعى بالحقوق المدنية التي هي مصلحة مالية محضة (٤). وبناء على رأى اللجنة عدلت النصوص التي تضمنها المشروع بحيث نص فيها دائما على حق المجنى عليه في التظلم سواء من قرار النيابة بالحفظ ، أو من قرار قاضى التحقيق بألا وجه أو من قرار غرفة المشورة بتأييد هذا القرار .

وأصبح من حق المجنى عليه بمقتضى التعديل الذى أدخلته اللجنة على المادة ٤٠ من المشروع والذي أصبحت المادة ٦٢ من القانون بعد ذلك ، الحق في الطعن في قرارات النيابة بالحفظ التي تتخذها بعد جمع الاستدلالات عن التهمة سواء أكانت التهمة جنائية أو جنحة ، كما أن له الحق في الطعن في قراراتها بعد التحقيق . وفي قرارات قاضى التحقيق وغرفة الاتهام .

(١) نصت المادة ٧٦ من هذا القانون على حق النائب العام في حفظ أى بلاغ يتقدم به إليه الأفراد ، وعلى أن قراره بالحفظ غير قابل للطعن فيه بأى طريق من طرق الطعن . غير أن القانون قد احتاط لحقوق الأفراد من ناحية أخرى فأجاز للمجنى عليه أن يطلب إلى القاضى التحقيق تحقيق الشكوى التي يتقدم بها إليه مباشرة . كما أعطى للقاضى السلطة في مباشرة التحقيق من تلقاء نفسه ثم جعل للخصوم بعد ذلك حق الطعن في قراراته . د. عبد الوهاب العشماوى ، وقد أشار إلى مراجعة بيير بوفن ، تعليق على مواد القانون ، سابق الإشارة إليه .

(٢) شرح قانون تحقيق الجنايات للأستاذ محمد أمين عبده ١٩٤٩ .

(٣) د. عبد الوهاب العشماوى في رسالته السابق الإشارة إليها ، ص ٢٤٦ .

(٤) عرابى . المبادئ الأساسية ١٩٥١ ج ١ ص ١١ نبذة ٢٣٨ .

إلا أنه لما عرضت هذه التعديلات على مجلس النواب كان جل همه أن يعيد حق المدعى المدني في رفع دعواه مباشرة ، ولما عرض على مجلس النواب إعادة الحق في الدعوى المباشرة مقابل إلغاء هذا الحق في التظلم ، قبل الأعضاء هذه المساواة بدعوى أن حق التظلم لم يعد له مبرر (١).

وبعد هذا التعديل الذي أجراه مجلس النواب لم يعد للأفراد إلا حق التظلم في دعوى ارتضت النيابة أن تحركها . وكذلك لم يعد لهم إلا حق الدعوى المباشرة في الجنيح والمخالفات دون الجنائيات . إلا أننا نستطيع القول (٢) بأن ما وصل إليه قانون الإجراءات الجنائية المصري الجديد من تقرير مبدأ إشراك المجنى عليه في الخصومة الجنائية هو عمل عظيم وفي إقرار لمبدأ حق الفرد وخاصة المجنى عليه في الدعوى الجنائية ، فقانون الإجراءات بوضعه الحالي يأخذ بفكرة التظلم ولكن بالنسبة لدعوى تحركت فعلا أى باشرت النيابة التحقيق فيها باعتبارها سلطة تحقيق أو طالبت ذلك إلى قاضى التحقيق فيما يخرج عن ولايتها . أما إذا رأت النيابة ألا محل للسير في الدعوى فحفظتها اكتفاء بمحضر الاستدلالات ولم تتحرك الدعوى تبعا لذلك (م ٦١ من القانون) فإنه في هذه الحالة لا يحق للفرد أن يتظلم من هذا القرار . ذلك أن نص المادة ٦٢ بعد تعديلها الأخير وبالصورة التى أقرها مجلس النواب تنص على أنه (إذا أصدرت النيابة العامة أمرا بالحفظ وجب عليها أن تعلنه إلى المجنى عليه وإلى المدعى بالحقوق المدنية فإذا توفي أحدهما كان الإعلان لورثته جملة وفي محل إقامته) .

إما إذا كانت الدعوى قد تحركت فعلا فيما أن يكون ذلك أمام النيابة كسلطة تحقيق ، وإما أن يكون أمام قاضى التحقيق . فإذا كان ذلك أمام النيابة فقد نصت المادة ٢٠٩ على أنه " إذا رأت النيابة بعد التحقيق أن الواقعة لا يعاقب عليها القانون أو أن الدلائل غير كافية للاتهام تصدر أمرا بعدم وجود وجه لإقامة الدعوى الجنائية " وقد جعل القانون للمجنى عليه وللمدعى بالحق المدني سواء بسواء حق الطعن في الأمر الصادر بالألا وجه أمام غرفة الاتهام فنصت المادة ٢١٢ على أنه " للمجنى عليه وللمدعى بالحقوق المدنية كما للنائب العام أن يطعنوا بطريق النقض في القرار الصادر من غرفة الاتهام برفض الطعن المقدم من المجنى عليه أو من المدعى بالحقوق المدنية " .

أما إذا كانت الدعوى قد تحركت أمام قاضى التحقيق بناء على طلب النيابة فقد نصت المادة ١٥٤ على أنه " إذا رأى القاضى بعد التحقيق أن الواقعة لا يعاقب عليها القانون ، أو أن الأدلة

(١) راجع مجموعات عاصم ١٩٥١ ، ص ٢٨٩ (التقرير الرابع للجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب) ، ص ٢١٠ (التقرير الثانى للجنة الإجراءات الجنائية بمجلس الشيوخ) العرابى . المبادئ الأساسية ١٩٥١ ج ١ ص ١١٣ نبذة ٢٤١ .

(٢) د. عبد الوهاب العشماوى في المرجع السابق الإشارة إليه .

على المتهم غير كافية يصدر أمرا بالألا وجه لإقامة الدعوى .. " وقد جعل القانون في المادة ١٦٢ للمجنى عليه ، وللمدعى بالحق المدني الحق في الطعن في هذا الأمر ونصت المادة ١٩٣ على أن " للنائب العام وللمجنى عليه وللمدعى بالحقوق المدنية الطعن أمام محكمة النقض في الأمر الصادر من غرفة الاتهام بعدم وجود وجه لإقامة الدعوى " .

وبلاحظ ان القانون قد أعطى المجنى عليه فضلا عن ذلك الكثير من حقوق الطعن الفرعية التي تمس سير الدعوى الجنائية من قريب أو بعيد من ذلك ، نص المادة ٦٢ على وجوب إعلانه بقرارات الحفظ التي تصدرها النيابة العامة ليتمكن من الطعن فيها بطريق غير مباشر بإقامة الدعوى مباشرة أمام المحكمة . وما نصت عليه المادة ٧٧ من حقه سواء بنفسه أو عن طريق وكيله في حضور جميع إجراءات التحقيق ، ووجوب إخطاره باليوم الذي يباشر فيه القاضي التحقيق . وما قررته المادة ٨٤ من حقه في طلب صور من الأوراق أيا كان نوعها ، وما قررته المادتان ٢٧١ ، ٢٧٢ من حقه في مناقشة شهود الاثبات وإعادة مناقشتهم لاستيضاحهم ، وحقه في مناقشة شهود النفي والمادة ٢٧٥ من حقه في شرح الدعوى أمام المحكمة ، وما قررته المادة ١٦٣ من حقه في استئناف الأوامر المتعلقة بمسائل الاختصاص التي يصدرها قاضي التحقيق . وهذه الحقوق كلها يشاركه فيها المدعى المدني . إلا أن حق المجنى عليه هنا جديد وأصبح له بمقتضاه دور حقيقي في الحقوق الجنائية .

ثالثا : نظام اشتراط إذن المجنى عليه :

وسوف نفرد له مبحثا خاصا لأهميته نبين فيه الجرائم التي يتوقف تحريك الدعوى الجنائية فيها على شكوى من المجنى عليه .

المبحث الثالث

توقف تحريك الدعوى الجنائية على رضا المجنى عليه وإذنه

في صدد تحديد ما لرضاء المجنى عليه من أثر على الإجراءات الجنائية نستطيع أن نستخلص مما تقدم صحة المبدأ القائل بأنه " لا تأثير لرضاء المجنى عليه بحسب الأصل على الإجراءات الجنائية (1) ". ذلك لأننا انتهينا إلى أن الحق في الدعوى الجنائية والخصومة الناشئة عنها إنما هو مقرر بحسب القانون للنيابة العامة تباشره باسم المجتمع ولمصلحته . وأن الفرد أو المجنى عليه لا حق له أصلا في ذلك ، وأن ما ورد له من أثر ضيق في تحريك الدعوى الجنائية إنما هو وارد على سبيل الاستثناء مما يمثل بعض القيود على حق النيابة المطلق في ذلك . وما يترتب على سبيل الاستثناء لا يكون إلا استثناء حسب أصله .

وسوف نستعرض هنا كيف أن القانون قد جعل لرضاء المجنى عليه ، حتى اللاحق منه على الجريمة (2) ، كل الأثر في تحريك الدعوى الجنائية ومباشرتها وذلك بالنسبة لجرائم محددة فيه على سبيل الحصر ، بأن اشترط لتحريك الدعوى الجنائية عن هذه الجرائم تقديم شكوى من المجنى عليه فإذا لم يتقدم بالشكوى فلا تتحرك الدعوى . وهو ما ورد على سبيل الاستثناء من الأصل المتقدم ، وكيف أن أثر رضاء المجنى عليه في هذه الجرائم التي سوف نحددها لا يتعدى الإجراءات الجنائية المتعلقة بها ، أي أنه غير ذي أثر على أركان الجريمة ، كما أنه لا ينفي عن هذه الجرائم ما تتطوى عليه من عدوان على حقوق المجتمع أي أن تطبيق تحريك الدعوى الجنائية على شكوى من المجنى عليه فيها لا يعنى أن ضررها مقتصر على المجنى عليه ، وإنما لأن المجنى عليه في هذه الجرائم أقدر من النيابة العامة على تحديد مدى ملائمة اتخاذ الإجراءات الجنائية أو عدم ملائمة ذلك . فحول القانون له تقدير المصلحة في استعمال حق العقاب مما قد تتحقق به مصلحة المجتمع التي هي الهدف من اعطاء النيابة العامة حق تحريك الدعوى الجنائية (3).

وسوف يتضمن بحثنا هنا بمشيئة الله استعراض أساس هذا النظام وتطوره ثم تحديد الجرائم التي يتوقف تحريك الدعوى الجنائية فيها على شكوى من المجنى عليه ثم قواعد تقديم الشكوى والتنازل عنها وآثار ذلك .

(1) د. محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات القسم العام ط ٣ سنة ١٩٧٣ ، د. أحمد الألفي في شرح قانون العقوبات الليبي ط ٦٩ .

(2) د. محمود نجيب حسنى ، المرجع السابق الإشارة إليه ، د. رضا فرج في شرح قانون العقوبات الجزائري

(3) د. محمود مصطفى القسم العام ط ١٩٦٤ ، د. محمود نجيب حسنى ، القسم العام ط ١٩٧٣ ، د. أحمد الألفي الموضوع السابق .

أولاً : أساس هذا النظام وتطوره (١) :

إن فكرة اخضاع إقامة الدعوى الجنائية في جريمة معينة لرغبة ومشئئة المجنى عليه فيها . وفي نطاق عدد معين من الجرائم ، اصطلاح على تسميتها في القوانين القديمة بالجرائم الخاصة ، وهي في أساسها فكرة فردية بحتة ، إذ أن المجنى عليه في الجريمة الخاصة وهو صاحب الخصومة الجنائية فيها ، حسب النظام الأساسي لنظم الاتهام وهو نظام الاتهام الفردي فله وحده أن يحركها وأن يصالح عليها وليس لغيره هذا ولا ذاك .

على أن هذه الفكرة لم يكن لها أن تتمتع بهذا الإطلاق في ظل اضطراب سيطرة الدولة وقوة نفوذها . إذ أصبحت تتفرد بصفة المجنى عليه في كل الجرائم العامة الصرفة . بل أدخلت نفسها طرفاً في كل نزاع ينشأ عن جريمة على اعتبار أن مصالحها قد مست . مما أدى إلى التضيق الشديد من حلقة الجرائم الخاصة التي تصيب الجاني الخاص وحده حتى جاء نظام المدعى العام وقد رأينا فيما سبق كيف ضاع في ظله كل حق في الدعوى الجنائية للفرد المجنى عليه وأصبحت الدولة كقاعدة عامة هي المجنى عليها في كل جريمة ولولم يتعد أثرها المصلحة الصرفة للمجنى عليه ، فللنيابة العامة حق تحريك الدعوى ومباشرتها كما أن لها حق إغفالها وحفظها . ولا أثر في ذلك لرغبة المجنى عليه في إقامة الدعوى أو رغبته في التنازل عنها إذ أن هذه الرغبة من المجنى عليه وهو صاحب الحقيقى للمخاصمة الجنائية لم يعد لها قيمة أو أثر إلا أن توافق ما تراه الدولة ممثلة في هيئة النيابة العامة . وأصبح من باب الاستثناء أن أقر نظام المدعى العام للمجنى عليه بحق ما في الخصومة الجنائية ، فعلق تحريك الدعوى من النيابة العامة في بعض الجرائم على إذن المجنى عليه بتقديم شكوى منه ، بل جعل له بعد ذلك إمكانية الرجوع عن هذا الإذن مما يستحيل معه على النيابة أن ترضى في الدعوى .

وهذا المبدأ الذى يعطى للمجنى عليه بعض حقه في تحريك الدعوى الجنائية أو إيقافها ، مبدأ حق وصحيح فيه بحث لحرية الإنسان واعتراف وتقدير لكيانه . إلا أن اعطاءه للفرد حقاً مطلقاً دون أن يقيد القانون بحالات معينة على سبيل التحديد وأن ينظمه بشروط تكفل حسن استعماله . أمر له خطره الشديد ، ففي وقت قد يكون المتهم صاحب مال وبطش و سطوة ونفوذ مع فقر المجنى عليه وضعفه ، فيضيق حقه تحت خشية المتهم وتأثير تهديده . وفي آخر قد يكون العكس فيستغل المجنى عليه حقه في إرهاب المتهم والاستبداد والتكبر به في ظل القانون وتحت حمايته . إلا أن هذه النقطة قد عالجت في قوانين أخرى أقوم علاج ، بأن جعلت حق المجنى عليه في التنازل خاضعاً لإشراف القانون ورتبت له صيغة قضائية يطمئن معها إلى حسن استعماله (٢).

(١) يرجع في تفصيل ذلك رسالة الدكتور عبد الوهاب العشماوى، عن الاتهام الفردي، والمراجع التي أشار إليها .

(٢) القانون الإنجليزى ، وغيره بعض القوانين الآخذة عنه والتي تأخذ بنظام الاتهام الفردي المعدل .

وإن كانت تختلف فيما بينها في طريقة إقرارها لهذه الفكرة . فمنها ما وضع القاعده العامة وضمنها نصوص قانون الإجراءات الجنائية ، ومنها الذى اكتفى بالإشارة إلى القاعده تاركا التفصيل إلى قانون العقوبات ، ومنها الذى ترك الأمر كله لقانون العقوبات جملة وتفصيلا .

ومن القوانين التى أخذت بهذا النظام قانون الإجراءات الجنائية الهنجرى الصادر فى ٢٢ ديسمبر ١٨٧٢ والمعدل فى سنتى ١٨٨٢ و ١٨٨٣ (م ١٠٦) ، وقانون الإجراءات الجنائية الألمانى الصادر فى أول فبراير ١٨٧٧ والمعدل فى سنة ١٩٢٤ (م ١٥٢) والقانون البلجيكى الجزء الأول الصادر فى ١٧ أبريل ١٨٧٨ ، وقانون الإجراءات الجنائية التركى الصادر فى ١٩ أبريل ١٩٢٩ ، وقانون العقوبات الصادر فى أول مارس ١٩٢٦ ، والقانون الإيطالى للإجراءات الصادر فى ١٩ أكتوبر ١٩٣٠ وكذلك قوانين بعض المقاطعات السويسرية .

وقد أخذ القانون المصرى بفكرة اشتراط إذن المجنى عليه ولكن بصورة ضيقة فى بداية الأمر إذ كان يقتصر فى ذلك قبل صدور قانون الإجراءات الجنائية الجديد على حالات قليلة محدودة وكان موضع النص على اشتراط شكوى المجنى عليه أو إذنه هو قانون العقوبات والقوانين الخاصة عند تقرير العقوبات على هذه الجرائم . ولم يتضمن قانون تحقيق الجنايات القديم أى نص يثير إلى هذا النظام عند الكلام على حق النيابة فى إقامة الدعوى .

وعندما تقدمت الحكومة إلى البرلمان بمشروع القانون الحالى للإجراءات الجنائية وكان متجها إلى التوسع ، إذ شملت المادة ٢٤ من المشروع الحالات القديمة وحالات جديدة لم يعرفها القانون القديم من قبل ، وقالت المذكرة الإيضاحية فى ذلك (إن أهم ما استحدث فى باب الدعوى الجنائية هو زيادة الأحوال التى يعلق القانون فيها رفع الدعوى الجنائية على شكوى أو طلب فى الجرائم التى تمس مصلحة المجنى عليه أكثر مما تمس مصلحة الجماعة ^(١))

وقد وافق مجلس النواب على المشروع ، وتضمن قانون الإجراءات الجنائية الحالى هذه التوسعة ، فقد تضمنت المادة الثالثة منه تقرير هذا المبدأ وتعداد طائفة من هذه الحالات ، ونصت المادة التاسعة على حالة أخرى وتكفل قانون العقوبات بالنص على ما أغفله قانون الإجراءات من حالات .

ثانيا : الجرائم التى يتوقف تحريك الدعوى فيها على شكوى المجنى عليه :

باستقراء الحالات التى علق فيها القوانين الآخذة بهذا النظام ^(٢) تحريك الدعوى الجنائية على إذن المجنى عليه ورضائه نجد أنها فى مجموعها تتناول الجرائم البسيطة للغاية فضلا عن

(١) راجع المذكرة الإيضاحية لمشروع الحكومة التى شملها التقرير الأول للجنة الإجراءات الجنائية لمجلس الشيوخ ، المجلد الأخضر ص ٣٩ .

(٢) سبق أن أشرنا إلى بعض القوانين فى المطلب السابق .

مساسها بشخص المجنى عليه مساسا شديدا حتى يكاد ضررها أن يقتصر عليه وحده . وهي لا تكاد تخرج عن جرائم السب والقذف وجرائم التعدي والإيذاء البسيط . وجرائم إفساء الأسرار ، وجرائم انتهاك حرمة الحياة البسيطة⁽¹⁾ . وقد أخذ قانون تحقيق الجنايات الفرنسي بهذا النظام في كثير من الجرائم سواء كان المجنى عليه فيها شخصا طبيعيا أو معنويا ، فمثلا بالنسبة للشخص الطبيعي :

- ١ . اشتراط إذن أحد الزوجين لتحريك دعوى الزنا قبل الآخر .
- ٢ . تعليق دعوى الخطف لمن لم تجاوز السادسة عشرة من عمرها ، والتي تزوجها خاطفها على شكوى أولياء المخطوفة الذين لهم حق إبطال زواجها ، وذلك بعد إعلان إبطال هذا الزواج .
- ٣ . تعليق الدعوى الجنائية عن مباشرة الصيد في مزارعات الغير أو المساحات المائية المملوكة له على شكواه .
- ٤ . جرائم السب والقذف في حق الأفراد .
- ٥ . جرائم السب والقذف بالنسبة للشاهد والمحلف .

وبالنسبة للقانون المصري فقد عرفنا أن هذه الحالات التي كان يشترط فيها شكوى المجنى عليه لتحريك الدعوى ، كانت ضيقة قبل صدور قانون الإجراءات الجنائية الجديد ، فلم ينص إلا على حالات قليلة خاصة بجرائم الزنا التي نصت عليها المادة ٢٧٣ من قانون العقوبات المصري وما بعدها ، وجرائم السرقة بين الأزواج وبين الأصول والفروع التي نصت عليها المادة ٣١٢ ع والمعدل بالقانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٤٧ ، وجريمة هجر العائلة المنصوص عنها في المادة ٢٩٣ ع ، وجريمة تشرب الخمر المنصوص عليها في القانون رقم ١٢٤ الصادر في أغسطس ١٩٤٩ الذي حل محل الأمر العالي الصادر في ٩ يوليو ١٩٠٨ .

وفي ظل قانون الإجراءات الجديد تضمنت المادة تقرير هذا المبدأ وتعداد طائفة من هذه الحالات ونصت المادة التاسعة منه على حالة أخرى ، وتكفل قانون العقوبات بالنص على ما أغفله قانون الإجراءات من حالات ، وقبل تعداد هذه الجرائم تجدر الإشارة إلى أن تعليق القانون تحريك الدعوى الجنائية في هذه الجرائم على شكوى المجنى عليه ليست العلة فيه اعتبار تلك الجرائم شخصية تمس المجنى عليه ، فقد سبق أن ذكرنا أن فكرة الجرائم الخاصة التي كانت موجودة في التشريعات القديمة قد اختفت ، بل أنها تمس مصالح المجموع كذلك ، ولكنه يغلب فيها صالح المجنى عليه على مصلحة الجماعة إذ قد يرى أن التغاضي عن الجريمة التي وقعت عليه أقل إضرارا به مما لو أثير أمرها أمام الجهات القضائية⁽²⁾ . وقد ورد بالمذكرة الإيضاحية

(1) د . عبد الوهاب العشماوى .

(2) مارسيل روسليه ص ٣١١ ، فيدل ص ٩٦١ ، د . حسن المرصفاوى ، أصول الإجراءات الجنائية ط ١٩٧٢ .

" يعلق القانون تارة رفع الدعوى الجنائية على شكوى من المجنى عليه في الجرائم التي تمس مصلحته أكثر مما تمس مصلحة الجماعة " .

كما أنه تجدر الإشارة إلى أن تحديد القانون لهذه الحالات إنما هو على سبيل الحصر ومن ثم فلا يصح القياس عليها^(١).

وقد حددت المادة ٣ / ١ إجراءات هذه الحالات إذ نصت على أنه " لا يجوز أن ترفع الدعوى الجنائية إلا بناء على شكوى شفوية أو كتابية من المجنى عليه أو من وكيله الخاص إلى النيابة العامة أو إلى أحد مأموري الضبط القضائي في الجرائم المنصوص عليها في المواد ٢٧٤ ، ٢٧٧ ، ٢٧٩ ، ٢٩٢ ، ٢٩٣ ، ٣٠٣ ، ٣٠٦ ، ٣٠٧ ، ٣٠٨ ، من قانون العقوبات وكذلك في الأحوال الأخرى التي ينص عليها القانون (٢) " .

والجرائم المشار إليها في هذه المادة هي :

١. جريمة سب موظف عام أو شخص ذي صفة نيابية عامة أو مكلف بخدمة عامة بسبب أداء الوظيفة أو النيابة أو الخدمة العامة (م ١٨٥ ع) .
٢. جريمة زنا الزوجة (م ٢٧٤ ع) .
٣. جريمة زنا الزوج بمنزل الزوجية (م ٢٧٧ ع) .
٤. جريمة ارتكاب أمر مخل بالحياء مع امرأة ولو في غير علانية (م ٢٧٩ ع) .
٥. جريمة امتناع الوالدين أو الجدين عن تسليم الولد الصغير إلى من له الحق في طلبه بناء على قرار من جهة القضاء صادر بشأن حضائنه أو حفظه . وكذلك اختطاف أحدهم الولد ممن له الحق في حضائنه أو حفظه (م ٢٩٢ ع) .
٦. جريمة الامتناع عن دفع النفقات الصادر بها حكم قضائي واجب النفاذ (م ٢٩٣ ع) .
٧. جريمة القذف (م ٣٠٢ ، ٣٠٣ ع) .
٨. جريمة السب (م ٣٠٦ ع) .
٩. جرائم القذف والسب إذا ارتكبت بطريق النشر في الصحف أو المطبوعات (م ٣٠٧ ع) .
١٠. جرائم العيب أو القذف أو السب إذا تضمنت طعنا في الأعراض أو خدشا لسمعة العائلات (م ٣٠٨ ع) .

والأحوال التي نصت عليها قوانين أخرى غير قانون الإجراءات هي :

- (١) جميع المراجع السابق الإشارة إليها ، وهذه القاعدة معمول بها أيضا في القانون الفرنسي ينظر إلى نقض فرنسي ١٦ / ٢ / ١٩٢٣ ، دالوز ١٩٢٤ / ١ / ١١٤ .
- (٢) د. محمود مصطفى في شرح قانون الإجراءات الجنائية ط ١٠ سنة ١٩٧٠ ص ٧٦ .

- ١- جريمة السرقة إضراراً بالزوج أو الأصل أو الفرع (م ٣١٢) (١) .
 ٢- جريمة المروق من سلطة الوالد أو ولي الأمر بالنسبة للأحداث المشردين (م ١١ من القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٤٩) .

هذا وتنص المادة ٩ / ٢ ج والمعدلة بالقانون رقم ٤٢٦ لسنة ١٩٥٤ على ما يأتي :
 " وفي جميع الأحوال التي يشترط القانون فيها لرفع الدعوى الجنائية تقديم شكوى أو الحصول على إذن أو طلب من المجنى عليه أو غيره لا يجوز اتخاذ إجراءات التحقيق فيها إلا بعد تقديم هذه الشكوى أو الحصول على هذه الإذن أو الطلب . على أنه في الجريمة المنصوص عليها في المادة ١٨٥ من قانون العقوبات وفي الجرائم المنصوص عليها في المواد ٣٠٣ ، ٣٠٦ ، ٣٠٧ ، ٣٠٨ من القانون المذكور إذا كان المجنى عليه فيها موظفاً عاماً أو شخصاً ذا صفة نيابية عامة أو مكلفاً بخدمة عامة . وكان ارتكاب الجريمة بسبب أداء الوظيفة أو النيابة أو الخدمة العامة ، يجوز اتخاذ إجراءات التحقيق فيها دون حاجة إلى تقديم شكوى أو طلب أو إذن " .
 وتنص المادة ١٨٥ ع على أنه " يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنة وبغرامة لا تقل عن عشرين جنيهاً ولا تزيد على مائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من سب موظفاً عاماً أو شخصاً ذا صفة نيابية عامة أو مكلفاً بخدمة عامة بسبب أداء الوظيفة أو النيابة أو الخدمة العامة " .

كما تنص المادة ٢٧٤ ع على أن :
 " المرأة المتزوجة التي ثبت زناها يحكم عليها بالحبس مدة لا تزيد على سنتين ، لكن لزوجها أن يقف تنفيذ هذا الحكم برضائه معاشرته لها كما كنت " .

وتنص المادة ١٧٧ ع على :
 " كل زوج زنى في منزل الزوجية وثبت عليه هذا الأمر بدعوى الزوجة يجازى بالحبس مدة لا تزيد على ستة شهور (٢) " ولم تتناول المادة ٣ / ١ ج نص المادة ٢٧٥ ع التي تتناول شريك

(١) ويلحق بها جرائم النصب وخيانة الأمانة إضراراً بالزوج أو الأصل أو الفرع ، د. رؤف عبيد ط ٧ ، ١٩٦٨ ، نفس المؤلف في كتابه جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال ط ٥ ، ١٩٦٥ ص ٣٦٢ ، ٣٦٥ .
 راجع نقض ١٠ / ١١ / ١٩٨٥ أحكام النقض س ٩ رقم ٢١٩ ص ٨٩١ ، ويرى نفس الرأي عدلى عبد الباقي ج ١ ص ١١٥ ، د. حسن صادق المرصفاوى ويعمل ذلك بأنه إذا كان القيد الوارد في باب السرقة في المادة ٣١٢ ع علقته المحافظة على كيان الأسرة ، فإنه يكون من الواجب أن يمتد أثره = إلى الجرائم التي تشترك مع السرقة فيما تقوم عليه من الحصول على المال بغير حق كجرائم النصب وخيانة الأمانة من غير إصراف في التوسع . ويشير إلى مؤلفه في جرائم الأموال ط ١٩٥٧ ص ٦٦ . وذلك خلافاً للرأي الذي يرى قصر الاستثناء على المادة ٣١٢ ع فقط (الشامزى ص ٢٠٦ ، العرابي ج ١ ص ٧٣) .

(٢) كلمة دعوى يقصد بها الشكوى بصريح نص المادة ٣ / ١ ج ، دز حسن المرصفاوى وأشار إلى نقض (١٩ / ٥ / ١٩٤١ مج ٥ ق ٢٥٩) .

الزوجة الزانية ، ومع هذا فالإجماع منعد (١) على أنه يشترط شكوى الزوج ضد الزوجة لمباشرة الدعوى الجنائية ضد الشريك لأن هذا الأخير يستمد إجرامه من الفاعل وهي الزوجة . وإثبات الجرم على الشريك يقتضى إثباته أولاً على الزوجة .

والمادة ٢٧٩ ع تنص على :

" من ارتكب مع امرأة أمراً مخرلاً بالحياء ولو في غير علانية "

والمادة ٢٩٢ ع التي تنص على :

" أى الوالدين أو الجددين لم يسلم ولد الصغير أو ولد زلده إلى من له الحق في طلبه بناء على قرار من جهة القضاء صادر بشأن حضائته أو حفظه ، وكذلك أى الوالدين أو الجددين خطفه بنفسه أو بواسطة غيره من لهم بمقتضى قرار من جهة القضاء حق حضائته أو حفظه . وكان ذلك بغير تحايل أو إكراه " .

والمادة ٢٩٣ ع :

" كل من صدر عليه حكم قضائي واجب النفاذ يدفع نفقة لزوجته أو أصهاره أو أجرة حضانة أو رضاعة أو مسكن ، وامتنع عن الدفع مع قدرته عليه لمدة ثلاثة شهور بعد التنبيه عليه بالدفع ولا ترفع الدعوى إلا بناء على شكوى صاحب الشأن " .

وتتناول المادة ٣٠٣ ع :

" القذف في حق الأفراد أو في حق موظف عام أو شخص ذي صفة نيابية عامة أو مكلف بخدمة عامة ، وكان ذلك بسبب أداء الوظيفة أو النيابة أو الخدمة العامة " .

والمادة ٣٠٦ ع :

" كل سب لا يشتمل على إسناد واقعة معينة بل يتضمن بأى وجه من الوجوه خدشاً للشرف أو الاعتبار " .

وتتناول المادة ٣٠٧ ع :

وقوع أحد الجرائم المنصوص عنها في المواد ١٨١ إلى ١٨٥ ع و ٣٠٣ ، ٣٠٦ بطريق النشر في إحدى الجرائم أو المطبوعات ، ٣٠٨ ع إذا تضمن العيب أو القذف أو السبب الذى ارتكب بإحدى الطرق المبينة في المادة ١٧١ ع طعناً في الأعراض أو خدشاً لسمعة العائلات .

وتنص المادة ٣١٢ ع والمعدلة بالقانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٤٧ على أنه :

(١) د. حسن صادق المرصفاوى في المرجع السابق .

" لا تجوز محاكمة من يرتكب سرقة إضرار بزواج أو زوجته أو أصوله أو فروعه إلا بناء على طلب المجنى عليه . وللمجنى عليه أن يتنازل عن دعواه بذلك في أية حالة كانت عليها الدعوى، كما أن له أن يقف تنفيذ الحكم النهائي على الجاني في أى وقت شاء " .

وتنص المادة ١١ في القانون رقم ١٣٤ لسنة ١٩٤٩ في شأن الأحداث المشردين بأنه :
" في الحالة (هـ) المنصوص عليها في المادة الأولى لا يجوز للنيابة العامة أن تطلب من المحكمة الحكم بأى تدبير ... إلا بناء على إذن سابق من ولى الحدث " .

هذا ويرجع في تفصيل هذه الجرائم وبيان أركانها وعقوباتها إلى قانون العقوبات الخاص أما فيما يتصل بتقييد حق النيابة في الدعوى الجنائية عن هذه الجرائم فسوف نستعرضه باختصار شديد بالنسبة لجرائم زنا الزوجة وزنا الزوج والسرقة بين الأصول والفروع وجرائم القذف والسب ثم نتبع ذلك ببحث مستقل عن قواعد تقديم الشكوى والتنازل عنها وأثر ذلك في الدعوى عن الجرائم موضوع البحث .

١- أثر الرضا في دعوى الزنا :

أ : الزوجة :

وجدنا أن المادة ٢٧٣ ع تنص على أنه " لا تجوز محاكمة الزانية إلا بناء على دعوى زوجها إلا أنه إذا زنى الزوج في المسكن المقيم فيه مع زوجته كالمبين في المادة ٢٧٣ ع لا تسمع دعواه عليها " .

وهكذا تشترط المادة لتحريك الدعوى العمومية عن جريمة زنا الزوجة تقديم دعوى الزوج . والمراد بالدعوى هنا الشكوى كما بينا سابقا وكما دل عليه نص المادة ٣ / ١ من قانون الإجراءات الجنائية . والحكمة من اشتراط تقديم الشكوى هنا أن الزنا يمس كيان الأسرة والشارع حريص على تدعيم كيانها وقد شرع العقاب على الزنا محافظة عليها لذا جعل تحريك الدعوى معلقا على مشيئة الزوج الذى هو رب الأسرة ليرى هل من صالح العائلة التسامح واسدال الستار على ما فرط من الزوج الآخر لعل الوفاق يدوم . وإذا لم يقدم الزوج الشكوى فلا تملك النيابة رفع الدعوى ، وإن رفعت كانت باطلة ، وإذا كان الجاني في جريمة الزنا قد ارتكب فعلا آخر إلى جانب جريمة الزنا وكان هذا الفعل يكون جريمة أخرى تتوافر أركانها دون حاجة لبقاء دعوى الزنا قائمة (حالة تعدد معنوى) فإن النيابة يمكنها ولولم يبلغ الزوج أن تبأشر الدعوى العمومية عن هذه الجريمة الثانية ولو طلب الزوج عدم رفع الدعوى خشية ثبوت الزنا وتسجيل الفضيحة^(١).

(١) ويوضح الأستاذ الدكتور محمد محى الدين عوض في مؤلفه عن القانون الجنائى إجراءاته في التشريع المصرى والسودانى ط ١٩٦٤ المطبعة العالمية ١٦ ، ١٧ ش ضريح سعد زغلول ج ١ هامش ١ ص ٦٥ ، بأن بعض الفقهاء ينادى بأنه تجب التفرقة بين الحالتين ، في حالة التعدد الصورى للفعل فإن كان وصف الزنا هو

وإذا قدم الزوج شكواه تسترد النيابة حريتها في تحريك الدعوى واستعمالها . ويجب أن يتوافر في الشاكي جميع شروطها التي سوف نبينها في المبحث المستقل بالشكوى . فيجب أن تقدم للنياية العامة أو أحد مأموري الضبط القضائي ، ويقوم مقام الشكوى من باب أولى رفع الدعوى مباشرة أمام محكمة الجناح . كما يشترط في الشكوى أن تكون صريحة سواء كان ذلك كتابة أو شفاهة ، ولا بد أن تقدم الشكوى ضد الزوجة الزانية وشريكها أو ضد الزوجة وحدها . ويجوز أن يتقدم بالشكوى وكيل الزوج بشرط أن يكون ذلك بتوكيل خاص وأن يكون لاحقا للحادث . وإذا كان سن الزوج أقل من خمس عشرة سنة أو محجورا عليه لعاهه في عقله فلوليه حق التبليغ لأن له الولاية على النفس دون الوصى لأن له حق الولاية على المال وإنما ينتقل الحق للنياية العامة (م ١٥ إجراءات) . وينتقل الحق في التبليغ إلى النيابة العامة أيضا إذا تعارضت مصلحة الزوج المجنى عليه مع مصلحة من يمثله كأن يكون هو الشريك الزانى أو يكون الشريك شديد القرابة به أما إذا كانت سن الزوج أكثر من ذلك أو كان محجورا عليه لسفه أو لحكم بعقوبة جنائية فله أيضا حق التبليغ ، ويشترط أيضا أن يكون الزواج قائما صحيحا وقت الشكوى فعلا أو حكما فلا تقبل الشكوى إذا كان الزوج قد بادر بتطليق زوجته طلاقا بائنا . أما إذا كان الطلاق بعد تقديم الشكوى وتحريك الدعوى فليس له تأثير عليها .

وتسقط دعوى الزنا أو يتمتع قيامها أصلا لأسباب هي :

١. نزول الزوج المجنى عليه عن حقه .
٢. عدم تقديم الشكوى خلال ثلاثة شهور من العلم بالجريمة ومرتكبها .
٣. حصول الزنا برضا الزوج .
٤. سبق ارتكاب الزوج جريمة الزنا .

١- نزول الزوج المجنى عليه عن حقه :

وذلك بنص المادة ٢٧٤ ع حيث تقول (للزوج ان يوقف تنفيذ الحكم الصادر بالعقوبة على زوجته الزانية وذلك إذا رضى معاشرتها له كما كانت) كما تنص المادة ١٠ إجراءات أيضا

الوصف الأشد امتنع رفع الدعوى عن الوصف الأخف إذا كان الزوج لم يقدم شكواه عن الزنا . أما إذا كان وصف الزنا هو الوصف الأخف فللنيابة تحريك الدعوى عن الوصف الآخر الأشد ، أما في حالة التعدد الحقيقي مع الارتباط فإن من المتفق عليه أن عدم تقديم الشكوى عن جريمة الزنا لا يمنع من تحريك الدعوى عن = الجريمة الأخرى فقد حكم بأن جريمة الاشتراك في تزوير عقد الزواج التي دين المتهم بها مستقلة في ركنها المادى عن جريمة الزنا التي اتهم بها فلا ضير على النيابة العامة إن هي باشرت حقا القانونى في الاتهام وقامت بتحريك الدعوى الجنائية ورفعها تحقيقا لرسالتها . وقد أشار في ذلك إلى (نقض ٨ ديسمبر ١٩٥٩ ، مجموعة أحكام النقض س ١٠ ص ٩٩٢ رقم ٢٠٤) .

على أن " لمن قدم الشكوى .. أن ينزل عنها في أى وقت إلى أن يصدر في الدعوى حكم نهائى وتنقضى الدعوى الجنائية بالنزول ... "

وهذه النصوص واضحة الدلالة في أن النزول عن الدعوى جائز في جميع مراحلها حتى يفصل فيها نهائيا . ويصح أن يكون النزول كتابة وشفاهة وكما يجوز أن يكون صراحة يجوز أن يكون ضمنا بأن يستنتج من تصرف الزوج وظروف الحال كأن يعود إلى معاشرته زوجته . او يراجعها بعد طلاق رجعى والنزول يعتبر دليلا قانونيا على عدم وقوع الزنا فهو يمنع من تحريك الدعوى واستمرار السير فيها سواء ضد الزوجة أو الشريك كما يودى إلى براءة المتهمين إذا كانت الدعوى في دور المحاكمة . وإذا حصل النزول عن الشكوى فلا يمكن الرجوع فيه . إذ يشترط في النزول أن يكون باتا فإذا كان معلقا على شرط صح النزول وبطل الشرط أخذا بقاعدة الأصلح للمتهم ، كما يجب أن يحصل النزول حال قيام الزوجية فعلا أو حكما فإذا طلق الزوج زوجته طلاقا بائنا فلا قيمة للنزول . خلافا لما يراه بعض الشراح من عدم اشتراط ذلك وقت النزول . كما أن النزول مقصور على الواقعة موضوع الدعوى ويجب حصوله بعد وقوعها ولا يسرى على الوقائع اللاحقة عليها . وتبقى الدعوى قائمة إذا توفي الزوج الشاكى وينتقل حقه في النزول إلى أولاده من الزوجة الزانية ذكورا كانوا أم إناثا . ويكفي حصوله من أيهم لى تنقضى الدعوى ويجب أن يكون ذلك قبل الفصل فيها نهائيا ، وأن يكون من الولد المباشر فلا يتعداه الحق إلى الحفيد وأن تكون سنة خمسة عشر عاما .

٢- عدم تقديم الشكوى خلال المدة المحددة :

تنص المادة ٣ / ٢ إجراءات على أنه " لا تقبل الشكوى بعد ثلاثة أشهر من يوم علم المجنى عليه بالجريمة وبمركبها " . فقد حدد القانون هذه المدة وجعل فواتها سببا لعدم قبول الشكوى من المجنى عليه ، لأن الشارع افترض أن الزوج قد نزل عن الشكوى بتغاضيه عنها طيلة هذه المدة . فإذا تقدم الزوج بشكواه بعد مضي تلك المدة لا تقبل منه ولا تتحرك بناء عليها الدعوى . وإذا حركت فعلا فللزوجة والشريك أن يدفعاها بهذا السبب فتحكم المحكمة بعدم قبولها . هذا كله إذا لم يكن الفعل مكونا لجريمة أخرى في نفس الوقت وإلا فإن الدعوى تظل قائمة مع طلب تغيير الوصف بمعرفة النيابة .

٣- رضا الزوج مقدما بالزنا :

يرى الفقهاء في فرنسا أن رضا الزوج مقدما بزنا زوجته لا يبيح الفعل ولا يحرم الزوج من حق الشكوى وكل ما هناك أن المحكمة تجد فيه ظرفا قضائيا يدعو إلى تخفيف العقاب^(١) على حين ينص القانون الإيطالي على عدم معاقبة الزوجة إذا كان الزوج قد أوعز لها أو حرصها على الفسق أو استفاد بأية طريقة كانت من ارتكابها الفسق . ومن ثم فلا يجوز في هذه الحالات محاكمة الزوجة ولا تسمع دعوى الزوج كما لا تقبل شكواه ضدها (م ٥٦١ إيطالي^(٢)) وقد جرى القضاء المصري في هذه لحالة على عكس القضاء الفرنسي ، ففي حكم لمحكمة مصر الكلية جاء ما يلي " أن جريمة الزنا هي في الحقيقة والواقع جريمة في حق الزوج المتلوم شرفه، فإذا ثبت أن الزوج كان يسمح لزوجته بالزنا بل انه قد اتخذ الزواج حرفة يبغي من ورائها العيش مما تكسبه زوجته من البغاء ، فإن مثل هذا الزوج لا يصح أن يعتبر زوجا حقيقة ، بل هو زوج شكلا ، لأنه فرط في أهم حق من حقوقه وهو اختصاص الزوج بزوجته ، وما دام قد تنازل عن هذا الحق الأساسي المقرر أصلا لحفظ كيان العائلة وضبط النسب فلا يصح بعد ذلك أن يعترف به كزوج ولا يبقى له من الزوجية سوى ورقة عقد الزواج ، أما زوجته فتعتبر في حكم غير المتزوجة ولا يقبل منه كزوج أن يطلب محاكمة زوجته أو أحد شركائها إذا زنت وإلا كان هذا الحق متروكا لأهوائه يتخذه وسيلة لسلب أموال الزوجة وشركائها كلما عن له بواسطة تهديدهم بالفضيحة^(٣) " وفي حكم لمحكمة النقض " أن الحكمة التي تغياها الشارع من غل يد النيابة عن تحريك الدعوى في جريمة الزنا ، وهي الحفاظ على العائلة وسمعتها ، لا تقوم إذا كان ارتكاب الزنا بعلم الزوج ورضاه مما يسقط حقه فيما فرضه الشارع لحمايته وعائلته^(٤) " ولم يرد في أسباب القضاء سند قانوني يحدد هل الحكم قد اعتبر عدم رضا المجنى عليه ركنا في جريمة الزنا أو اعتبر رضا المجنى عليه مبيحا للزنا ؟ ويرى الدكتور محمود محمود مصطفى^(٥) أن الصحيح في ذلك هو " أن رضا المجنى عليه لا يمنع من قيام جريمة الزنا بمعنى أن عدم الرضا لا يعد ركنا فيها ، كذلك لا يعتبر الرضا سبب لإباحة الزنا ، لأن المصلحة العامة في صيانة الحقوق الزوجية تعلق على المصلحة الخاصة للزوج المجنى عليه ،

(١) د. محمود محمود مصطفى ، المرجع السابق الإشارة إليه ص ٨٣ ، وانظر جارسون في تعليقاته على المادتين ٣٣٦ ، ٣٣٧ بند ١٢٢ ، ١٢٣ ، جaro عقوبات ج ٥ بند ١١٦٧ فستان هيلي ج ٢ رقم ٧٧٩ ، شوفو وهيلي ج ٤ رقم ١٦٤٧ ، وانظر أيضا السين ٨ يناير ١٩٢٠ دالوز ١٩٢١ ، ٢ ، ١٦ ، وينص القانون .

(٢) د. محمود محمود مصطفى ، المرجع السابق ، هامش (٢) ص ٨٣ .

(٣) مصر الكلية ٩ مارس ١٩٤١ المحاماه س ٢١ رقم ٤٣٦ ص ١٠٣٩ ، وانظر أيضا الموسكى الجزئية ١٤ أكتوبر ١٩٠٤ ، الحقوق س ١٦ ص ٢٨٥ .

(٤) نقض ١٥ فبراير ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض س ١٦ رقم ٢٨ ص ١٢٤ .

(٥) في شرح قانون الإجراءات الجنائية ط ١٠ سنة ١٩٧٠ ص ٨٤ .

إذ تتصل بصيانة الأسرة وهي نواة المجتمع ، وإذا كان القانون يعلق رفع الدعوى في الزنا على إرادة الزوج المجنى عليه فمرد ذلك ان مصلحة الأسرة نفسها قد تقتضى عدم رفع الدعوى فترك للزوج تقدير هذه المصلحة (١).

وليس في القانون المصرى ما يحرم الزوج المجنى عليه من الشكوى إذا كان قد رضى بالزنا عند وقوعه (٢).

وتقتضى المصلحة بحرماته من هذا الحق ويكون للنيابة عندئذ أن ترفع الدعوى (٣). ويلاحظ الدكتور محمد محى الدين عوض (٤) أن الزوج في هذه الحالة قد يقع هو نفسه تحت طائلة العقاب طبقاً للمادة ٦ فقرة ب من القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦١ بشأن مكافحة الدعارة لأنه استغل بغواء زوجته . ويرى أن شراح القانون المصرى في ميلهم إلى الرأى الذى أخذت به المحاكم بأنه لا عقاب على الزنا إذا حصل بتواطؤ من الزوج يحتجون بالحجج الآتية :

أ (إذا كان الرضا اللاحق أى النزول عن الشكوى يكفي لاسقاط الدعوى فمن باب أولى يجب أن يكون للرضا السابق نفس الأثر .

ب) لأنه من السخرية أن يسمح للزوج في هذه الحالة برفع دعوى الزنا لينأى لشرفه وهو الذى فرط مقدماً في عرضه .

جـ (القول بغير ذلك يضع سلاحاً خطراً في يد أشخاص لا خلاق لهم يمكنهم من التحكم وابتزاز مال الغير (الزوجة وشركائها) .

د (الرأى العكسى يؤدى إلى نتيجة قانونية لا يستبينها المنطق . وهى أن الزوج يعتبر في حالة تحريك الدعوى شريكاً بالاتفاق والمساعدة وكيف يكون هذا وهو في مكانه أن ينزل عن الشكوى فيمحوا أثر الجريمة .

كما يرى الدكتور محمد محى الدين عوض أن انتهاء هذه المسألة الخلافية يكون بوضع نص قانونى صريح كما فعلت بعض التشريعات وجعلت من عدم الرضا شرطاً لقيام الجريمة (٥).

(١) نقض ١٩ مايو سنة ١٩٤١ مجموعة القواعد القانونية ج ٥ رقم ٢٥٩ ص ٤٧١ .

(٢) وفي هذا المعنى جنح السين ٨ يناير ١٩٢٠ دالوز ١٩٢١ / ٢ / ١٦ .

(٣) وقد نصت المادة ٣٨٣ / ٢ من مشروع قانون العقوبات على أنه " لا تسمع شكوى الزوج إذا كان قد سبق الحكم عليه في زنا ارتكبه حال قيام الزوجية . أو إذا كان الزنا قد تم برضاه " .

(٤) القانون الجنائى اجراءاته في التشريعين المصرى والسودانى ط ١٩٦٤ ج ١ ص ٧١ .

(٥) ويشير بذلك إلى م ٤٣٢ . ٤٣٣ من قانون العقوبات السودانى إذ تنص المادة ٤٣٣ من مشروع قانون العقوبات على أنه " لا يجوز تحريك الزنا إلا بناء على شكوى الزوج ، إلا أنه إذا زنا الزوج في منزل الزوجية فلا تسمع شكواه أو دعواه على زوجته إذا زنت ، ولا تقبل شكوى من الزوج الذى تم الزنا برضاه أو بعد انقضاء ثلاثة أشهر على اليوم الذى اتصلت فيه الجريمة بعلمه أو إذا رضى باستئناف الحياة الزوجية " .

٤_ ارتكاب الزوج جريمة الزنا :

تنص المادة ٢٧٣ ع على أنه (إذا زنى الزوج في المسكن المقيم فيه مع زوجته كالمبين في المادة ٢٧٧ لا تسمع دعواه عليها) .

فللزوجة أن تدفع الزنا عليها بحصول زنا الزوج ، ولكي يكون هذا الدفع صحيحاً فلا بد أن يحصل زنا الزوج والزوجة قائمة فعلاً أو حكماً ، وأن يحصل في منزل الزوجية ، ولا يشترط سبق صدور حكم على الزوج في جريمة الزنا ، بل يكفي أن تدفع الزوجة بهذا الدفع وأن تثبت أنه كما لا يشترط أن يكون زنا الزوج سابقاً على زنا الزوجة ، بل يجوز لها أن تدفع بزنا في منزل الزوجية بعد شكواه ضد زوجته ، ونظراً لإطلاق نص المادة ٢٧٣ وعمومه فقد اختلف الشراح في المادة التي يظل فيها دعوى الزنا ضد الزوجة غير مقبولة لهذا السبب ؟ فيرى البعض أن للزوجة أن تدفع الدعوى ضدها بارتكاب زوجها للزنا مهما طالبت المدة بشرط ألا تكون الجريمة قد سقطت بمضى المدة أو بالعفو مثلاً ، ويرى كثير من الشراح كما هي أحكام المحاكم أنه يجب أن تكون جريمة الزوجة معاصرة أو مقاربة لجريمة الزوج (١).

عفو الزوج بعد الحكم بالعقوبة :

تنص المادة ٢٧٤ / ٢ على أن " المرأة المتزوجة التي ثبت زناها يحكم عليها بالحبس مدة لا تزيد على سنتين لكن لزوجها أن يوقف تنفيذ هذا الحكم برضائه معاشرتها له كما كانت " فللزوجة أن يوقف تنفيذ الحكم الصادر على زوجها الزانية برضائه معاشرته له كما كانت . ولا يكون هذا العفو إلا حال قيام الزوجية . ولا يستفيد من هذا العفو شريك الزوجة الزانية لأن ارتباط حظه بالزوجة ينتهي بصدور حكم نهائي في الدعوى .

ب (زنا الزوج :

تنص المادة ٢٧٧ ع على أن :

" كل زوج زنى في منزل الزوجية ، وثبت عليه هذا الأمر بدعوى الزوجة يجازى بالحبس مدة لا تزيد على ستة شهور "

فلا تجوز محاكمة الزوج الذي يزنى في منزل الزوجية إلا بناء على شكوى زوجته . ويشترط في هذه الشكوى ما اشترط في شكوى الزوج . وبتقديم شكوى الزوجة تسترد النيابة حريتها في تحريك الدعوى ومباشرتها . وللزوجة حق النزول فقط عن شكواها قبل زوجها الزاني لما نصت عليه المادة ١٠ اجراءات من أنه " لمن قدم الشكوى .. أن ينزل عنها في أى وقت إلى أن يصدر في الدعوى حكم نهائي وتنقضى الدعوى الجنائية بالنزول " ولكن ليس

(١) ويرى الدكتور محمد محي الدين عوض أنه الرأي الراجح في المرجع السابق الإشارة إليه ص ٧٠ ويشير إلى شرح الإجراءات الجنائية للدكتور محمود مصطفى ط ٦ ص ٧٠ رقم ٦٩ .

للزوجة إيقاف تنفيذ الحكم الصادر ضد الزوج إذ لا يوجد نص في جريمة زنا الزوج يقابل نص المادة ٢٧٤ ع الذى يخول الزوج المجنى عليه حق وقف تنفيذ الحكم الصادر ضد زوجته الزانية .

وإذا توفيت الزوجة صاحبة الشكوى فلكل واحد من أولادها من الزوج المشكو منه أن ينزل عن الشكوى فتقضى الدعوى بهذا النزول .

وليس للزوج الزانى دفع دعوى الزوجة بسبق ارتكابها جريمة الزنا لأن هذا الدفع لم يقرره الشارع إلا للزوجة الزانية قبل زوجها . وإنما للزوج أن يدفع بالنزول ، وكذا بفوات مدة أكثر من ثلاث شهور ، ولا يؤثر وفاة الزوجة أو طلاقها بعد الشكوى على الدعوى العمومية . أما الزوج الزانى إذا طلق زوجته قبل الشكوى طلاقاً بائناً فإنه يفلت من العقاب لأنه يشترط أن تقدم الشكوى من الزوجة ، ولا يتحقق ذلك إلا أثناء قيام الزواج ، وجريمة الشريكة مرتبطة بجريمة الزوج الزانى يفيدته ويسئ إليها ما يسئ إليه .

٢- أثر الرضا في دعاوى السرقة بين الأزواج والأصول والفروع :

تقدم أن المادة ٣١٢ ع تنص على أنه :

" لا تجوز محاكمة من يرتكب سرقة اضراً بزوجه أو أصوله أو فروعه إلا بناء على طلب المجنى عليه . وللمجنى عليه أن يتنازل عن دعواه في أية حالة كانت عليها كما له أن يقف بتنفيذ الحكم النهائى على الجانى في أى وقت شاء " .

السرقة بين الأزواج :

لكى يسرى على هذا النوع من الجرائم ما يسرى على الجرائم التى نحن بصدددها من اشتراط شكوى المجنى عليه لتحريك الدعوى الجنائية عنها ، فلا بد أن تكون هناك سرقة بأركانها المعروفة في قانون العقوبات وأن تكون الزوجية قائمة فعلاً أو حكماً عند وقوعها . وعند تقديم الشكوى ، وعند حصول النزول عنها ، وعند وقف تنفيذ الحكم ، ويشترط في الشكوى ما تقدم من شروط .

وإذا توفي الزوج الشاكى فليس لأولاده من الزوج السارق أن ينزلوا عن الشكوى كما هو الحال في دعوى الزنا بل تظل الدعوى قائمة قبله ويمتنع النزول عنها لوفاة صاحب الحق فيه .

السرقة بين الأصول والفروع :

كما يجب أن تكون هناك سرقة بأركانها من فرع أى ابن أو ابن ابن وإن سفل على مال أصول له أى أب أو جد وإن علا أو العكس بأن تكون من أصل على مال فرعه . ولا بد من شكوى بشروطها السابق بيانها لتحريك الدعوى ، وإذا كان المجنى عليه لم يبلغ الخامسة عشرة أو بلغها ولكنه مصاب بعاقة في عقله فإن الشكوى تقدم من الولى فإن لم يوجد تقبل من الوصى أو القيم (م ٥ اجراءات) فإن تعارضت المصلحة بين المجنى عليه ومن يمثله بأن يكون هو

السارق مثلا تقوم النيابة العامة مقامه (م ٦ اجراءات) ، ويشترط أن يكون المال محل السرقة ملكا خاصا لمن تقدم ذكرهم ، أما إذا كان يشترك في ملكية المال غير هؤلاء فلان الدعوى تتحرك دون حاجة إلى شكوى لتعلق حق الغير بالمال ، وإذا اشترك في السرقة غير هؤلاء فلا تشترط الشكوى إلا بالنسبة للزوج أو الابن أو الأب . أما غيرهم سواء كانوا فاعلين أو شركاء فلا يحتاج لتحريك الدعوى ضدهم إلى شكوى .

والنزول عن الشكوى في هذا النوع من الجرائم له طابع شخصي فلا يستفيد منه سوى الأشخاص المحددين في المادة .

٣- أثر الرضا في دعاوى القذف والسب :

القذف : هو إسناد أمور محدودة (علنا) إلى شخص وقعت منه أو نسبت إليه ولو كذبا ويكون من شأنها لو صحت عقابه قانونا أو تحقيره عند أهل الوطن^(١). كأن يقول سرق فلان من فلان كذا .

السب : هو إسناد أمور غير معينة إلى شخص ويكون من شأنها خدش الشرف أو الاعتبار ، أو هو نسبة عيب إليه لا واقعة معينة يكون من شأنه أن يخدش الشرف أو الاعتبار ، والشرف هو قيمة الإنسان لدى نفسه ، والاعتبار هو قيمته وسمعته لدى الناس^(٢) " كيا حرامى " ويا حيوان" العيب : هو كل نقص في صفات المجنى عليه أو أخلاقه أو سيرته يخدش الشعور أو يعتبر إخلالا بالواجب وهو بهذا التعريف يشمل القذف والسب^(٣).

وهذه الجرائم تتعلق بشرف الشخص واعتباره . ولذلك علق الشارع تحريك الدعوى الجنائية فيها على شكوى المقتوف في حقه أو من ناله السب في شرفه وسمعته . ونص عليها في المواد : ١٨٥ ، ٣٠٢ ، ٣٠٣ ، ٣٠٦ ، ٣٠٧ ، ٣٠٨ من قانون العقوبات وينطبق على الشكوى هنا ما ينطبق عليها من قواعد وشروط سواء في تقديمها أو التنازل عنها .

وتوقف تحريك الدعوى الجنائية على شكوى المجنى عليه في جريمة سب أو قذف الموظف العمومي أو ذى الصفة العامة بسبب تأدية الوظيفة هو محل انتقاد ، لأن المجنى عليه في هذه الجريمة هو كرامة الوظيفة وحق الدولة في هذه الكرامة يفترض فيه أنه حق عام غير قابل

(١) د. محمد محي الدين عوض في المرجع السابق الإشارة إليه ويشير إلى أن المادة ٥٠٩ من المشروع الجديد عرفت القذف والسب بقولها " القذف هو إسناد واقعة إلى الغير من شأنها أن تجعله محلا للعقاب أو الإزدراء والسب هو رمى الغير بما يخدش شرفه أو اعتباره دون أن يتضمن ذلك اسناد واقعة معينة " .

(٢) المرجع السابق الإشارة إليه .

(٣) المرجع السابق ويشير إلى المسؤولية الجنائية للدكتور محمد القللى ، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص للدكتور محمود مصطفى .

للتصرف فيه ، وحين تكون الواقعة المقدوف بها صحيحة يمتنع العقاب لأن البوح بها علنا يعتبر وقتئذ استخداما لحق (١).

ثالثا : قواعد الشكوى :

بعد أن بينا الحالات التي يتوقف تحريك الدعوى الجنائية فيها على شكوى من المجنى عليه سوف نبين هنا قواعد تقديم هذه الشكوى وأثرها في مطلب أول ثم حق التنازل عن الشكوى وأثره في مطلب ثان .

١- قواعد تقديم الشكوى وأثارها :

١- قواعد تقديم الشكوى :

الشكوى : هي تبليغ المجنى عليه أو وكيله الخاص النيابة العامة أو أحد مأموري الضبط القضائي عن جريمة معينة وقعت عليه لمباشرة الإجراءات القانونية (٢) وهي بذلك تختلف عن البلاغ العادي عن الجرائم التي أشارت إليه المادة ٢٥ إجراءات . فالشكوى لا تكون إلا من المجنى عليه أو وكيله الخاص ، وهي جوازية دائما في حق المجنى عليه لما رآه الشارع من تلك الجرائم المتوقعة عليها تمس صالح المجنى عليه أكثر مما تمس صالح المجتمع فغلب فيها حق الفرد على المجموع . أما البلاغ فهو إخطار يقدمه أى شخص إلى السلطات المختصة بضبط الجرائم عن وقوع جريمة ما ولا يشترط في مقدمة أن يكون المجنى عليه أو من يقوم مقامه ، وكما أنه يكون جائزا بالنسبة لأحد الناس إذا علموا بوقوع جريمة تستطيع النيابة رفع الدعوى عنها بغير شكوى أو طلب (م ٢٥ إجراءات) قد يكون واجبا كما هو بالنسبة للموظفين العموميين أو المكلفين بخدمة عامة أثناء تأدية عملهم أو بسببه إذا علموا بوقوع جريمة من الجرائم التي يجوز للنسبة العامة رفع الدعوى عنها بغير شكوى أو طلب (م ٢٦ إجراءات) والشكوى التي تطلبها المادة ٣ إجراءات ، لا يشترط فيها شكل خاص ، فقد تكون شفوية كما تكون كتابية إلا أنه يلزم أن تكون الشكوى صريحة واضحة غير مشوبة بغموض أو تردد . وبعد في حكم الشكوى الشفوية استغاثة المجنى عليه الصريحة من الجاني في حضور أحد مأموري الضبط القضائي . كما يلزم أن تكون الشكوى باتة غير معلقة على شروط وإلا فلا يعتد بها ، كأن يشكو المجنى عليه في السبب الجاني إذا لم يعتذر علنا .

(١) د. رمسيس بهنام في النظرية العامة للقانون الجنائي ط ١٩٦٨ ص ٣٩٠ ، نفس الكتاب للمؤلف ط ٣ سنة ١٩٧١ مكتبة جمعية الاقتصاد والتشريع المصري الأول تحت رقم ١١٢٨٤ والثاني تحت رقم ١٣٥٢٤ .

(٢) د. رؤف عبد في مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري ط ٧ سنة ١٩٦٨ ص ٦٢ ، د. محمود محمود مصطفى في شرح قانون الإجراءات الجنائية ط ١٠ سنة ١٩٧٠ ص ٧٧ ، د. حسن صادق المرصفاوى في أصول الإجراءات الجنائية ١٩٧٢ ص ٦٩ ، د. محمد محي الدين عوض في القانون الجنائي في التشريعين المصري والسوداني ، ط ١٩٦٤ ج ١ ص ٥٣ .

وتقدم الشكوى إلى النيابة العامة أو أحد مأموري الضبط القضائي ، كما يجوز تقديمها لمن يكون حاضرا من رجال السلطة العامة في حالة التلبس^(١) (المادتان ٣ ، ٣٩) كما يعد بمثابة شكوى مقدمة إلى جهة مختصة رفع دعوى مباشرة من المجنى عليه الذي أصابه ضرر من الجريمة أمام المحكمة الجنائية^(٢). ولا يعد شكوى بالمعنى المقصود رفع دعوى اللعان أمام محكمة الأحوال الشخصية بإنكار نسب الطفل ، أو تقديم شكوى إلى رئيس المصلحة الإدارية وكما تنص المادة ٣ / ٢ إجراءات " لا تقبل الشكوى بعد ثلاثة أشهر من يوم علم المجنى عليه بالجريمة وبمركبها مالم ينص على خلاف ذلك " ويبدأ سريان هذه المدة من يوم علم الشاكي بالجريمة ومركبها ، فلا يكفي العلم بالجريمة فقط كما لا يشترط العلم اليقيني بالجاني بل يكفي العلم الظني أى العلم به على سبيل الشبهة المبنية على أسباب مقبولة . واشترط هذه المدة القصيرة ترجع الحكمة فيه إلى عدم ترك المتهم تحت رحمة المجنى عليه مدة طويلة قد تكون الشكوى خلالها وسيلة للتهديد أو للإنتقام ، ومرور المدة دون أن تقدم الشكوى قزينة لدى القضاء الجنائي على عدم وقوع الجريمة لا تقبل إثبات العكس .

ويجب أن تقدم الشكوى ضد شخص معين بأنه مرتكب الجريمة ، ولا يشترط تعيينه بالإسم بل يكفي الإشارة إليه بوصفه أو صفته كما أنه ليس من الضروري أن يكون الإسناد مبنيا على الجزم واليقين ، بل يكفي أن يكون هناك من الدلائل والشبهات المقبولة عقلا ما يوحى بأن شخصا معينا هو مرتكب الجريمة والتثبت أو التأكيد متروك لسلطات التحقيق والنيابة العامة . وإذا تعدد المتهمون كانت الشكوى المقدمة ضد أحدهم مقدمة ضد الباقيين (م ٤ / ٣ إجراءات) غير أن شكوى الزوج في جريمة الزنا يجب أن تقدم ضد الزوجة والشريك أو ضد الزوجة أما إذا قدمت ضد الشريك ، فإن هذا يعتبر نزولا بالنسبة للزوجة يستفيد منه الشريك .

وكما سبق أن بينا يجب أن تكون لشكوى صادرة من المجنى عليه نفسه أو من وكيله الخاص ، فحق التبليغ هنا شخصي للمجنى عليه ولذلك فهو لا ينتقل إلى ورثته بعد مماته أما إذا مات بعد تقديم الشكوى فلا يؤثر ذلك على سير الدعوى العمومية ، وفي حالة تعدد المجنى عليهم يكفي أن تقدم الشكوى من أحدهم (م ٤ / ١ إجراءات) وتنص المادة ٥ على أنه " إذا كان المجنى عليه في الجريمة لم يبلغ خمس عشرة سنة كاملة أو كان مصابا بعاهة في عقله تقدم الشكوى ممن له الولاية عليه . وإذا كانت الجريمة واقعة على المال تقبل الشكوى من الوصي أو القيم وتتبع في هاتين الحالتين جميع الأحكام المتقدمة الخاصة بالشكوى " ويتبين من النص أنه يشترط لصحة الشكوى أن تكون سن مقدمها خمس عشرة سنة وأن يكون مدركا . وإلا فتقدم من

(١) د. محمود محمود مصطفى ، المرجع السابق ص ٨٧ .

(٢) نقض ٦ فبراير ١٩٥٦ مجموعة احكام النقض س ٧ رقم ٤٧ ص ١٣٨ .

وليه أو الوصى أو القيم ، وبالنسبة للمحجور عليه لفسه أو المفلس أو المحكوم عليه بعقوبة جنائية تقبل الشكوى منهم مباشرة دون تدخل من أحد لتوفر شرطى السن والإدراك في كل منهم . أما إذا لم يكن للمجنى عليه من يمثله أو كان هناك من يمثله وتعارضت مصلحته مع مصلحة المجنى عليه بأن يكون هو نفسه المتهم أو شريكا له أو يكون هو المسئول عن الحقوق المدنية للمجنى عليه ، فإن النيابة العامة تقوم مقامه كما هو نص المادة ٦ إجراءات " إذا تعارضت مصلحة المجنى عليه مع مصلحة من يمثله أو لم يكن له من يمثله تقوم النيابة العامة مقامه " ، والحق في الشكوى شخصى بحت فلا يورث وتنص على ذلك المادة ٧ / ١ إجراءات " ينقضى الحق في الشكوى بموت المجنى عليه " كما أنه إذا حدثت الوفاة بعد تقديم الشكوى فلا يؤثر ذلك على سير الدعوى كما هو نص المادة ٧ / ٢ إجراءات " إذا حدثت الوفاة بعد تقديم الشكوى فلا تؤثر على سير الدعوى " .

ويشترط في جريمة الزنا شرط خاص لا يشترط في غيرها من الجرائم هو أنه إذا كان الزوج قد سبق أن زنا في المسكن المقيم فيه مع زوجته فلا تسمع دعواه عليها ومن ثم يسقط حقه في الشكوى قبلها ، وتنص المادة ٢٧٣ ع على أنه " لا يجوز محاكمة الزانية إلا بناء على دعوى زوجها ، إلا أنه إذا زنى الزوج في المسكن المقيم فيه مع زوجته كالمبين في المادة ٢٧٧ لا تسمع دعواه " والعلة في هذا أن الزوج يصبح بارتكابه الزنا غير أهل لتقديم شكوى ضد زوجته فهو قدوة العائلة^(١) . وهذه القاعدة غريبة على القانون الحديث إذ أنها تأخذ بمبدأ المقاصة في الجرائم فكأنها تبيح للزوجة الزنا مقابل زنا زوجها السابق^(٢) ، ولا يصح للزوج المتهم بالزنا أن يدفع بسبق ارتكاب زوجته نفس الجريمة لأن الزوج هو قدوة الزوجة لا العكس . وعلى هذا إجماع الشراح^(٣) .

ب - آثار تقديم الشكوى :

في الجرائم التي يتوقف حق النيابة في تحريك دعواها على تقديم شكوى من المجنى عليه ، تكون النيابة ممنوعة من رفع الدعوى أو اتخاذ أى إجراء فيها قبل تقديم شكوى من المجنى عليه أو وكيله الخاص ، فإذا باشرت النيابة أى إجراء فيها كان باطلا بطلانا مطلقا وهذا البطلان من النظام العام لمخالفتها نصوص القانون فيما يتعلق بتلك الدعوى ، وإذا أقامت النيابة الدعوى كان على المحكمة أن تقضى بعدم قبولها من تلقاء نفسها ، وكذلك تقضى ببطلان جميع الإجراءات السابقة على الشكوى . ولا يصح هذا البطلان الشكوى اللاحقة لرفع الدعوى أو حتى تدخل

(١) د. محمود محمود مصطفى ، المرجع السابق الإشارة إليه ص ٨٥ .

(٢) د. رؤف عبيد المرجع السابق الإشارة إليه ص ٦٥ ، راجع ج ٥ فقرة ٢١٦٧ .

(٣) المراجع السابق الإشارة إليها . راجع ج ١١٦ ، ١١٧ وشوفو وهيلي ج ٤

فقرة ١٦٣٩ .

المجنى عليه بصفة مدع بالحق المدنى فيها . وللمتهم أن يدفع بالبطلان في أية حالة كانت عليها الدعوى . كما أن الحكم الصادر في هذه الدعاوى يكون باطلا إذا لم يشر إلى تقديم شكوى من المجنى عليه أو وكيله الخاص ، إلا أن المادة ١ / ٢ إجراءات قد نصت على أنه " فسي جميع الأحوال التى يشترط فيها لرفع الدعوى الجنائية تقديم شكوى أو الحصول على إذنه أو طلب من المجنى عليه أو غيره لا يجوز اتخاذ إجراءات التحقيق فيها إلا بعد تقديم هذه الشكوى أو الحصول على هذا الإذن أو الطلب على أنه في الجريمة المنصوص عليها في المادة ١٨٥ ع (سب الموظفين) وفي الجرائم المنصوص عليها في المواد ٣٠٣ (القذف) ، ٣٠٦ (السب) ، ٣٠٧ (السب أو القذف عن طريق النشر في الصحف) ، ٣٠٨ (السب أو القذف إذا تضمن طعنا في الأعراض أو خدشا لسمعة العائلات) من القانون المذكور إذا كان المجنى عليه فيها موظفا عاما أو شخصا ذا صفة نيابية عامة أو مكلفا بخدمة عامة وكان ارتكاب الجريمة بسبب أداء الوظيفة أو النيابة أو الخدمة العامة يجوز اتخاذ إجراءات التحقيق فيها دون حاجة إلى شكوى أو طلب أو إذن .

وبعد تقديم الشكوى فعلا من المجنى عليه أو وكيله الخاص يعود للنيابة حقها وتسترد كامل حريتها في اتخاذ كل ما تملكه من تصرفات في الدعاوى العامة ، فلها أن تبأشر إجراءات جمع الاستدلالات والتحقيق وتقديم الدعوى إلى محكمة الموضوع أو التقرير فيها بأن لا وجه لإقامتها . والشكوى من المجنى عليه تنصب على الواقعة الجنائية لا على وصفها القانونى ، فللنيابة كما للمحكمة من باب أولى حق تغيير وصف الواقعة الجنائية من سرقة إلى نصب مثلا دون استئذان المجنى عليه أو طلب شكوى جديدة منه .

وقد أثير الخلاف حول مدى حق النيابة في تحريك الدعوى وتوقف ذلك على شكوى من المجنى عليه في حالتي التلبس أو ارتباط جريمة تلزم فيها الشكوى بأخرى لا تلزم فيها ، وسوف نبين الموقف في الحالتين .

إرتباط جريمة تلزم فيها الشكوى بأخرى لا تلزم فيها :

حالة التعدد المعنوى :

والغرض في هذه الحالة هو أن تكون النيابة ازاء جريمة واحدة تخضع لأكثر من وصف قانونى كأن تقع جريمة الزنا من الزوجة ولا يتقدم الزوج المجنى عليه بالشكوى و فهل للنيابة أن تقدم للمحاكمة شريك الزوجة الزانية عن جريمة دخول بيت مسكون بقصد ارتكاب جريمة (م ٣٧٠ ع) ؟ اختلفت أحكام النقض في ذلك فذهبت محكمة النقض في بعض قضائها إلى انكار حق النيابة في هذا الشأن ، لأن البحث في الجريمة التى لا يتطلب فيها تقديم شكوى وهى هنا دخول

بيت مسكون بقصد ارتكاب جريمة ، سوف يؤدي إلى البحث في مسألة الزنا التي امتنع رفع الدعوى فيها ومن غير المعقول أن تثار بطريقة أخرى في وجه الشريك وحده (١).

وذهب جانب آخر من قضاء النقض على عكس ذلك باطلاق حق النيابة في تحريك الدعوى العمومية بالوصف الذي لا تلزم فيه شكوى ، فقضت بصحة أخذ المتهم بجريمة دخول منزل بقصد ارتكاب جريمة " سواء كانت نية المتهم الإجرامية من دخول منزل غيره قد تعينت بما ظهر من رغبته في ارتكاب الزنا أم كانت لم تتعين ، فالعقاب واجب في الحالتين (٢) " كما قضت أيضا بأن دخول منزل بقصد ارتكاب جريمة يعاقب عليه المتهم ، ولو كان بقصد ارتكاب جريمة زنا لم تقع بدون حاجة إلى شكوى من الزوج (٣).

وهذا الاتجاه الأخير لأحكام النقض في مصر هو ما يميل إليه أكثر الشراح في فرنسا (٤).

حالة التعدد المادي :

ويفترض فيها وقوع عدة جرائم ، لا يتقيد حق النيابة في تحريك بعضها بتقديم شكوى من المجنى عليه ، ويتقيد حقها في البعض الثاني بتقديم شكوى ، فإذا انعدم الارتباط بين هذه الجرائم فإقتياد حق النيابة يكون مقصورا على الجريمة التي يلزم فيها شكوى دون غيرها . وكذلك الحكم فيما إذا كان بين الجرائم المتعددة ارتباط وكان وقوعها لغرض واحد (م ٣٢ / ٢ ع) كما لو وقعت من الزوج جريمة زنا واعتداء على زوجته بالضرب ارغاما لها على السكوت أو ان تقع من الابن جريمة سرقة واعتداء على الأصل بالضرب للفرار منه بعد التخلي عن المسروقات . ففي هاتين الحالتين يجوز للنسبة تحريك الدعوى عن الضرب دون تقييد بتقديم شكوى من الزوجة في جريمة الزنا أو من الأصل عن الشروع في السرقة ، وكذلك قيد الشكوى مقصور على جريمة الزنا دون الاعتبار على ممارسة الدعارة في حالة اجتماعهما بالنسبة لامرأة واحدة (٥).

(١) د. رؤف عبيد ، المرجع السابق الإشارة إليه ص ٦٨ ، راجع نقض ٦ / ٣ / ١٩٣٣ القواعد القانونية ج ٣ رقم ٩٧ ص ١٤٨ و ٣ / ٢ / ١٩٣٥ رقم ٤١٧ س ٥٢٦ .
(٢) نقض ١٧ / ٢ / ١٩٣٤ القواعد القانونية ج ٣ رقم ٢٠٢ ص ٤٠٤ .
(٣) نقض ١٨ / ١٠ / ١٩٤٩ أحكام النقض س ١ رقم ١ ص ١ و ١٣ / ٢ / ١٩٦١ س ١٢ رقم ٣٣ ص ٢٠٦ .

(٤) د. رؤف عبيد المرجع السابق ص ٦٩ ، راجع جارو عقوبات ج ٥ فقرة ٢١٦٥ وجارسون م ٣٣٦ ، ٣٣٧ فقرة ٤٩ ، شوفو وهيلي ج ٤ فقرة ١٦٤٨ .

(٥) نقض ١٥ / ٢ / ١٩٦٥ ، أحكام النقض س ١٦ رقم ٢٨ ص ١٢٤ .

وكذلك الحكم أيضا إذا تحقق التعدد المادى مع الارتباط وكانت احدى الجريمتين تعد ظرفا مشددا للآخرى كالسرقة بالإكراه من الزوج أو الأصل أو الفرع ، فيجوز للنيابة تحريك الدعوى عن واقعة الإكراه ولولم تقدم الشكوى من المجنى عليه عن واقعة السرقة .

الشكوى وحالة التلبس :

وقد أثير الخلاف حول حق النيابة في المبادرة إلى التحقيق في حالة التلبس بالنسبة للجرائم التى يلزم فيها شكوى من المجنى عليه دون انتظار لتقديم الشكوى ، وبصفة مؤقتة حق لا تتبدد أدلة الجريمة وتضيق معالمها ، وقد حسمت هذا الخلاف المادة ٣٩ من القانون الحالى والمعدلة بالقانون رقم ٤٢٦ لسنة ١٩٥٤ ، التى نصت على أنه " فيما عدا الأحوال المنصوص عليها في المادة ٩ فقرة ثانية من هذا القانون ، فإنه إذا كانت الجريمة المتلبس بها مما يتوقف رفع الدعوى عنها على شكوى ، فلا يجوز القبض على المتهم إلا إذا صرح بالشكوى من يملك تقديمها وجوز في هذه الحالة أن تكون الشكوى لمن يكون حاضرا من رجال السلطة العامة .

فقد أباحت هذه المادة للنيابة المبادرة إلى اتخاذ الإجراءات المختلفة التى قد تراها عدا القبض على المتهم ، ويقاس على القبض جميع الاجراءات الماسة بشخص المتهم كالحبس الاحتياطى والاستجواب والمواجهة والتفتيش وكذلك الاجراءات الماسة بحضانة مسكنه وما قد يستتبع ذلك من ضبط الأشياء (١).

ومن مضبطة مجلس النواب أنه قد ورد على لسان ممثل الحكومة ما يفيد أن المادة ٣٩ اجراءات لا تبيح اتخاذ أى اجراء في جريمة الزنا المتلبس بها ، ولو كان من اجراءات جمع الأدلة ، إلا بناء على شكوى من الزوج المجنى عليه (٢). ويقول الدكتور رؤف عبيد في التعقيب على ذلك (٣).

" وهذا رأى يحيل إليه كثير من الشراح لأن لجريمة الزنا طبيعة شخصية خاصة تتطلب التستر على الأعراض ، والزوج المجنى عليه هو الذى يمكنه دون غيره أن يحدد مدى التستر على الأعراض ، والزوج المجنى عليه هو الذى يمكنه دون غيره أن يحدد مدى التستر ، ويقدر ما قد يراه متفقا مع وجهة نظره وحيدا لو نص القانون على ذلك صراحة "

٢- قواعد التنازل عن الشكوى وآثاره :

أ (التنازل عن الشكوى :

(١) د. رؤف عبيد مرجع سابق الإشارة إليه ص ٧١ ، جارسون م ٣٣٦ ، ٣٣٧ فقرة ٦٠ .

(٢) مضبة جلسة مجلس النواب ١٣ / ٣ / ١٩٥٠ .

(٣) في كتابه مبادئ الاجراءات الجنائية في القانون المصرى ، ط ٧ سنة ١٩٦٨ ص ٧١ .

تنص المادة ١٠ اجراءات والمعدلة بالقانون رقم ٤٢٦ لسنة ١٩٥٤ على أنه " لمن قدم الشكوى أو الطلب في الأحوال المشار إليها في المواد السابقة ، وللمجنى عليه في الجريمة المنصوص عليها في المادة ١٨٥ ع وفي الجرائم المنصوص عليها في المواد ٣٠٣ ، ٣٠٦ ، ٣٠٧ من القانون المذكور ، إذا كان موظفا عاما أو شخصا ذا صفة نيابة عامه أو مكلفا بخدمة عامه ، وكان ارتكاب الجريمة بسبب أداء الوظيفة أو النيابة أو الخدمة العامه ، أن يتنازل عن الشكوى أو الطلب في أى وقت إلى ان يصدر في الدعوى حكم نهائى وتنقضى الدعوى الجنائية بالتنازل " . ويبين من نص المادة أن التنازل حق لمن يخوله القانون حق الشكوى ، فمن يملك الشكوى يملك دون غيره التنازل عنها ، وينبغى أن يصدر التنازل من نفس المجنى عليه عند توافر شرطى السن والادراك ، كما يجوز أن يصدر من الولي أو الوصى أو القيم في الحالات والحدود المقررة بالنسبة للشكوى ، وينبغى أن يكون التوكيل بالتنازل خاصا بواقعة معينة وأن يكون لا حقا لوقوعها وواضحا لا لبس فيه . إذ أن التوكيل بالشكوى وحدها لا ينصرف إلى التوكيل بالتنازل عنها .

وقد جعلت المادة حق التنازل عن الشكوى جائزا في أى وقت لمن له هذا الحق إلى أن يصدر في الدعوى حكم نهائى ، فلمجنى عليه حق التنازل عن شكواه ما دامت الدعوى لا تزال بين يدى النيابة أو القضاء فهو ممكن قبل رفع الدعوى أمام محكمة الموضوع ، وممكن بعد رفعها ، وبعد صدور حكم ابتدائى فيها ، ولكن لا قيمة له بعد صدور الحكم النهائى إذ أنه لا سبيل إلى إيقاف تنفيذه إلا في حالتين خاصتين ، نص عليهما القانون صراحة في المادتين ٢٧٣ ع ، ٣١٢ ع إذ تنص المادة ٢٧٣ الخاصة بجريمة زنا الزوجة على أن " لزوجها أن يقف تنفيذ هذا الحكم برضاها معاشرتها له كما كانت " والمادة ٣١٢ ع الخاصة بالسرقة بين الأزواج والأصول والفروع والتي نصت على أن للمجنى عليه " أن يقف تنفيذ الحكم النهائى على الجانى في أى وقت شاء " . وحكم المادة ٧١٠ اجراءات لم يشر إلى المادتين سالفتي الذكر ، فلا يعد ناسخا لحكمها إذ أن سكوته يفيد رغبته في تركهما على حالهما تحقيقا للحكمة التى توخاها الشارع من وضعهما وهى المحافظة على الأواصر العائلية .

والتنازل ليس له شكل معين فكما يكون كتابة قد يكون شفاهة ، وكما يكون صريحا قد يكون ضمنيا ، فالتنازل الصريح هو ما صدرت به عبارات تفيد ذات ألفاظها^(١) ، وفي هذه الحالة يتقيد به القاضى ولا يشترط أن يكون أمام القضاء أو النيابة أو الضبطية القضائية ، بل يجوز أن يكون صادرا في خطاب على الزوجة أو أحد أقاربها وكما يكون كتابة يكون شفاهيا . والتنازل الضمنى هو ما يستفاد من عبارات لا تدل عليه بذاته أو تصرفات معزوة لمن نسب

(١) د. محمود محمود مصطفى المرجع السابق الإشارة إليه ص ٩٠ .

صدورها إليه^(١)، وتقدير حصوله على هذا النحو مسألة موضوعية لا قانونية . فللقاضى أن يقول بقيامه أو عدم قيامه على ضوء ما يستخلص من الأدلة والوقائع المعروضة عليه^(٢). وكثيرا ما يكون التنازل الضمنى في جريمة زنا الزوجة كان يعود الزوج إلى معاشرته زوجته الزانية نص المادة ٢٧٤ ع ، ولا يعد استمرار الحياة المعيشية بين الزوجين تنازلا كما لا يعد طلب الحكم بالطاعة تنازلا إذ أن ذلك قد يكون لاعتقال الزوجة في المنزل لمراقبتها^(٣)، ولا يطعن في صحة التنازل ظهور نية الزوج في طلاق زوجته فيما بعد^(٤)، ويشترط في التنازل أن يكون باتا غير معلق على شرط^(٥)، فإذا كان معلقا على شرط فإن البعض يرى أخذا بقاعدة الأصلح للمتهم وجوب القول بصحة التنازل وبطلان الشرط، ويرى البعض الآخر أن العبرة برغبة المتنازل وأن قاعدة الأصلح للمتهم لا مجال لتطبيقها هنا . وتنص بعض الشرائع الأجنبية صراحة على أن التنازل المعلق على شرط لا ينتج أثره دون ما تفرقة بين تحقق الشرط وعدم تحققه^(٦).

وفي حالة تعدد المجنى عليهم لا يعتبر التنازل إلا إذا صدر من جميع من قدموا الشكوى . فتنازل أحدهم غير كاف ولا عبء كذلك بتنازل المجنى عليهم الذين لم يكن لهم دخل في تحريك الدعوى بامتناعهم عن تقديم الشكوى ، وطبقا لنص المادة ١٠ / ٢ يعد التنازل بالنسبة لأحد المتهمين تنازلا بالنسبة للباقيين " أخذا بقاعدة وحدة الجريمة . وحق التنازل كحق الشكوى من الحقوق الشخصية ينقضى بوفاء المجنى عليه ولا ينتقل إلى ورثته ويستثنى من ذلك حق التنازل في دعوى الزنا فلكل واحد من أولاد الزوج الشاكى من الزوج المشكوف فيه أن يتنازل عن الشكوى فتتقضى الدعوى وذلك طبقا لنص المادة العاشرة ١٠ / ٤ ، والتي تقول " إذا توفي الشاكى فلا ينتقل حقه في التنازل إلى ورثته إلا في دعوى الزنا ، فلكل واحد من أولاد الزوج الشاكى من الزوج المشكوف منه أن يتنازل عن الشكوى وتنقضى الدعوى " وقد جاء عن ذلك في تقرير لجنة الاجراءات الجنائية بمجلس الشيوخ " إن وفاة الشاكى بعد رفع الدعوى لا تأثير لها

(١) د. محمود مصطفى ، نفس المرجع ص ٩١ .

(٢) نقض ١٩ / ٥ / ١٩٤١ القانونية ج ٥ رقم ٢٥٩ ص ٤٧١ ، وكذلك نقض ٢١ / ١٢ / ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض س ٦ رقم ١١٠ ص ٣٣٧ والذي جاء فيه " أن الشارع لم يرسم طريق لهذا التنازل ، فيستوى أن يقرر به الشاكى كتابة أو شفها كما يستوى أن يكون صريحا أو ضمنيا يتم عنه تصرف يصدر من صاحب الشكوى ويفيد في غير شبهة أنه أعرض عن شكواه .

(٣) نقض ٢٨ / ٣ / ١٩٢٩ القواعد القانونية ج ١ رقم ٢١٢ ص ٣٥٥ .

(٤) بورسعيد في ٩ / ٧ / ١٩١٧ مج س ١٩ ص ٣٤ .

(٥) د. رؤف عبيد المرجع السابق ص ٧٣ .

(٦) ذلك مثل المادتين ١٣ ، ١٤ تحقيق ايطالى و ١٢٤ ، ١٢٥ عقوبات ايطالى .

على سيرها ، ولكن اللجنة رأت استثناء جريمة الزنا ، وتقرير وجوب انتقال حق الشاكي في التنازل عن الشكوى إلى كل من أولاد المشكو منه ، لأنه قد روعي أن صدور الحكم بمس الأولاد كما بمس الزوج ، وقد يهملهم منع صدره كما كان يهملهم^(١) " وهذه القاعدة جديدة في تشريعنا المصري ولا مقابل لها في التشريع الفرنسي^(٢) .

ب) آثار التنازل عن الشكوى :

التنازل عن الدعوى من قبيل العفو عن الجريمة فتترتب عليه نفس الآثار^(٣) ، وقد نص القانون صراحة على أن الدعوى الجنائية تنقضى به . وهو يعد قرينة قانونية قاطعة أمام القضاء الجنائي على عدم وقوع الجريمة ويحدث أثره بقوة القانون ولولم يتمسك به المتهم ولا يتوقف على قبول المشكو وتقضى به المحكمة من تلقاء نفسها ، فإذا صدر التنازل في رحلة التحقيق أو الاستدلال أي قبل رفع الدعوى وجب على صرف النظر عنها بحفظ الأوراق أو اصدار أمر بعدم وجود وجه لإقامة الدعوى بسبب انقضائها ، أما إذا صدر التنازل والدعوى أمام محكمة الموضوع ، فيجب على المحكمة أن تقضى بالبراءة لانقضاء ولو من تلقاء نفسها . ولا يجوز للمتهم أن يطلب الاستمرار في الدعوى لاثبات براءته .

ولا يحول التنازل دون امكان المطالبة بالتعويض المدني أمام المحكمة المدنية . إذ أن أثره ينصرف إلى الدعوى الجنائية فحسب باستثناء جريمة الزنا فالتنازل عن الشكوى فيها يحول دون إمكان المطالبة المدنية بالتعويض لأن ذلك سوف يؤدي بالزوج إلى إثارة الوقائع من جديد أمام المحكمة المدنية مما يترتب عليه شهر الفضيحة التي أراد سترها بالتنازل عن الشكوى . وتنص المادة العاشرة على أن التنازل بالنسبة لأحد المتهمين يعد تنازلاً بالنسبة للباقيين^(٤) . والمفروض أن يكون هؤلاء الباقيون ممن يستلزم القانون تقديم شكوى للسير في الدعوى قبلهم أما غيرهم فلا يستفيدون من التنازل باستثناء جريمة الزنا فإن مصير الشريك أو الشريكة يرتبط بمصير

(١) يراجع تقريرى اللجنة المؤرخين ٢٤ / ٦ / ١٩٤٨ و ١٧ / ١ / ١٩٤٩ ص ٢ وبهذا المعنى أيضا تقرير لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب المؤرخ ٢٠ / ٢ / ١٩٥٠ ص ٢ .

(٢) د. رؤف عبيد المرجع السابق الإشارة إليه ص ٧٤ .

(٣) د. محمود محمود مصطفى ، المرجع السابق ص ٩٢ .

(٤) يراجع نقض ١٧ نوفمبر ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض س ٥ رقم ٣٠ ص ٩٠ وقد حكم فيه تطبيقاً لذلك بأنه إذا كانت دعوى اللجنة المباشرة قد رفعت على شخصين من أجل تهمة السب والقذف ثم تنازل المدعى بالحق المدني عن اتهام أحد المتهمين فإن من مقتضى ذلك امتداد أثر هذا التنازل ، وهو صريح غير مقيد ، إلى المتهم الآخر بحكم القانون ، أيأ كان السبب في هذا التنازل ، مما يبنى عليه انقضاء الدعوى الجنائية بالنسبة لكلا المتهمين ، فإذا كانت محكمة الموضوع قد قضت بإدانة الطاعن بمقولة أن التنازل لا يشمل ، لأنه لم يكن منصبا على أصل الحق في إقامة الدعوى ولم يكن متضمنا معنى الصفح ، فإن حكمها يكون معيبا لمخالفة صريح حكم القانون مما يتعين معه نقضه .

الزوجة الزانية أو الزوج الزاني حتى يصبح الحكم باتاً . ويترتب على ذلك أن الشريك يستفيد مما يفيد الزوجة من الوقوع وله أن يدفع بالتنازل وإن لم تدفع به الزوجة . ومن الراجح أيضاً أن وفاة الزوجة المتهمة تجعل الدعوى منقضية قبل الشريك بالتبعية ، بالاقبل قبل صدور الحكم النهائي ، وهذا هو السائد في فرنسا إذ تعتبر الزوجة بريئة حتى يصدر عليها حكم بات ، فيستفيد الشريك من قرينة براءتها (١).

والتنازل ملزم للمتنازل فلا يجوز العدول عنه لأي سبب من الأسباب ، وتقديم المتنازل لشكوى جديدة تتضمن وقائع أخرى اكتشفها المتنازل لا يعد رجوعاً عن التنازل ، سواء كانت هذه الوقائع الجديدة سابقة أو لاحقة للوقائع التي تضمنها شكواه الأولى ، وينقضي حق التنازل بصدور حكم بات في الدعوى إذ تنقضي الدعوى بهذا الحكم وتنتهي صلة من قدم الشكوى بالدعوى (٢) ، وأخيراً فقد قدمنا أن التنازل عن الدعوى من قبيل العفو على الجريمة وتترتب عليه آثاره . ومن المبادئ الأولية المقررة في القانون أن الحكم الصادر في الدعوى ينفذ حتماً متى كان نهائياً ، إلا أن القانون قد أجاز للمجنى عليه أن يوقف تنفيذ الحكم في حالتين :

الأولى : ما تنص عليه المادة ٢٧٤ ع من أن لزوج الزانية أن يوقف تنفيذ الحكم عليها برضاؤه معاشرتها له كما كانت.

ويشترط لإعمال هذا النص أيضاً أن يكون الحكم قد صدر على الزوجة عن الزنا وحده وليس عن جريمة أخرى عقوبتها أشد . ولم يخول القانون للزوجة أن توقف تنفيذ الحكم الصادر على زوجها في الزنا وقد يرجع ذلك إلى أن استمرار المعاشرة أمر يملكه الزوج دون الزوجة ، والعفو عن العقوبة الصادرة على الزوجة يفيدها دون شريكها فهو لا يرتبط بها إلا أثناء قيام الدعوى .

(١) يراجع في ذلك كالتسوية للقانون الفرنسي ج ٥ فقرة ١٨٨٩ وجارسون م ٣٣٨ فقرة ١٣ وشوفو وهيلي ج ٤ فقرة ١٦٢٦ والأحكام الفرنسية المشار إليها في موسوعة دالوز ج ١ رقم ٧١ ص ٦٥ ، وبالنسبة للقانون المصري يراجع الدكتور القلبي ص ٥٢ والمرحوم الأستاذ العراقي ج ١ فقرة ١٣٠ ص ٦٤ ، والموسوعة الجبائية لجندى عبد الملك ج ٤ فقرة ٩١ ص ٩٧ ، الدكتور محمود محمود مصطفى ٩٣ ، الدكتور رؤف عبيد ص ٧٥ وقد ورد في نقض ٢ مارس ١٩٤٩ مجموعة القواعد القانونية ج ٧ رقم ٨٣٣ ص ٧٨٧ أن غياب الزوجة أثناء المحاكمة لا يصح أن يترتب عليه تأخير محاكمة المتهم معها ، وإن فاداة الشريك نهائياً جائزة = ولو كان الحكم على الزوجة غيابياً ، والقول بأن من حق الشريك الاستفادة من براءة الزوجة أو من تنازل الزوج عن المحاكمة لا يصح إلا عند قيام سبب الاستفادة بالفعل ، أما مجرد التقدير والاحتمال فلا يصح أن يحسب له حساب في هذا العام .

(٢) يرجع إلى المذكرة التفسيرية رقم ٢ في التعليقات على المواد من ١٣ إلى ٢٠ من مشروع الحكومة ، جنح لافال ٢٨ فبراير ١٩٦٧ دالوز ١٩٤٧ / ١ / ٢٧٧ .

الثانية : ما تنص عليه المادة ٣١٢ ع من أنه يحوز للمجنى عليه في السرقة بين الأصول والفروع والأزواج أن يوقف تنفيذ الحكم النهائي على الجانى في أى وقت شاء .

الفصل الثالث

موازنة بين أثر رضا المجنى عليه في الدعوى الجنائية

والخصومة الناشئة عنها في الفقه الإسلامي

والقانون الوضعي

الفصل الثالث

موازنة بين

أثر رضا المجنى عليه في الدعوى الجنائية والخصومة الناشئة عنها

في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

بعد أن استعرضنا جوانب الموضوع المتعددة في كل من الفقه الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي نستطيع أن نحصر الموازنة بين ما توصلنا إليه في كل منهما في ناحيتين أساسيتين هما لب الموضوع وحجرا الزاوية فيه ، أولا هما عن قيمة رضا المجنى عليه وأثره في الدعوى الجنائية بصفة عامة في ظل التشريعين وذلك ببيان نطاق حق المجنى عليه في تحريك الدعوى الجنائية ومباشرتها في كل منهما ، ثم بيان أثر رضا المجنى عليه في الدعوى المختلفة والنتائج المترتبة على ذلك .

أولا : نطاق الحق المجنى عليه في تحريك الدعوى الجنائية ومباشرتها بصفة عامة :

وما يترتب على ذلك من تحديد قيمة رضا المجنى عليه وأثره في الدعوى الجنائية فقد وجدنا أن القانون المصري شأنه في ذلك شأن القانون الفرنسي الذي أخذ عنه ، يحدد طبيعة الدعوى الجنائية بأنها دعوى عمومية تباشرها الدولة بطلب العقاب ويقوم بدور المدعى بدور المدعى فيها النيابة العامة ، والتي يحدد القانون وظيفتها الأساسية مباشرة الاتهام ، فالنيابة العامة بوصفها سلطة اتهام تختص دون غيرها بمباشرة الدعوى الجنائية بعد تحريكها ، وتمثل بحسب الأصل دور المدعى في الدعوى العمومية لمصلحة الجماعة .

ولا شك في أن هذا الفهم لطبيعة الدعوى الجنائية من أنها دعوى عمومية وما انبنى عليه من قصر حق مباشرتها بعد تحريكها على النيابة العامة باعتبارها سلطة اتهام تمثل بحسب الأصل دور المدعى في الدعوى الجنائية دون نظر للفرد المجنى عليه في الجريمة مباشرة ، والصاحب الحقيقي للحق المتولد عن الجريمة وإهماله كلية دون أن يكون له دور في ذلك ، لا شك في أن هذا أدى إلى تقييد كامل في حق الفرد المجنى عليه في الدعوى الجنائية يقابله من الناحية الأخرى رعاية مفرطة لجانب الدولة أو السلطة العامة .

يتضح مما تقدم مما جاءت به المادة الأولى من قانون الإجراءات الجنائية الجديد رقم ١٥٠ الصادر في ٣ سبتمبر ١٩٥٠ التي تنص في فقرتها الأولى على أنه : تختص النيابة العامة دون غيرها برفع الدعوى الجنائية ومباشرتها ، ولا ترفع من غيرها إلا في الأحوال المبينة في القانون " ولا يجوز ترك الدعوى الجنائية أو وقفها أو تعطيل سيرها إلا في الأحوال المبينة في القانون " كما نصت الفقرة الأولى من المادة الثانية على أن " النائب العام يقوم بنفسه أو بواسطة

أحد أعضاء النيابة مباشرة الدعوى الجنائية كما هو مقرر في القانون " ثم جاء قانون السلطة القضائية رقم ٤٣ الصادر في ١٩ / ٧ / ١٩٦٥ بالمادة ٢٦ منه التي تنص على أن " تمارس النيابة العامة الاختصاصات الممنوحة لها قانونا ، ولها دون غيرها الحق في رفع الدعوى الجنائية ومباشرتها مالم ينص في القانون على خلاف ذلك " ثم جاءت المادة ٧٠ من دستور جمهورية مصر العربية لسنة ١٩٧١ تنص على " أن لا تقام الدعوى الجنائية إلا بأمر من جهة قضائية فيما عدا الأحوال التي يحددها القانون " .

فإننا نجد ان النصوص المتقدمة تجعل من الدعوى الجنائية دعوى عمومية تختص النيابة العامة دون غيرها برفعها ومباشرتها باسم المجتمع ، ولا ترفع من غيرها إلا في أحوال محددة بنص القانون على سبيل الاستثناء من المبدأ القانوني المتقدم . كان نصيب المجنى عليه منها حقه في أن يقيم أمام المحاكم الجنائية دعوى مدنية يطالب فيها التعويض عما أصابه من ضرر من الجريمة موضوع الدعوى العمومية أصلا . فقد نصت المادة ٢٥١ من قانون الإجراءات الجنائية المصري على أن " لمن لحقه ضرر من الجريمة أن يقيم نفسه مدعياً بحقوق مدنية أمام المحاكم المنظور أمامها الدعوى الجنائية في أى حالة كانت عليها الدعوى حتى صدور القرار بإقفال باب المرافعة " وهكذا فلا علاقة للمجنى عليه بالدعوى العمومية وإنما هي حق الدولة الناشئ عن الجريمة . ويقتصر نصيب الفرد على الدعوى المدنية بتعويض الضرر ، وبهذا قضت محكمة النقض المصرية إذ قررت في حكم لها بأن " المجنى عليه الذي يدعى بحق مدني لا يملك استعمال حقوق الدعوى العمومية وإنما يدخل فيها بصفته مضرورا من الجريمة التي وقعت ، طالبا تعويضا مدنيا عن الضرر الذي لحقه فدعواه مدنية بحتة ولا علاقة لها بالدعوى الجنائية إلا في تبيعتها لها " . وبذلك تبرز الفكرة الأساسية التي يقوم عليها هذا النظام وهي إخراج المجنى عليه من دائرة التنازع الجنائي ، وقصر حقه على الناحية المدنية المالية . والحرص على إظهار أن حقه أصلا بعيد عن المجال الجنائي .

وبذلك تفرد النيابة العامة بسلطة الاتهام إذا اقتصر الحق عليها في تحريك الدعوى الجنائية ومباشرتها وهي في ذلك مطلقة اليد مستقلة عن الأفراد . بل انتهى بها الأمر إلى أنها باعتبارها جزءا من السلطة التنفيذية إنما تمثل السلطة الحاكمة ورغباتها دون أن يكون بينها وبين الأفراد حق المجنى عليهم في الجريمة ما يكون بين المفوض ومن فوضه . إذ للنياية العامة أن تقيم الدعوى العمومية لمجرد علمها بالجريمة وتقديرها بأنها جديرة بالمحاكمة ولولم تنلق في موضوعها بلاغا أو شكوى من ذي شأن بل لو كان ذلك على غير رغبة المجنى عليه وعدم رضائه في أن لا تحرك هذه الدعوى ، كما أن للنياية العامة أن تصرف النظر عن الدعوى ولا تقيمها . إذا قررت ذلك ولو كان تحريك الدعوى بناء على بلاغ أو شكوى قدمت إليها ، بل لها ذلك ولو كان على غير رغبة المجنى عليه ورضائه ، بل لو أصر على التحقيق في الدعوى فلها

أن لا تعباً باعتراضه ولا تقييم وزناً لطلبه وتقرر حفظ الشكوى .

وهكذا فسلطة النيابة مطلقة إذ لها كما تبين مطلق الحرية في تقدير دواعي إقامة الدعوى وحفظها إعمالاً لمبدأ السلطة التقديرية في الاتهام الذي جاءت به نصوص القانون المصرى هذا المبدأ الذى يعد أداة كافية لاهداد كل حق يمكن أن يتصور لرعاية مصلحة الفرد الشخصية إذ أنه يعطى للنياية سلطة واسعة تشمل الجرائم العامة كما تشمل الجرائم الخاصة أيضاً ، بما يزيد عن القدر اللازم للنياية لترعى به المصلحة العامة . وهكذا يكون القانون المصرى مقلداً للقانون الفرنسى قد خرج بالنياية عما يجب أن تكون عليه من أنها هيئة فنية قائمة على أمر الاتهام مهمتها إيصال الدعوى إلى القضاء ليفصل فيها مراعية في ذلك الصالح العام والخاص سواء بسواء إلى ما آل إليه أمرها من أنها ممثلة للسلطة العامة ومصالحها المجردة . إذ انها لا تمثل الفرد المجنى عليه في الجريمة ، فالواضح ، وإن كانت نصوص القانون لم تصرح بصفة النيابة في قيامها بهذا الدور ، أن النيابة بأى حال من الأحوال في مباشرتها للدعوى أو عدم سريانها فيها ، وقد تبين ذلك من نصوص قانون الإجراءات الجنائية التى جاءت مطلقة في تحديد النيابة العامة كسلطة لمباشرة الاتهام ، مما يقتضى ان النيابة تبأشر سلطتها هذه دون ارتباط بأحد . وقد تقدم أن الفقه والقضاء المصرين كما هو الشأن في فرنسا ، قد اعتبر الفرد بعيداً عن الخصومة الجنائية وقصراً حقه على دعوى التعويض المالى . أما بالنسبة لكون النيابة تقوم بدورها ذلك في مباشرة الدعوى نيابة عن المجتمع كوحدة لها مصالح عامة تغاير مصالح الأفراد الخاصة . وهذا ما يقرره فقهاء القانون ويعززه أن حق الاتهام العام كان حقاً لأفراد الشعب في كل جريمة تمس مصلحة الجماعة وتعكر أمنها وانتهى به التطور إلى أن أصبح في يد هيئة عامة تبأشر هذه السلطة نيابة عن مجموع أفراد الشعب لاستحالة قيامهم بها على وجه مرض مقبول حيث تبين اهمالهم لأمرها في أغلب الأحوال مما جعل من الضرورى تفويض بعض أفراد المجتمع في مباشرة هذه الدعوى نيابة عنهم .

فإننا نقول أن التفويض المباشر من أصحاب الحق في ذلك وهو انتخاب أفراد الشعب مباشرة لأشخاص يناط بهم أمر الاتهام كما هو معمول به في بعض الولايات الأمريكية غير مأخوذ به في نظامنا القانونى وإنما المأخوذ به عندنا في ذلك هو التفويض غير المباشر . مفوضة أصلاً من أفراد الشعب تختارهم السلطة التنفيذية للقيام بهذا العمل باعتبارها مفوضة أصلاً من أفراد الشعب للقيام بتنفيذ القوانين ورعاية الصالح العام . وبهذا انتهى الأمر بالنياية العامة إلى أن أصبحت تابعة للسلطة التنفيذية بل جزءاً منها ، وذلك ليس إلا تصويراً للواقع فالنيابة إنما تبأشر عملها مفوضة فيه من السلطة التنفيذية وبالنيابة عنها إذ أن هذه السلطة قد أضحت هي القيمة على المصالح العامة ، وليس للأفراد من حق في القيام عليها ، فالتفويض هنا من الشعب لا رجوع فيه ولا رقابة عليه ، فلم يعد للمنيب أصلاً أن يراقب استعمال النائب لحقه والتزامه حدود

نيابته وفي الوقت الذي انقطعت فيه الصلة بين المنيب والنائب واستحال على الأول أن يراجع الثاني أو يراقبه ، وتوطدت الصلة بين من فوض بطريق مباشر وهي السلطة التنفيذية ومن فوض بطريق غير مباشر وهي النيابة العامة .

وعموما فإذا كان حق النيابة مطلقا في مباشرة الدعوى ولها السير فيها والتنازل عنها ، فإن حقها في تحريك الدعوى ترد عليه قيود أربعة هي :

- (١) ما حدده القانون من جرائم يتوقف تحريك الدعوى فيها على شكوى أو إذن أو طلب .
- (٢) بعض الحالات التي يكون من حق محكمة الجنايات ومحكمة النقض فيها تحريك الدعوى العمومية .

- (٣) حق المحاكم عموما في تحريك الدعوى ضد المتهم إذا وقعت منه جريمة في الجلسة .
 - (٤) حق المدعى المدني في إقامة الدعوى مباشرة في الجرح والمخالفات .
- وفي إطار هذه القيود على حق النيابة في تحريك الدعوى ومن خلالها يبرز ما اضطر إليه القانون في ظل نظام المدعى العام من الاعتراف للمجنى عليه ببعض حق على سبيل الاستثناء في تحريك الدعوى الجنائية يتمثل في حق الادعاء المباشر . وتوقف تحريك الدعوى في بعض الجرائم على سبيل التحديد والحصص على شكوى المجنى عليه ورضاه . ومن الطبيعي أن يكون حق المجنى عليه في ذلك حقا قاصرا إذ أنه وارد على سبيل الاستثناء من حق النيابة المطلق في ذلك وورد في صورة قيود على حق النيابة في تحريك الدعوى الجنائية ومباشرتها .

وسوف نعرض لحدود هذا الحق للمجنى عليه وأثره في الدعاوى المختلفة في الشطر الثاني من هذه الموازنة غير أننا نستطيع أن نقول عند هذا الحد كيف يمكن الكلام عن أثر لرضاء المجنى عليه أو عدم رضائه في الدعوى الجنائية عموما ، بعدما ظهر لنا بوضوح أن حق المجنى عليه في الدعوى الجنائية إنما هو حق استثنائي . إذ جعل القانون هذه الدعوى عمومية والحق في تحريكها ومباشرتها قاصر على النيابة العامة وبهذا الشكل الذي استرسلنا في إيضاحه .

بقى أن نسلم بأن أثر الرضا في الدعوى الجنائية عامة في ظل قانوننا المصري أثر استثنائي ضيق مقصور على الجرائم التي حددها القانون وأوقف تحريك الدعوى فيها ومباشرتها على رضا المجنى عليه وإذنه باشتراط تقديم شكواه .

فالأصل هنا أن حق تحريك الدعوى ومباشرتها مقصور على النيابة العامة كما تبين لنا ، ولذلك كان الأصل في أثر رضا المجنى عليه في الدعوى الجنائية أيضا هو أنه لا تأثير لرضاء المجنى عليه على الاجراءات الجنائية^(١). وكان الاستثناء الوارد على الأصل الأول فيما يتصل

(١) د. محمود مصطفى ، د. محمود نجيب حسنى ، د. أحمد الأنفي ، د. رضا فرج ، د. السعيد مصطفى السعيد ، د. على راشد ، وغيرهم من المراجع السابق الإشارة إليها ، في القسم العام من قانون العقوبات المصري .

بالمجنى عليه هو ما حدده القانون من جرائم يتوقف تحريك الدعوى فيها على شكوى المجنى عليه . فكان الاستثناء الوارد على الأصل الثاني هو نفس القدر وحدوده الذي جاء به الاستثناء الأول فتولد بذلك لرضاء المجنى عليه حتى اللاحق منه على الجريمة^(١) أثر على هذه الدعاوى المحددة بنص القانون والتي سوف نعرض لها بعد . هذا كله في الوقت الذي جاء فيه الفقه الإسلامى بنظام مميز للاتهام عرفته مصر الإسلامية حين طبق فيها قانون الإجراءات الجنائية المستمد من الشريعة الإسلامية في الفترة منذ الفتح الإسلامى لها أى في السنة العشرين للهجرة حتى بداية القرن التاسع عشر وبناء محمد على باشا دولته بمصر . إذ تحولت مصر فني هذه الفترة من ولاية رومانية إلى ولاية إسلامية واخضاعها العرب للحكم الإسلامى . فعرفت مصر نظاماً مميزاً للاتهام أقل ما يقال فيه انه نظام شامل يحوى مختلف القواعد الصديحة التى اختارت بينها سائر التشريعات الحديثة كما يتميز بأنه يجمع بين الأخذ بنظام الاتهام بواسطة الدولة ومن يمثلها في هذا المجال . والأخذ بنظام الاتهام بواسطة الأفراد وخاصة المجنى عليهم مما يحق للفرد حريته ويمكن الدولة من أداء رسالتها ، وفي ذلك اعتراف بما للفرد المجنى عليه من حق متولد عن الجريمة الواقعة عليه مباشرة سواء في نفسه أو ماله ولذلك اهتمت الشريعة بدوره في الاتهام ولم تبخسه هذا الحق فأقرت له بقسط وافر في تحريك الدعوى الجنائية ومباشرتها وانهاؤها حتى انها تعطيه حق اسقاط العقوبة في بعض الأحوال ، فالشريعة على ما سوف يتضح إنما تجعل الاتهام في يد جماعة المسلمين باعتبارهم وحدة تمثل الهيئة الاجتماعية . كما تجعله في بعض الأحيان وبالذات فيما يختص بحقوق المجتمع حقاً لكل فرد باعتباره عضواً في الجماعة .

وقد رأينا أن طبيعة الدعوى في الفقه الإسلامى تتحدد تبعاً لطبيعة الحق الذى تحميه والشريعة في تقسيمها للحقوق إنما تفرق بين حقوق الرب ، وهى الحقوق العامة للمجتمع التى أضيفت لله تعالى تعظيماً وتشريفاً . وبين حقوق العبد . وقد تبين ان النوع الأول من الحقوق لا يجوز لأحد الناس التصرف فيه والتنازل عنه لأن الإنسان لا يستطيع أن يتصرف فيما لا يملك . ومثل الأفراد في عدم جواز التصرف في هذه الحقوق والتنازل عنها ، الحاكم الظاهر بين الناس لأنه الأمين على صون حقوق الله واستيفائها فلا ينبغي له ان يضيعها .

وفي بيان ما هو عام من الحقوق فتكون الدعوى به عامه ، وما هو خاص منها فتكون الدعوى به خاصة وجدنا أن الفقهاء يقسمون الحقوق إلى أربعة أقسام منها ما هو حق خالص لله تعالى ، وهو ما يتعلق به النفع العام من غير اختصاص لأحد . ومنها ما هو حق خالص للعبد .

(١) د. محمود نجيب حسنى في شرح قانون العقوبات ، القسم العام ط ٣ سنة ١٩٧٣ ، د. رضا فرج في شرح قانون العقوبات الجزائى .

ومنها ما اجتمع فيه الحقان وحق الله غالب . ومنها ما اجتمع فيه الحقان وحق العبد غالب . وتتحدد طبيعة الدعوى بطبيعة الحق الذي تحميه فما دام حق الله لا يجوز التنازل عنه فكذلك الدعوى به . وما دام حق العبد يجوز التنازل عنه فكذلك الدعوى به . فإن الدعوى تدور مع الحق في العموم والخصوص وفي جواز العفو وانعدامه .

وهكذا الأمر بالنسبة للحقوق التي يجتمع فيها حق الله مع حق العبد . فإذا كان حق الله غالباً فإن صفة العمومية تبرز في هذا النوع من الحقوق وأيضاً في الدعوى به ، مع عدم اهمال حق العبد من حيث وجوب اعتباره في مجال مامن المجالات المنوطة بالحق على ضيق هذا المجال أو اتساعه مما سوف يتضح عند استعراض الدعاوى المتعلقة بهذا النوع من الحقوق وأثر رضاء المجنى عليه فيها .

وأما ما اجتمع فيه الحقان وحق العبد غالب فإن طبيعة الحق الخاص تتغلب في هذا المجال وأيضاً الدعوى به . مع عدم اهمال حق الله تعالى في هذا النوع من الحقوق . فإن دعوى طلب القصاص مثلاً مع بروز حق المجنى عليه وأوليائه فيها يجتمع فيها حقان حق العبد وهو الغالب حيث يجوز التنازل عنها والتصالح فيها . وحق الله الذي يظل باقياً مع التنازل أو العفو متمثلاً فيما للإمام من حق توقيع العقوبة الملائمة على الجاني تعزيراً إذا رأى محلاً لذلك بأن يكون الجاني من المفسدين في الأرض ، فينفذ الإمام فيه العقوبة التي قد تصل إلى حد القتل عن حق الله وهو للجماعة ولا يمنع ذلك عفو المجنى عليه وتنازله .

ويلاحظ أنه في المجالات التي تختلط فيها حقوق الله وحقوق العبد لا يكون فيها الحق واحد ذا طبيعة مركبة وإنما يوجد حقان مستقلان غير أن أحدهما أقوى من الآخر فتكون آثار الحق الأقوى أغلب من آثار الحق الأقل قوة .

وعندما أخذنا من هذا التقسيم للحقوق الجانب الجنائي البحث فيه استطعنا تحديد نوع الحقوق في الجرائم المختلفة وطبيعة الدعاوى المتعلقة بها على الوجه الآتي :

(١) حقوق الله خالصة وهي حدود الزنا وشرب الخمر ومحاربة الدين ، والردة ، بالإضافة إلى ما هو مقرر من التعزيرات على المنكرات التي فيها حق الله . فإن العقوبات هنا تولدت عن جرائم عامة ومن ثم فإن الحق في إقامة الدعوى عنها يصبح ملكاً للدولة أي لولى الأمر الذي ولاه السلطان للنظر في هذه الدعاوى كما يصبح الحق فيها أيضاً هو الأصل للفرد الذي له أن يشارك في إقامة هذه الدعوى . فهي إذا دعوى عامه ، المجنى عليه فيها هو جماعة المسلمين أو نظام دولتهم .

(٢) حقوق الله ولكن للعبد فيها جانباً كحد السرقة وحد القذف بالزنا ، ولكل منهما أحكامه الخاصة به وفقاً للشريعة الإسلامية لاختلاف حق الله وحق العبد في كل منهما قوة وضعفاً ، كما سيوضح .

(٣) حقوق للعبد ولكن لله فيها جانباً لا يجوز إهماله ، كالتقصص وهذه الحقوق تتمثل في صورة دعوى بطلب العقاب عما ينال الفرد في جسمه من اعتداء يعده الشارع جريمة . ويسمى هذا النوع من الجرائم بجرائم الدماء ، ويندرج تحت مضمون هذه الحقوق ما هو مقرر من التعزيرات على الاعتداء على ما فيه حق للعبد من النهي عن المنكرات . وهكذا نجد أن الشارع الإسلامي قد قسم الدعاوى الناشئة عن الجريمة إلى دعاوى عن حق الله الخالص وهو الذي يقابل ما نسميه اليوم بحق المجتمع ولهذا كانت الجرائم على هذا النوع من الحقوق جرائم عامه المجنى عليه فيها جماعة المسلمين أو نظام دولتهم . ولذلك جعل الشارع الحق في إقامة الدعوى عن هذه الجرائم ملكاً للدولة . أى لولى الأمر . كما لكل فرد من المسلمين أن يشارك كذلك في إقامة هذه الدعوى . وقد تقدم أنه يباشر هذا النوع من الدعاوى باسم الدولة جهتان هما والى المظالم ، والمحتسب ، وقد فصلنا في حينه اختصاصات كل جهة من الجهات وبيننا أن هذا الواجب من باب الواجب العيني الذى يتعين عليها أدائه . أما عن دور الفرد في هذه الدعاوى فقد كان له مباشرتها باعتباره الأصل في الجماعة وعضواً فيها بل أن الشريعة الإسلامية قد جعلت دوره في مكافحة الجريمة للذود عن جماعة المسلمين والحفاظ على نظام الدولة الإسلامية دوراً هاماً وإيجابياً . فجعلت دوره في ذلك وإن لم يكن مجنياً عليه مباشرة في الجريمة من باب الواجب المفروض عليه أدائه والقيام به ، ولذلك مكنته الشارع الإسلامى من حق إقامة الدعوى الجنائية والوصول بها إلى العقاب . فقد وجه الشارع الخطاب إلى كل مسلم قادر أن يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر . ولما كانت الجريمة ضرباً من ضروب المنكر فقد كان الأمر متوجهاً إلى كل مسلم ومسلمة أن يمنع الجريمة ما استطاع إلى ذلك سبيلاً . فإن وقعت الجريمة فعلاً أو كانت قائمة والمنكر موجوداً استطال الواجب إلى العمل على تغيير هذا المنكر لقوله ﷺ : " من رأى منكم منكراً فليغيره بيده فإن لم يستطع فبلسانه فإن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان " . والعمل على تغيير المنكر القائم بالجريمة إنما يكون بإقامة الدعوى الجنائية والوصول إلى عقاب من ارتكب هذا المنكر . وهذا الفرض الذى أوجبه الشريعة على كل مسلم قادر هو من فروض الكفاية لن الله جعل الرقابة على حقوقه من شأن أمة المسلمين حاكمين ومحكومين . وقيام المحتسب بهذه المهمة نيابة عن الدولة قد تبين لنا أنه لا يمنع أى فرد من الأمة من أن يقوم بدعوى الحسبة التى هى حق مقرر وواجب مفروض قبل انشاء هذه الوظيفة وبعدها يؤديه المسلم كفاية وتطوعاً عن جماعة المسلمين كلهم ليسقط عنهم وعنه هذا الفرض الذى به يستقيم حال الأمة ويلج أمرها . وقد قدمنا الأدلة التى تثبت أن الأصل في ذلك هو كتاب الله وسنة رسوله .

غير أن إقامة هذه الدعوى الجنائية العامه عن كل جريمة عامة واجب على الفرد إلا أن لهذا الواجب اعتبارات شرعية ينقيد بها الفرد المسلم حفاظاً للمسلمين من الوقوع في فتنة عامة

ووقاية للداعى إلى الله من أن يبتلى ببلايا مهلكة تذهب بنفسه ولا تجلب للدين نصرة ولا قوة . كذلك فإن الفرد المسلم لا يتعين عليه القيام بهذا الفرض ابتداءً لأنه فرض كفائى كما تقدم . وإذا قام به لم يلزم بالاستمرار فيه وإنما له مطلق الحرية في أن يترك الدعوى في أية حال تكون عليها ويكون قد أدى الفرض بترك الدعوى لولى الأمر يتم ما بدأه هو . إذ أنه مكلف بعقب الاتهام على قدر استطاعته . كما أنه في مباشرته لهذه الدعوى العامه يقف عند صدور حكم من القاضى في موضوعها ولا يمتد إلى حد تنفيذ العقوبة . ويصير القيام بهذه الدعوى فرض عين على القادر إذا لم يقم بها غيره .

هذا عن حق الفرد المجنى عليه ودوره في الدعوى العامه عن حقوق الله الخالصة ، أما بالنسبة لدوره في الدعوى التى للعبد فيها حق بجانب حق الله تعالى على ضيق أو اتساع كلا الحقيقتين . فإننا نجد أن هذه الدعاوى إنما تقوم على الجرثم التى تتال الفرد المجنى عليه مباشرة بالاعتداء فكان له فيها حق يتسع ويضيق باتساع جانب حق الله في الجريمة موضوع الدعوى ، الذى يتحدد هو الآخر بمقدار جسامه الأذى الذى يقع على المجتمع من الجريمة فإذا كان الأذى على المجتمع أشد أو كانت العقوبة على الجريمة حقا خالصا لله تعالى لا يجوز للعبد العفو عنها أو إسقاطها ، كان جانب العبد في الدعوى عن الجريمة وحقه فيها محدودا . وإذا ما كان جانب الأذى على الفرد المجنى عليه أشد أو كانت العقوبة حقا خالصا له أو لأوليائه كان حق العبد في الدعوى عن الجريمة والخصومة الناشئة عنها أكثر اتساعا . وهكذا فإننا نرى أن بعض الدعاوى لله فيها حق غالبا وللعبد فيها نوع حق كدعوى السرقة ودعوى القذف ، كما أن الشارع قد جعل بعض الدعاوى الحق الغلب فيها للفرد المجنى عليه ولأوليائه ولكنه جعل لله حقا يمتثل في جانب من الجوانب المتعلقة بالدعوى كما هو الشأن بالنسبة لدعوى القصاص .

وهكذا فللمجنى عليه حق في هذه الدعاوى يختلف مقداره ودور المجنى عليه فيه من دعوى لأخرى على ما تقدم الكلام فيه .

غير أننا يمكن أن نقول في ختام الموازنة بين حق المجنى عليه في تحريك الدعوى الجنائية ومباشرتها بصفة عامه في كل من القانون الجنائى المصرى والفقہ الجنائى الإسلامى .

١- أنه في الوقت الذى جعل القانون فيه حق المجنى عليه وهو المضرور مباشرة في الجريمة في الدعوى حقا استثنائيا يرد على سبيل الاستثناء من حق النيابة العامة في تحريك الدعوى ومباشرتها . وأن ذلك جاء نتيجة لاعتبار القانون أن الدعوى الجنائية عن الجريمة دعوى عمومية تباشرها الدولة بطلب العقاب . ويقوم بدور المدعى فيها النيابة العامة .

٢- نجد أن الشارع الإسلامى في تحديد لطبيعة الدعوى تبعا لطبيعة الحقوق التى تحميها ، إنما جعل من الدعاوى دعوى عامه عن الجرائم التى تمس حقوق الله الخالصة ،

ودعوى يجتمع فيها الحقان حق الله وحق للعبد وجعل للفرد في كل نوع حق الذي يمس المجتمع بصفة أساسية منه دورا وحقا في الادعاء والمخاصمة . وبذلك تكون الشريعة قد جعلت للفرد المجنى عليه حقا في الدعوى الجنائية والخصومة الناشئة عنها ، وجعلت له هذا الحق حقا أصليا وأساسيا سواء في ذلك الدعاوى عن حق الله الخالص أى التى تقام عن الجرائم العامة ، أو الدعاوى التى للعبد فيها حق بجانب حق الله تعالى . وكان نتيجة لذلك أن أصبح لرضاء المجنى عليه بالجريمة وعفوه عن أثر أصلى في الدعوى الجنائية والخصومة الناشئة عنها إلا ان هذا الدور ليس مطلقا بما يمس الصالح العام ويهدر حق الجماعة في الدعوى الناشئة عن الجريمة والعقوبة المترتبة عليها . وإنما كان حق الفرد المجنى عليه في الدعوى والخصومة الناشئة عنها مقيدا بأمر تحفظ للمجتمع حقه المتولد عن الجريمة .

فبالنسبة للدعاوى عن حق الله الخالص :

١ . نجد أن للفرد حق الدعوى بطلب العقاب بل إن ذلك من باب الواجب المفروض عليه أدائه والقيام به .

٢ . أن الشريعة قد قيدت الفرد والحاكم في أدائه لهذا الواجب ، باعتبارات شرعية يتقيد بها الفرد المسلم حفاظا للمسلمين من الوقوع في فتنة عامة ، ووقاية للداعى إلى الله من أن يبتلى ببلايا مهلكة تذهب بنفسه ولا تجلب للدين نصرة ولا قوة وبدون هذه الاعتبارات قد يخرج هذا الواجب إلى حكم آخر من أحكام الشرع كالندب أو الإباحة أو الحرمة .

٣ . لم تجعل الشريعة القيام بهذا الواجب فرضا عينا على كل مسلم قادر ابتداء لأنه فرض كفائى كما تقدم ، وإنما يصبح القيام بهذه الدعوى فرض عين على القادر إذا لم يقم به غيره .

٤ . الفرد في أدائه لهذا الواجب غير ملزم بالاستمرار فيه إذا قام به ، وإنما له مطلق الحرية في أن يترك الدعوى على أية حال تكون عليها ويكون قد أدى الفرض يترك الدعوى لولى الأمر . إذ أن تكليفه بذلك العبء محدود بقدر استطاعته عليه فله أن يترك الدعوى ولولم يحملها عنه أحد إذا خشى من الاتهام أذى أو خشى ضياع مصالحه .

٥ . مباشرة الفرد لهذه الدعوى إنما تقف عند صدور حكم من القاضى في موضوعها فلا تمتد إلى حد تنفيذ العقوبة .

٦ . حق الفرد في تحريك الدعوى أو مباشرتها لا يعطيه حق التنازل عنها ولا حق إيقافها أو تعطيلها ، كما لا يجوز له العفو عن العقوبة التى هى حق خالص لله

تعالى . ذلك لأن واجب التكليف بالدعوى هو من الشارع فلا يجوز لمن كلف به التنازل عنه . كما أن تنازله يكون تنازلا عن غير حق له . وكذلك ولى الأمر ملزم بالنظر في هذه الدعوى بمجرد إقامتها بواسطة أى فرد من الناس . فدور الفرد في هذه الدعوى إنما يقتصر على تحريكها دون إيقافها بعد ذلك . كما أن العقوبة فيها حق لله يجب على ولى الأمر استيفاؤه وليس لأحد من الناس حاكما أو محكوما أن يعطل تنفيذ حدود الله على مستحقيها .

أما بالنسبة للدعوى التى للعبد فيها حق بجانب حق الله تعالى ، فلا يخلو الحال من أمرين :
 أ) أن يقتصر حق المجنى عليه على المخاصمة في الدعوى بأن يوقف الشارع النظر فيها على مخاصمته ومطالبته بتوقيع العقوبة . وينتهى دوره عند هذا الحد بأن تكون العقوبة حقا لله تعالى فلا يجوز له العفو أو التنازل عنها . وبذلك توقع العقوبة إذا خاصم المجنى عليه وثبتت العقوبة على الجانى . ويتضح أن حقه في هذا النوع من الدعوى ليس مطلقا أو مضيقا لحق المجتمع في العقاب وإذا لم يخاصم وكان السلطان قد بلغ بالجريمة وثبت الفعل على صاحبه فإننا نرى أن لولى الأمر التعزيز على الفصل بما يراه ملائما من العقوبات .
 ب) أن يمتد حق المجنى عليه في الدعوى ، ولا يقتصر على مجرد حق المخاصمة . بل يكون له حق في العقوبة المقررة . فيكون له التنازل عن الدعوى كما يكون له مباشرتها ويكون له حق العفو عن العقوبة كما يكون له حق التمسك بها وتوقيعها . كما في دعوى طلب القصاص . فإننا نجد الشارع الإسلامى في هذا النوع من الدعوى وفي حالة التنازل عن المجنى عليه عن الدعوى وعفوه عن العقوبة المقررة عليها لم يترك الجانى يفلت من العقاب بعفو المجنى عليه أو صلحه . وإنما حافظ على حق الجماعة في هذا النوع من الدعوى ، مما جعله لولى الأمر من حق توقيع عقوبة تعزيرية في هذه الحالة إذا رأى محلا لذلك كأن يكون الجانى أصبح من المفسدين في الأرض دون أن يمنع ذلك عفو المجنى عليه أو تنازله عن الدعوى .

٣- وبهذا تتجلى حكمة الشارع الإسلامى حين اهتم بحق الفرد ودوره في الدعوى الناشئة عن الجرائم باعتباره النواة الأساسية في المجتمع بصلاحه ينصلح حال الأمة ويستقيم أمرها ، وهو في ذلك أيضا لم يجعل حقه في الدعوى ماسا بحق المجتمع المتولد عن الجريمة أو مضيقا لمصلحة الجماعة في ذلك وترك أمرها للأهواء والرغبات الشخصية.

ثانيا : بالنسبة لأثر رضاء المجنى عليه في الدعوى المختلفة :

وفي الموازنة بين أثر رضاء المجنى عليه في الدعوى المختلفة في الفقه الإسلامى والقانون الجنائى الوضعى ، قد وجدنا أنه في ظل أخذ قانوننا المصرى بنظام المدعى العام في الاتهام قد أصبحت النيابة العامة بوضعها الذى انتهت إليه من كونها صاحبة سلطة مطلقة في الاتهام أبعد

ما تكون من أن تتوب عن الأفراد المجنى عليهم في رعاية مصالحهم بعد أن طغى سلطانه على حق الفرد المجنى عليه في إقامة الدعوى بطلب عقاب المعتدى ، الذى هو حقه أصلاً في رد الاعتداء الواقع عليه بمثلته وأنها في ذلك لا تستند إلى قوة الحجة ومنطق القانون وإنما تستند إلى قوة التشريع الذى يتمثل في مدى سلطان الدولة وقوة نفوذها .

وقد قدمنا أن القوانين الآخذة بهذا النظام عندما حاولت علاج هذا الوضع تلاشياً للعيوب والانتقادات التى وجهت إليه أوجدت للمجنى عليه بعض حق في الدعوى الجنائية يتمثل في إقرارها لبعض النظم التى تعطى للمجنى عليه حقاً استثنائياً في تحريك الدعوى الجنائية .

وقد بينا أن ذلك ورد في صورة قيود على حق النيابة العامة في تحريك الدعوى الجنائية ومباشرتها . وذكرنا من هذه القيود بصورة مجملة حق المجنى عليه في تحريك الدعوى الجنائية عن طريق الادعاء المباشر والذى ظل باقياً للعمل به في قانوننا الحالى بنص المادة ٢٣٢ المعدلة بالقانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٦٢ والتى تقول " تحال الدعوى في الجرح والمخالفات بناء على أمر يصدر من قاضى التحقيق أو مستشار الاحالة أو محكمة الجرح والمخالفات منعقدة في غرفة المشورة ، أو بناء على تكليف المتهم مباشرة بالحضور من قبل أحد أعضاء النيابة أو من المدعى بالحقوق المدنية " .

ثم تكلمنا عن حق التظلم كنظام أقرته بعض القوانين التى أخذت بنظام المدعى العام في الاتهام ، لنكفل للمجنى عليه رعاية حقوقه إن أغفلتها النيابة العامة .

ثم تكلمنا بعد ذلك عن نظام اشتراط شكوى المجنى عليه لتحريك الدعوى الجنائية وذلك في بعض الجرائم التى حددها القانون على سبيل الحصر . وقد ذكرنا أن قانون تحقيق الجنايات القديم لم يتضمن أى نص يشير إلى هذا النظام عند كلامه عن حق النيابة في إقامة الدعوى . ذلك لأن القانون المصرى لم يكن يأخذ بفكرة اشتراط شكوى المجنى عليه إلا بصورة ضيقة في بداية الأمر مقتصرًا على حالات قليلة محدودة كان موضع النص عليها هو قانون العقوبات والقوانين الخاصة عند تقرير العقوبات على هذه الجرائم .

وبصنوع قانون الاجراءات الجنائية الجديد تضمنت المادة الثالثة منه تقرير هذا المبدأ وتعداد طائفة من هذه الحالات . ثم نصت المادة التاسعة منه على حالة أخرى . وتكفل قانون العقوبات بالنص على ما أغفله قانون الاجراءات من حالات ، وقد أشرنا إلى ما يقرره شراح القانون ويحيطون به هذا المبدأ من تحفظات هي :

(١) أن تحديد القانون للحالات التى يتوقف تحريك الدعوى الجنائية فيها على تقديم شكوى من المجنى عليه إنما هو على سبيل الحصر ومن ثم فلا يصح القياس عليها^(١).

(١) د. حسن المرصفاوى في أصول الاجراءات الجنائية ١٩٧٢ ص ٧٤ وقد أشار إلى نقض فرنسى ١٦ / ٢ / ١٩٢٣ ، دالوز ١٩٢٤ / ٢ / ١١٤ .

(٢) أن اشتراط شكوى المجنى عليه لتحريك الدعوى وهذه الجرائم وإعمال أثر رضا المجنى عليه فيها ، لا يتعدى الاجراءات الجنائية المتعلقة بها أى أنه غير ذى أثر على أركان الجريمة .

(٣) ان اعمال هذا المبدأ لا يعنى أن ضرر هذه الجرائم مقتصر على المجنى عليه وحده فهو لا ينفي ما تتطلب عليه هذه الجرائم من عدوان على حقوق المجتمع .

(٤) ان اشتراط شكوى المجنى عليه ليست العلة في اعتبار تلك الجرائم الشخصية تمس المجنى عليه وحده فقد اختلفت فكرة الجرائم الخاصة التي كانت موجودة في التشريعات القديمة . وهذه الجرائم كما تمس مصلحة المجنى عليه تمس مصلحة المجموع كذلك ولكنه يغلب فيها صالح المجنى عليه على مصلحة الجماعة وقد ورد بالملحظة الايضاحية " يعلق القانون تارة رفع الدعوى الجنائية على شكوى من المجنى عليه في الجرائم التي تمس مصلحته أكثر مما تمس مصلحة " .

(٥) ان اعطاء المجنى عليه هذا الحق بالنسبة لهذه الجرائم لأنه فيها أقدر من النيابة العامة على تحديد مدى ملائمة اتخاذ الاجراءات الجنائية أو عدم ملائمة ذلك فقد يرى أن التغاضي عن الجريمة التي وقعت عليه أقل اضرارا به مما لو أثير أمرها أمام الجهات القضائية . فحول له القانون تقدير المصلحة في استعمال حق العقاب مما قد تتحقق به مصلحة المجتمع التي هي الهدف من اعطاء النيابة العامة حق تحريك الدعوى الجنائية (١).

وقد وجدنا أن الجرائم التي يشترط القانون لتحريك الدعوى الجنائية فيها تقديم شكوى من المجنى عليه هي ، جريمة زنا الزوجه (م ٢٧٤ ع) ، وجريمة زنا الزوج بمنزل الزوجية (م ٢٧٧ ع) ، وجريمة السرقة اضرارا بالزوج أو الأصل أو الفرع (م ٣١٢ ع) ، وجرائم القذف أو السب (مواد ١٨٥ و ٣٠٢ و ٣٠٣ و ٣٠٦ و ٣٠٧ و ٣٠٨) وجريمة ارتكاب أمر مخل بالحياة مع امرأة ولو في غير علانية (م ٥٧٩ ع) وجريمة الامتناع عن تنفيذ حكم حضانة الصغير بالنسبة للوالدين أو الجدين (م ٢٩٢) وجريمة الامتناع عن دفع النفقات الصادر بها حكم قضائي واجب النفاذ (م ٢٩٣ ع) وجريمة المروق بالنسبة للأحداث المشردين (م ١١ من القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٤٩) وقد قدمنا نصوص هذه المواد .

(١) د. حسن المرصفاوى في أصول الاجراءات الجنائية ط ١٩٧٢ ، د. محمود مصطفى ، القسم العام ط ١٩٦٤ ، د. محمود نجيب حسنى في القسم العام ١٩٧٣ ، د. أحمد الألفي في المرجع المشار إليه . وقد أشار الدكتور المرصفاوى في هذا الصدد إلى مارسيل روسليه ص ٣١١ ، فيدال ص ٩٦١ .

فالنيابة العامة بصفتها المدعى في الدعوى العمومية قبل تقديم الشكوى كان ما مباشرته باطلا بطلانا مطلقا وهذا البطلان من النظام العام لمخالفتها نصوص القانون . فإذا أقامت النيابة الدعوى كان على المحكمة ان تقضى بعدم قبولها من تلقاء نفسها كما تقضى ببطلان جميع الاجراءات السابقة على الشكوى وللمتهم أن يدفع بالبطلان في أية حالة كانت عليها الدعوى . كما أن الحكم الصادر في هذه الدعاوى يكون باطلا إذا لم يشر إلى تقديم شكوى من المجنى عليه أو وكيله الخاص .

فإذا قدمت الشكوى يعود للنيابة العامة حقها الكامل في الدعوى بتحريكها ومباشرتها أو التعزير فيها بأن لا وجه لاقامتها . وكما أوقف القانون تحريك الدعاوى في هذه الجرائم على تقديم شكوى من المجنى عليهم فيها فقد أجاز انقضاء هذه الدعاوى وإيقافها بتنازل المجنى عليه من الشكوى وحينئذ فلا دعوى ولا عقوبة بل ولا جريمة ومن يملك الشكوى يملك دون غيره التنازل عنها . فالتنازل حق لمن يخوله القانون حق الشكوى . والتنازل جائز في أى وقت ما دامت الدعوى لا تزال بين يدي النيابة أو القضاء سواء كان ذلك قبل رفع الدعوى أمام محكمة الموضوع أو بعد رفعها وبعد صدور حكم ابتدائي فيها . ولكن التنازل لا قيمة له بعد صدور الحكم النهائي فلا سبيل إلى إيقاف تنفيذ الحكم بعد صدوره بصفة نهائية إلا في حالتين بنص القانون عليهما هما :

- أ (حالة زنا الزوجة : فلزوجها أن يوقف تنفيذ الحكم النهائي عليها برضاؤه معاشرته له .
 - ب (حالة السرقة بين الأزواج والأصول والفروع : فللمجنى عليه أن يوقف تنفيذ الحكم النهائي على الجاني في أى وقت شاء وذلك بنص المادتين (٢٧٣ ، ٣١٢ ع) .
- كما تقضى المادة ١٠ / ٢ اجراءات بأن التنازل عن الشكوى بالنسبة لأحد المتهمين يعد تنازلا بالنسبة للباقيين . وحق التنازل عن الشكوى من الحقوق الشخصية ينقضى بوفاء المجنى عليه ، ولا ينتقل إلى ورثته باستثناء دعوى الزنا فإن لكل واحد من أولاد الزوج الشاكي من الزوج المشكو منه التنازل عن الشكوى فتتقضى الدعوى . والتنازل من قبيل العفو عن الجريمة وتترتب عليه نفس الآثار وقد نص القانون على أن الدعوى تنتقضى به . ويعد قرينة قانونية قاطعة أمام القضاء الجنائي على عدم وقوع الجريمة . ويحدث أثره بقوة القانون ولولم يتمسك به المتهم . وإذا صدر التنازل والدعوى أمام محكمة الموضوع وجب على المحكمة أن تقضى بالبراءة لانقضاء .

وهكذا يتضح أن هذه الجرائم المحددة في القانون على سبيل الحصر إنما يتوقف اقامة الدعوى الجنائية فيها ومباشرتها على رضا المجنى عليه أو عدم رضائه بالجريمة والمجنى عليه هنا هو الشخص الذى أصابته الجريمة بضررها سواء في عرضه أو شرفه أو ماله أو في حق من حقوقه الأخرى وخول له القانون هنا تقدير المصلحة في استخدام حقه في العقاب فقد

يرى أن التغاضي عن الجريمة أقل إضرارا به مما لو أُثير أمرها أمام الجهات القضائية فيجعل القانون لرضائه بالجريمة كل الأثر في ذلك إذ كما يتوقف تحريك الدعوى ومباشرتها عليه تنقضى به أيضا الدعوى وعلى المحكمة أن تقضى بالبراءة عند حصول الرضا والتنازل عن الدعوى الذي يعتبره القانون عفوا عن الجريمة .

والسؤال هنا هو :

س : أين حق المجتمع المتولد عن هذه الجرائم إذا رضى المجنى عليه بوقوعها فلم يتقدم بشكوى ، أو كان رضاؤه بعد تقديمها أو الحكم النهائي فيها فانقضت الدعوى وقضى فيها بالبراءة أو أوقف تنفيذ العقوبة على الجاني ؟

وقد تقدم أن الشريعة الإسلامية قد فرقت بين الدعوى عن الجرائم التي نمس حق الله تعالى ويعود الضرر فيها على المجتمع فاعتبرتها دعوى عامه لا أثر للرضا فيها بل إن الرضا بها جريمة يعاقب عليها إذ المجنى عليه فيها هم جماعة المسلمين . ولهذا كانت الدعوى ملكا للجماعة يباشرها ولي الأمر كواجب عيني عليه باعتباره ممثلا للجماعة وحاميا للنظام العام بها وأيضا ملكا للفرد العادي بل واجبا كفائيا أو يمينا عليه باعتباره الأصل في الجماعة وعضوا فيها يباشرها كل منهما معا أو على استقلال دون توقف في ذلك على رضا فرد معين أو عدم رضائه . إذ إن الجريمة هنا ضرب من ضروب المنكر يجب على كل مسلم النهي عنه وتغييره فكانت الدعوى في ذلك من دعاوى الحسبة التي يعد الشاهد فيها مدعيا .

وكان هذا النوع من الدعاوى عن الجرائم التي يعد الحد فيها خالصا لله تعالى . ومنه الحد عن جريمة الزنا ، التي يعد الحد فيها خالصا لله تعالى وليس للعبد فيها حق . فحق الله فيها من شأنه أن يجعل الجماعة تعيش في طهر ديني وفضيلة سائدة . والاعتداء الشخصي في جريمة الزنا غير واضح بين الرجل والمرأة بل إن العلاقة قد تكون محببة مشبعة . ولكن ثمة اعتداء آخر هو الاعتداء على الأسرة والاعتداء على النسل ، والاعتداء على النظام الاجتماعي الذي نظم الله فيه العلاقة بين الرجل والمرأة في إطار مشروع ورباط قدسه بكلمته هو الزواج . لهذا كان الحق في هذه الجريمة لله تعالى فلا يقبل إسقاطا ولا عفوان أحد وترتب على ذلك أمران :

أحدهما : عدم جواز التنازل عن هذه الدعوى أو إيقافها أو تعطيلها . إذ أنها تهدف إلى إحقاق حق من حقوق الله تعالى ، ويحرم على كل أحد الحيلولة دون ذلك .

الثاني : عدم جواز العفو عن العقوبة التي هي حق خالص لله تعالى ، أما الفرد فلا يجوز له التنازل عن الدعوى لأن إقامتها لها كما تقدم نوع من أداء الواجب لا يجوز له التنازل عنه .

فدور الفرد في هذا النوع من الجرائم مقتصر على تحريك الدعوى دون إيقافها كما أن صفته تنعدم بالنسبة للعقوبة إذ إنها ليست حقا له يستطيع التصرف فيه أو العفو عنه وإنما هي

حق خالص لله تعالى . كما أن تحريك الدعوى الجنائية عن هذه الجريمة يعد واجبا عينيا على من ولى أمر جماعة المسلمين فليس له أن ينزل عن دعوى إقامتها ولا أن يطلب إلى القاضى وقفها أو الامتناع عن النظر فيها ، فإذا قضى فيها بعقوبة كان على ولى الأمر تنفيذها إذ أنه ملزم بأن يقيم الحد على مستحقه ولا يملك له إسقاطا ولا يستطيع عنه عفو .

هذا بالنسبة للدعوى العامه أو التى يعد الحق فيها خالصا لله تعالى .

أما الدعوى التى جعلت الشريعة فيها للعبد حقا بجانب حق الله تعالى ، فقد رتبته على حق العبد فيه أثرا لرضائه بالجريمة يختلف ضيقا واتساعا باختلاف مقدار حق العبد بجانب حق الله تعالى فيها . وهذا الأثر إنما يقتصر على الاجراءات الجنائية المنوطة بهذه الدعوى فقد تقدم أن الرضا في الشريعة لا يبيح الجريمة كما لا يعدم وصفها . وجعل الشريعة للرضا أثرا في الدعوى عن الجريمة والخصومة عليها إنما هو لحكمة توخاها الشارع الإسلامى وأبانها علماء الفقه الإسلامى عند التعرض لكل حالة منها . وليس معناه الوصول في النهاية إلى جعل حق المجنى عليه الناشئ عن أى جريمة من الجرائم حقا طاغيا على الحق المتولد عن الجريمة للمجتمع مما يؤدى إلى إهماله . بل أن الشريعة في الوقت الذى جعلت فيه بعض الدعوى التى هى عن الجرائم الماسة بكيان المجتمع حقا خالصا لله ليس لأحد حاكما أو محكوما حق التنازل عنها أو إيقافها رأت أن توقف هذه الدعوى التى للعبد فيها حق وقد يكون غالبا على خصومة المجنى عليه فيها إذ قد يكون الحق موضوع الاعتداء في حاجة إلا اثبات ملكية المجنى عليه له أولا وأنه لم يبيحه أو يأذن فيه للجاني إنما صحيحا فيما يجوز له ذلك فيه ثانيا إلى غير ذلك مما سوف يظهر في حينه .

على أن إعطاء المجنى عليه حق المخاصمة في هذه الدعوى ليس على حساب حق المجتمع . ولا يؤدى إلى إهماله أو التقليل من شأنه إذ أن ذلك قد ضمنته الشريعة وحافظت عليه بأساليب أخرى منها أن دور المجنى عليه قد يتوقف على مجرد تحريك الدعوى وليس له التنازل عنها أو العفو عن العقوبة . كما أن حق المجنى عليه يتوقف عند مجرد المخاصمة فإذا ما ثبتت الجريمة في بعضها كانت العقوبة عليها حقا خالصا لله وجب على ولى الأمر استيفاءه حفاظا على حق المجتمع في الجريمة ، أما إذا كان حق المجنى عليه يتعدى مجرد المخاصمة إلى حق التنازل عن الدعوى أو حق العفو عن العقوبة والتصالح عليها كما هو بالنسبة لدعوى طلب القصاص مثلا ، فإن ولى الأمر يبقى له بعد ذلك كله كما قررنا سابقا حق توقيع عقوبة تعزيرية على الجاني قد تصل إلى القتل إذا رأى ضرورة لذلك . ولا يمنعه من ذلك تنازل المجنى عليه أو عفو . وفي ذلك الحكمة البالغة في الحفاظ على حق المجتمع المتولد عن الجرائم المختلفة .

فليس الحق في هذه الدعوى خالصا محضا للمجتمع فيندم كل أثر ارضاء المجنى عليه أو عدم رضائه فيها ، ولا هو حق خالص للمجنى عليه يتوقف الدعوى فيها والعقوبة عليها على

رضائه أو عدم رضائه بالجريمة فنرى بالنسبة لدعوى السرقة ، أن الشارع الإسلامي قد اعتبر دعوى السرقة من الدعاوى التي تقوم عن جرائم للعبد فيها حق بجانب حق الله تعالى . يتمثل حق الله تعالى في المعنى الاجتماعي المتولد عن الجريمة من الترويع والافزاع الناشئ عنها وحق العبد الشخصي واضح فيما ناله من هذا الترويع والافزاع والاعتداء على حقه في الملكية المصونة المحترمة التي هي في حرز مثلها .

والفعل لا يعتبر سرقة في الشريعة إلا إذا توفرت أركانها والتي من بينها أن يكون أخذ المال بدون علم المجنى عليه وبدون رضاه . فإذا كان المجنى عليه راضيا بأخذ المال بأن يكون قد أذن للفاعل في أخذه فلا جريمة . وللرضا أثره في دعوى السرقة إذ أن جمهور الفقهاء يرى ضرورة ادعاء المجنى عليه ومخاصمته للجاني لقيام هذه الدعوى ، فالخصومة شرط في سماع الشهادة لقيام دعوى السرقة وثبوت الحد ونفاذه على الجاني ، وذلك وفاء لحق المجنى عليه في هذه الدعوى . فإذا ما ثبتت الجريمة ووجب الحد - كانت العقوبة حقا خالصا لله تعالى ليس للعبد إسقاطها أو العفو عنها . وهكذا فللرضا أثرها من حيث أن المجنى عليه يجوز له العفو عن أخيه قبل رفع الدعوى والتبليغ عن الجريمة . كما يسعه ألا يرفع الدعوى مطلقا: إذا ما قام صلح بينه وبين الجاني الذي يكون قد رد الشيء المسروق إلى صاحبه . ولكن بعد رفع الدعوى يصير الأمر إلى الله ينفذ أمره ولى الأمر في المسلمين .

وإذا عفا المجنى عليه فلم يرقم الخصومة على الجاني فليس لولى الأمر أن يتدخل في إقامة الدعوى رغم رضاه المجنى عليه ، كما ليس له أن يوقع الحد على السارق وإن كان يستطيع أن يوقع عقوبة تعزيرية رغم معارضة المجنى عليه . وإنما جعل لرضاه المجنى عليه أثرا في إقامة الدعوى السرقة باشتراط خصومته للجاني لأنه لا بد لتحقيق السرقة من ثبوت كون المال مملوكا لصاحبه ، وكونه لم يبيحه للسارق ، وكونه موجودا في حرزه ، وكل هذا لا يمكن أن يتحقق إلا إذا ادعى المسروق منه إذ عساه يكون قد أباحه له أو مكنه منه . أو ليكن في حرز مثله ، إلى غير ذلك من الاحتمالات التي يسقط بها الحد .

وقد تقدم أن قطع اليد عقابا للسرقة من حقوق الله الخالصة ، فالجريمة - وإن كانت تقع على أفراد الناس - أثرها شامل للمجتمع الإسلامي بأكمله ، ومن ثم كان العقاب المترتب عليها من حقوق الله التي لا تقبل عفو ولا إسقاطا فإذا ما قامت البينة وقضى بالقطع إقامة ولى الأمر وليس له هو الآخر أن يعفو عنه .

وبالنسبة للسرقة بين الأقارب والزوجين فإن ما هو مقرر في دعوى السرقة عموما من حيث اشتراط مخاصمة المجنى عليه للجاني وجواز عفو قبل إقامة البينة إلى ثبوت الحد على الجاني يطبق هنا من باب أولى . أما من ناحية جواز تنفيذ القطع على الجاني من هؤلاء فقد ذكرنا أنه محل خلاف بين الفقهاء ، فيرى الشافعي وأحمد في السرقة بين الأقارب ، أن الوالد لا يقطع

بسرقه مال ولده وإن سفل كما لا يقطع الابن بسرقه مال والده وإن علا . أما سائر الأقارب كالأخوة والأخوات وغيرهم فيقطع السارق منهم لمال الآخر . ويرى أبو حنيفة أنه لا قطع من سرق من ذي رحم محرم . أما إذا كانت السرقة من غير ذي رحم محرم فإن السارق يقطع بسرقته ، ويرى مالك وبعض الزيدية أن لا قطع على الأصول إذا سرقوا من الفروع أما إذا سرق الفروع قطعوا بسرقته فلا يعفى من القطع للقرابة إلا الأصول . ويرى البعض الآخر من الشيعة الزيدية أنه لا قطع على الأصول إذا سرقوا من الفروع ولا من الفروع إذا سرقوا من الأصول ولا قطع بين ذوي الأرحام المحارم . أما الظاهريون فيرون قطع الأصول إذا سرقوا من الفروع وقطع الفروع إذا سرقوا من الأصول ، ولا يسقطون القطع للقرابة .

وبالنسبة للسرقة بين الزوجين : فيرى مالك قطع يد السابق منهما إذا سرق مالا محجورا عنه وإلا فلا . ويرى أبو حنيفة أن لا قطع على أحد الزوجين في سرقة مال الآخر وعند الشافعي آراء ثلاثة الراجح منها قطع يد السارق منهما إذا سرق مالا محجورا عنه بأن يكون في حرز مغلق لا يسمح له بدخوله ويرى أحمد قطع يد السارق منهما إذا سرق مالا محجورا عنه ، أما إذا كان المال غير محجور عنه فلا قطع .

وقد رجحنا من هذه الآراء ، بالنسبة للسرقة بين الأقارب ، ما رآه الشافعي وأحمد من أن الوالد لا يقطع بسرقه مال ولده وإن سفل . كما لا يقطع الابن بسرقه مال والده وإن علا أما سائر الأقارب فيقطع بسرقه ماله ويقطعون بسرقه ماله للحجج التي استندوا إليها .

وبالنسبة للسرقة بين زوجين ، فقد رجحنا قطع يد السارق منهما إذا سرق مالا محجورا عنه أى في حرز مغلق لا يسمح له بدخوله أما إذا كان المال غير محجور عنه فلا قطع عليه . وهو رأى مالك والراجح عند الشافعي وأحد رأيين للإمام أحمد .

وبالنسبة لدعوى القذف فقد وجدناها تتوقف على شكوى المذنوب ومخاصمة للقاذف إذ لا خلاف بين الفقهاء على أن إقامة دعوى القذف والمخاصمة فيها من المذنوب شرط لاستيفاء حد القذف . وليس لولى الأمر أن يستوفي الحد أو أن يحرك الدعوى حسبه إلا بشكوى القاذف ، لأن الشهادة لا تقبل قبل قيام الدعوى ، والدعوى لا تقم إلا بشكوى المذنوب ، وإنما كانت خصومة المذنوب شرطا لاستيفاء حد القذف لأن الجريمة - وإن كانت حدا - تمس المذنوب ماساسا شديدا وتتصل بسمعته وعرضه اتصالا وثيقا ، كما أن للقاذف حق اثبات قذفه ، وإقامة الدليل على صحة ادعائه ولو آتية يصبح المذنوب مسئولا عن جريمة الزنا ووجب عليه عقوبتها .

ونظرا لهذه النتائج الخطيرة كان اتفاق الفقهاء على تعليق رفع دعوى القذف على شكوى المذنوب ، وحق الخصومة في دعوى القذف ملك للمذنوب وحده إن كان حيا ، أما إذا كان

المقذوف قد مات بعد تحريك الدعوى وقبل الفصل فيها فإن الدعوى لا تسقط ولكن يحل الورثة في الدعوى محل المقذوف حسب الرأى الغالب في الفقه .

وبالنسبة لدعوى طلب القصاص فقد وجدنا أن الشارع الإسلامي قد جعل القصاص في ذاته حقا للمجنى عليه الذي لا بد من أن يطلبه وأن يستمر في مخاصمته إلى وقت الحكم . إذ للمجنى عليه أن يتنازل عن طلبه في أى مرحلة من مراحل الدعوى التي حقه فيها غالب حيث إن الشارع قد جعل للمجنى عليه حق العفو في أى مرتبة من مراتب المخاصمة ، كذلك فإن العفو جائز بعد الحكم ويسقط القصاص ، فللمجنى عليه أو وليه في هذه الجرائم تحريك الدعوى بطلب القصاص أو عدم تحريكها بالعفو عن الجاني ، وله ولوليائه أيضا حق الاستمرار في هذه الدعوى ومباشرتها إلى تنفيذ الحكم . أو عدم الاستمرار في مباشرة الدعوى والتنازل عن الخصومة بالعفو أو الصلح مع المجنى عليه . ولهم ذلك أيضا بعد صدور الحكم ، إذ أن العفو يسقط الحكم بالقصاص .

غير أن الشارع قد اعتبر في هذه الجرائم جانب حق للمجتمع حيث أنه اعتبر الاعتداء فيها اعتداء على الناس أجمعين . فكل جريمة ترتكب في دم يكون المعتدى فيها قد اعتدى على المجتمع كله لأن الحرمات الإنسانية مرعية الجانب في حكم الشارع الذي جعل من المجتمع الفاضل ظلا واقيا من هذه الجرائم .

ونظرا لمراعاة الشارع لهذا الجانب فقد جعل لولى الأمر عند عفو المجنى عليه أو صلحه مع الجاني حق توقيع عقوبة تعزيرية على الجاني إذا رأى موجبا لذلك . من خطورة في الجاني بأن يكون من المفسدين في الأرض ، وفي إطلاق حريته بالعفو خطر وتهديد لحياة الأمنين وأرواحهم .

نستطيع من كل ذلك أن نوجز في موضوع الموازنة النقاط الآتية :

(١) جعلت الشريعة الإسلامية لرضاء المجنى عليه أثرا واسعا ودورا أصيلا في الدعوى الجنائية التي للعبد فيها حق بجانب حق الله تعالى . إذ جعلت خصومة المجنى عليه للجاني شرطا لتحريك الدعوى الجنائية . بل أنها اشترطت في بعض الدعاوى استمرار مخاصمة المجنى عليه للجاني إلى صدور حكم في الدعوى . كما له في بعضها حق التنازل بل والعفو عن العقوبة . في الوقت الذي قررت فيه بأن الرضا لا يبيح الجريمة ولا يؤثر في مسئولية الجاني .

(٢) الشريعة حين أقرت للمجنى عليه ورضاه بالجريمة الواقعة عليه بهذا الأثر في الدعوى ، لم يكن ذلك انتقاصا أو اهمالا لحق المجتمع المتولد عن الجريمة في هذا النوع من الدعاوى . كما لم يكن حقا محررا من كل قيد . بل أن الشريعة وضعت ضمانات تعطى

للفرد حقه في الجريمة الواقع أذاها عليه مباشرة دون انقاص من حق المجتمع الناشئ
عن هذه الجريمة يتمثل في الآتي :

أ) لم تجعل الشريعة للرضا أى أثر في الدعاوى عن الجرائم الماسة بكيان المجتمع والتي
يعد الحق فيها خالصا لله تعالى ، والمجنى عليه فيها جماعة المسلمين بل أوجبت على
الأفراد عامة وولى الأمر خاصة الاهتمام بشأن هذا النوع من الجرائم ، ولم تجز
لأحد التنازل عن الحق فيه .

ب) جعلت الشريعة لولى الأمر في المسلمين توقيع عقوبات تعزيرية على الجانى في حالة
عدم مخاصمة المجنى عليه للجانى ، أو عفو عنه ، أن رأى ضرورة لذلك استيفاء
لحق المجتمع وله أن يصل بالعقوبة إلى حد القتل . ولا يمنع ذلك عفو المجنى عليه
أو أوليائه عن الجانى .

ج) أوقفت الشريعة حق المجنى في بعض الدعاوى التى يكون الحد فيها حقا خالصا لله
تعالى ، على مجرد المخاصمة ، فيكون له حق تحريك الدعوى فقط دون حق التنازل
عنها أو حتى إيقافها . وفي ذلك أبلغ رعاية لحق المجتمع الخالص في العقوبة عن هذا
النوع من الجرائم .

٣) الشريعة في نظرتها إلى ماهو عام من الجرائم وما هو خاص منها ، فرقت بين الدعوى
عن الجرائم التى تمس حق الله تعالى الخالص فاعتبرتها دعوى عامه ، المجنى عليه
فيها جماعة المسلمين . ولا يجوز لأحد التنازل عنها ولا إيقافها أو تعطيلها كما لا يجوز
لأحد العفو عن العقوبة فيها . وبين الدعوى التى للبعد فيها حق بجانب حق الله تعالى
فرتبت لرضاء المجنى عليه أثرا في الجريمة على قدر حقه فيها .

٤) جعلت الشريعة جريمة الزنا من هذا النوع من الجرائم العامة ، أى التى تمس كيان
المجتمع كله . والحد فيها حق خالص لله تعالى لما تمثله هذه الجريمة من اعتداء على
الأسرة وعلى النسل وعلى النظام الاجتماعى لذلك كانت الدعوى عن هذه الجريمة من
الدعاوى التى لا يجوز التنازل عنها ولا إيقافها ولا تعطيلها إذ أنها تهدف إلى احقاق حق
من حقوق الله تعالى . كما لا يجوز لأحد العفو عن العقوبة عليها لأنها حق الله تعالى فلا
يجوز لأحد العفو عنه . والمجنى عليه في هذه الجريمة هو المجتمع الإسلامى كله .

٥) جعل القانون أثر رضاء المجنى عليه في الدعوى الجنائية أثرا استثنائيا متمثلا في
اشتراط تقديم شكوى من المجنى عليه لتحريك الدعوى عن الجريمة بالنسبة لجرائم
محددة .

٦) كان هذا الأثر لرضاء المجنى عليه في الدعوى على سبيل الاستثناء نتيجة لما قرره القانون من حق قاص للمجنى عليه في تحريك الدعوى الجنائية استثناء من حق النيابة العامة في ذلك .

٧) كان الحق في تحريك الدعوى ومباشرتها حقا أصليا ومطلقا للنيابة لعامة نتيجة لتحديد طبيعة الدعوى الجنائية في القانون بأنها دعوى عمومية تقوم النيابة فيها بدور المدعى نيابة عن المجتمع .

٨) رغم ان أثر رضاء المجنى عليه في الدعوى الجنائية وحقه في تحريكها وارد في القانون على سبيل الاستثناء غير هذا الأثر بالنسبة للجرائم المحددة في القانون أثرا مطلقا من كل قيد ، فتحريك الدعوى يتوقف على تقديم الشكوى ، والدعوى كذلك تنقضى وتوقف بتنازل المجنى عليه من الشكوى . بل للمجنى عليه إيقاف تنفيذ الحكم النهائي عن الجاني في جرائم زنا الزوجة والسرقة بين الأزواج والأصول والفروع .

٩) إذا كان هذا الحق الاستثنائي للمجنى عليه قد أعطى له مطلقا هكذا ويصل به إلى حد إيقاف تنفيذ العقوبة فأين هو حق المجتمع الناشئ عن الجريمة ؟
وقد صرح شراح القانون بأن أعمال هذا المبدأ لا يعنى أن ضرر هذه الجرائم مقتصر على المجنى عليه وحده فهو لا ينفي ما تنطوى عليه هذه الجرائم من عدوان على حقوق المجتمع . وأن فكرة الجرائم الخاصة التي كانت موجودة في التشريعات القديمة قد انتهت .

١٠) نظر القانون إلى جريمة الزنا على أنها جريمة خاصة ، وجعل الزوج فيها أو الزوجة هو المجنى عليه وحده ، ولهذا لم يرتب أى أثر للمجتمع في هذه الجريمة ، وجعل الدعوى عنها دعوى خاصة للزوج حق التصرف فيها .
وكان من نتائج ذلك :

- أ : أن أوقف تحريك الدعوى فيها على تقديم شكوى من المجنى عليه .
- ب: التنازل عن الشكوى في جريمة الزنا يعد عفوا عن الجريمة وتترتب عليه جميع آثاره .
- ج: تسقط دعوى الزنا ويمتنع لقيامها لأسباب هي :
 - ١- نزول الزوج المجنى عليه عن حقه .
 - ٢- حصول الزنا برضا الزوج .
 - ٣- سبق ارتكاب الزوج جريمة الزنا .
 - ٤- عدم تقديم شكوى خلال ثلاثة شهور .
- د : أن القانون الجنائي الحديث يأخذ بمبدأ المقاصة في جرائم الزنا حين يمنع قبول شكوى زوج الزانية وسقوط دعواه إذا قامت باثبات زناه في منزل الزوجية .

(١١) توقف تحريك الدعوى الجنائية على شكوى المجنى عليه في جريمة قذف أو سب موظف عمومي أو ذي صفة عامة بسبب تأدية الوظيفة في القانون محل نقد لأن المجنى عليه في هذه الجريمة هو كرامة الوظيفة . وحق الدولة في هذه الكرامة يفترض فيه أنه حق عام غير قابل للتصرف فيه .

الباب الخامس

" أثر رضاء المجني عليه في العقوبة في

الفقه الإسلامي والقانون الوضعي "

ويتضمن ثلاثة فصول :

الفصل الأول : أثر رضاء المجني عليه في العقوبة في الفقه الإسلامي .

الفصل الثاني : أثر رضاء المجني عليه في العقوبة في القانون الوضعي .

الفصل الثالث : في الموازنة بين أثر رضاء المجني عليه في العقوبة في

الفقه الإسلامي والقانون الوضعي .

الفصل الأول

" أثر رضاء المجني عليه في العقوبة في الفقه الإسلامي "

ويشتمل على ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : أثر رضاء المجني عليه السابق والمعاصر للجريمة في العقوبة .

المبحث الثاني : أثر رضاء المجني عليه اللاحق بالجريمة في العقوبة أو مدى

توقف تنفيذ العقوبة أو إسقاطها على رضاء المجني عليه .

المبحث الثالث : العفو وأثره في عقوبات القصاص والديه .

الفصل الأول

أثر رضا المجني عليه في العقوبة في

الفقه الإسلامي

.....

المبحث الأول

أثر رضا المجني عليه السابق والمعاصر للجريمة في العقوبة

إذا بحثنا عن أثر رضا المجني عليه في العقوبة في ظل قواعد الفقه الإسلامي بمعنى الرضا السابق أو المعاصر للجريمة وأثره في العقوبة المقررة عليها . فيكون أثر الرضا في العقوبة هنا مبنياً على الرضا بالجريمة والإذن السابق بها وقد تقدم أن رضا المجني عليه بالجريمة وإنه فيها كما لا يبيح الجريمة لا يؤثر على المسؤولية الجنائية للجاني وبالتالي لا يسقط العقوبة المقررة على الفعل باعتباره جريمة معاقبا عليها .

هذا إلا إذا كان الرضا بمعنى الإذن السابق بالتصرف في المال بالنسبة للسرقه والنصب وغيرهما من جرائم الأموال مثلاً ، فإن الإذن الصحيح يأخذ المال والتصرف فيه هنا . يجعل الفعل مباحاً لا جريمة فيه وبالتالي لا عقوبة عليه ما دام الإذن بالأخذ والتصرف ممن له الحق في ذلك . وفي إطار ما تنتجه الشريعة الإسلامية وتجزئه من تصرفات في هذا الخصوص وفقاً لمبادئها وقواعدها السمحة .

وقد قدمنا أن اختلاف الفقهاء حول أثر الإذن بالقتل أو الإذن بالجرح في العقوبة وما رآه البعض من إسقاط العقوبة بالإذن السابق للجريمة في هذا النوع من الجرائم ليس مبنياً على أن المجني عليه أو أوليائه قد رضوا بالجريمة وإنما لأن من حقهم في هذه الجرائم العفو عن العقوبة .

فالرضا ولو من صاحب الحق فيه لا يقع صحيحاً ولا يجعل الشيء موضوع الرضا مباحاً إلا إذا كان مباحاً ومرضياً عنه وفقاً لأوامر الشارع الإسلامي ونواهيه . وأذى المؤمن لنفسه حرام فأذنه بالأذى لغيره لا يحل للغير دمه . ومن مقاصد الشريعة الإسلامية حفظ النفس والجسد وصونها من كل أذى . ولكن لما كان للمجني عليه وأوليائه أن يعفوا عن القصاص إلى الدية . وأن يعفو عن الدية والقصاص معاً ، فإذا عفو سقطت العقوبة المقررة للقتل في حالة العفو . فعلى هذا الأساس قام اختلاف الفقهاء في عقوبة القتل . فمن قال بأن الإذن يمنع من العقاب فقد اعتبر الإذن عفواً مقدماً ورتب عليه سقوط العقوبة ومن قال بأن الإذن لا يمنع من العقاب رأي أن الإذن لا يعتبر عفواً لأن العفو عن القتل يستدعي القتل . فإذا جاء العفو قبل القتل فهو عفو غير صحيح لأنه لم يصادف محله ومعنى ذلك أن حق المجني عليه في العفو لا ينشأ إلا بعد وقوع الجريمة فإذا عفا قبل وقوعها فقد وقع عفو لغوا ، لأن حقه لم يكن نشأ بعد حتى يعفو عنه .

ومن جعل العقوبة الدية اعتبر الإذن شبهة تدرأ أي القصاص .
 ومن قال بالقصاص لم يجعل الإذن شبهة دارة للقصاص . أما في حالة الجرح الذي لم يؤد لموت المجني عليه . فإن من قال بإسقاط العقوبة اعتبر الإذن بالجرح أو القطع عفوا مقدما ، واعتبره عفوا صحيحا لأنه استمر حتى تم إحداث الجرح أو القطع ومن قال بعدم سقوط العقوبة اعتبر الإذن السابق باطلا . لأنه لم يصادف محله واشترط لإسقاط العقاب أن يبرئ المجني عليه الجاني بعد الجرح أو القطع . ومن أسقط العقاب في الجرح المؤدى للموت اعتبر الموت متولدا عن الجرح ، وهو مأذون فيه . وما تولد عن معفو عنه أخذ حكمه . ومن رأي العقاب اعتبر الإذن عن جرح لا عن قتل . فإذا ظهر أن الفعل قتل فهو غير مأذون فيه . لكنه مع ذلك اعتبر الإذن الباطل شبهة تدرأ القصاص .
 ونذكر أن آراء الفقهاء قد تقدمت بالتفصيل المناسب حول أثر الإذن بالقتل والإذن بالجرح أو القطع ونجعل ذلك بالنسبة لهذا الأثر في العقوبة على الوجه الآتي .

الرضا بالقتل

يرى أبو حنيفة وأصحابه :

- أن الإذن بالقتل لا أثر له على الفعل . فيبقى الفعل محرما معاقبا عاياه باعتباره قتلا عمدا . ولكنهم اختلفوا في العقوبة التي تقع على الجاني :
- فرأي أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد : أن يدرأوا عقوبة القصاص عن الجاني وأن تكون العقوبة الدية . على أساس أن الإذن بالقتل شبهة والشبهة تدرأ بالحد والقصاص معتبر حداً
 - ورأي زفر أن القصاص وهو العقوبة ^(١) لأن الإذن لا يصلح أن يكون شبهة ومن ثم فهو لا يدرأ القصاص .

ويرى مالك وأصحابه :

أن الإذن بالقتل لا يسقط العقوبة حتى لو أبرأ المجني عليه الجاني من دمه مقدما لأنه أبرأه من حق لم يستحقه بعد وعلى هذا اعتبر الجاني قاتلا عمدا . وهذا هو الرأي الراجح في المذهب ويرى بعض أصحابه أن تكون العقوبة القصاص حيث لا يعتبر الإذن شبهة . والبعض الآخر يعتبر الإذن شبهة تدرأ القصاص ويوجب الدية بدلا من القصاص .
 وفي رأي مرجوح في مذهب مالك - وينسبه ابن عرفة لسحنون - أن الإذن بالقتل لا يبيح الفعل . ولكنه يسقط عقوبتي القصاص والدية معا . وإن كان لا يمنع من التعزير ولكن الرأي المعروف عن سحنون في العتبية أنه يدرأ القصاص عن الجاني للشبهة ويوجب الدية ^(٢).

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٧ .

(٢) مواهب الجليل للحطاب ج ٦ ص ٢٣٥ ، ٢٣٦ ، الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٣ .

ويرى الشافعى :

أن الإذن بالقتل يسقط عقوبتى القصاص والدية لأن من حق المجني عليه العفو عن العقوبة والإذن بالقتل يساوى العفو عن عقوبة القتل في رواية له . وفي رواية أخرى أن الإذن في القتل لا يبيح الفعل ولا يسقط العقوبة . وبعض أصحاب هذا الرأي يرى في الإذن شبهة تدرأ القصاص وتوجب الدية . والبعض الآخر يوجب القصاص ولا يرى في الإذن شبهة^(١).

ويرى أحمد وأصحابه :

أن الإذن في القتل يسقط العقوبة عن الجاني . لأن من حق المجني عليه العفو عن العقوبة والإذن بالقتل يساوى العفو عن عقوبة القتل^(٢).

الرضا بالجرح والقطع

يذهب مالك :

إلى أن الإذن بالقطع أو الجرح لا عبرة به إلا إذا استمر المجني عليه مبرئاً للجاني بعد الجرح أو القطع . فإن لم يبرئ المجني عليه الجاني بعد الجرح أو القطع فقط وجبت العقوبة المقررة وهى القصاص أو الدية إذا امتنع القصاص لسبب شرعى . أما إذا استمر المجني عليه مبرئاً للجاني فإن العقوبة المقررة أصلاً وهى القصاص والدية تسقط ويحل محلها التعزير . وهذا كله إذا لم يؤد الجرح أو القطع للموت . فإذا أدى إليه اعتبر الجاني قاتلاً عمداً ، ووجبت عقوبة القتل العمد^(٣).

ويذهب أبو حنيفة وأصحابه :

أن الإذن بالقطع والجرح يترتب عليه منع العقوبة . ذلك لأن الأطراف عندهم يسلك بها مسلك الأموال ، وعصمة المال تثبت حقاً لصاحبه . فكانت العقوبة على القطع والجرح محتملة السقوط بالإباحة والإذن واختلفوا فيما إذا أدى الجرح أو القطع للموت . فير أبو حنيفة أن الفعل قتل عمد ، لأن الإذن كان عن الجرح أو القطع فلما حصل الموت كان الفعل قتل لا جرحاً ولا قطعاً ، فوجبت عقوبة القتل العمد . ولما كان الإذن يعتبر شبهة تدرأ القصاص . فيتعين أن تكون العقوبة الدية ويرى أبو يوسف ومحمد أنه إذا أدى الجرح أو القطع للموت فلا شئ على الجاني إلا التعزير . لأن العفو عن الجرح أو القطع عفو عما تولد منه وهو القتل^(٤).

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٢٨ .

(٢) الإقناع ج ٤ ص ١٧١ .

(٣) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٣ .

(٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٦ ، ٢٣٧ ،

ويذهب الشافعي :

إلى أن الإذن بالجرح والقطع يسقط العقاب مالم تر الجماعة عقابه تعزيراً فإذا أدى الجرح أو القطع إلى الموت فيبعض فقهاء المذهب يرى مسئولية الجاني عن القتل العمد . ولكنه يدرأ القصاص لشبهة الإذن فتكون الدية هي العقوبة والبعض الآخر يرى امتناع العقاب لأن الموت تولد عن فعل مأذون فيه^(١) . والإذن يسقط العقوبة .

ويذهب أحمد :

أن الإذن بالجرح أو القطع كالإذن بالقتل مسقط للعقوبة . وإن كان الإذن لا يبيح الفعل . لأن للمجني عليه الحق في إسقاط العقوبة . وقد أسقطها بإذنه^(٢).

هذا .. وقد تقدم أن العقوبة على الجرائم الماسة بكيان المجتمع وهي جرائم الحدود . لا أثر للرضا أو الإذن فيها . بل إن مجرد السكوت على هذا النوع من الجرائم يعد جريمة في نظر الشارع الإسلامي سواء كان ذلك من الفرد العادي في الأمة المسلمة أو ولي أمر المسلمين فيها . ذلك لأن العقوبة على هذا النوع من الجرائم الحق فيها خالص لله تعالى فليس لأحد إسقاطه أو العفو عنه . إذ الأصل في الشريعة الإسلامية أن الحدود لا تقبل إسقاطاً ولا عفواً فلا يجوز العفو عن العقوبة التي هي حق خالص لله تعالى .

وقد تقدم عند بحث أثر رضا المجني عليه في الدعوى الجنائية . شئ من التفصيل اللازم في هذا المقام عند الكلام عن أثر التنازل أو العفو في الدعوى الجنائية سواء كان ذلك بالنسبة للدعوى العامة عن حق الله الخالص ، أو بالنسبة للدعوى التي للعبد فيها حق الله تعالى .

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٤٨ ، ٢٩٦ ، تحفة المحتاج ج ٤ ص ٣٠ ، ٣١ .

(٢) الإقناع ج ٤ ص ٣٧١ .

المبحث الثاني

أثر رضا المجني عليه اللاحق بالجريمة في العقوبة أو مدى توقف تنفيذ العقوبة أو إسقاطها على رضا المجني عليه

جعلت الشريعة الإسلامية لرضاء المجني عليه وعفوه أثرا في العقوبة المقررة على الجريمة . وذلك بإقرارها لنظامي الصلح والعفو ، وجعلتهما من أسباب سقوط العقوبة على بعض الجرائم . وسوف نعرض فيما يلي لهذين النظامين حتى يتضح مدى ما لرضاء المجني عليه وعفوه من أثر في العقوبة المقررة على الجريمة موضوع الصلح أو العفو .

أولاً : الصلح

والصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما ، أو حرما حلالا . وهو هنا جائز للنصوص الواردة في الحض على العفو وتحبيبه للمسلمين وله أصل في السنة والإجماع فقد روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال : " من قتل عمدا دفع إلى أولياء المقتول ، فإن شاؤا قتلوا ، وإن شاؤا أخذوا الدية ، وما صولحوا عليه فهو لهم " (١) . كما ورد أنه في عهد معاوية قتل هدبة ابن مخشوم قتيلا فيدل سعيد بن العاص والحسن والحسين لابن المقتول سبع ديات ليعفو عنه فأبى ذلك وقتله (٢) وقد ورد في معنى قوله تعالى : « فَمَنْ عَفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبَاعُ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ » أن الآية نزلت في الصلح عن دم العمد وفي هذا دلالة على جواز الصلح (٣) . وروى عن عمر أنه قال : " العمد والعيد والصلح والاعتراف لا تعقله العاقلة " رواه الدارقطني (٤) . وكما أن حق استيفاء القصاص قد يؤول إلى القذف فإنه لا يؤول إلى مال لأنه حق الله فلا يجرى فيه التعويض (٥) .

العقوبات التي تسقط بالصلح :

والصلح سبب من أسباب سقوط العقوبة . ولكنه لا يسقط إلا القصاص والدية أما ما عداهما من العقوبات فلا أثر للصلح عليها . ولا خلاف بين الفقهاء في أن القصاص يسقط بالصلح . وإذا كان الصلح عن الدية وليس عن القصاص فإنه لا يجوز أن يكون على أكثر مما تجب فيه الدية لأن ذلك يعتبر ربا . أما إذا كان الصلح عن القصاص فإن بدل الصلح يصبح أن يكون

(١) المغنى لابن قدامة ج ٩ ص ٤٧٧ .

(٢) المغنى لابن قدامة ج ٩ ص ٤٧٧ ، سنن ابن ماجه ج ٢ حديث ٢٦٢٦ ص ٨٧٧ كتاب الديات .

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ج ٧ ص ٢٥٠ .

(٤) نيل الأوطار للشوكاني ج ٧ ص ٨٩ .

(٥) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ج ٦ ص ١١٣ .

قليلا أو كثيرا من جنس الدية أو من خلاف جنسها حالا أو مؤجلا^(١) وهذا ما ذهب إليه أبو حنيفة ، ومالك ، وأحمد ، والشافعي في المشهور عنده^(٢) . لأن القصاص ليس بمال والصلح فيه صلح عما لا يجرى فيه الربا فأشبهه الصلح على العروض وجاز أن يكون بما يتفق عليه الفريقان . وإذا كان الصلح على العفو نظير بدل معلوم فإن الصلح جائز مع ضرورة أن يتوافر في البذل ثلاثة شروط^(٣) :

(١) أن يكون البذل شيئا حلالا . فإذا كان البذل مالا غير منقوض فإن الصلح يكون فاسدا ، وإذا كان الصلح قد وقع والحالة هذه . فإن للفقهاء في سقوط القصاص بذلك آراء ترجع إلى خلافاتهم في القواعد المقررة للقصاص وجواز سقوطه بالعفو أو الصلح . فمقتضى منطقي مذهب الشافعي والحنبلي أن القصاص يسقط بذلك وتجب الدية . وفي مذهب أبي حنيفة أن القصاص يسقط ولا يجب شيء ، ومذهب مالك أن القصاص لا يسقط لأن السقوط معلق على شرط غير ممكن التحقق فلا يثبت .

(٢) أن يكون البذل معلوما بما ينفي الجهالة .

(٣) ألا يكون فيه إسقاط ما لا يحل إسقاطه .

ولا يتقيد الصلح بأن يكون بقدر الدية فقد يكون بأقل منها أو بأكثر . وغالبية الفقهاء على اشتراط أن يكون البذل مما يقوم بمال . سواء أكان عينا أم كانت منفعة لأنها تقوم بمال في العقود .

والصلح اتفاق فهو عقد يتضمن أحيانا بذلا وعطاء إذا لم يكن مساويا للدية وذلك على مذهب الذين يقولون أن الدية تثبت بمجرد العفو عن غير تراض عليها . لأن الواجب في القتل العمد هو القصاص أو الدية . فاختيار أحدهما يثبت الآخر . وأما المذهب الآخر الذي يقول بأن الواجب هو القصاص ولا تثبت الدية أو مال إلا بالاتفاق والاختيار . وأن الصلح وحده هو الذي يعين المطلوب فبذل الصلح قل أو كثر يثبت من غير أن يكون فيه بذل لأن المقدار المطلوب غير معين إلا بتعين العاقدين . والدية ليست مقدارا محدودا لازما للبدلية حتى تكون مقابلا للنفس في كل الأحوال فلا يقيد الصلح بالدية في كل الأحوال ولكن يلاحظ ثلاثة أمور :

(١) الزيلعي : تبين الحقائق ج ٦ ص ١١٣ ، العناية والهداية تكملة فتح القدير ج ٨ ص ٥٣٥ . وإنما يجب أن يكون بدل الصلح حالا لأنه دين وجب بالعقد والأصل في مثله الحلول كالثمن فالمهر بخلاف الدية لأنها لم تجب بالعقد . ويفهم من هذا أن مال الصلح يكون حالا سواء اشترط الحلول أو سكت عنه أما أن اشترط التأجيل فله ذلك لأنه يجوز فيه الحلول والتأجيل وإن كان الأصل الحلول .

(٢) الكاساني : بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٠ ، الدردير : الشرح الكبير ج ٤ ص ٢٣٣ .

(٣) فضيلة المرحوم الأستاذ محمد أبو زهرة في العقوبة ص ٦١٢ .

١- أن الصلح يلزم المصالح وحده . فلا يلزم غيره من الأولياء إذا كان فيه عبن . وقياس الغبن هنا هو الدية ، فلا يكون التصلح بأقل من الدية ملزماً للأولياء جميعاً إلا إذا اشتركوا فيه . ومن لم يشترك فيه يكمل حقه في الدية .

٢- أنه إذا كان في الصلح صغير أو مجنون أو معتوه . بأن كان في الأولياء واحد من هؤلاء ، وصالح عنهم الأب أو الجد عند من يجيز ذلك . فإنه لا يجوز الصلح في هذه الحالات على أقل من الدية بالنسبة لهم لأنها الحد الأدنى . كما قدرت في الخطأ ، فلا يكون الصلح على أقل منها .

فإذا وقع الصلح على أقل من ذلك فإن الصلح جائز ويكون على الدية . أي يكمل بدل الصلح إليها . لأن المحدود بحد أدنى ذكر بعضه ذكر ل كله . وعند الشافعية والحنابلة الدية واجبة عندهم بغير صلح فلا يجوز الصلح بالنسبة لقاصر على أقل منها لأنه يكون متبرعاً من مال هؤلاء وذلك لا يجوز . ويرى المالكية أن الصغير إذا كان في حاجة إلى المال والجاني معسراً . فإنه يجوز قبول أقل من الدية لمصلحة الصغير .

٣- أن بدل الصلح قد يكون منافع تقوم بمال . وإذا كان غير مقوم بمال فإن الصلح يكون باطلاً عند الحنفية . وما دام العفو قد تم فإن القصاص يسقط ولا الزام للجاني بشئ حيث لا يوجد ما يلتزم به . ويرى المالكية في هذه الحالة الالتزام بالشرط لأن فيه منفعة بلا ريب لأولياء المقتول فإذا اشترطوا ألا يسكنهم في البلد الذي يقيمون فيه فإن في تنفيذ الشرط راحة لنفوسهم . وإبعاد لغيظ صدورهم مما يلائم المقصود من العفو الذي هو موضوع الصلح .

والذي يملك حق القصاص وحق العفو هو الذي يملك حق عقد الصلح سوف يأتي بيانه عند الكلام عن العفو . ويصح أن يكون الصلح من المجني عليه كما يصح أن يكون من الولي قبل الموت أو بعده . وإذا صالح الولي الجاني على مال ثم قتله فهو قاتل له عمداً . وإذا تعدد الأولياء والقصاص مشترك فصالح أحدهم سقط القصاص عن القاتل وانقلب نصيب الآخرين مالا . وإذا تعدى الأولياء ولكل منهم قصاص كامل فصالح ولي أحد القتلى فلا آخرين أن يستوفوا . ولو تعدد القاتلون فصالح الولي أحدهم كان له أن يقتص من الآخرين . وصلح المجني عليه حكمه حكم عفو سواء سرى الجرح وانتهى بالبراء أو الموت على الوفاق والخلاف الذي سوف يأتي في العفو . ولكن إذا اعتبر الصلح غير نافذ ولم يقره الأولياء فعليهم أن يردوا للجاني مقابل الصلح إذا كان القاتل قد تسلمه وسوف يأتي تفصيل كثير من الأحكام المتعلقة بصحة الصلح عند الكلام عن العفو لاتفاقهما في هذه الأحكام .

الفرق بين العفو والصلح :

ويُفرق بين العفو والصلح بأن العفو إسقاط دون مقابل . أما الصلح فهو إسقاط بمقابل . ويرى مالك وأبو حنيفة أن العفو عن القصاص على الدية يعتبر صلحا لا عفوا . لأن الواجب بالعمد عندهما هو القصاص عينا والدية لا تجب إلا برضاء الجاني . فإسقاط القصاص على الدية يقتضى رضاء الطرفين فهو صلح لا عفو أما الشافعي وأحمد فيعتبران العفو على الدية عفوا لا صلحا لأن الواجب عندهما أحد شقي القصاص أو الدية والخيار لولى دون حاجة رضاء الجاني ومن ثم كان التصرف إسقاطا من طرف واحد فهو عفو .

ثانياً : العفو وأثره في العقوبات المختلفة

جعلت الشريعة العفو عن العقوبة سببا من أسباب سقوطها . وهو إما أن يكون من المجني عليه أو أوليائه وقد يكون من ولي الأمر على ما سوف يأتي بيانه بعد . وعموما فإن العفو ليس سببا عاما لإسقاط العقوبات المختلفة . وإنما هو سبب خاص يسقط العقوبة في بعض الجرائم دون البعض الآخر . فلا أثر للعفو في جرائم الحدود وله أثر فيما عدا ذلك من جرائم وسوف نعرض فيما يلي لنطاق العفو وأثره في جرائم الحدود ثم في جرائم التعازير . ونفرد للعفو وأثره في جرائم القصاص والدية مبحثا خاصا لأهمية العفو وأثره الأصلي في هذا النوع من الجرائم .

(١) لا أثر للعفو في الحدود :

تقدم أن في جرائم الحدود اعتداء على حق الله تعالى أو حق المجتمع ولهذا تولى سبحانه بيان العقاب عليها وتحديده في كتابه الكريم أو على لسان رسوله الأمين ، والمجني عليه في هذه الجرائم كما تقدم هو المجتمع ولذلك كان الحق في العقوبات المقررة عليها خالصا لله تعالى . لا يجوز لأحد من الناس حاكما أو محكوما التفريط فيه أو العفو عنه . وإذا كان للمجني عليه في جرائم السرقة أو القذف حق العفو قبل الترافع إلى القضاء أو بعده وقبل الإثبات بما خول له من حق المخاصمة في هذه الجرائم ومراعاة للجانب الشخصي فيها . إذ أن المجني عليه في السرقة اعتدى على ماله . وحق الملكية والحرز مما يستلزم الإثبات ويقبل الدفع كما أن المذنب اعتدى على سمعته وكرامته واعتباره بين الناس . والعفو في هذه الحالات قبل الإثبات والحكم من قبيل الستر وستر الجرائم مستحسن دائما في الإسلام لأن الجريمة المعلنة تدعو في ثناياها إلى الجريمة . وسبب لإشاعة نوعها . ولأن التسامح مع الجاني قد يؤدي إلى توبته وتأليف نفسه مع المجتمع . ثم أن في ذلك عملا بقوله تعالى : «خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ» .

وإذا كان المجني عليه في هذه الجرائم له هذا الحق الذي لا يمنع ولي الأمر مع ذلك من توقيع عقوبة تعزيرية على الجاني إن رأي محلا لذلك . فإن العقوبة بعد أن يحكم بها وقبل تنفيذ الحد تصبح حقا خالصا لله تعالى . كحد الزنا ، وحد الشرب ، وحد الردة ، وحد الحرابة ، وحد السرقة ، وحد القذف . فهذه العقوبات جميعا الحق فيها خالص لله تعالى ولا أثر لعفو المجني

عليه أو ولي الأمر عن هذه الجرائم التي تجب فيها عقوبات الحدود . كما أنه ليس للعفو أي أثر على هذه العقوبات . إذ العقوبة في هذه الجرائم لازمة محتمة لأن ما كان حقا لله امتنع العفو فيه أو إسقاطه . كما أنه إذا امتنع تنفيذ الحد في جريمة من جرائم الحدود وعوقب عليها بالتعزير فليس لولي الأمر كما هو الراجح من أقوال الفقهاء العفو عن العقوبة . أما إذا عوقب على جريمة من هذه الجرائم بعقوبة تعزيرية مع عقوبة الحد جاز لولي الأمر أن يعفو عن العقوبة التعزيرية وحدها ، وسوف يرد الكلام عن نطاق العفو وأثره في عقوبات التعازير .

وعن الأحكام المتقدمة وبيان مقاصد الشارع الإسلامي في الحدود يحدثنا الكاساني في البدائع فيقول :

(إن الحدود وجبت لحماية مصالح العامة ، وهى دفع فساد يرجع إليهم . ويقع حصول الصيانة لهم ، فحد الزنى وجب لصيانة الإبضاع عن التعرض . وحد السرقة وقطع الطريق وجب لصيانة الأموال والأنفس . وحد الشرب وجب لصيانة الأنفس والأموال والإبضاع في الحقيقة بصيانة العقوبة عن الزوال والاستنثار بالسكر ، وكل جنابة يرجع فسادها إلى العامة ومنفعة جزائها يعود إلى العامة يكون الجزاء الواجب فيها حق لله تعالى عز شأنه على الخلوص كسائر الحدود . إلا أن الشرع شرط فيه الدعوى من المقذوف وهذا لا ينفي كونه حقا لله عز شأنه على الخلوص . كحد السرقة ، لا ينفي أنه خالص حق لله تعالى عز شأنه اشتراط الدعوى فيه ، ولأن المقذوف يطالب بالقاذف ظاهرا وغالبا دفعا للعار عن نفسه فيحصل ما هو مقصود من شرع الحد . ولأن حقوق العباد تجب بطريق المماثلة إما صورة ومعنى ، وإما معنى لا صورة . لأنها تجب بمقابلة المحل جبرا ، والجبر لا يحصل إلا بالمثل ، ولا مماثلة بين الحد والقذف لا صورة ولا معنى . فلا يكون حقه . وأما حقوق الله سبحانه وتعالى فلا تعتبر فيها المماثلة لأنها تجب جزاء للفعل كسائر الحدود) . بدائع الصنائع ج ٧ ص ٥٦ .

وهكذا يتضح معنى كون العقوبة حقا لله تعالى ، وأن الملاحظ فيها هو أن تكون غير قابلة للدفع ومحمضة للنفع . وأن تكون فيها حناية للمصلحة بدفع الفساد الذي يكون في جرائم الحدود وأن تمحضها للنفع وعدم قابليتها للدفع بوصيان ألا يكون للعبد فيها حق العفو .

ويترتب على عدم جواز العفو عن العقوبة أو إسقاطها هنا اعتبار من وجب عليه حد مهلك مهذرا فيما وجب فيه الحد فإن وجب الحد في نفسه أهدرت نفسه وإن وجب في طرفه أهدر طرفه .

(٢) نطاق العفو وأثره في التعازير :

والتعزير هو تأديب على ذنوب لم تشرع فيها الحدود ويختلف حكمه باختلاف حاله وحال فاعله^(١) وولى الأمر في المسلمين هو الذي يقرر هذه العقوبات ويقرر ضرورتها وأحقية تنفيذها على الجاني فكان له في هذا النوع من العقوبات حق العفو عنه إذا رأى مصلحة في ذلك . إذ العبرة بما يتحقق من مصالح للمجتمع . وإذا كانت المصلحة في حالة تتحقق بالعفو عن العقوبة كما تتحقق في غيرها بتنفيذ العقوبة على مستحقيها فإن العفو يكون لازماً للنصوص الواردة في الحض عليه والحث به .

وقد اتفق الفقهاء على أن لولى الأمر حق العفو في جرائم التعازير . فله أن يعفو عن الجريمة ، وله أن يعفو عن العقوبة كلها أو بعضها .

وحق ولى الأمر في العفو ليس خالياً من كل قيد وإنما حقه في ذلك مقيد بأن لا يكون مخالفاً لنصوص الشريعة أو مبادئها العامة وروحها التشريعية كما أنه مقيد بأن يقصد به تحقيق مصلحة عامة أو دفع مفسدة .

وليس لولى الأمر أن يعفو مقدماً عن الجرائم قبل وقوعها أو عن العقوبات قبل الحكم بها لن ذلك يعتبر إباحة للأفعال المحرمة لا عفواً عن الجريمة أو العقوبة . كما أن حق ولى الأمر في العفو لا يتولد إلا بتولد سببه . فلا يستطيع أن يعفو عن الجريمة إلا إذا وجدت الجريمة ولا يستطيع أن يعفو عن العقوبة إلا إذا حكم بالعقوبة .

وإذا كان ولى الأمر ليس له إطلاقاً أن يبيح الأفعال التي حرمتها الشريعة ابتداءً فما لا شك فيه أن له أن يبيح الأفعال التي حرّمها بنفسه ابتداءً إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة .

أما أن ولى الأمر ليس له أن يبيح ما حرّمته نصوص الشريعة ابتداءً . فلأن ولى الأمر لو أعطى هذا الحق لصار الأمر إلى أن تصبح نصوص الشريعة عبثاً ، إذ أنه بمقتضى حق التحليل والتحرير يستطيع أن يعطل نصوص الشريعة في أي وقت شاء . وكان له أن يبيح الأفعال التي حرّمها هو ابتداءً إذا اقتضت ذلك مصلحة عامة لأن الشريعة أعطته حق التحريم بمقتضى المصلحة العامة وإعطاء حق التحريم يقتضى إعطاء حق الإباحة بموجب المصلحة العامة أيضاً . فمن استطاع أن يحرم استطاع أن يبيح ما دامت المصلحة العامة هي التي استوجبت التحريم أو الإباحة .

وقد اختلف الفقهاء حول حق العفو لولى الأمر : هل هذا الحق في كل جرائم التعازير في بعضها دون البعض الآخر ؟ .

فرأى البعض أن ولى الأمر ليس له حق العفو في جرائم القصاص والحدود التامة التي امتنع

(١) الأحكام السلطانية لأبى حسن على بن محمد بن حبيب البصرى البغدادى الماوردى ص ٢٢٧ .

فيها القصاص والحد . وأن هذه الجرائم يعاقب عليها بالعقوبات التعزيرية المناسبة ولا عفو فيها
 لا عن الجريمة ولا عن العقوبة . أما ما عداها من الجرائم فلولى الأمر فيها أن يعفو عن
 الجريمة وأن يعفو عن العقوبة إذا كان في ذلك المصلحة دون ميل أو هوى^(١) .
 ورأي البعض الآخر أن لولى الأمر في كل الجرائم المعاقب عليها بالتعزير أن يعفو عن
 الجريمة وأن يعفو عن العقوبة إذا كان في ذلك مصلحة^(٢) .
 وللمجني عليه في جرائم التعازير أن يعفو عما يمس شخصه كما في الضرب والشتم ولكن
 عفو لا يؤثر على حق الجماعة في تأديب الجاني وتقويمه . فإذا عفا المجني عليه انصرف
 عفو إلى حقوقه الشخصية . دون أن يؤثر ذلك على حق الجماعة المولد عن الجريمة . كما أن
 ولى الأمر إذا عفا عن الجريمة أو العقوبة في جرائم التعازير فإن عفو لا يؤثر بأي حال على
 حقوق المجني عليه^(٣) .
 وفي ذلك يقول الماوردي :

(أن الحد وإن لم يجز العفو عنه ولا الشفاعة فيه . فيجوز في
 التعزير العفو عنه وتوسع الشهادة فيه . فإن تفرد التعزير بحق
 السلطنة وحكم التقويم ولم يتعلق به حق لأدمى جاز لولى الأمر
 أن يراعى الأصلح في العفو أو التعزير . وجاز أن يشفع فيه من
 سأل العفو عن الذنب . روى عن النبي ﷺ أنه قال : " اشفعوا إلى
 ويقضى الله على لسان نبيه ما يشاء ") .

ولو تعلق بالتعزير حق لأدمى كالتعزير في الشتم والموائبة ففيه حق للمشتوم والمضروب ،
 وحق السلطنة للتقويم والتهذيب فلا يجوز لولى الأمر أن يسقط بعفو حق المشتوم والمضروب
 وعليه أن يستوفي له حقه من تعزير الشاتم والضارب . فإن على المضروب والمشتوم كان ولى
 الأمر بعد عفوهما على خياره في فعل الأصلح من التعزير تقويماً ، والصفح عنه عفواً ، فلئن
 تعافوا عن الشتم والضرب قبل الترافع إليه سقط التعزير الأدمى . واختلف في سقوط حق
 السلطنة عنه . والتقويم على الوجهين :
 أحدهما : وهو قول أبى عبد الله الزبيرى أنه يسقط وليس لولى الأمر أن يعزر فيه لأن حد
 القذف أغلظ ويسقط حكمه بالعفو فكان حكم التعزير بالسلطنة أسقط .

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٢ ، ٢١٣ ، المغنى ج ١٠ ص ٣٤٩ ، أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٢ ، ١٦٣ ،
 الأحكام السلطانية ص ٢٠٧ ، الإقناع ج ٤ ص ٢٧٠ ، مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٢٠ .

(٢) المراجع السابق الإشارة إليها .

(٣) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٦٣ ، الأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٢٩ ، مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٢٠ ،
 المراجع السابق الإشارة إليها .

الوجه الثاني : وهو الأظهر . أن لولى الأمر أن يعزر فيه مع العفو قبل الترافع إليه . كما يجوز أن يعزر فيه مع العفو قبل الترافع إليه مخالفة للعفو عن حد القذف في الموضعين لأن التقويم من حقوق المصلحة العامة ^(١).

(١) الماوردى في الأحكام السلطانية - طبعة المطبعة المحمودية التجارية بمصر ص ٢٢٩ .

المبحث الثالث

العفو وأثره في عقوبات القصاص والدية

أولاً : حكم العفو ودليل مشروعيته وشروطه :

جعلت الشريعة للمجني عليه أو ولي دمه حق العفو في جرائم القصاص والدية عن عقوبتي القصاص والدية دون غيرهما من العقوبات المقررة لجرائم القصاص والدية ، فالعفو عن هاتين العقوبتين مسقط لهما ، فليس له أن يعفو عن عقوبة الكفارة ، ولا يؤثر عفو على حق ولي الأمر في تعزيز الجاني بعد العفو عنه . كما ليس لولي الأمر أن يعفو في جرائم القصاص والدية عن العقوبات المقررة كالقصاص والكفارة ، ولكن له أن يعفو عن أية عقوبة تعزيرية يعاقب بها الجاني وله أن يعفو عن كل عقوبة أو بعضها .

والحق في العفو هنا - سواء كان من المجني عليه أو وليه أو من ولي الأمر - مقصور على العفو عن العقوبة فقط . وليس لأحد من هؤلاء العفو عن الجريمة . فإذا عفا أحدهم عن الجريمة انصرف عفوهُ إلى العقوبة في الحدود المقررة .

والعلة في عدم جواز العفو عن الجريمة لو سمح للمجني عليه بالعفو عن الجريمة لما امكن معاقبة الجاني ولا يخفي ما في ذلك من خطر شديد على الجماعة ، لأن الجريمة تمس الجماعة وإن كانت أكثر مساساً بالمجني عليه ، كما أنه لو سمح لولي الأمر بالعفو عن الجريمة لأدى ذلك إلى تعطيل حق المجني عليه في القصاص والدية . وقد أجمع الفقهاء على جواز العفو عن القصاص . وأن العفو عنه أفضل من استيفائه إذ فيه حق للدماء وإحياء للنفوس وتطبيق لقوله تعالى : ﴿ ادْفَعْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ فَإِذَا الَّذِي بَيْنَكَ وَبَيْنَهُ عَدَاوَةٌ كَأَنَّهُ وَلِيٌّ حَمِيمٌ ﴾ (فصلت: من الآية ٣٤) وقد استدلوا على ذلك بالكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب :

فمنه قوله تعالى في سياق آية القصاص : ﴿ فَمَنْ عَفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبَاعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِنْ رَبِّكَ وَرَحْمَةٌ ﴾ (البقرة: من الآية ١٧٨) ففي الآية جواز العفو وتأكيده أفضليته والحض على الاتباع بالمعروف والأداء بإحسان بل إن في التعبير بأن المجني عليه أخ للجاني ما يشعر بأفضلية العفو . والحث على قدم قطع صلة الأخوة باستيفاء القصاص . إذا أدى استيفاؤه إلى ذلك و بأن يكون القتل قد حصل نتيجة ظروف طارئة غير متصلة في نفس الجاني كالغضب وغيره .

وأيضاً قوله تعالى : ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ ﴾ (المائدة: من الآية ٤٥) .

ومعنى الآية . فمن تصدق بالقصاص أي عفا عنه ، فإن العفو يكون كفارة للجاني بعفو صاحب الحق عنه ، وكفارة للعافي لأنه قد تصدق به عليه .
وكذلك قوله تعالى : ﴿ وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ ﴾ (الشورى: من الآية ٤٠) .

ومن السنة :

ماروى عن أنس بن مالك ، قال : (ما رأيت رسول الله ﷺ رفع إليه شئ فيه قصاص إلا أمر بالعفو) (١) .

وما روى في حديث أنس بن النضر : حين كسرت الربيع بنت النضر ثنية جارية لها وأتى قومها رسول الله ﷺ طالبين القصاص ، فقال أنس : يا رسول الله انكسرت ثنية الربيع !! فقال رسول الله ﷺ : يا أنس كتاب الله القصاص . فعفا القوم وقيل الرسول العفو . (٢)
وما روى عن أبى الدرداء ، قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : " ما من رجل يصاب بشئ في جسده فيتصدق به إلا رفعه الله به درجة وحط به عنه خطيئة " (٣) .

وأما الإجماع :

فقد أجمع المسلمون على جواز العفو عن القصاص ولم يختلفوا في مشروعيته . وليس في سقوط القصاص بالعفو تضييع لمقصود الشارع منه وهو الزجر والاحياء . لأن ذلك يتحقق بتعرض الرقبة للقصاص بتمكين ولى الدم . واحتمال العفو وعدمه مع استبعاد حصوله كما أن العفو لا يمنع ولى الأمر من توقيع عقوبة رادعة بالجاني على وجه التعزير فيرى مالك : أن القاتل عمدا إذا عفي عنه بجلد مائة ويسجن سنة . (٤) ويرى أبو ثور : أن يؤدبه الإمام على قدر ما يرى إن كان يعرف بالشر . (٥)

وقد أجمع الفقهاء على جواز العفو مجانا دون اختلاف بينهم في ذلك . والعفو عند الشافعى وأحمد : هو التنازل عن القصاص مجانا أو عن دية . فمن يتنازل عن القصاص مجانا فهو عاف . ومن يتنازل عن القصاص مقابل الدية فهو أيضا عاف لأن الدية عندهما تتوقف على

(١) رواه الخمسة إلا الترمذى وقد سكت عنه أبو داود والحدري واسناده لا بأس به . انظر نيل الأوطار للشوكاني ج ٧ ص ٣٣ الطبعة الأخيرة .

(٢) الشرح الكبير على متن المقنع ج ٩ ص ٤١٣ .

(٣) رواه ابن ماجه والترمذى . انظر الشوكاني ، نيل الأوطار ج ٧ ص ٣٢٥ ، سنن ابن ماجه ج ٢ حديث ٢١٩٣ .

(٤) موطأ مالك هامش المتنق ج ٧ ص ١٢٤ .

(٥) ابن رشد : بداية المجتهد ج ٢ ص ٤٣٧ .

رضاء الجاني^(١) وهو عند مالك وأبي حنيفة التنازل عن القصاص مجانا . أما التنازل مقابل الدية فهو ليس عفوا عند أبي حنيفة وإنما هو صلح^(٢) . لأن تنازل الولي لا ينفذ إلا إذا قبل الجاني دفع الدية . والتنازل عن القصاص بمقابل في مذهب مالك كما يسمى عفو لا يسمى صلحا أيضا كما هو عند الحنفية^(٣).

شروط العفو :

لا يشترط في العفو صدوره بلفظه بل كما يجوز أن يكون بلفظ العفو يجوز أن يكون بما يجرى مجراه من كل ما يفيد معنى العفو كتنازلت أو أبرأت أو أسقطت . أو وهبت أو تصدقت... الخ . ولكنه يشترط لصحة العفو توافر شروط ثلاثة هي :

١- أن يكون من يصدر منه العفو بالغاً . فلا يصح العفو من صبي لما قد يلحقه من ضرر بعفوه .

٢- أن يكون من يصدر منه العفو عاقلاً . فلا يصح العفو من مجنون لأنه لا رأي له والحق في العفو وإن كان ثابتاً للصبي والمجنون إلا أنه لا يجوز منهما لأنه من الاسقاطات الممحضة فلا يملكانه .

٣- أن يكون العفو من صاحب الحق فيه . بأن يكون المجني عليه نفسه مع توافر الشرطين السابقين في حالة الاعتداء على ما دون النفس . وأن يكون ممن يملك حق القصاص في حالة القتل^(٤).

ثانياً : من يملك حق العفو وحكم عفو ولي الدم قبل موت المجني عليه المجروح أو قبل بلوغه :

(١) من يملك حق العفو ؟ :

يرى جمهور الفقهاء : الشافعية والحنفية والحنابلة وعطاء والنخعي والثوري وأكثر أهل العلم أن الذي يملك حق العفو هو من يملك حق القصاص وهو عندهم جميع الورثة من ذى الأنساب والأسباب الرجال والنساء ، والصغار والكبار . فكل واحد من هؤلاء يملك العفو بشرط كونه

(١) الشرح الكبير على متن المقنع ج ٩ ص ٤١٣ وما بعدها ، الشيرازي في المذهب ج ٢ ص ١٨٨ ، والخطيب في المغنى المحتاج ج ٤ ص ٤٨ ، الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢٣٠ .
(٢) الزيلعي في تبیین الحقائق ج ٦ ص ١٥٧ وما بعدها ، المرغيناني في الهداية مع التكملة ج ٨ ص ٢٦٤ ، والكاساني في بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤١ الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢٣٠ ، البحر الرائق ج ٨ ص ٣٠٠ ، ٣٠١ .

(٣) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢٣٥ ، التاج والأكليل للمواق ج ٦ ص ٢٥٢ .

(٤) بدائع الصنائع للكاساني ج ٧ ص ٢٤٦ .

بالغاً عاقلاً . فإذا عفا أحدهم سقط القصاص^(١) لأنه لا يتجزأ فإذا سقط نصيب العافي بالعفو سقط نصيب الآخر إذ لا يتصور استيفاء بعضه دون بعض^(٢) .
وخالف في ذلك الإمام مالك إذ يرى أن من يملك حق العفو وهو من يملك حق القصاص . والذي يملك حق القصاص عنده هو العاصب الذكر الأقرب درجة للمقتول والمرأة الوارثة التي لا يساويها عاصب في الدرجة والتي لو كان في درجتها رجل ورث بالتعصيب . كما يشترط مالك في العافي أيضا أن يكون بالغاً عاقلاً .

أدلة الجمهور :

وقد استدلل الجمهور على رأيهم بالآتي :

١- قوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ﴾ (البقرة: من الآية ٢٣٧)
فلما كان العفو أقرب للتقوى كان قول الداعي إليه أولى فيرجح جانب من دعا إلى العفو^(٣) .

٢- حديث أنس الذي يقول فيه : " ما رأيت رسول الله ﷺ رفع إليه شيء في قصاص إلا أمر بالدية " ^(٤) .

٣- ما رواه أبو داود عن زيد بن وهب : " أن عمر أتى برجل قتل قتيلاً ، فجاء ورثة المقتول ليقتلوه ، فقالت امرأة وهي أخت القاتل . فقد عفوت عن حقي فقال عمر : الله أكبر عني القتل . وفي رواية عن زيد قال : دخل رجل على امرأته فوجد عندها رجلاً فقتلها ، فاستعدى اخوتها عمر ، فقال بعض أخوتها قد تصدقت ففضى لسائرهم بالدية " ^(٥) .

٤- القصاص حق مشترك بين المستحقين فإذا أسقط بعض الورثة حقه سرى إلى الباقيين كالعق لآن القصاص لا يتجزأ بطبيعته . إذ لا يمكن قتل بعض الجاني وإحياء بعضه ، فهو مبني على الدرع والإسقاط كالحدود ^(٦) .

وقد تقدم أن الفرد البالغ العاقل سواء كان رجلاً أو امرأة ما دام يملك حق القصاص وحده فهو أيضاً لذي يملك حق العفو عند الجمهور وإذا عفا كان عفوه نافذاً وإذا تعدد المستحقون للقصاص

(١) ابن قدامة في المغنى ج ٩ ص ٤٦٤ .

(٢) بدائع الصنائع للكاظمي ج ٧ ص ٢٤٧ .

(٣) ابن حزم في المحلى ج ١٠ ص ٤٧٩ .

(٤) نيل الأوطار للشوكاني ج ٧ ص ٣٢ .

(٥) المغنى ج ٩ ص ٤٦٤ ، ٤٦٥ .

(٦) المرجع السابق ص ٤٦٥ .

فعفا أحدهم نفذ عفوه وأنتج أثره ولو لم يعف الباقيون .

أما مالك فيرى أن المستحقين إذا كانوا رجالاً متساويين في الدرجة فالعفو يملكه أي واحد منهم فإن كان فيهم من هو أعلى درجة فالعفو له دون غيره وإن كان المستحقون نساء فالعفو لأعلاهن درجة كالبنات مع الأخن فالعفو للبنات دون الأخت ولو أن كليهما وارثة . هذا إذا كان القتل بغير قسامة فلا عفو إلا باجتماع النساء والعصبة .

وإن كان المستحقون نساء وكلهم من درجة واحدة فعفت إحداهن فلا يعتبر العفو إلا إذا أقره الحاكم . وإذا كان المستحقون رجالاً ونساء أعلى درجة منهم . وكان للرجال كلام لكونهم وارثين وثبت القتل ببينة أو إقرار أو قسامة أو كان الرجال وارثين ولكن ثبت القتل بقسامة فلا عفو إلا بإجماع الفريقين أو بإجماع بعض هؤلاء وبعض هؤلاء أما إذا كان الرجال مساوين للنساء في الدرجة أو أعلى منهن فلا كلام للنساء معهم والاستيفاء للعاصب وحده^(١) .

وقد نقض بن حزم مذهب المالكية في ذلك ، فقال : إن هذه أقوال ظاهرة التناقض يهدم بعضها بعضاً ولا حجة لشيء منها في قرآن ولا سنة ولا قياس ولا في إجماع ولا في قول صاحب . ثم يقول وإن هذا القول أسقط من سائر الأقوال^(٢) .

(٢) حكم عفو ولى الدم قبل موت المجروح :

عفو ولى الدم قد يكون قبل الموت وقد يكون بعده . فإذا عفا الولي بعد الموت وكان مستحق القصاص وحده وممن يملك العفو . فإنه يترتب على عفوه الأثر المترتب على العفو وهو سقوط القصاص عن الجاني فإذا قتله الولي بعد ذلك . فإن الولي يعتبر قاتلاً عمداً باتفاق الفقهاء لأن الجاني بالعفو عنه يصير معصوم الدم^(٣) .

أما إذا كان عفو ولى الدم عن الجاني قبل موت المجني عليه بأن يكون بعد الجرح وقبل الموت ففي صحة العفو هنا ونفاذه رأيان :

الرأي الأول : للشافعي والظاهرية .^(٤)

وهو أن العفو غير صحيح لأن الولي قد عفا عما لم يجب له . فالقصاص لا يجب له إلا بعد وفاة مورثه كما أن العفو عن القتل يستدعي وجود القتل . والفعل لا يصير قتلًا إلا

(١) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢٣٢ .

(٢) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ٤٨٠ .

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ج ٧ ص ٢٤٧ ، والشرح الكبير ج ٩ ص ٣٩١ ، المذهب للشيرازي ج ٢ ص ١٩٧ ، ونهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٨٦ .

(٤) الأم للإمام الشافعي ج ٦ ص ١٤ كتاب الشعب ١٤ ، المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ٤٩١ ، بدائع الصنائع للكاساني ج ٧ ص ٢٤٨ .

ب وفاة المورث . فالمورث حال العفو لم يكن قد مات بعد ، فلم يصادف العفو محله وبالتالي فإن العفو يكون غير صحيح ولا يسقط القصاص .

الرأي الثاني : في الاستحسان لأبي حنيفة وهو قول الحنابلة . والظاهر من مذهب المالكية^(١) . وهو أن العفو صحيح ويسقط به القصاص لأن الجرح متى اتصلت به السراية تبين أنه وقع قتلا من يوم وجوده فكان العفو عن حق ثابت . وإذا فرض أن القتل لم يوجد من يوم الجرح فقد وجد سببه وهو الجرح المفضي إلى الموت . والسبب المفضي إلى الشيء يقوم مقامه ، وعلى هذا يكون العفو صحيحا ويسقط به القصاص .

(٣) عفو ولي الصغير :

إذا كان القصاص لصغير فلا يجوز للولي أن يعفو عنه مجانا . لأن هذا التصرف لاحظ للصغير فيه كهيئته فلا يملكه الولي . فإن كان عفو ولي الصغير على مال . وكان للصغير مال ينفق منه . أو كان له من ينفق عليه . منع الولي من العفو لأنه يفوت على الصغير القصاص من غير حاجة .

وإن لم يكن للصبي مال . ولا يوجد من ينفق عليه . ففي جواز عفو ولي الصغير في هذه الحالة وجهان :

أحدهما : جواز العفو على مال لحاجة الصغير إليه في حياته . وهذا هو الأصح عند الحنابلة .

ثانيهما : عدم جواز العفو لأن الصغير يستحق النفقة في بيت المال فلا حاجة به إلى العفو والولي لا يملك إسقاط القصاص . وهو المنصوص عليه عند الشافعي^(٢) .

ويذهب مالك إلى أنه إذا استحق الصغير قصاصا وحده ، فلوليه النظر في القتل وأخذ الدية ، فإذا كانت المصلحة في أخذ الدية فله العفو لأنه يجب عليه فعل الأصلح^(٣) .

ويذهب أبو حنيفة إلى أنه ليس للأب ولا للجد في قصاص وجب للصغير العفو لأن الحق للصغير لا لهما ، وفي العفو إسقاط لحقه فلا يكون لهما إلا الصلح على الدية^(٤) .

ويذهب الظاهرية إلى أنه ليس للأب ولا للولي العفو عن القصاص لأنه لا يصلح إلا برضا المجني عليه والصبي لا رضا له^(٥) .

(١) بدائع الصنائع للكاظمي ج ٧ ص ٢٤٨ ، البهوتي شرح المنتهى ج ٣ ص ٢٨٢ .

(٢) الشيرازي في المذهب ج ٢ ص ١٨٨ ، والمغني لابن قدامة ج ٩ ص ٤٧٥ .

(٣) الدردير في الشرح الكبير ج ٤ ص ٢٣٠ ، وشرح الخرشى وحاشية الزرقاني ج ٤ ص ٢٧ .

(٤) الكاساني في بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٥ ، ٢٤٦ .

(٥) ابن حزم في المحلى ج ١٠ ص ٤٨٥ ، ٤٨٦ .

ثالثاً : متى يكون للسلطان حق العفو ؟

قد يكون للسلطان أو ولي الأمر في المسلمين حق العفو وذلك في حالة أن يكون المقتول لا وارث له فإن السلطان يكون ولي من لا ولى له . وحقه في العفو هنا بصفته نائباً عن ولي الدم . أي أنه ليس حقاً أصلياً بصفته سلطاناً .

وللسلطان في هذه الحالة أن يقرر القصاص أو العفو فإن رأي القصاص اقتصر من الجاني . وإن رأي العفو على مال عفا . لأن الحق في القصاص هنا لجماعة المسلمين فوجب على الإمام أن يفعل ما يراه من المصلحة لأنه نائب عنهم .

أما إذا أراد السلطان أن يعفو بدون مقابل فلا يجوز . لأنه لاحظ للمسلمين في العفو بلا مقابل ، فلا يملكه (1) .

وذهب الحنفية إلى أن السلطان لا يملك العفو لأنه حق للمسلمين والإمام نائب عنهم في الإقامة . والعفو إسقاط لحقهم أصلاً ورأساً وهذا لا يجوز . فليس له إلا القتل أو الصلح دون العفو (2) .

رابعاً : عفو المجني عليه وحكم الرجوع في العفو .

(١) عفو المجني عليه :

للمجني عليه حق العفو قبل موته فله ان يعفو عن القصاص مجاناً ، كما له أن يعفو عن الدية . ولعفو المجني عليه حالات سوف نعرض لها .

فإذا عفا المجني عليه المجروح عن الجاني ثم برئ عن جراحه ، فالعفو صحيح . لأن العفو هنا وقع من حق ثابت للمجني عليه وهو الجراحة أو موجبها .

أما إذا عفا المجني عليه عن الجراحة فسرى الجرح إلى عضو آخر . كأن يكون قد عفا عن قطع إصبعه ثم سرى الجرح إلى اليد فأنلفها . فيرى أبو حنيفة : أن العفو صحيح سواء عن الجرح ، أو عن الجرح وما يحدث منه . لأن العفو عن الجناية عفو عما يحدث منها .

ويرى جمهور الفقهاء : التفرقة بين أن يكون العفو شاملاً للجناية وما يحدث منها . وبين أن يكون قاصراً على الجرح . ففي الحالة الأولى : يكون العفو صحيحاً أما في الحالة الثانية . فإن الجاني يكون مسئولاً عن السراية ولكن لا يقتصر منه لأن القصاص في الأصبع مسقط بالعفو ولا يجب في الكف لأنها تلفت بالسراية فإذا كان العفو على الدية وجبت الدية في اليد كلها وإن كان العفو مجاناً وجبت الدية دون الأرض فيما تسرى إليه (3) .

(1) الشيرازي في المذهب ج ٢ ص ١٨٨ و ١٨٩ ، وابن قدامة في المغني ج ٩ ص ٤٧٦ .

(2) الكاساني في بدائع الصنائع ج ٥ ص ٢٤٥ .

(3) بدائع الصنائع للكاساني ج ٧ ص ٢٤٩ ، والألم للإمام الشافعي ج ٦ ص ١٣ من كتاب الشعب ، والمهذب للشيرازي ج ٢ ص ١٨٢ ، والمغني لابن قدامة ج ٩ ص ٤٧٢ وشرح الدردير وحاشية الدسوقي ج ٤ ص ٢٣٥ ، ومواهب الجليل ج ٥ ص ٨٦ ، ٨٧ .

أما إذا عفا المجروح عن الجاني ثم سرى الجرح إلى نفسه ومات .
فيرى أبو حنيفة وأصحابه أن العفو إذا كان بلفظ الجنائية أو الجراحة وما يحدث منها . فإنه
يكون صحيحاً ولا شيء على القاتل . لأن لفظ الجنائية يتناول القتل . وكذلك لفظ الجراحة وما
يحدث منها . فكان ذلك عفواً عن القتل فيصح .

أما إذا كان العفو بلفظ الجراحة فقط ولم يذكر ما يحدث منها لم يصح العفو عند أبي حنيفة ،
ويكون الجاني مسؤولاً عن قتل عمد . ولكن تجب الدية بدلاً من القصاص درءاً لشبهة العفو .
ويستدل أبو حنيفة على هذا القول بأن الجرح غير القتل فالعفو عن أحدهما ليس عفواً عن
الآخر ، ثم أن حق المجني عليه ليس في عين الجنائية أي الجرح وإنما هو في موجبها أي
القصاص . وعين الجنائية لا يتصور بقاؤه . وما لا يتصور بقاؤه فلا يتصور العفو فيه . فكان
عفو المجني عليه عفواً عن موجب الجراحة وبالسراية تبين أنه لا موجب بهذه الجراحة . وأن
الواجب عند السراية هو موجب القتل أي القصاص^(١).

ويرى أبو يوسف ومحمد : أن العفو صحيح ولا شيء على القاتل . لأن العفو عن الجراحة
يشمل الجراحة وما يتولد عنها من السراية لأن السراية أثر الجرح . والعفو عن الشيء عفو عن
أثره^(٢).

ويرى الشافعي : أن العفو عن الجنائية قودها وديتها وما يحدث منها فلا قصاص ولا دية .
وإن كان عن الجنائية فقط سقط القصاص ولم تسقط دية النفس لأنه أبرأ فيها قبل الوجوب أما
سقوط القصاص فبالعفو بعد الوجوب . ويسقط في النفس لأنه لا يتبعض^(٣).

وفي مذهب الإمام أحمد رأيان : أحدهما يماثل رأي الشافعي ، والثاني يماثل رأي أبي يوسف
ومحمد^(٤).

ويفرق الشافعية وأحمد بين أن يكون الجرح أو الجنائية مما لا يجب فيه القصاص كجائفة أو
قطع اليد من الساعد . فالعفو لا أثر له عندهما . ويجب القصاص في النفس لأنه عفا عن
القصاص فيما لا قصاص فيه فلا يعمل فيه العفو . وبين أن يكون الجرح أو الجنائية مما يجب
فيه القصاص كقطع القدم أو الكف عن المفصل فلا يجب القصاص في النفس وإن صادف العفو
مجله لأن القصاص لا يتبعض فإذا سقط في البعض سقط في الجميع^(٥).

ويرى مالك أن العفو إذا كان عن الجرح وما ترامى إليه من عفو أو نفس فالعفو صحيح نافذ

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٩

(٢) المرجع السابق الإشارة إليه .

(٣) المهذب ج ٢ ص ١٩٨ .

(٤) المغنى لابن قدامة ج ٩ ص ٤٦٩ .

(٥) المهذب للشرازي ج ٢ ص ١٨٩ ، والشرح الكبير على متن المقنع ج ٩ ص ٤١٨ ، ٤١٩ .

وإن كان العفو عن الجرح دون بيان فهو محمول على أنه عفا عما وجب له في الحال . ويسأل عن السراية للعضو والنفس ويعتبر في حالة السراية إلى النفس قاتلاً عمداً ويقتص منه بقسامة في حالة العمد^(١).

ف رأي مالك يتفق مع رأي أبو حنيفة في القتل لكنه يخالف في أنه لا يدرأ القصاص للشبهة ولا يذهب إلى التفرقة بين الجناية التي توجب القصاص أو التي لا توجبها كما يقول الشافعي والحنابلة لأنه يجعل القصاص في كل الأحوال وهما يجعلانه في الجناية التي لا توجب القصاص .

ويرى الظاهرية أن العفو عن الجناية صحيح . وباطل عما يحدث منها لأنه لم يجب له بعد . فإن مات المجني عليه فلاولياء الدم القصاص إلا أنهم يستوفونه بالسيف خاصة لا يمثل ما جنى به على مقتولهم . وحجتهم في ذلك أن تلك الجناية كان له فيها القود فعفا عنه فسقط وبقي قتل النفس ولا عفو له فيه . وهو للورثة ولذا فلهم قتله^(٢).

(٢) حكم الرجوع في العفو :

هل لمن عفا أن يرجع في عفوه ويقتص من الجاني ؟ .

يرى جمهور الفقهاء وعامتهم أن العافي عن القصاص إذا رجع عن عفوه وقتل من عفا عنه أو أحدث به جراحة . فإن عليه القصاص لأنه بعفوه صار الجاني معصوم الدم كما لو لم يكن قد قتل فيجاء القصاص على القاتل . ويستدل على ذلك :

(١) بعموم آيات القصاص من غير فصل بين شخص وشخص وبين حال وحال .

(٢) الحكمة التي شرع القصاص من أجلها وهي الحياة التي تقتضي وجوب القصاص على القاتل وقد رأي البعض أن للعافي أن يقتص بالقتل من الجاني على الرغم من العفو الصادر منه ولا قصاص عليه مستدلين على هذا :

أ - بما فهموه من معنى قوله تعالى (فَمَنْ اعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ) فإن الله قد جعل جزاء المعتدي وهو القاتل بعد العفو العذاب الأليم ، وهو عذاب الآخرة فلو وجب القصاص في الدنيا لكان المذكور في الآية بعض الجزاء .

ب - أن القصاص في الدنيا يرفع عذاب الآخرة لقوله ﷺ (السيف محاء الذنوب) . وقد نوقشت هذه الأدلة من أصحاب الرأي الأول فقالوا :

• إن المقصود بالعذاب الأليم في الآية هو القصاص كما قيل في بعض وجوه التأويل فإن القتل غاية العذاب الدنيوي في الإسلام . وعلى هذا التأويل يكون الاستدلال بالآية حجة

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٥٥ ، ٢٥٦ ، ج ٥ ص ٨٦ ، ٨٧ ، الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢٣٥ ، والشرح الكبير على متن المقنع ج ٩ ص ٤١٨ .

(٢) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ٤٩٠ .

عليهم لا لهم . ثم إن الآية تحتل هذا المعنى وتحتل ما قالوا وغيره فلا تكون حجة مع الاحتمال .

- الأخذ بالحجة الثانية فسخ الآية الشريفة (١).

(١) د. منصور أبو المعاطي رسالة دكتوراه ، بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٤٧ ، وابن قدامة في المغنى على مختصر الخرقي ج ٩ ص ٤٦٧ .

الفصل الثاني

أثر رضا المجني عليه في العقوبة في قانون العقوبات الوضعي

ويشتمل على مبحثين :

المبحث الأول : موقف التشريع الجنائي في مصر .

المبحث الثاني : رأي الفقه والقضاء المصرييين في أثر الرضا في العقوبة
والقاعدة العامة في ذلك والاستثناءات الواردة عليها .

الفصل الثاني

أثر رضا المجني عليه في العقوبة في قانون

العقوبات الوضعي

نتبين لنا من جميع ما تقدم أن قانوننا المصرى للعقوبات لم يجعل لرضا المجني عليه حسب الأصل أثرا في وجود الجريمة ولا في الإجراءات الجنائية المتعلقة بها كما لم يجعله سببا من الأسباب المبيحة . وقد بينا تفصيل ذلك والاستثناءات الواردة عليه .

والآن ، هل يجعل القانون لرضا المجني عليه بالجريمة أثرا في العقوبة المقررة عليها أو لا ؟؟ . وسوف نستعرض ذلك في مبحثين :

- أولهما : عن موقف القانون وتشريعنا العقابي من ذلك .
- والثاني : عن رأي شراح القانون وما وضعوه في ذلك من قواعد .

المبحث الأول

موقف التشريع الجنائي في مصر

رأينا أن بعض القوانين تعتد بالرضا وتجعل له أثرا في وجود الجريمة والمسؤولية الجنائية للفاعل . وأيضا فهذه القوانين تجعل لرضا المجني عليه بالتالي أثرا في العقوبة المقررة . مثال ذلك القانون السوداني والقانون الهندي الذي يعد مصدرا مباشرا له^(١) . والقوانين المشابهة لهما . فإننا نرى أن المادة (٢٤٩ / ٥ ع س) مثلا تنص على أنه " لا يعتبر القتل ذو النية المؤثمة قتلا عمدا إذا كان الشخص الذي سبب موته قد عرض نفسه للموت برضائه أو خاطر بالتعرض له برضائه وكانت سنه تزيد عن الثامنة عشرة " ووردت عقوبة هذا النوع من جرائم القتل في نفس القانون في المادة (٢٥٣ ع س) والتي تنص على : (كل من يرتكب قتلا ذاتية مؤثمة لا يصل إلى درجة القتل العمد يعاقب بالسجن المؤبد أو لمدة أقل أو بالغرامة أو بالعقوبتين معا) ونظرا لأنه لا نص كما سبق أن تبين لنا يضع قاعدة عامة لرضا المجني عليه وموقفه من أسباب الإباحة أو موانع المسؤولية وكذلك أثره في وجود الجريمة وفي العقوبة المقررة . فسوف نبحث عن ذكر لرضا المجني عليه فيما حدده القانون من أسباب لانقضاء العقوبة . أو الإغفاء منها أو حتى تخفيفها ثم نبحث عن رأي شراح القانون وما عسى أن يكونوا قد وضعوا من قاعدة لذلك .

أولاً : الرضا ونظام العفو في القانون :

من أسباب انقضاء العقوبة في القانون العفو وهو نزول الهيئة الاجتماعية عن كل حقوقها المترتبة على الجريمة أو بعضها^(٢) . وهو الوحيد من بين أسباب انقضاء العقوبة الذي ورد النص به في قانون العقوبات^(٣) . والعفو الذي ينقض به العقاب المحكوم به فعلا نوعان . نوع تنقضى به العقوبة وحدها في حالة خاصة ، ويقال له العفو الخاص . ونوع تزول به صفة الجريمة ذاتها التي حكم بالعقوبة من أجلها - ويسقط هذه العقوبة بداهة - وذلك بالنسبة لعدد غير معين من الحالات ويقال له العفو عن الجريمة أو الشامل أو العام .

(١) الأستاذ الدكتور محمد محي الدين عوض في قانون العقوبات السوداني معلقا عليه . ط ٢ سنة ١٩٧٠ ص ٤١ وما بعدها .

(٢) د. السعيد مصطفى السعيد ، في الأحكام العامة في قانون العقوبات ط ٤ : ص ٨٠٣ وما بعدها ، ومحمود مصطفى في القسم العام ط ٦ سنة ١٩٦٤ م ، ومحمد كامل مرسى في شرح قانون العقوبات ص ١٤٦ وما بعدها مكتبة جمعية الاقتصاد والتشريع المصري تحت رقم ٣٧٩٢ .

(٣) على راشد في الموجز ١٩٤٩ .

(١) الرضا والعفو عن العقوبة (العفو الخاص) :

والعفو عن العقوبة هو إنهاء الالتزام بتنفيذها إزاء شخص صدر ضده حكم بات بها إنهاء كلياً أو جزئياً أو استبدال التزام آخر به موضوعه عقوبة أخف . وذلك بناء على قرار صادر من رئيس الجمهورية (١) (المادة ١٤٩ من الدستور) أو هو إقالة المحكوم عليه من تنفيذ العقوبة كلها أو بعضها أو إبدالها بعقوبة أخف منها قانوناً (٢).

وقد نصت المادة ٧٤ من قانون العقوبات على أن (العفو عن العقوبة المحكوم بها يقتضى إسقاطها كلها أو بعضها أو إبدالها بعقوبة أخف منها مقررة قانوناً) .

ويتضح من ذلك أن العفو إجراء فردي (٣) أي ينال شخصاً ثبتت جدارته بما ينطوى عليه العفو من تسامح . وهو من اختصاص رئيس الجمهورية بنص المادة ١٤٩ من الدستور إذ إنه أحد الحقوق الملكية القديمة التي احتفظت بها الشرائع الحديثة لرئيس الدولة حتى في الدول ذات الأنظمة غير الملكية كمخرج أخير لإصلاح ما قد يقع فيه القضاء من أخطاء أو لمواجهة بعض الاعتبارات التي عليها المصلحة العامة (٤).

والعفو عن العقوبة عمل من أعمال السيادة ولذلك فهو لا يخضع لرقابة ما (٥) . كما أنه لا يستند إلى اعتبارات الشفقة بالمحكوم عليه . وإنما يبنى على اعتبارات مستمدة من المصلحة العامة يقدرها رئيس الدولة حين يرى أن مصلحة المجتمع هي في عدم تنفيذ العقوبة . والعفو منحة تبررها مصلحة المجتمع وليس حقاً للمحكوم عليه . ولا يتوقف منحه إياه على طلبه إذ إنه يستند إلى اعتبارات من المصلحة العامة قد لا يتكشفها أولاً يكون حريصاً عليها . كما أنه إلزامي للمحكوم عليه فلا يتوقف على قبوله أو الرضا به ؛ إذ أنه بنى على اعتبارات من

(١) د. محمود نجيب حسنى في شرح قانون العقوبات القسم العام ط ٣ سنة ١٩٧٣ ص ٩٦٢ وما بعدها .

(٢) د. السعيد مصطفى السعيد و في المرجع السابق الإشارة إليه وقد أشار في تكييف حق العفو وبيان طبيعته من الناحية الدستورية إلى النظر في مبادئ القانون الدستوري للسيد صبرى ص ٥٢٣ وما بعدها ، شرح القانون الدستوري مصطفى كامل عن ٥٣١ وما بعدها ، ومقال السيد صبرى في حق العفو مجلة القانون والاقتصاد ص ٩ ص ٦٦١ وما بعدها .

(٣) د. محمود نجيب حسنى ، المرجع السابق و ورؤف عبيد في التشريع العقابى ص ٥٣٥ وما بعدها .

(٤) د. السعيد مصطفى السعيد في المرجع السابق الإشارة إليه ص ٨٠٣ وما بعدها د. على راشد في القانون الجنائي (المدخل وأصول النظرية العامة) ط ١ سنة ١٩٧٠ م ، مبادئ القانون الجنائي لنفس المؤلف ج ١ ط ٢ سنة ١٩٥٠ .

(٥) د. محمود نجيب حسنى المرجع السابق ، وقد أشار إلى حكم محكمة النقض في ٧ مارس سنة ١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض س ١٨ رقم ٦٨ ص ٣٣٤ . حيث تقول محكمة النقض (العفو عن العقوبة في معنى المادة ٧٤ من قانون العقوبات هو عمل من أعمال السيادة لا يملك القضاء المساس به أو التعقيب عليه فيما صدر العفو عنه) .

المصلحة كما تقدم فلا يجوز للمحكوم عليه بإرادته المنفردة أن يهدها .

مدى حق العفو :

لا يعين القانون مدى لحق العفو عن العقوبة ولا يقيد سلطة رئيس الدولة فيه بحدود ، فهو جائز في كل العقوبات . وكل ما يطلب فيها أن يكون الحكم الصادر بها قد أصبح نهائياً . لاحتمال تعديله أو إلغائه إذا كان قابلاً للطعن فيه . كما أنه بالنسبة للعقوبات التبعية والتكميلية يستوجب نصاً صريحاً في قرار العفو إذ نصت المادة (٧٤ / ٢ ع) على أنه (لا تسقط العقوبات التبعية ولا الآثار الجنائية الأخرى المترتبة على الحكم بالإدانة ما لم ينص في أمر العفو على خلاف ذلك)^(١).

كما أنه يتسع لجميع الجرائم فلا يستثنى الشارع عقوبة جريمة أو جرائم معينة من أن تكون محلاً للعفو ويتسع أيضاً لجميع المحكوم عليهم دون تفرقة بين وطني وأجنبي . أو بين مبتدئ في الجريمة وعائد إليها ، كما أن العفو له طابع شخصي فلا يستفيد منه إلا الشخص المحدد في القرار الصادر بمنحه دون المساهمين معه في الجريمة .

آثار العفو :

وتتحدد آثار العفو عن العقوبة في إنهاء الالتزام بتنفيذ العقوبة كله أو جزءاً منه أو التعديل منه عن طريق أن يستبدل به الالتزام بتنفيذ عقوبة أخف^(٢) ويبقى الفعل معتبراً جريمة في نظر القانون^(٣) ويبقى الحكم بالإدانة قائماً فيظل منتجا كل آثاره عدا ما تعلق منها بالعقوبة التي عفي عنها . فإذا اقتصر على العقوبة الأصلية فلا يكون له تأثير على العقوبات أو التكميلية ويعتد بهذا الحكم كسابقة في العود^(٤) إلا إذا نص قرار العفو على خلاف ذلك .
وتقتصر آثار العفو على العقوبة فلا يترتب عليه أي مساس بحقوق الغير المترتبة على الجريمة فلا شأن له بالتفويض إذ هو نظام مدني فيجوز أن يكون محلاً لنزول من قبل الدائن به

(١) د. محمود نجيب حسنى في المرجع السابق ويرى في علة ذلك أن وجود هذه العقوبات مرتبط بوجود حكم الإدانة والعفو لا يحوه .

(٢) د. محمود نجيب حسنى ، ويضيف أنه لا يجوز أن يتخذ العفو صورة التعديل من أسلوب تنفيذ العقوبة كجعل وسيلة تنفيذ الإعدام وسيلة أخرى غير الشنق إذ يكون ذلك تغييراً من القواعد القانونية التي تخضع لها العقوبة وهو ما لا تملكه سلطة العفو .

(٣) د. السعيد مصطفى السعيد في المرجع السابق الإشارة إليه ، ويشير إلى نقض ٤ فبراير سنة ١٩٥٨ م مجموعة أحكام النقض س ٩ "نقابات" رقم ١ ص ١ .

(٤) د. محمود نجيب حسنى في المرجع السابق ويشير إلى حكم نقض ٤ فبراير ١٩٥٨ م نقابات - مجموعة أحكام محكمة النقض س ٩ رقم ١ ص ١ حيث يقول (العفو عن العقوبة لا يمكن أن يمس الفعل في ذاته ولا يحو الصفات الجنائية التي تظل عالقة به ولا يرفع الحكم ولا يؤثر فيما نفذ من عقوبة بل يقف دون ذلك جميعاً)

ولكن لا يجوز أن يكون محلاً لعفو السلطات العامة إذ لا شأن لها به . وإذا عفي عن المحكوم عليه بالأشغال الشاقة المؤبدة أو بدلت عقوبته فإنه يجب حتماً وضعه تحت مراقبة البوليس مدة خمس سنين إلا إذا نص أمر العفو على خلاف ذلك (م ٧٥ / ٢ ع) .

وظيفة العفو والانتقادات الموجهة إليه :

للعفو وظائفه الجوهرية التي لا غنى عنها في النظام القانوني الحديث إذ أنه السبيل إلى إصلاح الأخطاء القضائية التي يمكن أن تكتشف في وقت لم يعد فيه الحكم قابلاً للطعن كما تبدوا ميزته على طريق الطعن المباح باعتباره أسرع منه ثمرة وقد تكون لذلك أهميته في تهدئة مشاعر عامة مضطربة . كما أن العفو وسيلة إلى مكافأة محكوم عليه من أجل سلوكه الحسن الذي استمر شطراً كبيراً من مدة العقوبة على وجه ثبت معه أن العقوبة قد أنتجت أغراضها فيه بحيث لم يعد محل للاستمرار فيها . كما أن العفو وسيلة لتجنب بعض العقوبات القاسية كالإعدام . إذا حكم بها طبقاً للقانون ثم اتضح أنها في الحالة التي قضى بها فيها - أفسى مما تقتضيه العدالة ومصلحة المجتمع .

فهو وسيلة لضمان اتساق النتائج الواقعية لتطبيق القانون مع المشاعر العامة . غير أنه يبدو للوهلة الأولى أن العفو تدبير غير متسق مع النظام القانوني الحديث إذ بمقتضاه يخول لشخص إبطال أهم أثر لأحكام قد تصدر عن أعلى المحاكم في الدولة ثم إنه يبدو منطقياً على خرق المبدأ الفصل بين السلطات باعتباره يتضمن الإخلال بقوة الحكم . واستقلال القضاء الذي أصدره وهو في النهاية بمس الصفة اليقينية للعقوبة إذ يفتح ثغرة ينفذ منها الأمل في عدم الخضوع لها .

غير أن هذه الانتقادات التي وجهت إلى العفو ليست حاسمة^(١) . فرئيس الدولة لا يستعمل سلطته في العفو تحكماً . وإنما على أساس من ذات الاعتبارات التي يسترشد بها الشارع والقاضي حين يقرر أولهما العقوبة ويطبقها الثاني . فالعفو يصدر حين يقدر رئيس الدولة أن مصلحة المجتمع هي في عدم تنفيذ العقوبة . وهو لا يعتد على استغلال القضاء وإنما يكمل عمله حين يخرج الأمر من حوزته فيغدو في غير استطاعته إصلاح عيب ثبت على نحو لا جدال فيه . كما أن العفو لا يصدر من رئيس الدولة باعتباره ممثلاً للسلطة التنفيذية ولكن باعتباره ممثلاً للدولة في مجموعها بكل سلطاتها . ومن بينها السلطة القضائية . ولا يخل العفو بالصفة اليقينية للعقوبة لأن استعماله استثنائي بحت . وليس لشخص ذي تفكير عادي أن يحول عليه كدبير غالب أو محتمل الحدوث .

(١) د. محمود نجيب حسنى في المرجع السابق الإشارة إليه .

نستطيع بعد كل هذا : القول بداهة بأن نظام العفو عن العقوبة كما هو مبين في القانون لم يعن إطلاقاً بالمجني عليه في الجريمة . بل أهمل جانبه في حق العفو إهمالاً تاماً . وذلك إنما يرجع إلى أن العقاب حق للمجتمع تتولاه الدولة ممثلة في النيابة العامة نيابة عنه وليس للفرد أي جانب فيه . فكان حق العفو خالصاً لرئيس الدولة دون المجني عليه في الجريمة أو أوليائه . وبالتالي فلا أثر لرضاء المجني عليه أو عدم رضائه في العفو من العقوبة كما هو مقرر في القانون .

(٢) الرضا والعفو عن الجريمة (العفو الشامل) :

وهو تجريد الفعل من الصفة الإجرامية بحيث يصير له حكم الأفعال التي لم يجرمها الشارع أصلاً^(١) ، أو هو عمل من أعمال السلطة يقصد به إسدال ستار النسيان على بعض الجرائم ، وبالتالي محو الدعاوى التي رفعت أو يمكن أن ترفع عنها والأحكام التي صدرت بشأنها^(٢) . ويعرفه الدكتور على راشد بأنه إجراء يقصد به إزالة صفة الجريمة عن فعل هو في ذاته جريمة طبقاً لأحكام القانون ومن ثم يترتب عليه امتناع السير في الإجراءات الجنائية بالنسبة لهذا الفعل أو زوال كل أثر للحكم بالعقوبة الصادر بشأنه^(٣).

وثمة وجه للشبه بين العفو الشامل وسبب الإباحة . إذ أن كليهما يزيل عن الفعل وصفة الإجرامى وينفي الركن الشرعى للجريمة . وإنما يفرق بينهما من ناحية الاعتبارات التي تعلل كلاً منهما . فإذنا نجد أن العفو الشامل يستهدف إسدال ستار النسيان على الفعل في حين يعلّل سبب الإباحة أن الفعل لم يعد منتجاً اعتداء على حق يريده الشارع كفاية حماية له أو لم يعد منتجاً اعتداء على حقوق المجتمع في مجموعهما كما أن طابع الموضوعية والعموم أبرز في سبب الإباحة منه في العفو الشامل^(٤).

ويلجأ إلى العفو الشامل أو عن الجريمة في الظروف السياسية عادة ويكون جماعياً ولكن لا

(١) د. محمود نجيب حسنى في المرجع السابق الإشارة إليه .

(٢) د. السعيد مصطفى السعيد في المرجع السابق الإشارة إليه .

(٣) د. على راشد في الموجز ط ١٩٤٩ .

(٤) د. محمود نجيب حسنى ، ويضرب مثالا للعفو الشامل بأنه العفو الذي قرره مرسوم بقانون رقم ٢٤١ لسنة ١٩٥٢ الذي نصت مادته الأولى على أن (يعفى عفواً شاملاً عن الجنایات والجنح والشروع فيها التي ارتكبت لسبب أو لغرض سياسى وتكون متعلقة بالشئون الداخلية للبلاد . وذلك في المادة بين ٢٥ أغسطس سنة ١٩٣٦ و ٢٢ يولييه سنة ١٩٥٢ وتأخذ حكم الجريمة السابقة كل جريمة اقترنت بها أو تقدمتها أو تلتها وكان القصد منها التآهب لفعلها أو تسهيلها أو ارتكابها بالفعل أو مساعدة مرتكبها أو شركائهم على الهرب أو التخلص من العقوبة أو ايوائهم أو اخفاء أدلة الجريمة ولا يشمل العفو الجرائم المنصوص عليها في المواد من ٨١ - ٨٥ ، ٢٣٠ - ٢٣٥ ، ٢٣٥ ، ٢٥٢ - ٢٥٨ من قانون العقوبات) .

يوجد ما يمنع من إصداره عن جرائم غير سياسية أو عن جريمة بعينها (١) ويقصد به التهينة الاجتماعية بإسداء الستار على جرائم تكون قد ارتكبت في ظروف سيئة اجتماعيا ولذلك فهو غالبا ما يصدر عقب فترات من الاضطراب السياسى .

والعفو الشامل يتصل بالنظام العام إذ أنه يقوم على اعتبارات مستعدة من مصلحة المجتمع . كما يتميز بطبيعة الموضوعى والجنائى . فهو ينصب على مجموعة من الجرائم فيزيل ركنها الشرعى ولذلك يستفيد منه جميع المساهمين فيها . كما أن آثاره تقتصر على الصفة الإجرامية للفعل فلا شأن له بالجوانب الأخرى إلا إذا نص قانون العفو الشامل على غير ذلك ، كما أنه يتميز بأثر رجعى يعود إلى وقت ارتكاب الفعل .

ممن يصدر العفو الشامل :

نصت المادة ١٤٩ من الدستور على أن (العفو الشامل لا يكون إلا بقانون) وعلة ذلك أن هذا النوع من العفو يعطل أحكام قانون العقوبات في الحالة التي صدر فيها . فهو مساس بالقوة القانونية للنص ومن ثم لا تملكه سوى السلطة التي اختصت بإسباغ القوة القانونية على النص ولذلك أو جب صدوره بالأداة التي يصدر بها هذا القانون وهى السلطة التشريعية (٢).

آثار العفو الشامل :

نصت المادة ٧٦ من قانون العقوبات على أن (العفو الشامل يمنع أو يوقف السير في إجراءات الدعوى أو يحو حكم الإدانة . ولا يمس حقوق الغير إلا إذا نص القانون الصادر بالعفو فى خلاف ذلك) وبهذا أجملت المادة آثار العفو الشامل في تجريد الفعل بأثر رجعى من صفته الإجرامية . فإذا صدر العفو قبل الحكم البات انقضت به الدعوى الجنائية . وإذا رفعت قضت المحكمة بعدم قبولها . أما إذا صدر العفو بعد الحكم البات زال الحكم بأثر رجعى فتتقاضى جميع آثاره . ولا يعتد به كسابقة في العود . كما لا يجوز للمحكوم عليه أن يطلب رد اعتباره عنه ، ويزيل العفو الشامل الصفة الإجرامية للفعل في جميع صورها . وتتصرف آثاره إلى ذلك فحسب فلا يتأثر حق المضرور في تعويضه بالعفو كما لا تتأثر للعفو الشامل على التنفيذ العقابى الذي تم قبل صدوره .

وهكذا فلا وجود للمجنى عليه في نظام العفو عن الجريمة الذي هو من اختصاص السلطة التشريعية . وبالتالي فلا نص على رضا المجنى عليه : هل له أثر في العفو عن الجريمة أو لا أثر له في ذلك .

(١) د. محمود مصطفى في شرح قانون العقوبات (القسم العام) ط ٦ سنة ١٩٦٤ .

(٢) د. على راشد في الموجز ط ١٩٤٩ .

ثانياً : الرضا وأسباب تخفيف العقاب :

نحاول هنا أيضاً أن نعثر على أثر لرضاء المجني عليه في العقوبة بين أسباب تخفيف العقاب في التشريع المصري . وهل يعد الرضا سبباً من هذه الأسباب أو عنصراً فيها ؟ أو لا يعد شيئاً من ذلك ؟ .

وأسباب تخفيف العقاب هي حالات يجب فيها على القاضي - أو يجوز له - أن يحكم من أجل الجريمة بعقوبة أخف في نوعها من العقوبة المقررة لها في القانون أو أدنى في مقدارها من الحد الأدنى الذي يضعه القانون ^(١) . وعلة أسباب التخفيف هي تحقيق الملائمة بين العقوبة وظروف حالات خاصة .

وأسباب التحقيق نوعان : أسباب قدرها الشارع وبينها في القانون وتسمى الأعذار ، وأسباب تركها لتقدير القاضي وتسمى الظروف المخففة . والنوع الأول وجوبى بمعنى أنه عند توافر العذر يصير التخفيف إلزامياً للقاضي في حين أن التخفيف جوازى عند توافر ظرف من الظروف المخففة كما أن الأعذار يحدد القانون حالاتها على سبيل الحصر . ويبين إزاء كل حالة شروطها كما يبين مقدار التخفيف الذي يستطيع أن يذهب إليه . أما الظروف المخففة فلا يحددها القانون . ولكن يترك لفطنة القاضي استخلاص ما يعتبره - بالنظر إلى ظروف معينة - مبرراً لتخفيف عقابها .

والأعذار المنصوص عليها في القانون والتي يكون من شأنها تخفيف العقوبة عن الجاني أو رفعها عنه كلية وتسمى بالأعذار القانونية نوعان :

- ١- أعذار معفية من العقاب إطلاقاً ويطلق عليها تعبير (موانع العقاب) .
- ٢- أعذار مخففة ، وهي أسباب التخفيف .

(١) الرضا والأعذار القانونية المعفية من العقاب (موانع العقاب) :

الأعذار المعفية من العقاب هي الظروف أو الأسباب المنصوص عليها في القانون والتي من شأنها رفع العقوبة عن الفاعل . على الرغم من بقاء أركان الجريمة كافة وشروط المسؤولية عنها متوافرة ^(٢) . والعلة فيها هي تقدير الشارع أن المنفعة التي يحققها العقاب فيقرر بناء على ذلك استبعاد العقاب جلباً للمنفعة الأهم اجتماعياً . ولأعذار المعفية عن العقاب طابع استثنائي باعتبارها تنتج أثراً على خلاف الأصل . ولذلك كان متعيناً أن يحددها القانون على سبيل

(١) د. محمود نجيب حسنى في المرجع السابق الإشارة إليه .

(٢) المرجع السابق ، د. السعيد مصطفى في المرجع السابق الإشارة إليه .

الحصر . كما يجب أن تفسر نصوصها تفسيراً ضيقاً (١) ولا توجد أعذار معفية عامة في جميع الجرائم (٢) بل أنها جميعاً أعذار خاصة بجرائم معينة .

الفروق بين الأعذار المعفية وأسباب الإباحة وموانع المسؤولية وأسباب عدم قبول الدعوى :
تقدم أن الأعذار المعفية لا تنفي ركناً من أركان الجريمة كما أنها لا تنفي شرطاً للمسؤولية عنها ثم هي لا تستخلص إلا بعد فحص موضوع الدعوى .
ويتضح الفارق بين هذه الأعذار وكل من أسباب الإباحة وموانع المسؤولية وأسباب عدم قبول الدعوى إذا ما تذكرنا أن أسباب الإباحة تنفي الركن الشرعي للجريمة وأن موانع المسؤولية تنفي أحد شروط الصلاحية للمسؤولية . وأن أسباب عدم قبول الدعوى كإنقضائها بالتقادم أو سبق صدور حكم بات فيها تحول بين القضاء وبين النظر في موضوع الدعوى .

تعداد الأعذار المعفية :

تتنوع الأعذار المعفية تبعاً للمنفعة التي يجلبها الإعفاء من العقاب للمجتمع :

(١) وقد تكون المنفعة إساءة مرتكب الجريمة خدمة إلى المجتمع تتمثل في كشفه عن جريمته والمساهمين معه فيها . كحالة الإعفاء المقررة في الاتفاقات الجنائية ومن هذا النوع الأعذار المنصوص عليها في المواد (٤٨ ع) وحالة الراشئ أو المتوسط بين الراشئ والمرتشئ الذي يخبر السلطات بالجريمة أو يعترف بها (م ١٠٧ ع مكرر معدلة بالقانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٥٣) وحالة مرتكب جرائم تزييف المسكوكات (م ٢٠٥ ع معدلة بالقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥٦) وتزوير بعض الأوراق العمومية والأحكام والدمغات والعلامات (م ٢١٠ ع) .

(٢) وقد تكون صورة المنفعة تشجيع من يتورط من الجناة في بعض الجرائم على عدم الاسترسال فيها ، فيجنب المجتمع أضراراً كان مهدداً بها كالعذر الذي تنص عليه المادة

(١) د. محمود نجيب حسنى و يشير إلى حكم محكمة النقض ١٧ نوفمبر ١٩٦٩ مجموعة أحكام محكمة النقض س ٢٠ رقم ٢٦٤ ص ١٣٠٧ والذي يقول (لا إعفاء من العقوبة بغير نص ، والنصوص المتعلقة بالإعفاء تفسر على سبيل الحصر ، فلا يصح التوسع في تفسيرها بطريق القياس ... وعلى ذلك فلا يجوز للقاضي أن يعفي من العقوبة إلا إذا انطبقت شروط الإعفاء في النص التشريعي على الواقعة المؤثمة انطباقاً تاماً سواء من ناحية كنهها أو ظروفها أو الحكمة التي تفيهاها الشارع من تقرير الإعفاء) .

(٢) د. السعيد مصطفى السعيد ، ويشير إلى الباب التاسع من الكتاب الأول من قانون العقوبات وعنوانه (أسباب الإباحة وموانع العقاب) وينبه إلى أن هذا خطأ في التعبير إذ استعمل واضع القانون عبارة (موانع العقاب) بدلاً من (موانع المسؤولية وهو ما نص عليه هذا الباب . وليس فيه شئ من موانع العقاب) .

(١٠٠ ع) التي تعفي من العقاب من كان في زمرة عصابات معينة ثم انفصل عنها

بعد التنبيه عليه بذلك من السلطات المدنية أو العسكرية .

(٣) وقد تكون المنفعة لإصلاح الجاني الضرر الذي ترتب على جريمته . كالعذر الذي تنص عليه المادة ٢٩١ ع والذي تقرر بعد إعفاء الخاطف من العقاب إذا تزوج بمن خطفها زولجا شرعيا .

(٤) ومن الأعدار المعفية أيضا أعدار روعيت فيها صلة القرابة ومن أمثلتها ما نص عليه في الفقرات الأخيرة من المواد ١٤٤ ، ١٤٥ ، ١٤٦ ع ، وهي الخاصة بإعفاء الزوج والزوجة الأصول والفروع في جرائم إخفاء الجانين وإعانتهم على الفرار من وجه القضاء . وإعفاء الزوجة في جريمة إخفاء الهارب من الخدمة العسكرية أو مساعدته على الفرار من وجه القضاء (١) . ومنها التبليغ عن الجنايات المخلة بأمن الدولة من الخارج (م ٨٤ مكررة) (٢) . هذا ويتوقف أثر العذر المعفي على (عدم عقاب) الجاني الذي تحققت في فعله وفي شخصه عناصر المسؤولية الجنائية واستحقاق العقاب عن جريمة مما نص عليه القانون . فلا أثر للعذر في قيام الجريمة في ذاتها ولا في اعتبار المجرم المعنى من العقاب مسؤولا عنها . ويقتصر تأثير العذر على من توافر فيه سببه فلا يستفيد منه سائر المساهمين معه في جريمته . كما لا تأثير للعذر على المسؤولية المدنية أو الإدارية (٣) والأصل أن تقرير توافر العذر من اختصاص القضاء (٤) ولكن من المتفق عليه في مصر أن سلطة التحقيق تملك الأمر بالأوجه لإقامة الدعوى استنادا على وجود مانع العقاب (٥) .

ولا تلزم المحكمة بتقصي الأعدار المعفية من تلقاء نفسها بل لا بد أن يدفع المتهم بالعذر المعفي (٦) . وكذا فلا أثر ولا ذكر لرضاء المجني عليه كعذر من الأعدار المعفية من العقاب

(١) ويرى الدكتور محمود نجيب حسنى ان علة العذر قد تكون الحفاظ على صلات المودة بين الزوجين أو الأصول والفروع وهي صلات يخشى أن تنقطع إذا وقعت العقوبة مثال ذلك ما كانت تنص عليه المادة ٣١٢ ع قبل تعديلها بالقانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٤٧ إذا كانت تقضى بأنه (لا يحكم بعقوبة ما على من يرتكب سرقة إضرار بزوجه أو بزوجه أو أصوله أو فروع) .

وقد أحل التعديل تقيد الدعوى الجنائية بشكوى المجني عليه محل العذر المعفي .

(٢) د. رؤف عبيد في التشريع العقابي ص ٥٣٥ .

(٣) د. السعيد مصطفى السعيد ص ٧٢٧ المرجع السابق ، د. على راشد ، المرجع السابق ص ٦٧٧ ، د. محمود نجيب حسنى ، المرجع السابق ص ٨٦٢ .

(٤) د. محمود نجيب حسنى : المرجع السابق الإشارة إليه .

(٥) د. السعيد مصطفى السعيد : المرجع السابق الإشارة إليه .

(٦) د. محمود نجيب حسنى وقد أشار إلى نقض ١٢ ديسمبر سنة ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض س ١٧ رقم ٢٣٧ ص ١٢٤٢ (فإذا كان المتهم لم يتمسك أمام المحكمة بقيام العذر المعفي فليس له أن ينص على حكمها

والتي نص عليها القانون على سبيل التحديد فهل يعد عذرا معفيا ؟ أو ظرفا قضائيا مخففا ؟ .

(٢) الرضا والأعذار المخففة من العقاب :

والأعذار المخففة هي الظروف المنصوص عليها في القانون والتي تستوجب تخفيف العقوبة المقررة قانونا على الجريمة (١) . أو هي حالات حددها الشارع على سبيل الحصر يلتزم فيها القاضي بأن يهبط بالعقوبة المقررة للجريمة وفقا لقواعد معينة في القانون (٢) . وهي نوعان عامة وخاصة .

فالأعذار المخففة العامة : هي التي تسرى في كل جريمة متى توافرت شروط العذر فنطاقها يتسع لجميع الجرائم أو أغلبها ومثالها في القانون المصري :

١- صغر السن فيما بين الثانية عشرة والخامسة عشرة ، والذي يعده القانون عذرا مخففا لعقوبات الجنايات على النحو الذي تحدده المادة ٦٦ من قانون العقوبات .

٢- عند تجاوز حد الدفاع الشرعي (٣) . ولم يجعل الشارع الاستفزاز عذرا مخففا عاما (٤) .

والأعذار المخففة الخاصة : هي التي ينحصر نطاقها في جريمة أو فئة محدودة من الجرائم ومن هذا النوع العذر الذي تقرره المادة ٢٣٧ ع للزوج ونصها : (من فاجأ زوجته حال تلبسها بالزنا وقتلها في الحال هي ومن يزني بها يعاقب بالحبس بدلا من العقوبات المقررة في المادتين ٢٣٤ ، ٢٣٦) . وقد قصر الشارع نطاق هذا العذر على القتل العمد والجرح أو الضرب المفضي إلى الموت (٥) لكنه يتسع قياسا من باب أولى للجرح أو الضرب المفضي إلى عاهة مستديمة . وكذلك العذر الذي نصت عليه المادة ٢٠٤ ع والخاص بمن يقبل بحسن نية عملة مقلدة أو مزيفة أو مزورة ثم يتعامل بها بعد علمه بعيوبها . ويترتب على توفر العذر تخفيف العقوبة وجوبا ولا يقرر الشارع الأعذار المخففة إلا في الجنايات إذ لا حاجة إليها في الجنح والمخالفات إذ الحد الأدنى لعقوبتها منخفض بذاته .

إغفاله التحدث عن ذلك (وعلى الرغم من ان هذا الحكم قد صدر في شأن مانع مسئولية إلا أن القاعدة التي قررها تصدق على الأعذار المعفية .

(١) د. السعيد مصطفى السعيد . المرجع السابق الإشارة إليه .

(٢) د. محمود نجيب حسنى . المرجع السابق ص ٨٦٣ .

(٣) د. السعيد مصطفى السعيد . المرجع السابق .

(٤) د. محمود نجيب حسنى ، وقد أشار إلى نقض ٢١ مايو ١٩٤٦ مجموعة القواعد القانونية ج ٧ رقم ١٦٦ ص ١٥٩ ، ٢٨ نوفمبر ١٩٦١ مجموعة أحكام محكمة النقض س ١٢ رقم ١٩٤ ص ٩٤٢ .

(٥) د. محمود نجيب حسنى ، ويشير إلى نقض ١٣ ديسمبر ١٩٤٣ مجموعة القواعد القانونية ج ٦ رقم ٢٧٢ ص ٣٥٠ حيث اعتبرت المحكمة القتل المقترب بهذا العذر جريمة خاصة أقل جساما .

ولا ذكر هنا أيضا لرضاء المجني عليه كعذر مخفف عام يسرى في كل الجرائم أو أغلبها متى توفرت شروطه أو كعذر مخفف خاص ينحصر نطاقه في جريمة أو فئة محدودة من الجرائم .

(٣) الرضا والظروف القضائية المخففة للعقوبة :

والظروف المخففة هي أسباب للتخفيف تحول للقاضي - في نطاق قواعد حدها القانون - الحكم بعقوبة تقل عن الحد الأدنى المقرر للجريمة (١).

وهذه الظروف ليست منصوباً عليها في القانون كما لم يضع الشارع ضوابط تعين القاضي على استخلاصها وإنما ترك أمر تحديدها واستخلاصها لفطنة القاضي وحسن تقديره وأعطاه في ذلك سلطة واسعة لا يقيد بها غير الالتزام بعد تجاوز حدود التخفيف التي يرسمها الشارع . وعلى القاضي استخلاص ذلك من الظروف الواقعية لكل جريمة . فقد تكون ضوابطه في التخفيف نقاهة ضرر الجريمة أو إصلاحه أو تضاول خطورة وسيلتها أو ارتكابها في مكان أو زمان يجعلان خطرهما أقل أو كون المتهم مبتدئاً في الإجرام أو محدود الخبرة بالحياة أو قد ندم عليها .

وتقدير الظروف المخففة وموجباتها (مرجعه إلى ذات الواقعة الجنائية التي وقعت لا إلى الوصف القانوني الذي وصفته المحكمة به) (٢) كما يجب على القاضي أن يبني تقدير الظروف المخففة على الحقائق المستمدة من الوقائع التي تثبت للمحكمة وقف الحكم ولا يجوز أن يبني على وقائع مستقبلية . (٣)

ومن أمثلة ما اعتبره القضاء من قبل الظروف المخففة صغر السن ولو تجاوزت الحد الذي اعتبر القانون فيه صغر السن عذراً قانونياً . (٤) والاستقزاز (٥) . وتخوف المتهم أو توهمه غير المبني على أسباب معقولة والذي لا يعتبر معه في حالة دفاع شرعي أو تجاوز لحدود هذا

(١) د. محمود نجيب حسنى المرجع السابق الإشارة إليه .

(٢) د. محمود نجيب حسنى ، ويشير إلى نقض ٢٣ نوفمبر ١٩٤٢ مجموعة القواعد القانونية ج ٦ رقم ٣١ ص ٤٣ ، ١٤ ديسمبر ١٩٤٢ ج ٦ رقم ٤١ ص ٦١ ، أول أكتوبر ١٩٥٦ مجموعة أحكام محكمة النقض س ٧ رقم ٢٥٩ ص ٩٥٠ ، ١٩ مايو ١٩٦٩ س ٢٠ رقم ١٥٢ ص ٧٤٨ ، ٢٧ أكتوبر ١٩٦٩ س ٢٠ رقم ٢٣٤ ص ١١٨١ ، ٢٢ ديسمبر ١٩٦٩ س ٢٠ رقم ٣٠١ ص ١٤٥١ .

(٣) د. محمود نجيب حسنى ، ويشير إلى نقض ٥ ديسمبر ١٩٣٨ مجموعة القواعد القانونية ج ٤ ص ٣٧٦ رقم ٢٩٥ .

(٤) نقض ٨ يناير ١٩٣٤ مجموعة القواعد القانونية ج ٣ رقم ١٨١ ص ٢٣٥ .

(٥) نقض ٢٨ نوفمبر ١٩٦١ مجموعة أحكام محكمة النقض س ١٢ رقم ١٩٤ ص ٩٤٢ .

الدفاع^(١) هذا ويقتصر نطاق الظروف المخففة على الجنايات فلا محل لها في الجناح والمخالفات وقد يستبعد الشارع بعض الجنايات من نطاق الظروف المخففة .^(٢)

وقد حددت المادة ١٧ من قانون العقوبات تأثير الظروف المخففة على الجنايات إذ نصت على أنه يجوز في مواد الجنايات إذا اقتضت أحوال الجريمة المقامة من أجلها الدعوى العمومية رأفة القضاء بتبديل العقوبة على الوجه الآتي :

عقوبة الإعدام بعقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة ، عقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة بعقوبة الأشغال المؤقتة أو السجن ، عقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة بعقوبة السجن أو الحبس الذي لا يجوز أن ينقص عن ستة شهور ، عقوبة السجن بعقوبة الحبس الذي لا يجوز أن تنقص عن ثلاثة شهور .

وأخيرا فهل يمكن للقاضي أن يجعل من بين الظروف المخففة للعقوبة رضا المجني عليه السابق أو المعاصر أو اللاحق على الجريمة وإذنه فيها . أو لا يمكنه ذلك ؟ . وهذا سوف يتضح بمشيئة الله عند استعراضنا لأراء شراح القانون وما ذكروه في هذا الصدد ما دمنا لم نجد في القانون نصا يحدد ذلك .

(١) نقض ٦ نوفمبر ١٩٥١ مجموعة احكام محكمة النقض س ٣ رقم ٥٦ ص ١٥٠ .

(٢) د. محمود نجيب حسنى . المرجع السابق الإشارة إليه و يضرب مثلا لذلك بجناية إحراز المواد المخدرة أو الاتجار فيها (المادة ٣٦ من القانون رقم ١٨٢ لسنة ١٩٦٢ م .

المبحث الثاني

رأي الفقه والقضاء المصريين في أثر الرضا في العقوبة والقاعدة العامة في ذلك والاستثناءات الواردة عليها

بعد أن استعرضنا نظام العفو في القانون سواء أكان ذلك عفواً عن العقوبة أم عن الجريمة . وكذلك أسباب تخفيف العقاب سواء منها ما كان عذراً قانونياً معفياً من العقوبة كلية أو ما كان مجرد مخفف من العقوبة فقط سواء أكان عذراً قانونياً أيضاً أم ظرفاً قضائياً مخففاً فإننا سوف نستعرض آراء فقهاء القانون في مصر في أثر رضا المجني عليه في العقوبة ، وهل يصلح الرضا لأن يكون سبباً من هذه الأسباب ؟ وما هي القاعدة التي يمكن استخلاصها في ذلك ؟ ونطاق أثر الرضا في العقوبة إذا كان ثمة أثر ؟

أولاً : رأي الفقه والقضاء في أثر الرضا في العقوبة :

يقول الأستاذ الدكتور على بدوى في هذا الصدد وقع معرض حديثه عن رضا المجني عليه (١) :

(وللغرض أن يتنازل عن حقه . أو عن الضرر الذي لحق به من الجريمة . ولكن للمجتمع رغم ذلك حق في إيقاع العقاب بالمجرم . سواء أكان ذلك في جريمة ارتكبت على النفس أو في جريمة وقعت على المال) .

ويقول : (ويترتب على ذلك - أي على جميع ما ذكره عن الرضا ومدى حقوق المراء على نفسه - قاعدة عامة وهي أن رضا المجني عليه بالجريمة - قبل ارتكابها أو أثناءه أو بعده - لا قيمة له من الوجهة الجنائية فلا يمنع من وجود الجريمة ولا من عقاب المجرم ما دام هذا العقاب لازماً لحماية الصالح الاجتماعي وإن كان - هذا الرضا قد يصلح - إذا شاء القاضي - عاملاً من عوامل الرأفة في تقدير العقوبة) .

ويقول أيضاً : (غير أن لهذه القاعدة بعض الاستثناءات . إذ ينص القانون على جرائم تعترض في ركن من أركانها ضمناً أو صراحة لأن الأمر المحرم قد ارتكب على غير إرادة المجني عليه أو رغبة . وبدون ذلك لا وجود للجريمة ولا سبيل لعقاب من ارتكبها ومن ذلك أن السرقة ، والنصب ، وخيانة الأمانة ، والإتلاف ، في جرائم الاعتداء على المال . والحبس بغير وجه حق ، والخطف ، واغتصاب الإناث ، وهتك العرض ، والتحريض على الفسق والفجور ، في جرائم الاعتداء على الأشخاص أو على الأخلاق) .

(١) الأستاذ الدكتور على بدوى في مؤلفه : الأحكام العامة في القانون الجنائي ج ١ ص ٣٨٣ وما بعدها ط ١٣٥٧ هـ - ١٩٣٨ م مكتبة حقوق القاهرة تحت رقم ٣٣٠٨٤ .

ويقول الأستاذ السعيد مصطفى السعيد (١) :

(والأصل في القانون أن رضاء المجني عليه بالجريمة . بهذا المعنى الأخير - وهو أن يكون مرتكب الجريمة غير المجني عليه ولكن برضائه هو مقدما - لا يؤثر في قيام المسؤولية الجنائية للفاعل فهو لا يمنع من وقوع الجريمة وإن كان له من أثر فقد يكون في العقوبة في حدود ما يملكه القاضي من سلطة التخفيف . ذلك أن العقاب يقوم على حماية المصلحة العامة وليس مصلحة المجني عليه . فهو لم يشرع لإرضاء شهوة الانتقام فيه حتى يكون رضاؤه مانعا للعقاب ولكنه قرر وسيلة لحفظ النظام الاجتماعي) (٢).

ويقول سيادته : (ويترتب على ذلك أن من يقتل غيره برضائه أو يطلبه ويعاقب بعقاب القتل العمد ، ولو كان ذلك يقصد تخليصه من مرض لا يرجى شفاؤه ، ومن يحدث بغيره جروحا برضائه يعاقب على جريمة الجرح العمد ولو كان قاصدا من ذلك علاجه من مرض . ما دام غير مرخص له بالعلاج - كحلاق الصحة الذي يجري عملية جراحية (٣) والتومرجي الذي يباشر عملا من أعمال العلاج فيحدث جرحا بالمريض (٤) . ولا تأثير لقصد الشفاء أو العلاج . لأن هذا الباعث لا أثر له في وجود الجريمة وجوب العقاب عليها) .

ويقول الأستاذ الدكتور على راشد في هذا الصدد (٥) :

(ومن هنا كان المبدأ المسلم به بصفة عامة هو أن رضاء المجني عليه لا أثر له على قيام الجريمة واستحقاق الجاني للعقاب المقرر لها (٦) . وما دام المجني عليه لا يملك بهذا الرضاء التنازل لهذا الجاني عن حق من شأنه الجاني الفعل مباحا) (٧).

ويقول : (ويلاحظ أن من الشراح من يحاول تفسير هذا المبدأ بالغاية الأولى من العقوبة وأساس حق العقاب . والقول بأن العقاب حق للدولة مقرر أصلا لحماية مصالح عامة تتعلق

(١) الأستاذ الدكتور السعيد مصطفى ، في مؤلفه : الأحكام العامة في قانون العقوبات ص ٢٣٩ وما بعدها ط ٤ سنة ١٩٦٢ م مكتبة كلية الشريعة والقانون تحت رقم ١١٠ .

(٢) يشير سيادته في ذلك إلى دونديو دوفابر رقم ٤١٨ ، فيدال ومانيول ج ١ رقم ٢٣٢ وانظر تعليق مانيول بمجلة العلم الجنائي ص ١٩٣٧ ص ٦٨٠ وما بعدها .

(٣) ويشير سيادته في ذلك إلى نقض ٤ يناير ١٩٣٧ مجموعة القواعد ج ٤ رقم ٣٤ ص ٣١ ، ١٢ يونية ١٩٣٩ وج ٤ رقم ٤٠٧ ص ٥٧٦ .

(٤) نقض ٢٧ مايو ١٩٣٥ مجموعة القواعد ج ٣ رقم ٣٨٢ ص ٤٨٤ .

(٥) الأستاذ الدكتور على راشد في مبادئ القانون الجنائي ج ١ ط ٢ سنة ١٩٥٠ ص ٤٣٩ وما بعدها ، مكتبة جمعية الاقتصاد .

(٦) ويشير سيادته إلى أن بعض التشريعات كالقانون المكسيكي تنص على هذا المبدأ صراحة في صلب قانون العقوبات .

(٧) قارن فيدال ومانيول رقم ٢٣٢ وص ٣٣٨ هامش رقم ١ .

بحقوق الهيئة الاجتماعية لا بحقوق فردية ويخلصون من ذلك إلى أن الفرد لا يملك بصفة هذه حقا بشأن العقاب حتى ولو كان مجنيا عليه . ومن ثم فإنه لا يستطيع برضائه التنازل للجاني عن حق لا يملكه هو ^(١) ونعتقد أن التحليل الذي أوردناه هو الأقرب إلى الدقة العلمية . لأنه ينصب مباشرة على المحور الحقيقي للمناقشة فيما نحن بصدده ونعني بذلك مدى حقوق المرء على نفسه لا مدى نصيب المرء في حق العقاب الذي لا جدال كما هو معلوم في أنه حق للجماعة لا للأفراد) .

ويقول الأستاذ الدكتور محمود مصطفى ^(٢) :

(على أن لرضاء المجني عليه تأثيره في نواح أخرى . فيقيّد السلطات في رفع الدعوى والسير فيها ، وتنفيذ العقوبة في بعض الجرائم) .

ثم يقول بعد أن عدد الجرائم التي لا يجوز أن ترفع الدعوى الجنائية فيها إلا بناء على شكوى من المجني عليه : (وفي بعض الأحوال يجيز القانون للمجني عليه أن يعفو عن العقوبة بعد الحكم النهائي ^(٣) ورضاء المجني عليه أو عدم رضائه هنا لا يؤثر في الأحكام الشخصية على ما تقدم . وهذا التأثير لا يعنى أن الجرائم المذكورة جرائم شخصية لا تهم غير المجني عليه . فهذه الجرائم تمس المجتمع كسائر الجرائم . وكل ما هنالك أن القانون يخول المجني تقدير المصلحة في استعمال حق العقاب) .

ويقول في موضع آخر بصدد الكلام عن رضا الزوج مقدما بوقوع الزنا من زوجته ^(٤) (والرأي الغالب أن الرضاء لا يمنع من قيام المسؤولية وإن أمكن أن يكون سببا لتخفيف العقوبة ورفض التعويض المدني) ^(٥) .

ويقول المستشار الأستاذ محمود إسماعيل ^(٦) :

(قد يكون رضاء المجني عليه سببا لانعدام مسؤولية الجاني لو أن العقاب قصد به الدفاع عن المصالح الخاصة . بيد أن وظيفة العقاب في التشريع الجديد هي صيانة الأمن والنظام

(١) ويشير في ذلك إلى دونديو دوفابر . الموجز رقم ٢٢٢ وشيرون وبدوى بك رقم ٤ ص ٢٩٠ والمراجع المشار إليها .

(٢) د. محمود مصطفى في شرح قانون العقوبات القسم العام ط ٦ سنة ١٩٦٤ م .

(٣) يشير إلى حالة الحكم النهائي في السرقة (المادة ٣١٢ ع) وحالة الحكم النهائي على الزوجة الزانية (م ٢٧٤ ع) .

(٤) د. محمود مصطفى في شرح قانون العقوبات - القسم العام ط ١ سنة ١٩٥٠ م .

(٥) يشير إلى جارسون في تعليقاته على المادتين ٣٣٦ ، ٣٣٧ فقرتان ١٢٢ ، ١٢٣ وجارو ج ٥ فقرة ٢١٦٧ ، وقستان هيلي ج ٢ رقم ٧٧٩ ، شوفو وهيلي ج ٤ رقم ١٦٤٧ محكمة السين ٨ يناير ١٩٢٠ ، والورد ١٩٢١ - ٢ - ١٦ .

(٦) الأستاذ محمود إبراهيم إسماعيل في شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات مكتبة حقوق القاهرة ١٧٣/٣ .

الاجتماعي لا إرضاء من أذنته الجريمة . وعلى ذلك فالأصل أن رضاء المجني عليه لا يمحو الجريمة ولا يسقط العقاب سواء حصل هذا الرضا قبل الجريمة أو عند ارتكابها أو بعده (١).
ثم يقول : (ولكن هناك من الجرائم ما يعتبر فيه عدم رضا المجني عليه عن الفعل الإجرامي عنصرا من عناصرها بحيث إذا وجد هذا الرضا فلا جريمة ولا عقاب . تلك هي جرائم الاعتداء على المال وعلى الحريات الشخصية والجرائم الخلقية) .
ويقول الأستاذ الدكتور أحمد الألفي (٢) :

(من المسلم به أن كل جريمة تدخل بمصلحة المجتمع وقد شرع العقاب لحفظ النظام الاجتماعي وليس للانتقام للمجني عليه الذي تصيب الجريمة حقا من حقوقه . من أجل ذلك فإن معاقبة مرتكبها تكون من شأن المجتمع ممثلا في النيابة العامة . وبالتالي فإن رضاء المجني عليه بالجريمة سواء كان هذا الرضا سابقا عليها ، أو لاحقا لها لا يحول - بحسب الأصل - دون قيام الجريمة أو دون العقاب عليها) .
ويقول جندى عبد الملك بك (٣) :

(الأصل أن رضاء المجني عليه لا يمحو الجريمة ولا يعفي من العقاب . لأن العقاب في المسائل الجنائية من حق المجتمع لا من حق الفرد . فمن يقتل آخر أو يصيبه بجراح أو ضربات بناء على طلبه لا يفلت من العقاب غير أن بعض الجرائم يفترض فيها وقوع الفعل بغير رضاء المجني عليه أو ضد إرادته مثل جرائم الخطف والوقاع وهتك العرض بالقوة والسرقة والنصب وخيانة الأمانة ففي هذه الأحوال ينفي الرضا وجود الجريمة ويحول دون عقاب المتهم) .
ويقول الدكتور السعيد مصطفى ، وكامل مرسى (٤) :

(الأصل أن رضاء المجني عليه لا يمحو الجريمة ولا يرفع العقاب لأن العقاب من حق المجتمع . وليس من حقوق الأفراد . وهو لم يقرر لإرضاء شهوة الانتقام في المجني عليه ، وإنما قرر وسيلة لحفظ النظام الاجتماعي القائم . على أن من الجرائم ما يستلزم بطبيعته عدم رضاء المجني عليه بالفعل بأن يكون من أركانه أن يكون الفعل قد حصل بغير رضاء من وقع

(١) ويشير إلى دونديو دوفابر رقم ٤١٢ ، جارسون مادة ٢٩٥ رقم ٢٣٥ ، وجارو ج ٤ رقم ١٧١١ ، وعلى بدوى ص ٢٨٤ ، والدكتور محمد كامل مرسى والدكتور السعيد مصطفى السعيد ص ٢٨٨ ، ورسالة الدكتور بدر في تأثير رضا المجني عليه في المسؤولية الجنائية باريس ١٩٢٨ ، ومقالة ج سيمون في رضا المجني عليه كسبب من أسباب الإباحة في جرائم الاعتداء على النفس في المجلة البلجيكية لقانون العقوبات ١٩٣٣ ص ٤٥٧ .
(٢) دكتور أحمد عبد العزيز الألفي : في شرح قانون العقوبات الليبي - ط ١ سنة ١٩٦٩ مكتبة جمعية الاقتصاد .

(٣) جندى عبد الملك بك في الموسوعة الجنائية ج ١ ط ١ مكتبة جمعية الاقتصاد ٣٤٥ ج م .

(٤) الدكتوران السعيد مصطفى ومحمد كامل في شرح قانون العقوبات المصري الجديد .

عليه مثل جريمة خطف الإناث (م ٢٩٠ ع) والسرقه (م ٣١١ وما بعدها ع) والوقاع (م ٢٦٧ ع) وهتك العرض (م ٢٦٨ ع) فهذه الجرائم تقوم على أساس عدم ارضاء المجني عليه بالفعل الذي يرتكب . فإن كان هذا الفعل قد حصل بالرضا فلا جريمة (١) .
ويقول الأستاذ الدكتور رمسيس بهنام (١) :

(ليس المقصود برضاء صاحب الحق أن يكون هذا الرضاء قاضيا على صفة الجريمة في السلوك المحقق لها بعد أن يكون هذا السلوك قد تم . ذلك لأن حق العقاب على الجريمة كما بينا ثابت للدولة كنظام قانوني للجماعة . ولا يمكن لأحد ما أن يقضى عليه بعد نشوئه وإلا انهارت دعائم كيان المجتمع وبقائه) .

ويقول سيادته : (وقصارى القول فيما تقدم أن رضاء صاحب الحق إما أن يكون سببا معفيا من عقوبة الجريمة . وذلك في الحالات التي تكون الدعوى العمومية فيها معلقة على شكوى أو إذن أو طلب ولا يرى فيها صاحب الشأن تحريك هذه الدعوى) .

إلى غير ذلك من الآراء التي أمكننا الإطلاع عليها . لفقهاء القانون وشارحيه والتي تسير في نفس الإطار المتقدم وتعطى نفس النتائج التي يمكن استخلاصها والوصول إليها مما تقدم من آراء . وقد عرضنا ضمنا لأحكام النقض التي أشار إليها الفقهاء في ذلك .

ثانياً : القاعدة العامة في ذلك :

بعد استعراض هذه الآراء المتقدمة لفقهاء القانون حول أثر رضاء المجني عليه في العقوبة نستطيع القول بأن القاعدة الأساسية والمبدأ العام في ذلك الذي صرحوا به وأجمعوا عليه هو :
" أن رضاء المجني عليه لا أثر له - بحسب الأصل - على استحقاق الجاني للعقاب المقرر على الجريمة سواء حصل الرضاء قبل الجريمة أو عند ارتكابها أو بعده " .

العلة في هذه القاعدة :

والعلة في ذلك كما يرى غالبية الفقهاء أن العقاب في المسائل الجنائية من حق المجتمع لا من حق الفرد . لأن العقاب إنما شرع لحماية المصالح العامة ، وقرر وسيلة لصيانة الأمن وحفظ النظام الاجتماعي القائم . ولذلك كان الحق فيه ثابتاً للدولة ممثلة في النيابة العامة كنظام قانوني للجماعة من حق المجتمع أن يوقعه على المجرم سواء أكان ذلك في جريمة ارتكبت على النفس أو في جريمة وقعت على المال .

وإذا كان للفرد أن يتنازل عن حقه (٢) أو عن الضرر الذي لحق به من الجريمة فإن للمجتمع

(١) الأستاذ الدكتور رمسيس بهنام في النظرية العامة للقانون الجنائي ط ١٩٦٨ ص ٣٨٨ وما بعدها مكتبة

جمعية الاقتصاد والتشريع المصري تحت رقم ١١٢٨٤ وأيضاً نفس الكتاب ط ٣ سنة ١٩٧١ تحت رقم ١٢٥٢٤

(٢) الحق المتولد عن الجريمة والذي خوله القانون للفرد المجني عليه فيها كما تقدم هو حق مدني في التعويض

عن الضرر اللاحق به والناشئ عن الجريمة ولا حق له في العقاب .

رغم ذلك الحق في إيقاع العقاب بالمجرم ولا يمنع من ذلك رضا المجني عليه لأن العقاب لم يشرع لإرضاء شهوة الانتقام فيه ، ولم يقصد به الدفاع عن المصلحة الخاصة حتى يكون رضا المجني عليه وهو صاحب المصلحة الخاصة المعتدى عليها مانعا من عقاب المجرم . وإنما شرع كما تقدم لصيانة المصالح العامة فكان حقا للمجتمع وليس لحد النزول عنه بعد نشوئه .

وقد تقدم أن الدكتور على راشد يعلل المبدأ المتقدم بأن المجني عليه لا يملك برضائه التنازل للجاني عن حق من شأنه أن يجعل الفعل مباحا . ويرى أن هذا هو الأقرب إلى الدقة العلمية لأنه ينصب مباشرة على المحور الحقيقي للمناقشة فيما تحسن بصدده ويعني بذلك مدى حقوق المرء على نفسه لا مدى نصيب المرء في حق العقاب الذي لا جدال كما هو معلوم في أنه حق للجماعة لا للأفراد وينتقد محاولة تفسير هذا المبدأ بالغاية الأولى من العقوبة وأساس حق العقاب والقول بأن العقاب حق للدولة مقرر أصلا لحماية مصالح عامة تتعلق بحقوق الهيئة الاجتماعية لا بحقوق فردية والخلوص من ذلك إلى أن الفرد لا يملك بصفته هذه حقاً بإشأن العقاب ولو كان مجنيا عليه . ومن ثم فإنه لا يستطيع برضائه التنازل للجاني عن حق لا يملكه هو .

ثالثا : الاستثناءات على هذه القاعدة أو نطاق أثر الرضا في العقوبة :

إذا كان الفقهاء قد قدروا مجمعين هذا المبدأ الذي سلمنا به وهو أن رضا المجني عليه بالجريمة لا أثر له حسب الأصل في استحقاق الجاني للعقاب . ورأي البعض أن الرضا إن كان له أثر فقد يكون في حدود ما يملكه القاضي عن سلطة التخفيف ⁽¹⁾ وأن الرضا يصلح إذا شاء القاضي أن يكون عاملا من عوامل الرأفة في تقدير العقوبة ⁽²⁾ فإن الفقهاء قد أشاروا إلى استثناء في التشريع ورد على هذا المبدأ ، وذلك بالنسبة للجرائم التي خول القانون للمجني عليه فيها تقدير المصلحة في استعمال حق العقاب . واشترط القانون لتحريك الدعوى الجنائية فيها تقديم شكوى من المجني عليه . فإذا لم يتقدم المجني عليه في هذه الجرائم بالشكوى فلا دعوى فلا جريمة وبالتالي فلا عقوبة ثم إن المجني عليه إذا قام بتقديم الشكوى فعلا فإن الرضا أيضا قيدها على السلطات العامة في تنفيذ العقوبة . إذ للمجني عليه أن يتنازل عن شكواه في أي مرحلة من مراحل الدعوى إلى حين صدور حكم نهائي فيها . فتسقط الدعوى وبالتالي تسقط العقوبة ولا توقع على الجاني . بل أن المجني عليه جعل له القانون في بعض هذه الجرائم . كجرائم زنا الزوجة . والسرقه بين الأزواج ، والأصول والفروع . حق العفو عن العقوبة بعد صدور حكم

(1) د. السعيد مصطفى : المرجع المشار إليه سابقا .

(2) د. على بدوي : المرجع السابق الإشارة إليه .

نهائى بها . وفي ذلك يبرز دور الرضا في انقضاء العقوبة بصفة مباشرة ويكون هذا برضاء المجني عليه لا الدولة ممثلة في النيابة العامة .
وهذه الجرائم التي يعد الرضا إن لم يكن سببا للإعفاء من العقوبة عنها فهو قيد على السلطات العامة في تنفيذها . بل إن العقوبة تتوقف فيها على رضا المجني عليه بالجريمة وتنازله عنها .
هى الجرائم التي نصت عليها المواد ٣ ، ٩ ، ١٠ من قانون الاجراءات الجنائية والمادة ٣١٢ من قانون العقوبات وهى :

- ١- جريمة سب شخص ذى صفة نيابية عامة بسبب أدائه الوظيفة أو النيابة إذ تنقضى عنها الدعوى العمومية بالتنازل أو الرضا الصادر من المجني عليه فيها (م ١٨٥ ع) .
- ٢- جريمة زنا الزوجة . إذ لا تتحرك الدعوى الجنائية فيها إلا بتقديم شكوى من المجني عليه وهو الزوج . فإذا لم يقدم الشكوى فلا دعوى فلا عقوبة كما انه إذا تنازل عن شكواه الدعوى فتسقط العقوبة . بل إن له أن يتنازل فيعفو عن العقوبة بعد الحكم النهائى فيها (م ٢٧٣ ، ٢٧٤ ع) .
- ٣- جريمة زنا الزوج في منزل الزوجية . إذ لا بد للدعوى العمومية فيها من شكوى تقدم بها الزوجة (م ٢٧٧ ع) .
- ٤- جريمة الفعل الفاضح غير العلنى في حضرة امرأة (م ٢٧٩ ع) .
- ٥- جريمة إخلال أحد الوالدين أو الجدين بتنفيذ الحكم الصادر بحضانة الصغير (م ٢٩٢ ع) .
- ٦- جريمة امتناع المحكوم عليه بالنفقة عن تنفيذ الحكم الصادر بها . رغم قدرته على الوفاء بها ومضى ثلاثة شهور منذ التنبيه عليه بدفعها . إذ يجب لتحريك الدعوى العمومية عن هذه الجرائم التقدم بشكوى من صاحب الحق في النفقة المحكوم بها (م ٢٩٣ ع) .
- ٧- جريمة القذف العلنى . ولا محل لإجراءات الدعوى العمومية فيها دون شكوى المجني عليه إذا كان فردا عاديا ، كما تنقضى عنها هذه الدعوى بصفح المجني عليه إن كان موظفا عموميا أو ذا صفة عامة (م ٣٠٣ ع) .
- ٨- جريمة السب العلنى وجريمة القذف أو السب الذي يتم في جريدة أو أحد المطبوعات أو الذي يتضمن طعنا في عرض الأفراد أو خدشا لسمعة العائلات (م ٣٠٦ ، ٣٠٧ ، ٣٠٨ على التوالى) إذ تتوقف الدعوى فيها على شكوى المجني عليه وتنقضى بالتنازل عن الشكوى .
- ٩- جريمة السرقة بين الأصول والفروع والأزواج . إذ للمجني عليه في هذه الجرائم ألا يتقدم بالشكوى فلا دعوى ولا عقوبة ، وله أن يتنازل عن الشكوى صدور حكم نهائى

به فيوقف الحكم (م ٣١٢ ع) التي تنص على أنه (لا يجوز محاكمة من يرتكب سرقة إضرار بزوجة أو أصوله أو فروعه إلا بناء على طلب المجني عليه . وللمجني عليه أن يتنازل عن دعواه بذلك في أية حالة كانت عليها الدعوى كما له أن يوقف تنفيذ الحكم النهائي على الجاني في أي وقت شاء) .

وهكذا فإن رضا المجني عليه يقضى على حق الدولة في العقاب على هذه الجرائم حق عند صدوره في وقت لاحق لوقوع الجريمة . وإنه ينتج نفس الأثر من باب أولى إذا كان سابقا على ارتكاب الجريمة أو معاصرا لها (١) .

وقد تقدم عند بحث أثر رضا المجني عليه في الدعوى الجنائية والخصومة الناشئة عنها الكلام عن هذه الجرائم وأثر تقديم شكوى المجني عليه وتنازله فيها . بما لا حاجة إلى اعادته هنا والغوص فيه .

ويرى الدكتور رمسيس بهنام أن الواقع في هذه الجرائم أنه فيما يتعلق بجريمة الإخلال بحكم الحضانة وجريمة الامتناع عن تنفيذ حكم النفقة . يكون الرضا بالجريمة من صاحب الحق في الحضانة وفي النفقة بمثابة تصرف في حق من الحقوق العامة اعتبر جائزا بصفة استثنائية في هاتين الحالتين . على الرغم من أن الأصل في الحقوق العامة . هو عدم قابليتها للتصرف فيها تشجيعا لتماسك الأسرة . أما فيما يتعلق بالجرائم الأخرى المشار إليها والماسة بالشرف أو الاعتبار فإن رضا المجني عليه فيها بوقوعها عليه وما يترتب على هذا الرضا من أثر سالب للعقوبة . أمر يقطع في الدلالة على أن حق الإنسان في شرفه واعتباره من الحقوق الفردية النفسية القابلة للتصرف فيها . ومؤدى ذلك أنه وإن كان ارتكاب جريمة من الجرائم المذكورة يمس كما في كل جريمة بدعامة من دعائم كيان المجتمع ووجوده إلا أن المجتمع رأي في صدد تلك الجرائم أن صالحه في العقاب عليها لصيق بصالح الفرد الذي تصيبه ومتوقف عليه . فترك للفرد المجني عليه سلطة تقدير وجه المناسبة في العقاب عليها أو في الاستغناء عنه على أن ذلك لا يعنى أن الرضا سبب مبيح للجرائم المشار إليها وإنما يعتبر مجرد سبب للإعفاء من العقاب عليها . فهو عذر معف وليس سبب إباحة .

وإن فالقاعدة التي تجعل من رضا المجني عليه في الجرائم المتقدمة سببا قاضيا على الدعوى العمومية فيها تعتبر من القواعد الموضوعية لتأثيرها على ذات حق الدولة في العقاب كما سبق أن ذكرنا . وتعد في الوقت ذاته من القواعد الجنائية السلبية ولكنها قاعدة معفية لا قاعدة مبيحة .

(١) د. رمسيس بهنام : المرجع السابق الإشارة إليه .

وإننا نرى : أن جعل الشارع المصرى لرضاء المجني عليه كل هذا الأثر في العقوبة المقررة على هذه الجرائم التي قدمناها وإن كان على سبيل الاستثناء بالإضافة إلى الجرائم التي جعل أساسها عدم الرضا . فيكون ارتكابها بالرضا غير محقق لوجود الجريمة وبالتالي فلا سبيل لعقاب من ارتكبها مثل جرائم (السرقة - النصب - خيانة الأمانة - الإتلاف) في جرائم الاعتداء على المال ، (والخطف - الحبس بغير وجه حق - اغتصاب الإناث - هتك العرض بالقوة وبالتهديد - التحريض على الفسق والفجور) في جرائم الاعتداء على الأشخاص أو على الأخلاق . فإن هذه الجرائم تنعدم جميعها إذا ارتكبت برضاء المجني عليه فيها . وبالتالي فلا سبيل لعقاب من ارتكبها .

إذا أضفنا إلى هذا النوع من الجرائم والنوع الآخر الذي تسقط العقوبة بالرضا ، الجرائم التي يمكن أن يكون الرضا سببا لإباحتها وليس لها ضوابط أو معيار محدد وإنما ذكرها الفقهاء على سبيل التمثيل وهي (إتلاف المنقولات - قتل الحيوانات - إتلاف المزروعات) إذا عدنا هذه الجرائم جميعها وأضفناها إلى بعضها باعتبار النتيجة المنتهية إليها وهي عدم العقوبة على الفعل بتأثير رضاء المجني عليه سواء كان ذلك بصفة مباشرة أو غير مباشرة . فإن ذلك يدعونا إلى التساؤل عن أي فيما قدمنا يكون القاعدة وأي منها يكون الاستثناء !! .

وإنما دفعنا إلى هذا الربط بين أنواع الجرائم المتقدمة والتساؤل عن النتيجة المترتبة عليه . ما نراه من أن بعض هذه الجرائم مثل جرائم (الزنا ، الإتلاف بالرضا ، وموقعة الأنتى بالرضا ، وهتك العرض ، والتحريض على الفسق والفجور و قتل الحيوانات ، وإتلاف المنقولات أو المزروعات) لا يستقيم الرأي فيها على ما هو عليه في ظل التشريع الجنائي المصرى . بل إن الرأي فيها يختلف اختلافا كبيرا عما هو مقرر في الشريعة الإسلامية كما تقدم وما سوف يأتي بإذن الله تعالى .

الفصل الثالث

موازنة بين أثر رضاء المجني عليه في العقوبة في الفقه

الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي

الفصل الثالث

الموازنة بين أثر رضاء المجني عليه في العقوبة في الفقه الإسلامي

والقانون الجنائي الوضعي

عند البحث عن أثر لرضاء المجني عليه في العقوبة في ظل التشريع الجنائي المصري لم نجد للرضا من أثر في نظام العفو عن العقوبة الذي أقره القانون وجعله حقا خالصا لرئيس الدولة . دون أن يكون للمجني عليه الذي وقعت الجريمة عليه مباشرة بالقتل أو الجرح والقطع وغيرها أدنى حق في ذلك . وكذلك أيضا أولياؤه ممن أصابتهم الجريمة بالضرر الجسيم ، مما قد يولد فيهم شهوة الانتقام ورغبة الإصرار على الثأر . فقد حرمهم القانون مباشرة حقهم في العقوبة وتقدير ما إذا كان من المصلحة استبقاؤها بالقصاص من الجاني أم العفو عن القصاص مجانا ابتغاء وجه الله وطلباً للأجر والثواب منه تعالى ، مما قد يوقع الجاني في الندم الشديد على ما قدمت يداه ، ويسمو بنفوس الأمة إلى المرتبة التي دعاها الله إليها أو الصلح على مال مما يعوض ورثة المجني عليه وأولياؤه عن بعض الضرر الذي لحق بهم ويحل بالوئام محل الخصام . نجد أن القانون قد جنح عن كل ذلك وعرف العفو عن العقوبة بأنه نزول الهيئة الاجتماعية عن كل حقوقها المترتبة على الجريمة أو بعضها ، وجعل العفو الخاص الصادر من رئيس الجمهورية يترتب عليها إنهاء الالتزام بتنفيذ العقوبة إزاء شخص صدر ضده حكم بات بها إنهاء كلياً أو جزئياً ، أو استبدال التزام آخر به موضوعه عقوبة أخف . كما تنص بذلك المادة ٧٤ من قانون العقوبات ، وذلك إنما يرجع إلى اعتبار القانون بأن العقاب حق للمجتمع تمثله في ذلك النيابة العامة في مباشرة الدعوى - حيث اعتبرها القانون دعوى عمومية - حق صدور حكم نهائي فيها ويمثله رئيس الجمهورية في حق العفو عن العقاب بعد ذلك ويقف المجني عليه وأولياؤه إزاء كل هذا وقفه المتأمل لا دخل لإرادتهم التي تتبنى على العوامل النفسية المترتبة على وجود الجريمة أو العفو عن الجاني أي دخل أو اعتبار في ذلك .

هذا مع مراعاة أن حق رئيس الجمهورية في العفو عن العقوبة قد اعتبره القانون عملاً من أعمال السيادة فهو لا يخضع لأي رقابة كانت . ولا تتقيد سلطة رئيس الدولة فيه بحدود فهو جائز في كل العقوبات التي صدر بها حكم نهائي كما أنه يتسع لجميع الجرائم ، وجميع المحكوم عليهم دون تفرقة بين وطني وأجنبي . أو بين مبتدئ في الجريمة وعائد إليها . هذا ويكفي نقداً لنظام العفو في القانون رأي رجال الفقه القانوني أنفسهم فيه الذي يتلخص في أنه تدبير غير متسق مع النظام القانوني الحديث إذ بمقتضاه يخلو لشخص أبطال أهم أثر لأحكام قد تصدر عن أعلى المحاكم في الدولة . ثم إنه يمثل خرقاً جسيماً لمبدأ الفصل بين السلطات باعتباره يتضمن

الإخلال بقوة الحكم ، واستقلال القضاء الذي أصدره ، ثم هو في النهاية يمس الصفة البقينية للعقوبة إذ يفتح ثغرة ينفذ منها الأمل في عدم الخضوع لها .
ثم إننا قد وجدنا أن القانون قد عرف نوعاً آخر من العفو سماه العفو الشامل أو العفو عن الجريمة وهو تجريد الفعل من الصفة الإجرامية بحيث يصير له حكم الأفعال التي لم يجرمها الشارع أصلاً . وهذا النوع من العفو أيضاً إنما هو عمل من أعمال السلطات العامة يقصد به أسدال ستار النسيان على بعض الجرائم وبالتالي محو الدعاوى التي رفعت أو يمكن أن ترفع عنها وأيضاً الأحكام التي صدرت بشأنها . وهكذا فإن هذا النوع من العفو يعطل أحكام قانون العقوبات في الحالة التي صدر فيها ومن هنا فهو لا يمكن إلا بقانون ، ولا نص في القانون على أثر لرضاء المجني عليه في العفو عن الجريمة .

وبالنسبة لأسباب تخفيف العقاب وجدنا أن القانون قد حدد موانع للعقاب ، أو أَعذاراً معفية منه ، وهى الأسباب المنصوص عليها في القانون ، والتي من شأنها رفع العقوبة عن الفاعل ، على الرغم من بقاء أركان الجريمة كافة وشروط المسؤولية عنها متوافرة ، إذ يقرر الشارع في حالات معينة أن المنفعة الاجتماعية التي يجلبها عدم العقاب تربو على المنفعة التي يحققها العقاب . وهذه الحالات حددها القانون على سبيل الحصر .

وفضلاً عما نراه من تناقض وغرابة في بعض الأَعذار التي نص عليها القانون وجعلها معفية من العقاب مثل ما نص عليه في الفقرات الأخيرة من المواد ١٤٤ ، ١٤٥ ، ١٤٦ ع وهى الخاصة بإعفاء الزوج والزوجة والأصول والفروع في جرائم إخماء الجاني وإعانتهم على الفرار من وجه القضاء - فإننا لم نجد بين هذه الأَعذار رضاء المجني عليه أو عفوهِ عن العقوبة المقررة على الجاني ، كما لم نجده أيضاً بين الأَعذار المخففة التي نص عليها القانون وتستوجب تخفيف العقوبة المقررة قانوناً على الجريمة ، سواء منها العذر العام وهو الذي يسرى في كل جريمة متى توافرت شروط العذر كصغر السن أو الخاص وهو الذي ينحصر نطاقه في جريمة أو فئة محدودة من الجرائم كالعذر الذي تقرره المادة ٢٣٧ ع للزوج الذي يفاجئ زوجته حال تلبسها بالزنا . فلم يجعل القانون رضاء المجني عليه أو عفوهِ عن العقوبة عذراً من بين هذه الأَعذار لتخفيف العقوبة عن الجاني ، لا في نوع معين من الجرائم ولا في جريمة محددة برز حقهُ الشخص فيها .

هذا وقد وجدنا أن القانون قد خول القاضي - في نطاق قواعد محدده - سلطة الحكم بعقوبة تقل عن الحد الأدنى المقرر للجريمة عند توافر ظرف من الظروف يقتضى ذلك . وهذه الظروف ليست محددة بالنص في القانون ، كما أن الشارع لم يضع ضوابط تعين القاضي على استخلاصها بل ترك أمر تحديدها واستخلاصها لفطنة القاضي وحسن تقديره حسب الظروف الواقعية لكل جريمة لا حسب الوصف القانوني الذي وصفها المحكمة به . وقد تتمثل هذه

الظروف في تقاومة ضرر الجريمة أو إصلاحه أو تضاؤل خطورة وسيلتها . أو ارتكابها في مكان أو زمان يجعلان خطرهما أقل ، أو كون المتهم مبتدئا في الإجرام أو محدود الخبرة بالحياة أو قدم ندم عليها .

ونظرا لأن هذه الظروف القضائية المخففة غير محدودة بالنص في القانون فقد بحثنا فيما إذا كان فقهاء القانون الجنائي المصري يرون أن رضا المجني عليه وعفوه يصلح لأن يكون ظرف من هذه الظروف التي تخفف العقوبة عن الجاني ؟ أم يعد غير ذلك ؟

وجدنا البعض يرى أن الرضا إن كان له أثر فقد يكون في حدود ما يملكه القاضي من سلطة التخفيف وأنه يصلح إذا شاء القاضي أن يكون عاملا من عوامل الرأفة في تقدير العقوبة (١) . وقد استقروا جميعا على أن المبدأ العام والقاعدة الأساسية بالنسبة لأثر الرضا في العقوبة هو أن رضا المجني عليه لا أثر له - بحسب الأصل - على استحقاق الجاني للعقاب المقرر على الجريمة . سواء كان رضا المجني عليه سابقا للجريمة أو معاصرا لها أو لاحقا عليها . معللين هذه القاعدة بأن العقاب في المسائل الجنائية من حق المجتمع لا من حق الفرد . فإذا تنازل الفرد عن حقه أو عن الضرر الذي لحق به ، فإن للمجتمع رغم ذلك الحق في إيقاع العقاب بالمجرم ، ولا يمنع من ذلك رضا المجني عليه بالجريمة لأن العقاب لم يشرع لإرضاء شهوة الانتقام ولم يقصد به الدفاع عن المصالح الخاصة وإنما شرع لصيانة المصالح العامة فكان حقا للمجتمع وليس لأحد النزول عنه بعد نشوئه . غير أنه بعد استقرار الفقهاء على هذه القاعدة ، فقد أشاروا إلى استثناء في التشريع لم يرد صريحا في نصوص القانون على هذا المبدأ وإنما ورد في تحديد القانون لبعض الجرائم التي خول فيها للمجني عليه تقدير المصلحة في استعمال حق العقاب ، فأوقف تحريك الدعوى الجنائية في هذه الجرائم على شكوى المجني عليه بحيث إذا لم يتقدم المجني عليه بشكواه لتقديره أن المصلحة تحققت في عدم استعماله لحق العقاب على هذه الجريمة فإن الدعوى لا تقام وبالتالي فلا عقوبة ، ثم إن للمجني عليه إذا تقدم بشكواه في هذه الجرائم وتحركت الدعوى فعلا أن يوقف السير فيها ، بتنازله في شكواه وحينئذ يحكم القاضي بالبراءة إذ لا جريمة . بل إن للمجني عليه في بعض هذه الحالات العفو عن العقوبة حتى بعد صدور حكم نهائي بها . وقد عدنا هذه الجرائم التسع في حينه ، وغيرها من الجرائم التي يعدم الرضا ركنها المادي . أي أنها إذا ارتكبت برضا المجني عليه فلا يتحقق مجرد وجود الجريمة وأيضا فلا عقوبة وهي تسع جرائم أيضا يعد عدم الرضا ركنا من أركانها فإذا ارتكبت بالرضا فلا جريمة ولا عقوبة ، وأيضا الجرائم التي يكون الرضا سببا لإباحتها في نظر شراح القانون

(١) د. السعيد مصطفى في الأحكام العامة لقانون العقوبات ط ٤ ص ٢٣٩ وما بعدها ، د. على بدوي في مؤلفه الأحكام العامة في القانون الجنائي ج ١ ص ٣٨٣ وما بعدها ط ١٣٥٧ - ١٩٣٨ م ، مكتبة حقوق القاهرة رقم ٣٣٠٨٤ .

حتى بلغ مجموع هذه الجرائم جميعا ما يزيد على نيف وعشرين جريمة ثم أوردنا تساؤلنا عن أي في ذلك يكون القاعدة وأي منها يكون الاستثناء ؟

وبالبحث في رضا المجني عليه وعفوه هل لهما أثر في العقوبة في ظل قواعد الفقه الإسلامي ؟ وجدنا أن الرضا بمعنى الإذن السابق من المجني عليه كما لا يبيح الفعل لا يمنع العقاب ، إذ لا يؤثر في المسؤولية الجنائية للفاعل ، إلا إذا كان الرضا بمعنى الإذن الصحيح في التصرف الصادر من صاحب الحق إلى الفاعل فيما يجوز التصرف فيه فيكون الفعل وقع صحيحا لا جريمة فيه ولا عقاب عليه ، كالإذن السابق بالتصرف في المال فإنه يمنع جرائم المال كالسرقة وغيرها من الجرائم التي تتم على غير رغبة المجني عليه ودون رضاه ، وقد وجدنا أن خلاف الفقهاء حول سقوط العقوبة في جرائم القتل ، أو الجرح والقطع بالإذن السابق بها ، ليس سببه رضا المجني عليه وإنما لأن المجني عليه وأوليائه حق العفو عن هذه العقوبات ، مما يورث شبهة مسقطه للقصاص . وفي بيان أثر رضا المجني عليه اللاحق للجريمة في العقوبة ومدى توقف تنفيذ العقوبة أو إسقاطها على عفو المجني عليه ورضاه وجدنا أن الشريعة قد جعلت لرضا المجني عليه أثرا في العقوبة بإقرارها لنظامي الصلح والعفو كسببين لإسقاط العقوبة مع ما يقوم عليه من رغبة المجني عليه ورضاه بذلك . إلا أن هذا الرضا ليس سببا عاما لسقوط العقوبة عن كل الجرائم ، كما أن الأثر في الحدود المقررة ليس خاليا من كل قيد ، أو مضيقا لحق الجماعة الناشئ عن الجريمة ، إذ أن ذلك العفو ليس عفوا شاملا للجريمة والعفو وإنما هو عفو عن العقوبة المحددة فقط . وتبقى الجريمة قائمة حيث يبقى لولى الأمر حق توقيع عقوبات تعزيرية على هذه الجرائم دون أن يحول بينه وبين ذلك رضا المجني عليه بعفوه عن العقوبة المقررة ، فقد وجدنا أن الصلح الذي يتم بين الجاني والمجني عليه أو أوليائه قد اعتبر الشريعة سببا من أسباب سقوط العقوبة ولكنه لا يسقط إلا القصاص والدية أما ما عداهما من العقوبات فلا أثر للصلح عليها . وكذلك جعلت الشريعة العفو عن العقوبة سببا من أسباب سقوطها ، وهو كما قد يكون من المجني عليه في جرائم الجرح والقطع يكون من ولى الدم في جرائم القتل وغيرها . وكذلك أيضا قد يكون لولى الأمر نيابة عن ولى الدم . إذا لم يكن المجني عليه ولى ، أي أنه ليس حقا أصليا له وإنما هو حق النيابة عند توفر سببه .

كما أن العفو ليس سببا عاما لإسقاط العقوبات المختلفة وإنما هو سبب خاص يسقط العقوبة في بعض الجرائم دون البعض الآخر ، فلم تجعل الشريعة لرضا المجني عليه أي أثر في العقوبات المقررة على جرائم الحدود التي تمثل اعتداء إلى حق الله وهو حق المجتمع لذلك تولى سبحانه وتعالى بيان العقاب عليها وتحديده في كتابه الكريم أو على لسان رسوله الأمين . وكانت هذه العقوبات حقا خالصا لله تعالى لا يجوز لأحد من الناس حاكما أو محكوما التفريط فيه أو العفو عنه .

وبالنسبة للعقوبات التعزيرية فقد جعلت الشريعة لولى الأمر في هذا النوع من العقوبات على العفو عنه كما جعلت له قبلا حق تقريره وهو في هذا وذلك مقيد بما يراه محققا لمصالح المجتمع على ألا يكون في تقريره للعقوبة أو عفو عنها وعن الجريمة مخالفا لنصوص الشريعة أو مبادئها العامة وروحها التشريعية كما هو مقيد بأن يكون مقصده في كل هذا تحقيق مصلحة عامة أو دفع مفسده .

كما أن الشريعة جعلت للمجني عليه في جرائم التعازير أن يعفو عما يمس شخصا كما في الضرب والشتم ولكن عفو لا يؤثر على حق الجماعة في تأديب الجاني وتقويمه . فإذا عفا المجني عليه انصرف عفو إلى حقوقه الشخصية دون أن يؤثر ذلك على حق الجماعة المتولد عن الجريمة كما أن لولى الأمر إذا عفا عن الجريمة أو العقوبة في جرائم التعازير فإن عفو لا يؤثر بأي حال على حقوق المجني عليه وفي جرائم القصاص واليه جعلت الشريعة للمجني عليه وأولياء دمه حقا وإن كان متسعا بعض الشيء ولكنه غير مؤثر على حق المجتمع في هذه الجرائم ، إذ أن العفو هنا مقيد بالعفو عن العقوبة المقررة فقط وهى القصاص واليه . وليس عفو عن الجريمة بما يعدم وجودها ويمنع ولى الأمر من توقيع عقوبة تعزيرية على الجاني فيها ، وإنما لولى الأمر رغم عفو المجني عليه أو أوليائه حق توقيع ما يراه ملائما من العقوبات لتعزير الجاني ، هذا وقد أجمع الفقهاء على جواز العفو عن القصاص وأن العفو عنه أفضل من استيفائه - لما فيه من حقن للدماء وإحياء للنفوس .

ونستطيع أن نوجز من هذه الموازنة النقاط الآتية :

- (١) لا نص في قانوننا الجنائي يحمل لرضاء المجني عليه أي أثر في العقوبة .
- (٢) ليس لرضاء المجني عليه أو عدم رضائه - بحسب الأصل - في القانون أثر في العقوبة المقررة .

(٣) الاستثناء الوارد في القانون ، والذي يجعل لرضاء المجني عليه أثرا في العقوبة جاء ضمن القيود الواردة على حق النيابة في تحريك الدعوى . وبالنسبة لجرائم ترك للمجني عليه فيها تقدير المصلحة في استعمال حق العقاب الذي هو أصلى للمجتمع .

- (٤) أثر رضاء المجني عليه في العقوبة الوارد في القانون على سبيل الاستثناء اتسع نطاقه إلى أن وصل إلى منع العقوبة في جرائم يبلغ عددها نيفا وعشرين جريمة فضلا عن أن القانون :

أ : توسع في نطاق هذا الأثر بالنسبة للمجني عليه (يرجع إلى أثر تقديم الشكوى والتنازل عنها) .

ب : لم يقصر الأثر في العقوبة هنا على الرضا المعاصر للجريمة كما هى القاعدة في الرضا وإنما توسع فجعل للرضا السابق واللاحق نفس الأثر .

ج : أهمل جانب المجتمع كلية . إذ غلب الجانب الشخصي في هذه الجرائم على جانب المجتمع كما لم يجعل لولى الأمر أي سلطة في العقوبة على الضرر اللاحق بالجماعة من هذه الجرائم .

٥) لم يجعل القانون للمجني عليه أي أثر في نظام العفو عن العقوبة (وقد تقدم نقده) وأقر العفو عن الجريمة ، مما يترتب عليه محوها ومحو كل أثر مترتب عليها .

٦) جعلت الشريعة لعفو المجني عليه ورضائه بالجريمة بعد وقوعها أثرا في العقوبة ، ليس على سبيل الاستثناء وإنما على سبيل الأصل الثابت بالكتاب والسنة والإجماع .

٧) لم تجعل الشريعة للرضا أي أثر في الحدود المقررة . إذ أن الحدود مقررة لحماية المجتمع والحق فيها خالص لله تعالى وليس لأحد من الناس حاكما أو محكوما حق العفو عنها .

٨) الشريعة في إقرارها للرضا بأثر في العقوبة راعت :

أ : جانب المجتمع في كل جريمة من الجرائم إذ جعلت من حق ولى الأمر توقيع ما يراه ملائما من العقوبات التعزيرية في حالة العفو .

ب : قصر أثر الرضا في العفو عن العقوبة دون الجريمة .

ج : منع أي أثر للرضا في العقوبات التي هي خالص حق لله تعالى .

٩) إذا كان القانون قد وافق الشريعة في إقرارها مبدأ العفو فإنه قد خالفها في جوهر هذا المبدأ والأسس التي بنى عليها .

وقد تقدم الانتقادات الموجهة إلى نظام العفو في القانون على لسان فقهاء القانون أنفسهم والتي تتلخص في أنه :

أ : تدبير متنسق مع النظام القانوني الحديث .

ب : بمقتضاه يخول لشخص إبطال أهم أثر لأحكام قد تصدر عن أعلى المحاكم في الدولة .

ج : أنه يمثل خرقا جسيما لمبدأ الفصل بين السلطات باعتباره يتضمن الإخلال بقوة الحكم . واستقلال القضاء الذي أصدره .

د : يمس الصفة البقينية للعقوبة إذ يفتح ثغرة ينفذ منها الأصل في عدم الخضوع لها .

هـ : هذا فضلا عما يؤدي إليه نظام العفو عن الجريمة أو العفو الشامل من تجريد الفعل من الصفة الإجرامية بحيث يصير له حكم الأفعال التي لم يجرمها الشارع أصلا .

ونظام العفو من العقوبة المقررة في الشريعة حقا للمجني عليه وأوليائه ولا يكون للسلطات إلا على سبيل الاستثناء أو قاصرا على عقوبات تعزيرية من تقرير ، خال من كل هذه الانتقادات أو بعضها ، إذ أن نظام عفو المجني عليه لا يمس صالح المجتمع ، كما أن عفو ولى الأمر لا يهدر

حق المجني عليه أو يضيع مصالحه . إذ أن من المبادئ التي قرر على أساسها نظام العفو :

أ : أنه كلما اتصل الأمر بحق الله لا يجوز إسقاط العقوبة عليه بالعفو .

ب: أن الشريعة حين حرمت - على خلاف القانون - ولى الأمر من العفو في جرائم القصاص أرادت بذلك ألا تعطل حق ولى الدم في المطالبة به إرواء لنار الحقد عنده .

ج: حين أباحت الشريعة لولى الدم العفو جعلت مقصوراً على القصاص دون المساس بأصل الجريمة حفاظاً على حق المجتمع في توقيع العقوبات التعزيرية .

د : راعت، الشريعة في إقرارها لنظام العفو حق الفرد وحق الجماعة بما يؤدي إلى حماية المجتمع وحفظه .

هـ: من مزايا نظام العفو عدم التفكير في جرائم القتل خوفاً من القصاص .

و : عدم التفكير في الثأر عند وقوع الجريمة سواء حصل القصاص أو العفو عنه لأنه عند حصوله تنطفئ نار الحقد عن أولياء الدم وعند العفو عنه تكون نفوسهم قد هدأت واطمأنت .

ز : في الأخذ بنظام العفو حقاً للمجني عليه مراعاة لحق الفرد الذي هو قوام المجتمع .

الباب السادس

تطبيقات عملية

ويشتمل على ثلاثة فصول :

الفصل الأول : لتطبيق أثر الرضا على جرائم الاعتداء على حق الحياة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي والموازنة بينهما .

الفصل الثاني : لتطبيق أثر الرضا على جرائم الاعتداء على الحق في سلامة الجسم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي والموازنة بينهما .

الفصل الثالث : لتطبيق أثر الرضا على جرائم الاعتداء على العرض والشرف والحرية والمال في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي والموازنة بينهما .

الفصل الأول

تطبيق أثر الرضا على جرائم الاعتداء على حق الحياة في
الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي
ويشتمل على ثلاثة مباحث :

- المبحث الأول : الرضا بالقتل في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي .
- المبحث الثاني : الرضا وقتل الإنسان نفسه " الانتحار " في الفقه الإسلامي
والقانون الوضعي .
- المبحث الثالث : الرضا والقتل بالمبارزة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي .

الفصل الأول

تطبيق أثر الرضا على جرائم الاعتداء على حق الحياة

الحياة تكييف يخلع على الجسم إذا كان يباشر مجموعة من الوظائف العضوية على النحو الذى تحدده قوانين طبيعية معينة ⁽¹⁾ وهذه الوظائف متعددة بتعدد أعضاء الجسم وأجهزته . فبعضها تقوم به أجزاء الجسم الخارجية ، وبعضها تؤديه الأجزاء الداخلية ، كما أن بعض هذه الوظائف فسيولوجى وبعضها ذهنى نفسى ، والاعتداء على الحياة مفترضا فعلا من شأنه تعطيل كل الوظائف الجسدية تعطيلًا كاملاً أبدياً . وفى ذلك اعتداء على حق الحياة وهو المصلحة التى يحميها القانون فى أن يظل الجسم مؤدياً القدر الأدنى من وظائفه الذى لا غنى عنه كي لا تتعطل جميعها ⁽²⁾.

وحق الإنسان فى حياته غير قابل للتصرف فيه ⁽³⁾ وسوف نعرض هنا لعجالة عن أثر رضا المجنى عليه فى الاعتداء على حق الحياة تطبيقاً للمبادئ التى تقررت سابقاً عند بحث رضا المجنى عليه كسبب للإباحة وأثر رضا المجنى عليه فى وجود الجريمة والمسئولية الجنائية وكذلك أثر رضا المجنى عليه فى الدعوى الجنائية وأثره فى العقوبة المقررة على الجريمة . وسوف نعرض فى هذا المجال من صور رضا المجنى عليه بالاعتداء على حقه فى الحياة الرضا بالقتل - قتل الإنسان نفسه (الانتحار) - القتل بالمبارزة .

((د. محمود نجيب حسنى ، فى مقالة له بعنوان الحق فى سلامة ومدى الحياة التى يكفلها له قانون العقوبات ، منشورة فى مجلة القانون والاقتصاد ، العدد الثالث السنة التاسعة والعشرون ، سبتمبر ١٩٥٩ .

(2) د. محمود نجيب حسنى ، المرجع السابق الإشارة إليه .

(3) د. رمسيس بهنام فى النظرية العامة للقانون الجنائى ، ط ١٩٦٨ ، ص ٣٣٨ مكتبة جمعية الاقتصاد ، تحت رقم ١١٢٨٤ ، نفس المؤلف ط ٣ سنة ١٩٧١ ، مكتبة جمعية الاقتصاد تحت رقم ١٣٥٢٤ .

المبحث الأول

الرضا بالقتل

أولاً : في القانون :

١- القتل العمد :

لا يتصور رضاء المجنى عليه بالقتل والمقصود بالرضا هنا هو الرضا الذي يعتد به القانون على حسب شروطه والقواعد المبينة له ، إلا بالنسبة للقتل العمد . ويعرف الفقهاء القتل العمد بأنه إزهاق روح إنسان بفعل إنسان آخر وهو أقدم الجرائم التي ارتكبتها الإنسان الأول ، وأبشع الكبائر في جميع الشرائع وأوجبها للعقوبات القاسية منذ القدم (١) . وقد تقدم أن تشريعنا الجنائي المصري لا يشمل على نص يجعل الرضا مبيحاً ، أو يبين أثره في وقوع الجريمة ومسئولية الجاني أو في الدعوى الجنائية والعقوبة المقررة على الجريمة كما تقدم أن الأصل في ذلك والقاعدة المقررة في قانون العقوبات ، أنه إذا توافرت أركان الجريمة فإن رضاء المجنى عليه لا يؤثر في قيامها قانوناً ولا في مسئولية مرتكبها ولا في الدعوى الجنائية الناشئة عنها . (وإن يكن له بعض الأثر فهو في مقدار العقوبة) (٢) وهذه القاعدة قاعدة عامة ، ليس لها إلا استثناءات قليلة هي ليست في الواقع استثناءات ، وإنما هي أحوال يكون فيها عدم رضاء المجنى عليه ركناً في الجريمة فإذا رضى أصبح الفعل مباحاً . وقد يتغير وصفه القانوني ، وعموماً فالقاعدة أن رضاء المجنى عليه في جرائم الإيذاء لا يؤثر قط في المسئولية القانوني للفاعل فهو مسئول قانوناً سواء ارتكب الجريمة ضد رغبة المجنى عليه أو بناء على طلبه هذا وإلحاحه .

(١) أحمد أمين بك في شرح قانون العقوبات الأهلي - القسم الخاص - ص ٣٠٢ مطبعة الاعتماد بشارع حسن الأكبر بمصر ١٣٤٢ هـ - ١٩٢٣ م ، د. محمود مصطفى في شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، ط ٢ سنة ١٩٥١ م ص ٦١ ، مطبعة دار نشر الثقافة بالإسكندرية ، د. عمر السعيد رمضان في شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - ص ١٩١ ط ١٩٦٤ م - ١٩٦٥ م مطبعة دار النهضة العربية بالقاهرة د. رؤف عبيد في مؤلفه عن جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال في القانون المصري ط ٥ سنة ١٩٦٥ ص ١٢ . وقد أشار إلى أن الإجماع منعقد على أن كل إزهاق لروح إنسان تعمداً يدعى قتلاً عمداً وأن هذا التعريف يكاد يكون ترجمة حرفية لتعريف المادة ٢٩٥ ع . ف ، د. حسين عبيد في جرائم الاعتداء على الأشخاص ، ط ٢ سنة ١٩٧٣ م ص ١٧ دار النهضة العربية ، د. أحمد فتحي سرور في مؤلفه الوسيط في قانون العقوبات - القسم الخاص - ص ٤٤٠ مكتبة جمعية الاقتصاد رقم ٧٩١٤ الموسوعة الجنائية لجندى عبد الملك ج ٥ ص ٨٣٩ ، د. حسن محمد أبو السعود في قانون العقوبات المصري - القسم الخاص - مكتبة جمعية الاقتصاد تحت رقم ٦٢٨٦ وقد أشار إلى أحمد أمين بك ص ٣٠٢ ، جاررون ١٨٤٤ ، جارسون م ٢٩٥ ت ٢ .

(٢) د. حسن أبو السعود في المرجع السابق الإشارة إليه تحت عنوان أركان جريمة القتل العمد بند ١٨ .

فقتل شخص بناء على طلبه يعتبر قتلا عمدا يسأل مرتكبه مسئولية قانونية كاملة (١) . ورضاء الإنسان للغير بأن ينفذ القتل لا يمنع اعتبار هذا الغير قاتلا (٢) إذ أن حق الإنسان في حياته غير قابل للتصرف فيه ويجب التفرقة بين حالة الانتحار أو الشروع فيه إذ لا عقاب عليه وبين حالة من يقتل آخر برضاه . إذ أن عدم العقاب على الانتحار أو الشروع فيه لا يرجع إلى قابلية الحق في الحياة للتصرف وإنما لاعتبار عملي هو عدم جدوى العقاب مع شخص تهون عليه أية عقوبة بعد أن هان عليه أن يفقد حياته (٣).

أما في حالة من يقتل آخر برضائه فإن القتل هنا لم يرتكب بيد المنتحر نفسه وإنما ارتكب بمعرفة آخر . ويعاقب الفاعل في هذه الحالة على جريمة القتل العمد . وإن كان القتل قد حصل بناء على أمر المجنى عليه أو رضائه كأن يقتله بناء على طلبه ليخلصه من آلام مرض ، فرضاء المجنى عليه لا يكون في هذه الحالة سببا من أسباب الإباحة ولا عذرا قانونيا ، ولكن ربما اعتبره القاضى سببا لتخفيف العقوبة (٤) وقد قدمنا أن الرضا في سائر الجرائم وعلى الأخص جرائم الاعتداء على الشخص كالقتل فإن رضاء المجنى عليه لا يعدم صفة الجريمة ولا يضيع ركنا من أركانها (٥).

وعليه فإنه إذا اتفق شخصان على أن يقتلا نفسيهما فإن أطلق كل منهما مسدسا مثلا على نفسه اعتبر فعلهما انتحارا بالنسبة لكل منهما - أما إذا أطلق كل منهما مسدسه على الآخر يعتبر كل منهما مرتكبا لجريمة القتل العمد . فإذا لم يمت أحدهما يحاكم على ارتكابه جنائية قتل الآخر (٦).

(١) المرجع السابق الإشارة إليه .

(٢) د. رمسيس بهنام في النظرية العامة للقانون الجنائي ، وقد أشار في الهامش إلى أنه حكم بأن القتل لا يعفى من عقوبة القتل ولو كان قد قتل المجنى عليه برضاه ليخلصه من آلام مبرحة يعانيها .

(٣) د. رمسيس بهنام ، المرجع السابق والأستاذ محمد كامل مرسى في شرح قانون العقوبات ، الأستاذ محمد كامل مرسى في شرح قانون العقوبات - القسم العام - مكتبة جمعية الاقتصاد تحت رقم ٣٧٩٢ ، وقد أشار إلى جرا غولان ، نبذة ١٩٢٩ وما بعدها .

(٤) د. محمد كامل مرسى في المرجع السابق ، الأستاذ محمود إبراهيم إسماعيل في شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات .

(٥) الأستاذ الدكتور على بدوى في الأحكام العامة في القانون الجنائي ج ١ الجريمة ط ٣٨ مكتبة حقوق القاهرة تحت رقم ٣٣٠٨٤ ، د. محمود مصطفى ، د. رمسيس بهنام و د. محمد كامل مرسى ، د. على راشد ، د. السعيد مصطفى السعيد ، د. رضا فرج ، د. أحمد الألفى ، الأستاذ محمود إسماعيل ، جندى عبد الملك و في المراجع السابق الإشارة إليها ، في القسم العام من قانون العقوبات ، والتي سبقت الإشارة إليها تفصيلا في هذه الرسالة .

(٦) د. محمد كامل مرسى وقد أشار إلى نقض ٢٣ يونيه ١٨٣٨م ، سيرى ٣٨ - ١ - ٦٢٥ بلتان ١٧٧ .

هذا على أن بعض القوانين لا تعتبر حالة القتل برضاء المجنى عليه كخالة القتل العمد بل تعتبرها جريمة خاصة وتقرر لها عقوبة القتل العمد (١).

وقد وجدنا أن المادة ٢١٦ ع ألماني تنص على أنه " إذا حمل الطلب الصريح الجاد الصادر من المقتول على ارتكاب القتل كانت العقوبة هي السجن الذي لا يقل عن ثلاث سنوات ويعاقب على الشروع في الجريمة " .

وقد رأى بعض فقهاءنا (٢) في شرح هذه المادة أنها تقضى بتخفيف العقاب على القاتل إذا حمله على ارتكاب جريمة الطلب الصريح الجاد الصادر من المجنى عليه . والمقصود بالطلب الصريح الجاد هو النشاط الإيجابي الذي يصدر من المجنى عليه سواء في صورة قول أو إشارة يعبر به عن إرادته للتخلص من الحياة تعبيراً واضحاً لا لبس فيه و ويكون حقيقياً مطابقاً لإرادته الباطنة ولذلك لا يعد الطلب متخففاً إذا اقتصر موقف المجنى عليه على مجرد الموافقة على المشروع الإجرامي الذي أعده الجاني ، أو لم يكن طلباً صريحاً وإنما ادعى الجاني أنه استخلصه من سلوك المجنى عليه الدال على تيرمه بالحياة ، أو لم يكن جاداً لأن المجنى عليه كان يهزل أو كان تحت تأثير سكر أو كان مصاباً باعتلال عقله .

وبهذا يتضح مقدار الفرق بين الطلب ومجرد الرضا وإذا كان نص هذه المادة يقضى بتخفيف العقاب على القاتل الذي يرتكب جريمة بناء على الطلب الصريح الجاد من المجنى عليه . فإن حكم هذا النص هو إنكار كل قيمة للرضا في جرائم القتل سواء باعتباره سبب إباحة أو باعتباره عذراً قانونياً . إذ أن الطلب الصريح الجاد هو غير الرضا المجرد لا يعد سبب إباحة ، وإنما هو مجرد سبب لتخفيف العقاب ويعني ذلك أن الرضا لا يعد من باب أولى سبب إباحة ، وإلثار الطلب الصريح الجاد بتخفيف العقاب يتضمن التفرقة بينه وبين الرضا المجرد واستبعاد الثاني كسبب للتخفيف .

هذا وقد تضمن قانون العقوبات الإيطالي نصاً يحدد الأهمية القانونية لرضاء المجنى عليه بالقتل وهو نص المادة ٥٧٩ التي تقضى بتخفيف العقاب على القاتل إذا ارتكب جريمة برضاء المجنى عليه واستبعاد تطبيق الظروف المشددة العامة . وبهذا النص يتجرد الرضا من كل قيمة كسبب للإباحة في جرائم الاعتداء على الحياة وتقتصر أهميته على مجرد تخفيف العقاب (٣).

(١) د. محمد كامل مرسى في المرجع السابق الإشارة إليه وقد أشار إلى القانون الألماني م ٢٦١ .

(٢) د. محمود نجيب حسنى ، في المرجع السابق الإشارة إليه .

(٣) المرجع السابق ، الأستاذ محمود إبراهيم إسماعيل في شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات وقد أشار إلى أن من القوانين التي اعتبرت الرضا عذراً مخففاً للعقوبة القانون الألماني بند ٢١٦ والمادة ٢٩٤ من القانون الهولندي .

كما نصت المادة (٢٤٩ / ٥) من قانون العقوبات السوداني على أنه (لا يعتبر القتل ذو النية المؤثمة قتلا عمدا إذا كان الشخص الذى سبب موته قد عرض نفسه للموت برضائه أو خاطر بالتعرض له برضائه وكانت سنة تزيد عن الثامنة عشرة)^(١) وعلى ذلك فإذا كان المجنى عليه تزيد سنة عن ثمانية عشر عاما ورضى بأن يقاسى الموت بأن يكون الفعل الذى سبب الموت مرضيا عنه ومأذونا فيه للجاني من المجنى عليه الذى يثبت أنه كان محيطا بالوقائع متوينا أن يتحمل الموت ويقاس آلامه وأن يكون هذا التصميم والعزم قد استمر حتى لحظة القتل ، فإن الجاني فى هذه الحالة مسئول عن فعله ، إلا أن الشارع قد خفف المسؤولية عنه إذ يجب عدم معاملته فى القانون معاملة القاتل مع سبق الإصرار^(٢).

٢- القتل بسبب الشفقة على المجنى عليه^(٣) :

أثيرت هذ المشكلة أمام القضاء الأجنبي كالقضاء الفرنسى^(٤) والقضاء الأمريكى^(٥)

- (١) د. محمد محي الدين عوض فى مؤلفه قانون العقوبات السوداني معلقا عليه ط ١٩٧٠ م .
- (٢) نصت المادة ٢٥٣ عقوبات سودانى على عقوبة هذا النوع من القتل بقولها " كل من يرتكب قتلا ذا نية مؤثمة لا يصل إلى درجة القتل العمد يعاقب بالسجن المؤبد أو لمدة أقل أو بالغرامة أو بالعقوبتين معا " .
- (٣) اهتم بحكم جريمة القتل للشفقة بل انفرد بالاهتمام البالغ بها من بين فقهاء القانون المصرى الأستاذ الدكتور أحمد فتحى سرور فى كتابه الوسيط فى قانون العقوبات - القسم العام الخاص - ص ٤٤٠ وما بعدها .
- (٤) عرف القضاء الفرنسى بعض أمثلة لهذه المشكلة منها (أ) أنه حدث فى عام ١٩٢٤م أن قتلت ممثلة بولونية خطيبها المريض بالسرطان حتى تريحه من الآلام القاسية التى يعانى منها . وقد قضت محكمة جنايات السين ببراءة المتهم . ومما يذكر أن المحامى العام فى هذه القضية أوضح فى مذكرته طلباته أنه إذا كان يتعين إطلاق سراح المتهم فيجب ألا يكون ذلك محاطا بالتصفيق وإنما يجب تركها لتبتد فى صمت وهدوء وربما تأنيب الضمير . هذا وقد قضت المحكمة بقاءه بعد ذلك فى ترميز المرض بالسرطان . (ب) وفى عام ١٩٦٢م حدث أن قتل والد طفلة المريضة فى حديقة منزله . وكانت المجنى عليها خرساء وفقدت ملكاتها العقلية وتعانى ألما قاسية تهز بعنف قلوب أخوتها . وقد قضت محكمة جنايات السين بمعاقبة المتهم بالحبس لمدة ثلاث سنوات مع وقف التنفيذ . (ج) وفى عام ١٩٦٢م قتل عامل إيطالى أخاه الذى يعانى من مرض خطير ويتعذب خلال مرضه من جراء ما يعانى من آلام . وقد قضت محكمة جنايات كولمار ببراءة المتهم . وقال المتهم فى دفاعه أن الموت الذى قدمه لأخيه كان هدية له وأنه يأسف للعمل الذى قام به ولكنه لا يأسف لوفاة أخيه . وأن هناك أشخاصا مصابون بمرض مماثل ذلك الذى تعذب أخوه من أجله ولديهم أقرباء لم يفعلوا معهم مثل ما فعل مع أخيه . ولكن هؤلاء الناس قد لا يحبونهم مثل ما كان هو يحب أخاه .
- (٥) وبالنسبة للقضاء الأمريكى فقد عرضت عليه عدة قضايا أهمها (أ) أنه فى عام ١٩٥٠م قتلت طالبة والدها المريض بالسرطان على نحو غير قابل للشفاء والذى يعانى ألما شديدة وقد قضت المحكمة ببراءتها . وقد استند القضاء فى ذلك الحكم إلى أن المتهم كانت فى حالة جنون وانحطاط فكرى وقت الجريمة . (ب) وفى عام ١٩٥٠م قتل أحد الأطباء زوجة زميل له كانت مريضة بسرطان غير قابل للشفاء وتعانى ألما لا يمكن تحملها وقضت المحكمة ببراءته وكان أساس البراءة أن المجنى عليها كانت تحتضر فهى ميتة لا محالة من الناحية =

والقضاء البلجيكي (١) في عدة قضايا شغلت الرأي - وكان حكمه الغالب فيها ببراءة المجنى عليه في هذه الجريمة التي يعبر هنا بالقتل للشفقة .

وصحيح القانون في هذه الحالة أن القتل شفقة بالمجنى عليه هو في حقيقته جناية يعاقب عليه القانون وهو عادة ما يكون مقترنا بطرف سيق الإصرار لأنه يتم بطبيعة الحال بعد كثير من التفكير والتحضير . ومن المقرر أن الباعث على القتل مهما كان شريفا مستمدا من الحب أو الشفقة - لا يغير مطلقا من الطبيعة القانونية للجريمة عندما تتوافر جميع عناصرها القانونية . فلا عذر لمرتكب الجريمة للشفقة ولا ميرر له استنادا إلى الواجب المهني - إذا كان الفاعل من الأطباء - فهو حتما لا يتفق مع القانون كذلك فإن القتل معاقب عليه ولو برضاء المجنى عليه أو بناء على طلبه (٢) .

وقد ظهرت الدعوى في بعض البلاد الأنجلو سكسونية والتي لا تعرف مبدأ الملاءمة (٣) إلى تعديل قانون العقوبات وإجازة القتل شفقة بالمجنى عليه وإراحته من آلامه . كما أنشئت عدة

= العملية وإن كان سبب البراءة في القضية الأولى له ما يبرره من حيث انتفاء الركن المعنوي في الجريمة إلا أنه في القضية الثانية يفقد السند القانوني . فطالما أن الحياة كانت تدب في جسم المجنى عليها فإنها تعتبر إنسانا حيا لا يجوز قتله ولو كانت تلفظ أنفاسها الأخيرة .

(١) وبالنسبة للقضاء البلجيكي فعمل أهم ما شغله في الآونة الأخيرة ما يسمى بقضية لبيج وتتلخص موضوعها في أنه عام ١٩٦٢م رزقت أم بطفل الحلقة متأثرا بما تعاطته من أدوية مهدئة للأعصاب أثناء الحمل وقد رغبت الأم في رحمة الطفل من الآلام المروعة التي سيتعرض لها في حياته فقتلته بالسلم باتفاق مع طبيب الأسرة . وقدمت الأم والطبيب للمحاكمة . واهتم الرأي العام بهذه القضية وتابعتها باهتمام بالغ وسائل الإعلام في العام وقد حكم ببراءة الأم والطبيب بين تصفيق الجمهور . وقد كان القانون البلجيكي واضحا صريحا في العقاب على القتل أيا كان الباعث عليه . إلا أن هيئة المحلفين في محكمة الجنايات فضلت إطلاق سراح الأم والطبيب على إدانتها . فأجابت بالنفي على الأسئلة التي وجهها إليها رئيس المحكمة ، والتي تتعلق بما إذا كان المتهمان مسؤولين يجب إدانتها أم لا .

(٢) د. أحمد فتحي سرور ويرى أنه لا يصح الاحتجاج في هذه الحالة بالضرورة لن الضرورة لا تتوافر بالمعنى القانوني إلا للحيلولة دون الاعتداء على المصلحة القانونية . وذلك عن طريق التضحية المشروعة المتناسبة بمصلحة أخرى قانونية . وتهدف هذه التضحية إلى الحفاظ على المصلحة الأولى ضد الخطر الحال الذي يهددها ومع افتراض أنه لا يمكن المحافظة عليها إلا بواسطة هذه التضحية . ولا حق لشخص في قتل الغير لحمايته من الألم لأنه في هذا الفعل يضحى بالمصلحتين معا . بحق هذا الغير في الحياة وبحقه في أن يعيش دون ألم . على أنه تتوافر الضرورة إذا أجرى له عملية جراحية لشفاؤه من هذا الألم فهنا بهدف الجاني إلى حماية مصلحته في أن يعيش دون ألم .

(٣) مبدأ الملاءمة هو الذي يخول للنياية سلطة حفظ الدعوى أو اصدار أمر بعدم وجود وجه لإقامتها . رغم ثبوت التهمة وذلك استنادا إلى اعتبارات أخرى تتفق مع الصالح العام كصغر سن المتهم أو الصلح مع المجنى عليه أو إذا كان الباعث على الجريمة شريفا " في أمثلة محدودة " .

جميعيات تدعو إلى تعديل التشريع في صدد هذه الجريمة . وفي ولاية أوهايو بأمريكا صدر قانون عام ١٩٠٦م نص على أن كل شخص مصاب بمرض غير قابل للشفاء ومصحوب بآلام مبرحة له أن يطلب انعقاد لجنة مكونة من أربعة أعضاء على الأقل لتقرير مدى ملائمة وضع حد لحياته المؤلمة (١) . كما اقترح بعض أعضاء نقابة المحامين في ليبج ببلجيكا النص على الإعفاء من العقاب في حالة القتل للشفقة بالمجنى عليه بشرط أن يثبت أن موت المجنى عليه كان محتما بتقرير من ثلاث خبراء من الأطباء . إلا أن هذا الاقتراح قد لاقى معارضة شديدة لأنه سوف يؤدي إلى الحد من حماية الحق في الحياة وهو مالا يجب المساس به .

ويرى الأستاذ الدكتور أحمد فتحي سرور أن الواقع من الأمر أنه لا يمكن مطلقا في ظل القانون القائم وفي إطار الحضارة المعاصرة سواء من الناحية الأدبية أو الاجتماعية أو القانونية لا يمكن السماح بإعطاء فرد من الأفراد الحق في القضاء على حياة شخص آخر مهما كان الباعث على ذلك ولو كان هو رضاء المجنى عليه . وعلى الرغم من أن الباعث في قتل المجنى عليه شفقة به هو في توفير الآلام القاسية التي يعانيها . إلا أن هذا الباعث مسبوق بنية مؤثمة في القانون هي نية القتل . ونحن لا نؤيد معه مطلقا أية محاولة لوضع نص يجيز هذا القتل ، فالأحرى هو أن تساعد الناس على المحافظة على حياتهم لا القضاء عليها ، والسبيل الوحيد لمراعاة ظروف الجاني في مثل هذه الجريمة هو تخفيف العقاب في حدود السلطة التقديرية للقاضي أو استعمال حق العفو عن العقوبة إذا وجد مقتض لذلك .

ثانيا : في الفقه الإسلامي :

جعل الشارع الإسلامي حق الحياة حقا مشتركا بين الناس أجمعين . فليس لأحد التصرف فيه سواء بنفسه أو بواسطة غيره إلا بحقه . ولذلك جعل الشارع الإسلامي الاعتداء على النفس اعتداء على الناس أجمعين فيقول تعالى (مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا) كما أوجب الإسلام على كل مسلم يرى مسلما يعتدي عليه في دمه أن يرد اعتدائه ، والنصوص الدالة على هذه المعاني في القرآن والسنة والأثر كثيرة ، ذلك لأن الحرمات الإنسانية مرعية الجانب في حكم الشارع ، والمجتمع الفاضل ظل واق من هذه الجرائم .

وجريمة القتل من أقدم الجرائم التي عرفها التاريخ ، فقد اقترن وجودها بوجود الإنسان نتيجة الصراع الذي يجري بين الرغبات والإمكانات المتاحة العاجزة عن تحقيق هذه الرغبات ، وبين الآمال الضخمة والواقع الناكص عن تحقيق هذه الآمال . وبين الأنانية . والمصلحة العامة

(١) د. أحمد فتحي سرور في المرجع السابق الإشارة إليه ، وقد أشار إلى أن الكونجرس في ولاية واشنطن قد رفض مشروعا مماثلا لقانون ولاية أوهايو في نفس العام . وكان هذا المشروع أوسع مدى من القانون المذكور لأنه كان يجيز قتل الأطفال الشواذ والبلهاء .

وكانت أول جريمة قتل وقعت في التاريخ هي تلك الجريمة التي وقعت بين ابني آدم وتحدث عنها القرآن الكريم فقال : ﴿ وَاتْلُ عَلَيْهِمْ نَبَأَ ابْنَيْ آدَمَ بِالْحَقِّ إِذْ قَرَّبَا قُرْبَانًا فَتُقْبِلَ مِنْ أَحَدِهِمَا وَلَمْ يُتَقَبَّلْ مِنَ الْآخَرِ قَالَ لَأَقْتَتَلَكَ قَالَ إِنَّمَا يَتَقَبَّلُ اللَّهُ مِنَ الْمُتَّقِينَ * لَنْ نَبْطِشَ إِلَيْكَ يَدَكَ لِتَقْتُلَنِي مَا أَنَا بِبَاسِطٍ يَدِيَ إِلَيْكَ لِأَقْتُلَكَ إِنِّي أَخَافُ اللَّهَ رَبَّ الْعَالَمِينَ * إِنِّي أُرِيدُ أَنْ نَبُوءَ بِإِثْمِي وَإِثْمِكَ فَتَكُونَ مِنْ أَصْحَابِ النَّارِ وَذَلِكَ جَزَاءُ الظَّالِمِينَ * فَطَوَّعَتْ لَهُ نَفْسُهُ قَتْلَ أَخِيهِ فَقَتَلَهُ فَأَصْبَحَ مِنَ الْخَاسِرِينَ ﴾ (المائدة: ٢٧ ، ٢٨ ، ٢٩ ، ٣٠) .

والقتل عمدا عدوانا من أكبر الكبائر عند الله تعالى وهو ما اقترن فيه الفعل المزهق للروح بنية قتل المجنى عليه (١) . فلا يكفي لاعتبار الجاني قاتلا عمدا مجرد تعدد الفعل المزهق . بل لا بد من توافر قصد القتل لدى الجاني . وقد وردت النصوص في القرآن والسنة بتحريم هذا النوع من الجرائم واعتبار القتل ظلما من أكبر الكبائر بعد الشرك بالله وقد اعتبره القرآن الكريم جريمة كبرى وتوعد فاعله بأشد أنواع العقاب ، فقال تعالى : ﴿ وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا ﴾ (النساء: ٩٣) كما قال تعالى : ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يَسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا ﴾ (الاسراء: ٣٣) . وقال تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ لَا يَدْعُونَ مَعَ اللَّهِ إِلَهًا آخَرَ وَلَا يَقْتُلُونَ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَلَا يَزْنُونَ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ يَنقُصْ اللَّهُ مِنْهُ أَجْرًا كَثِيرًا ﴾ (الفرقان: ٦٨) وقال تعالى : ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ غِنًى فَلْيَبْذُلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَلَا تَبْذُلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ مَا هَلَكَ أَوْلَادُكُمْ هَٰذَا صِرَاطٌ مُسْتَقِيمٌ ﴾ (البقرة: ١٧٨) وقال تعالى : ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ مِنْ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُكُمْ وَإِيَّاهُمْ وَلَا تَقْرَبُوا الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ذَٰلِكُمْ وَصَاكُم بِهِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ ﴾ (الأنعام: ١٥١) كما قال تعالى : ﴿ مِنْ أَجْلِ ذَٰلِكَ كَتَبْنَا عَلَىٰ بَنِي إِسْرَآئِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا ﴾ (المائدة: ٣٢) كما وردت العقوبة على القتل في قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنثَىٰ بِالْأُنثَىٰ فَمَنْ عَفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبَاعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٍ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَٰلِكَ تَخْفِيفٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنْ اعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَٰلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ * وَكُتِبَ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾ (البقرة: ١٧٨ : ١٧٩) .

كما شدد القرآن الكريم في الإنكار على جريمة القتل وبالع في التحذير منها ، جاء الحديث النبوي الشريف مشددا ومحذرا ومنذرا قال ﷺ " اجتنبوا السبع الموبقات . قيل وما هن يا رسول

(١) الأستاذ عبد القادر عوده ج ٢ ص ١٠ .

الله ؟ قال : الشرك بالله والسحر وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق ، وأكل الربا وأكل مال اليتيم والتولى يوم الزحف ، وقذف المحصنات الغافلات " رواه الشيخان . وقال ﷺ : " لقتل مؤمن أعظم عند الله من زوال الدنيا وما فيها " رواه أبو داود بإسناد صحيح . وقال ﷺ : " إن هذا الإنسان بنيان الله ، ملعون من هدم بنيانه " وروى أبو هريرة ؓ عن النبي ﷺ أنه قال : " من أعان على قتل مؤمن ولو بشطر كلمة لقي الله عز وجل مكتوباً بين عينيه : آيس من رحمة الله " وعن معاوية ؓ قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول " كل ذنب عسى الله أن يغفره إلا الرجل يموت كافراً ، أو الرجل يقتل مؤمناً متعمداً " وقال ﷺ : " لا يزال العبد في فسحة من دينه ما لم يصب دماً حراماً " كما قال ﷺ : " أن من ورطات الأمور التي لا مخرج لمن أوقع نفسه فيها سفك الدم الحرام بغير حله " . وروى أن النبي ﷺ قال : " لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث كفر بعد إيمان ، أو زنا بعد إحصان ، أو قتل نفس بغير نفس " ^(١) وروى أبو سعيد الخدري وأبو هريرة أن النبي ﷺ مر بقتيل فقال من لهذا ؟ فلم يذكر له أحد . فغضب ثم قال : والذي نفسي بيده لو تمالأ عليه أهل السماء والأرض لأكبهم الله في النار " وروى عن ابن مسعود قال : سألت رسول الله ﷺ أى الكبائر أعظم ؟ قال : أن تجعل لله نداً وهو خلقك ، قلت : ثم أى ؟ قال : أن تقتل ولدك مخافة أن يطعم معك ، قلت : ثم أى ؟ قال : أن تزنى بحليلة جارك . رواه الشيخان . وروى عن النبي ﷺ قال في حجة الوداع : ألا أن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا . اللهم أشهد .

وقد تقدم أن القاعدة العامة في الرضا بالجريمة في الفقه الإسلامي ، أن رضا المجنى عليه بالجريمة وإنه فيها لا يبيح الجريمة ولا يؤثر على المسؤولية الجنائية للجاني ، وقد أجمع الفقهاء على الجريمة على أن الإذن بالقتل لا يبيح الفعل ، لأن عصمة النفس لا تباح إلا بما نص عليه الشرع ، والإذن بالقتل ليس منها ، فكان الإذن عدماً لا أثر له على الفعل ، فيبقى الفعل محرماً معاقباً عليه باعتباره قتلًا عمداً مع اختلاف البعض في العقوبة المقررة ، كما رأى الفقهاء أيضاً أن الإذن بالقتل لا يبيح الفعل ولا يسقط العقوبة لو أبرأ المجنى عليه الجاني من دمه مقدماً ، لأنه أبرأه من حق لم يستحقه بعد وعلى هذا يعتبر الجاني قاتلاً عمداً .

وقد أوردنا اختلاف الفقهاء حول أثر الإذن بالقتل في العقوبة المقررة بعد اتفاقهم على المبادئ المتقدمة على الوجه الآتي :

(١) يرى زفر من الحنفية وبعض المالكية والشافعية :

أن القصاص هو عقوبة القتل الذي ينفع بإذن المجنى عليه ، فالإذن لا يصلح أن يكون شبهة

(١) هذا الحديث رواه أبو أمامة بن سهل عن عثمان ورواه مسروق عن مسعود ورواه عكرمة عن ابن عباس ورواه عبيد بن عير عن عائشة وكلهم يتفقون مع اختلاف في الألفاظ على معنى واحد .

ومن ثم فهو لا يدرأ القصاص . فوجب أن يكون القصاص هو العقوبة (١) .
 (٢) ويرى أبو حنيفة وبعض أصحابه مالك والشافعي والرأى المعروف لسحنون في العتبية (٢) .

إن الإذن بالقتل يدرأ عقوبة القصاص عن الجاني وأن تكون العقوبة الدية على أساس أن الإذن بالقتل شبهة وأن الرسول ﷺ يقول " ادروا الحدود بالشبهاء " والقصاص معتبر حدا ، فلكل شبهة تقوم في فعل مكون لجريمة عقوبتها القصاص يدرأ بها الحد عن الجاني (٣) .
 (٣) ويرى أحمد وأصحابه وفي رأى مرجوح لمالك - وينسب ابن عرفة لسحنون (٤) :
 أن الإذن في القتل يسقط العقوبة عن الجاني ، لأن من حق المجنى عليه العفو عن العقوبة ، والإذن بالقتل يساوى العفو عن عقوبة القتل ، وإن كان لا يمنع التعزير .

على أنه يلاحظ أن الخلاف في العقوبة هنا مبني على إذن المجنى عليه بالجريمة ، وهو طلبه الصريح الجاد من الجاني بإيقاع الجريمة عليه لا مجرد رضاه بوقوع الجريمة عليه ، وهذا الإذن لا يبيح الجريمة ولا يؤثر على مسئولية الجاني فإن ذلك من باب أولى بالنسبة لمجرد الرضا . وإذا كان الإذن - وقد أوردنا سابقا جملا للفقهاء القدامى تبين أن الخلاف في هذه المسألة ورد بألفاظ الأمر والإذن والقول .. الخ - يؤدي إلى الخلاف في العقوبة على النحو المتقدم - والذي نرجح منه القول بأن الإذن لا يعتبر شبهة والعقوبة الواجبة هي القصاص - فإن مجرد الرضا لا أثر له في العقوبة من باب أولى ، وذلك تمثيا مع روح الشارع الإسلامي الذي جعل الحق في الحياة حق مشترك بين الجميع . وأن عصمة النفس لا تباح إلا بما نص عليه الشرع والإذن بالقتل ليس منها فيكون الإذن عدما لا أثر له على الفعل وبالتالي على العقوبة المقررة .

وعلى ذلك فلا أثر للرضا السابق والمعاصر لجريمة القتل في العقوبة . أما إذا كان الرضا لاحقا على الجريمة وهو بمعنى العفو عن العقوبة في الفقه الإسلامي و فإن ذلك العفو عن العقوبة كما قدمنا عند بحث أثر الرضا في العقوبة ، حق مقرر للمجنى عليه وأولياء دمه . بل أن الشريعة الإسلامية جعلته أقرب للتقوى . وقد تقدم نظام العفو أو الصلح عن العقوبة في الفقه الإسلامي وفي شروطه ونظمه تعددت كتابات فقهاء الشريعة الإسلامية .
 و فرق كبير بين أن يسبق الرضا وقوع الجريمة فيكون له أثر في إباحتها أو مسئولية الجاني

(١) بدائع الصنائع للكاساني ج ٧ ص ٢٣٦ ، نهاية المتاج ج ٧ ص ٤٢٨ .

(٢) اسم كتاب في فقه مذهب مالك .

(٣) مواهب الجليل للحطاب ج ٦ ص ٢٣٥ ، ٢٣٦ ، الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٣ .

(٤) الإقناع ج ٤ ص ١٧١ .

عنها أو العقوبة المقررة عليها . وبين أن يكون الرضا بمعنى العفو ، وهو لا يكون إلا لاحقا على الجريمة ولا يتعدى الحق في طلب القصاص بعد أن تصبح العقوبة حقا له . ولا شك أن حق الشخص في العقوبة على الجريمة الواقعة عليه وإمكانية عفو عنها ممكن تصوره . أما حقه في الإذن بالجريمة ورضاه بارتكابها عليه فهو أبعد تصورا والأجدر ألا يكون له أثر ما .

وقد قدمنا أن أساس الاختلاف في هذه المسألة أن للمجنى عليه وأوليائه العفو عن العقوبة في جرائم القتل فلمهم أن يعفو عن القصاص إلى الدية . وأن يعفوا عن الدية والقصاص معا . فإن عفوا سقطت العقوبة المقررة ولم يبق إلا عقوبة التعزير أن رأى ولاية الأمور تقريرها في حالة العفو . فمن قال أن الإذن يمنع من العقاب اعتبر الإذن عفوا مقدما ورتب عليه سقوط العقوبة . ومن قال بأن الإذن يمنع من العقاب اعتبر الإذن عفوا مقدما ورتب عليه سقوط العقوبة . ومن قال بأن الإذن لا يمنع من العقاب رأى أن الإذن لا يعتبر عفوا لأن العفو عن القتل يستدعى وجود القتل . فإذا جاء العفو قبل القتل فهو عفو غير صحيح لأنه لم يصادف محله . ومعنى ذلك أن حق المجنى عليه في العفو لا ينشأ إلا بعد وقوع الجريمة ، فإذا عفا قبل وقوعها فقد وقع عفو لغوا ، لأن حقه لم يكن نشأ بعد حتى يعفو عنه ، ومن جعل العقوبة الدية اعتبر الإذن شبهة تدرك الحد أي القصاص ، ومن قال بالقصاص لم يجعل الإذن شبهة دائمة للقصاص .

ثالثا : في الموازنة بين الشريعة والقانون :

اتفقت القوانين الوضعية فيما قررته من قواعد عامه بهذا الخصوص مع ما جاء به في الفقه الإسلامي حين لم تجعل الرضا سببا مبيحا للجريمة كما لم تجعل له بحسب الأصل أثرا في وجود الجريمة . والمسئولية الجنائية للفاعل خلافا لما قررته بعض القوانين من اعتبار القتل بالرضا سببا يغير وصف الجريمة من جريمة قتل عمد إلى جريمة أخف منها ، كالقانون السوداني ومما على شاكلته من قوانين . وكذلك القوانين التي أقرت للرضا بأثر يخفف العقوبة عن الجاني . في حين أن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يجعلوا لمجرد الرضا السابق والمعاصر للجريمة أي أثر من ذلك . وإن كان الخلاف قد ثار بينهم بسبب أثر الإذن الصريح أو الأمر الصادر من المجنى عليه للجاني بارتكاب الجريمة في العقوبة المقررة . وقد رجحنا من هذه الآراء الرأي الذي لا يقر لهذا الإذن الصريح من المجنى عليه بارتكاب الجريمة بأثر في العقوبة . فلم يعتبره شبهة . ولا عفوا مقدما . وجعل العقوبة في هذه الحالة القصاص الذي أوجبه الشارع الإسلامي في جرائم القتل .

على أن الشريعة الإسلامية قد انفردت بإقرارها للمجنى عليه بحق العفو عن العقوبة المقررة على القتل وهي القصاص مجانا أو عن النزول عنه إلى الدية أو الصلح عليه على مال مما يعود على أولاد المجنى عليه وأولياء دمه بالنفع والعوض المادي . ويذهب من نفوسهم الغيظ ويجعلها

مملوءة بالود والصفح والتسامح . الذى يزكى فيها بتمكنهم من القصاص من الجانى وقتله جزاء قتل صاحبهم فإن هم تنازلوا عن ذلك بعد تمكنهم منه ، وكان تنازلهم بمقابل يعود على أسرهم بسد الحاجة والعوز ففى ذلك تهدئة وارضاء لعصبية قاتله وحمية طائشة قد تؤدى بالجانى منهم إلى نفس المصير الذى آل إليه صاحبهم ، وإن كان العفو مجانا وبلا مقابل ، فهو الأقرب للتقوى الذى دعى الله ورسوله إليه وحببوا النفوس فيه .

فما أنبل نظم الشريعة الإسلامية وما أعظم تزكيتها للنفس وتطهيرها إياها من كل دنس حتى يعيش الناس فى صفاء وود وإخاء ومحبة ، يسود بينهم العفو ، وتعلو وجوههم كما تمتلئ نفوسهم بالسماحة والصفاء والشعور الإنسانى النبيل - كيف لا وشريعتهم تحض على العفو وتدعوا إليه فى أشد الجرائم وأقساها على النفس وأضرها بالحياة .

المبحث الثاني

قتل الإنسان نفسه (الانتحار)

أولا : فى القانون :

من صور رضاء المجنى عليه بالجريمة أن يكون هو مرتكب الجريمة على نفسه ، كمن يقتل نفسه أو يشرع فى قتلها ^(١) وفى هذه الحالة وأمثالها يجمع الشخص بين صفتى الجانى والمجنى عليه فى الجريمة . والسؤال هو : هل يعتبر قاتل نفسه مرتكبا جريمة ؟ أو هل يعتبر الانتحار جريمة معاقبا عليها فى القانون ؟ وتتحصّر الفائدة القانونية العملية من هذا التساؤل فى بيان حكم الشروع فى الانتحار والاشتراك فيه .

والواقع أن النظر إلى هذا الفعل قد اختلف باختلاف العصور والجماعات ، فقد كان مثلاً يعتبر عملاً مشرفاً لدى الشعوب القديمة كالرومان ولا زال كذلك فى بعض الشعوب الحالية كاليابان ^(٢) . ولما جاءت الثورة الفرنسية وكان الفلاسفة ينددون بالعقاب على الانتحار ألغت التشريع الخاص به وأطلقت حرية الفرد ولم تر فى هذا الانتحار أمراً يهم العدالة أو الجماعة واتبعت غالبية الشرائع الأوروبية التى تلت الثورة هذا المبدأ فى عدم العقاب على الانتحار ولا على الشرع فيه ، غير أن بعض القوانين نصت اعتبار الشروع فى الانتحار والاشتراك فيه جريمة خاصة تستوجب العقاب ، والعلّة فى ذلك التجريم لدى هذه التشريعات ، أنها رأت فى الانتحار انتهاكاً للمبادئ الخلقية والاجتماعية بما يجره من سوء القدوة وضياح عضو على المجتمع ^(٣) . كما أنه أمر مناف للدين والفضيلة والخلق القويم ، ومناف أيضاً لمصالح المجتمع ، فهو مثل سئ للغير ولأن حياة الفرد لا تعود ثمراتها ونفعها عليه وحده بل أن نشاطه يعود بالخير على أسرته وعلى أمته ^(٤) كما أن فى تجريم الشروع فى الانتحار والاشتراك فيه حماية لهذا النوع من الناس الذى يضعف أمام بعض الظروف إلى درجة التفكير فى التخلص من حياته وخاصة إذا ما اقترن ذلك بتحريض من الغير أو مساعدته على تنفيذ ذلك ^(٥) ، ومن القوانين

(١) د. السعيد مصطفى السعيد فى الأحكام العامة فى قانون العقوبات ، ط٤ سنة ١٩٦٤ م ص ٢٣٩ ، د. على بدوى فى الأحكام العامة فى القانون الجنائى ج ١ الجريمة ط ١٩٣٨ م ص ٣٨٦ وما بعدها ، شرح قانون العقوبات المصرى الجديد للدكتورين السعيد مصطفى السعيد ، محمد كامل مرسى .

(٢) د. على بدوى، المرجع السابق ، الأستاذ محمود إبراهيم إسماعيل فى شرح الأحكام العامة فى قانون العقوبات .

(٣) د. على بدوى ، المرجع السابق .

(٤) الأستاذ محمود إسماعيل فى المرجع السابق .

(٥) د. أحمد فتحى سرور فى كتابه الوسيط فى قانون العقوبات (القسم الخاص) نفس المؤلف فى كتاب له بعنوان دروس فى الجرائم المضرة بالمصلحة العامة وجرائم الأشخاص و مكتبة جمعية الاقتصاد ، تحت رقم ٧٩١٤ .

التي نصت على ذلك القانون الإنجليزي حتى قانون ٣ أغسطس ١٩٦١م الذي يعتبر الانتحار جنابة والشروع فيه جنحة ، فالمنتحر لا تقام له الطقوس الدينية المألوفة وإذا وقف فعله عند حد الشروع في الانتحار عوقب بالحبس . ومن ثم فيعاقب الشريك فيهما (١) . وقد أخذ بهذا الحكم القانون الهندي والقانون السوداني الصادر في سنة ١٨٩٩م الذي يعاقب على الشروع في الانتحار بمقتضى المادة ٢٣٨ منه ونصها " كل من شرع في ارتكاب الانتحار وأجرى أى فعل نحو ارتكاب تلك الجريمة يعاقب بالحبس مدة يجوز امتدادها إلى سنة واحدة وبالغرامة أو بالعقوبتين معا " كما يعاقب على الاشتراك في الانتحار باعتباره جريمة مستقلة بمقتضى المادتين ٢٣٤ ، ٢٣٥ من نفس القانون (٢) . وكذلك القانون الإيطالي الجديد في المادة ٥٨٠ منه التي تنص على أن من يغرى غيره بالانتحار أو يجيبه إليه أو يسهل له حصوله يعاقب بالأشغال الشاقة من خمس سنوات إلى اثنتى عشرة سنة إذا مات المنتحر . وفي حالة الشروع تكون العقوبة الأشغال الشاقة من سنة إلى خمس بشرط أن يؤدي الشروع لإصابة خطره ، ومثل ذلك أيضا القانون الأسباني الصادر في سنة ١٩٣٢م (م ٤١٦) وقانون بولونيا (م ٢٢٨) وقانون الدانمرك (م ٢٤٠) (٣) والقانون السويسرى (م ١١٥ منه) وقوانين بعض الولايات الأمريكية (٤) . وكذلك من البلاد التي تعتبر الاشتراك في الانتحار جريمة خاصة معاقبا عليها البرازيل واليابان وهولندا والنرويج (٥) .

وقد ورد في مشروع القانون الفرنسى نص مماثل في المادة ٣٦٩ منه (٦) . أما القانون العراقي فقد أخذ بالفكرة معدلة فعاقب بعقوبة الجنابة على الاشتراك في الانتحار (إذا وقع) ولكنه سكت عن الاشتراك في الشروع فيه الذي بقى بغير عقاب (٧) .

والآن ما موقف تشريعنا المصرى ؟

لا يعد الانتحار جريمة فى قانوننا المصرى كما هو الشأن فى القانون الفرنسى فلا عقاب على الانتحار ولا على الشروع فيه (٨) . وينبنى على ذلك أن من يحرض المنتحر ويساعده على

(١) المراجع السابق الإشارة إليها ، د. حسن محمد أبو السعود فى قانون العقوبات المصرى (القسم الخاص) مكتبة جمعية الاقتصاد تحت رقم ٦٢٨٦ ، جندى عبد الملك فى الموسوعة الجنائية ج ٥ ص ٨٣٧ ، ج ١ .

(٢) جندى عبد الملك فى المرجع السابق الإشارة إليه .

(٣) الأستاذ محمود إسماعيل فى المرجع السابق الإشارة إليه .

(٤) د. أحمد فتحى سرور فى المرجع السابق الإشارة إليه .

(٥) د. على بدوى فى المرجع السابق الإشارة إليه .

(٦) الأستاذ محمود إسماعيل فى المرجع السابق الإشارة إليه .

(٧) د. حسن أبو السعود فى المرجع السابق الإشارة إليه وقد أشار إلى كتابه فى شرح قانون العقوبات العراقى الصادر فى بغداد سنة ١٩٤٢ م ص ١٢٨ .

(٨) جندى عبد الملك ، د. أحمد بك أمين وقد أشار إلى جارو وجارسون وشوفو وهيلى وكذلك جميع المراجع السابقة فى الموضوع .

الانتحار ويشاركه فيه دون مساهمة منه في فعل يعد بدءا في تنفيذ . لا عقاب عليه إذ أنه قد حرض أو ساعد في فعل مباح لا يعده القانون جريمة ، ولا يسوغ معاقبة القانون لشخص ساعد في فعل غير مجرم أصلا لا باعتباره قتلا عمدا ولا باعتباره جريمة خاصة ، ولا باعتباره الاشتراك في الانتحار جريمة مستقلة كما فعلت بعض القوانين الأخرى .

غير أنه لتحديد مسئولية المحرض على الانتحار ، يجب التفرقة بين حالتين :
أولاهما : أن يكون المنتحر أهلا للمسئولية الجنائية ، وفي هذه الحالة لا يسأل المحرض باعتباره محرضا على جريمة ، في ظل قواعد تشريعنا المصرى التى لا تنص على تجريم الانتحار (١).
والأمر يختلف إذا كنا بصدد تشريع يعتبر الانتحار جريمة .

الحالة الثانية : يكون المنتحر فيها غير أهل للمسئولية الجنائية بأن يكون ناقص الإدراك أو الاختيار فإن المحرض له على الانتحار يسأل عن فعله ويعاقب عليه بدون حاجة إلى نص فى التشريع على ذلك باعتباره فاعلا معنويا لجريمة القتل وفقا للنظريتين الموسعة والمضيقفة فى تحديد فاعل الجريمة (٢).

ولكن ما العلة فى عدم تجريم الانتحار والشروع فيه وعدم العقاب على ذلك فى قانونا المصرى ؟

إذا كانت هناك علة فى ذلك غير مجرد مسابرة القانون الفرنسى ، فإن من فقهاءنا من يرى بأن السبب فى عدم العقاب هو أن الانتحار أمر لا يهم المجتمع الذى يرى فى المنتحر شخصا متبرما بحياته إلى حد أثر معه الموت ، ولم تمتد به الإساءة لأحد غير نفسه . كما أن العقاب لا يؤدي وظيفته لأن من شرع فى الانتحار لا يعظه العقاب وهو ينزل بنفسه الموت الذى هو أشد عقوبة فرضها القانون . وكذلك فإن الفرد احترام سلامة غيره ضمانا للأمن ، فإذا أنزل بنفسه الضرر فأثره عائد عليه وحده (٣) . ورأى البعض الآخر كما يرى ببيكار أن " الانتحار جريمة لا يمكن العقاب عليها بمعنى الكلمة لأن العقوبة لن تفرض إلا على برئ أو على جسد بارد لا شعور فيه ، أنها جريمة بلا شك ولكنها جريمة يعاقب عليها الله وحده فهو الذى يمكنه معاقبة الميت بعد موته " (٤) ومن فقهاءنا القانونيين من يرى أنه مما لا شك فيه أن الفرد يملك على نفسه أو شخصه بعض الحقوق التى لا سبيل إلى إنكارها ، فإذا كان من حقه طلب الحياة فإن له كذلك أن يطلب الموت . وعلى هذا الاعتبار لا جريمة فى الانتحار وفقا للتشريع

(١) د. فوزية عبد الستار على فى المساهمة الأصلية فى الجريمة رسالة دكتوراه سنة ١٩٦٧ م ص ٤٣٥ ، بند

٣٥٢ وما بعده ، مكتبة حقوق القاهرة .

(٢) د. أحمد فتحي سرور ، د. فوزية فى المراجع السابق الإشارة إليها .

(٣) المستشار محمود إسماعيل فى المرجع السابق الإشارة إليه .

(٤) د. أحمد فتحي سرور فى كتاب الوسيط السابق الإشارة إليه .

المصري أى لا عقاب على من يشرع فيه أو من يساهم فيه بعمل من أعمال الاشتراك (١). ويرى بعض فقهاءنا أن تعليل عدم العقاب هنا يرجع فى حقيقته ، إلى أن التشريع يكون للغالب من الأمور التى لا يندر وقوعها ولا بأبائها الطبع ، والشارع لا يعاقب الإنسان على إيذاء نفسه بالقتل لأن وقوع ذلك أمر شاذ ، فهو ليس من الكثرة بحيث يبدو خطره مما يستدعى تدخل الشارع ، كما أن فى طبيعة الإنسان و غريزة حب البقاء وصيانة النفس ما يغنى عن نصوص لقانون فى هذا الشأن خصوصا أن من يلجأ إلى التفريط فى حياته لا يأبه بعقوبة يهدد بها فيكون التهديد بالعقاب فى حقيقته ضربا من العيب لا طائل منه ، كما يرى أنه إذا كانت الشرائع القديمة تعاقب على الانتحار ، فقد كانت متأثرة فى هذه الناحية بالعوامل الدينية ، وهى ليست من العوامل التى يلحظها الشارع الحديث فى تقرير الجرائم والعقوبات . والحالات القليلة التى يعاقب عليها فى بعض القوانين الحديثة هى من آثار القوانين القديمة (٢) .

ورأينا فى تجريم الانتحار والعقاب عليه لا يخرج عما سوف يأتى فى فهمنا الإسلامى الحنيف وشريعتنا السمحة ملتزمين بمبادئها وأهدافها السامية ، سائلين الله الهداية للشارع الحديث حتى يلحظ هذه المبادئ والأهداف السامية فينصلح حال أمتنا الإسلامية والعود أحمد بإذن الله .

ثانيا : فى الفقه الإسلامى :

سبق أن قدمنا بأن الحياة حق مشترك بين الناس أجمعين . فليس لأحد التصرف فيه سواء بنفسه أو بواسطة غيره إلا بحقه ، وقد اعتبرت الشريعة الإعتداء على النفس اعتداء على الناس أجمعين ، فقد قال تعالى : « قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا » .

وكما حرم الشارع الإسلامى الجناية على الغير وجعل القتل عمدا عدوانا من أكبر الكبائر عند الله تعالى وتوعد فاعله بأشد أنواع العقاب . فقد حرم الله أيضا الجناية على النفس ونهى عن قتل الإنسان نفسه بل ومجرد تعريضها للهلاك ، فقد قال تعالى : « وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ » (البقرة: من الآية ١٩٥) وقال تعالى : « وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا » (النساء: من الآية ٢٩) وفى ذلك نهى صريح عن قتل النفس وتحريم واضح للانتحار ، كما ورد ذلك أيضا فى عموم قوله تعالى : « وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ » (الاسراء: من الآية ٣٣) والانتحار قتل نفس وقد حرمه الله لأن الإنسان بنیان الله الذى شيدته ، وبعث فيه الحياة وميزه

(١) د. على راشد فى القانون الجنائى (المدخل وأصول النظرية العامة) ط ١ سنة ١٩٧٠م ص ٥٤٥ وما بعدها ، أيضا فى مبادئ القانون الجنائى ج ١ ط ٢ سنة ١٩٥٠ بند ٥١٩ ، وقد عبر فى الهامش عن القوانين التى تعاقب على الشروع فى الانتحار بقوله " ومع ذلك فبعض التشريعات - الأجلو سكسونيه بخاصه - تحرم الفرد هذا الحق على نفسه " .

(٢) د. السعيد مصطفى السعيد فى الأحكام العامة فى قانون العقوبات ط ٤ سنة ١٩٦٤م ص ٢٤٠ وما بعدها .

بالعقل ليباشر مهامه في المجتمع ويؤدي دوره في الحياة الدنيا . ولا يرضى الله سبحانه وتعالى عن يهدمه ، أو يناله بأى أذى سواء كان هذا الأذى واقعا على النفس أم على جزء منها ، وسواء كان الجانى جانبا على نفسه أم على غيره فكل ذلك منتهى عنه ، معاقب عليه في الشريعة الإسلامية ، بل أن مجرد التفتير على النفس في الإنفاق أو حجب العقل عن أن يباشر مهامه التي خلق من أجلها حرام ومنتهى عنه وفقا لقواعد الشريعة الغراء فهذا البنيان هو بنيان الله ولا يملكه أحد سواه ولا يهدمه إلا ماله يقول رسول الله ﷺ " إن هذا الإنسان بنيان الله ملعون من هدم بنيانه " .

وقد أوضح رسول الله ﷺ جسمه عقوبة قاتل نفسه في الآخرة وبين لنا كيف أنها عقوبة متناهية في الشدة فقال ﷺ " من تردى من جبل فقتل نفسه فهو في نار جهنم يتردى فيها خالدا مخلدا فيها أبداً ، ومن تحس سما فقتل نفسه فسمه في يده يتحساه في نار جهنم خالدا فيها أبداً ، ومن قتل نفسه بحديد ، فحديده في يده يتوجأ بها في نار جهنم خالدا مخلدا فيها أبداً (١) " ففي الحديث اقترن عذاب قاتل نفسه بالتأبيد في جهنم .

وهذه العقوبات الأخروية يستحقها المنتحر إذا ما ترتبت على فعله النتيجة التي سعى لتحقيقها ومات المنتحر فعلا ، إذ لا يمكن توقيع عقوبة دنيوية عليه بعد موته ، لأن العقوبة تسقط بالموت فذهاب نفسه حال دون توقيع العقوبة عليها .

وقد أورد الفقهاء أن جناية الإنسان على نفسه قد تكون عمدا وقد تكون شبه عمد وقد تكون خطأ ، من ذلك قول ابن إدريس الحنبلي " وإمساك الحية محرم وجناية " لأنه إلقاء بالنفس إلى الهلاك وقال تعالى : ﴿ وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ ﴾ " فلو قتلت الحية ممسكها من مدعى المشيخة ونحوه (فهو قاتل نفسه) لأنه فعل بها ما يقتل غالبا (و) أما إمساك الحية . (مع الظن أنها لا تقتل فشبه عمد) بمنزلة من أكل حتى بشم ، فإنه لم يقصد قتل نفسه ، قلت ونظير ذلك كل ما يقتل غالبا من المشي في الهواء على الحبال ، والجرى في المواضع البعيدة مما يفعله أرباب البطالة والشطارة ، ويحرم أيضا إعانتهم على ذلك وإقرارهم عليه .^(١)

وقد اختلف الفقهاء في الكفارة ، وهي عقوبة تعبدية يقصد منها مصلحة الجانى نفسه فيرى الشافعى أن من قتل نفسه عمدا أو خطأ وجبت الكفارة في ماله .

ويرى مالك وأبو حنيفة أن لا كفارة في قتل النفس مطلقا ، ويظاهرها على هذا الرأي في مذهب أحمد . ويرى بعض الفقهاء في مذهب أحمد ما يراه الشافعى من وجوب الكفارة في قتل النفس ولكنهم لا يوجبون الكفارة إلا في مال من قتل نفسه خطأ (٢).

(١) رواه البخارى ومسلم ، الترغيب والتهذيب للمنذرى ج ٣ ص ٣٠٠ ،

(٢) أسنى المطالب ج ٤ ص ٩٥ ، نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٦٥ ، ٣٦٦ ، المغنى ج ١٠ ص ٣٨ ، ٣٩ ، بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٥٢ ، شرح الدردير ج ٤ ص ٢٥٤ ، مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٦٨ .

ويترتب على تحريم الانتحار والعقاب عليه في الشريعة الإسلامية أن يعاقب على الشروع في الانتحار والاشتراك فيه بأى صورة من صور الاشتراك . وعقوبة الجمع هنا عقوبات تعزيرية يقدرها ولي الأمر بحسب ما يراه صالحا لحال المجتمع والفرد .

ثالثا : فى الموازنة بين الشريعة والقانون :

خالف تشريعنا الجنائى المصرى ، مسائرا فى ذلك القانون الفرنسى ، ما قرره الشريعة الإسلامية فى هذا الخصوص من تحريم قتل الإنسان نفسه ، ونهياها عن ذلك ووعيدها لفاعله بالعذاب والخلود فيه ، مما يدفع الإنسان الذى يضعف إلى درجة التفكير ، ويتعدى عن الإقدام على الشاذ الشنيع أن يعاود نفسه مرات ومرات . ويعود عن هذا التفكير ، ويتعدى عن الإقدام على هذا العمل خوفا من لعنة الله له وغضبه عليه وتوقيع العقوبة الشديدة عليه يوم القيامة ، فإذا ابتعد ولم يقدم على الانتحار كانت النجاة له والفرصة والخير والطمأنينة لأهله وللناس جميعا . أما إذا أقدم ولم يتم له ما شاء وكانت مشيئة الله له بالبقاء ومد الأجل له فترة أخرى كان أما إذا أقدم ولم يتم له ما شاء وكانت مشيئة الله له بالبقاء ومد الأجل له فترة أخرى كان مستحقا للتعزير والتأديب مع الوهظ والإرشاد حتى يثبت إيمانه وتعود إليه عزيمته وثقته بنفسه فيعاود الحياة من جديد مستقيدا بما مر به من تجربة قد يكون لها كل الأثر فى إستقامته بعد ذلك على الخير والهداية وطريق الرشاد ، مما يتعظ به غيره ممن على شاكلته الذين ينزجرون بتعزيره وتأديبه على فعلته . وإذا لم يشأ الله له النجاة ومات فعلا كانت العقوبة فى الآخرة التى كان يعلم بها مقدما قبل إقدامه على فعل حرمة الشارع عليه ونهاه عنه . وفى انتهاء حياته وما يترتب على ذلك من ضرر وحزن يعودان على أولاده وأوليائه عبرة لأولى الأبصار .

وإذا كانت بعض القوانين قد حرمت فعل الانتحار وتعاقب على الشروع والاشتراك فيه فإن الشريعة الإسلامية قد انفردت بتقرير عقوبات أخروية لها مالها من أثر فى النفوس التى تؤمن بالله وكتبه ورسله واليوم الآخر .

إلا أن هذه القوانين التى وافقت الشريعة فيما قرره من تحريم فعل الانتحار والعقاب عليه أحسن حالا وأكثر فائدة من تلك التى أهملت ذلك كلية فاستهانت بالإنسان وحياته وتركته رهين ضعف نفسه . وجعلت حياته ثمنا لضيق أفقه وقلة حيلته وامتناز ثقته فى مدبر الكون وخالفه . فتهون عليه نفسه وترخص حياته ، مما يعود بالهوان والرخص على نفوس الكافة وحياتهم ، والذل والتشريد والضياح على أمر كانت تعيش فى كنفه .

وأن هذه القوانين التى رأت الانتحار جريمة معاقبا عليها ، لما فيه من انتهاك للمبادئ الخلقية والاجتماعية ، وما يجرى من سوء القدوة وضياح عضو على المجتمع ، وما فيه من منافاة للدين والفضيلة والخلق القويم لهى أحسن حالا بكثير وأعظم موقفا ، وأبر بما ينتمى إليه واضعوها من أديان ، من تشريعنا الجنائى المصرى الذى لم ير فى الانتحار جريمة ولا فى الشروع أو

الاشتراك فيه مدعاة للعقاب . ويكفى عيباً في هذا التشريع مخالفته للشرعية الإسلامية دين الدولة وأحد مصادر قوانينها الأساسية في ذلك ، دون حاجة منا إلى مناقشة فقهاء القانون فيما ذهبوا إليه من تعليل لعدم تجريم الانتحار وتسبب لعدم العقاب عليه بالقول أحياناً بأن من الانتحار أمر لا يهم المجتمع . وأن المنتحر لم تمتد يده بالإساءة إلى غير نفسه وأحياناً أخرى إلى القول بأن وقوع ذلك أمر شاذ فهو ليس من الكثرة بحيث يبدو خطره مما يستدعي تدخل الشارع وأنه إذا كانت الشرائع القديمة تعاقب على الانتحار فإنها كانت متأثرة في هذه الناحية بالعوامل الدينية وهي ليست من العوامل التي يلحظها الشارع الحديث في تقرير الجرائم والعقوبات .

ويعد هذا الوضوح في التعليل والتسبيب لما ذهب إليه تشريعنا الجنائي المصري من عدم تجريم الانتحار والعقاب عليه وعلى الشروع فيه ، وعدم تحميل الشريك لأى نوع من المسؤولية عن اشتراكه في إزهاق روح بناها الله وأحيائها وأوجب على الفرد والجماعة صيانتها والحفاظ عليها ، إلى أن ذهب البعض إلى أن الفرد كما أن من حقه طلب الحياة فإن له كذلك أن يطلب الموت وعلى هذا الاعتبار لا جريمة في الانتحار وفقاً للتشريع المصري ، فإن الأمر جلى غنى عن البيان والموازنة .

المبحث الثالث

القتل بالمبارزة

أولاً : فى القانون :

المبارزة هى المناجزة بالسلاح التى قد تنتهى بموت أحد المتبارزين ، وهى صورة من صور رضاء المجنى عليه بالجريمة ، إذ فيها يتفق الطرفان مقدماً على تحكيم السلاح فيما يشجر بينهما من نزاع . وبمقتضى هذا الاتفاق يسمح كل منهما للآخر بأن يقتله أو يحدث به جروحاً (١).

فما حكم القانون فى مسئولية من يقتل خصمه فى المبارزة أو يجرحه ؟

(١) من القوانين ما يعتبر القتل بالمبارزة قتلاً عمداً لا فرق بينه وبين أنواع القتل الأخرى ، بل يعتبره قتلاً عمداً مع سبق الإصرار عند توافر نية القتل عند المتبارز قبل حدوث المبارزة ، كالقانون الإنجليزى (٢) فهو لا يعتد برضاء المجنى عليه ولا يجعل له أثراً فى وصف الجريمة ولا فى المسئولية الجنائية للفاعل .

(٢) وأكثر القوانين الأجنبية (٣) ينص على أحكام خاصة للمبارزة ويعتبرها جريمة قائمة بذاتها حق لا يعامل المتبارز معاملة القاتل الذى وقع منه اعتداء مصحوب بنية الإجرام كما أن هذه القوانين تعتبر الاتفاق السابق على المبارزة الذى بمقتضاه يسمح كل من المتبارزين للآخر بأن يقتله بغير صفة القصد وإجرام الفعل . كالقانون البلجيكي فى المواد ٤٢٣ إلى ٤٣٣ وقانون العقوبات الألمانى فى المواد ٢٠١ إلى ٢١٠ ، وكذلك القانون البولونى (م ٢٣٨) وقانون العقوبات الإيطالى فى المواد ٣٩٤ إلى ٤٠١ ، وقد نص على عقاب الدعوة إلى المبارزة بالغرامة ، وعلى الجروح الناشئة من المبارزة

(١) شرح قانون العقوبات المصرى الجديد للدكتورين السعيد مصطفى السعيد ، محمد كامل مرسى ص ٢٨٨ مكتبة جمعية الاقتصاد تحت رقم ٣٤٤٤٧٠ ، الدكتور السعيد مصطفى السعيد فى الأحكام العامة فى قانون العقوبات ص ٢٣٩ وما بعدها ، ط ٤ مكتبة كلية الشريعة تحت رقم ١١٠ ، د. على بدوى فى الأحكام العامة فى قانون الجنائى ط ١٩٣٨م ج ١ الجريمة ص ٣٩٠ وما بعدها ، الأستاذ محمود إبراهيم إسماعيل فى شرح الأحكام العامة فى قانون العقوبات بند ٣٠١ مكتبة حقوق القاهرة تحت رقم ١٧٣ / ٣ ، جندى عبد الملك فى الموسوعة الجنائية ج ٥ ص ٨٩٣ وما بعدها بنود ٣٥٤ إلى ٣٥٩ / ج ١ أيضاً د. حسن أبو السعود فى كتاب قانون العقوبات المصرى (القسم الخاص) مكتبة جمعية الاقتصاد تحت رقم ٦٢٨٦ ، د. محمد كامل مرسى فى شرح قانون العقوبات (القسم العام) مكتبة جمعية الاقتصاد تحت رقم ٣٧٩٢ وقد أشار إلى جارسون م ٢٩٥ نبذة ١٥٤ وما بعدها ، نقض فرنسى ٢٢ يونيه ١٧٣٧ سبرى ٣٧ ، ٣٨ - ١ - ٤٦٥ و ١٥ ديسمبر ١٨٣٧م ، وأحمد أمين بك فى شرح قانون العقوبات الأهلى - القسم الخاص ص ٣٩٠ ط ١٣٤٢ هـ - ١٩٢٣م .

(٢) جندى عبد الملك فى الموسوعة ج ٥ ص ٨٣٩ .

(٣) جندى عبد الملك المرجع السابق الإشارة إليه .

بالأشغال الشاقة من سنه إلى خمس سنوات . والقانون السويسرى المادة (١٣٠) وما بعدها (١) .

(٣) ومن القوانين ما لم ينص على بيان حكم مسئولية المتبارز ، كالقانون المصرى والقانون الفرنسى ، ويرى فقهاء قانوننا (٢) وجوب تطبيق الأحكام الخاصة بجرائم القتل والجرح والضرب فيه على الأفعال الناشئة عن المبارزة ، فمن يبارز غيره ويقتله يعاقب على جريمة القتل العمد . وإذا بدأ كل منهما فى القيام بدوره ولكن لم ينتج عن المبارزة شئ سئل كل منهما عن الشروع فى القتل العمد وقصد القتل أمر شخصى يقدر بالنسبة لكل طرف من طرفى المبارزة على حده طبقا لظروف الواقعة وسلوكه بصرف النظر عن اتفاقه مع الآخر ، وقد تكون نية القتل مقترنة بسبق الإصرار كما هى الحال فى أكثر حالات المبارزة (٣) .

أما إذا لم يقصد الطرفان أن يذهبا فى القتال إلى حد الموت بل اقتصر على الوصول إلى هزيمة أحدهما ، كانت الجريمة جرحا عمدا أو جرحا أفضى إلى عاهة مستديمة أو إلى الوفاة تبعا للنتيجة التى انتهت إليها المبارزة ، وبحسب توفر سبق الإصرار فى هذه الجرائم وعدم توفره ، فإذا لم يصب أحد منهما بضرب أو جرح ، فكل منهما يكون مرتكبا على الآخر مخالفة تعد أو إيذاء خفيف (٤) . وكذلك تطبيق قواعد الشروع والاشتراك فى الجرائم عند توفر شروطهما على حالات المبارزة . فتجب المعاقبة على الشروع فى القتل متى ثبتت نية القتل العمد وتوافر بقية أركان الشروع ، وكذلك تسرى مبادئ الاشتراك على شهود المبارزة والقائمين على تنظيمها وعلى إعداد الأسلحة والأمكنة لها ، سواء كانت قتلا عمدا أو شروعا فيه أو جرحا عمدا أو إيذاء بسيطا (٥) .

(١) الأستاذ محمود إسماعيل ، جندى عبد الملك فى المراجع السابق الإشارة إليها ، د. السعيد مصطفى السعيد وقد أشار فى الهامش (٢) ص ٢٤٢ إلى أن الموضوع ليس له فى الواقع أهمية عملية فى مصر لندرة الحالات التى تعرض فيها المسألة .

(٢) جميع المراجع السابق الإشارة إليها ، وينظر فى تفصيل ذلك إلى د. على بدوى فى المرجع السابق الإشارة إليه .

(٣) د. على بدوى فى المرجع السابق الإشارة إليه .

(٤) د. على بدوى فى المرجع السابق وقد أشار إلى أن القضاء الفرنسى قد حكم بأن جريمة الإيذاء أو استعمال العنف قد تتوفر بارتكاب عمل مادي يخلق المجنى عليه ولو لم يمس جسمه كتصويب مدس أو إشهار سيف عليه وهذه الجريمة تعتبر جنحة فى القانون الفرنسى .

(٥) د. على بدوى وقد أشار إلى أن محكمة النقض الفرنسية قررت عدم عقاب الشهود إذا ثبت أنهم لم يحضروا المبارزة إلا لتخفيف أخطارها وأنهم بذلوا جهودا لمنعها إذ لا يتوفر القصد الجنائى لديهم فى هذه الحالة .

وبالنسبة للقانون الفرنسي فليس فيه نص يحدد مسؤولية المتبارز - وقد كانت المبارزة توصف في العهد الفرنسي القديم بأنها جريمة اعتداء على سلطة الملك . وكان عقابها الإعدام لمن لم يمت والمصادره ومحكمة جثة من مات فيها ، ومنذ عهد الثورة الفرنسية لم يتعرض التشريع الجنائي للمبارزة بنص ما .

وقد قضت أحكام محكمة النقض هناك فترة من الزمن بعدم مسؤولية الجاني في المبارزة ما دام محترماً أصولها . وبنت أحكامها بزوال المسؤولية فيها وعدم العقاب عليها على رضا الطرفين واختلاف القصد فيها عنه في القتل العادي (١).

ولكنها في سنة ١٨٣٧م وعملاً بالمذهب الغالب في الفقه أقرت في شأن المبارزة اتباع المبادئ العامة في القتل العمد والجروح ونفت كل أثر قانوني لرضاء الطرفين بنتائج المبارزة (٢) ثانياً : في الفقه الإسلامي :

والمبارزة في الفقه الإسلامي هي قتال بين طرفين قد يكون بسابق اتفاق بينهما وقد ينشب دون سابقة اتفاق ولا يشترط فيها أن تكون بسلح معين (٣) فقد تكون بالأيدي أو العصي أو السلاح ، والقصد من المبارزة إما أن يكون مجرد إظهار المهارة والتفوق دون قصد الإيذاء ، وهي بهذه الصفة تكون نوعاً من ألعاب الفروسية التي تبيحها الشريعة الإسلامية . وإما أن يكون المقصود بها الإيذاء بأن يحرص كل من المتبارزين على قتل صاحبه ، وقد ينوي أن يجرحه حتى يعجزه عن المبارزة ، وفي هذه الحالة تجب التفرقة بين أمرين :

الأمر الأول :

أن تكون المبارزة في وقت حرب ومع حربي أو باغ - لأن البغاة تهدر دماؤهم وقت الحرب فإن الشريعة تبيح المبارزة بقصد إيذاء الخصم ، وتبيح قتله وجرحه لأن دمه مهدر .

(١) د. علي بدوي في المرجع السابق الإشارة إليه .

(٢) الأستاذ محمود إسماعيل وقد أشار إلى نقض فرنسي ، الدوائر المجتمعة في ١٥ / ١٢ / ١٨٣٧م سيرى ١٨٣٨ - ١ - ٥ ، جندي عبد الملك في الموسوعة ج ٥ وقد أشار إلى نقض فرنسي في ٢٢ يونيو ١٨٣٧م سيرى ١٨٣٧ - ١ - ٤٦٥ وموسوعات دالوز تحت كلمة Duel ن ١٠٧ ونقض فرنسي بدوائر مجتمعة في ١٠ ديسمبر ١٨٣٧م سيرى ١٨٣٨ - ١ - ٥ وموسوعات دالوز ن ١٠٨ ، د. حسن أبو السعود في المرجع السابق الإشارة إليه وقد أشار إلى جازو ن ١٩٢٩ وما بعدها ، جازو ن ١٩٣٠ حيث يرى (جازو) أن الاتفاق السابق يبرر أن تجعل المبارزة جريمة خاصة ويشاطرها جارسون نفس الرأي ٢٩٥ ن ١٥٨ . كما أشار أيضاً إلى نقض فرنسي ٢٢ / ٦ / ١٨٣٧م س ٣٧ / ١ / ٤٦٥ - جازو ن ١٨٣١ ، جارسون م ٢٩٥ و ١٥٧ و ١٧٠ - ١٧٣ ، نقض ٢ / ٩ / ١٨٤٧م س ١٨٤٨ - ١ - ٤٥٨ ، د. السعيد مصطفى السعيد في المرجع السابق الإشارة إليه . وقد أشار إلى جارسون مادة ٢٩ رقم ١٥٤ وما بعده . ورسالة محمد عبد العزيز بدر ص ١٤٧ وما بعدها ، كما أشار إلى فيدال ومانبول ج ١ رقم ٢٣٧ ودونديو دوفابر رقم ٤٢٢ .

(٣) الأستاذ عبد القادر عودة ج ١ ص ٤٤٨ .

وقد دعى النبي ﷺ للمبارزة يوم أحد فأجاب وأذن لصاحبه فى المبارزة يوم بدر ويوم الخندق والفقهاء يبيحون البراز فى هذه الحالة سواء دعا إليه المقاتل ابتداء أو كان إجابة لدعوة غيره ، خلافاً لأبى حنيفة الذى لا يبيح للمقاتل المسلم أن يدعى للبراز مبتدئاً ، حيث أنه يرى فى ذلك تطاول وبغى . أما بقية الفقهاء فيرون فى الدعوة للبراز ابتداء نوعاً من إظهار القوة وإرهاب العدو (١) .

قال الخطاب (٢) قال ابن المنذر أجمع كل من أحفظ عنه على جواز المبارزة والدعوة إليها وشرط بعضهم فيها إذن الإمام وهو قول الثورى والأوزاعى وأحمد وإسحق ولم يشترط غيرهم وهو قول مالك والشافعى .

كما ورد لأبى يحيى زكريا الأنصارى الشافعى (٣)

" فصل المبارزة " للقتال وهى ظهور اثنين من الصنفين للقتال (مباحة) منا لأن عبد الله بن رواحة وابنى عفراء ﷺ بارزوا يوم أحد ولم ينكر عليهم رسول الله ﷺ وفى الصحيحين عن قيس بن عباد قال سمعت أبا ذر يقسم قسماً أن (هَذَانِ خَصْمَانِ اخْتَصَمَا فِي رَبِّهِمْ) نزلت فى الذين بارزوا يوم بدر حمزة وعلى وعبيدة بن الحارث وعتبة وشيبة بن ربيعة والوليد بن عتبة (فإن طلبها كافراً استحب لمن فيه قوة) بأن عرفها من نفسه (مبارزته) لأن فى تركها حينئذ إضعافاً لنا وتقوية لهم ، قال الماوردى : ويعتبر فى الاستحباب أن لا يدخل بقتله ضرر علينا بهزيمة تحصل لنا لكون كبيرنا .

أما الأمر الثانى :

فهو أن تكون المبارزة فى غير الحرب ومع غير حربى أو باغ ، وأن يكون المقصود بها الإيذاء بالقتل أو الجرح . وهى بهذا المعنى محرمة شرعاً لأن الإيذاء بهذه الأفعال تحرمه الشريعة تحريماً قاطعاً ، والاتفاق السابق عليها لا يغير من وصف الجريمة ولا يعفى كليهما من الإثم .

والدليل على ذلك التحريم ، النصوص العامة التى وردت فى القرآن والسنة بتحريم القتل والجرح منها قوله تعالى : ﴿ وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا ﴾

(١) المرجع السابق وقد أشار إلى الأحكام السلطانية ص ٣١ وما بعدها ، مواهب الجليل للخطاب الجزء الثالث ص ٣٩٥ ، أسنى المطالب الجزء الرابع ص ١٩٢ ، المغنى الجزء العاشر ص ٣٩٤ وما بعدها .

(٢) هو أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربى الأصل المكي المولود المعروف بالخطاب ، مواهب الجليل للخطاب ج ٣ ص ٣٥٩ ط ١ سنة ١٣٢٨ هـ .

(٣) هو شيخ الإسلام والمسلمين زين الملة والدين أبى يحيى زكريا الأنصارى الشافعى فى الجزء الرابع من أسنى المطالب ، شرح روض الطالب ص ١٩٢ وبهامشه حاشية شيخ الشيوخ أبى العباس أحمد الرملى الأنصارى تجريد العلامة الشيخ محمد بن أحمد الشوبرى رحمهم الله أجمعين .

وقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ﴾ إلى غير ذلك من الأدلة التي سقناها عند الاستدلال على تحريم القتل العمد .

على أن هناك نصوصا خاصة بتحريم المبارزة منها :

ما رواه أبو بكره حيث يقول : قال رسول الله ﷺ : " إذا التقى المسلمان بسيفيهما فالقاتل والمقتول في النار فقلت يا رسول الله هذا القاتل فما بال المقتول ؟ قال : إنه كان حريصا على قتل صاحبه " .

كما قال ﷺ : " سباب المسلم فسوق وقتاله كفر " .

وعليه فمن تبارز مع آخر فقتله فهو قاتل متعمد إذا كان متعمدا قتله ، أما إذا كان يتعمد قتله وجرحه فقط فأدى الجرح لموته فهو قاتل متعمد . أما إذا جرحه بقصد تعطيله فقط ، ولم يقصد قتله ، فهو جارج عمدا ، فإن أدى الجرح لموته فهو قاتل شبه متعمد .

وهكذا فإن الشريعة الإسلامية تنظر إلى المبارزة على أنها جريمة في ذاتها . وأنها بقية من بقايا الجاهلية الأولى وتحكم الأقوياء في الضعفاء وجعل الغلبة للقوة ، لا للقانون والنظم الثابتة المستقرة . ولهذا وجبت محاربتها لأنها لا تتفق مع المقررات الاجتماعية التي أساسها أن يكون لفصل بين الناس للقانون والحق والعدالة لا لمجرد القوة الجسيمة فتلك أحكام الغلبة .

ثالثا : في الموازنة بين الشريعة والقانون :

من جميع ما تقدم يتضح أن ما قرره الشريعة الإسلامية منذ قرون ، من تحريم المبارزة وتأييم المتبارزين ، وعدم اعتبار الاتفاق الحاصل بينهما قبل المبارزة ذا أثر على وصف الجريمة ولا على حكم الفعل من الحرمة وتأييم القائمين به .

وقد اتفق معه ما انتهت إليه معظم التشريعات الجنائية التي تعتبر القتل بالمبارزة قتلا عمدا لا فرق بينه وبين أنواع القتل الأخرى ، إذ لا اعتبار برضاء الطرفين الحاصل قبل المبارزة ولا أثر له في وصف الجريمة ولا في المسؤولية الجنائية للفاعل . وكذلك القوانين التي تطبق قواعد القتل والجرح العامه على النتائج الناشئة عن المبارزة كقانوننا المصري والقانون الفرنسي .

أما القوانين التي اعتبرت المبارزة والفعل الناشئ عنها جرائم خاصة يعاقب عليها بعقوبات خاصة غير العقوبات المقررة على جرائم القتل والجرح العمديه ، اعتبارا لرضاء المجنى عليه في المبارزة واعترافا له بأثر يجعل من هذه الجريمة جريمة خاصة فهي تخالف مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي في ذلك .

ونقف في صفوف الداعين من فقهاءنا ^(١) لأولى الأمر أن يضعوا من العقوبات التعزيرية ما هو كفيلا بمنع المبارزة واعتبار الإقدام عليها جريمة .

(١) فضيلة المرحوم الأستاذ محمد أبو زهرة في الجريمة ، ص ٥٣٦ .

الفصل الثاني

تطبيق أثر الرضا على جرائم الاعتداء على الحق في سلامة الجسم
في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي

ويشتمل على خمسة مباحث :

المبحث الأول : الرضا وأفعال الاعتداء على سلامة الجسم في الفقه
الإسلامي والقانون الوضعي .

المبحث الثاني : الرضا وإصابة الشخص نفسه في الفقه الإسلامي
والقانون الوضعي .

المبحث الثالث : الرضا وأعمال التطبيب والجراحة في الفقه الإسلامي
والقانون الوضعي

المبحث الرابع : الرضا والإصابات الناشئة عن الألعاب الرياضية في الفقه
الإسلامي والقانون الوضعي .

المبحث الخامس : الرضا وإسقاط الحمل في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي .

المبحث الأول

الرضا وأفعال الاعتداء على سلامة الجسم

أولا فى القانون :

والحق فى سلامة الجسم من الحقوق العامة التى لا يجوز التصرف فيها (1) ، ولذلك فإن رضاء المجنى عليه فى حالة إحداث الجروح بواسطة آخر لا يبرر عمل الفاعل . كما أن جرائم الضرب والإيذاء تظل غير مشروعة ولو رضى بها المجنى عليه . فيعاقب بمقتضى المواد ٢٠٤ وما بعدها من يحدث بأخر جروحا ولو كان ذلك برضاء المجنى عليه ، وقد نصت المادة ١٢٣ من قانون القرعة الصادر فى ٤ نوفمبر ١٩٠٢م على أن كل من ي تلف عضوا لشخص آخر أو يساعد على إتلافه بقصد أن يجعل ذلك الشخص غير لائق للخدمة العسكرية يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن ثلاث سنوات ويجوز أن تضاف إلى ذلك غرامة لا تزيد عن عشرين جنيها (2).

على أنه إذا كان المساس بالجسد يحقق مصلحة اجتماعية تعلق عما يترتب على هذه المساس من ضرر فإن رضاء صاحب الشأن يبيح الفعل (3) ، وتطبيقا لذلك فإن الطبيب الذى ينقل دما من شخص برضائه يعتبر عمله مباحا على أساس رضاء من نقل منه الدم ، لأن هذا المساس بالجسد من الطبيب ولو برضاء الشخص يترتب عليه حدوث نقص دائم فى سلامة البدن يقلل من الكفاية الاجتماعية للإنسان فى الوفاء بواجباته نحو أسرته وأمته ، فإن رضاء المجنى عليه بالمساس بالجسد على هذا النحو لا يحدث أى أثر فى تجريد سلوك الطبيب من المسؤولية الجنائية ، ولو كان ذلك بقصد تيسير العلاج الطبى للغير . وللعلة نفسها يعاقب الإنسان حتى إذا كان هو المعتدى على نفسه بأن يتر عضوا من أعضاء جسمه تخلصا من الخدمة العسكرية لأنه بذلك يكون قد أخل بالحق العام للدولة فى أن تعول على أبنائها فى الذود عن كيانها " راجع المادتين ٧٢ ، ٧٣ من القانون رقم ٥٠٥ لسنة ١٩٥٥م فى شأن الخدمة العسكرية الوطنية " (4).

(1) د. رمسيس بهنام فى النظرية العامة للقانون الجنائى ط ١٩٦٨م ص ٣٨٨ وما بعدها مكتبة جمعية الاقتصاد تحت رقم ١١٢٨٤ ، د. أحمد عبد العزيز الألفى فى شرح قانون العقوبات الليبى ط ١ سنة ١٩٦٩ مكتبة جمعية الاقتصاد .

(2) د. محمد كامل مرسى فى شرح قانون العقوبات " القسم العام " ص ٢٢٧ بند ٢٨٧ ، مكتبة جمعية الاقتصاد تحت رقم ٣٧٩٢ .

(3) د. أحمد عبد العزيز الألفى ، فى المرجع السابق الإشارة إليه .

(4) د. رمسيس بهنام ، المرجع السابق الإشارة إليه .

وقد تقدم أن الرأي مستقر في الفقه والقضاء - سواء في فرنسا أو في مصر - على أن الرضاء لا يعد سبب إباحة على الإطلاق في شأن جرائم الاعتداء على سلامة الجسم يستوى في ذلك الاعتداء الجسيم والاعتداء اليسير ، ويستوى في هذا الحكم كل وسائل الاعتداء وصوره (١). وعدم الاعتداء بالرضا كسبب إباحة يفسر من ناحية أخرى كيف رأى الفقه والقضاء رضاء المريض غير كاف لكي تقوم عليه إباحة الأعمال الطبية . إذ الرضاء وحده مجرد من كل قيمة قانونية في الإباحة . فاتجه البحث إلى مصدر آخر هو تصريح القانون واقتصر أهمية الرضاء على اعتباره مجرد شرط للتصريح بالعمل الطبي فهو ليس سبب إباحة ولكن مجرد شرط لها . والحق في سلامة الجسم أنه في أصله حق فردي ، إذ للفرد مصلحة يقرها القانون في ألا تعطل وظائف الحياة في جسمه على أية صورة كانت وفي أن يحتفظ جسمه بتكامله وفي أن يتحرر من الآلام البدنية ، إلا أن هذا الحق له جانب اجتماعي هو الغالب على غيره من الجوانب (٢) ، ذلك لأن عددا من المزايا التي يتضمنها هذا الحق هي للمجتمع فلا يستطيع الفرد أن يحرمه منها ، إذ هو غير ذي صفة في ذلك ، ومن مجموع هذه المزايا يتكون حق المجتمع في سلامة جسم كل فرد من أفراده ، واعتراف الشارع بالقيمة الاجتماعية لهذا الحق قد جعلته يحيطه بالحماية الجنائية فكانت هذه الحماية تأكيدا واضحا لجانبه الاجتماعي . وأساس حق المجتمع هنا أن طبيعة النظام الاجتماعي تقتضي أن يكون لكل فرد في المجتمع وظيفته الاجتماعية وهذه الوظيفة تلقى على عاتقه مجموعة من الواجبات ، وهذه الواجبات يقابلها بطبيعية الحال حق المجتمع في اقتضاءها ، ولا يستطيع الفرد أن يقوم بما تقتضيه منه وظيفته الاجتماعية إلا إذا كانت سلامة جسمه مصونه ، فكل اعتداء يمس هذا الحق يقلل في الوقت نفسه من مقدرة صاحبه على القيام بوظيفته ويمس تبعا لذلك المزايا التي يحق للمجتمع أن يقتضيها فيهدر على هذا النحو حق المجتمع فيها . وتكشف الصفة الاجتماعية لهذا الحق في التشريع الوضعي حين يقضى القانون - في سبيل رعاية المصلحة العامة - بإلزام الفرد الخضوع لأفعال تمس سلامة

(١) الأستاذ أحمد أمين بك ، في شرح قانون العقوبات الأهلي - القسم الخاص - ص ٣٩١ ، د. على بدوي في الأحكام العامة في القانون الجنائي ص ٣٨٤ ، دكتور السعيد مصطفى السعيد ، في الأحكام العامة في قانون العقوبات ص ٢١٩ ، د. محمود مصطفى في شرح قانون العقوبات القسم العام ، ص ٢٨٠ ، د. على أحمد راشد في مبادئ القانون الجنائي رقم ٥٢٠ ص ٤٤٢ ، والموجز في القانون الجنائي رقم ٣٢٦ ص ٣٣٦ ، د. محمود نجيب حسني ، في شرح قانون العقوبات ، القسم العام ط ١٩٧٣ ، د. محمد فائق الجوهري في رسالة للدكتوراه عن المسؤولية الطبيعية في قانون العقوبات بنابر ١٩٣٧ مجموعة القواعد القانونية ج ٤ رقم ٣٤ ص ٣١ و ٢٨ مارس ١٩٣٨م ج ٤ رقم ١٨٨ ص ١٨٤ و ١٢ يونيو ١٩٣٩م ج ٤ رقم ٤٠٧ ص ٥٧٦ و ٢٣ أكتوبر ١٩٣٩م ج ٤ رقم ٤١٧ ص ٥٨٥ .

(٢) د. محمود نجيب حسني في مقالة عن الحق في سلامة الجسم ومدى الحماية التي يكفلها له قانون لعقوبات ، في مجلة القانون والاقتصاد مكتبة جمعية الاقتصاد سبتمبر ١٩٥٩م ، العدد الثالث السنة التاسعة والعشرون .

جسمه . كالتحصين الجبرى ضد بعض الأوبئة وخاصة فى وقت انتشارها وفى هذا التحصين مباح فعلى سلامة الجسم وهو أساس لا يبرره سبب الإباحة الذى تخضع له الأعمال الطبية والجراحية ، إذ من شروطه الرضا بالعلاج ، وقد لا يتوفر وهو بالإضافة إلى ذلك غير ذى قيمة قانونية فى هذه الحالات .

وقد تقدم أن تخطى الصعوبة الحقيقية فى هذا الموضوع والتي تمكن فى وضع الحدود الفاصلة بين جوانب الحق التى تكون محلا لارتفاق المجتمع وتلك التى تتحرر من هذا الارتفاق . إنما يكون بأن يتدخل الشارع فيضع المعيار الواضح فى هذا الشأن . وأن الشارع الألماني قد فعل ذلك إذ نص فى المادة (م ٢٢٦ / ١ ع) على أن (من ارتكب إيذاء بدنيا برضا من المجنى عليه فلا يعد فعله غير مشروع إلا إذا كان على الرغم من الرضا به متعارضا والآداب الحسنة) .

وحكم هذا النص واضح فى الاعتراف لرضا المجنى عليه بقيمته كسبب للإباحة فى جرائم الإيذاء البدنى ثم فى تقييد هذه القيمة يكون فعل الاعتداء الذى انصرف الرضا إليه غير متعارض اعتبارات الآداب الحسنة - الضابط الذى يميز فى تقدير الشارع الألماني بين جوانب الحق فى سلامة الجسم الذى يتعلق بها ارتفاق المجتمع وتلك التى لا يتعلق بها (وقد تقدم نقد هذا المعيار لدى الشارع الألماني فى حينه) .

كما تقدم أن قانون العقوبات الإيطالي قد تضمن نصا يحدد قيمة رضا المجنى عليه باعتباره سببا عاما للإباحة هو نص المادة (م ٥٠٠ ع) التى تقضى بأنه " لا عقاب على من يعتدى أو يعرض للخطر حقا إذا رضى بالفعل من له أن ينصرف فى الحق تصرفا صحيحا " وأن حكم هذا النص يسرى على الجرائم كافة ومن بينها بطبيعة الحال جرائم المساس بسلامة الجسد على اختلاف أنواعها .

كما تضمن القانون المدنى الإيطالي نصا يبين حدود سلطة الشخص على جسده هو المادة الخامسة ويقضى هذا النص بأن أعمال التصرف التى ترد على الجسد محظورة إذا كانت تسبب انتقاصا جسديا مستديعا أو كانت مخالفة للقانون أو للنظام العام أو الآداب الحسنة .

ثانيا : فى انفعقه الإسلامى :

تقدم عند بحث المصالح التى تحميها الشريعة الإسلامية ، أن من مقاصد الإسلام الأولى حفظ النفس وحماية حق الإنسان فى الحياة ، وحقه فى سلامة جسمه ، فالشريعة كما تحرم الاعتداء على حياة الإنسان ، وتجعله من أشد الجرائم عقابا تحرم الاعتداء على جسم الإنسان وتجعل من كل فعل يعرض سلامته للخطر جريمة معاقبا عليها .

فجرمت أفعال الضرب والجرح التى تقع من الغير على جسم الإنسان وأعضائه . وجعلت فيها القود فهى من جرائم القصاص والدية والتى عنى بها الشارع الإسلامى وحدد العقوبة عليها

. وما لا قود فيه ولا ارش فلا تمتنع العقوبة التعزيرية عليه إذ لا جريمة بلا عقوبة في الفقه الإسلامي .

وقد رأى طائفة من العلماء أن لا قصاص في الضرب الذي لا يحدث أثرا كالضرب بكف اليد ونحوه مما لا يمكن المساواة فيه . ويجب حينئذ التعزير ^(١) إلا أن المأثور عن الخلفاء الراشدين وغيرهم من الصحابة والتابعين أن القصاص مشروع في ذلك وهو نص الإمام أحمد وغيره من الفقهاء وبه جاءت السنة ، وقال أبو فراس خطب عمر بن الخطاب رضي الله عنه فذكر حديثا قال فيه " ألا أنى والله ما أرسل عمالي إليكم ليضربوا أبشاركم ولا ليأخذوا أموالكم ولكن أرسلهم إليكم ليعلموكم دينكم وسننكم فمن فعل فيه سوى ذلك فليرفعه إلى فوالذي نفسي بيده إذا لأقصنه منه ، فوثب عمرو بن العاص فقال : يا أمير المؤمنين إن كان رجل من المسلمين على رعية فأدب رعيته أنك لتقصنه منه ؟ قال أي والذي نفسي بيده إذا لأقصن منه . أنى لا أقص - وقد رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقص من نفسه . ألا لا تضربوا المسلمين فتذلهم ولا تمنعوهم حقوقهم فتكفروهم " وهذا إذا ضرب الولي رعيته ضربا غير جائز . وفي ذلك مقال واضح لاهتمام الشارع الإسلامي بتجريم أفعال الاعتداء على جسم الإنسان ووجوب القصاص فيها ، حتى إذا كان ذلك من الولي إذا أوقع ضربا غير مشروع بأحد أفراد الرعية أما الأفعال التي تقع على الجسم بفرض المداولة والتطبيب فهي ليست ماسة في الواقع بجسم الإنسان ولا تمثل اعتداء عليه ، وإنما هي أفعال لازمة ومطلوبة لضمان سلامة جسم الإنسان وصيانتته والحفاظ عليه . ولها حكما خاصا في الشريعة الإسلامية مما سوف يأتي بيانه .

على أنه يجب ملاحظة أن الشريعة الإسلامية تحمي جسم الإنسان وتحرم الاعتداء عليه إنما تحميه لا لمجرد ما يتعلق به من حق ارتفاق للمجتمع ، أو مراعاة للأدب الحسنه والشعور العام فقط ، وإنما لأن الأدمى في ذاته مكرم في نظر الشارع الإسلامي وقد فضله الله على كثير ممن خلق تفضيلا يقول تعالى : ﴿ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطُّيُوبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا ﴾ .

فجسم الأدمى مصون في ظل الشريعة الإسلامية من كل ما يشينه ويمثل اعتداء عليه كما أن جسده بعد موته له حرمة وصيانتته إعلاء لكرامة الأدمى . وعلو فضله وعظم شأنه على سائر المخلوقات عند الله صلى الله عليه وسلم .

كما يجدر التذكير بأن عقوبات القصاص والديه مما يجوز فيها العفو من المجنى عليه وأولياء دمه في الشريعة الإسلامية إرساء لمبادئ الأخذ بالعفو ، واتباع بالمعروف ، وارتقاء بالنفس

(1) رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار المعروف بحاشيته ابن عابدين ج ٥ ص ٤٠٧ .

الإنسانية إلى مرحلة السمو الأخلاقي والصفاء النفسى لما يجب أن يكون عليه المجتمع الإسلامى
الفاضل .

وقد تقدم اختلاف الفقهاء حول أثر الإذن بالجرح والقطع فى العقوبة المقررة . عند بحثنا عن
موقع رضاء المجنى عليه من أسباب الإباحة ، وأن الفقهاء قد أجمعوا على أن الأصل فى
الشريعة الإسلامية أن رضاء المجنى عليه بالجريمة وإذنه فيها لا يبيح الجريمة ولا يؤثر على
المسئولية الجنائية للفاعل .

ولأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال عند الحنفية وعصمة المال عندهم تثبت حقاً لصاحبه -
يرى أبو حنيفة وأصحابه أن الإذن بالقطع والجرح يترتب عليه منع العقوبة ، إذ العقوبة على
القطع والجرح محتملة السقوط بالإباحة والإذن أما إذا أدى الجرح أو القطع للموت فيرى أبو
حنيفة أن الفعل قتل عمد وعليه عقوبة القتل العمد إلا أن الإذن يعتبر شبهة تدرأ القصاص فيتعين
أن تكون العقوبة لديه خلافاً لما يراه أصحابه من أن العفو عن الجرح أو القطع عفو عما تولد
منه وهو القتل فلا شئ على الجانى إلا التعزير ^(١) والإذن بالجرح والقطع يسقط العقاب فى
مذهب الشافعى ما لم تر الجماعة عقابه تعزيراً ^(٢) وهو كذلك عند الإمام أحمد لأن للمجنى عليه
الحق فى إسقاط العقوبة وقد أسقطها بإذنه ^(٣) بعد الجرح أو القطع . فإن لم يبرئ المجنى عليه
الجانى بعد الجرح أو القطع فقد وجبت العقوبة المقررة . أما إذا استمر المجنى عليه مبرئاً
للجانى فإن العقوبة المقررة أصلاً تسقط ويحل محلها التعزير فإن أدى الجرح أو القطع للموت
اعتبر الجانى قاتلاً عمداً ووجبت عقوبة القتل العمد ^(٤).

وأساس الاختلاف هنا أن للمجنى عليه وأوليائه العفو عن العقوبة فى القتل والجرح . وهى
القصاص فإذا امتنع القصاص لسبب شرعى حلت محله الدية . وللمجنى عليه وأوليائه أن يعفوا
عن القصاص إلى الدية . وأن يعفوا عن الدية والقصاص معاً . فإذا عفا سقطت العقوبة
المقررة ولم يبق إلى التعزير . ومن قال بإسقاط العقوبة هنا اعتبر الإذن بالجرح أو القطع عفواً
مقدماً ، واعتبره عفواً صحيحاً لأنه استمر حتى تم إحداث الجرح أو القطع ومن قال بعد سقوط
العقوبة اعتبر الإذن السابق باطلاً لأنه لم يصادف محله واشتراط إسقاط العقاب أن يبرئ
المجنى عليه الجانى بعد الجرح أو القطع . وعموماً فمن قال بإسقاط العقوبة هنا لا لأن المجنى
عليه أو أوليائه رضوا بالجريمة وإنما لأن من حقهم العفو عن العقوبة .

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٣٦ و ٢٣٧ .

(٢) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٢٤٨ و ٢٩٦ ، تحفة المحتاج ج ٤ ص ٣٠ ، ٣١ .

(٣) الإقناع ج ٤ ص ٣٧١ .

(٤) الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٢١٣ .

ثالثا : فى الموازنة بين الشريعة والقانون :

لم تجعل الشريعة للرضا أى أثر فى إباحة أفعال الاعتداء على سلامة الجسم ، كما فعلت بعض التشريعات ، كما أنه لم تجعل الآداب الحسنه أو غيرها من المعايير التى لا تنضبط معيارا للتفرقة بين ما يباح من هذه الأفعال بالرضا وما لا يباح ، فضلا عن أنها لا تبيح من هذه الأفعال بالرضا كل ما لا يسبب انتقاصا جسديا مستديما كما فعلت بعض التشريعات الأخرى ، فالشريعة فى عدم إباحتها لهذه الاعتداءات بالرضا على جسم الإنسان إنما تقصد إلى حماية فى ذاته والحفاظ على حريته وكرامته بجانب الأهمية الاجتماعية لذلك تأكيدا لأن حق الإنسان فى سلامة جسمه من الحقوق العامة التى يتولاها الشارع الإسلامى بالحماية كحق الإنسان فى حياته . فلم تقصد الشريعة إلى حماية جسم الإنسان لمجرد أن للمجتمع حق ارتفاق عليه وإنما لأن الأدمى مكرم فى ذاته ، وله فضله فى نظر الشارع الإسلامى ، ولذلك كان فعل الاعتداء على الجسم محرما ولو كان من الشخص نفسه فى حين أن القانون لا يعاقب على هذه الأفعال إلا إذا كان فى العقاب محافظة على صالح المجتمع كعقابه على الأفعال التى تعوق الشخص عن أداء واجب الخدمة العسكرية .

وقد تقدم أن خلاف الفقهاء ورأى بعضهم فى إسقاط العقوبة على الجرح أو القطع بالإذن السابق من المجنى عليه ، لا يرجع إلى أن المجنى عليه أو أوليائه رضوا بالجريمة وإنما لأن من حقهم العفو عن العقوبة .

المبحث الثاني

إصابة الشخص نفسه

أولاً : فى القانون :

إصابة الشخص نفسه حكمها فى التشريع المصرى حكم الانتحار تماماً ، فلا يعاقب القانون إلا على الجروح التى يحدثها شخص بغيره لا الجروح التى يحدثها بنفسه (المواد ٢٤٠ وما بعدها)^(١) واستثناء من هذه القاعدة ينص قانون القرعة العسكرية فى المادتين ٧٢ و ٧٣ من القانون رقم ٥٠٥ لسنة ١٩٥٥م على عقاب كل شخص فرضت عليه الخدمة العسكرية وأُتلف أحد أعضائه أو وافق على إتلافه بقصد التخلص من الخدمة العسكرية . والملحوظ بالعقاب هنا ليس مجرد إتلاف العضو بل محاولة الفرار من الخدمة العسكرية^(٢) . وأما ضرب الغير أو إحداث الجروح به فمعاقب عليها دائماً ولو كان ذلك برضاء المجنى عليه لأن رضاء من وقع عليه الجرح أو الضرب لا يؤثر فى قيام الجريمة .

ويرى بعض فقهاءنا^(٣) أنه إذا كان تصرف الإنسان فى ماله لا يضر فى العادة بأحد ، ومن ثم لا يجرمه الشارع فإن الأمر يختلف فى الأفعال التى تقع على النفس فالمصلحة العامة تقتضى المحافظة على حياة الأفراد وسلامة أجسامهم حتى من أفعالهم فى أنفسهم ومع ذلك لا يجرم القانون هذه الأفعال ويرى فى تعليل ذلك أن وقوع هذه الأفعال من الأمور الشاذة وأن من يلجأ إلى التفريط فى حياته أو سلامة جسمه لا يأبه بعقوبة يهدد بها .

ويرى البعض الآخر أنه إذا كان من حق الفرد أن يطلب السلامة لبدنه وأعضاء جسمه فإن له كذلك أن يحدث بنفسه جروحاً أو يترأب بعض هذه الأعضاء إذا تراءى له ذلك . غير أن حقوق الفرد على نفسه محدودة على رغم ذلك بحقوق الجماعة وبالصالح العام وهى كذلك حقوق موقوفه على صاحبها يباشرها بنفسه إذا أراد ولكنها غير قابلة للتصرف فيها للغير^(٤).

وينبنى على أن إحداث الإنسان بجسمه جروحاً لا يعد جريمة أن من يشترك معه فى هذا الفعل لا يعاقب لأن الاشتراك لا يكون إلا فى جريمة فمن يحرض شخصاً على ذلك أو يتفق معه

(١) شرح قانون العقوبات المصرى الجديد للدكتورين السعيد مصطفى السعيد ، محمد كامل مرسى ، جندى عبد الملك فى الموسوعة الجنائية ج ٥ ص ٨٣٨ بند ٣٥٢ .

(٢) الدكتوران السعيد مصطفى ومحمد كامل مرسى فى المرجع السابق الإشارة إليه ، د. محمود مصطفى فى شرح قانون العقوبات - القسم العام - ط ٦٤ .

(٣) د. محمود محمود مصطفى فى المرجع السابق الإشارة إليه .

(٤) د. على راشد فى القانون الجنائى " المدخل وأصول النظرية العامة " ط ١ سنة ١٩٧٠م .

أو يساعده فيه لا يعاقب أما إذا تجاوز هذا الحد فارتكب عملاً من أعمال التنفيذ ، فإنه يعد فاعلاً أصلياً لأنه يستمد إجرامه عندئذ من فعله هو ولا يخلصه من العقاب رضاء المجنى عليه (١) . ولا عقاب على الشروع في هذه الحالة إذ يفترض الشروع قصداً متجهاً إلى إتمام جريمة ولا جريمة هنا (٢) .

ثانياً : في الفقه الإسلامي :

قدمنا عند بيان حكم الانتحار في الفقه الإسلامي أن جناية الإنسان على نفسه حرام ومنهى عنها في حكم الشارع الإسلامي . وأن الله سبحانه وتعالى قد نهى عن إلقاء الإنسان نفسه فيما يعرضها للهلاك وقد قال تعالى : « وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ » (البقرة: من الآية ١٩٥) فجناية الإنسان على نفسه وإيقاعه الأذى عليها ، سواء أكان ذلك على النفس أم على جزء منها ، أنه محرم ومعاقب عليه في ظل قواعد التشريع الجنائي الإسلامي الذي يعد ذلك جريمة معاقباً عليها.

بل إن مجرد تقتير الإنسان على نفسه في الإنفاق وحجبه عقله عن أن يبأثر مهامه التي خلق من أجلها ، أفعال حرمها الشارع الإسلامي ونهى عنها لأن هذا البنيان هو بنيان الله لا يملكه أحد سواه ولا يهدمه إلا ماله قال ﷺ : " إن هذا الإنسان بنيان الله ملعون من هدم بنيانه " وإذا كانت الشريعة تحرم على الإنسان أن يصيب نفسه بأذى ، فليس له أن يجرح نفسه أو يقطع طرفه أو غير ذلك مما يحرمه الشارع الإسلامي فإن هو فعل شيئاً من ذلك وجب أن يعاقب عليه عقوبة تعزيرية وكذلك أيضاً من يشترك معه في هذا الفعل ، فإنه يعد شريكاً في جريمة معاقب عليها وهو عالم بحرمة فعله وتجريم الشارع الإسلامي له ، فيجب عليه ما يراه ولي الأمر مناسباً من العقوبات التعزيرية في ذلك .

ثالثاً : في الموازنة بين الشريعة والقانون :

وتتفق كثير من التشريعات التي تعاقب على إصابة الشخص نفسه مع ما جاءت به الشريعة الغراء وأقرته في ذلك مراعاة للصالح العام من ناحية . ومحافظة على حياة الأفراد وسلامة أجسامهم من ناحية أخرى تكريماً للأدبي ، وحفاظاً على بنيان الله الذي فضله على كثير من خلق تفضيلاً . وقد جانبت تشريعات أخرى الصواب حين أقرت بغير ذلك ، فلم تجعل من الفعل في ذاته جريمة واجبة العقاب ، ومنها تشريعات الجنائي المصري الفرنسي ، الذي لا يعد من هذا الفعل جريمة إلا بالنسبة لحالات محددة بالنص وأشخاص معينين ، وجعل الفعل فيما سوى ذلك فعلاً مباحاً لا جريمة فيه ولا عقوبة عليه ، بل من فقهاء قانوننا من يرى ذلك حقاً من حقوق

(١) د. محمود مصطفى في المرجع السابق الإشارة إليه .

(٢) د. محمود نجيب حسنى في شرح قانون العقوبات - القسم العام - ط ٣ سنة ١٩٧٣م ص ٢٦٥ .

الإنسان على نفسه التى يجب حمايتها . ولا يصح الاعتراض عليه فيها ، حماية لحقه وصيانة
لحريةته فى الإصابة بل وقتل النفس ، ولا يخفى على كل ذى نظر جسامه هذا الخطأ فى تشريعنا
الجنائى الوضعى فى هذا الخصوص ، وما آل إليه فساد الحال نتيجة ذلك . مما نرى منه اليوم ،
احتراف المرتزقة والكسالى لإصابة أنفسهم وقطع بعض الأعضاء فى جسدكم كسبا لعطف الناس
واجتلابا لشفتهم طلبا لإدراار الصدقة حتى أصبح من الناس من هو متخصص فى ذلك ويتقن
فعله فى ظل حماية القانون وتحت سمع وبصر رجاله .

المبحث الثالث

الرضا وأعمال التطبيب والجراحة

والرضا في هذه الحالات لا يعد سببا مطلقا للإباحة لأن رضا المجنى عليه وحده لا يقوى على إباحة الفعل . ولكنه يعد عنصرا يقوم عليه سبب لإباحتها وبذلك تكون له أهمية قانونية باعتباره يساهم في ببيان سبب الإباحة . فالأعمال الطبية لا يبيحها رضا المريض ، ولكن هذا الرضاء شرط - إلى جانب شروط أخرى - لا غنى عنه لقيام هذه الإباحة كما سوف يتضح كما أن الألعاب الرياضية لا تستند لإباحتها إلى الرضاء ، ولكن شرط لإباحتها أن يرتكب العنف أثناء المباراة . والمبارزة تفترض رضا المشتركين فيها بكل الأفعال التي تقتضيها اللعبة الرياضية .

والقانون إذ يعاقب على الأفعال الماسة بسلامة الجسم ، فيعاقب من يجرح آخر عمدا أو يعطيه مواد ضاره فيقضى به إلى الموت ولو لم يقصد من ذلك قتلا ، كما ينص على عقاب من تسبب في قطع أو انفصال عضو أو فقد منفعته أو كف البصر أو فقد إحدى العينين أو عاهة يستحيل برؤها ، أو مرض أو عجز عن الأشغال الشخصية فترة طالت أو قصرت (١) . فإنه لا يمنع الطبيب من ذلك أو يعاقبه عليه أو يلزمه بالتعويض إن هو فعله في مزاولة المهنة بل إن للطبيب أن يتقاضى أجرا على العلاج الذي قام به ، وعلى العمليات الجراحية التي يجريها ولو لم يشف المريض .

فما السند القانوني لحق الطبيب في ذلك ؟ وفي إعفائه من المسؤولية عن تلك الأفعال ؟ وهل لرضا المريض دخل في ذلك ؟

لقد أثار هذا الموضوع كثيرا من المناقشات والأبحاث واختلف الشراح في التكييف القانوني لعدم مسؤولية الطبيب عن الأضرار التي تحدث في أثناء مزاولة لمهنته (٢) .

(١) مواد ٢٣٦ و ٢٤٠ - ٢٤٢ و ٢٦٥ ع .

(٢) على يدوى بك في الأحكام العامة في القانون الجنائي ص ٤٠١ وما بعدها ، د. محمود محمود مصطفى في مقاله عن مسؤولية الأباء والجراحين الجنائية في مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الثامنة عشرة عدد ٢ ص ٣ ، ٢ ، ٣ ، د. على راشد في المدخل وأصول النظرية العامة في القانون الجنائي ط ١ سنة ١٩٧٠م ص ٥٤٥ وما بعدها . د. محمد فائق الجوهري في المسؤولية الطبية في قانون العقوبات يناير ١٩٥٢م مكتبة كلية الشريعة تحت رقم ١٠١٨٦ ، وقد أشار إلى المراجع السابقة ، جارسون م ٦٤ ن ١٢٦ فون ليست ج ١ ص ٢٢٧ هامش ٤ ، مانسن ص ٤٨ وما بعدها .

فهل يرجع السند القانوني لإعفاء الطبيب من المسؤولية في هذه الأحوال إلى العادة (١) ؟ أو إلى حالة الضرورة (٢) ؟

(١) وقد أشار د. محمد فائق الجوهري إلى ما ذكره مانسن ص ٥٥ من أن " أوينم " هو الذى يرى أن العادة هي سبب الإعفاء من المسؤولية عن الأضرار التي تحدث من الأطباء في أثناء المزاولة العادية للمهنة والعادة لغة ما تستقر عليه النفس من الأمور بتكرار ممارستها . وهي في الاصطلاح القانوني : القاعدة القانونية التي تنشأ وتثبت باستمرارها مدة من الزمن - وتتحول هذه القاعدة إلى عرف له قوة القانون إذا كانت قديمة وعامة وثابتة وظاهرة ونافاذة بين الناس ، ولا تتعارض مع التشريع القائم أحمد صفوت باشا في مقدمة القانون ط ٢ مطبعة القاهرة ١٩٢٤م ص ٩٦ - ١٠٠ ، الدكتور محمد على عرف في مبادئ العلوم القانونية ، مكتبة عبد الله وهبه ١٩٤٢م ص ٥٣-٤٩ . وقد سلم القانون في كثير من نصوص بحكم العادة فهي مصدر كثير من الأحكام في القانون الدولي . وقد جرت العادة منذ القدم على إعفاء الطبيب من المسؤولية عن الأضرار التي يسببها لمرضاه في مزاولته العادية لمهنته . فلم يكن الطبيب يسأل عن قدماء المصريين إذا عالج المريض طبقاً للأصول المدونة في السفر المقدس ولو مات المريض بهذا العلاج . كما أن اليهود ساروا على أن لا مسؤولية على الطبيب الذي أعطى له التصريح بالعلاج طالما أنه سائر على أصول المهنة . كما أن الإغريق كانوا يقولون بمسائلة الطبيب فقط في حالات الإهمال والخطأ - كما نص القانون الروماني والقانون الكنسي على أن الطبيب يعاقب إذا أهمل إذا أخطأ مما يدل على إعفائه من المسؤولية في الحالات التي لا يقع منه فيها خطأ ولا إهمال . كما قرر فقهاء المسلمين أن لا ضمان على الطبيب الحاذق الذي أذن له المريض بعلاجه فأعطى الصنعة حقها ولم تجن يده ولا تولد عن فعله تلف العضو أو النفس .

غير أن العادة وإن كانت أول مصادر القانون ، فقد فقدت تأثيرها في العصر الحالي وحلت محلها السلطة التشريعية التي تقوم الآن بسن القوانين اللازمة . وليس للعادة على وجه الخصوص من تأثيرها على قانون العقوبات فإن من المبادئ المقررة في القوانين الحديثة أن لا جريمة إلا بقانون ولا عقوبة بغير نص . فلا يمكن أن تنشأ جريمة ولا نوع من العقاب بالعرف . كما أن قانون العقوبات لم ينص على أن العادة من أسباب الإباحة وموانع العقاب ، حتى يصح القول بأنها يمكن أن تكون سندا قانونيا لإعفاء الطبيب من المسؤولية .

لذلك نجد أن العادة أو العرف لا تصلح لأن تكون سندا قانونيا لإعفاء الطبيب من المسؤولية عن الحوادث التي يمكن أن تقع منه في مزاولته العادية لمهنته . وفي ذلك يقول كاهل إننا إذا كنا نبيح للطبيب أن يجرح الناس أو يعطيهم الأدوية الضارة فإن ذلك لا يرجع إلى العادة ، لأن العادة لا تعفى الطبيب من المسؤولية إذا أجرى العملية في ظروف غير ملائمة . وفي ذلك أيضا يقول فون ليست أن من الخطأ أن نقول بأن هناك عرفا قانونيا يعفى الأطباء عن نتائج علاجاتهم .

(٢) وصاحب هذه النظرية هو الأستاذ كارول ستوس بجامعة فينا في بحث له في طبيعة أعمال الطبيب في القانون الجنائي ، منشور بالألمانية في سنة ١٨٩٩م ومشار إليه في مانس ص ٤٩ وما بعدها . ويرى أن إعفاء الطبيب من المسؤولية من حوادث العلاج التي تنجم في المزاولة العادية لمهنته إنما ترجع لحالي الضرورة التي تنص عليها جميع القوانين كسبب من أسباب انعدام المسؤولية ، ولا ريب أنه في أحوال عديدة يمكن الاعتماد

أو إلى رضاء المريض (١) ؟ أو إلى انتفاء القصد الجنائي لدى الطبيب (٢) ؟ أو إلى مشروعية الغرض الذي يرمى إليه الطبيب وهو شفاء المريض (٣) ؟ أو إلى إذن القانون (٤) ؟ أو إلى أسس مختلفة من كل ذلك في وقت معا ؟

وغالبية الشراح على أن حق الطبيب في العلاج ، أو عدم مسؤوليته عن الأضرار التي تترتب على علاجه ، لا يرجع إلى أساس واحد ، بل إلى أسس مختلفة عددها روزنبرج الألماني في

على حالة الضرورة في إعفاء الطبيب من المسؤولية وذلك عندما ينقذ الطبيب أو الجراح حياة المريض بأن يحدث به ضررا أقل . ولكن حالة الضرورة يمكن أن تعفى حتى غير الطبيب من المسؤولية عن الأعمال الطبية التي ترغمه الظروف على إتيانها كما أن حالة الضرورة لا يمكن أن تعفى الطبيب من المسؤولية إلا في = الأحوال المحدودة التي تتوفر فيها جميع الشروط اللازمة قانونا لقيام حالة الضرورة المانعة من العقاب كما تنص المادة ٦١ ع مصري من أنه يجب للإعفاء بسبب الضرورة أن يكون الخطر جسيما أي أن يكون هناك خوف معقول من الموت أو إصابة خطيرة ، كما يجب أن يكون هذا الخطر حالا . ويبدو أن الأستاذ كارل نفسه صاحب النظرية لا يطمئن إليها تمام الإطمئنان فهو لا يكتفى بالضرورة وحدها سندا للإعفاء فهو يتكلم مع شرحه لهذه النظرية عن الغرض الذي يرمى إليه الطبيب . وعن انتفاء نية الإيذاء لديه . وعن حق الاحتكار المعطى للأطباء في العلاج وعن رضاء المريض .

(١) وسوف يأتي في ذلك بعض تفصيل وقد يكون رضاء المريض عنصرا هاما من عناصر نفي المسؤولية عن الطبيب في بعض الأحوال . ولكنه ليس كل شيء ، ثم هو لا يصلح لأن يكون سندا قانونيا في إباحة الأعمال الطبية ولو أننا اعتبرناه كذلك لترتب عليه أن يتيح العلاجات الطبية والعمليات الجراحية التي يجريها أي شخص ولو كان غير مختص بذلك ما دام المعول عليه هو مجرد رضاء المريض ، ولا يخفى ما يترتب على ذلك من الأضرار وهو قول لا يتفق مع صالح المرضى ، ولا مع الصالح الاجتماعي بوجه عام .

(٢) كما رأى بعض الباحثين أن السبب في اعتبار الطبيب غير مسئول عن الأضرار التي يحدثها في المزاولة العادية لمهنته يرجع إلى عدم توافر القصد الجنائي لديه عند قيامه بالأفعال التي تترتب عليها هذه الأضرار ، لأنه ليس يقصد من الإصابات التي يحدثها بالمريض إلا شفاؤه ، على حين أنه في الإصابات الأخرى التي يعاقب عليها القانون يحدو المتهم الحقد أو الغضب أو ما شاكل ذلك من عواطف السوء ويكون غرضه الإضرار بالمجنى عليه .

(٣) ويقرر هذا الرأي ديتريتش كما يأخذ به فون ليست في تفصيل كثير . وعيب هذا الرأي أنه قد يصلح بيانا للحكمة في إجازة أعمال الطبيب ، ولكنه لا يصلح سندا قانونيا دقيقا لهذه الإجازة . إذ أن فيه نوعا من التعميم يجعله غير صالح للتفرقة بين أعمال الطبيب وغير الطبيب ثم أنه يترك حرية واسعة لكل منهما في أن يعمل ما يشاء ما دام عمله يتفق مع ما يبدو من غرض الشارع في العمل على حفظ الصحة واستعادتها وطالما أنه قد أجرى طبقا لقواعد الصحة والفن الطبي .

(٤) ويرى أصحاب هذا الرأي أن الإعفاء الذي يتمتع به الطبيب من المسؤولية عن الأضرار التي تحصل في أثناء مزاولته العادية لمهنته يرجع إلى القوانين التي تنظم مهنة الطب على فئة معينة من الناس قد أباحت لهم بذلك أن يجرؤا جميع الأعمال التي تؤدي إلى الشفاء ، ورفعت عنهم مسؤولية ما يمكن أن يعد من هذه الأفعال مخالفا للقانون .

بحثه في " العلاجات المعاقب عليها " فقال أن واجب معالجة المرضى يقوم تبعاً للظروف على أسس مختلفة منها القانون ، وترخيص الدولة ، والعقد . فضلاً عما يخضع له هذا الحق من اللوائح الإدارية أو القضائية (١).

كما عددها " ريتشارد شميث " فقال أنه لأجل تقدير مسؤولية الطبيب يجب أن ننظر ، هل العملية قد أجريت برضاء المريض مباشرة ؟ أو بطريق غير مباشر ؟ وهل قد أجريت طبقاً لما تقتضى به حالة المريض الصحيه ، وأخيراً هل لوحظت فيها قواعد المهنة الطبية ومقتضيات اللوائح الإدارية (٢) ؟

كما أخذ بذلك في فرنسا جارسون وجارو ولابوردي لأكوست وفيدال وهيمار ، وبه قال الشراح المصريون فيقرر الأستاذ أحمد أمين أن لرضاء المريض شأنًا خاصاً في العمليات الجراحية ، وأن أعمال الأطباء مباحة بشرط أن يكون القصد منها مشروعاً وهو شفاء المريض (٣) وقال الأستاذ على بدوى أنه واضح من الأسلوب الذى نظمت به هذه المهنة ومن الغرض الذى شرعت من أجله أن سبب الإباحة الذى يكفل أداءها يقتضى لقيامه توفر شروط ثلاثة :

(١) أن يكون تدخل الطبيب منصرفاً على العلاج لا إلى غاية أخرى .

(٢) وأن يعمل الطبيب طبقاً لأصول المهنة الطبية .

(٣) وأن يكون تدخله بناءً على رضاء المريض أو إذن وليه إذا كان قاصراً أو معوها (٤).

فإذا فقد واحداً منها زال هذا السبب وأصبح عمل الطبيب غير مشروع وحوسب عليه جنائياً . وقال الأستاذ مصطفى القللى أن حق الطبيب فى التعرض لجسم الغير ليس مطلقاً بل إنه مقيد بوجود الشخص فى حالة مرض ما ، وبرضاء المريض صراحة أو ضمناً أو رضاء من يقوم مقامه إذا كان معدوم الرضا (٥).

ويقول الدكتور على راشد أن مزاوله مهنة الطب والجراحة مقيدة بثلاث قيود :

١- القيد الأول موضوعى وهو حسن النية ، أن تكون الغاية هى العلاج .

٢- والقيد الثانى شكلى أو تنظيى وهو ضرورة الحصول مسبقاً على ترخيص قانونى من الجهة المختصة لمزاولة المهنة بصفة عامه .

(١) د. محمد فائق الجوهري فى المرجع السابق الإشارة إليه وقد أشار إلى أن ذلك مشار إليه فى مانسن ص

٥٨ .

(٢) المرجع السابق الإشارة إليه ومانسن ص ٦٦ .

(٣) أحمد أمين بك فى شرح قانون العقوبات الأهلى ص ٣٩١ و ٣٩٢ .

(٤) د. على بدوى فى الحكام العامه فى القانون الجنائى ص ٤٠٤ - ٤٤١ .

(٥) د. القللى فى تعليق له حكم لمحكمة النقض فى مجلة القانون والاقتصاد س ٢ ص ٣٢٥ - ٣٢٦ .

٣- والفيد الثالث عرفى وهو ضرورة الحصول على إذن المريض أو المصاب صراحة أو دلالة (١).

وبهذا يبين أن رضاء المريض لا يقوى وحده على إباحة الأعمال الطبية ولكنه يعد عنصرا يقوم على سبب إباحتها فهو شرط إلى جانب شروط أخرى - لا غنى عنه لقيام هذه الإباحة والرضا المبيح لهذه الأفعال أو النافى للمسئولية يرى البعض أنه يشترط لصحته فى القانون الجنائى أن يكون المريض قد بلغ سن الأهلية الكاملة ، ويجب أن يغلب رأى الولى أو الوصى ما دام الطفل قاصرا أو على الأقل تحت إشراف والديه إلى أن يبلغ سن الرشد ، فلا يجوز إجراء علاج لقاصر بغير رضاء من لهم السلطة أو الإشراف عليه (٢).

وذهب غالبية الشراح إلى أنه لا ارتباط بين الأهلية فى قبول العلاج والأهلية شرعا فلا يشترط أن يكون المريض كامل الأهلية حتى يعتد برضائه (٣).

كما أن الرضاء بالعمل الطبى أو الجراحى يجب أن يصدر من المريض ذاته ما دام مدركا واعيا ، ولا يغنى عن رضاء هذا المريض رضاء أبيه أو رضاء رئيس العائلة كما أنه لا يغنى عن رضاء الزوجة رضاء زوجها ما دامت مدركة واعية (٤) . كما يجب أن يكون الرضاء قاصرا على هذا العلاج أو العملية بعينها ولا شك أن من حق الطبيب أن يجرى فى أثناء العملية المتفق عليها أية عملية أخرى يتضح لزومها لإنقاذ حياة المريض .

ويجب أن يصدر رضاء المريض بالعمل الطبى أو الجراحى عن إرادة حرة وعلم صحيح وأن يكون قبل الفعل ويظل حتى الساعة التى يجب أن يجرى فيها هذا العمل وكما يصح أن يكون الرضاء كتابية يصح أن يكون بالقول خلافا لبعض النظم التى تنص على ضرورة أن يثبت رضاء المريض كتابية كبعض الولايات الأمريكية .

وهناك أحوال معينة تعد استثناءات على شرط الرضاء يمكن للطبيب فيها أن يتجاوز عن رضاء المريض ، وتلك هى الأحوال التى يقضى فيها نص قانونى عام أو خاص بمثل هذا

(١) د. على راشد فى المدخل وأصول النظرية العامة ط ١ سنة ١٩٧٠م ص ٥٤٥ وما بعدها .

(٢) د. محمد فائق الجوهري ويشير إلى فون ليست ص ٢٤٦ وعبد العزيز بدر ص ٥٨ - ٦٠ وبلانيول جزء ٦ بند ٥٢٦ ، وروش ص ٢٦ ، وحكم محكمة لبيج فى ٢٧ نوفمبر ١٨٨٩م (بلجيكا القضائية ١٨٩٠ - ٤٧١ وسيرى ١٨٩٥ - ٢ - ٢٣٧ هامش ١ وباريس فى ٢٨ يونيو ١٩٢٣م ، دالوز ١٩٢٤ - ٢ - ١١٦) .

(٣) المرجع السابق الإشارة إليه . وأشار إلى ساهو ص ٧٣ . ورالييه ص ٩٣ ولاكاس ن ١٦٧ ومازان ص ١٣٨ وديفلو ص ١٢٧ وبلانس روديه ص ٧٧ وما بعدها . ومقال أندريه جاك بعنوان الاتفاقات الخاصة بالشخص الطبيعى فى المجلة الانتقادية للتشريع والقضاء سنة ١٩٣٣ ص ٣٨٨ . ومقال جارو ولابوردي لأكوست فى المجلة العامة للقانون ن ٨ ص ١٣٥ . ومقال دونيديو دى فابر فى النشرة الطبية الشرعية سنة ١٩٣١ ص ٤١٢ - ٤١٥ .

(٤) د. محمد فائق الجوهري وقد أشار إلى مانسن ص ١٦٣ .

التجاوز ولصالح المريض ذاته أو لصالح عام يدعو إليه كوقاية الجماعة البشرية أو الأجيال المقبلة من الأمراض أو الأخطار - أو صيانة الحياة الاقتصادية ، أو الدفاع عن الدولة ، أو تحقيق العدالة . من ذلك أن يكون المريض فى حالة من الخطورة تبرر طبقاً للمادة ٦١ ع الخاصة بأحوال الضرورة ما يجرى لإنقاذ حياته ولو كان ذلك على الرغم منه . كذلك ما نصت عليها القوانين واللوائح الخاصة بعلاج المصابين بأمراض معدية ، وحجز المصابين بالأمراض العقلية وعلاج العمال الذين يصابون بسبب العمل ورجال الجيش والمتهمين والمحكوم عليهم .

ثانياً : فى الفقه الإسلامى :

تعلم فن الطب فرض من فروض الكفاية فى الشريعة الإسلامية وواجب على كل شخص لا يسقط عنه إلا إذا قام بغيره . وذلك لحاجة الجماعة للتطبيب ولأنه ضرورة اجتماعية . وإذا كان تعلم الطب واجباً والغرض منه هو التطبيب فإن التطبيب أيضاً يعتبر واجباً كفائياً كلما وجد أكثر من طبيب فى بلدة واحدة . فإن لم يوجد إلا طبيب واحد فالتطبيب فرض عين عليه . ومن ثم فإن الطبيب لا يكون مسؤولاً عما يؤدى إليه عمله قياماً بواجب التطبيب لأن الواجب لا يتقيد بشرط السلامة كما هى القاعدة المقررة .

ولكن لما كان أداء هذا الواجب والنجاح فيه يتوقف على مدى اجتهاد الطبيب العلمى والعملى وحسن نيته فى علاج المريض ، وأن ذلك متروك لاختيار الطبيب وحده وسلطانه الواسع وحرية فى اختيار الطريقة والكيفية التى يؤدى بها عمله ، مما جعله أشبه بصاحب الحق منه بمؤدى الواجب .

فقد ثار التساؤل والبحث : هل يسأل الطبيب جنائياً عمله إذا أدى ذلك إلى نتائج ضارة بالمريض ؟

وقد أجمع الفقهاء على عدم مسئولية الطبيب الحاذق إذا أدى عمله إلى نتائج ضارة بالمريض ، فلا يسأل الطبيب عن هذا الضرر ما دام المريض قد أذن له بعلاجه ، ولم يقع من الطبيب خطأ فى هذا العلاج ، بل كان الضرر الحاصل نتيجة أمر لم يكن فى حسابان الطبيب مما لا يمكن توقعه ولا تفاديه ^(١) . ويعتبر فعل الطبيب فى هذه الحالة من قبيل الفعل المشروع الذى قد يؤدى إلى الموت . ويكون الموت فى هذه الحالة بالسراية كقطع اليد قصاصاً أو حدا سرت فيه الجراحات فمات المقطوع ، وذلك مع الاحتياط لمنع حدوث ذلك ، وقد اتفق الفقهاء على أن الموت إذا جاء نتيجة لفعل واجب مع الاحتياط وعدم التقصير لا ضمان فيه ، كما تقدم أن عمل الطبيب

(١) زاد المعاد فى هدى خير العباد لأبى عبد الله بن القيم الجوزية ، مطبعة محمد على صبيح ١٩٣٤م ج ٣ ص ١٤٥ ، ١٤٦ ، ومعين الحكام ص ١٩٨ ، تبين الحقائق ج ٥ ص ١٣٧ ، الأستاذ عبد القادر عوده فى التشريع الجنائى الإسلامى ج ١ ص ٥٢٠ وما بعدها ، مقال الشيخ عبد العزيز المرعى فى مجلة الأزهر مجلد ٢٠ ص ٤٠٨ وما بعدها مقال للشيخ محمد على النجار فى مجلة الأزهر مجلد ٢٠ ص ٥٣ وما بعدها .

عند الإذن بالعلاج أو عند طلبه بعد واجبا . ويشترط لعدم مسئولية الطبيب هنا توافر شروط معينة هي أن يكون الفاعل طبييا مأذونا له في ممارسة العمل وأن يأتي الفعل بقصد العلاج وبحسن نية . وأن يؤدي عمله طبقا للأصول الطبية وأن يأذن له المريض أو من يقوم مقامه كالولي في ممارسة العمل^(١).

فالمفروض في الطبيب أنه يقصد بعمله نفع المريض بحسن نية ، فإن تبين أن قصده الإضرار وأنه سئ النية في عمله فهو مسئول عن ذلك جنائيا ومدنيا لأن فعله في هذه الحالة يقع فعلا محرما معاقبا عليه . أما إذا كان حسن النية متحرزا ثم أخطأ في عمله فإنه لا يسأل عن خطئه إلا إذا كان الخطأ فاحشا بأن لا تقره أصول فن الطب ولا يقره أهل العلم بهذا الفن . كما يشترط لرفع المسؤولية عن الطبيب أن يأتي الفعل بإذن المريض أو بإذن وليه أو وصيه . أو الحاكم باعتباره ولي من لا ولي له . كما اشترط مالك لانتفاء المسؤولية عن الطبيب أن يكون على درجة معينة من العلم وأن تتوفر فيه مؤهلات خاصة حتى يرخّص له ولي الأمر ويأذن له الحاكم في مباشرة التطبيب . أما من تطيب فإنه يكون مسئولا عن عمله لقوله ﷺ : " من تطيب ولم يعرف الطب فهو ضامن " فإن قصد العدوان والإضرار فهو متعمد : وإن لم يقصد الإضرار بالمريض ولا العدوان فهو مخطئ على رأى ومتعمد على رأى ، والأول هو الراجح^(٢).

وقد رتب العلماء على ذلك أن الطبيب الجاهل إذا أوهم المريض بعمله فأذن له بعلاجه لما ظنه من معرفته فمات المريض أو أصابه تلف من جراء هذا العلاج . فإن الطبيب يلزم بدية النفس أو بتعويض التلف على حسب الأحوال^(٣) . ولكنهم ينعون عنه القصاص إستنادا إلى أن الطبيب الجاهل إذا كان قد عالج المريض فهو قد عالجه بإذنه وفي ذلك يقول الخطابي " لا أعلم خلافا في أن المعالج إذا تعدى فتلف المريض كان ضامنا " والمتعاطى علما أو عملا لا يعرفه متعد . فإذا تولد من فعله التلف ضمن الدية وسقط عنه القود لأنه لا يستبد بذلك دون إذن المريض^(٤) وفي رأى أن القصاص لا يسقط لأن الإذن وقع على شئ محرم فكان يجب على المأذون أن يرتدع ولا ينساق مع الإذن^(٥) ، وعلى كل فهم لا ينفقون عنه التعزير بحسب ما

(١) المرحوم الأستاذ عبد القادر عوده ج ١ ص ٥٢٣ .

(٢) شرح الزرقاني على مختصر خليل ج ٨ ص ١١٦ ، ١١٧ ، نهاية المحتاج ج ٨ ص ٣٢ .

(٣) ابن القيم في زاد المعاد ج ٣ ص ١٤٥ .

(٤) المرجع السابق الإشارة إليه .

(٥) مجلة الأزهر مجلد ٢٠ ص ٥٣ و ٤٠٨ في مقالين عن مسئولية الأطباء لفضيلة الأستاذ الشيخ محمد على النجار وفضيلة الأستاذ الشيخ عبد العزيز المراغي .

يراه الحاكم (١) . وقد قال القاضي بن فرحون المالكي " وإن كان الخائن غير معروف بالختن والإصابة فيه وعرض نفسه ، فهو ضامن لجميع ما وصفناه في ماله ولا تحمل العاقلة من ذلك شيئاً وعليه من الإمام العدل والعقوبة الموجهة ، بضرب ظهره ، وإطالة سجنه ، والطبيب ، والحجام والبيطار فيما أتى على أيديهم بسبيل ما وصفنا في الخائنه (٢) .

وقد اختلف الفقهاء في تعليل انعدام مسؤولية الطبيب الحاذق عن الضرر الذي يصيب المريض من جراء العلاج الذي توافرت فيه الشروط المتقدمة .

فيرى أبو حنيفة أن العلة ترجع إلى الضرورة الاجتماعية وإن المجنى عليه أو وليه (٣) ويرى الشافعي وأحمد أن العلة في رفع المسؤولية عن الطبيب أنه يأتي فعله بإذن المجنى عليه وأنه يقصد مصلحة الشخص ولا يقصد الإضرار به (٤) .

ويرى مالك أن العلة هي إذن الحاكم أولاً وإن المريض ثانياً وباجتماع هذين الشرطين لا مسؤولية عن الطبيب إلا إذا خالف أصول الفن أو أخطأ في فعله (٥) غدا انتفاء المسؤولية عن الطبيب عند فقهاء الشريعة الإسلامية في أربع هي : إذن الشارع ، ورضاء المريض ، وقصد الشفاء ، وعدم وقوع خطأ من الطبيب (٦) وقد جمعها بن القيم في قوله " أما الطبيب الحاذق فلا ضمان عليه اتفاقاً ، إذا تولد من فعله ، المأذون من جهة الشارع ، ومن جهة من طبه ، تلف النفس أو العضو أو ذهاب صفه (٧) " .

فإذا كان العلاج بغير إذن المريض أو إذن وليه إذا كان قاصراً أو مجنوناً ، فإن الطبيب الحاذق يكون مسئولاً عن الضرر الذي يمكن أن يحدث في هذه الحالة . على اعتبار أنه تولد من فعل غير مأذون فيه ، والضمان يكون بالدية على عاقلة الطبيب ، وقد ذهب ابن القيم إلى أنه لا مسؤولية على الطبيب الحاذق ، حصل الإذن أو لم يحصل ، لأنه محسن وما على المحسنين من

(١) الأحكام السلطانية للماوردي ، الفصل السادس ص ٢٢٧ - ٢٣١ ، والأستاذ عبد القادر عوده ص ٧٤ ، ٧٦ ، ص ٧٨ ، ٨١ .

(٢) القاضي برهان الدين بن فرحون المالكي - في تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الحكام ، وقد أشار إليه فضيلة الشيخ عبد العزيز المراغي في مقاله عن مسؤولية الأطباء مجلة الأزهر مجلد ٢٠ ص ٢١٠ .

(٣) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لعلاء الدين الكاساني ، ط ١ ، مطبعة الجمالية ١٣٢٨ هـ ج ٧ ص ٣٠٥ .

(٤) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج لأبي العباس الرملي ، مطبعة البابي الحلبي سنة ١٩٣٨ م ج ٨ ص ٢ ، المعنى على مختصر الحزقي لابن قتاده ، ط ١ مطبعة المنار ، سنة ١٣٤٨ هـ الجزء العاشر ص ٣٤٩ - ٣٥٠ .

(٥) مواهب الجليل شرح مختصر خليل ، للحطاب ط ١ ، مطبعة السعادة سنة ١٣٢٩ هـ الجزء السادس ص ٣٢١ .

(٦) عوده ص ٥٢٢ و ٥٢٣ .

(٧) زاد المعاد في الجزء الثالث ص ١٤٥ .

سبيل ، ولأن العدوان وعدمه يرجع إلى فعل الطبيب ، ولا أثر للإنذار وعدمه فيه . بل إن مناط الضمان هو كون الفعل قد جاء على وجهه أو لم يجرئ كذلك . وما دام الطبيب حاذقاً ، وقد أتى بالفعل على وجهه ، أو بذل فيه غاية جهده ، فلا ضمان عليه ولا على عاقلته (١) .

وذهب رأى ثالث إلى أن الضمان في هذه الحالة يجب أن يكون في بيت مال المسلمين حتى لا يضيع دم مسلماً خطأ (٢) لقوله تعالى : « وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَاً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَّةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا » .

أما إذا أخطأ الطبيب في تطبيق العلاج كأن سبقت يده إلى غير موضع العلاج فنال الجسم أو عضواً منه بتلف فإن الطبيب يكون مسئولاً في هذه الحالة رغم حذقه - أو إذن الشارع - وإن المريض ، إلا أن المسؤولية هنا تكون فيما زاد عن الثلث ، والحكمة في ذلك هي أن يترك الطبيب مدى للعمل بغير خشية المسؤولية ، فإذا بلغ الضرر الثلث أو زاد فالدية تكون على قبيلة الطبيب .

وفي ذلك يقول ابن القيم " أخطأت يد الطبيب الحاذق وامتدت يد مالى عضو صحيح فأنتفه ، مثل أن سبقت يد الخائن إلى الكمرة ، فهذا يضمن لأنها جناية خطأ ، ثم إن كانت الثلث فما زاد فهو على عاقلته ، فإن لم تكن عاقله الذية في ماله أو في بيت المال ، على قولين هما روايتان عن أحمد . وقيل إن كان الطبيب ذمياً ففي ماله ، وإن كان مسلماً ففيه الروايتان . فإن لم يكن بيب مال أو تعذر تحميله ، فهل تسقط الدية أو تجب في بيت المال ؟ فيه وجهان أشهرهما سقوطها " (٣) .

والمفهوم في كل ما تقدم أن الطبيب الحاذق قد أعطى الصناعة حقها ، وبذل غاية جهده ، ولم يحصل منه تقصير في البحث أو الاجتهاد كأن يهمل في فحص المريض أو يتسرع في وصف الدواء ، فيترتب على ذلك ضرر بالمريض .

ثالثاً : في الموازنة بين الشريعة والقانون :

وجدنا أن لا خلاف بين ما استقر عليه الرأي في بعض التشريعات الجنائية الحديثة ، وما هو مقرر في الفقه الإسلامي من اعتبار إذن المريض أو وليه في إباحة عمل الطبيب وجعله شرطاً من الشروط التي يجب توافرها لرفع المسؤولية عنه .

(١) المرجع السابق ص ١٤٦ .

(٢) فضيلة المرحوم الأستاذ محمد أبو زهرة في مقال له عن مسؤولية الأطباء ، مجلة لواء الإسلام س ٢ ع ١٢ ص ٥١ - ٥٧ .

(٣) ابن القيم في زاد المعاد ج ٣ ص ١٤٦ ، فضيلة المرحوم الأستاذ أبو زهرة في المقال السابق الإشارة إليه ص ٥٥ .

وليس مجرد الإذن من المريض هو السبب في الإباحة أو رفع المسؤولية ، كما ذهبت بعض القوانين التي تبيح الجريمة أصلاً برضاء المجنى عليه فيها فجعلت رضاء المريض هنا كافياً من باب أولى لإباحة كل فعل يوقعه الطبيب على جسد المريض ولم يكن قصده في ذلك شفاء المريض وعلاجه من أسقامه ، غير أن القوانين الوضعية جميعها وبعض شراح القانون قد جانبهم الصواب حين اعتبروا التطبيب حقاً وليس واجباً على الطبيب ، في حين فضلت الشريعة الغراء هذه القوانين حيث اعتبرت التطبيب واجباً مما يترتب عليه إلزام الطبيب بأن يضع مواهبه وإمكاناته في خدمة الجماعة ، ولا شك في أن نظرية الشريعة الإسلامية هنا أفضل وأكثر انسجاماً مع حياتنا الاجتماعية القائمة على التعاون والتكاتف وتسخير كل القوى لخدمة الجماعة .

ولهذا كان إجماع الفقهاء على أن دراسة الطب فرض من فروض الكفاية ، بوصفه ضرورة اجتماعية لحاجة الجماعة إليه وأن التطبيب واجب على الطبيب لا مفر له من أدائه . وإن ذلك إنما جاء نتيجة لأن الشريعة الإسلامية تدعو إلى هذه الحياة الدنيا دعوتها إلى الحياة الأخرى وأنها عنيت فيما عنيت به من أمور الدنيا بالصحة والطب ، وقد ورد في القرآن الكريم والسنة المطهرة آيات وأحاديث عدة تحت على النظافة وتبين ضرورتها بالنسبة للفرد أو الجماعة وتدعو إلى التطهير والحماية وحفظ الصحة ، وقد نصح النبي ﷺ بالتداوى وأوصى بالاجتهاد في معرفة أدوية الأمراض فقال : " يا أيها الناس تداووا ، فإن الله لم ينزل من داء إلا أنزل له دواء " كما نصح ﷺ بالتحرز من العدوى والاحتياط ضد إصابة الناس بها فقال في حديث عن الطاعون " فإذا سمعتم به بأرض فلا تدخلوا عليه ، وإذا وقع بأرض وأنتم بها فلا تخرجوا منها " كما كان يحض على العلاجات الطبيعية فكان يؤثر الغذاء على الدواء ، وينصح بالصوم قال : " لا تكثرهوا مرضاكم على الطعام والشراب " كما كان يوصي بإطلاق الأمعاء وأشار بالماء في الحمى وكان يقدر الجراحة ، فقد زار مرة رجلاً به مدة فقال : بطوا عنه أى - شقوا عنه - وما برح حتى بطت وهو شاهد .

إلى غير ذلك من اهتمامات فقهاء الشريعة الإسلامية بتنظيم عمل الأطباء وتحديد المسؤولية عنه في غاية من الدقة والحكمة البالغة استقاء من روح التشريع الإسلامى الحنيف .

المبحث الرابع

الرضا والإصابات الناشئة عن الألعاب الرياضية

أولاً : فى القانون (١) :

الرياضة البدنية تعد عنصراً أساسياً من عناصر الحياة الاجتماعية الحديثة ووسيلة من الوسائل الجوهرية لتربية الأجسام وترقية الصحة العامة وتحسين حال المجتمع على اختلاف طبقاته . وليس المقصود ببحثنا الألعاب التى تقتصر على إظهار القوى الفردية ومقارنتها بقوى الخصم فى تتطوى على استعمال القوة أو العنف مع الخصم مباشرة كالمسابقة سواء على الخيل أو الأقدام أو السيارات وحمل الأثقال ورمى القرص والجلة ومجموعة الألعاب التى تعرف اليوم بإسم ألعاب القوى ، ولا فى ذلك النوع من الألعاب الذى يتضمن إظهار المهارة على الخصم مباشرة دون القوة والعنف معه ، كما فى لعبة التنس أو لعبة الشيش المغطى لأن كلا النوعين المتقدمين لا يستدعى الاستعانة بالقوة على الخصم ولا يترتب عليه فى وسائله ولا فى أغراضه جروح أو ضربات من خصم على آخر .

وإنما المقصود ببحثنا هنا الألعاب الرياضية التى تستلزم من اللاعب بذل القوة المادية مباشرة على خصمه فى صورة منظمة وفى حدود معينة بغية الانتصار عليه و قد تكون هذه الألعاب بين فردين كما فى الملاكمة والمصارعة والتحتيط ، كما قد تكون بين فريقين كما فى كرة القدم وكرة الرجبى .

ومن الأمور العادية أو الحتمية فى هذه الألعاب أن يحدث عنها إصابات تنطبق من الوجهة العادية على وصف الجروح والضربات المعاقب عليها بنص القانون على اختلاف درجاتها ونتائجها طبقاً للمواد ٢٣٦ و ٢٤٠ - ٢٤٤ ع . والإصابات الناشئة عن هذه الألعاب هى مثار الجدل بين آراء الفقهاء وأحكام المحاكم فى البلاد المختلفة والتى تتطلب البحث فيما إذا كانت

(١) يرجع فى تفصيل ذلك إلى د. على بدوى فى الأحكام العامة فى القانون الجنائى ج ١ الجريمة ص ٣٩٨ وما بعدها ، احمد أمين بك فى شرح قانون العقوبات الأهلى ص ٣٩٢ وما بعدها ، وجندى عبد الملك فى الموسوعة ج ٥ ص ٨٣٣ وما بعدها بند ٣٤٢ ، ٣٤٣ ، محمد كامل مرسى والسعيد مصطفى السعيد فى شرح قانون العقوبات المصرى الجديد ج ١ ص ٤٢١ ، ٤٢٢ ، د. على راشد فى المدخل وأصول النظرية العامة ط أولى ٧٠ ص ٥٤٥ وما بعدها ، د. حسن أبو السعود فى قانون العقوبات المصرى - القسم الخاص - مكتبة جمعية الاقتصاد تحت رقم ٦٢٨٢ ، د. السعيد مصطفى السعيد فى الأحكام العامة فى قانون العقوبات بند د ، د. مصطفى القللى فى المسئولية الجنائية ص ٢٤٨ وما بعدها ، د. محمود مصطفى فى شرح قانون العقوبات (القسم العام) ط ١٩٦٤م ص ١٤٢ وما بعدها ، د. ريسيس بهنام فى النظرية العامة للقانون الجنائى ط ١٩٦٨ ص ٣٦٠ وما بعدها بند ٤٨ .

المسئولية قائمة فيها أو معدومة (١) ؟ والقاعدة المعمول بها في فرنسا وفي مصر أن هذه الألعاب لا تترتب عليها مسئولية جنائية ما دام اللعب في ذاته مشروعاً ولم يتجاوز اللاعب الذي أحدث الإصابة حدود النظام قواعد اللعب (٢) فإن أخطأ اللاعب في اتباع أصول اللعب فإنه يسأل عن الإصابة التي يحدثها باعتبارها ناشئة عن إهماله وعدم احتياظه أى باعتبارها غير عمدية (٣) . أما إذا كان اللاعب قد انتهز فرصة اللعب وأراد أن يشفى حقه من خصمه وأحدث به إصابات لا يتيحها أصول اللعب فلا شك أنه يعتبر ضارياً أو جارحاً عمداً (٤) .

على أن الإصابات الناشئة عن هذه الألعاب تكون مباحة ولا يسأل اللاعب عنها جنائياً بشروط :

- (١) يجب أن تكون اللعبة من الألعاب المعترف بها ، والاعتراف بلعبة معينة مسألة نسبية فالقانون يبيح اللاعب الرياضية بصفة عامة فيدخل في هذا الوصف كل ما يتفق مع المعنى المقصود والضابط في ذلك أن يكون للعبة أصول وقواعد معروفة وأن تكون مما يمارس في جهة أو أوساط معينة (٥) .
- (٢) أن تكون الإصابات قد حدثت أثناء مباراة رياضية سواء أكانت خاصة أم عامة . مما يستلزم الرضاء الصحيح باللعب ، فإذا حصل عدوان قبل بدء المباراة أو بعد انتهائها فإنه يكون معاقباً عليه .

(١) ويشير الدكتور على بدوى إلى ذلك بأن الرأى في هذه المسألة مختلف في بعض البلاد باختلاف التشريع فيها ، فمثلاً بعض ولايات أمريكا المتحدة تبيح هذه الألعاب وبعضها يعتبرها في عداد الجرائم . كما أن في هذه المسألة من طريق التأويل حلولاً متعارضة بين بعض الدول رغم تشابه التشريع فيها ، فوزارة الحقائق في بلجيكا تقضى في منشوراتها بوجوب المحاكمة الجنائية على الجروح والضربات الناشئة عنها ، بينما تقضى المحاكم في فرنسا بزوال المسئولية عنها مع أن نص القانون في هذه الجرائم يكاد يكون في البلدين واحداً . والسائد في الفقه الإنجليزي والإيطالي والألماني أن هذه الألعاب مشروعة في حدود معينة فلا تترتب عليها مسئولية ما .

(٢) د. على أمين في المرجع السابق الإشارة إليه ، جندى عبد الملك ، الدكتوران السعيد مصطفى ومحمد كامل مرسى ، د. السعيد مصطفى ، أحمد أمين بك . وقد أشاروا إلى جوارو مطول العقوبات ج ٥ رقم ١٩٨٦ ، جودين في العقوبات ج ١ ص ١٧٣ .

(٣) السعيد مصطفى السعيد ومحمد كامل مرسى ، أحمد أمين بك ، وقد أشاروا إلى نقض ٧ مايو ١٩١٠م المجموعة الرسمية س ١١ رقم ١٠٦ ص ٢٨٦ ، فيدال ومانيول رقم ٢٣٨ وعكس ذلك سواهج الجزئية ٤ ديسمبر ١٨٩٥م المحاكم س ٦ ص ٧٣٥ .

(٤) السعيد مصطفى ومحمد كامل مرسى ، أحمد أمين بك . وقد أشارا إلى جودين وحكم محكمة بورديو في ١٤ أبريل ١٩٣١م دالوز ١٩٣١ - ٣ - ٤٥ والتعليق عليه .

(٥) د. السعيد مصطفى السعيد و د. القللى في المراجع السابق الإشارة إليها .

(٣) كما يجب أخيراً أن يكون اللاعب قد راعى قواعد اللعب وأصوله وأن يجرى اللعب بالحكمة والاحتياط عملاً بالروح الرياضية وتجنباً للنتائج السيئة .
 فإذا توافرت هذه الشروط في ممارسة الألعاب الرياضية ونشأ عنها بعد ذلك الإصابات التي نحن بصدد البحث فيها فإن هذه الإصابات تكون مباحة مشروعة ولا يسأل الفاعل عنها جنائياً .
 ولكن ما سبب مشروعيتها أو انعدام المسؤولية عنها ؟

- ١- يرى البعض أن السبب في انعدام المسؤولية عن هذه الإصابات هو عدم توافر القصد الجنائي . وقد جاءت بذلك بعض الأحكام القضائية في فرنسا وفي مصر . إذ عللت الأولى انعدام القصد بأن الضرب أو الجرح الحادث في اللعب غير مدفوع إليه بعاطفة الكراهية والغضب وهي من صفات العمد في هذه الجرائم ^(١) ، وعللت الثانية ذلك بأن ركن التعمد في الضرب والجرح يتطلب إرادة الضرر ، وذلك غير متحقق هنا ^(٢) .
 وهذا الرأي غير سليم لما فيه من خلط بين القصد والباعث ومخالفة لما جرى عليه الفقه والقضاء من أن القصد في جرائم الضرب والجرح إنما يتحقق بتعمد الجاني فعل الضرب أو إحداث الجروح وهو يعلم أن هذا الفعل يترتب عليه المساس بسلامة جسم المجنى عليه أو صحته وهو بهذا المعنى متوفر في حوادث الألعاب الرياضية العنيفة ، فلا يصح إسناد زوال المسؤولية الجنائية فيها إلى زوال القصد الجنائي .
- ٢- وقيل أن انعدام المسؤولية يرجع إلى رضا المجنى عليه السابق على الإصابة ^(٣) .
 والذي يستفاد ضمناً من الاشتراك في اللعب . ومعنى الرضا هنا أن اللاعب يقبل على نفسه تبعة أخطار اللعبة .

وقد أخذ بذلك الفقه والقضاء الإنجليزي إذ اعتبر أن رضا المجنى عليه الضمني بالإصابة عند دخول اللعب بسبغ عليها صفة الأمر المشروع ما لم تكن الإصابة بالغة الضرر ، وما لم

-
- (١) د. على بدوي ، د. السعيد مصطفى وقد أشارا إلى حكم محكمة استئناف دواي في ٣ ديسمبر ١٩١٢م سيرى سنة ١٩١٤م - ٢ - ١١٧ وإلى نقض هذا الحكم في تعليق رد عليه في موضوعه - وفي ذلك قضية ملاكمة طلب فيها تعويض مدني عما وقع من الإصابات بأحد الخصمين .
 - (٢) د. على بدوي ، د. السعيد مصطفى وقد أشارا إلى نقض ٧ مايو ١٩١٠م مج س ١١ ص ٢٨٦ وهو خاص بقضية ضرب فيها أحد اللاعبين الآخر ضرباً نشأ عنه فقد بصر إحدى عينيه فاعتبرها إصابة خطأ تنطبق عليها المادة ٢٤٤ع حيث قررت المحكمة أن ركن العمد في جنحة الضرب والجرح العمد يتألف بنوع خاص من إرادة الضرب أو عمل الشر .
 - (٣) د. السعيد مصطفى وقد أشار إلى ديموج في المجلة الانتقادية سنة ١٩١٤م ص ٢٦٢ وما بعدها . تعليقاً على حكم محكمة دواي في ٣ ديسمبر ١٩١٢م وإحالة طنطا في ٢٢ أكتوبر ١٩٠٨م المجموعة الرسمية س ١٠ ص ٣٣ رقم ١٥ .

تكن اللعبة محرمة قانوناً ، وهذا الرأي غير سليم أيضاً (١) . لأنه يناقض حالة التشريع القائم في فرنسا وفي مصر وفي أكثر الدول الأوروبية (٢) والتي لا نص فيها يؤخذ منه صراحة أو ضمناً أن رضا المجنى عليه في الألعاب الرياضية مبيح للإصابات الحادثة منها ، كما أنه يعارض ما استقر عليه رأي الفقه والقضاء الحديث الذي ينكر الرضا بصفته سبباً من أسباب الإباحة في المضار البدنية ولو كانت برضاء المصاب (٣) .

كما أنه يخالف المعقول من أن الرضا لا يصح أن يمحو صفة الإجرام من الاعتداء على حق تقضى مصلحة المجتمع حمايته .

فالرضا وإن كان لازماً في الألعاب الرياضية البدنية لا يكفي وحده لتبرير الجروح والضربات الواقعة فيها ، كشأنه في الجروح والضربات المرتكبة في ظروف أخرى (٤) .

٣- إذن فالسبب في المشروعية هنا أو الأساس الصحيح لانتفاء المسؤولية الجنائية عن هذه الإصابات هو أن القانون يبيح هذه الألعاب فمن يمارسها يستعمل حقاً أباحه القانون فلا يترتب عليه أية مسؤولية وعلى هذا إجماع الفقه والقضاء الآن (٥) - إذ لا جريمة فيما أو جبه القانون أو أجازة ، فالدولة تعتبر الألعاب الرياضية العنيف منها وغير العنيف أعمالاً مشروعة . بل وتسهل لها وتحض عليها بالاتفاق وتخصيص الأجهزة الكثيرة العاملة على تشجيعها ومما رستها في إطار قانوني محدد . وقد أنشئ في مصر المجلس الأعلى للشباب والرياضة لرعاية العاملين في هذا المجال وبث الروح الرياضية بين الشباب تنمية لأجسامهم فقولهم .

ثانياً : في الفقه الإسلامي :

جاءت النصوص صريحة في الشريعة الإسلامية بالأمر بالفروسية والترغيب فيها من ذلك : قوله تعالى : « وَأَعِدُوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ » وقوله ﷺ " ألا إن القوة الرمي ، ألا إن القوة الرمي " وقوله ﷺ " المسلم القوى خير من المسلم الضعيف " وقوله ﷺ " إن الله يدخل بالسهم الواحد ثلاثة في الجنة ، صانعه يحتسب في صنعه الخير ، والرامي به ، ومنيله . ارموا واركبوا ، وأن ترموا أحب إلى من أن تركبوا ، وليس من

(١) المراجع السابق الإشارة إليها .

(٢) د. على بدوي في المرجع السابق الإشارة إليه .

(٣) نقض في ١٥ ديسمبر ١٨٢٧م سيرى ٣٨ - ١ - ٥ وأحكام أخرى في جارسون م ٢٩٥ ن ١٧١ .

(٤) د. على بدوي في المرجع السابق الإشارة إليه .

(٥) جميع المراجع السابقة .

اللهو إلا ثلاث ، تأديب الرجل فرسه ، وملاعبته أهله ، ورميه بقوسه ونبله ، ومن ترك الرمي بعد ما عمله رغبة فإنها نعمة تركها " .

كما ثبت أن النبي ﷺ سابق بالأقدام ، وثبت عنه أنه سابق بين الخيل وحضر نضال السهام وصار مع إحدى الطائفتين ، فأمسكت الأخرى ، وقالوا : كيف نرمي وأنت معهم ؟ فقال : " ارموا وأنا معكم كلكم " كما ثبت أنه صار ركناً . وثبت عنه أنه طعن بالرمح وركب الخيل مسرجة ومعراه .

وقد حرص أصحاب الرسول ﷺ على تنفيذ هذه النصوص والعمل بها ، من ذلك ما رواه مصعب بن سعد قال : كان سعد يقول : أي بني تعلموا الرماية فإنها خير لعبكم ، وكتب عمر بن الخطاب إلى أبي عبيدة بن الجراح " أن علموا غلمانكم العوم ومقاتلتكم الرمي " وكتب إلى عامله بأذربيجان كتاباً جاء فيه " اخشوشنوا واخولقوا (1) واقطعوا الركب (2) وانزوا على الخيل نزوا وارغوا الأغراض (3) " .

ومن هذه النصوص وغيرها يتضح ما عنيت به الشريعة الإسلامية منذ نشأتها من الحض على ألعاب الرياضة والفروسية باعتبارها مقوية للأجسام ومنشطة للعقول . كما أنها مظهر للمهارة ودعوة للشجاعة والفتوة .

وواضح أن الأصل في الشريعة الإسلامية أن كل ما ينفع الأمة في دينها أو دنياها من علم أو فن أو صناعة فهو من فروض الكفاية وتعلمه واجب على الأمة ولا خيار لها في الأخذ به أو تركه . وعلى هذا تكون الفروسية بما يدخل تحتها من ضروب المهارة والقوة والتفوق فرضاً من فروض الكفاية وواجباً على الأفراد وليس لهم أن يتخلوا عنه (4) .

وتجيز الشريعة من هذه الألعاب كل ما يؤدي إلى التفوق في القوة والمهارة مما ينفع الجماعة وقت السلم أو وقت الحرب . كالمسابقة بالأقدام ، وسباق الخيل ، وسباق السفن والسيارات والطائرات وسباق الطير وما أشبه ، واللعب بالشيش والمزاريق والسيوف والعصى ، وكالرماية بالنبال والمنجنيق والأسلحة النارية ، والمصارعة والملاكمة والعلاج وشد (5) الحبل والسباحة وغيرها .

وبالنسبة للمسؤولية عن الإصابات التي تقوم على اللاعبين أو غيرهم من هذه الألعاب فإن هذه الإصابات إذا نشأت عن لعبة لا تقوم على استعمال القوة والعنف بين اللاعبين وليس في

(1) اخولقوا أي تهيأوا لما يراد منكم وكونوا خلقاً به جديرين بفعله .

(2) أمرهم بقطع الركب حتى لا يعتادوا الركب دائماً بالركاب .

(3) ارتماء الأغراض هو رمي الأهداف .

(4) الفروسية لابن القيم ص ٧ ، التشريع الجنائي الإسلامي للأستاذ عبد القادر عوده ج ١ ص ٥٢٥ وما بعدها .

(5) أي رفع الأثقال . ابن القيم في كتاب الفروسية ص ٧ .

ممارستها ما يستلزم استعمال القوة مع الخصم أو يحتم ضربة أو يعرضه للجرح ، فمثل هذه الإصابات تحكمها القواعد العامة في الشريعة الإسلامية لأنها ليست من ضروريات اللعبة فإن تعمدوا أحد فهو مسئول عنها باعتبارها جريمة غير عمدية .

أما الألعاب التي تستلزم استعمال القوة مع الخصم كالمصارعة أو تستلزم الضرب كالملاكمة والتحطيب فإن الإصابات الناشئة عنها لا عقاب عليها إذا لم يتعد محدثها الحدود المرسومة للعبة .

والعلة في عدم العقاب ورفع المسؤولية هنا لا مجرد رضا المجنى عليه باللعبة حيث يتضمن ذلك في ثناياه الرضا بما ينشأ عنه من إصابات . حيث أن الرضا ليس هو المبيح لهذه الألعاب ، وإنما العلة في رفع المسؤولية عن هذه الأفعال وعدم العقاب عليها ترجع إلى اعتبار الشريعة الإسلامية أن ممارسة هذه الألعاب المتقدمة وأشباهاها بالفرض الذي حددته نصوص الشريعة الإسلامية هو من باب الواجب وأداء الواجب لا يتقيد بشرط السلامة كما هي القاعدة المقررة في الفقه الإسلامي . ووجوب ممارسة اللعبة يقتضي بذاته إباحة ما يصحبها عادة من إصابات في الحدود المعروفة ، فإذا تعدى اللاعب حدود اللعبة وأحدث بزميله إصابة ما فهي جريمة عمدية إذا تعمدوا وجريمة غير عمدية إذا لم يتعمدها .

ثالثا : في الموازنة بين الشريعة والقانون :

وجدنا أن هذا النوع من ألعاب الرياضة والفروسية مختلف في حكمه لدى التشريعات الوضعية المختلفة - فبعضها يبيح هذه الألعاب وبعضها يعتبرها في عداد الجرائم كما يوجب بعضها المحاكمة الجنائية على الجروح والضربات الناشئة عنها في الوقت الذي تقضى فيه بعض المحاكم بزوال المسؤولية عن هذه الأفعال - كما تقضى تشريعات أخرى بأن هذه الألعاب مشروعة في حدود معينة فلا تترتب عليها مسؤولية ما .

كما وجدنا نفس الصورة من الاختلاف في ظل التشريعات الجنائية الوضعية عند البحث عن سبب لانعدام المسؤولية عن الإصابات الناشئة عن هذه الألعاب ، فمنها ما رأى أن السبب هو عدم توافر القصد الجنائي لدى اللاعب . ومنها ما رأى أن انعدام المسؤولية يرجع إلى رضا المجنى عليه السابق على الإصابة والذي يستفاد ضمنا من الاشتراك في اللعبة وقبول اللاعب تبعة الأخطار الناشئة عنه . إلى أن استقر الوضع في هذه التشريعات وأجمع الفقه والقضاء على أن الأساس الصحيح لانتفاء المسؤولية الجنائية عن هذه الإصابات هو أن القانون يبيح هذه الألعاب فمن ممارستها يستعمل حقا أباحه القانون فلا تترتب عليه أية مسؤولية .

وقد وجدنا أن الرأي القائل بانعدام المسؤولية بناء على رضا المجنى عليه محكوم عليه بأنه غير سليم لمناقضته حالة التشريع القائم في فرنسا وفي مصر ، وفي أكثر الدول الأوروبية التي لا نص فيها يؤخذ منه صراحة أو ضمنا أن رضا المجنى عليه في الألعاب الرياضية يبيح

الإصابات الحادثة منها . كما أنه يعارض ما استقر عليه رأى الفقه والقضاء الحديث الذى ينكر الرضا بصفته سببا من أسباب الإباحة فى المضار البدنية ولو كانت برضاء المصاب . هذا إلى أنه يخالف المعقول من أن الرضا لا يصح أن يحو صفة الإجرام من الاعتداء على حق تقضى مصلحة المجتمع بحمايته .

والناظر فيما استقر عليه الفقه والقضاء الحديثان يجده موافقا من حيث نتائجها لما جاءت الشريعة الإسلامية منذ نشأتها ، فهذه الألعاب لا تترتب عليها مسئولية جنائية مادام اللعب فى ذاته مشروعاً ولم يتجاوز اللاعب وأراد أن يشفى حقه من خصمه وأحدث به إصابات لا تبيحها أصول اللعب فلا شك أن الفعل فى هذه الحالة يعد جريمة عمدية ويعاقب عليه بهذا الوصف . وإذا كان الفقه والقضاء الحديثان قد وافقا الشريعة من حيث النتائج فى هذا الخصوص ، فإن الباب ما زال مفتوحاً أمام هذه التشريعات الجنائية الوضعية حتى ينطبق ما تقره وما سوف يظهر من رأى أحدث تمام الانطباق مع ما أقرته الشريعة الإسلامية منذ اثنتى عشر قرناً حيث أنها اعتبرت ألعاب الفروسية واجبا على الأفراد مجرد حق لهم كما استقر عليه الرأى الحديث فى التشريعات الوضعية .

وواضح ان نظرية الشريعة الإسلامية أدق منطقاً ، لأن ألعاب الفروسية ضرورة اجتماعية اقتضتها مصلحة الأفراد والجماعة من الوجهات الصحية والخلقية والحربية والاجتماعية ، ولا توجد دولة اليوم إلا تحض عليها وتشجعها وتلقنها للنشئ فى المدارس التى تعد رجال البوليس والجيش ، وإذا كانت لألعاب الفروسية هذه المنزلة فى حياة الأمة فمن المنطق أن تعتبر واجبا على الأفراد لا حقا لهم ، لأن الواجب هو ما لا يستطيع الشخص التخلّى عنه . أما الحق فلا حرج على صاحبه أن يأتيه أو يتركه .

المبحث الخامس

الرضا وإسقاط الحمل

والبحث هنا في أثر رضاء الحامل بأن يوقع عليها الغير طبييا أو خلافة هذا الفعل ، أو أن توقعه هي على نفسها ، سواء باعتبارها فعلا ماسا بسلامة جسمها أو بما قد يؤدي إليه من قتل الجنين الذي تحمله في أحشائها . فما أثر هذا الرضا في إباحة الفعل والمسئولية الجنائية للفاعل في القانون والفقه الإسلامي ؟

أولا : في القانون :

الإسقاط هو إخراج الحمل قبل موعد خروجه الطبيعي^(١) وهو فعل ضار بالصحة دائما مهدد للحياة قد يؤدي بها أحيانا ، فهو إذن فعل ما س بسلامة الجسم لأنه يضره ويؤذيه ويتعارض مع السير الطبيعي لوظائف الجسم وعلى ذلك فإن فعل الإسقاط يعتبر في ذات الوقت جريمة إيذاء بدني عمد ، أي أن الفعل بعينه يكون جريمةين ، جريمة الإسقاط وجريمة إيذاء بدني عمد يختلف وضعها حسب نتيجتها .

وقد نص قانون العقوبات المصري على الإجهاض في المواد (٢٦٠ - ٢٦٤ ع م)
فتنص المادة ٢٦٠ ع على أن " كل من أسقط عمدا امرأة حبلى بضرب أو نحوه من أنواع الإيذاء يعاقب بالأشغال الشاقة المؤقتة " .

وتنص المادة ٢٦١ ع على أن " كل من أسقط امرأة حبلى باعطائها أدوية أو باستعمال وسائل مؤذية إلى ذلك أو بدلاتها عليها سواء كان برضا أم لا يعاقب بالحبس " .

وتنص المادة ٢٦٢ ع على أن " المرأة التي رضيت بتعاطي الأدوية مع علمها بها أو رضيت باستعمال الوسائل السالفة ذكرها أو مكنت غيرها من استعمال تلك الوسائل لها وتسبب الإسقاط عن ذلك حقيقة تعاقب بالعقوبة السابق ذكرها " .

وتنص المادة ٢٦٣ ع على أن " إذا كان المسقط طبييا أو جراحا أو صيدليا أو قابلة يحكم عليه بالأشغال الشاقة المؤقتة " .

وتنص المادة ٢٦٤ ع على أن " لا عقاب على الشروع في الإسقاط " .
فالقانون في هذه المواد يجرم الإسقاط ويعاقب كل من يتدخل في إجهاض الأم إذا رضيت به ومن يدلها عليه أو يجريه لها ، أو يعاونها فيه ، سواء أكان ذلك برضا أم بغير رضائها .

(١) د. حسن أبو السعود في قانون العقوبات المصري - القسم الخاص بند ٢٦٣ ص ٣١٤ وما بعدها .

وسواء أكان المسقط طبيباً أم غير طبيب .

وجريمة الإجهاض فى القانون المصرى جنحة أصلاً ، وتقلب إلى جناية إذا كان الإسقاط بضرب أو نحوه من أنواع الإيذاء ، أو إذا كان المسقط طبيباً أو فى حكم الطبيب . ولكى تقوم جريمة الإسقاط فلا بد من تحقق أركان ثلاثة (١) :

(١) أحدها ركن مفترض (٢) والثانى الركن المادى (٣) والثالث الركن المعنوى فالركن المفترض هو أن يكون موضوع النشاط الإجرامى امرأة وأن تكون هذه المرأة حاملاً (٢) وهل المجنى عليه فى هذه الجريمة هو المرأة أم هو الحمل الكائن فى المرأة ؟ أو ما هو مقصود الشارع من تجريم الفعل هنا ؟

يرى البعض أن المشرع إذ يقرر العقاب على الإسقاط يريد أن يحمى الجنين نفسه (٣) فليس المجنى عليه فى الجريمة هو المرأة وإنما هو الحمل الكائن فى المرأة . حقيقة أن هذا الحمل ليس إنساناً لأنه لم يرد بعد نور الحياة ، ولكنه ليس فى الوقت ذاته مجرد شطر من بطن المرأة أو مجرد مقدمة لحياة - وإنما هو حياة حقيقية بدليل أن له نمواً طبيعياً خاصاً به وبدليل أن له قلباً نابضاً يظهران ولو بعد حركة نشأته ببعض الوقت . فهذا الكيان الذى يبدأ منذ تلقيح البويضة ويستمر إلى حين الولادة هو الذى أراد القانون أن يحميه . وعليه فإن الإسقاط نوع من القتل العمد (٤) ولا تتحقق الجريمة فيه إلا بإخراج الجنين ميتاً قبل أوان ولادته فإذا ما أخرج الجنين قبل مواعده دون أن يموت فلا جريمة هناك .

ويرى البعض الآخر أن مقصود الشارع هنا هو ترك الحمل حتى يستوفى أجله فلا تبشر الولادة عمداً مما يترتب عليه غالباً وفاة الجنين . ولذا لم يشترط هؤلاء الشارع موت الجنين ركناً فى تعريف الجريمة (٥) وإثبات الحمل من عدمه المرجع فيه إلى الطبيب الشرعى . وإذا لم تكن المرأة حاملاً إلا فى اعتقاد الجانى فإن ذلك يعد شروناً عاقب عليه المشرع الفرنسى فى المادة (٣١٧ ع ف ؟) معدله بالمرسوم بقانون ٢٩ يوليه ١٩٣٩ م . وهذا الشروع غير معاقب

(١) د. حسن أبو السعود فى المرجع السابق الإشارة إليه ، د. رمسيس بهنام فى القسم الخاص فى قانون العقوبات (الجرائم المضرة بالمصلحة العمومية وجرائم الاعتداء على الأشخاص) ط ١ سنة ١٩٥٨م مكتبة جمعية الاقتصاد تحت رقم ٩٤٢٧ ، جندى عبد الملك فى الموسوعة الجنائية ج ١ ص ٦٦٧ ، د. محمد فائق الجوهري فى المسئولية الطبية فى قانون العقوبات - رسالة دكتوراه - يناير ١٩٥٢م ص ٢٧٥ وما بعدها .
(٢) المراجع السابق والدكتور محمد مصطفى القللى فى مقالة له عن الإجهاض فى المجلة الطبية المصرية س ٢٠ عدد ٧ (يوليه ١٩٣٧) ص ٣٨ .

(٣) د. رمسيس بهنام فى المرجع السابق الإشارة إليه ، جندى عبد الملك .

(٤) د. حسن أبو السعود فى المرجع السابق الإشارة إليه .

(٥) د. حسن أبو السعود ، وقد أشار إلى جارسون ويرى أن هذا رأى هو الأرجح فقها وقضاء .

عليه في مصر بصريح نص المادة ٢٦٤ ع .

وبالنسبة للركن الثاني وهو الفعل المادى فيتوافر باستعمال الجانى وسيلة تؤدى إلى الإجهاض أو يدل على هذه الوسيلة بحيث تؤدى إلى الإجهاض ، ويتحقق ذلك فى صور منها ما يكون الفعل فيه جناية بأن تكون الوسيلة هى الضرب أو نحوه من أنواع الإيذاء الواقع على المرأة ويفترض فى هذه الحالة أنه بغير رضاء المرأة . ومنها ما يكون الفعل فيه جنحة وذلك بإعطاء أدوية للمرأة أو باستعمال وسائل أخرى معها غير الضرب أو الدواء أو مجرد دلالة الحامل على الأدوية أو الوسائل الأخرى المجهضة . وقد يكون الفعل جنحة أيضا بأن يقع من المرأة على نفسها ، وسوف نعود لذلك بشئ من التفصيل .

أما الركن الثالث المعنوى فهو أن جريمة الإجهاض جريمة عمدية ، يلزم فيها توافر القصد الجنائى أى انصراف إرادة الفاعل إلى الفعل المادى المكون للجريمة على النحو الذى وصف به فى القانون - فيجب أن يكون الفاعل عالما أن المرأة حامل ، كما يجب أن تتصرف إرادته إلى استخدام الوسيلة المجهضة مع علمه بصلاحياتها لإحداث الإجهاض ، وأن تتصرف إرادته إلى إحداث وفاة الحمل .

إسقاط الحامل نفسها :

نصت المادة (٣١٧ / ٣ ف) صراحة على عقاب " المرأة التى تسقط نفسها أو تشرع فى ذلك " " والمرأة التى ترضى باستعمال الوسائل التى دلت عليها أو قدمت لها لكى تجهض " ولم ينص قانوننا صراحة على عقاب من تسقط نفسها بنفسها إذ أهمل ذلك فى المادة ٢٦٢ ع فهل تعاقب المرأة إذا أسقطت نفسها دون معاونة أحد ؟ وما الحكم إذا كانت هى المرأة قد لجأت فى سبيل ذلك إلى الضرب ونحوه من أنواع الإيذاء ؟

القضاء المصرى مستقر على وجوب عقاب المرأة التى تسقط نفسها دون معاونة أحد فليس من المحتم أن يكون عقاب المرأة معلقا على شرط عرض هذه الوسائل عليها من آخر وقبولها له . فالقانون يعاقب المرأة إذا عاونها أو أمدتها بالوسيلة ورضيت بذلك ومن باب أولى إذا فعلت هى ذلك بنفسها دون إرشاد أو اغواء من أحد إذ هذه الحالة أشد ، ثم أن المقصود بالحماية هنا هو الجنين ووقوع الفعل عليه يعد جريمة موجبة للعقاب سواء كان ذلك من المرأة أم من غيرها .

أما عن الحكم إذا لجأت المرأة لإسقاط نفسها إلى الضرب ونحوه من أنواع الإيذاء ؟ فقد عرضت لذلك محكمة أسبوط فى حكم لها وانتهت إلى أن " الضرب والإيذاء يدخلان فى الوسائل المنصوص عليها فى (م ٢٦١) بطبيعة الحال إذ أنهما لم يخرجان عن كونهما من الوسائل

المؤدية للإسقاط . وبناء عليه فإن المرأة إذا اتخذت الضرب والإيذاء وسيلة لإسقاط نفسها ، كان فعلها داخلا ضمن الوسائل المنصوص عليها في المادة (٢٦٢) وبذلك يعتبره القانون جنحه خلافا للأجنبي الذي يعد فعله جنائية .

غير أن تأسيس هذه التفرقة على أن المرأة لها أن تؤذى نفسها ، ومن أجل ذلك كان إسقاطها نفسها عن طريق الضرب والإيذاء جريمة واحدة على الجنين . أما إسقاط الأجنبي لها بالضرب والإيذاء يعده القانون جنائية لأن فعله يتناول الإضرار بشخصين .

هذه الحجة ليست قاطعة من حيث هي حجة قانونية فهي حجة غير مقنعة ، لأن فعل الإجهاض نفسه ماس بسلامة جسم المرأة في كل الأحوال أيا كانت وسيلته - وقد نص القانون صراحة على أن إسقاط امرأة بغير رضاها يعتبر جنحه ما دام قد تم بوسيلة غير الإيذاء والضرب مع أنه لا شبهة في هذه الحالة في أنه اعتداء على المرأة والجنين معا . كما يبدو مما سبق أن إسقاط المرأة بالضرب برضاها يعتبر جنحه ، رغم أن تم اعتداء عليها وعلى الجنين معا . ورضاؤها بالضرب لن يغير من طبيعة الاعتداء ولا يرفع المسؤولية عنه .

ثانيا : في الفقه الإسلامي :

(١) عن أبي هريرة ؓ قال : " اقتتل امرأتان من هذيل فرمت احدهما الأخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها ، فاخصموا إلى رسول الله ﷺ فقضى رسول الله ﷺ أن دية جنينها غرة عبد أو وليدة ، وقضى بدية المرأة على عاقلتها وورثها ولدها ومن معه . فقال : حمل بن النابغة الهذلي يارسول الله كيف يغرم من لا شرب ولا أكل ولا نطق ولا استهل ؟ فمئل ذلك دمه يطل ؟ فقال رسول الله ﷺ ، إنما هذا من إخوان الكهان من أجل سجعه الذي سجع " متفق عليه (١) .

(٢) وروى أن عمر ؓ بعث إلى امرأة كان يدخل عليها ، فقالت : يا ويلها مالها ولعمر ، فبينما هي في الطريق إذ فزعت فضربها الطلق فألقت ولدا فصاح صيحتين ثم مات ، فاستشار عمر أصحاب النبي ﷺ فأشار بعضهم أن ليس عليك شيء ، إنما أنت وال ومؤدب ، وصمت على فأقبل عليه عمر فقال : ما تقول يا أبا الحسن ؟ فقال : إن كانوا قالوا برأيهم فقد أخطأ رأيهم ،

(1) سبل السلام للصنعاني ج ٣ ص ٢٣٨ : والغرة " بضم الغين المعجمة وتشديد الراء منون " وقوله " عبد او وليده " بدل من غرة وأو هنا للتقسيم لا للشك " وحمل بن النابغة " في الحديث هو زوج المرأة القتلة . " مالا ستهلال " هو رفع الصوت . يريد أنه لم تعلم حياته بصوت نطق أو بكاء " ويطل " بالمشاء التحية وتشديد اللام من طل ومعناه يهدر ويغلي ولا يضمن . وفي الحديث دليل على أن الجنين إذا مات بسبب الجنائية وجبت فيه الغرة مطلقا سواء انفصل عن أمه وخرج ميتا أو مات في بطنها . أما إذا خرج حيا ثم مات ففيه الدية كاملة وهذا الحديث أخرجه أبو داود والنسائي من حديث ابن عباس ؓ وصححه ابن حبان والحاكم كما أخرجه أبو داود بلفظ آخر .

وإن كانوا قالوا في هواك فلم ينصحوا لك ، إن ديتك عليك لأنك أفرعتها فألفته ، فقال عمر : أقسمت عليك أن لا تبرح حتى تقسمها على قومك " (١).

(٣) وأخبر حماد بن سلمة عن الحجاج عن عبدة الضبي أن امرأة كانت حبلى فذهبت تستدخل فألقت بولدها ، فقال إبراهيم النخعي : عليها عتق رقية ولزوجها عليها غرة عبد أو أمه " .

(٤) وعن سفيان الثوري عن المغيرة بن مقسم عن إبراهيم النخعي أنه قال في امرأة شربت دواء فأسقطت قال : تعتق رقبة وتعطى أباه غره " .

(٥) وقال ابن حزم أن هذه الآثار غاية في الصحة إن كان لم ينفخ فيه الروح ، فالغرة عليها ، وإن كان قد نفخ فيه الروح فإن كانت لم تعد قتلته فالغرة أيضا على عاقلتها والكفارة عليها وإن كانت عمدت قتلته فالقود عليها أو الغرة في مالها ، فإن ماتت هي في كل ذلك قبل إلقاء الجنين ثم ألقته فالغرة واجبه في كل ذلك في الخطأ على عاقلة الجاني هي كانت أو غيرها وكذلك في العمد قبل أن ينفخ فيه الروح . وأما إن كان قد نفخ فيه الروح فالقود على الجاني إن كان غيرها ، وأما إن كانت فلا قود ولا غرة ولا شيء لأنه لا حكم على ميت وما له قد صار لغيره (٢).

فالإجهاض أو قتل الجنين جنائية في نظر الشارع الإسلامي . ويعبر الحنفية عن هذه الجنائية بالجناية على ما هو نفس من وجه دون وجه . فالجنين يعتبر نفسا من وجه لأنه آدمي ولا يعتبر كذلك لأنه لم ينفصل عن أمه . فليس له ذمة صالحة أو كاملة ولا يعتبر أهلا لوجوب الحق عليه لكونه في حكم جزء من الأم . ولكنه لما كان منفردا بالحياة فهو نفس وله ذمة وباعتبار هذا الوجه يكون أهلا لوجوب الحق له من إرث ونسب ووصية... الخ (٣) ومحل الجنائية عند جميع الفقهاء هو إجهاض الحامل والاعتداء على حياة الجنين . أو هو كل ما يؤدي إلى انفصال الجنين عن أمه (٤) . وبحدوث انفصال الجنين حيا أو ميتا تعتبر الجنائية تامة وإن كان لكل حالة من هذه عقوبتها الخاصة ، ولا يشترط في الفعل المكون للجناية أن يكون من نوع خاص ، فكما يكون فعلا ماديا كالضرب والجرح والضغط على البطن وتناول دواء أو مواد تؤدي إلى الإجهاض ، وإدخال مواد غريبة في الرحم أو حمل حمل ثقيل (٥) . قد يكون فعلا معنويا أو قولاً كالتهديد والإفزاز والترويع بتخويف الحامل أو الصباح عليها فجأة أو طلب ذى شوكة لها أو لغيرها أو

(١) المغني لابن قدامة ج ٩ ص ٥٧٩ .

(٢) المحلى لابن حزم ج ١١ ص ٣١ .

(٣) الأستاذ عبد القادر عوده في التشريع الجنائي الإسلامي ج ١ ص ٢٩٢ ، وقد أشار إلى البحر الرائق ج ٨ ص ٣٨٩ .

(٤) أسنى المطالب ج ٤ ص ٨٩ ، حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٥١٧ ، شرح الزرقاني ج ٨ ص ٣٣ ، الإقناع ج ٤ ص ٢٠٩ .

(٥) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٥١٦ و ٥١٩ .

دخول ذى شوكة عليها (١) وقد قدمنا مثالا على ذلك واقعة عمر بالنسبة للمرأة التى بعث إليها وهى حامل ففزعت وألقت حلها وهى فى الطريق إليه ، ومن الأفعال المعنوية المكونة لجريمة الإجهاض تجويع الحامل أو صيامها أو شتمها لريح ضار (٢) . فلو صامت المرأة فأدى الصوم إلى الإجهاض كانت مسئولة عن الجنابة ، ويرى بعض الفقهاء أن من يشتم امرأة شتما مؤلما يسأل جنائيا إذا أدى شتمه إلى إجهاض المرأة (٣).

وإذا حصل الفعل المكون للجنابة من أى شخص فإنه يعد جريمة ولو كان من الأب أو الأم أو من غيرهما ، وأيا كان الجانى فهو مسئول عن جنابته ولا أثر لصفته على العقوبة المقررة للجريمة كما أنه يجب القطع بوجود الجنين فلا يجب العقاب بالشك فى وجود أو موت الجنين . وهذا هو رأى الفقهاء الأربعة وأساسه عدم اليقين من وجود الجنين أو موته (٤).

ثالثا : فى الموازنة بين الشريعة والقانون :

يتفق ما استقر عليه الحال فى قانوننا الجنائى الوضعى مع ما تقره الشريعة الإسلامية فى هذا الصدد من حيث أن المجنى عليه فى هذه الجريمة والمقصود الأول بالحماية فيها هو الجنين ، وإن كان من يرتكب فعلا مؤديا إلى هذه النتيجة وهى إسقاط الحمل فهو معاقب على فعله ولو كان الفاعل هو الأكثر ضررا من نتيجة الفعل . ولو كان ذلك من الحامل على نفسها سواء قامت بفعل مady بهذا القصد أو رضيت بوقوع هذا الفعل عليها قصدا إلى هذه النتيجة إذ لا عبرة برضاها أو عدم رضاها فى اعتبار إسقاط الحمل جريمة معاقبا عليها .

(١) شرح الزرقانى وحاشية الشيبانى ج ٥ ص ٣١ ، حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٥١٦ ، ٥١٩ ، نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٦٠ ، المغنى ج ٩ ص ٥٥٢ ، ٥٥٧ ، الإقناع ج ٤ ص ٢٠٩ .

(٢) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٦٠ ، شرح الزرقانى ج ٨ ص ٣١ .

(٣) شرح الزرقانى وحاشية الشيبانى ج ٨ ص ٣١ .

(٤) المغنى ج ٩ ص ٥٣٨ ، اسنى المطالب ج ٤ ص ٨٩ ، شرح الزرقانى ج ٨ ص ٣٣ ، حاشية ابن عابدين ص ٥١٧ .

الفصل الثالث

تطبيق أثر الرضا على جرائم العرض والشرف والحرية والمال في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي

ويشتمل على أربعة مباحث :

المبحث الأول : أثر رضا المجنى عليه في جرائم الزنا في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي .

المبحث الثاني : أثر رضا المجنى عليه في جرائم القذف والسب في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي .

المبحث الثالث : تطبيق أثر رضا المجنى عليه على جرائم الاعتداء على الحرية الشخصية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي .

المبحث الرابع : تطبيق أثر الرضا على جرائم الاعتداء على المال في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي .

الفصل الثالث

تطبيق أثر الرضا على جرائم العرض والشرف والمال فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

المبحث الأول

أثر رضا المجنى عليه فى جرائم الزنا فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

أولا : أثر الرضا فى جريمة الزنا فى الفقه الإسلامى :

جريمة الزنا فى الشريعة الإسلامية من الجرائم العامة التى يعتبر الشارع الإسلامى أن المجنى عليه فيها هو المجتمع كله ، فلا يباح الزنا بالرضا ، ولا أثر لرضا أحد طرفى الجريمة أو المضرور مباشرة فيها فى المسئولية الجنائية للفاعل أو فى صفة الجريمة . كذلك لا أثر للرضا فى الدعوى الناشئة عن جريمة الزنا والعقوبة المقرر عليها إذ لا يتوقف تحريك الدعوى وتنفيذ العقوبة على تقديم شكوى الزوج ، كما لا تنتفى الدعوى ويوقف تنفيذ العقوبة لمجرد تنازل الزوج عن شكواه ورضاه بمعاشرة زوجته .

فالشريعة الإسلامية تعتبر كل وطء محرم زنا وتعاقب عليه سواء حدث بين متزوج أو غير متزوج فمن وطئ امرأة أجنبية أباحت نفسها له فهو زان ، ولو كان ذلك بإذن وليها أو زوجها ، لأن الزنا لا يستباح بالبدل والإباحة ، وليس لأحد أن يحل ما حرم الله فإن أحلت امرأة نفسها فإحلالها نفسها باطل وفعلها زنا محض ، والفاعل بها معاقب لا محالة .

إذ أن الشريعة تعاقب على الزنا باعتباره ماسا بكيان الجماعة وسلامتها ، لما فيه من اعتداء شديد على نظام الأسرة ، والأسرة هى الأساس الذى تقوم عليه الجماعة . فلا ينظر فى تقرير العقوبة على جريمة الزنا إلى مقدار الاعتداء الشخصى الواقع على المزنى بها ، فإنه إذا كان برضاها ، فليس ثمة أذى حسى واقع عليها ، وإنما ينظر فيها إلى ما يترتب على شيوع هذه

الفاحشة من نتائج خطيرة تؤدي إلى هدم الأسرة ثم إلى فساد المجتمع وانحلاله ، والشريعة تحرص أشد الحرص على بقاء الجماعة متماسكة قوية .

أما أن شيوع هذه الفاحشة يؤدي إلى ذلك ، فلأن هذا الشيوع يترتب عليه ألا يقبل الناس على الزواج مكتفين بتلك العلاقات ، وبذلك تنحل الأسرة ، ويانحلها تذهب أقوى رابطة في بناء المجتمع الفاضل ، ويضيع النسل .

لأنه إما ألا يكون نسل قط بين الذين تقع منهما هذه الجريمة وبذلك يقل تعداد الأمة ويفن نسلها شيئاً فشيئاً ، وإما أن تكون هناك ثمرة لتلك العلاقة الفاجرة ، وبذلك يكون الأولاد غير الشرعيين الذين لا يعرف لهم آباء فينشأون وفيهم شذوذ يجعلهم لا يألفون الناس ، ولا يألفهم الناس ، فيكون مصدر أذى مستمر ، وتفك بهم عرى الجماعة ، وتذهب وحدتها وقوتها ، وذلك لأن الأولاد إنما تترى فيهم العواطف الجماعية بتربيتهم بين أبويهم وأخوتهم إذ أن الغرائز تنمو مهذبة مشدبة بحنان الأبوين وعطفهما ، ورعاية الأولاد في أرضائهما ، وإن الأم والأب يعلمان أولادهما العلاقة الإنسانية ويربيان فيهم النزوع الاجتماعي .

وإذا فشا الزنا في أمة فإن مآلها الانحلال ، وتناقص السكان ، ووجود رجال فيهم عداوية للمجتمع ، كما هو الحال في المجتمعات التي تبيح قوانينها الزنا بالرضا ، وتفتشت فيها تلك الجريمة .

وجريمة الزنا من أفحش الجرائم وعقوبتها من أغلظ العقوبات في الإسلام ، ولذلك يقول رسول الله ﷺ " إن من أكبر الكبائر الزنى وأفحشه ما كان بحليلة الجار "

كما جاءت نصوص كثيرة من الآيات القرآنية تقرر النهي عن قتل النفس بالنهي عن الزنا مما يتبين معه أن بين الزنا وقتل النفس مناسبة أو جهة جامع ، لأن في الزنا قتلاً للنسل ، وفي جريمة القتل قتل نفس واحدة ، فإذا كانت جريمة القتل اعتداء على شخص واحد ، فجريمة الزنا اعتداء على أنفس كثيرة كانت تريد حياة كريمة فلم تنل الحياة أو نالتها ذليلة مهينة (١).

يقول تعالى : ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَّنَ وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ﴾ (الأنعام: من الآية ١٥١)

ويقول تعالى : ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا الزَّوْجَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا ﴾ (الاسراء: ٣٢)

ويقول تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ لَا يَدْعُونَ مَعَ اللَّهِ إِلَهًا آخَرَ وَلَا يَقْتُلُونَ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَلَا يَزْنُونَ ﴾ (الفرقان: من الآية ٦٨)

لهذا ولأن من مقاصد الإسلام الكبرى حفظ النسل قويا متآلفا ، كان الاعتداء في جريمة الزنا اعتداء على حق الله تعالى ، والحد الثابت فيها بنص قرآني أو حديث نبوي من الحقوق الخالصة

(1) فضيلة المرحوم الإمام محمد أبو زهرة في الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي ج ٢ العقوبة ص ٩٥ .

لله سبحانه ، ليس لأحد التصرف فيه بالعفو عنه أو التهاون في استيفائه حتى ولو كان ذلك من ولى أمر المسلمين أو الحاكم فيهم .

فجريمة الزنا من جرائم الحدود التي هي خالصة لله تعالى ، والخصومة فيها ليست بشرط باتفاق جميع الفقهاء فلا يترقب الإثبات فيها على الدعوى ، بل الشاهد فيها مدع ، وتسمى هذه دعوى الحسبه ، أو شهادة الحسبه ، لأن سماع الشهادة في الفقه الإسلامى ، كما هو الشأن فى كل وسائل الإثبات لابد أن تسبقها الدعوى ، إلا فى الحدود التي تكون خالصة لله تعالى ، فلين الشهادة تسمع ، ولو لم تسبق الدعوى . وعلى ذلك فإن الزنا إذا رآه أربعة يصح أن يذهبوا إلى القاضى ، ويشهدوا أمامه بواقعة الزنى ، ويترتب على شهادتهم عقوبتها وإن لم تسبقها دعوى ، وتسمى الشهادة نفسها شادة حسية ، وتقوم مقام الدعوى .

ونظرة الشارع الإسلامى إلى حق الفرد العادى فى إقامة الدعوى الجنائية عن جريمة الزنا وغيرها من جرائم الحدود التي هي حق خالص لله تعالى ، إنما هي نظرة إلى واجب ألقاه عليه الشارع ، من مستلزمات القيام به أى يمكن من حق إقامة الدعوى الجنائية والوصول بها إلى العقاب . والأصل فى هذا الواجب قوله تعالى : ﴿ كُنْتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَتُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ ﴾ (آل عمران: من الآية ١١٠) . وقوله تعالى: ﴿ وَكَانَ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ ﴾ (آل عمران: من الآية ١٠٤)

وقوله ﷺ " من رأى منكم منكراً فليغيره بيده فإن لم يستطع فبلسانه ، فإن لم يستطع فبقلبه " فعلى كل مسلم قادر موجه إليه الخطاب أن يأمر بالمعروف وأن ينهى عن المنكر . ولما كانت الجريمة ضرباً من المنكر فإن كل مسلم مأمور بأن يمنع الجريمة ما استطاع إلى ذلك سبيلاً ، فإن وقعت استطال الواجب إلى العمل على تغيير هذا المنكر ، مما يقتضى إقامة الدعوى الجنائية والوصول إلى عقاب من ارتكب هذا المنكر .

وقد تقدم أنه لا خلاف فى أن الخصومة ليست بشرط فى حد الزنا لأنه من خالص حق الله ﷻ والخصومة ليست بشرط فى الحدود الخالصة لله لأنها تقام حسبة لله تعالى فلا يتوقف ظهورها على دعوى العبد^(١) كما أن للقاضى أن ينفرد باستيفائها من غير طالب إذا ثبتت بإقرار أو بينة . وينبنى على أن الحدود الخالصة لله فى الشريعة الإسلامية لا تقبل إسقاطاً ولا عفواً لأمران :

أولهما : عدم جواز التنازل عن دعوى الزنا ، ولا إيقافها ولتعطيها إذ أنها تهدف إلى إحقاق حق من حقوق الله ﷻ .

(١) بدائع الصنائع ، ترتيب الشرائع لعلاء الدين الكاسانى ، الجزء السابع ص ٥٢ .

والثاني : عدم جواز العفو عن العقوبة التي هي حق خالص لله ﷻ . أما الفرد زوجا كان أو غيره فإنه لا يملك التنازل عن الدعوى لأن إقامته لها أو مباشرته إياها نوع من أداء الواجب ألقاه عليه الشارع والواجب بطبيعته لا يقبل من المكلف به التنازل عنه . ثم أن مجرد إقامة هذه الدعوى ولو حسية يجعل القاضى مختصا بنظرها ملزما بالسير فيها ولو تنازل عنها مقيمها لأن تنازله إنما يرد على غير حق له .

ودور الفرد على هذه الصورة في الدعوى يؤدي بغير شك إلى انعدام كل صفة أو حق له في العفو عن العقوبة ، التي تصدر نتيجة لها والعقوبة هنا وهي حد الزنا حق خالص لله ﷻ ، على ولي الأمر أن يستوفيه ويطبقه على مستحقه .

وإذا كان تحريك الدعوى الجنائية عن جريمة الزنا وغيرها من جرائم الحدود الخالصة لله تعالى . هو واجب على كل فرد قادر من المسلمين ، فإن ولي الأمر في ذلك مقدم على الفرد في الوجوب . وليس له ولا للمحتسب أن ينزل عن دعوى من هذه الدعاوى أقامها هو أو غيره . ولا أن يطلب إلى القاضى وقفها أو الامتناع عن النظر فيها ، وعلى القاضى أن يفصل فيها بحكم الله تعالى . وليس لولى الأمر أيضا أن يوقف حكم القاضى أو يعفو عن المحكوم عليه ، إذ أنه لا يملك إسقاط العقوبة ولا يستطيع العفو عنها وإنما هو ملزم بأن يقيم الحد على مستحقه حسبما قضى بذلك حكم القاضى ^(١) والنصوص في الشريعة الإسلامية تؤيد هذا المعنى وتؤكد من ذلك قوله تعالى بعد تقرير لحد الزانى والزانية : ﴿ ... وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ﴾ ففي ذلك إشارة إلى عدم جواز العفو ، ونهى ضمنى لولى الأمر عن التساهل في استيفاء حق الله تعالى .

الإكراه على الزنا :

وبالنسبة للإكراه على الزنا فإن الزنا لا يستباح بالإكراه التام ، وإن كان الإكراه مسقطا للحد ومن المتفق عليه أنه لا حد على مكرهة على زنا . ولا فرق في ذلك بين الإكراه بالإلجاء وهو أن يغلبها على نفسها وبين الإكراه بالتهديد .

قال تعالى : ﴿ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرَرْتُمْ إِلَيْهِ ﴾ (الأنعام: ١١٩)

وقال تعالى : ﴿ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ ﴾ (البقرة: من الآية ١٧٣)

وقال ﷺ : " عفى لأمتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه " ^(٢)

كما أن الإكراه يعتبر شبهة عند القائلين بالشبهة والحدود تدرأ بالشبهات . وقد استكرهت امرأة على عهد رسول الله ﷺ فدرأ عنها الحد ^(٣).

(١) البدائع للكاساني ، ج ٧ ص ٥٥ .

(٢) المحلى لابن حزم ، ج ٢ ص ٣٣٤ .

(٣) رواه الترمذى ، التاج ج ٣ ص ٣٦ .

وقد قال بعض الفقهاء بأن المرأة لا تأثم إذا مكنت رجلاً من نفسها تحت تأثير الإكراه التام ، وانتقد ذلك النظر الكاساني وقال فيه : " وهذا عندي فيه نظر ، لأن فعل الزنا كما يتصور من الرجل يتصور من المرأة ، ألا ترى أن الله سبحانه وتعالى سماها زانية... فاحتمل الوصف بالخطر والحرمة ، فينبغي ألا يختلف فيه حكم الرجل والمرأة ، فلا يرخص للمرأة ، كما لا يرخص للرجل " (١) وهذا ما نرجحه .

وإذا أكره رجل على الزنا فالرأى الراجح في مذهب مالك وأبي حنيفة والشافعي وأحمد والشيعة والزيدية ، أنه لا حد على الرجل إذا أكره كما هو الشأن بالنسبة للمرأة . لأن الإكراه يتساوى أمامه الرجل والمرأة ، فإذا لم يجب عليها الحد للأدلة المتقدمة لم يجب عليه كذلك كما أن الإكراه شبهة والحدود تدرأ بالشبهات (٢).

والرأى المرجوح في هذه المذاهب أن الرجل إذا أكره على الزنا عليه الحد . وحجة هذا الرأي أن المرأة تكره لأن وظيفتها التمكين ، أما الرجل فلا يكره ما دام ينتشر ، لأن الانتشار دليل الطوعية ، ومقتضى هذا الرأي أنه إذا لم يكن انتشار وثبت الإكراه فلا حد .

وقد رد على هؤلاء بأن الإكراه يتساوى أمامه الرجل والمرأة ، فإذا لم يجب عليها الحد لم يجب عليه وأن الانتشار قد يكون طبعاً وهو دليل على الفحولية أكثر مما هو دليل على الطوعية ، ولأن القول بأن التخويف ينافي الانتشار غير صحيح ، لأن المكره يخوف عند ترك الفعل لا عند إتيانه والفعل في ذاته لا يخاف منه ، كما أن الإكراه شبهة والحدود تدرأ بالشبهات .

ويرى الظاهرية أنه لا حد على مكرهة أو مكره ، فلو أمسكت امرأة حتى زنى بها ، أو أمسك رجل فأدخل أحليله في فرج امرأة فلا شيء عليه ولا عليها ، سواء انتشر أو لم ينتشر ، أمنى أو لم يمن ، أنزلت هي أو لم تنزل ، لأنهما لم يفعلن شيئاً أصلاً ، والانتشار والإمضاء فعل الطبيعة الذي خلقه الله تعالى في المرء أحب أم كره لا اختيار له في ذلك (٣).

ومن المسلم به في الفقه الإسلامي بمذاهبه المختلفة أن المرأة ليس لها أن تستفيد من ظرف خاص بالرجل . فلا تعفى من العقاب على جريمة الزنا إذا أعفى الرجل منه . فمثلاً إذا مكنت المرأة مكرهاً من نفسها دون أن يقع عليها إكراه فعليها الحد دونه ، لأن فعلها زناً ، ولأنها ليست مكرهة ، ولا عبرة بإعفاء الرجل من العقاب فإنه أعفى لا كراهه على الفعل .

بعد هذا العرض لأثر الرضا في جريمة الزنا في الفقه الإسلامي نستطيع إيجاز القول بأن الرضا لا يبيح جريمة الزنا لأن الزنا لا يستباح بالبذل والإباحة ، وليس لأحد أن يحل ما حرم

(١) بدائع الصنائع للكاساني ج ٧ ص ١٧٨ .

(٢) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨٠ ، شرح فتح الغدير ج ٤ ص ١٥٧ - ١٦٦ ، اسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٧ ، المهذب ج ٢ ص ٢٨٤ ، المغنى ج ١٠ ص ١٥٨ ، شرح الأزهري ج ٤ ص ٣٤٨ .

(٣) المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٣٣١ .

الله كما أن الرضا لا يؤثر في المسؤولية الجنائية للفاعل ، ولا أثر له على الدعوى الجنائية والخصومة الناشئة عنها كذلك لا أثر له على العقوبة المقررة لأنها حد خلصن الله تعالى وحق الله الخالص له ليس لأحد إسقاطه بالعفو أو التنازل عنه .

ثانيا : أثر الرضا في جرائم الزنا في القانون الوضعي :

والأصل في القانون أن حق الإنسان في عرضه قابل للتصرف فيه بشرط أن يكون هذا التصرف مستوفيا شرائط صحته قانونا بصدوره ممن هو أهل للرضا ، أم ممن يكون لإرادته وزن أمام القانون وتتوافر للإنسان أهلية هذا الرضاء طبقا للقانون المصري بتجاوز ثمانى عشرة سنة (م ٢٦٩ ع)^(١).

وسوف نعرض هنا لصور بعدم الرضا الصحيح في بعضها ركنا من أركان الجريمة ، كاغتصاب الإناث وهناك العرض بالقوة أو التهديد إذ أنها مؤسسة على عدم الرضا (فإذا ما توافر الرضا فلا جريمة ولا عقوبة) وفي البعض الآخر يكون الرضا سببا معفيا من عقوبة الجريمة كزنا الزوجة وزنا الزوج وارتكاب فعل فاضح غير علني في حضرة امرأة إذ علق القانون تحريك الدعوى الجنائية في هذه الجرائم على تقديم شكوى من المجنى عليه ، فإذا لم تقدم الشكوى في دعوى ولا عقوبة .

١- زنا الزوجة :

قبل الخوض في بيان أثر رضا الزوج في جريمة زنا الزوجة يروق لى تتبعنا للتطور الفكرى والتشريعى في هذا النوع من الجرائم أن ألمح إلى ما أشار إليه بعض فقهاء قانوننا^(٢) استدلالا على أن القرائح لا تزال تعمل وتفكر ، أنه قد أثرت في البلاد الأجنبية مسألتان لم يتفق لآن على حلها . (الأولى) هل لا يكون من المناسب إلغاء عقوبة الزنا وترك أمر تعويض الضرر الناشئ من الجريمة لعناية القضاء المدنى ؟ (والثانية) في حالة ما إذا أبقي العقاب هل لا يكون من الواجب حذف الفروق الموجودة بين زنا الزوج وزنا الزوجة ؟

فأما عن المسألة الأولى فقد ذكر أن اللجنة التى شكلت في هولندا لتحريز قانون العقوبات كانت اقترحت حذف الزنا من عداد الجرائم وذكرت في تقريرها أهم الأسباب التى استند إليها أنصار هذا الاقتراح ، وتتحصل في أن كل عقوبة توضع للزنا هى عقوبة ظالمة وغير زاجرة لأنه إما أن تحصل المحاكمة على الجريمة بدون أخذ رأى الزوج ، وحينئذ يفوق خطر الفضيحة

(١) د. رمسيس بهنام في النظرية العامة للقانون الجنائى ص ٣٣٨ وما بعدها ط ١٩٦٨م مكتبة جمعية الاقتصاد تحت رقم ١١٢٨٤ .

(٢) جندى عبد الملك في الموسوعة الجنائية ج ٤ ص ٦٦ وما بعدها ، بند ٩ ، ١٠ وما بعدها .

وإضرار المحاكمة الضرر الذى تحدثه الجريمة بالمجتمع الإنسانى . وأما أن يخول الزوج وحده حق رفع الشكوى وحينئذ يتوقف العقاب على مزاج الزوج ودرجة تأثره ، ومن ناحية أخرى فإن عقوبة الزنا ليس لها أى أثر مانع إذ لا تكفى العقوبة لإيقاف من لا توقفهم اعتبارات أسمى وأعظم شأنًا . وأخيرا فإن الحكم المدنى بالطلاق أو الفرقة هو التعويض الطبيعى أو الفعال عن الإخلال بعهد الزواج ومتى أمكن الحصول عليه فلا فائدة لغيره من الحلول . ومع ذلك لم تأخذ الحكومة الهولندية بهذه الأسباب وصدر قانون العقوبات الهولندى متضمنا العقاب على جريمة الزنا - شأن غيره من القوانين ما عدا القانون الإنجليزى وقانون عقوبات جنيف . وأما عن المسألة الثانية ، فإن علماء القانون الجنائى مع تسليمهم بأن زنا الزوجة وزنا الزوج هما فى درجة واحدة من الناحية الأخلاقية يرون من الناحية الاجتماعية أن الأول أشد خطورة من الثانى لأنه يؤدى إلى نتائج أسوأ ولذا فرق المشرع المصرى بين زنا الزوج وزنا الزوجة من أربعة وجوه :

أولهما : أن الجريمة لا تقوم بالنسبة إلى الزوج إلا إذا زنا فى منزل الزوجية ، أما الزوجة فيثبت زناها فى أى مكان (م ٢٧٤ و ٢٧٧ ع) .

ثانيهما : أن الزوجة إذا زنت تعاقب بالحبس مدة أقصاها سنتان أما الزوج فيعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة شهور .

ثالثها : أن للزوج أن يعفو عن زوجته بعد الحكم عليها أما الزوجة فلم ينص على أن لها حق العفو عن زوجها بعد الحكم عليه نهائيا .

رابعها : أن الزوج يعذر إذا قتل زوجته حال تلبسها بالزنا ويخفف عقابه أما الزوجة فلا عذر لها فى مثل هذه الحالة .

هذا وتنص المواد (٢٧٣ و ٢٧٤ و ٢٧٥ و ٢٧٦ ع) فى قانون العقوبات المصرى على جريمة زنا الزوجة فتتص المادة ٢٧٣ ع على أنه " لا تجوز محاكمة الزانية إلا بناء على دعوى زوجها إلا أنه إذا زنى الزوج فى المسكن المقيم فيه مع زوجته كالمبين فى المادة ٢٧٧ لا تسمع دعواه عليها " .

وتنص المادة ٢٧٤ على أن " المرأة المتزوجة التى ثبت زناها يحكم عليها بالحبس مدة لا تزيد على سنتين لكن لزوجها أن يقف تنفيذ هذا الحكم برضاؤه معاشرتها له كما كانت " . وتنص المادة ٢٧٥ على أنه " ويعاقب أيضا الزانى بتلك المرأة بنفس العقوبة " .

وتنص المادة ٢٧٦ على أن " الأدلة التي تقبل وتكون حجة على المتهم بالزنا هي القبض عليه حين تلبسه بالفعل أو اعترافه أو وجود مكاتيب أو أوراق أخرى مكتوبة منه أو وجوده في منزل مسلم في المحل المخصص للحريم " .

ونظرا لتقدم بيان الأحكام المتعلقة بهذه الجريمة عند الكلام عن أثر الرضا في الدعوى الجنائية وتحديد الجرائم التي يتوقف تحريك الدعوى فيها على شكوى المجنى عليه فسوف نقتصر هنا على التعرض لبعض الأحكام الهامة .

ومن المقرر أن القانون لا يعاقب على الزنا باعتباره اتصالا غير شرعي ، وإنما لأن فيه انتهاكا لحرمة الزوجية القائمة ، وتتكون جريمة زنا الزوجة بوقوع وطء فعلى من غير الزوج حال قيام الزوجية وأن تزنى الزوجة وهي عالمة بأن رابطة الزوجية قائمة وبأنها تتصل بغير زوجها . وجريمة الزوجة من الجرائم التي علق القانون محاكمة الزوجة فيها على شكوى الزوج المجنى عليه كما تقدم في نص المادة ٢٧٣ ع (١) فلا بد من شكوى الزوج لكي تتحرك الدعوى العمومية ويرى الفقهاء (٢) أن الحكمة في ذلك لا ترجع إلى أن جريمة شخصية ، وإنما هي جريمة عامة تهم المجتمع كالجرائم الأخرى غير أنه إلى جانب المصلحة العامة التي تتطلب العقاب على جريمة الزنا توجد مصلحة العائلة والأولاد في التغاضي عن الجريمة ، تلك المصلحة التي يستطيع الزوج تقديرها وحده باعتباره رب الأسرة وقد رأى الشارع في ذلك تقديم المصلحة الفردية على المصلحة العامة . وهو حكم استثنائي لمبدأ حرية النيابة في رفع الدعوى العمومية . لتحقيق العقاب على الوقائع الجنائية ، فإذا ما تقدم الزوج بشكواه في حالة وقوع الزنا فإن النيابة تسترد حريتها في تحريك الدعوى واستعمالها ، ويجب أن تتوافر في الشكوى جميع الشروط السابق ذكرها في مبحث سابق عن قواعد تقديم الشكوى والتنازل عنها عند البحث عن أثر الرضا في الدعوى الجنائية (٣) . فيجب أن يتقدم الزوج بشكواه للنياحة العامة أو أحد مأموري الضبط القضائي ، ولا يشترط في الشكوى أن تكون كتابية بل قد تكون شفوية

(١) كلمة دعوى الواردة في هذه المادة يراد بها البلاغ أو الشكوى كما يستفاد ذلك من النص الفرنسي في المادتين ٢٣٥ و ٢٣٩ من قانون العقوبات سنة ١٩٠٤م المقابلتين للمادتين ٢٧٣ و ٢٧٧ من قانون سنة ١٩٣٧م وكذلك ميت غمر الجزئية ٧ مايو ١٩١٧م شرائع ٤ ص ٥٠٨ وبنى سوف الابتدائية ١١ مارس ١٩٢٣م محاماه ٣ ص ٤١٩ .

(٢) جندى عبد الملك في الموسوعة الجنائية ج ٤ ص ٧٤ ، د. رمسيس بهنام في القسم الخاص في قانون العقوبات ص ٣٠٧ ط ١ سنة ١٩٥٨م ، جمعية الاقتصاد تحت رقم ٩٤٢٧ ، د. محمد محي الدين عوض في القانون الجنائي ، إجراءاته في التشريعين المصري والسوداني ، الجزء الأول ص ٦٤ ط ١٩٦٤ ، د. أحمد فتحي سرور في قانون العقوبات " القسم الخاص " جرائم العرض ص ٢٩١ .

(٣) تقدم هذا البحث في الفصل الثاني من الباب الرابع في هذه الرسالة ص ٣٤٥ .

وكل ما يتطلب فيها أن تكون صريحة . وتقدم الشكوى ضد الزوجة الزانية وشريكها أو ضد الزوجة وحدها فتتحرك الدعوى ضدها وضد الشريك . أما إذا كانت ضد الشريك وحده فلا يمكن أن تتحرك الدعوى بل قد يعتبر هذا نزولا من الزوج عن رفع الدعوى ضد الزوجة فيستفيد منه الشريك . ويجوز أن ينبى الزوج آخر فى تقديم الشكوى بتوكيل خاص منه لا حق للحادث . وحق تقديم الشكوى حق شخصى للزوج إذا مات قبل استعماله امتنع على ورثته ذلك . وإذا كان الزوج محجورا عليه لعاهة فى العقل أو كانت سنة أقل من خمس عشرة سنة فلوليه حق التبليغ لأن له حق الولاية على النفس . وفى حالة غياب الولي أو تغاير مصلحة الزوج المجنى عليه مع مصلحة من يمثله كأن يكون هو الشريك الزانى أو كان الشريك شديد القرابة به انتقل الحق فى التبليغ إلى النيابة العامة (م ٥ إجراءات) وللزوج المحجور عليه لسفه أو للحكم عليه بعقوبة جنائية كما للزوج القاصر الذى تبلغ سنة خمس عشرة سنة فأكثر الحق فى تقديم الشكوى عن جريمة زنا الزوجة ، كما يشترط أن تكون الزوجية قائمة والزواج صحيحا - وقت الشكوى - فعلا أو حكما ، لصراحة النص فى أن يكون التبليغ من الزوج .

على أن القانون قد حدد أسبابا خاصة بدعوى زنا الزوجة تمنع قيامه أو تؤدى إلى سقوطها

هى :

- (١) نزول الزوج المجنى عليه عن حقه .
 - (٢) سبق ارتكاب الزوج جريمة الزنا .
 - (٣) حصول الزنا برضا الزوج .
 - (٤) عدم تقديم الشكوى خلال ثلاثة شهور من العلم بالجريمة ومرتكبها .
- فللزوج أن ينزل عن شكواه ضد زوجته الزانية فى أى وقت إلى أن يصدر فى الدعوى حكم نهائى ، وتنقضى الدعوى الجنائية بالنزول كما هو نص المادة ١٠ إجراءات (١) . كما أن للزوج أن يوقف تنفيذ الحكم الصادر بالعقوبة على زوجته الزانية كما هو نص المادة ٢٧٤ ع . ويصح أن يكون النزول كتابة وشفاهة بل يجوز أن يكون صراحة أو ضمنا بما يستتج من تصرف الزوج وظروف الحال كأن يعود إلى مباشرة زوجته كما كانت أو يراجعها وتقدير ذلك متروك لمحكمة الموضوع . والنزول يعتبر دليلا قانونيا على عدم وقوع الزنا فهو يمنع من تحريك الدعوى واستمرار السير فيها سواء ضد الزوجة أو الشريك كما يؤدى إلى براءة المتهمين إذا

(١) د. محمد محي الدين عوض فى القانون الجنائى إجراءات فى التشريع المصرى والسودانى ج ١ ص ٦٨ ط ١٩٦٤م ، جندى عبد الملك فى الموسوعة ج ٤ ص ٨٤ . وقد أشار إلى جاره ٥ ن ٢١٦٧ وجارسون وشوفو وهيلى وبلاتش وموسوعات دالوز وطنطا الابتدائية ٢٤ فبراير ١٩٠٨م مج ٩ ص ٧٨ وملوى الجزئية ٢٣ مارس ١٩٠٧م ع ٨ ص ١٢٦ ومنوف الجزئية ٢١ مايو ١٩١٦م شرائع ٣ ص ٦٠٣ وبورسعيد الجزئية ٩ يوليه ١٩١٧م مج ١٩ ص ٣٤ .

كانت الدعوى فى دور المحاكمة ، ولا يمكن الرجوع فى النزول بعد حصوله . ويشترط فيه أن يكون بائنا فإذا علق على شرط صح النزول وبطل الشرط . وكما يجب أن يحصل النزول حال قيام الزوجية فعلا أو حكما يجب أن يكون مقصورا على الواقعة موضوع الدعوى وأن يحصل بعد وقوعها ، فإذا مات الزوج الشاكي تظل الدعوى قائمة وينتقل حقه فى النزول عنها إلى أولاده من الزوجة الزانية ذكورا أم إناثا . ولا يشترط وقوعه منهم جميعا بل يكفى حصوله من أيهم لكى تنقضى الدعوى (و ١٠ / ٤ إجراءات)

وللزوجة أن تدفع الدعوى بارتكاب الزوج جريمة الزنا فى منزل الزوجية والزواج قائم فعلا أو حكما ، ولم تحدد المادة ٢٧٣ ع الوقت الذى تظل فيه دعوى الزنا ضد الزوجة غير مقبولة لهذا السبب . وقد اختلف رأى الشراح والمحاكم فى ذلك ، فيرى البعض أن للزوجة الدفع بذلك السبب مهما طاللت المدة بشرط ألا تكون الجريمة قد سقطت لسبب آخر ، وترى المحاكم ومعها كثير من الشراح أنه يجب أن تكون جريمة الزوجة معاصرة أو مقاربة لجريمة الزوج (١) وهو الرأى الراجح .

وبعض الشراح يعلل حق الزوجة فى دفع دعوى الزوج ضدها بالزنا إذا ثبت زناه فى منزل الزوجية بحصول المقاصه لتكافؤ السيئات فى جريمة ترجح فيها مصلحة الزوج على مصلحة البيئة الاجتماعية (٢) ، ولكن البعض الآخر يرفض فكرة المقاصه بحجة أن الجريمة لا تمحى بجريمة مثلها ، ويرى أن العلة فى سقوط حق الزوج فى الدعوى هنا هى أن جرمته تجعله غير أهل الشكوى ، إذ كيف يقبل منه أن يشكو من جريمة هو نفسه ملوث بها ويتمسك بحقوق الزوجية وعهودها إذا كان هو نفسه لم يبرعها ؟

وفى الإجابة عن سؤال هل للزوجة أن تدفع شكوى زوجها بأنها ارتكبت الزنا بعلمه ورضائه وأن ذلك يحرم الزوج من حق الشكوى ؟

فالرأى الراجح فى فرنسا أن الزوج لا يحرم من حق الشكوى فى هذه الحالة وإنما قد يكون الرضا سببا فى تخفيف العقاب (٣) ويرى البعض هناك أنه وإن كان صحيحا من الوجهة القانونية أن رضاء الزوج لا يمنعه من تقديم شكواه إلا أنه فى كثير من الأحيان متى استمر هذا الرضاء بعد وقوع الجريمة ولو فترة قصيرة يمكن اعتباره كعفو ضمنى من شأنه محو الجريمة (٤) . ويرى البعض الآخر أنه إذا كان صفح الزوج عن زوجته بعد وقوع الجريمة مسقطا لحقه فى

(١) د. محمود مصطفى فى شرح الإجراءات الجنائية ط ٦ ص ٧٠ رقم ٦٠ .

(٢) جندى عبد الملك فى الموسوعة ج ٤ ص ٨١ بند ٤٤ - ١ وقد أشار إلى جاره .

(٣) د. محمد محي الدين عوض فى المرجع السابق الإشارة إليه ص ٧١ ، جندى عبد الملك ج ٤ ص ٨٤ وقد أشار إلى جاره ٥ ن ٣١٦٧ وشوفو وهيلى ن ١٩٤٧ وبلانس ن ١٩١ وهوس ن ١٠٩٧ .

(٤) جندى عبد الملك وقد أشار فى ذلك إلى جارسون م ٣٣٦ ن ١٢٤ .

الشكوى فمن باب أولى لا تسمع شكواه إذا كان قد أذن لها بارتكاب الأفعال التي جاء بعد ذلك بيلغ عنها (١).

أما في مصر فقد ثار هذا النزاع وقضت فيه إحدى المحاكم بأنه لا عقاب على الزنا إذا حصل بتواطؤ من الزوج (٢) ويميل الشراح المصريون، إلى هذا الرأي . ويرى بعض الشراح عدم حرمان الزوج من حقه في الشكوى لرضاه مقدماً (٣).

هذا وتتص المادة ٣ / ٢ إجراءات على أنه " لا تقبل الشكوى بعد ثلاثة أشهر من يوم علم المجنى عليه بالجريمة ومرتكبها " والحكمة في ذلك هنا أن الشارع افترض أن الزوج بتغاضيه عن الشكوى طيلة هذه المدة قد نزل عنها فإذا تقدم بها مضى تلك المدة إلى النيابة أو أحد رجال الضبط القضائي لا تقبل منه ولا تتحرك بناء عليها الدعوى .

٢- زنا الزوج :

وأركان هذه الجريمة هي حصول الوطء فعلاً من الزوج حال قيام الزوجية في منزل الزوجية مع توافر القصد الجنائي لديه . وتتص المادة ٢٧٧ ع على أن " كل زوج زنى في منزل الزوجية وثبت عليه هذا الأمر بدعوى الزوجة يجازى بالحبس مدة لا تزيد على ستة شهور " وهذه الجريمة أيضاً من جرائم الشكوى التي يتوقف تحريك الدعوى الجنائية فيها على تقدم شكوى من المجنى عليه فلا تجوز محاكمة الزوج الذي يزنى في منزل الزوجية إلا بناء على شكوى زوجته ، ويشترط في الشكوى هنا ما يشترط عموماً في الشكوى وما تقدم أخيراً من الشروط الواجب توافرها في شكوى الزوج ضد زوجته الزانية . ومتى قد مت الشكوى استردت النيابة حريتها في تحريك الدعوى العمومية واستعمالها .

ولكن هل للزوجة الحق في إيقاف محاكمة الزوج وإيقاف تنفيذ الحكم ؟

لا يوجد نص بالنسبة لجريمة زنا الزوج يقابل نص المادة ٢٧٤ ع أى أنه لا يوجد نص يخول الزوجة المجنى عليها الحق في وقت تنفيذ الحكم الصادر ضد زوجها . إلا أن المادة ١٠ إجراءات قد نصت على أن " لمن قدم الشكوى أن ينزل عنها في أى وقت إلى أن يصدر في الدعوى حكم نهائي وتنقضى الدعوى الجنائية بالنزول " وما دامت جريمة زنا الزوج من بين

(١) مانجان ج ١ ن ١٣٥ .

(٢) مصر الكلية ٩ مارس ١٩٤١م المحاماه س ٢١ ص ١٠٣٩ رقم ٤٣٦ ، الموسكى الجزئية . ١٤ أكتوبر ١٩٠١م حقوق ١٦ ص ٣٨٩ ، وقد نصت المادة ٥٦١ من القانون الإيطالي الصادر في سنة ١٩٣٠ على أن الزوجة لا تعاقب إذا كان الزوج قد أوعز لها أو حرضها على الفسق أو استفاد بأية طريقة كانت من ارتكاب الفسق .

(٣) د. محمود مصطفى في شرح الإجراءات الجنائية ط ٥ ص ٦٥ رقم ٥٤ و ط ٦ ص ٦٨ وما بعدها رقم ٥٤.

الجرائم المعلق رفعها على شكوى ، فللزوجة حق النزول فقط عن شكاها قبل زوجها الزانى إلا أنه ليس لها إيقاف تنفيذ الحكم الصادر ضده .

٣- اغتصاب الإناث :

وهذه الجريمة من الجرائم التى تنعدم بالرضا إذ أنها مؤسسة على عدم رضا المجنى عليها بالجريمة فإذا ما توافر الرضا فلا جريمة . وقد نص المشرع على هذه الجريمة فى المادة ٢٦٧ ع بقوله " من واقع أنثى بغير رضاها يعاقب بالأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة ، فإذا كان الفاعل من أصول المجنى عليها أو من المتولين تربيتها أو ملاحظتها أو ممن لهم سلطة عليها أو كان خادما بالأجرة عندها أو عند من تقدم ذكرهم يعاقب بالأشغال الشاقة المؤبدة " فجريمة اغتصاب الأنثى يتطلب لقيامها توافر ثلاثة أركان :

أولاً : مادية وهو موافقة أنثى .

ثانياً : عدم رضا المجنى عليها بفعل الوقاع .

ثالثاً : القصد الجنائى .

فلا تقع جريمة اغتصاب الأنثى إلا إذا كانت موافقتها بغير رضاها ، إذ فى هذه الحالة قط يتحقق الاعتداء على الحرية الجنسية للمرأة .

وينعدم رضا المجنى عليه إذا أكرهت إكراها مادياً أو معنوياً على الوقاع ، والإكراه المعنوى هو إرغام المجنى عليها على قبول الاتصال الجنسى عن طريق التهديد بالشر أو الأذى الجسيم ، على نحو يثقل إرادتها ويدفعها إلى الاستسلام كالتهديد باستعمال السلاح ، ويتحقق الإكراه المادى بوقوع فعل من أفعال العنف على جسم المرأة يعطل مقاومتها .

على أن الرضا قد ينعدم دون تحقق إكراه مادية أو معنوية وحينئذ تقع الجريمة لأن القانون يكتفى فى قيامها بانعدام الرضاء ولا يتطلب وقوع إكراه . فيعد اغتصاباً حالة المباغطة بالوقاع كأن ينتهز الطبيب فرصة الكشف على أنثى فيواقعها على حين غفلة منها (١) . وأيضاً موقعة

(١) شرح قانون العقوبات القسم الخاص للدكتور عمر السعيد رمضان ص ٢٨٤ ط ٦٤ - ٦٥ د. رمسيس بهنام فى القسم الخاص فى قانون العقوبات ط ١ سنة ١٩٥٨ مكتبة جمعية الاقتصاد تحت رقم ٩٤٢٧ ، د. أحمد فتحى سرور فى قانون العقوبات " القسم الخاص " ص ٢٩١ ، نقض ٢٧ يناير ١٩٥٨ م ، مجموعة أحكام محكمة النقض س ٩ رقم ٢٨ ص ١٠٢ حيث قضى بأنه متى كان المتهم قد باغت المجنى عليها وهى مريضة ومستلقية فى فراشها وكم فاها بيده وانتزع سروالها ثم اتصل بها اتصالاً جنسياً بإيلاج قضيبه فيها بغير رضاها منتهزاً فرصة عجزها بسبب المرض عن المقاومة وإتيان أية حركة فإن ذلك يكفى لتكوين جريمة الوقاع .

المرأة أثناء نومها أو حين تكون في حالة إغماء أو تخدير أو فاقدة الشعور تحت تأثير التتويم المغناطيسي (١).

ويعد في حكم عدم الرضا ، الرضا الصحيح ، كالرضاء الذي يصدر من مجنونة أو صغيرة غير مميزة ، والرضاء الذي يتوصل إليه الجاني بطريق الحيلة والخداع ، كما إذا دخل الجاني سرير المجنى عليها على صورة تجعلها تظنه زوجها فتسكت تحت هذا الظن (٢).

٤- هنك العرض بالقوة أو التهديد :

وقد نص المشرع على هذه الجريمة في المادة ٢٦٨ ع التي تقول " كل من هنك عرض إنسان بالقوة أو التهديد أو شرع في ذلك يعاقب بالأشغال الشاقة من ثلاث سنين إلى سبع ، وإذا كان عمر من وقعت عليه الجريمة المذكورة لم يبلغ ست عشرة سنة كاملة أو كان مرتكبها ممن نص عليهم في الفقرة الثانية من المادة ٢٦٧ يجوز إبلاغ مدة العقوبة إلى أقصى الحد المقرر للأشغال الشاقة المؤقتة . وإذا اجتمع هذان الشرطان معا يحكم بالأشغال الشاقة المؤبدة " .

وتتحقق جريمة هنك العرض هنا بتوافر أركان ثلاثة : أحدهما مادي وهو كل فعل يقع على جسم المجنى عليه ويخل على نحو جسيم بعاطفة الحياء عنده . والثاني معنوي وهو توافر القصد الجنائي لدى الجاني بأن يرتكب الفعل المكون للجريمة عن إرادة وعلم بأن من شأنه الإخلال بالحياء العرضي للمجنى عليه (٣) . والثالث استخدام الجاني وسيلة معينة في الاعتداء هي القوة أو التهديد ، والمجمع عليه فقها وقضاء أن المشرع يقصد بعبارة " القوة أو التهديد " الواردة بالمادة ٢٦٨ ع التعبير عن انعدام الرضاء الصحيح من جانب المجنى عليه (٤) . سواء أكان ذلك نتيجة إكراه مادي أو معنوي أم لم يكن .

- (١) د. عمر السعيد رمضان وقد أشار إلى نقض ٢٢ نوفمبر ١٩٢٨ م ، المحاماه س ٩ رقم ١٤ ص ٢٥ و ١٩ أكتوبر ١٩٤٢ م ، مجموعة القواعد القانونية ج ٥ رقم ٤٤١ ص ٦٩٢ .
- (٢) نقض ١٤ مايو ١٩٥١ م ، مجموعة أحكام محكمة النقض س ٢ رقم ٣٩٧ ص ١٠٨٩ ، وفي نفس المعنى جنايات مصر في ٥ يونيو ١٩٠٥ م (الاستقلال ٤ ص ٤٤٣) .
- (٣) نقض ١٣ أبريل ١٩٤٢ م ، مجموعة القواعد القانونية ج ٥ رقم ٣٨١ ص ٦٤٣ ، ٢٢ أكتوبر ١٩٤٥ م ، مجموعة القواعد القانونية ج ٦ رقم ٦٢٧ ص ٧٧٩ ، ٨ أبريل ١٩٥٢ ، مجموعة أحكام محكمة النقض س ٣ رقم ٢٩٤ ص ٧٨٨ .
- (٤) د. عمر السعيد رمضان في المرجع السابق الإشارة إليه ص ٢٩٤ .

- وبذلك يدخل فى مدلول القوة أو التهديد فى جريمة هناك العرض المباغته والخديعة (١)
وارتكاب الفعل على المجنى عليه أثناء نومه (٢) أو أن يكون فى حالة إغماء أو تخدير (٣)
واستغلال جنون المجنى عليه فى العبث بعرضه (٤).

٥- الفعل الفاضح غير العلنى فى حضرة امرأة :

وهذه الجريمة من الجرائم التى يتوقف تحريك الدعوى الجنائية فيها على شكوى المجنى عليه . فإن لم تقدم الشكوى فلا دعوى ، وينطبق على تقديم الشكوى هنا والتنازل عنها ، القواعد القانونية المقررة فى الشكوى وتنص المادة ٢٧٩ ع على أنه " يعاقب بالعقوبة السابقة (٥) كل من ارتكب مع امرأة أمراً مخل بالحياء ولو فى غير علانية " وتستلزم هذه الجريمة توافر أركان أربعة هى : فعل مخل بالحياء ، وارتكاب هذا الفعل مع امرأة ، وانعدام رضاء المجنى عليها ، والقصد الجنائى . والفعل الفاضح هنا هو فعل يوقعه الجانى على نفسه أو على جسم غيره ويخدش الشعور بالحياء دون أن يصل فى جسامته إلى الحد الذى تقوم به جريمته هناك العرض . ويلزم فى هذه الجريمة أن يرتكب الفعل مع امرأة سواء ارتكب الفعل على جسمها أو بحضورها بحيث يمكنها مشاهدته وإدراك معناه . كما ينبغى أن يقع الفعل بغير رضاء المجنى عليها ، وهذا الشرط لم يرد صراحة فى القانون ولكن تقتضيه حكمة التجريم . فالمشرع حين يفرض العقاب فى الفعل الفاضح غير العلنى إنما يريد أن يحمى شعور المجنى عليها ذاتها وأن

(١) د. السعيد رمضان وقد أشار إلى نقض ١٩ مايو ١٩٤١م ، مجموعة القواعد القانونية ج ٥ رقم ٢٦٣ ص ٥١٨ ، ٤ فبراير ١٩٥٢م ، مجموعة أحكام محكمة النقض س ٣ رقم ٢٤٩ ص ٦٧٣ - وقد قضى الحكم الأول بأنه متى ثبت أن المجنى عليها قد انخدعت بمظاهر الجانى فاعتقدت أنه طبيب فسلمت بوقوع الفعل عليها لم تكن راضية بما وقع من المتهم وتوافر به ركن القوة . وقضى الحكم الثانى بأنه متى كان الحكم قد أثبت أن المتهم فاجأ المجنى عليها أثناء وقوفها بالطريق وضغط إليها بيده فإن جنائية هناك العرض بالقوة تكون قد تحققت لما فى ذلك من مباغته المجنى عليها بالاعتداء المادى على جسمها فى موضع يتأذى عرض المرأة من المساس بحرمتها .

(٢) نقض ٢٨ نوفمبر ١٩٥٥م ، مجموعة أحكام محكمة النقض س ٦ رقم ٤٠٧ ص ١٣٨٧ وقارن فى نفس المعنى ٢٤ أبريل ١٩٥٠م ، مجموعة أحكام محكمة النقض س ١ رقم ١٧٤ ص ٥٣٤ .

(٣) نقض ٢٣ نوفمبر ١٩٣٦م ، مجموعة القواعد القانونية ج ٤ ص ١٨ . وقد قضى بأنه إذا أثبت الحكم أن المتهم أخرج عضو تناسل المجنى عليه بغير رضائه وهو فى حالة سُكروأخذ يعبث فيه بيده فهذا كاف لإثبات توافر ركن القوة .

(٤) نقض ٢٥ مارس ١٩٤٠م ، مجموعة القواعد القانونية ج ٥ رقم ٨٢ ص ٦٤٧ ، ٢٢ يونيو ١٩٤٢م ، مجموعة القواعد القانونية ج ٥ رقم ٤٣٥ ص ٦٨٨ .

(٥) هى العقوبة المقررة للفعل الفاضح العلنى وهى الحبس مدة لا تزيد على سنة أو الغرامة التى لا يتجاوز مقدارها خمسين جنيهاً .

يصون كرامتها مما قد يقع على جسمها أو بحضورها من أمور مخلة بالحياء (١) ولا يتأتى ذلك إلا إذا كانت غير راضية عنه ، ولا يعتد القانون برضاء المجنى عليها فلا يجعل منه حائلا دون قيام الجريمة إذا كانت لم تبلغ من العمر ثمانى عشرة سنة كاملة .

ثالثا : الموازنة بين أثر الرضا فى جرائم الزنا فى الفقه الإسلامى والقانون الجنائى الوضعى :
بعد استعراض الأحكام والنصوص المتعلقة بالتجريم والعقاب على جريمة الزنا فى القانون الجنائى الوضعى والفقه الجنائى الإسلامى وأثر الرضا فى هذه الجريمة .
نستطيع القول بأن التناقض واضح ومخالفة القانون صريحة لما جاءت به الشريعة التى أنزلها الله من عنده وهو يعلم الغيب ويقرر ما تبقى به الجماعة متماسكة قوية ، مما يمنع اختلاط الأنساب ويحفظ النسل ، ويصون بنیان الأسرة ويستقيم به حال المجتمع ويبقى صلاحه .
فبينما نرى أن الشريعة الإسلامية تحرم الزنا منعا لاختلاط الأنساب وصونا للأعراض وتعاقب عليه باعتباره ماسا بكيان الجماعة وسلامتها لما فيه من اعتداء شديد على نظام الأسرة والأسرة هى الأساس الذى تقوم عليه الجماعة ولما فى إباحته من إشاعة للفاحشة مما يؤدى إلى فساد المجتمع وانهلاله .

نجد أن الأصل فى القانون هو أن حق الإنسان فى عرضه قابل للتصرف فيه بشرط أن يصدر التصرف ممن هو أهل للرضا و تتوفر للإنسان أهلية الرضا طبقا للقانون المصرى بتجاوز ثمانى عشرة سنة ، وأن القانون لا يعاقب على الزنا باعتباره اتصالا غير شرعى ، وإنما لأن فيه انتهاكا لحرمة الزوجية القائمة ، والعلاقة الجنسية فيما عدا ذلك علاقة شخصية أساسها الرضا والتفاهم فإذا ما ارتكبت بغير رضا شكل هذا اعتداء على حق الحرية الجنسية يوجب العقاب على من ارتكبه .

ونتيجة للتطور الفكرى والتشريعى فى هذا النوع من الجرائم فى ظل قواعد القانون الجنائى الوضعى يرى بعض القانونيين فى هولندا وغيرها حذف الزنا من عداد الجرائم وأن المناسب كما يروونه هو إلغاء عقوبة الزنا وترك أمر تعويض الضرر الناشئ من الجريمة لعناية القضاء المدنى .

وقد انبنى على هذا الخلاف الأساسى الفروق الجوهرية الآتية :

(١) تعتبر الشريعة كل وطء محرم زنا " وتعاقب عليه سواء حدث من متزوج أو غير متزوج فمن وطئ امرأة أجنبية أباحت نفسها له فهو زان ولو كان ذلك بإذن وليها أو زوجها " على حين أن القانون الوضعى يعتبر العلاقة الجنسية بالرضا بين غير المتزوج

(١) نقض ٢ نوفمبر ١٩٥٩م ، مجموعة أحكام محكمة النقض س ١٠ رقم ١٧٨ ، ص ٨٣٤ .

وغير المتزوجة علاقة مشروعة فهو يبيح الزنا من غير المتزوجين بشرط الرضا ممن تتوافر له أهلية الرضا كما يعد الزنا مباحا في القانون برضا الزوج وإنه لزوجه .

(٢) لا تنتظر الشريعة الإسلامية إلى الزنا باعتباره جريمة شخصية تمس فردا من الناس بقدر ما تنتظر إليه باعتباره جريمة يمتد أثرها إلى بنیان المجتمع بالهدم ، والأسرة بالانهيار لذا كان المجنى عليه حقيقة في هذه الجريمة هو المجتمع . على حين ينظر القانون إلى العلاقة الجنسية على أنها علاقة شخصية ، وأن الحق فيها شخصي للزوج بإباح برضاه .

(٣) الدعوى عن جريمة الزنا في الفقه الإسلامي من الدعاوى العامة التي تقام حسبة ولا يتوقف تحريكها ومباشرتها على رضاء أحد أو شكواه ، كما أنه ليس لأحد من الناس وليس لولى الأمر فيهم حق التنازل عن هذه الدعوى ولا إيقافها ولا تعطيلها ، إذ أنها تهدف إلى إحقاق حق من حقوق الله ﷻ .

على حين أن دعوى الزنا في القانون الوضعي تعتبر من الدعاوى الشخصية الخاصة التي يتوقف تحريك الدعوى فيها ومباشرتها على تقديم شكوى من الزوج . الذي له حق التنازل عن هذه الدعوى وإيقافها وتعطيلها في أى مرحلة من مراحلها المختلفة .

(٤) العقوبة أو الحد على الزنا من الحقوق الخالصة لله تعالى فلا يجوز لأحد من الناس ولا لولى أمر المسلمين العفو عن العقوبة أو إسقاطها عن الجاني . بل إن ولى الأمر ملزم بأن يقيم الحد على مستحقه حسبما قضى بذلك حكم القاضي .

ومع هذا فلزوج الزانية أن يعفو عنها ، فلا يتقدم بشكواه مطلقا وحينئذ فلا جريمة ولا عقوبة أو أن يتنازل عن شكواه بعد تقديمها فيوقف محاكمة الزوجة ، بل له أن يتنازل بعد صدور حكم في الدعوى فيسقط العقوبة عن الزوجة ، ولا يشترط في التنازل أن يكون صريحا قد يكون ضمنيا برضاه معاشرتها كما كانت .

(٥) الرضا لا يبيح جريمة الزنا في الفقه الإسلامي . لأن الزنا لا يستباح بالبذل والإباحة وليس لأحد أن يحل ما حرم الله . كما أنه لا أثر للرضا في المسؤولية الجنائية للفاعل ولا أثر له في الدعوى الجنائية والخصومة الناشئة عنها ولا على العقوبة المقررة على الجريمة .

ولكن للرضا كل الأثر في جريمة الزنا في القانون الجنائي الوضعي ، الذي يضافى على العلاقة الجنسية بين غير المتزوجين صفة المشروعية طالما كانت بالرضا ممن توافر لديه أهليته .

كما تنقسم الجرائم المعاقب عليها من هذا النوع إلى جرائم مؤسسة على عدم الرضا كاعتصاب أنثى ، فإذا ما كان الفعل برضاها فلا جريمة ولا عقوبة . وجرائم أخرى كزنا الزوجة يتوقف تحريك الدعوى الجنائية فيها على تقديم شكوى من المجنى عليه وهو الزوج ، فإن لم يقدم الشكوى فلا تتحرك الدعوى من الزنا مطلقا . وإذا تنازل عنها بعد تقديمها توقف

الدعوى ويحكم فيها بالبراءة . بل للزوج أن يتنازل عن دعواه حتى بعد صدور حكم على الزوجة فلا تنفذ العقوبة عليها .

وبهذه الفروق الجوهرية اتضحت الهوية العميقة بين ما امتازت به الشريعة الإسلامية من بعد وفطنه في هذا الخصوص فضلا عما تتميز به من خصائص على القانون الوضعي وبين ما انحدر إليه التشريع الوضعي في ذلك ، انتهى به إلى أن تكون هذه الجريمة ، وهي من أشنع الجرائم وأمسها ضررا بالجماعة ، فعلا مباحا وعلاقة مشروعة في ظل قوانين الأصل فيها والغرض منها الحرص على بقاء الجماعة وإصلاح حال المجتمع .

وبالرجوع إلى الإحصاءات والتأمل فيما أصبحت عليه حال مجتمعات أبيح فيها الزنا وشاعت فيها الفاحشة ، من تحلل في جماعاتها وتصدع في وحدتها ، وما أصبحت تعانيه من أزمات اجتماعية وسياسية مع فساد في الخلق ونشر للإباحية ، ليتضح لنا ضرورة ما تتأدى به ويجب علينا العمل من أجله وهو العود إلى العمل بمبادئ الشريعة الإسلامية الغراء . وإرساء قواعدها ، ومن القوانين منها في هذا المجتمع الإسلامي الذي لا نجاه له مما ينحدر إليه إلا بالتمسك بتلابيبها والعود أحمد .

وفضلا عما تقدم فقد تلاشت الشريعة ما وجه إلى التشريع الجنائي الوضعي فيما يختص

بجرائم الزنا من انتقادات منها :

أ : أن نزول الزوج المجنى عليه عن حقه يعتبره القانون دليلا قانونيا على عدم وقوع الزنا .
ب : للزوجة أن تدفع دعوى الزنا عنها بارتكاب الزوج جريمة الزنا في منزل الزوجية والزواج قائم فعلا أو حكما . ويعلل البعض من القانونيين حق الزوجة في ذلك بحصول المقاصة لتكافؤ السيئات في جريمة ترجح فيها مصلحة الزوج على مصلحة الهيئة الاجتماعية وهكذا تحمي الجريمة في القانون بجريمة مثلها .

ج : في الخلاف الدائر بين القانونيين حول رضا الزوج مقدما بزنا زوجته ، هل يؤدي إلى حرمان الزوج من حقه في الشكوى أو لا يؤدي إلى ذلك ؟ فإذا كان الرضا مقدما بالزنا من الزوج يحرمه من حق الشكوى ، فإن معنى ذلك ألا عقاب على الزنا إذا حصل بتواطؤ من الزوج وفي ذلك ما فيه .

وإذا كان الرضا مقدما بالزنا من الزوج لا يحرمه من حقه في الشكوى ، فإن ذلك ما فيه أيضا من تناقض من جواز إساءة استخدام الزوج لهذا الحق ، في التكسب من زنا زوجته والتقايض عليها ، وتهديدها بالشكوى في وقت دون وقت وحال دون حال مع رضائه أصلا مقدما بزناها .

د : عقوبة الزوجة الزانية في القانون المصري الحبس مدة لا تزيد على سنتين ، وعقوبة الزوج الزاني في منزل الزوجية الحبس مدة لا تزيد على ستة شهور .

المبحث الثاني

أثر الرضا في جرائم القذف والسب في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

أولاً : أثر الرضا في القذف والسب في الفقه الإسلامي :

(١) القذف والقاعدة فيه والدليل عليه :

القذف في اللغة هو الرمي بالشئ & وفي الشريعة الإسلامية نوعان (١) :

(١) قذف يحد عليه القاذف .

(٢) وقذف يعاقب عليه بالتعزير .

أما الذي يحد فيه القاذف ، فهو رمي المحصن بالزنا أو نفى نسبه ، ويعرف في اصطلاح الفقهاء بأنه نسبة من أحصن إلى الزنا صريحاً أو دلالة (٢).

وأما ما فيه التعزير ، فهو الرمي بغير الزنا زنفى النسب سواء كان من رمى محصناً أو غير محصن ويلحق بهذا النوع السب والشتم ففيهما التعزير بقدر ما يرى القاضي (٣).

وإذا أطلق لفظ القذف فالمقصود به في الفقه الإسلامي النوع الأول الذي ورد فيه النص القرآني بوجوب الحد بالجلد ثمانين جلده .

والقاعدة في الشريعة الإسلامية أن من رمى إنساناً بواقعة أو صفة محرمة ما ، وجب عليه أن يثبت صحة ما رماه به ، فإن عجز عن إثباته أو امتنع وجبت عليه العقوبة .

أما من سب إنساناً أو شتمه بأن رماه بما هو ظاهر الكذب ولا يقبل الإثبات بداهة كمن قال لآخر : يا كلب يا حمار أو قال لبصير يا أعمى ، وجبت عليه العقوبة ، وليس له الحق في إثبات صحة ما قال ومن رمى شخصاً بما ليس معصية فلا يعفيه صحة القذف من العقاب لأنه بالرغم من صحة قوله قد أذى المقدوف والإيذاء محرم في الشريعة ، ولا يصح أن يعزر به أن ما قذف به لا تحرمه الشريعة ولا تؤاخذ عليه .

والأصل في تحريم القذف الكتاب والسنة :

أما الكتاب قوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴾ (النور: ٤) وقوله تعالى : ﴿ إِنَّ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ لَعُنُوا فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴾ (النور: ٢٣)

(١) الأستاذ عبد القادر عوده في التشريع الجنائي الإسلامي ج ٢ ص ٤٥٥ .

(٢) دكتور أحمد فتحي بهنس ، الجرائم في الفقه الإسلامي ، دراسة فقهية مقارنة ص ١٢٤ .

(٣) الأحكام السلطانية للقاضي أبي يعلى الفراء ص ٢٥٤ .

وأما السنة فقول النبي ﷺ " اجتنبوا السبع الموبقات ، قالوا وما هن يا رسول الله قال :
الشرك بالله والسحر ، وقتل النفس التي حرم الله ، وأكل الربا ، وأكل مال اليتيم ، والتولي يوم
الزحف ، وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات " .

ولكى تتحقق جريمة القذف المعاقب عليها بالحد لا بد من توافر أركان ثلاثة هي :

(١) الرمي بالزنا أو نفى النسب .

(٢) إحصان المقدوف .

(٣) القصد الجنائي .

ويرجع في تحديد شروط ضوابط هذه الأركان وتفصيلها إلى كتب الفقه الإسلامي التي تثرى بها
المكتبة الإسلامية .

٢- اشتراط خصومة المجنى عليه .

ومن المتفق عليه بين فقهاء الشريعة الإسلامية أن مخاصمة المقدوف شرط في حد القذف (١)
ولا خلاف بين الفقهاء في ذلك لأن جريمة القذف من الجرائم التي للعبد فيها حتى بجانب حق الله
تعالى ، وجانب الحق الشخصي فيها واضح لأنها تمس المقدوف مساسا شديدا وتتصل بسمعته
وعرضه اتصالا وثيقا . ولأن للقاذف حق إثبات قذفه فلو أثبتته أصبح المقدوف مسئولا عن
جريمة الزنا كامل رمى بهذه الجريمة ووجب عليه عقوبتها ، ولهذه النتائج الخطيرة كان من
المحكمة أن يعلق رفع دعوى القذف على شكوى المقدوف . فلا تقام دعوى القذف ولا يستوفى
الحد من القاذف إلا بمخاصمة المقدوف له بأن يتقدم المقدوف بشكواه طالبا توقيع هذا الحد . ولا
يمكن لولى الأمر أن يستوفيه من تلقاء نفسه ، كما لا تقبل الشكوى من غير المقدوف ، فلو تقدم
الشهود بشهادتهم حسبة لله لا تقبل منهم الشهادة لأن الشهادة لا تقبل قبل قيام الدعوى ، والدعوى
لا تقوم إلا بشكوى المقدوف .

وهو وحده الذي يملك حق الخصومة إن كان حيا فلا تقبل الخصومة من غيره مهما كانت
صلته بالمقدوف ، ويرى أبو حنيفة ومحمد أنه ليس بلزوم أن يقيم المقدوف الدعوى بنفسه وإنما
له أن يوكل غيره في طلب الحد فيصح منه التوكيل ، وقد رأى أبو يوسف هذا الرأي أول الأمر
ثم تركه إلى عدم جواز التوكيل لأن التوكيل عنده لا يصح في الحدود ولا في القصاص إذ أن
خصومة الوكيل تقوم مقام الموكل ، وشرط الحد لا يثبت بمثله ، ولأن الحد يندري بالشبهة
والشبهة مع التوكيل قائمة لاحتمال صدور قول أو آخر من المقدوف يسقط به الحد ، ولأن

(١) الأحكام السلطانية للمواردى ص ٢٢١ والبدائع للكاساني ج ٧ ص ٤٦ ، المبسوط للسرخسي ج ٩ ص ٦٩ .

تدارك الخطأ في مثل هذه الأحوال غير ممكن بخلاف الحقوق المدنية المالية (١). وإذا حرك
المقذوف دعوى القذف ثم مات قبل الفصل في الدعوى ، ففيه خلاف بين العلماء :
يرى مالك والشافعي وأحمد أن حق الخصومة يورث فيحل الورثة في الدعوى محل
المقذوف (٢) . فإذا لم يكن للمقذوف ورث سقطت الدعوى . ويرى أبو حنيفة أن الدعوى تسقط
بموته لأن حق الخصومة في دعوى القذف حق مجرد ليس مالا ولا بمنزلته فلا يورث (٣) ، وفي
مذهب مالك يرون أن الدعوى لا تسقط بموت المقذوف مع عدم الوارث إذا كان المقذوف قد
أوصى لشخص بأن يقوم مقامه فللوصى أن يحل محله في الدعوى (٤) ، أما إذا مات المقذوف
بعد القذف وقبل الشكوى سقط حق المخاصمة . ولم يكن لورثة المقذوف أو عصبائه أن
يخاصموا القاذف إلا إذا كان المقذوف وقد مات وهو لا يعلم بالقذف (٥) لأن سكوه عن الشكوى
يعنى أنه لا يريد لها أو أنه عفا عن القاذف .

٣- مدى حق صاحب الدعوى في التنازل عنها والعفو عن القاذف :

ينبنى خلاف الفقهاء حول حق التنازل عن دعوى القذف والعفو عن القاذف أهو للمقذوف أم
لا ؟ على خلافهم في تحديد صاحب الحق في حد القذف ، هل هو حق لله أم حق للعبد ؟
ومن المتفق عليه بين الفقهاء أن جريمة القذف فيها حقان ، حق لله تعالى وحق للمقذوف ولكن
الفقهاء يختلفون على أى الحقين هو الأقوى ؟ فأبو حنيفة يغلب حق الله على حق العبد ، ويجل
الجريمة متعلقة بحق الله تعالى (٦).
والشافعي وأحمد وبعض الحنفية يغلبون حق العبد على حق الله ويرون الجريمة متعلقة
بحقوق الأدميين (٧) ويفرق مالك فيغلب حق العبد قبل الشكوى ويغلب حق الله تعالى بعد الشكوى
فالجريمة عنده متعلقة بحقوق الأدميين قبل الشكوى ومتعلقة بحقوق الله تعالى بعد الشكوى .
أما الشافعية وأحمد وغيرهم فيغلبون حق العبد في حاجة إلى حقه أكثر من حاجة الجماعة إلى
حقها ثم أن المقصود بدعوى طلب حد القذف هو دفع الشين عن المقذوف وذلك حقه ، كما أن

- (١) البدائع للكاساني الجزء السابع ص ٥٤ - ٥٥ ، والمبسوط للرخسى ج ٩ ص ١١٤ .
- (٢) الأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٢١ والبدائع للكاساني ج ٧ ص ٥٥ ، والمبسوط للرخسى ج ٩ ص ١٠٥ .
- (٣) شرح فتح الغدير ج ٤ ص ١٩٩ ، بدائع الصنائع ج ٧ ص ٢٩٢ .
- (٤) المدونه ج ١٦ ص ٢٠ .
- (٥) مواهب الجليل ج ٦ ص ٥ ج ٣٠ .
- (٦) البدائع للكاساني ، الجزء السابع ص ٥٦ ، والمبسوط للرخسى الجزء التاسع ص ١٠٩ ، ١١٠ .
- (٧) البدائع للكاساني ، الجزء السابع ص ٥٦ ، والمبسوط للرخسى الجزء التاسع ص ١٠٩ ، ١١٠ أيضا ،
شرح فتح الغدير ج ٤ ص ١٩٨ .

الحد لا يستوفى إلا بخصومة المقذوف أى أنها شرط إقامة الحد وإنما يستوفى بخصومة العبد ما هو من حقوقه .

ويغلب أبو حنيفة حق الجماعة على حق العبد لأن ذلك يؤدى إلى حفظ حق الجماعة وحق العبد معا على حين أن تغليب حق العبد يؤدى إلى إهدار حق الجماعة ، كما أن الله قد رتب الحد جزاء على هذه الجريمة ويعتبر فيه الإحصان ، والحدود زواج والزواج مشروع لله تعالى ، ثم إن استيفاء حق الله ، وأما ما كان حقا للعبد فاستيفاءه إليه .

أما مالك فيغلب حق العبد قبل الشكوى باعتبار أن حق الجماعة لا يبدأ فى الظهور إلا بعد الشكوى فإذا لم تكن شكوى فلا حق الآدمى أما بعد الشكوى فيوجد حق الجماعة ، وإذا وجد حق الجماعة تغلب على حقوق الآدميين^(١).

ويترتب على هذا الخلاف آراء الفقهاء فى جواز تناول صاحب الدعوى عنها وعفوه عن القاذف .

أما التنازل عن الدعوى :

فقد كان مقتضى حق المقذوف الخالص فى تحريك الدعوى أن يكون له كذلك حق التنازل عنها فى أى وقت وعلى أى حالة تكون عليها ما دام فى ذلك تحقيق لمصلحته التى وضعت فى الاعتبار الأول . وعلى ذلك جاء رأى الشافعية وبعض الحنفية ، فجعلوا للمجنى عليه حق انتهاء الدعوى كما جعلوا له كذلك أن يبرئ القاذف أو يصالحه على مال . إذ للمجنى عليه عندهم الحق فى العفو قبل المرافعة وبعدها . وذلك لأن حق العبد عندهم هو الغالب فى حد القذف كما سبق أن أوضحنا .

والأمر على خلاف ذلك عند الحنفية الذين لا يجيزون للمجنى عليه التنازل عن الدعوى أو العفو عنها لأن الحق فى حد القذف يغلب فيه حق الله تعالى . والتنازل أو العفو لا يكون إلا من صاحب الحق^(٢) فيه .

وأما حق العفو :

فالخلاف فيه انعكاس للخلاف فى تحديد صاحب الحق فى حد القذف أيضا . فمن غلب حق الله على حق الآدميين كأبى حنيفة رأى أن المقذوف ليس له أن يعفو عن القاذف بعد ثبوت الجريمة عليه ، فإن عفا كان عفوه باطلا^(٣) . لأن الحد حق من حقوق الله فليس للفرء أو الجماعة إسقاطه ولا يسقط بالعفو كسائر الحدود .

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٥ .

(٢) الأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٢١ ، والبدائع للكاسانى ج ٧ ص ٥٦ والمبسوط للسرخسى ج ٩ ص ١١٠ ، ١١١ .

(٣) المغنى ج ١٠ ص ٢٠٤ ، النزهة ج ٢ ص ٢٩٢ .

ومن غلب حق العبد على حق الله كالشافعي وأحمد رأى أن المقذوف له أن يعفو عن القاذف إلى وقت إقامة الحد فإن عفا عنه سقط الحد على أنه إذا تعدد المقذوفون وكان الجريمة محكوما فيها بحد واحد فيشترط لسقوط الحد أن يكون العفو من جميع المقذوفين فإذا عفا البعض دون البعض فلا يصح العفو . إذ أن الحد واجب لمن لم يعف ولم يسقط بعفو من عفا (١).

ثانيا : أثر الرضا في جرائم القذف والسب في القانون الوضعي :

القذف والسب من الجرائم التي تتعلق بشرف الشخص واعتباره ، ولذلك علق الشارع تحريك الدعوى العمومية فيها على شكوى المقذوف في حقه أو من ناله السب في شرفه وسمعتها ، فلا يجوز أن ترفع الدعوى الجنائية عن هذه الجرائم إلا بناء على شكوى شفهية أو كتابية من المجنى عليه أو من وكيله الخاص إلى النيابة العامة أو إلى أحد مأموري الضبط القضائي ، وقد نص القانون على هذه الجرائم في المواد ٣٠٢ ، ٣٠٣ ، ٣٠٦ ، ٣٠٧ ، ٣٠٨ ، ١٨٥ من قانون العقوبات ، فتتص المادة ٣٠٣ على عقوبة القذف في حق الأفراد ، وذوى الصفة العمومية ، وتتص المادة ٣٠٦ على السب ، والمادة ٣٠٧ على عقوبة القذف والسب والجرائم المنصوص عليها في المواد من ١٨١ إلى ١٨٥ إذا ارتكبت بطريق النشر في إحدى الجرائد أو المطبوعات ، وتتص المادة ٣٠٨ على عقوبة العيب أو القذف أو السب إذا تضمن طعنا في الأعراض أو خدشا لسمعة العائلات .

فتسرى على هذه الجرائم قواعد تقديم الشكوى أو التنازل عنها التي تقدم بيانها عند الكلام من أثر رضا المجنى عليه في الدعوى الجنائية والمنصوص عليها في المادة الثالثة وما بعدها من قانون الاجراءات الجنائية فإذا لم تقدم الشكوى عن إحدى هذه الجرائم لا تكون الدعوى العمومية عنها مقبولة أمام المحكمة الجنائية وتنقضى هذه الدعوى بتنازل مقدم الشكوى في أى وقت إلى أن يصدر في الدعوى حكم نهائي ولا تقبل الشكوى بعد ثلاثة أشهر من يوم علم المجنى عليه بالجريمة وبمركبها .

وسوف نورد فيما يلي تعريف هذه الجرائم والمواد التي تنص عليها :

(١) جريمة القذف :

القذف هو إسناد أمور محدودة " علنا " إلى شخص وقعت منه أو منسوبة إليه ولو كذبا ويكون من شأنها لو صحت عقابه قانونا أو تحقيره عند أهل الوطن (٢) كأن يقول شخص عن

(١) المراجع السابقة .

(٢) د. محمد محي الدين عوض في القانون الجنائي اجراءاته في التشريعين المصري والسوداني ج ١ ص ٩٢ ط ١٩٦٤م وقد أشار إلى أن المادة ٥٠٩ من المشروع الجديد قد عرفت القذف والسب بقولها " القذف هو إسناد واقعة إلى الغير من شأنها أن تجعله محلا للعقاب أو للإزدراء ، والسب هو رمي الغير بما يخدش شرفه أو اعتباره دون أن يتضمن ذلك إسناد واقعة معينة " .

آخر، أنه سرق من فلان كذا . وتنص المادة ٣٠٢ / ١ على أنه " يعد (١) قاذفاً كل من أسند لغيره بواسطة إحدى الطرق المبينة بالمادة ١٧١ " طرق العلانية " من هذا القانون أمورا لو كانت صادقة لأوجب عقابا من أسندت إليه بالعقوبات المقررة لذلك قانونا أو أوجب احتقاره عند أهل وطنه . ومع ذلك فالطعن في أعمال موظف عام أو شخص ذي صفة نيابية عامة أو مكلف بخدمة عامه لا يدخل تحت حكم هذه المادة إذا حصل بسلامة نية ، وكان لا يتعدى أعمال الوظيفة أو النيابة أو الخدمة العامة وبشرط إثبات حقيقة كل فعل أسند إليه .

ولا يقبل من القاذف إقامة الدليل لإثبات ما قذف به إلا في الحالة المبينة في الفقرة السابقة " وقد نصت المادة ٣٠٣ ع على عقوبة القذف بقولها " يعاقب على القذف بالحبس مدة لا تتجاوز سنتين وبغرامة لا تقل عن عشرين جنيتها ولا تزيد عن مائتي جنيتها أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط . فإذا وقع القذف في حق موظف عام أو شخص ذي صفة نيابية عامة أو مكلف بخدمة عامه وكان ذلك بسبب أداء الوظيفة أو النيابة أو الخدمة العامة أو إحدى هاتين العقوبتين فقط " .

٢- جريمة السب :

السب هو إسناد أمور غير معينة علنا ، إلى شخص ويكون من شأنها خدش الشرف أو الاعتبار ، أو هو نسبة عيب إليه لا واقعة معينة يكون من شأنه أن يخدش الشرف أو الاعتبار والشرف هو قيمة الإنسان لدى نفسه والاعتبار هو قيمته وسمعته لدى الناس . كأن يقول شخص لآخر " يا حرامى " أو يا نصاب أو يا حيوان (٢) .

وتنص المادة ١٨٥ ع وهى الخاصة بسب الموظفين العموميين وذوى الصفة النيابية العامة والمكلفين بخدمة عامه بسبب أداء الوظيفة أو النيابة أو الخدمة العامة على أنه " يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنة وبغرامة لا تقل عن عشرين جنيتها ولا تزيد على مائة جنيتها أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من سب موظفا عاما أو شخصا ذا صفة نيابية عامه أو مكلفا بخدمة عامه بسبب أداء الوظيفة أو النيابة أو الخدمة العامة وذلك مع عدم الإخلال بتطبيق الفقرة الثانية من المادة ٣٠٢ إذا وجد ارتباط بين السب وجريمة قذف ارتكبتها ذات المتهم ضد نفس من وقعت عليه جريمة السب " .

وتنص المادة ٣٠٦ وهى خاصة بسب آحاد الناس على أن " كل سب لا يشمل على إسناد واقعة معينة بل يتضمن بأى وجه من الوجوه خدشا للشرف أو الاعتبار يعاقب عليه فى الأحوال

(١) د. محمود مصطفى فى شرح قانون العقوبات " القسم الخاص " ص ٣٠٨ بند ٣٢٥ ط ٢ سنة ١٩٥٠ م ، د. عمر السعيد رمضان فى شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - ص ٣١٨ بند ٢٨٧ ط ٦٤ - ٦٥ ، د. محمد محى الدين عوض فى القانون الجنائى إجراءاته فى التشريع المصرى والسودانى ، الجزء الأول - ص ٩٢ ط ١٩٦٤ .

(٢) د. محمد محى الدين عوض فى المرجع السابق الإشارة إليه ص ٩٣ .

المبينة بالمادة ١٧١ بالحبس مدة لا تتجاوز سنة وبغرامة لا تزيد على مائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين " أما المادة ٣٠٧ ع وهى الخاصة بالسب والقذف والعيب إذا ارتكب أيها بطريق النشر فى الصحف فتتص على أنه " إذا ارتكب جريمة من الجرائم المنصوص عليها فى المواد من ١٨١ إلى ١٨٥ ، ٣٠٣ ، ٣٠٦ ، بطريق النشر فى إحدى الجرائد أو المطبوعات رفعت الحدود الدنيا والقصى لعقوبة الغرامة المبينة فى المواد المذكورة إلى ضعفها ولم يجر أن تقل عقوبة الغرامة فى الجريمة المنصوص عليها فى المادة ٣٠٦ عن عشرين جنيهاً " .

وتتص المادة ٣٠٨ ع وهى خاصة بالعيب أو القذف أو السب إذا تضمن طعناً فى عرض الأفراد أو خدشاً لسمعة العائلات أو كان كذلك ونشر فى الصحف على أنه " إذا تضمن العيب أو الإهانة أو القذف أو السب الذى ارتكب بإحدى الطرق المبينة فى المادة (١٧١) طعناً فى عرض الأفراد أو خدشاً لسمعة العائلات يعاقب بالحبس والغرامة معاً فى الحدود المبينة فى المواد ١٧٩ ، ١٨١ ، ١٨٢ ، ٣٠٣ ، ٣٠٦ ، ٣٠٧ وعلى ألا تقل الغرامة فى حالة النشر فى إحدى الجرائد أو المطبوعات عن نصف الحد الأقصى وألا يقل الحبس عن ستة شهور " .

والعيب : هو كل نقص فى صفات المجنى عليه أو أخلاقه أو سيرته يخدش الشعور أو يعتبر إخلالاً بالواجب . وهو بهذا التعريف يشمل القذف أو السب (١) .

وقد تقدم أن هذه الجرائم جميعاً وردت ضمن الجرائم الواردة فى المادة ٣ إجراءات والتى يتوقف فيها تحريك الدعوى على شكوى المجنى عليه ، إلا أن الشارع وجد أنه من الناحية العملية قد تقع جريمة السب أو القذف طبقاً للمواد ١٨٥ و ٣٠٣ و ٣٠٦ و ٣٠٧ و ٣٠٨ على أحد الموظفين العموميين وتظل مدة طويلة دون اتخاذ إجراءات فيها وقد يترتب على ذلك إخلال بالأمن لذلك أجاز الشارع فى المادة ٩ إجراءات المعدلة بالقانون رقم ٤٢٦ لسنة ١٩٥٤م القيام بالتحقيق فى تلك الجرائم دون انتظار الحصول على شكوى ، على أنه يجب الحصول على إذن المجنى عليه لرفع الدعوى العمومية واستعمالها ، وفى جميع الأحوال للمجنى عليه الحق طبقاً للمادة ١٠ إجراءات فى أن ينزل عن تلك الشكوى فتتقضى الدعوى الجنائية بذلك النزول أما جريمة السب غير العلنى والتى نص عليها القانون فى المادة ٣٩٤ ع وهى من قبيل المخالفات ولم يرد ذكرها فى المادة ٣ إجراءات فلا يتوقف تحريك الدعوى فيها على شكوى ، لأن التقيد استثناء والاستثناء لا يقاس عليه .

(١) د. محمد مصطفى القلى فى المسئولية الجنائية ، د. محمود مصطفى فى شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - السابق الإشارة إليه .

ثالثا : الموازنة بين أثر الرضا فى القذف والسب فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى :

هناك فروق جوهريّة بين ما قرّره الشريعة فى جريمة القذف وما انتهى إليه القانون

الوضعى فى ذلك ، منها :

- (١) أن الشريعة قد اهتمت بالقذف بالزنا أو نفى النسب لخطورة الرمى بهما ، وما يترتب عليهما من آثار تمس المقذوف مساسا شديدا وتتصل بسمعته وعرضه اتصالا وثيقا ولا يخفى ما فى ذلك من خطورة على سمعة الأسر والنشئ . لذلك قرر الشارع الإسلامى عقوبة رادعة على هذه الجريمة بإقامة الحد على القاذف ثمانين جلده بنص القرآن الكريم وما عاها من جرائم القذف والسب فهو يعاقب عليها بعقوبات تعزيرية يقدرها القاضى بحسب مقتضيات الأمور وتخفيفا بما يلائم الجريمة .
- أما القانون الوضعى فلم يفرق بين القذف بالزنا وغيره من الجرائم وجعل العقوبات عليها واحدة لا تختلف ، وهى الحبس مدة لا تتجاوز سنتين والغرامة لا تتجاوز عشرين جنيها ولا تزيد عن مائتى جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط .
- (٢) من المقرر فى الشريعة الإسلامية أن من رمى إنسانا بواقعة أو صفة محرمة ما ، وجب عليه أن يثبت صحة ما رمى به ، فإن أثبت ذلك وجبت عقوبة الجريمة على المقذوف ، وإن عجز عن الإثبات أو امتنع وجبت عليه العقوبة .
- والقاعدة فى القانون الوضعى غير ذلك فليس لمن قذف إنسانا بشئ أن يثبت صحة ما قذف به وعليه العقوبة ولو كان الظاهر أن ما قاله صدق لا شك فيه ، وقد شعر واضعوا القانون المصرى بخطورة ذلك فاستثنوا من هذه القاعدة أمورا منها ، حالة الطعن فى أعمال موظف عام أو شخص ذى صفة نيابية عامه ، أو مكلف بخدمة عامه فإن الطاعن لا يعاقب على طعنه إذا حصل بسلامة نيه وكان لا يتعدى أعمال الوظيفة أو النيابة أو الخدمة العامة بشرط أن يثبت الطاعن حقيقة كل فعل أسنده إلى المقذوف .
- (٣) العقوبات على القذف فى الشريعة الإسلامية زاجرة رادعة ، وليست كذلك فى القانون الوضعى وقد لاحظ المشرع الوضعى ذلك فى بعض الحالات فنهج منهج المشرع الإسلامى فى التشديد فى العقوبة فنصت المادة ٣٠٨ ع مصرى على أنه إذا تضمن العيب أو القذف أو السب الذى ارتكب طعنا فى أعراض العائلات وجب على القاضى الحكم بالحبس والغرامة معا على أن لا تقل الغرامة فى حالة النشر فى الصحف أو الطرقات عن مائة جنيه مصرى وأن لا يقل الحبس عن ستة شهور .
- هذا وغيره من ناحية الفروق الأساسية بين ما قرّره الشريعة الإسلامية فى شأن جرائم القذف والسب وما هو مقرر فى القانون الوضعى .

أما من ناحية أثر رضاء المجنى عليه هنا ، فإننا نكاد نجد توافقاً بين ما قرره الشارع المصرى فى ذلك وما هو مقرر فى الشريعة الإسلامية .

من ناحية أن الرضا لا يبيح الجريمة فى القانون والشريعة ، وإنما للرضا أثره فى الدعوى الجنائية والخصومة الناشئة عنها ، فإننا نجد أن جريمة القذف فى التشريعين من الجرائم التى يتوقف تحريك الدعوى الجنائية عنها على تقديم شكوى من المجنى عليه وليس لولى الأمر أن يقيم الدعوى أو يستوفى العقوبة إلا بعد مخاصمة المجنى عليه للجاني ومطالبته بإقامة الدعوى واستيفاء الحد ،

فإن عفا المجنى عليه عن الجاني ولم يتقدم بشكواه فلا تقام الدعوى ولا يستوفى الحد كما أن للمجنى عليه أن يتنازل عن شكواه فى جميع مراحل الدعوى والنظر فيها حتى يصدر الحكم .

على أن هناك رأياً فى الشريعة الإسلامية قد أجاز للمجنى عليه العفو عن القاذف حتى بعد صدور الحكم . فله أن يعفو عن العقوبة ، عملاً بالأخذ بالعفو فى الشريعة الإسلامية وقد أقرت الشريعة الإسلامية ذلك نظراً أن جانب الحق الشخصى فى جريمة القذف واضح لأنها تمس المقذوف مساساً شديداً وتتصل بسمعته وعرضه اتصالاً وثيقاً ولأن للقاذف حق إثبات قذفه فلو أثبت أنه أصبح المقذوف مسئولاً عن جريمة الزنا كلما رمى بهذه الجريمة ووجب عليه عقوبتها .

ولهذه النتائج الخطيرة كان من الحكمة أن يعلق رفع دعوى القذف على شكوى المقذوف .

المبحث الثالث

تطبيق أثر رضا المجنى عليه على جرائم الاعتداء على الحرية الشخصية فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

أولا : تطبيق أثر الرضا على جرائم الاعتداء على الحرية الشخصية فى الفقه الإسلامى :

جاءت الشريعة الإسلامية بتكريم الأدمى واحترام الشخصية الإنسانية وهذا وذاك لا يكونان إلا مع الحرية التى ضمنتها الشريعة للإنسان وكفلتها له بكل صورها .
فالنظم الاجتماعية والقانونية فى الإسلام تتجه إلى حماية الحريات العادية وكذلك كل النظم الدولية التى سنّها الإسلام إنما هى لمنع الاعتداء على الغير ولتثبيت دعائم العدل ولذلك فقد حمى الإسلام الحريات بكل أنواعها وهى تتناول حرية الملك وحرية الاعتقاد وحرية الفكر ، وحرية العمل والقول ، والتصرف ، والحرية السياسية والاجتماعية .

والحرية فى الإسلام لا تعنى الانطلاق من القيود الإنسانية والأدبية ، وإنما الحرية كلمة أخذت من وصف الحر . والحر حقيقة هو الشخص الذى تتجلى فيه المعاني الإنسانية العالمية ويضبط نفسه ولا ينطبق وراء أهوائه وشهواته ، فالحر يبتدئ بالسيادة على نفسه وإطلاق إرادته وعقله من قيود شهوته ، وهو بذلك لا يعتدى على حق أحد ويقتدر الحرية فى غيره كما يقدرها فى نفسه ، وإذا كانت هذه هى معانى الحرية وما تقتضيه من صفات فى الحر ، فإن الحرية لا تتصور انطلاقا من كل القيود ، ولا تحكما فى الناس ، ولا اعتداء على العباد ، بل لا تتصور الحرية إلا مقيدة غير مطلقة . وإنه لا شئ فى هذا الوجود يكون مطلقا من أى قيد .

والعدالة هى الميزان الذى يضبط كل عمل ، والحرية خاضعة لهذا الميزان ، فلا يمكن أن تكون فى دائرة الأخلاق الفاضلة إلا إذا كانت عادله تعطى صاحبها بمقدار ما يطالب غيره به لا يزيد ، ولذلك كان لا بد أن يقيد الحر نفسه بأن يقدر لنفسه من الحرية ما يقدر غيره ، وإذا لم

يتقيد في ذات نفسه ، فإنه يجب أن تفرض عليه قيود خارجة عن نفسه من عقاب يزرجه ،
ويمنعه من الانطلاق لأن الانطلاق من جانب هو منع للحرية من الجانب الآخر .
ولذلك فإننا نرى بالنسبة لحرية الملك مثلا أن الله سبحانه وتعالى منح الأشخاص حق الامتلاك
الفردى ، ولكن هذا الحق وفقا لقواعد الشريعة الإسلامية مقيد في موضوعه ومقيد في حدوده
وتترتب عليه حقوق ثابتة للغير .

وهذه القيود تتمثل في أنه ليس كل شيء قابلا للامتلاك . فمن الأشياء ما يضر امتلاكه
كالمعادن في الأرض والجواهر التي تلتفطها البحار .

وتتمثل أيضا في أن كل حق من الحقوق مقيد بألا يضر بحق الغير ، فإذا كانت حرية الانتفاع
بالملك تؤدي إلى الإضرار بالغير فإنها تقيد حتى تكون في حدود منع الضرر لأن النبي ﷺ
يقول " لا ضرر ولا ضرار " كما أن لولى الأمر أن يتدخل بالمنع إذا تجاوز المالك حدود
التصرف العادل في ملكه ... وليس للمالك حرية المنع عن ملكه منعاً مطلقاً إذا ما تعلق للغير
حق في هذا الملك . والأساس في ذلك هو أن الحقوق مهما تكون شخصية لا يمكن أن تكون
منفصلة انفصالاً كاملاً عن حقوق الناس فثمة شركة إنسانية في الأملاك .

وهكذا فالإسلام يتجه إلى حماية الحريات العادلة وقد سن النظم لمنع الاعتداء على الغير
وتنبيه دعائم العدل فحمى الحريات بكل أنواعها تكريماً للادى واحتراماً لشخص الإنسان غير
أن الفقه الإسلامى يعتبر حرية الشخص من الحريات العامة . فالاعتداء عليها ولو بالرضا بشكل
اعتداء على حرية الجماعة وأمنها . بما قد يكون له الأثر في إشاعة روح القلق وعدم الطمأنينة
في نفوس المواطنين . مما لا يستتب معه الأمن ويهدد الاستقرار والحرية .
وجانب المجتمع في هذه الجرائم يجب الاعتداد به وعدم إهماله مما لا يقوى معه حق الفرد
المجنى عليه ورضاؤه بالجريمة على تغيير وصف الجريمة وانعدامها ويعفى المعتدى من
المسئولية عن فعله .

ثانياً : تطبيق أثر الرضا على جرائم الاعتداء على الحرية الشخصية فى القانون الوضعى :

١- القبض والتفتيش والحبس بغير حق :

الرأى الغالب فى القانون أن حق الإنسان فى حريته الشخصية قابل للتصرف فيه فإذا ارتضى
إنسان أن يكون حبساً لدى آخر فى مكان معين لا يعتبر هذا الآخر بحسبه إياه فى ذلك المكان
مرتكباً لجريمة حبس بدون وجه حق (م ٢٨٢ ع) يستثنى من ذلك الحالة التى يكون الإنسان

فيها قد ارتضى ذلا ينزل به إلى حد الرق والعبودية لأن الرق قد صار محرما منذ أن أصبح جريمة دولية (١).

وإنما كان هذا الرأي هو الغالب وليس المجمع عليه في القانون لأن هذه المسألة خلافية ، إذ قد ثار الجدل حول النصوص التي قصد بها حماية الحريات الفردية كالمادة (٢٨٠ ع) التي تحرم القبض بغير مسوغ قانوني . فقول أن الغرض الأول من أحكام قانون العقوبات في ذلك هو حماية المصلحة العامة فتخلى الفرد عن حمايته بمقتضاها لا يكون جائزا (٢) .
والراجع أن رضاء المجنى عليه بالقبض عليه أو بحبسه يبرر ذلك (٣) . وفي قضاء محكمتنا العليا نقول " إن الحكمة التي عناها الشارع من وضع الضمانات والقيود لاجراء تفتيش الأشخاص هي كفالة الحرية الشخصية التي نص عليها الدستور وأقرتها القوانين وإن فإذا كان الشخص الذي قبض عليه المخبرون لاشتباهم في أمره وأحضره للمركز قد اعترف للضابط بحيازته للمخدر وأذنه في تفتيشه فإنه إن صح أن القبض على هذا الشخص وقع باطلا فإن تفتيشه يكون صحيحا إذ هو قد نزل بمحض إرادته عن القيود والضمانات التي فرضها القانون لاجراء التفتيش " .

ويستفاد من ذلك أن القبض على شخص في غير الأحوال المقررة قانونا يكون مشروعاً إذا رضى به المجنى عليه ، والقبض الصحيح يجيز تفتيش المقبوض عليه (٤) . فإذا لم يكن مأمور الضبطية القضائية مرخصاً له من القانون أو مأذوناً له من السلطة القضائية بالتفتيش فإن رضاء صاحب الشأن يجعل التفتيش صحيحاً قانوناً وتترتب عليه صحة النتائج التي أسفر عنها هذا التفتيش (٥).

ويجب أن يكون الرضا الذي يجيز التفتيش صريحاً لا لبس فيه وحاصلاً قبل الدخول فلا يصح أن يؤخذ بطريق الاستنتاج من مجرد سكوت أصحاب الشأن إذ من الجائز أن يكون هذا

(١) د. رمسيس بهنام في النظرية العامة للقانون الجنائي ص ٣٨٨ وما بعدها ط ١٩٦٨م مكتبة جمعية الاقتصاد تحت رقم ١١٢٨٤ ، نفس المؤلف ط ٣ سنة ١٩٧١م مكتبة جمعية الاقتصاد تحت رقم ١٣٥٢٤ .

(٢) د. محمود مصطفى في شرح قانون العقوبات " القسم العام " بند ١١٨ ط ٦ سنة ١٩٦٤م وقد أشار إلى فستان ج ٣ رقم ١٦١٠ السنين ١٤ يونيو ١٩٠٧م دالوز ١٩٠٧ - ٢ - ٤٤ .

(٣) د. رمسيس بهنام في المرجع السابق الإشارة إليه ، جندى عبد الملك في الموسوعة الجنائية ج ٤ ص ٥٨٨ ، د. محمود مصطفى في المرجع السابق الإشارة إليه وقد أشار إلى جاره مطول الاجراءات ج ٣ فقرة ٩٠١٧ .

(٤) د. محمود مصطفى في المرجع السابق الإشارة إليه .

(٥) جندى عبد الملك في الموسوعة الجنائية ج ٤ ص ٥٨٨ . وقد أشار إلى نقض ١٢ نوفمبر ١٩٣٧م قضية رقم ١٩٧٣ سنة ٧ ق.

السكوت منبعثا عن الخوف والاستسلام^(١) وعلى ذلك فالتفتيش جائز برضاء المتهم أو صاحب المنزل^(٢).

٢- انتهاك حرمة المساكن :

ولا خلاف في أن رضاء صاحب المسكن أو حائزه بدخوله يعدم الركن الأساسي في جريمة انتهاك حرمة المسكن ، إذ يعتبر القانون عدم رضاء صاحب المسكن أو حائزه ركنا في الجريمة . كما هو مبين في المواد ١٢٨ و ٣٦٩ و ٣٧٠ من قانون العقوبات^(٣) فإذا ما توافر الرضا فلا جريمة كذلك فإن حق الإنسان في حرمة مسكنه قابل للتصرف فيه بمعنى أن دخول إنسان في منزل ما برضاء صريح أو ضمنى من صاحب المنزل ، أمر لا جريمة فيه أصلا ويعتبر من قبيل السلوك المتلائم مع طبيعة العلاقات الاجتماعية^(٤).

٣- إفشاء الأسرار^(٥) :

وحكم هذه الجريمة وارد في المادة ٣١٠ من قانون العقوبات ونصها " كل من كان من الأطباء أو الجراحين أو الصيادلة أو القوابل أو غيرهم مودعا إليه بمقتضى صناعته أو وظيفته سر خصوص ائتمن عليه فأفشاء في غير الأحوال التي يلزمه القانون فيها بتبليغ ذلك يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة شهور أو بغرامة لا تتجاوز خمسين جنيا . ولا تسرى أحكام هذه

(١) جندى عبد الملك فى المرجع السابق وقد أشار إلى نقض ١١ يونيو ١٩٣٤م قضية رقم ١٢١٠ سنة ٤ ق ، ونقض ١٧ أبريل ١٩٣٩م قضية رقم ٨٩٢ سنة ٩ ق حيث ذهبت محكمة النقض والإبرام فى هذا الحكم الأخير إلى أن الرضا الذى يجيز التفتيش يجب فوق ما تقدم أن يكون حاصلًا بعد العلم بظروف التفتيش وبأن من يريد التفتيش لا يملك قانونًا حق إجرائه .

(٢) جندى عبد الملك فى المرجع السابق وقد أشار إلى قضايا وأحكام للنقض تعد تطبيقًا لذلك هى نقض ٣٠ ديسمبر ١٩٣٧م قضية رقم ١٨٨٧ سنة ٧ ق ، نقض ١٥ أبريل ١٩٣٥م قضية رقم ٥٨٠ سنة ٥ ق ، نقض ٢٨ أكتوبر ١٩٣٥م قضية رقم ١٧٧٩ سنة ٥ ق ، نقض ١٦ ديسمبر ١٩٤٠م قضية رقم ٩٥ سنة ١١ ق ، نقض ٢٢ نوفمبر ١٩٣٩م قضية رقم ١٩٧٣ سنة ٧ ق ، نقض ٢٥ أكتوبر ١٩٣٧م قضية رقم ١٨٩٥ سنة ٧ ق ، نقض ٤ مايو ١٩٣٦م قضية رقم ١٠٤٩ سنة ٦ ق ، نقض ١٧ أبريل ١٩٣٩م قضية رقم ٨٩٢ سنة ٩ ق .

(٣) د. محمود مصطفى فى المرجع السابق الإشارة إليه .

(٤) د. رمسيس بهنام فى المرجع السابق الإشارة إليه .

(٥) أوردنا هذه الجريمة بين الجرائم الماسة بالحرية الفردية اتباعًا لنهج الشارع الإيطالى فى ذلك الذى رأى أن جريمة إفشاء الأسرار أقرب إلى الجرائم الماسة بالحرية الفردية ، فصلتها بالقبض والحبس بغير وجه حق وانتهاك حرمة المساكن أقرب من صلتها بالجرائم التى جمعها مع الشارع المصرى اتباعًا للشارع الفرنسى ، وهى جرائم الاعتبار ، القذف والسب والبلاغ الكاذب .

المادة إلا في الأحوال التي لم يخصص فيها قانونا بإفشاء أمور معينة كالمقرر في المواد ٢٠٢ ، ٢٠٣ ، ٢٠٤ ، ٢٠٥ من قانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية " (١).

فهذه الجريمة تتكون بتوافر ثلاثة أركان هي :

- (١) إفشاء سر .
- (٢) بمعرفة من أفضى به إليه بمقتضى صناعته أو وظيفته .
- (٣) بقصد جنائي .

وهذه الحالة الثالثة هي موضع بحثنا ، فالمادة ٢٠٨ من قانون المرافعات تنص على ما يأتي:
" ومع ذلك يجب على الأشخاص المذكورين في المادة السابقة أن يؤدوا الشهادة عن تلك الواقعة أو المعلومات متى طلب منهم ذلك ممن أسرها لهم على ألا يخل ذلك بأحكام القوانين الخاصة بهم " (٢).

ويستفاد من هذا النص أنه في حالة رضاء صاحب السر بإفشائه يجوز لصاحب المهنة المودع لديه السر أن يحجم عن الإفشاء به إذا رأى ذلك مناسباً لاعتبارات تبرره . ورضاء صاحب السر بإفشائه يعتبر سبب إباحة لأنه يرفع عن الأمر صفة السر وكما تقرر الإباحة حالة الرضا الفعلي بإفشاء السر فإنها تتوافر كذلك عند اعتقاد المودع لديه السر بوجود هذا الرضا ولو كان غير قائم فعلاً (٣).

والنص في هذه المادة قاصراً على أداء الشهادة ولكن الراجح أنه جاء تطبيقاً لقاعدة عامه تقضى بأن رضاء صاحب السر بإذاعته يبرر الإفشاء ، فلصاحب السر المصلحة الأولى في الكتمان وما دام يستطيع أن يذيع ما خطر على الأمين فله أن يرفع عنه هذا الحظر . وبناء عليه قضى بأن جريمة إفشاء السر لا وجود لها في حالة ما إذا كان الإفشاء حاصلًا بناء على طلب

(١) د. محمود مصطفى في شرح قانون العقوبات " القسم الخاص " ص ٣٧٤ ط ٢ سنة ١٩٥١م وقد أشار إلى أن هذه المواد تقابل ٢٠٦ ، ٢٠٧ ، ٢٠٨ ، ٢٠٩ من قانون المرافعات الجديد . وأن نص هذه المادة (٣١٠ ع) مقتبس نص المادة ٣٧٨ من قانون العقوبات الفرنسي .

(٢) د. رمسيس بهنام في كتابه القسم الخاص في قانون العقوبات ص ٢٨٤ ط ١ سنة ١٩٥٨م مكتبة جمعية الاقتصاد تحت رقم ٩٤٢٧ ، د. محمود مصطفى في المرجع السابق ص ٣٨١ . وتنص المادة ٢٠٧ من قانون المرافعات على ما يأتي " لا يجوز لمن علم من المحامين أو الوكلاء أو الأطباء أو غيرهم من طريق مهنته أو صناعته بواقعة أو معلومات أن يفشيها ولو بعد انتهاء خدمته أو زوال صفته ، مالم يكن ذكرها له مقصوداً به فقط ارتكاب جنائية أو جنحة " .

(٣) د. رمسيس بهنام في المرجع السابق وقد أشار إلى أنه بناء على ذلك حكم بانتفاء العقاب في حق طبيب أعطى زوجة مريض شهادة بمرضه على أساس زعمها له أنها موفدة من قبل زوجها واعتقاده رضا المريض بإفشاء المرض لاسيما أن زوجته كانت معتادة أن تصحبه إلى العيادة ، نقض ٩ ديسمبر ١٩٤٠م مجموعة القواعد القانونية ج ٥ رقم ١٦٢ ص ٢٩٥ .

مودع السر ، وسيان كان الرضا صحيحا أو اعتقد الأمين بصحته ، ولا يشترط في الرضا شكل خاص فيصبح أن يكون مشافهة ، وإنما لا بد أن يكون صريحا غير مستتج من الظروف (١) .
 وحق التصريح بإذاعة السر حق شخصي لصاحب السر لا يجوز لغيره ولا ينتقل بوفاته إلى ورثته ولا عبرة برضاء صاحب السر إذا كان غير مميز أو مصابا بعاهة في العقل . والذي يعتبر رضاؤه في هذه الحالة هو ولى النفس . أما الوصى والتقيم فأشرفهما لا يمتد إلى الدعاوى الخاصة بشخص القاصر أو المحجور عليه .

ثالثا : فى الموازنة بين الشريعة والقانون :

فى الوقت الذى وجدنا فيه أن رأى الغالب فى القانون - الذى يحمى حقوقها لها طابع اجتماعى - هو أن حق الإنسان فى حريته الشخصية قابل للتصرف فيه وبناء عليه فإذا ارتضى إنسان أن يكون حبيسا لدى آخر فى مكان معين لا يعتبر هذا الأخير بحبسه إياه مرتكبا لجريمة حبس بدون وجه حق .

وجدنا أن الشريعة الإسلامية مع سننها للنظم التى تمنع وتحرم الاعتداء على الغير ، تحمى الحريات بكل أنواعها تكريما للآدمى واحتراما لشخص الإنسان ، فالإسلام يعتبر حرية الشخص من الحريات العامة ، ويعد الاعتداء عليها ولو بالرضا يشكل اعتداء على حرية الجماعة وأمنها . حيث يكون له الأثر فى إشاعة روح القلق وعد الطمأنينة فى نفوس المواطنين مما لا يستتبع الأمن ويهدد الاستقرار والحرية .

وبهذا تتضح شمول نظرة الشارع الإسلامى واهتمامه بالفرد والجماعة معا . انطلاقا من أن المجتمع الحر العادل أساسه الفرد الحر العادل ، وأن الإنسان مكرم لذاته ومفضل على سائر المخلوقات . وفى المحافظة على حريته حفاظ وتدعيم لكيانه وشخصه أولا ثم لكيان وأشخاص أفراد مجتمعه الذين يشاركونه فى صفته الآدمية . ويعتبر هو لبنة فى بنائه ودعامة من دعائمه فكان الاعتداء عليه ولو برضائه اعتداء على الناس جميعا .

ذلك لأن الشارع الإسلامى فى حمايته للحريات الفردية لم يهمل جانب المجتمع فى هذا النوع من الجرائم وإنما أوجب الاعتداد به وعدم إهماله مما لا يقوى معه حق الفرد المجنى عليه ورضاؤه بالجريمة على إباحة موضوعها أو انعدامها وإعفاء المعتدى من المسؤولية عن فعله .
 وإذا كانت الشريعة قد كفلت للإنسان حريته الشخصية وجعلتها حقا له . فقد تقدم أنه من القواعد المقررة فى الشريعة أن كل حق من الحقوق مقيد بألا يضر بحق الغير . وفى إطار هذه

(١) د. محمود مصطفى فى المرجع السابق الإشارة إليه وقد أشار إليه وقد أشار إلى قضى فى فرنسا بأن الإنن يصبح أن يكون ضمنيا (استئناف ليون ١٦ يونيو ١٩٠٩م دالوز ١٩١٠ - ٢ - ١٢٣) وأن هذا الحكم منقذ .

القاعدة وغيرها من القواعد المقررة النصوص القانونية في هذا الخصوص وقبول ما يوافق
شريعتنا السمحة منه .

المبحث الرابع

تطبيق أثر الرضا على جرائم الاعتداء على المال في

الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

أولا : تطبيق أثر الرضا على جرائم الاعتداء على المال في الفقه الإسلامي :

١ - اتلاف الأموال وقتل الحيوانات بفعل المالك أو رضائه :

حق الملكية من الحقوق الخاصة التي توجب الشريعة الإسلامية حمايتها لصاحبها ، وتحرم الاعتداء عليها وتجعله جريمة تستوجب العقاب .

وكما أن الشريعة قد أجازت للمالك حق التصرف في ملكه بالبيع أو خلافه من التصرفات المباحة في نظر الشارع الإسلامي كالإذن بالاستعمال أو الاستهلاك أو المنفعة . فقد حرمت عليه اتلاف المال المتقوم النافع وأمرته بالمحافظة عليه وصيانتها في حرزه بل حرمت التبذير في المال بان لا يصرف في غير موضعه وللضرورة المخصص لها ووصفت المبدزين بأنهم اخوان الشياطين بنص قوله تعالى :

﴿ وَلَا تَبْذُرْ تَبْذِيرًا إِنَّ الْمُبْذِرِينَ كَانُوا إِخْوَانَ الشَّيَاطِينِ وَكَانَ الشَّيْطَانُ لِرَبِّهِ كَفُورًا ﴾

وإذا كان اتلاف المالك لماله أو قتله حيوانا مملوكا له محرم في نظر الشارع الإسلامي ، فإن إذنه بذلك أو رضاه به من الغير ، لا يحل الغير ذلك ولا يعفيه من العقوبة المقررة على الفعل لأن الإذن يقع باطلا والرضا بالفعل لا قيمة له .

فالشريعة لم تجعل لصاحب الحق الخاص اختصاصا كاملا بحقه ، ولم تجعل حريته مطلقة في التمتع به ، كما قد يتبادر من وصفه الخاص ، بل الواقع أن للجماعة فيه حقا عاما مشتركا بينهم وذلك من ناحيتين^(١).

الأولى : أن تصرف الشخص فيها مشروع بشرط سلامة الغير من صور ينشأ عن استعمال هذا الحق ، ولذلك كان للجماعة أن تمنعه عن استعماله للحق استعمالا ضارا بهم كما لا يجوز للمالك أن يستعمل ملكه استعمالا يترتب عليه ضرر بين بجيرانه .

الثانية : أن الحق الخاص كما جعل الله فيه مصلحة فردية لصاحبه جعل فيه مصلحة اجتماعية لصالح الجماعة لأنه من ثروة الأمة التي تعتمد عليها . لهذا نهى الشخص عن اتلاف ماله وعن تبذيره ، لأنه إن لم يصبه هو بالخسارة أصاب الجماعة ولأن الله جعل فيه نصيبا معلوما للجماعة كما في الزكاة والعشر والخراج . ويدل على هذا النهي عن الاحتكار

(1) د. أحمد فهمي أبو سنه في النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية ط ٦٧ مطبعة دار التأليف

والنهي عن رفع الأسعار وحق الجماعة في بيع المال المحتاج إليه على صاحبه عند
الغلاء الشديد أو المجاعة ، ويشير إلى هذا الأصل العظيم قول الله تعالى : ﴿ وَلَا تُؤْتُوا
السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا ﴾ (النساء: من الآية ٥)
وقوله تعالى : ﴿ وَلَا تُبْذِرْ تَبَذِيرًا * إِنَّ الْمُبْذِرِينَ كَانُوا إِخْوَانَ الشَّيَاطِينِ ﴾ (الاسراء: من
الآية ٢٧) . وقوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَكْنِزُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ وَلَا يَنْفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ
فَبَشِّرْهُمْ بِعَذَابٍ أَلِيمٍ ﴾ (التوبة: من الآية ٣٤).

ونهيهم عن إضاعة المال وقوله :

" من كان له فضل ظهر فليعد به على من لا ظهر له ، ومن كان له فضل زاد فليعد به
على من لا زاد له " .

وعلى هذا فلا أثر للرضا في جرائم اتلاف الأموال وقتل الحيوانات ، فلا يبيح الرضا الفعل
ولا يؤثر في المسؤولية الجنائية للفاعل كما لا يعدم ركن الجريمة ، ولا يعفى مرتكبها من العقوبة
المقررة إذ قد تبين أن اتلاف المال محرم على صاحبه وما هي محرم بإذن الرب لا يباح بإذن
العبد .

٢- أثر الرضا في السرقة :

تقدم أن الإذن السابق الصحيح بأخذ المال والتصرف السليم فيه ، ينفي عن الفعل وصف
الجريمة فلا يكون أخذ المال في هذه الحالة سرقة ، إذ بالإذن والرضا ينعدم الركن الأساسي
المكون للجريمة .

ذلك لأن السرقة هي أخذ مال الغير خفية . أي على سبيل الاستخفاء^(١) فأخذ المال فيها يكون
بدون علم المجنى عليه وبدون رضاه ، ولا بد لوجود جريمة السرقة من توفر هذين الشرطين
معاً ، فإن لم يتوفر أحدهما فلا يعتبر الفعل سرقة . والأصل في السرقة قوله تعالى : ﴿ وَالسَّارِقُ
وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ ﴾ (المائدة: من الآية ٣٨) .

وقد تقدم عند بحث أثر رضا المجنى عليه في دعوى السرقة ، أن تحريك الدعوى الجنائية
عن جريمة السرقة ومباشرتها يتوقف على رضا المجنى عليه في دعوى السرقة ، أن تحريك
الدعوى الجنائية عن جريمة السرقة ومباشرتها يتوقف على رضا المجنى عليه ، فلا تقام
الدعوى إلا بإدعاء المجنى عليه ومخاصمته للجاني ، إذ أن الخصومة في السرقة شرط لسماع
الشهادة وثبوت الحد ونفاذه على الجاني .

(١) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢٦٥ ، بدائع الصنائع ج ٧ ص ٦٥ ، شرح فتح الغدير ج ٤ ص ٢١٩ ،
الروض النضير ج ٤ ص ٢٢٨ ، نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤١٨ ، أسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٧ ، المغنى ج
١٠ ص ٢٣٩ ، كشاف القناع ج ٤ ص ٧٧ ، المحلى ج ١١ ص ٣٣٧ ، مواهب الجليل ج ٦ ص ٣٠٥ .

وإنما كانت الخصومة شرطا في السرقة لأن ركنها لا يتحقق إلا بعد إثبات أن المال مملوك ، ولا تتحقق الملكية إلا بالخصومة . التي بها يثبت كون المال مملوكا لصاحبه ، وكونه لم يبحه السارق وكونه موجودا في حرزه ، وكل هذا لا يتحقق إلا إذا ادعى المسروق منه إذ عسى أن يكون قد أباحه له أو مكنه ، أو لم يكن في حرز مثله إلى غير ذلك من الاحتمالات التي يسقط بها الحد لأنه مع الاحتمال يسقط الاستدلال ، فإذا رفعت الدعوى وثبتت انتهى حق العبد فيها نهائيا وصار العقاب حقا خالصا لله تعالى فلا يستطيع أن يسقطه العبد .

وبهذا يبين أن المجنى عليه في جريمة السرقة له أن يعفو عن أخيه قبل رفع الدعوى والتبليغ عن الجريمة ، كما يسعه ألا يرفع الدعوى مطلقا إذا ما قام صلح بينه وبين الجاني الذي يكون قد رد الشيء المسروق إلى صاحبه ، ولكن بعد رفع الدعوى يصير الأمر إلى الله ينفذ أمر ولى الأمر في المسلمين .

إذ لا خلاف بين الفقهاء في أن حد قطع اليد في السرقة حق من حقوق الله الخالصة لأن الجريمة وإن كانت تقع على أفراد الناس إلا أن أثرها شامل للمجتمع الإسلامي بأكمله ومن ثم كان العقاب المترتب عليها من حقوق الله التي لا تقبل عفوا ولا إسقاطا ، فإذا ما قامت البيئة وقضى بالقطع أقامه ولى الأمر وليس له أن يعفو عنه ، فإذا عفا المجنى عليه فلا يبطل القطع كذلك ، لأن العفو إسقاط وهذا إنما يصح من صاحب الحق والقطع حق لله تعالى لا حق للمسروق منه فيه .

٣- السرقة بين الأقارب والزوجين :

أ : السرقة بين الأقارب :

اختلف الفقهاء في جواز تنفيذ عقوبة القطع إذا كانت السرقة بين الأقارب ، فيرى الشافعي وأحمد ، أن الوالد لا يقطع بسرقة مال ولده وإن سفل ، كما لا يقطع إلا بن بسرقة مال والده وإن علا ، أما سائر الأقارب كالأخوة والأخوات وغيرهم فيقطع بسرقة مالهم ويقطعون بسرقة ماله (١) .

ويرى أبو حنيفة أنه لا قطع على من سرق من ذي رحم محرم . أما إذا كانت السرقة من غير ذي رحم محرم فإن السارق يقطع بسرقة ، واختلف فقهاء المذهب في القطع إذا كانت السرقة من محرم غير ذي رحم كالأم والأخت من الرضاعة ، فأبو حنيفة ومحمد بريان القطع وأبو يوسف لا يرى القطع في مال السرقة من الأم والقطع فيما عدا ذلك (٢) .

(١) أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤٠ ، المغنى ج ٣ ص ٢٨٤ ، ٢٨٥ ، ٢٨٦ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٥ .

ويرى الإمام مالك وبعض الشيعة الزيدية أن لا قطع على الأصول إذا سرقوا من الفروع أما إذا سرق الفروع من الأصول قطعوا بسرقتهم . ويرى البعض الآخر من الشيعة الزيدية أنه لا قطع على الأصول إذا سرقوا من الفروع ولا من الفروع إذا سرقوا من الأصول ولا قطع بين نوى الأرحام المحارم^(١).

أما الظاهريون فيرون قطع الأصول إذا سرقوا من الفروع ، وقطع الفروع إذا سرقوا من الأصول ، ولا يسقطون القطع للقرابة^(٢).

ب : السرقة بين الزوجين :

فيرى مالك قطع يد السارق منهما إذا سرق مالا محجورا عنه ، أما إذا كان المال غير محجور عنه فلا قطع عليه^(٣).

ويرى أبو حنيفة أن قطع على أحد الزوجين في سرقة مال الآخر^(٤).

وفي مذهب الشافعي ثلاثة آراء . أحدهما قطع يد السارق منهما إذا سرق مالا محجورا عنه ، والثاني أن لا قطع على أحد الزوجين إذا سرق مال الآخر . والثالث يرى أصحابه قطع يد الزوج إذا سرق مالا محجورا عنه من مال الزوجه ولا يرون قطع يد الزوجة إذا سرق ما حجز عنها من مال الزوج^(٥).

والرأى الأول هو الراجح^(٦).

وفي مذهب الإمام أحمد رأيان : أحدهما : قطع يد السارق منهما إذا سرق مالا محجورا عنه ، والثاني : أن لا قطع على أحد الزوجين في سرقة مال الآخر^(٧). ومذهب الشيعة الزيدية فيه الرأيان السابقان^(٨).

أما الظاهريون فيرون القطع على كل واحد من الزوجين إذا سرق من مال صاحبه مالم يبح له أخذه^(٩).

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٩٨ ، شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٧٥ .

(٢) المحلى ج ١١ ص ٣٤٣ ، ٣٤٧ .

(٣) شرح الزرقاني ج ٨ ص ١٠٠ .

(٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٧٥ .

(٥) المهذب ج ٢ ص ٢٩٩ .

(٦) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٤٢٤ ، أسنى المطالب ج ٤ ص ١٤١ .

(٧) المغنى ج ١ ص ٢٨٧ .

(٨) شرح الأزهار ج ٤ ص ٣٧٦ .

(٩) المحلى ج ١١ ص ٣٣٥ ، ٣٣٧ .

ثانيا : تطبيق أثر رضاء المجنى عليه على جرائم الاعتداء على المال فى القانون الوضعى :

فى القانون الوضعى حق الإنسان فى ملكه من الحقوق القابلة للتصرف فيها فى الحدود المقررة قانونا . ولذا كان للرضا أثره فى جرائم الاعتداء على هذا النوع من الحقوق فكانت جرائم الأموال مؤسسة صراحة أو ضمنا على عدم رضاء المجنى عليه بها ، فإذا ارتكب الفعل برضاء المجنى عليه وعلمه فلا جريمة فى نظر القانون . وسوف نعرض لبيان أثر رضاء المجنى عليه فى هذا النوع من الجرائم لحكم القانون فى اتلاف الشخص لأمواله وقتله حيوانه والاتلاف برضاء المجنى عليه وإذنه وكذلك أثر الرضا فى السرقة .

١- إتلاف الأموال وقتل الحيوانات بفعل المالك أو رضائه :

تكلم قانون العقوبات على جرائم الاتلاف من تخريب وتعييب واتلاف فى المواد (٣٥٤ - ٣٦٨) فنصت المادة ٣٦١ ع بشأن اتلاف الأموال الثابتة والمنقولة على أن (كل من خرب أموالا ثابتة أو منقولة لا يملكها أو جعلها غير صالحة للاستعمال أو عطلها بأية طريقة ، وكان ذلك بقصد الإساءة ، يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز ستة أشهر أو بغرامة لا تزيد على خمسين جنيتها ... الخ " ويؤخذ من نص هذه المادة أن جريمة اتلاف الأموال الثابتة أو المنقولة تتكون من عدة أركان هى :

(١) وجود فعل مادية هو الاتلاف .

(٢) أن يقع الاتلاف على أموال ثابتة أو منقولة .

(٣) أن تكون هذه الأموال مملوكة للغير .

(٤) القصد الجنائى^(١) .

فإذا لم يكن المال المتلف مملوكا للغير فلا جريمة ، فللمالك أن يتصرف فى ملكه كيفما شاء ولو باتلافه دون أن يلحقه أى عقاب مالم يقيد القانون هذا الحق ، وله أن يفعل ذلك ولو اضرازا بالغير ممن له على المال حق عينى كحق امتياز أو رهن تأمينا لدين وبناء عليه حكم بأنه إذا كان على الشئ المهدوم حق ارتفاق للغير^(٢) - وكل ما يترتب لصاحبه حق الارتفاق هنا هو حقوق مدنية على المالك الهادم^(٣) . كما تكلم القانون على قتل الحيوانات وسمها والاضرار بها فى المواد (٣٥٥ ، ٣٥٦ ، ٣٥٧ من قانون العقوبات) ويؤخذ من نص هذه المواد أنه يشترط

(١) د. محمود مصطفى فى شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - ص ٥٧٦ ط ٢ سنة ١٩٥١ .

(٢) د. محمود مصطفى فى المرجع السابق الإشارة إليه وقد أشار إلى حكم لمحكمة كفر الزيات الجزئية ٨ يونيه

١٩١٥م الشرائع س ٢ ص ٣١٢ .

(٣) المرجع السابق وقد أشار إلى حكم لمحكمة المنيا الجزئية ٨ أكتوبر ١٩٢١م المجموعة الرسمية س ٢٤

عدد ٥٨ .

لوجود الجرائم المنصوص عليها في هذه المواد أن يكون مملوكا لغير الجاني^(١) - فالحيوان مال لملكه أن يتصرف فيه ولو بالقتل دون أن يؤدي هذا إلى معاقبة ولو كان للغير حقوق على الحيوان وأراد المالك بفعله الاضرار بذلك الغير ، كما لو كان الحيوان محجوزا عليه^(٢). على أن حق الملكية إذا كان يخول للمالك قانونا التصرف في ماله بالاتلاف وفي حيوانه المملوك بالقتل حتى ولو كان ذلك اضراما بالغير فإن استعمال هذا الحق إذا كان يضر بمصلحة تعلق على المصلحة العامة التي شرع الحق لحمايتها فإن القانون عندئذ يجرم تصرف المالك . ومن هذا القبيل أن القانون يعاقب المالك إذا اختلس الأشياء المحجوزة (م ٣٢٣ ع) رعاية لمصلحة الدائن الحاجز ولأوامر السلطات العامة ، كما يجرم تبديد المالك لهذه الأشياء (م ٣٤٢ ع) واحراق المالك محله المسكون أو المعد للسكنى (م ٢٥٢ ع) فالفرد له أن ي تلف أمواله الخاصة ، إلا أن الأمن الاجتماعي يستلزم أن يحظر عليه الاستعانة في ذلك بوسائل تعرض للخطر أموال الناس وأرواحهم كالحريق واستعمال المفرقعات^(٣).

وبناء على ما تقدم

فإذا صرح صاحب الزرع للغير باتلافه أو صاحب الحيوان للغير بقتله فإن الاتلاف أو القتل يكون مباحا^(٤) . فحق الإنسان في ماله قابل للتصرف فيه مالم يكن هذا التصرف جاريا على وجه يصيب بالضرر أو يعرض للخطر حقا للغير^(٥). فلو ارتضى مالك المال للغير بأن يأتيه بهذا المال ولو أثناء غياب حائزه ، فلا يعتبر الغير في اتیان هذا السلوك برضاء ممن هو مالك المال حقيقة مرتكبا لجريمة السرقة . كذلك إذا اتلف إنسان عمدا مالا كان صاحبه قد رضی باتلافه لا يعتبر مرتكبا لجريمة اتلاف مال الغير عمدا . ذلك لأنه في الحالة الأولى - وإن كان الفاعل الذي أحضر المال خلسة عن حائزه - قد تحقق

(١) د. محمود مصطفى في المرجع السابق وأشار إلى أن هذا الشرط لم يرد في القانون ولكنه لازم بداهة .

(٢) د. محمود مصطفى في المرجع السابق وقد أشار إلى جارسون م ٤٥٤ ن ٩ . شرين الجزئية ٢٩ أغسطس ١٩١٦م الشرائع س ٤ رقم ١٩ ، نقض ١٢ فبراير ١٨٩٨م القضاء س ٥ ص ١٦٥ ، كما أورد اعتراضا على ذلك مؤداه أن فعل المالك في حالة الحجز يعد اختلاسا أو تبديدا فقد توافرت فيه فكرة عرقلة تنفيذ البيع ، وأجاب عنه بقوله لكن الراجع في نظرنا أن الاختلاس أو التبديد يجب أن يكون في حالة المالك بقصد الكسب ، وفي حالة غير المالك بقصد التملك ، وهي القاعدة في جرائم السرقة والنصب وخيانة الأمانة ، فإعدام الشيء يدخل في الاتلاف .

(٣) د. على بدوي في الأحكام العامة في القانون الجنائي ج ١ الجريمة ص ٣٨٣ وما بعدها ط ١٩٣٨م مكتبة حقوق القاهرة تحت رقم ٣٣٠٨٤ .

(٤) د. محمود مصطفى في شرح قانون العقوبات - القسم العام - ط ١٩٦٤م .

(٥) د. رمسيس بهنام في النظرية العامة للقانون الجنائي ص ٣٨٨ وما بعدها ط ١٩٦٨م مكتبة جمعية الاقتصاد تحت رقم ١١٢٨٤ .

فى فعله من السرقة ركنها المادى وهو اختلاس منقول بدون علم ورضاء حائزه كما توافر له جانب من الركن المعنوى فيها هو العلم بأن هذا المنقول مملوك لغيره ، إلا أنه مع ذلك لا يعد مرتكباً لجريمة السرقة نظراً لتوافر ظرف مادى انضمام إلى الواقعة على الرغم من وجود مظهر الاجرام فيها فجردها من الجريمة ، وهذا الظرف هو رضاء المالك .

وكذلك من يتلف المال فى الحالة الثانية فإنه يحقق من جريمة الائتلاف ركنها المادى وهو اعدام المال أو جعله غير صالح للاستعمال ، وكذلك ركنها المعنوى وهو العلم بأن المال محل الائتلاف مملوك للغير وانصراف الإرادة إلى اتلافه . ومع ذلك تتخلف جريمة الائتلاف بسبب ظرف مادى انضمام إليها فى ملابسات الواقعة وكان من شأنه أن رفع عنها وصف الجريمة وهو رضاء صاحب المال .

على أنه يشترط فى الحاليين ألا يكون فى هذا التصرف مساس بحق للغير بأن يكون حائز المال دائناً مرتبناً أو حارساً قضائياً أو إدارياً ، فإن مختلس المال أو متلفه يرتكب فى الفرض الأول جريمة اختلاس الأشياء الموهونة (م ٣٢٣ مكرر) وفى الفرض الثانى جريمة اختلاس الأشياء المحجوز عليها قضائياً أو إدارياً (م ٣٢٣) ويعاقب المالك كذلك فى الحاليين . كما أن متلف المال برضاء المالك إذا استخدم فى هذا الائتلاف ناراً وكان هذا المال محلاً مسكوناً أو معد للسكنى ، فإن وضع النار فى هذه الحالة يعتبر جريمة لأنه بالرغم من أن المال قابل أصلاً للتصرف فيه فإن هذا التصرف من ناحية أنه يتم بأسلوب النار يصيب بالضرر أو يعرض للخطر أموال الآخرين وأرواحهم ويعاقب عليه لهذا السبب (م ٢٥٢ ع) .

٢- أثر الرضا فى السرقة :

السرقة فى القانون هى " اختلاس شئ منقول مملوك للغير " (١) ذلك أن المادة ٣١١ ع قد عرفت السارق بقولها " كل من اختلس منقولاً مملوكاً لغيره فهو سارق " (٢) وبهذا يتبين أن جريمة السرقة تتكون بتوافر الأركان الآتية :

(١) فعل الاختلاس .

(٢) أن يكون الاختلاس شيئاً منقولاً مملوكاً للغير .

(١) جندى عبد الملك فى الموسوعة الجنائية ج ٤ ص ١٦٠ ، أحمد أمين بك فى شرح قانون العقوبات الأهلى ص ٦٠٥ ط ١٩٢٣ م .

(٢) جندى عبد الملك فى المرجع السابق ، د. محمود مصطفى فى شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - ص ٣٨٦ بند ٣٩٧ ط ٢ سنة ١٩٥١ م ، د. أحمد فتحى سرور فى كتابه الوسيط فى شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - ص ٦٢٦ ، د. حسن أبو السعود فى المرجع السابق الإشارة إليه ، د. محمد مصطفى القللى فى شرح قانون العقوبات فى جرائم الأموال ص ٥ ط ١ سنة ١٩٣٩ م ، د. عمر السعيد رمضان فى شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - ص ٣٥٨ ط ٦٤ سنة ١٩٦٥ م .

(٣) القصد الجنائي .

ولم يحدد المشرع المقصود بمعنى الاختلاس غير أن التطور التشريعي الذي كان من نتائجه التفرقة بين السرقة والنصب وخيانة الأمانة اقتضى إعطاء فعل الاختلاس كركن في جريمة السرقة معنى جديد أكثر تحديدا مما كان عليه في نص المادة ٣٧٩ من قانون العقوبات الفرنسي . فلم يعد هو مطلق الاستيلاء على مال الغير وإنما يراد به " الاستيلاء على حيازة شيء بغير رضا ، ماله أو حائزه " (١) فالاستيلاء يكون بوسيلة معينة هو انتزاع الشيء من حيازة صاحبه أو هو بعبارة أخرى سلب حيازة الشيء من ماله أو حائزه بغير رضائه (٢) كما عرفه الشراح بأنه " نقل الشيء من حيازة المجنى عليه وهو الحائز الشرعي له إلى حيازة الجاني بغير علم المجنى عليه أو على غير رضاه " (٣) وبهذا يتبين أن الاختلاس لا يوجد إلا إذا توافر عنصران هما :

(١) عنصر مادي ، هو الاستيلاء على الحيازة .

(٢) عنصر معنوي ، هو عدم رضا مالك الشيء أو حائزه عن الفعل .

فلا يكفي لاعتبار الفعل اختلاسا أن يترتب عليه خروج الشيء من حيازة صاحبه ودخوله في حيازة الجاني وإنما يلزم فضلا عن ذلك أن يكون انتقال الحيازة على هذا النحو بغير رضا مالك الشيء أو حائزه إذ في هذه الحالة فحسب يتحقق الاعتداء على الحيازة الذي به تتميز السرقة ، وهذا هو الذي يفسر لنا كيف يعتبر عدم رضا المجنى عليه بنقل الحيازة إلى الجاني عنصرا جوهريا في الركن المادي لجريمة السرقة دون حاجة إلى النص عليه صراحة في القانون (٤) .

فيشترط لتحقيق ركن الاختلاس في السرقة أن يقع الفعل على غير إرادة المجنى عليه فإذا وقع برضائه فلا توجد جريمة السرقة لانقضاء ركن الاختلاس ، لأن المالك أو الحائز يكون قد رضى بالتخلي أو التنازل عن حيازة الشيء ومن يأخذ شيئا مملوكا لغيره برضا صاحبه لا يعد مرتكباً

(١) د. محمود مصطفى في المرجع السابق الإشارة إليه ص ٣٨٧ .

(٢) د. عمر السعيد رمضان في المرجع السابق الإشارة إليه ص ٣٦٠ ، وقد أشار إلى أن الفضل الأكبر في تحديد ما هيبة الاختلاس بشكل واضح عن طريق الربط بينه وبين فكرة الحيازة إلى الفقيه الفرنسي جارسون حيث عرف الاختلاس بقوله " أنه سلب حيازة الشيء رغما من ماله أو حائزه السابق ، أنه اغتصاب الحيازة في معناها الحقيقي ، أي الحيازة بعنصرها المادي والمعنوي ، جارسون م ٣٧٩ فقرة ٤٧ .

(٣) جندى عبد الملك في الموسوعة الجنائية ج ٤ ص ١٦٠ بند ٦ وقد أشار إلى أن هذا هو تعريف جارد وأحمد أمين بك ص ٦٠٨ للاختلاس .

(٤) د. عمر السعيد رمضان في المرجع السابق الإشارة إليه ص ٣٤٦ وقد أشار كما أشار الدكتور محمود مصطفى في المرجع السابق إلى أن من التشريعات ما نص صراحة على استلزام هذا العنصر كقانون العقوبات الدانمركي (م ٦٧٦) وقانون العقوبات السوداني (م ٣٢٠) وقانون العقوبات العراقي (م ٢٥٨) .

لجريمة السرقة في ذلك أن يكون هذا الرضاء صريحا أو ضمنيا (١).

على أنه ينبغي التحرز في استظهار الرضاء الضمني وعدم القول بوجوده استنادا فحسب إلى أن المجنى عليه كان يعلم بأخذ المتهم للشيء ولم يعترض عليه ولم يسع إلى الحيلولة دونه بينما كان ذلك في إمكانه ، وذلك لأن سكوت المجنى عليه لا يقطع برضائه ، إذ قد يكون الغرض منه استدراج الجاني للإيقاع والعمل على ضبطه متلبسا بالسرقة (٢).

وينبغي أن يلاحظ أن الرضاء الذي ينفي الاختلاس هو الرضاء السابق أو المعاصر لسلب الحيازة . أما الرضاء اللاحق فلا يؤثر في قيام الاختلاس ، وإن جاز أن يكون له اعتبار عند القاضي في تقدير العقوبة ، كما قدمنا عند الكلام عن أثر رضاء المجنى عليه في العقوبة . ولا يشترط لكي يحدث الرضاء أثره أن يكون الفاعل حسن النية أى معتقدا وقت الاختلاس أن صاحب الشيء راض عن الفعل ، فهذا لو حصل لكان معدما للقصد الجنائي فلا توجد جريمة السرقة ولو كان صاحب الشيء غير راض عن الفعل ، وإنما ينفي الاختلاس ولو كان الفاعل سيئ القصد معتقدا أن صاحب الشيء غير راض عن الفعل على خلاف الحقيقة إذ أن نزاع الحيازة لا يكون متوافرا (٣).

٣- السرقة بين الأرواج والأصول والفروع :

تنص المادة ٣١٢ من قانون العقوبات معدله بالقانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٤٧م على أنه " لا تجوز محاكمة من يرتكب سرقة اضراراً بزوجه أو أصوله وفروعه إلا بناء على طلب المجنى عليه وللمجنى عليه أن يتنازل عن دعواه في أية حالة كانت عليها كما له أن يقف تنفيذ الحكم النهائي على الجاني في أى وقت شاء " .

والحكمة التي توخاها المشرع من هذا النص هي المحافظة على روابط الأسرة والبقاء على صلات الود قائمة بين أفرادها ، فضلا عن حماية سمعة العائلة من الفضيحة (٤).

(١) د. عمر السعيد رمضان في المرجع السابق الإشارة إليه ، د. محمود مصطفى في المرجع السابق ، د. أحمد فتحي سرور في القسم الخاص ص ٦٢٦ بند ٤٤٦ ب .

(٢) د. عمر السعيد رمضان في المرجع السابق الإشارة إليه ص ٣٦٤ وقد أشار في هامش ٢ إلى نقض ١٢ يناير ١٩٤٢م ، مجموعة القواعد القانونية ج ٥ رقم ٣٣٧ س ٦٠٥ حيث تؤكد فيه المحكمة أن " التسليم الذي ينبغي به ركن الاختلاس في السرقة يجب أن يكون برضاء حقيقى من واضع اليد مقصودا به التخلي عن الحيازة حقيقة فإن كان عن طريق التغافل بقصد إيقاع المتهم وضبطه فإنه لا يعد صادرا عن رضاء صحيح ، وكل ما هنالك أن الاختلاس في هذه الحالة يكون بعام للمجنى عليه لا بناء على رضاء منه . وعدم الرضاء - لا عدم العلم - هو الذى يهيم في جريمة السرقة .

(٣) د. محمود مصطفى في المرجع السابق الإشارة إليه ص ٤٠٢ بند ٤٠٤ .

(٤) د. حسن أبو السعود في المرجع السابق الإشارة إليه بند ٤٤٨ ، د. محمد محي الدين عوض في القانون الجنائي إجراءاته في التشريعين المصرى والسودانى ج ٢ ص ٨٦ ط ١٩٦٤م ، د. عمر السعيد رمضان في شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - ص ٤٧٣ ط ٦٤ سنة ١٩٦٥م .

وقد كانت المادة ٣١٢ ع قبل تعديلها تنص على أنه " لا يحكم بعقوبة ما على من يسرق اضراراً بزوجه أو زوجته أو أصوله أو فروعه " فكانت تقرر اعفاء تاماً من العقاب في الحالة التي يكون فيها السارق زوجاً للمجنى عليه أو أحد أصوله أو فروعه - غير أن العمل أظهر أنه من الأصلح ألا يقلل باب العقاب إطلاقاً في السرقات التي تقع بين هؤلاء .

ورأى المشرع أنه من الأفضل في هذه الحالة أن يجعل تحريك الدعوى العمومية والسير فيها رهناً بإرادة المجنى عليه ورضائه ، فكان تعديل المادة بالصورة التي ذكرناها . ويقتضى هذا التعديل الجديد لم تعد صلة الجاني بالمجنى عليه من حيث كونه زوجاً أو أصلاً وفرعاً مانعاً من العقاب في جريمة السرقة ، وإنما أصبحت مجرد سبب لتقييد حرية النيابة العامة في مباشرة الدعوى الجنائية ، وذلك بتعليق رفع هذه الدعوى على شكوى من المجنى عليه ، وتخويله حق التنازل عنها بعد رفعها في أية مرحلة من مراحلها وحق إيقاف تنفيذ الحكم النهائي الصادر بالعقوبة فيها أي وقت شاء .

ولتطبيق هذه المادة يجب أن تكون هناك جريمة سرقة بأركانها المعروفة في قانون العقوبات وقعت اضراراً بأصل الجاني أو فرعه أو بمن تربطه بالجاني صلة الزوجين دون غيرهم من الأشخاص . وأن تكون الزوجية قائمة فعلاً أو حكماً عند وقوعها ، وعند تقديم الشكوى ، وعند حصول النزول عنها ، وعند وقف تنفيذ الحكم . وإذا توفى الزوج الشاكى فليس لأولاده من الزوج السارق أن ينزلوا عن الشكوى كما هو الحال في دعوى الزنا بل تظل الدعوى قائمة قبله ، ويمتنع النزول عنها لوفاة صاحب الحق فيه . أو أن تكون السرقة من فرع أي ابن أو ابن ابن وإن سفل على مال أصل أي أب أو جد وإن علا ، أو العكس أي من أصل على مال فرعه . ولا بد لتحريك الدعوى عن هذه الجريمة من تقديم شكوى من المجنى عليه بشروطها السابق بيانها عند الكلام عن شروط تقديم الشكوى أو التنازل عنها .

فإذا كان المجنى عليه لم يبلغ الخامسة عشرة كاملة أو كان مصاباً بعاهة في عقله تقدم شكوى من الولى فإن لم يوجد تقبل من الوصى أو القيم (م ٥ اجراءات) فإن تعارضت المصلحة أو لم يكن له من يمثلته تقوم النيابة العامة مقامه (م ٦ اجراءات) .

ويرى البعض أن نص المادة ٣١٢ ع القديم والحديث إنما هو استثناء من القواعد العامة لذا لا يجوز التوسع في تفسيره أو القياس عليه . وعلى ذلك لا يجوز تقييد حق النيابة في رفع الدعوى عن الجرائم المماثلة للسرقة بتقديم شكوى من المجنى عليه قياساً على حالة السرقة (١) . في حين يرى البعض الآخر أنه بعد تعديل نص هذه المادة لا محل للتردد في تطبيقها على جرمي النصب وخيانة الأمانة وغيرهما من جرائم الاستيلاء على مال الغير كابتنزاز المال

(١) د. محمد محي الدين عوض في المرجع السابق الإشارة إليه ص ٨٨ .

بالتهديد وَاغتصاب السندات أو التوقيعات . وإصدار شيك لا يقابله رصيد ، إذ أن هذه الجرائم جميعا متماثلة مع السرقة وتتوافر فيها العلة التي دعت إلى تقييد الدعوى في جريمة السرقة ولكن ينبغي أن يقف التوسع في تفسير المادة ٣١٢ ع عند هذا الحد فلا تسرى على جرائم المال التي لا تكون الغاية منها الاستيلاء على مال الغير وإنما اتلافه كالحريق والتخريب والتعيب والاتلاف ، وكذلك الجرائم التي أخرجها المشرع بنص صريح من الخضوع لحكمها كما هو الشأن في جريمة اختلاس الأشياء المحجوز عليها المنصوص عنها في المادة ٣٢٣ من قانون العقوبات (١).

وعلى هذا الرأي الأخير جرت أحكام محكمة النقض ، سواء في ذلك الأحكام اللاحقة لصدور القانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٤٧م أو تلك السابقة عليه ، ومن أحدث هذه الأحكام حكم صدر في ١٠ نوفمبر ١٩٥٨م وقالت المحكمة :

" حيث أن المادة ٣١٢ من قانون العقوبات تنص على أنه لا تجوز محاكمة من يرتكب سرقة اضرازا بزوجه أو زوجته أو أصوله أو فروعه إلا بناء على طلب من المجنى عليه لما كان ذلك ، وكانت هذه المادة تضع قيذا على حق النيابة في تحريك الدعوى العمومية يجعله متوقفا على شكوى المجنى عليه ، وكان هذا القيد الوارد في باب السرقة علة المحافظة على كيان الأسرة ، فإنه يكون من الواجب أن يمتد أثره إلى الجرائم التي تشترك مع السرقة فيما تقوم عليه من الحصول على المال بغير حق كجرائم النصب وخيانة الأمانة في غير اسراف في التوسع - لما كان ما تقدم وكانت الزوجة الشاكية قد نسبت إلى زوجها المتهم تبديد منقولاتها وملابسها ثم تنازلت عند نظر الدعوى وقيل الفصل فيها نهائيا عن شكواها التي تمثل في الدعوى التي رفعتها ضده بالطريق المباشر ، فإنه يتعين عملا بالمادة ٣١٢ سالف الذكر أن يقضى ببرائته من التهمة (٢).

هذا وقد قدمنا بأن حق الملكية من الحقوق القابلة للتصرف فيها ، وأن جرائم الاعتداء على الأموال من الجرائم المؤسسة على عدم الرضا ، فإذا كان أخذ المال أو الاستيلاء عليه برضاء صاحبه وعليه فلا جريمة في ذلك .

(١) د. عمر السعيد رمضان في المرجع السابق الإشارة إليه ص ٤٧٧ .

(٢) د. عمر السعيد رمضان ، وقد أشار إلى نقض ١٠ نوفمبر ١٩٥٨م ، مجموعة أحكام محكمة النقض س ٩ رقم ٢١٩ ص ٨٩١ نقض أول أبريل ١٩١٦م ، المجموعة الرسمية س ١٧ رقم ٧٤ ص ١٢٢ ، ١٥ مارس ١٩١٩م ، المجموعة الرسمية س ٢٠ رقم ٦٢ ص ٧٧ ، ٢٧ يونيو ١٩٣٢م ، مجموعة القواعد القانونية ج ٢ رقم ٣٦٢ ص ٥٩٦ ، ١٥ ديسمبر ١٩٤١م ، مجموعة القواعد القانونية ج ٥ رقم ٣٢٢ ص ٥٩٧ .

ثالثا : موازنة بين الشريعة والقانون :

مما تقدم يتبين لنا أن القانون جاء موافقا لما أقرته الشريعة الإسلامية من تأسيس جرائم الأموال على عدم الرضا ، ذلك أن حق الملكية من الحقوق الخاصة القابلة للتصرف فيها . فإذا تم التصرف في المال من ماله برضائه وإذنه ، فلا جريمة في الفعل الواقع على المال بناء على هذا الإذن والرضا من المالك ما دام التصرف قد وقع صحيحا موافقا لما قرره الشريعة الإسلامية من حدود للتصرف في المال . ولهذا كان الاختلاس ركنا في السرقة ، فلا يعد الفعل سرقة إلا إذا توافر عنصران :

(١) الاستيلاء على الحيازة .

(٢) عدم رضا مالك الشيء أو حائزه عن الفعل .

وبذلك يقع الفعل على غير إرادة المجنى عليه فإذا وقع برضائه فلا توجد جريمة السرقة لانتفاء ركن الاختلاس ، ومن هنا كان اشتراط فقهاء الشريعة الإسلامية مخاصمة المسروق منه للجاني ، حتى يتم التحقق من أن المالك لم يأذن للسارق في أخذ المال ولم يبيحه له ، فإذا كان المالك أو الحائز قد تخلى أو تنازل عن حيازة المال ، فإن الأخذ له في هذه الحالة لا يعد مرتكبا لجريمة السرقة .

غير أن الجريمة إذا وقعت فعلا وثبتت على الجاني ، فإن العقوبة تكون حقا خالصا لله تعالى ليس للعبد سواء كان صاحب الشيء المسروق أو غيره ، أما ما كان أو غيره أن يعفو عن الحد أو يسقط العقوبة لأنها تصبح حقا خالصا لله تعالى ، فليس لأحد التنازل عما لا يملك .

ذلك لأن الجريمة وإن كانت تقع على الأفراد ، إلا أن أثرها بالضرر والترويع والافزع يشمل المجتمع كله .

وبالنسبة لجرائم الاتلاف التي تقع على الأموال والحيوانات المملوكة ملكا خاصا . فإن القانون لم يجرم هذه الأفعال إذا وقعت من المالك نفسه أو من غيره ولكن برضاء المالك وإذنه ذلك لأن جرائم الاتلاف قد جعل القانون ركنا من أركانها كون هذه الأموال مملوكة للغير فإذا لم يكن المال المثلث مملوكا للغير فلا جريمة . واتلاف المالك لماله الخاص في القانون جائز ، ذلك لأن له أن يتصرف في ملكه كيفما شاء والاتلاف ضرب من ضررٍ التصرف . بل له أن يفعل ذلك ولو اضرا را بالغير ممن له على المال حق عيني كحق امتياز أو رهن تأمينا لدين ، وكل ما يترتب للمضرور هنا هو حقوق مدنية على المالك ^(١).

وهكذا فالقانون يجيز للمالك أن يثلث أمواله الخاصة ، إلا أن الأمن الاجتماعي يستلزم أن يحظر عليه الاستعانة في ذلك بوسائل تعرض للخطر أموال الناس وأرواحهم كالحريق

(١) د. محمود مصطفى في شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - ص ٥٧٦ ط ٢ سنة ١٩٥١ م .

واستعمال المفرقات .

وبالتالى فإن صاحب الزرع إذا صرح للغير باتلافه أو صاحب الحيوان للغير بقتله فإن الاتلاف أو القتل يكون مباحا .

هذا فى الوقت الذى وجدنا فيه أن الشريعة الإسلامية قد أباحت للمالك حق التصرف فى ملكه ولكنها لم تجعل لصاحب الحق الخاص اختصاصا كاملا بحقه ، ولم تجعل حريته مطلقة فى التمتع به ، بل جعلت للجماعة فيه حقا عاما مشتركا بينهم ، فل تجعل تصرف الشخص فى ملكه مشروعا إلا بشرط سلامة الغير من ضرر ينشأ عن استعمال هذا الحق ، كما أن الله ﷻ كما جعل فى الحق الخاص مصلحة فردية لصاحبه جعل فيه مصلحة اجتماعية لصالح الجماعة لأنه من ثروة الأمة التى تعتمد عليها .

ولهذا نهى الشخص عن اتلاف ماله وعن تبذيره ، لأنه إن لم يصبه هو بالخسارة أصاب الجماعة ، ولأن الله جعل فيه نصيبا معلوما للجماعة كالزكاة .

وبهذا لم تجعل الشريعة للرضا أى أثر فى جرائم اتلاف الأموال وقتل الحيوانات فلا يبيح الرضا الفعل ولا يعدم ركن الجريمة ، كما لا يعفى مرتكبها من العقوبة المقررة ، إذ قد تبين أن إتلاف المال محرم على صاحبه ، فلا يستطيع أن يبيح لغيره ما هو محرم على نفسه كما أن ما حرم بإذن الرب لا يباح بإذن العبد .



الخاتمة

وسوف نستعرض فيها أهم النتائج التي توصلنا إليها في المباحث السابقة بمشيئة الله تعالى :
فبالنسبة للموضوعات التي خصصنا لها الباب التمهيدى من هذه الرسالة ، وجدنا أن الفقه
الإسلامي قد عرف الجرائم بأنها : " محظورات شرعية زجر الله عنها بحد أو تعزير " فالجريمة
هى : " اتيان فعل محرم معاقب على ارتكابه أو ترك فعل محرم الترك معاقب على تركه " وأن
هناك أركاناً عاماً للجريمة هى الركن المعنوى والركن المادى والركن الشرعى . وهذه هى
الأركان التي يجب توفرها بصفة عامة في كل جريمة . كما أن هناك أركاناً خاصة يجب توفرها
في كل جريمة على حدة حتى يمكن العقاب عليها .

ولا خلاف في ذلك بين ما انتهى إليه القانون الوضعي وما هو مقرر في الشريعة الإسلامية
فقد تعددت أساليب شراح القانون سواء في مصر أو غيرها حول صياغة تعريف عام للجريمة
في عبارة موجزة واضحة شاملة . وعرفت الجريمة بتعريفات متعددة رجحنا منها تعريف
الجريمة بأنها " فعل غير مشروع صادر عن إرادة جنائية يقرر القانون له عقاباً " إذ قد وجدنا
أن هذا التعريف أقرب إلى الدقة والشمول عن غيره من التعريفات . وإن كان التعريف الغالب
للجريمة لدى شراح القانون في مصر هو تعريفها بأنها " فعل أو امتناع يرتب القانون على
ارتكابه عقوبة " .

وبالموازنة بين تعريف الجريمة وبيان أركانها في الشريعة والقانون وجدنا أن التعريفين
متلاقين في الجمله ، وقد تكون هناك بعض الفروق بالنظر إلى الظاهر ، كما أوضحنا في حينه .
وفي الفصل الثانى وجدنا أن العقوبة قد عرفت في الفقه الإسلامى بأنها : " الجزاء المقرر
لمصلحة الجماعة على عصيان أمر الشارع " وأن أنواع العقوبات تختلف في الفقه الإسلامى
وتتعدد أقسامها باختلاف وتعدد وجهات النظر إليها . كما عرف شراح القانون المصرى العقوبة
بتعريفات متعددة اخترت منها تعريف العقوبة بأنها : " الجزاء الذي يقرره القانون باسم الجماعة
ولصالحها ضد من تثبت مسئوليته عن جريمة من الجرائم التي ينص عليها " كما أن العقوبات
في القانون الوضعي عموماً تنقسم إلى أنواع مختلفة تبعاً لاختلاف وجهات النظر فيها .

وبالموازنة بين تعريف العقوبة وبيان أنواعها في الفقه الإسلامى والقانون الوضعي لم نجد
خلافاً جوهرياً يذكر . وأن الشريعة في تنظيمها للعقوبة منذ القرن السابع الميلادى قد جمعت بين
النظريات الحديثة المختلفة والمتعددة للعقوبة في القانون الوضعي والتي بدأ ظهورها في القرن

الكيفية التي تطبق بها هذه المبادئ والحدود التي تطبق فيها ، ما أوجزنا بعضه في حينه . وفي البحث عن تحديد من هو المجني عليه في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي . وجدنا أن المجني عليه في الفقه الإسلامي هو من وقعت الجناية على نفسه أو على ماله أو على حق من حقوقه ، ولا يستلزم ذلك أن يكون مدركا مختارا بل يكفي أن يكون أهلا لاكتساب الحقوق ويتعين لتحديد المجني عليه في جريمة ما من الجرائم تعيين صاحب الحق الناش عن هذه الجريمة ، فلتحديد الدقيق للمجني عليه أى تحديد المجني عليه الذي له أهلية الرضا يكون بتحديد المصلحة الأساسية التي قصد المشرع حمايتها بنصوصه التجريبية . وصاحب هذه المصلحة هو المجني عليه الذي يمثل هذا الفعل الإجرامي اعتداء على مصلحته . فالمجني عليه في الجريمة هو صاحب الحق أو المصلحة الغالبة التي مسها الاعتداء من الجريمة حتى ولو كان محل الجريمة فردا أو جماعة . والذي يحدد المصلحة المحمية هو الشارع ، فالشارع هو الذي يحدد المجني عليه في كل جريمة من الجرائم .

كما وجدنا في القانون الوضعي أن مناط تحديد من يصح أن يكون مجنيا عليه في الجريمة هو أهلية اكتساب الحقوق ، فكل من يصح أن يكون صاحب حق مالا أو مصلحة يحميها القانون يصح أن يكون مجنيا عليه في الجريمة لأن الجريمة لا تخرج عن كونها اعتداء على حق ، فكل ما هو أهل لأن يكون له حقوق يصح أن يكون مجنيا عليه ، فالمجني عليه في الجريمة هو صاحب الحق الذي تصيبه الجريمة أو تجعله عرضة للخطر ، كما فرق القانون بين صفة المجني عليه وصفة المضرور في الجريمة وجعل التفرقة بين المصلحة المراد حمايتها من النص التجريبي وبين الموضوع المادى للسلوك الإجرامي هي التي تعيننا على وضع حد فاصل بين الصفتين .

وهكذا فالقوانين الوضعية تتفق فيما انتهت إليه مع الشريعة الإسلامية في تحديد من يصلح أن يكون مجنيا عليه في كل منهما .

وقد وجدنا في الفصل الرابع عند بحث المصالح التي تحميها الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، أن أحكام الشريعة الإسلامية كلها كما ثبتت بالاستقراء تشتمل على مصالح العباد . وأن كل ما شرعه الإسلام من نظم وأحكام أساسه المصلحة ، فما من أمر شرع بالكتاب أو السنة إلا وكانت فيه مصلحة حقيقية وإن اختلفت عن الأنظار . والمصالح المعتبرة في الإسلام إنما ترجع إلى أمور خمسة هي المعاني التي تقوم عليها الدنيا :

أولا : ما فيه حفظ الدين .

ثانيا : ما فيه حفظ النفس .

ثالثا : ما فيه حفظ العقل .

رابعا : ما فيه حفظ النسل .

خامسا : ما فيه حفظ المال .

ولذلك جرمت الشريعة أى سلوك يشكل اعتداء على هذه الأمور أو اضرارا بها وقد قسمت الشريعة المصالح من حيث الأهمية المنوطة بها إلى ضروريات تلبيها الحاجيات ثم تليها التحسينات .

وقد جعلت الشريعة المحافظة على هذه المصالح السابقة من الأمور القطعية الثابتة لتضافر النصوص عليها ولأن أصلها ضرورى ، إذ لا يمكن بقاء الإنسان بوصف كونه حيا له كرامة الإنسان إلا بالمحافظة عليها . وقد قسمت الشريعة الجرائم من هذه الناحية إلى خمسة أقسام .

(١) جرائم فيها اعتداء على النفس .

(٢) جرائم فيها اعتداء على الأموال .

(٣) جرائم فيها اعتداء على النسل .

(٤) جرائم فيها اعتداء على العقل .

(٥) جرائم فيها اعتداء على الدين .

وفي القانون الوضعي وجدنا أن المصلحة هي مركز واقعى يعطى من يحمله وضعا متميزا عن سواه من الناس فإذا أصيغت الحماية القانونية على المصلحة تحول المركز الواقعى إلى مركز قانونى وتجمع له بذلك عنصرا الحق ، المصلحة والحماية القانونية لها .

وقد ذهب الفلاسفة بيكاريا وبنتم وفوبرياخ الذين اعتنقوا نظرية النفعية الاجتماعية إلى أن المنفعة هي وحدها الخير المرغوب فيه ، وأن الضرر أو الألم هو الشر الذي يجب تفاديه ، وعليه فإن الأفعال الإنسانية لا تكون خيرا إلا إذا حققت لصاحبها من ورائها نفعاً أو لذة ، فإن أدت إلى ضرر أو ألم كانت شرا . ولذلك عرف اهرنج المصلحة كما يعرفها بنتام بأنها : " البحث عن اللذة والفرار من الألم " .

وقد حاول شراح القانون وضع بيان لحصر المصالح التي يتعرض القانون لحمايتها . مع ما في ذلك من صعوبة إذ أن المصالح كما تتعدد وتتطور بتعدد المجتمعات وتطورها فهي أيضا متمزجة وتختلط فلا يمكن الفصل بينها بخطوط واضحة ، وقد انتهى بعضهم من ذلك إلى تقسيم المصالح إلى ثلاث مجموعات الأولى مصالح فرديه ، الثانية مصالح عامه ، الثالثة مصالح اجتماعية . وتتضمن المصالح الاجتماعية عند باوند :

١- أمن الجماعة .

٢- ضمان النظم الاجتماعية .

٣- الأخلاق العامة .

٤- المحافظة على الثروة العامة .

٥- حياة الفرد .

وقد رأينا أن القانون الجنائي يؤدي جانبا أساسيا من وظيفة القانون في حماية المصالح ، إذ أنه يهدف إلى حماية المجتمع ضد ما يهدده من أخطار أو أضرار ومصالح المجتمع المباشرة هي موضوع الحماية التي يشملها هذا القانون بما يضعه من عقوبات أو تدابير . ويختص القانون الجنائي بحماية المصالح الاجتماعية ولا يتعرض لحماية المصالح الفردية إلا إذا تضمنت في ثناياها مصلحة اجتماعية بأن كانت تمثل وضعاً يحميه القانون موضوعياً لحماية المجتمع . وفي تقسيم الفقه الإسلامي والقانون الوضعي للحقوق حيث كان موضوع بحثنا في الفصل الخامس والأخير من هذا الباب .

وجدنا أن الفقه الإسلامي يقسم إلى أقسام عدة باعتباريات مختلفة وليبيان ما هو عام من الجرائم وما هو خاص منها فقد قسم الفقهاء الحق باعتبار صاحبه إلى أربعة أقسام هي :

(١) حقوق خالصة لله تعالى .

(٢) حقوق فيها حق لله وحق للعبد ولكن حق الله فيها غالب .

(٣) حقوق فيها حق لله وحق للعبد ولكن حق العبد فيها غالب .

(٤) حقوق خالصة للعبد .

وأوضحنا في موضعه الآثار العملية لهذا التقسيم ، وقد وجدنا أن الحقوق في القانون الوضعي مقسمة إلى تقسيمات لاعد لها ولا حصر كما وجدنا أن أقرب هذه التقسيمات إلى موضوعنا هو تقسيم الحقوق إلى ثلاثة أقسام :

(١) حقوق تمس الدولة ويحميها قانون العقوبات .

(٢) حقوق تمس الفرد دون أن تمس الجماعة ، ويحميها القانون المدني وقانون المرافعات المدنية والجنائية .

(٣) حقوق مشتركة بين الدولة والفرد ، فأما حق الدولة فيحميه قانون العقوبات ، وأما حق الفرد فتحميه الدعوى المدنية بالتعويض أو باسترداد الشيء المسروق .

وبالبحث عما إذا كان رضاء المجني عليه يعد سببا من الأسباب المبيحة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي الذي خصصنا له الباب الثاني من هذه الرسالة .

وجدنا في الفصل الأول منه أن نطاق هذا البحث في الفقه الإسلامي لا يتصور إلا بالنسبة للأفعال التي تمثل اعتداء على حق العبد الخالص أو ما كان حقه فيه غالب وذلك في الحدود التي رسمتها الشريعة لدى سلطة الإنسان على حقه الخاص ومدى التصرف فيه . إذ أن حقوق الجماعة ليس لأحد من الأفراد حتى الحاكم فيهم حق التصرف فيها أو التنازل عنها . وبالتالي فإن الحقوق من هذا النوع لا مجال لبحث أثر الرضا فيها . إذ أن الحق الثابت بالاعتداء عليها حق للجماعة ولا يملك فرد من الناس الإذن فيه أو الرضا به ، حتى يصبح الاعتداء عليها بإذنه ورضاه مباحا بعد أن كان محرما .

وقد تبين لنا أن الشريعة الإسلامية عرفت من يوم وجودها منذ ثلاثة عشر قرناً أسباباً تبيح الفعل المحظور أصلاً وهي الأسباب التي تبيح اتیان الأفعال المحرمة على الكافة في نطاق محدد وبشروط معينة . وترجع كلها إما لاستعمال حق وإما لأداء واجب .

وفي البحث عن مدى حق الفرد وحق الجماعة في الجرائم المختلفة ، أو مدى ما للفرد أو الجماعة في الحق الناشئ عن الجريمة حتى يتبين لنا ما إذا كان الحق الناشئ عن الجريمة حقاً خالصاً للفرد وحده ؟ وهل يقوى هذا الحق إن وجد على جعل الفعل المكون للجريمة والمحرّم بأمر الشارع فعلاً مشروعاً أو مباحاً لمجرد وقوعه برضاء المجني عليه وإنه ؟

وجدنا أن الجرائم وإن كانت تنقسم بحسب طبيعتها الخاصة إلى جرائم ضد الجماعة وجرائم ضد الأفراد . إلا أن هذا التقسيم لا يعنى أن هناك فاصلاً بين الجرائم الواقعة ضد الجماعة والجرائم الواقعة ضد الأفراد .. لأن الجرائم وإن كانت تختلف من حيث مدى الاعتداء فيها على الجماعة ومدى الاعتداء فيها على الآحاد إلا أن انتلازم بين الحالتين ثابت فما من جريمة تصيب الجماعة إلا أصابت الآحاد بالأذى الشديد . وليس في اعتبار جرائم الحدود ماسة بمصلحة الجماعة إنكار لمساسها بمصالح الأفراد وإنما ذلك تغليب لمصلحة الجماعة على مصلحة الأفراد بحيث لو عفا الفرد لم يكن لعفوه أثر على الجريمة أو العقوبة . وإذا كانت جرائم القصاص والديه تقع على الأفراد مباشرة فليس معنى ذلك أنها لا تمس الجماعة ، فما من جريمة فيها اعتداء على الآحاد إلا تضمنت في ثناياها مساساً بمصلحة الجماعة لما فيها من خدش للناموس الاجتماعي . فالاعتداء على النفس بالقتل اعتداء على حق الحياة وهو حق مشترك بين الجميع . لقوله تعالى : « مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا » وإنما جعلت هذه الجرائم من الجرائم الواقعة على الأفراد لأنها تمس الفرد مباشرة ، لذا غلب حقها فيها على حق الجماعة وكان له التنازل عن القصاص والديه وهما العقوبتان المقرتان أصلاً للجريمة ، على أن لا يترك الجاني بعفو المجني عليه وإنما يعاقب عقوبة تعزيرية حفظاً لمصلحة الجماعة التي مست مساساً غير مباشر ، وليس العفو هنا معناه إباحة الجريمة وإنما التنازل عن العقوبة المقررة لها .

وهكذا فكل جريمة تمس مصلحة الجماعة تمس في النهاية مصلحة الأفراد ، وكل جريمة تمس مصلحة الأفراد تمس في النهاية مصلحة الجماعة ولو كان محل الجريمة حقاً خالصاً للفرد ولذا يقول بعض الفقهاء " ما من حق لأدمى إلا والله فيه حق . إذ من حق الله على كل مكلف ترك أذاه لغيره " فالجرائم كلها تعود على الجماعة والآحاد معاً بالضرر والأذى وتعريض مصالح الأمة الإسلامية ومصالح أفرادها للخطر ، ولكن الأذى في الجرائم المختلفة لا يعود على الجماعة والآحاد بقدر متساو بل قد يكون جانب الأذى على الجماعة أكثر وقد يكون جانب الأذى

على الآحاد أئد . وكذلك من الجرائم ما تنصب على الجماعة ابتداء ، ومنها ما ينصب على الأفراد ابتداء ولهذا قسمت الجرائم إلى جرائم تكون على الجماعة وجرائم تكون على الآحاد . ولكن للمجتمع حق متولد عن كل جريمة من الجرائم بما لا يقوى معه حق الفرد وحده فيها على إباحة الفعل المكون للجريمة وجعله مشروعا مباحا بعد أن كان محرما محظورا . وقد استعرضنا في هذا المجال أيضا خلاف الفقهاء حول أثر الإذن بالقتل والإذن بالجرح ورأى الشريعة الإسلامية في اعتداء الإنسان على نفسه بالقتل وإصابة الشخص نفسه والقتل بالمبارزة لتأسيس هذه الجرائم على الرضا ولحق المجني عليه الغالب في مختلف هذه الجرائم . وقد تبين لنا أن خلاف الفقهاء حول أثر الإذن بالقتل والإذن بالجرح ، إنما هو في العقوبة المقررة على القتل أو الجرح أنسقط عن الجاني لإذن المجني عليه في القتل والجرح . ولا خلاف بين الفقهاء في أن رضا المجني عليه أو إذنه لا يبيح الجريمة ولا يؤثر على المسؤولية الجنائية ، فالإذن بالقتل أو الجرح لا يبيح واحدا منهما ، لأن النفس المعصومة من الأذى بحكم الإسلام لا تحل إلا بسبب من أسباب الحل ، وليس من أسباب الحل الإذن بالأذى ، فالفعل الذي يعد جريمة لا ينقل من حال تحريم إلى حال إباحة بمجرد الإذن ، فالإثم ما زال ثابتا ، والجريمة ما زالت قائمة ، وهى في كل صورها إفساد لا يجوز ولا يباح ، ومن هنا كان لولى الأمر أن يضع عقوبات تعزيرية عند سقوط العقوبة المقدرة بنوعيتها دفعا للفساد .

وقد وجدنا أن الانتحار جريمة محرمة في نظر الشارع الإسلامي ومنهى عنها بالنص الصريح في القرآن والسنة وهى من أبرز صور القتل بالرضا ، ولا أثر للرضا هنا في إباحة الفعل كما لا أثر له في مسؤولية المحرض والشريك في الانتحار ، وكذلك تحرم الشريعة على الشخص أن يصيب نفسه بأذى ، حتى ولو لم يقصد بذلك تفويت مصلحة عامه . وتحرم القتل أو الجرح بالمبارزة التي تتم باتفاق المتبارزين وتجرى على الأفعال الناشئة عنها الأحكام المتعلقة بالإذن بالقتل أو الجرح من حيث التحريم وعد الإباحة . وقد خرجنا من كل ذلك بأن رضا المجني عليه بالجريمة الواقعة عليه في نفسه أو ماله لا يبيح الجريمة ولا يغير وصف الفعل المكون لها من التحريم إلى الإباحة في الفقه الإسلامي . وذلك للأسانيد الآتية :

- (١) الجريمة في جميع صورها إفساد لا يجوز ولا يباح .
- (٢) حق المجني عليه في الجريمة ، بما في ذلك الجرائم التي حقه فيها غالب ، لا يقوى وحده على إباحتها وتغيير وصف الفعل المكون لها من التحريم إلى الإباحة . إذ لا يمكن الفصل بين جانبى الحق للفرد والمجتمع في أى جريمة من الجرائم .
- (٣) أن نزول المجني عليه عن حقه بإذنه للغير في الاعتداء عليه ، سواء في نفسه أو ما دونها لا يسقط حق الشرع في ذلك ، لأن النفس غير مباحة بل هى محرمة على

- صاحبها فلا يصح له أن ينجع نفسه ، وإذنه للغير بالاعتداء يعتبر إذنا في شيء لا يملكه كما أنه يكون إذنا بمحرم وهو غير جائز .
- (٤) كل ما هو معصوم حرم الشارع الاعتداء عليه ، ولا سبيل لاستباحته ولو بإباحة صاحبه إلا من الشرع .
- (٥) كل ما هو محرم بحكم الشارع لا يباح إلا بسبب من أسباب الحل التي نص الشارع عليها ، وليس من بينها الإذن بالأذى .
- (٦) أذى المؤمن لنفسه حرام فإنه بالأذى لغيره لا يحل للغير دمه ، فيكون الإذن عدما لا أثر له على الفعل ، ويبقى الفعل محرما معاقبا عليه .
- (٧) إذا كان الإذن الصريح من المجني عليه لا يقوى على إباحة الفعل المحرم فمن باب أولى ألا يقوى على ذلك مجرد الرضا به .
- (٨) يحرم على كل من أمر بمعصية أن يأتمر لها فإن فعل فهو فاسق عاص لله تعالى ، وليس له بذلك عذر ، وكذلك الأمر في نفسه بما لم يباح الله تعالى له ، فهو عاص لله تعالى فاسق ولا عذر للمأمور في طاعته بل الأمر والذي يؤمر في ذلك سواء .
- (٩) لم تجعل الشريعة لصاحب الحق الخاص اختصاص كاملا بحقه ، ولم تجعل حريته في التصرف فيه والتمتع به حرية مطلقة ، بل جعلت للجماعة فيه حقا عاما مشتركا بينهم وقيدته في استعمال لحقه بمراعاة ما للجماعة فيه من حق .
- وفي الفصل الثاني وجدنا أن القانون أيضا قد حدد أسباب هي التي تكون من شأنها رفع الصفة الجنائية عن الفعل في الظروف التي وقع فيها . إذ هي تعدم الركن الشرعي في الجريمة وينبني على توفر أحدها أن يوصف الفعل بالإباحة بدلا من التجريم ، وتخرج الواقعة بذلك من دائرة الأفعال المعاقب عليها إلى مجال الإباحات فيصبح الفعل مشروعاً بعد أن كان مجرماً . والقانون في ذلك جاء موافقا لما جاء به الفقه الإسلامي من حيث إقرار المبدأ . ومن حيث ما إذا كان يعد رضاء المجني عليه سببا من هذه الأسباب المبيحة أو لا يعد كذلك ؟ وجدنا أن بعض التشريعات الحديثة قد نصت على عدم جعل رضاء المجني عليه سببا للإباحة مطلقا ، ومن التشريعات الحديثة ما ينص على رضاء المجني عليه كسبب من أسباب الإباحة ، وكان الرأي الغالب لدى شراح القانون في مصر أنه وإن لم يرد في قانوننا الحالي نص عام ومقابل لنص المادة ٥٠ من القانون الإبطالي إلا أن هذا النص يتفق مع المنطق القانوني ومبادئه العامة ولا يوجد ثمة مانع من الأخذ به عندنا . ولذلك اعتبرنا أن الرأي الغالب في القانون هو الذي ينص أو يتجه إلى النص على رضاء المجني عليه كسبب للإباحة . وقد سقنا في هذا المجال نصوصا لتشريعات مختلفة تبين الحدود التي يبيح الرضا فيها الفعل والضوابط المختلفة لما يباح وما لا يباح بالرضا . والقواعد أو الأسس التي بنى عليها القانونيون آراءهم . وناقشنا هذه المعايير

والأسس في إطار ما تقرر من أن القانون الجنائي إنما يختص بحماية المصالح الاجتماعية ولا يتعرض لحماية المصالح الفردية إلا إذا تضمنت في ثناياها مصلحة اجتماعية ، وإذا كان الحق المعتقدى عليه له هذا الطابع العام أو الأهمية الاجتماعية فمن التناقض أن يخول فرد سلطة النزول عنه وإهدار ما للمجتمع من نصيب فيه .

ولقد تخطت القانونيون واختلفوا حول وضع معيار موضوعي لتحديد الجرائم التي يعد الرضا سببا لإباحتها وإيجاد ضابط تشريعي لتحديد الحقوق القابلة للتنازل عنها حتى تباح بالإذن بالرضا . وقد رجحنا من هذه الاتجاهات السابقة في القانون الاتجاه القائل بأن رضا المجني عليه بالجريمة لا يصح اعتباره سببا للإباحة في ظل التشريع الجنائي الوضعي . ولو كان ذلك في حدود وعلى سبيل الاستثناء .

وموازنة الرأي الغالب في القانون والذي ينص أو يتجه إلى النص على رضا المجني عليه كسبب للإباحة . بما توصلنا إليه في الفقه الإسلامي ، ترجح لدينا بجلاء صحة ما قرره الشريعة الإسلامية وبعض التشريعات الوضعية الأخرى من عدم اعتبار رضا المجني عليه سببا من أسباب الإباحة . للأسانيد المتقدمة ، ولوضوح خطأ الرأي المناقض وخطورته لما فيه من تجاهل الطبيعة الاجتماعية للحقوق التي يحميها قانون العقوبات ، وتناقض ينشأ عندما يخول فرد سلكة النزول عن هذه الحقوق وإهدار ما للمجتمع من نصيب فيها . كما أن هذه التشريعات قد فشلت في الوصول إلى وضع ضابط تشريعي يعتمد على معيار موضوعي لتحديد ما يباح وما لا يباح بالرضا .

وفي الباب الثالث الذي خصصناه لبحث أثر رضا المجني عليه على وجود الجريمة والمسئولية الجنائية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي . وجدنا في الفصل الأول منه أن الأصل في الفقه الإسلامي هو أن رضا المجني عليه بالجريمة الواقعة عليه لا يغير من وصف الجريمة فلا أثر له على وجودها ولا على المسئولية الجنائية للفاعل . وإنما كان ذلك أصلا لأن من الجرائم ما هو مؤسس على عدم الرضا ، كالسرقة التي تتم خفية عن المجني عليه ، فإذا انتفى هذا الركن بأن كان أخذ المال بإذن صاحبه ورضائه فلا جريمة .

وقد وجدنا ذلك الأصل أيضا في القانون وهو أن رضا المجني عليه بالجريمة قبل ارتكابها أو أثناءه أو بعده ، لا يؤثر في قيام المسئولية الجنائية للفاعل ، فهو لا يمنع من وجود الجريمة ولا من عقاب المجرم وإن كان له من أثر فقد يكون في العقوبة في حدود ما يملكه القاضي من سلطة التخفيف .

إذ أن الجريمة التي تقع إنما تتضمن انتهاكا لمصلحة أراد الشارع حمايتها وقد أثر الشارع هذه المصلحة بالحماية لأهميتها ، ولم يقصد بتقرير الجزاء الجنائي حماية مصلحة فردية للمجني عليه ، ومن التناقض أن يقرر القانون حماية مصلحة لأهميتها الاجتماعية ثم يترك للأفراد

التنازل عنها وعن حق المجتمع في العقاب .

واستثناء من هذا الأصل المتقدم في القانون فإن هناك من الجرائم ما يلزم لقيامها عدم رضا المجني عليه عن الفعل الإجرامي ، فيكون من أركانها أن يقع الفعل بغير رضا المجني عليه . فعدم الرضا هنا عنصر من عناصر الجريمة ، أو بعبارة أخرى لا تعتبر الجريمة قائمة إلا إذا وقعت على غير إرادة المجني عليه ، بحيث إذا وجد هذا الرضا فلا جريمة ولا عقاب . وتلك هي جرائم الاعتداء على الحريات الشخصية وجرائم الاعتداء على المال والجرائم الخلقية .

وإذا كان القانون قد وافق الشريعة في هذا الأصل الذي نحن بصدد إنفاذ نجد أن الخلاف بينهما واضح . وتنسج رقعة في تحديد الجرائم المستثناة من هذه القاعدة وهي الجرائم المؤسسة على عدم الرضا فإن الرضا يهدم ركنا من أركانها . ذلك لأنه إذا تصور ذلك بالنسبة لجرائم الأموال في الشريعة الإسلامية ، حيث أن انتقال المال بإذن صاحبه ورضاه لا جريمة فيه لأن من خصائص المال أن يكون محلا للتعاقد ولانتقال الرضائي من يد إلى أخرى . فإن تصور انعدام الجريمة بالرضا بالنسبة للجرائم الخلقية ، وجرائم الاعتداء على الحريات الشخصية أمر غير ممكن . ومناف لما تقره الشريعة من مبادئ وقيم . وقد بينا ذلك بوضوح في الباب السادس عند الكلام عن أثر الرضا في الجرائم المختلفة .

وفي الباب الرابع الذي بحثنا فيه أثر رضائ المجني عليه على الدعوى الجنائية والخصومة الناشئة عنها في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي ، وجدنا في الفصل الأول منه أن الإجراءات الجنائية في الشريعة الإسلامية كانت تطبيقا كاملا في مصر منذ الفتح الإسلامي لها أي في السنة العشرين للهجرة حتى بداية القرن التاسع عشر وإقامة محمد علي باشا دولته بمصر إذا كانت الشريعة تطبق تطبيقا كاملا وحلت الإجراءات الجنائية في الشريعة الإسلامية محل الإجراءات الجنائية الرومانية . وعرفت مصر الإسلامية في هذه الآونة بذلك نظاما مميزا للاتهام أقل ما يقال فيه أنه نظام شامل يحوى مختلف القواعد التي اختارت بينها سائر التشريعات الحديثة كما أنه يتميز بالجمع بين الأخذ بنظام الاتهام بواسطة الأفراد وخاصة المجني عليهم مما يحقق للفرد حريته ويمكن الدولة من أداء رسالتها والأخذ بنظام الاتهام بواسطة الدولة ومن يمثلها في هذا المجال ، فالشريعة إنما تجعل الاتهام في يد جماعة المسلمين باعتبارهم وحدة تمثل الهيئة الاجتماعية ، كما تجعله في بعض الأحيان وبالذات فيما يختص بحقوق المجتمع حقا لكل فرد باعتباره عضوا في الجماعة .

ومن حيث جهة الاختصاص الجنائي في الفقه الإسلامي وجدنا الثابت في كتب الفقه الإسلامي أنه كانت هناك يوم استقرت النظم القضائية في الدولة الإسلامية جهات ثلاثة تنتظر في منازعات الناس وما يرتكبون من أفعال تنتهى عنها أحكام الشريعة . وكان لكل جهة من يقوم عليها وتتعقد له الولاية فيها ، فكان هناك القاضى الذي تولى القضاء ووالى المظالم الذي انعقدت له ولاية

النظر في المظالم والمحتسب الذي كان يتولى نظام الحسبة في الإسلام . غير أن هذه الجهات إنما ظهرت تباعا عندما دعت الحاجة إليها . وقد خصصنا لكل جهة من الجهات الثلاثة مبحثا مستقلا عن اختصاصات الوالى فيها وانعقاد الولاية له .

وبعد أن عرضنا لبيان جهة الاختصاص الجنائي في الشريعة الإسلامية عرفنا الدعوى ببيان معناها اللغوى وتعريفها في اصطلاح الفقهاء ، وأهمية الدعوى الجنائية وشروطها وطبيعتها ، وعرفنا أن طبيعة الدعوى من حيث كونها عامة أو كونها خاصة تتكيف حسب المصلحة التي تحميها بمعنى أن الدعوى تكون عامة إذا كانت المصلحة التي تحميها مصلحة عامة . وتكون خاصة إذا كانت المصلحة التي تحميها مصلحة خاصة ، فمقياس العموم والخصوص في أية دعوى هو ذات المصلحة التي تحميها بصرف النظر عن أطراف الدعوى فإذا كانت المصلحة المحمية عامة بأن كان موضوع الدعوى حقا من حقوق الله كانت الدعوى عامة ، فهناك دعاوى في الفقه الإسلامي ترفع من أفراد يقصد حماية حقوق الله لا يقصد حماية مصلحة خاصة . وتسمى دعاوى الحسبة ، وحقوق الله معتبرة باطلاق أنها لا تمثل مصلحة خاصة فهي من حقوق المجتمع العامة .

وبالنسبة لأثر الرضا في الدعوى عن حق الله الخالص وهو الذي يقابل ما نسميه اليوم بحق المجتمع ، فإن الجرائم على هذا النوع من الحقوق جرائم عامة للمجنى عليه فيها هم جماعة المسلمين وأصبح الحق في إقامة الدعوى عن هذه الجرائم ملكا للدولة أى لولى الأمر ، كما أصبح لكل فرد من المسلمين أن يشارك في إقامة هذه الدعوى . وتكون الدعوى بذلك عامة لعمومية الجرائم التي تقام من أجلها . وقد حدد الفقهاء . هذا النوع من إحقاق بأنه حدود الزنا وشرب الخمر والردة ومحاربة الله ورسوله ، وكذلك ما هو مقرر من التعزيرات على المنكرات التي فيها حق الله ، فالحدود في هذه الجرائم خالصة لله تعالى وليس للعبد فيها حق ذلك لأن الجانب الشخصى غير ملاحظ في الحدود التي حددها الله سبحانه وتعالى على سبيل القطع وجعلها عقوبة على هذه الجرائم التي يعد المجنى عليه فيها هو جماعة المسلمين أو نظام دولتهم . ومن هنا كانت هذه الدعوى ملكا للجماعة فللدولة باعتبارها ممثلة للجماعة وحامية للنظام العام بها ، ولل فرد العادى كذلك باعتباره الأصل في الجماعة وعضوا فيها أن يباشر كل منهما هذه الدعوى معا أو على استقلال دون توقف في ذلك على رضا فرد معين أو عدم رضائه ، سواء كان هذا الفرد هو المضرور مباشرة من الجريمة أو غيره . فالخصومة ليست بشرط بالاتفاق في الحدود التي هى خالصة لله تعالى ، إذ لا يتوف الإثبات فيها على الدعوى ، بل الشاهد فيها مدع وتسمى هذه دعوى الحسبة أو شهادة الحسبة .

والأصل في الشريعة الإسلامية أن الحدود لا تقبل إسقاطا ولا عفوا وانبنى على ذلك عدم جواز التنازل عن الدعوى التي تهدف إلى إحقاق حق من حقوق الله ولا إيقافها ولا تعطيلها .

وكذلك عدم جواز العفو عن العقوبة التي هي حق خالص لله . أما الفرد فمما لا شك فيه أنه لا يملك تنازلاً عن الدعوى الجنائية التي يقيمها حماية لحقوق الله تعالى إذ أن إقامته لها أو مباشرتها إياها ، نوع من أداء الواجب الذي ألقاه الشارع عليه ، ومصدر التكليف بالواجب هو الشارع فلا يجوز لمن كلف به التنازل عنه . فدور الفرد وسلطانه على الدعوى الجنائية إنما يقتصر على تحريكها دون إيقافها بعد ذلك ، كما أن العقوبة على هذه الجرائم التي تقام عنها هذه الدعوى العامة هي حق خالص لله وعلى ولي الأمر أن يوقعها على مستحقيها . وليس لأحد حاكماً أو محكوماً أن يعطل تنفيذ حدود الله على مستحقيها . وهكذا فلا أثر للرضا في هذه الدعوى الذي عد تحريكها بالنسبة للفرد فرضاً عليه أداؤه عينياً أو على سبيل الكفاية ، وكان تحريكها ومباشرتها وتنفيذ العقوبة فيها واجبا عينياً على من ولي ذلك من أمور المسلمين . بل إن المجني عليه في هذه الجرائم وهم جماعة المسلمين من ناحية إذا رضوا بالجريمة وأجمعوا على المنكر كان ذلك خروجاً على طاعة الله موجبا لمحاربتهم .

وبالنسبة لأثر الرضا في الدعوى عن الجرائم التي للعبد فيها حق بجانب حق الله تعالى استعرضنا أثر الرضا في دعاوى القذف والسرقه والقصاص . وهذا النوع من الدعاوى يترتب على كل جريمة نالت الفرد المجني عليه مباشرة بالاعتداء فكان للمجني عليه فيها حق يتسع ويضيق باتساع جانب حق الله في الجريمة موضوع الدعوى ، الذي يتحدد هو الآخر بمقدار جسامته الأذى الذي يقع على المجتمع من الجريمة فإذا ما كان الأذى على المجتمع أشد أو كانت العقوبة على الجريمة حقاً خالصاً لله تعالى لا يجوز للعبد العفو عنها أو إسقاطها كان جانب العبد في الدعوى عن الجريمة وحقه فيها محدوداً ، وإذا ما كان جانب الأذى على الفرد المجني عليه أشد أو كانت العقوبة حقاً خالصاً له أو لأوليائه كان حق العبد في الدعوى عن الجريمة والخصومة الناشئة عنها أكثر اتساعاً ، فهذا النوع من الدعاوى يكون عن الجرائم التي يجتمع فيها الحقان حق الله حق العبد على اختلاف بين كل دعوى وأخرى في نطاق جانب حق كل منهما ، فبينما رأينا أن الله حقاً غالباً في دعوى بعينها ، وللعبد فيها نوع حق كدعوى القذف ودعوى السرقة نجد أن الشارع قد جعل بعض الدعاوى الحق غالباً فيها للفرد المجني عليه ولأوليائه ولكنه جعل لله حقاً يتمثل في جانب من الجوانب المتعلقة بالدعوى كما هو الشأن بالنسبة لدعوى طلب القصاص . وقد خصصنا مباحث في هذا الفصل لبحث أثر الرضا في كل من دعاوى القذف والسرقه والقصاص وحق العفو والتنازل عن هذه الدعاوى .

وفي الفصل الثاني من هذا الباب الذي خصصناه لبحث أثر رضا المجني عليه في الدعوى الجنائية والخصومة الناشئة عنها في القانون الوضعي ، خصصنا مبحثاً لتعريف بالدعوى الجنائية وصاحب الحق في تحريكها ومباشرتها ، وتبين لنا أن أغلب التشريعات الوضعية تخلو من وضع تعريف محدد للدعوى ، وأنه يمكن تعريف الدعوى بوجه عام بأنها : " المطالبة بالحق

عن طريق القضاء " كما يمكن تعريفها بوجه خاص بأنها : " مطالبة النيابة إلى القضاء باسم المجتمع أن يوقع العقوبة على المتهم " كما وجدنا وجوب التفرقة بين الدعوى الجنائية والخصومة الجنائية ، إذ المقصود بالدعوى الجنائية الطلب المقدم من النيابة العامة إلى القضاء لإقرار حقها في العقاب عن طريق إثبات وقوع الجريمة ونسبتها إلى متهم معين أما الخصومة الجنائية فالمقصود بها مجموعة الإجراءات التي تبدأ منذ تحريك الدعوى الجنائية وتنتهي بصدر حكم بات أو بغير ذلك من أسباب الانقضاء ، وقد تنشأ الدعوى الجنائية والخصومة الجنائية في وقت واحد وذلك إذا كان تحريك الدعوى الجنائية ضد متهم معين .

كما وجدنا أن الدعوى الجنائية طبقاً للنظام المعمول به في مصر دعوى عمومية تباشرها الدولة بطلب توقيع العقاب . ويقتصر الحق في تحريكها ومباشرتها على النيابة العامة ، التي يحدد القانون وظيفتها الأساسية بأنها مباشرة الاتهام ، وتمثل بحسب الأصل دور المدعى في الدعوى العمومية لمصلحة الجماعة . وقد استعرضنا نصوص القانون الدالة على ذلك والتي يفهم منها أن الفرد المجني عليه لا علاقة له بالدعوى العمومية وإنما هي حق الدولة على ذلك والتي يفهم منها أن الفرد المجني عليه لا علاقة له بالدعوى العمومية وإنما هي حق الدولة الناشئ عن الجريمة وأما المجني عليه فنصيبه الدعوى المدنية بتعويض الضرر وقد قضت بذلك أيضاً محكمة النقض المصرية وذلك أيضاً هو فهم الفقه الفرنسي والمصري لعمومية الدعوى الجنائية فقد عبر جازو عن ذلك بقوله " إنه لما كان الثابت أن المجتمع هو وحده صاحب الحق في طلب العقاب الذي هو موضوع الجناية فإنه لا يتصور إلا أن يكون المجتمع هو وحده صاحب الدعوى بطلب العقاب " .

ثم تبين لنا أن النيابة العامة في انفرادها بمباشرة الاتهام ، لا تمثل الفرد المجني عليه بل ولا ترتبط به ولا حتى تضع اعتباراً لرغبته في مباشرتها للدعوى أو عدم سريانها فيها . وقد استعرضنا نصوص القانون الدالة على مدى انفراد النيابة بسلطة الاتهام ، وأنها في ذلك مطلقة اليد مستقلة عن الأفراد إلا من قيود واردة على سبيل الاستثناء تعطى حقاً قاصراً بالطبع للفرد المجني عليه في الدعوى الجنائية . والقيود الواردة على اختصاص النيابة بتحريك الدعوى إلى أربعة هي :

- (١) ما حدده القانون من جرائم يتوقف تحريك الدعوى فيها على شكوى أو إذن أو طلب .
- (٢) بعض الحالات التي يكون من حق محكمة الجنايات ومحكمة النقض فيها تحريك الدعوى العمومية .

(٣) حق المحاكم عموماً في تحريك الدعوى ضد المتهم إذا وقعت منه جريمة في الجلسة .

(٤) حق المدعى المدني في إقامة الدعوى مباشرة في الجناح والمخالفات .

وموضوع القيد الأول من هذه القيود هو الذي يتحدد به مدى حق المجني عليه وأثر رضائه

في تحريك الدعوى الجنائية . وقد بينا دور رضاء المجني عليه وحقه في الاتهام وفقا للتشريع المصرى القديم ثم استعرضنا دور رضاء المجني عليه وحقه في الاتهام وفقا للتشريع المصرى القديم ثم استعرضنا دور رضاء المجني عليه وحقه في الاتهام في ظل نظم الاتهام المختلفة . وخصصنا البحث عن تحديد نطاق أثر رضاء المجني عليه في تحريك الدعوى الجنائية ومباشرتها بالكلام عن نظم ثلاث هي :

(١) نظام الادعاء المباشر .

(٢) نظام التظلم .

(٣) توقف حق النيابة في تحريك الدعوى على تقديم شكوى من المجني عليه .

ثم خصصنا لهذا الأخير مبحثا مستقلا لأهميته . استخلصنا فيه أنه لا تأثير لرضاء المجني عليه بحسب الأصل على الاجراءات الجنائية ذلك لأن الحق في الدعوى الجنائية والخصومة الناشئة عنها إنما هو مقرر بحسب القانون للنيابة العامة نباشره باسم المجتمع ولمصلحته ، وأن الفرد أو المجني عليه لا حق له أصلا في ذلك وأن ما ورد به من أثر ضيق في تحريك الدعوى الجنائية إنما هو وارد على سبيل الاستثناء مما يمثل بعض القيود على حق النيابة المطلق في ذلك . وقد جعل القانون لرضاء المجني عليه حتى اللاحق منه على الجريمة كل الأثر في تحريك الدعوى الجنائية ومباشرتها وذلك بالنسبة لجرائم محددة فيه على سبيل الحصر بأن اشترط لتحريك الدعوى الجنائية عن هذه الجرائم تقديم شكوى من المجني عليه فإذا لم يتقدم بالشكوى فلا تتحرك الدعوى ، وهو ما ورد على سبيل الاستثناء من الأصل المتقدم . وقد رأينا كيف أن شراح القانون يرون أن أثر رضاء المجني عليه على هذه الجرائم لا يتعدى الاجراءات الجنائية المتعلقة بها أى أنه غير ذى أثر على أركان الجريمة ، كما أنه لا ينفي ما تنطوى عليه هذه الجرائم من عدوان على حقوق المجتمع ، أى أن تعليق تحريك الدعوى الجنائية على شكوى من المجني عليه فلا يعنى أن ضررها مقتصر على المجني عليه وإنما لأن المجني عليه في هذه الجرائم أقدر من النيابة العامة على تحديد مدى ملائمة اتخاذ الاجراءات الجنائية أو عدم ملائمة ذلك ، فحول القانون له تقدير المصلحة في استعمال حق العقاب مما قد تتحقق به مصلحة المجتمع التي هي الهدف من اعطاء النيابة العامة في تحريك الدعوى الجنائية . وباستقراء الحالات التي أوقف القانون فيها تحريك الدعوى الجنائية ومباشرتها على رضاء المجني عليه نجد أن المادة الثالثة من قانون الاجراءات الجنائية قد عدت طائفة من هذه الحالات ، ونصت المادة التاسعة منه على حالة أخرى ، وتكفل قانون العقوبات بالنص على ما أغفله قانون الاجراءات من حالات . وقد عدنا هذه الجرائم وذكرنا النصوص القانونية الدالة عليها - ثم استعرضنا أثر الرضا في بعض الدعاوى ، كدعوى زنا الزوج وزنا الزوجة ودعاوى السرقة بين الأزواج والأصول والفروع ودعاوى القذف والسب. ثم بينا قواعد تقديم الشكوى وآثارها وقواعد التنازل عن الشكوى وآثاره.

وفي الفصل الثالث من هذا الباب أيضا أجرينا موازنة بين أثر رضا المجني عليه في الدعوى الجنائية والخصومة الناشئة عنها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي . فوجدنا أنه من حيث نطاق حق المجني عليه في تحريك الدعوى الجنائية ومباشرتها بصفة عامة ، وما يترتب على ذلك من تحديد قيمة رضا المجني عليه وأثره في الدعوى الجنائية أن القانون المصري شأنه في ذلك شأن القانون الفرنسي الذي أخذ عنه يحدد طبيعة الدعوى الجنائية بأنها دعوى عمومية تباشرها الدولة بطلب العقاب ، وأن ذلك الفهم لطبيعة الدعوى وما انبنى عليه الجريمة مباشرة . قد أدى إلى تقريب كامل في حق الفرد المجني عليه في الدعوى الجنائية بقبوله من الناحية الأخرى رعاية مفترطة لجانب الدولة أو السلطة العامة ، ولهذا كان أثر رضا المجني عليه في الدعوى الجنائية عامة في ظل قانوننا المصري أثر استثنائي ضيق مقصور على الجرائم التي حددها القانون وأوقف تحريك الدعوى فيها ومباشرتها على رضا المجني عليه وإذنه باشتراط تقديم شكواه .

هذا في الوقت الذي جاء فيه الفقه الإسلامي بنظام مميز للاتهام عرفته مصر الإسلامية حين طبق فيها قانون الإجراءات الجنائية المستمد من الشريعة الإسلامية ، فعرفت مصر نظاما مميزا للاتهام أقل ما يقال فيه أنه نظام شامل يحوى مختلف القواعد الصحيحة التي اختارت بينها سائر التشريعات الحديثة كما يتميز بأنه يجمع بين الأخذ بنظام الاتهام بواسطة الدولة ومن يمثلها في هذا المجال ، والأخذ بنظام الاتهام بواسطة الأفراد وخاصة للمجنى عليهم مما يحقق للفرد حريته ويمكن الدولة من أداء رسالتها ، وفي ذلك اعتراف بما للفرد المجني عليه حق متولد عن الجريمة الواقعة عليه مباشرة سواء في نفسه أو ماله ، فالشريعة تجعل الاتهام في يد جماعة المسلمين باعتبارهم وحدة تمثل الهيئة الاجتماعية ، كما تجعله في بعض لأحيين وبالذات فيما يختص بحقوق المجتمع حقا لكل فرد باعتباره عضوا في الجماعة .

كما وجدنا أن طبيعة الدعوى في الفقه الإسلامي تتحدد تبعا لطبيعة الحق الذي تحميه والشريعة في تقسيمها للحقوق إنما تفرق بين حقوق الرب ، وهى الحقوق العامة للمجتمع التي أضيفت لله تعالى تعظيما وتشريفا ، وبين حقوق العبد وقد تبين أن النوع الأول من الحقوق لا يجوز لأحد الناس التصرف فيه والتنازل عنه لأن الإنسان لا يستطيع أن يتصرف فيما لا يملك ومثل الأفراد في عدم جواز التصرف في هذه الحقوق والتنازل عنها الحاكم الظاهر بين الناس لأنه الأمين على صون حقوق الله واستيفائها فلا ينبغي له أن يضيعها .

وقد قسم الفقهاء الحقوق إلى أربعة أقسام منها ما هو حق خالص للعبد ومنها ما اجتمع فيه الحقان وحق الله غالب ، ومنها ما اجتمع فيه الحقان وحق العبد غالب . ولأن طبيعة الدعوى تتحدد بطبيعة الحق الذي تحميه فما دام حق الله لا يجوز التنازل عنه فكذلك الدعوى به ، وما دام حق العبد يجوز التنازل عنه فكذلك الدعوى به ، فإن الدعوى تدور مع الحق في العموم

والخصوص في جواز العفو وانعدامه ، وهكذا الأمر بالنسبة للحقوق التي يجتمع فيها حق الله مع حق العبد ، فإذا كان حق الله غالبا فإن صفته العمومية تبرز في هذا النوع من الحقوق وأيضا في الدعوى به مع عدم إهمال حق العبد من حيث وجوب اعتباره في مجال ما من المجالات المنوطة بالحق على ضيق هذا المجال أو اتساعه . أما ما اجتمع فيه الحقان وحق العبد غالب فإن طبيعة الحق الخاص تتغلب في هذا المجال وأيضا في الدعوى به مع عدم إهمال حق الله تعالى في هذا النوع من الحقوق فإن دعوى طلب القصاص مثلا مع بروز حق المجني عليه وأوليائه فيها يجتمع فيها حقان حق العبد وهو الغالب حيث يجوز التنازل عنها والتصالح فيها . وحق الله الذي يظل باقيا مع التنازل أو العفو متمثلا فيما للإمام من حق توقيع العقوبة الملائمة على الجاني تعزيرا إذا رأى محلا لذلك بأن يكون الجاني من المفسدين في الأرض ، فينفذ الإمام فيه العقوبة التي قد تصل إلى حد القتل عن حق الله وهو للجماعة ولا يمنع ذلك عفو المجني عليه وتنازله .

ثم وازنا بين أثر رضاء المجني عليه في الدعاوى المختلفة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، واستخلصنا النتائج الآتية :

(١) جعلت الشريعة الإسلامية لرضاء المجني عليه أثرا واسعا ودورا أصيلا في الدعوى الجنائية التي للعبد فيها حق بجانب حق الله تعالى إذ جعلت خصومة المجني عليه للجاني شرطا لتحريك الدعوى الجنائية . بل إنها اشترطت في بعض الدعاوى استمرار مخاصمة المجني عليه للجاني إلى صدور حكم في الدعوى كما له في بعضها حق التنازل والعفو عن العقوبة في الوقت الذي قررت فيه بأن الرضا لا يبيح الجريمة ولا يؤثر في مسئولية الجاني .

(٢) الشريعة حين أفرت للمجني عليه ورضاه بالجريمة الواقعة عليه بهذا الأثر في الدعوى لم يكن ذلك انتقاصا أو إهمالا لحق المجتمع المتولد عن الجريمة في هذا النوع من الدعاوى كما لم يكن حقا محررا من كل قيد ، بل أن الشريعة وضعت ضمانات تعطى للفرد حقه في الجريمة الواقع أذاها عليه مباشرة دون انقاص من حق المجتمع الناشئ من هذه الجريمة يتمثل في الآتي :

أ : لم تجعل الشريعة للرضا أى أثر في الدعاوى عن الجرائم الماسة بكيان المجتمع والتي يعد الحق فيها خالصا لله تعالى ، والمجني عليه فيها جماعة المسلمين بل أوجبت على الأفراد عامة وولى الأمر خاصة الاهتمام بشأن هذا النوع من الجرائم ولم تجز لأحد التنازل عن الحق فيه .

ب : جعلت الشريعة لولى الأمر في المسلمين توقيع عقوبات تعزيرية على الجاني في حالة عدم مخاصمة المجني عليه للجاني أو عفو عنه إن رأى ضرورة لذلك استيفاء لحق المجتمع

وله أن يصل بالعقوبة إلى حد القتل ولا يمنع ذلك عفو المجني عليه أو أوليائه عن الجاني.

ج : أوقفت الشريعة حق المجني عليه في بعض الدعاوى التي يكون الحد فيها حقا خالصا لله تعالى ، على مجرد المخاصمة ، فيكون له حق تحريك الدعوى فقط دون حق التنازل عنها أو حتى إيقافها . وفي ذلك أبلغ رعاية لحق المجتمع الخالص في العقوبة عن هذا النوع من الجرائم .

٣) الشريعة في نظرتها إلى ما هو عام ن الجرائم وما هو خاص منها . فرقت بين الدعوى عن الجرائم التي تمس حق الله تعالى الخالص فاعتبرتها دعوى عامه ، المجني عليه فيها جماعة المسلمين ، ولا يجوز لأحد التنازل عنها ولا إيقافها أو تعطيلها كما لا يجوز لأحد العفو عن العقوبة فيها ، وبين الدعوى التي للعبد فيها حق بجانب حق الله تعالى فرتبت لرضاء المجني عليه أثرا في الجريمة على قدر حقه فيها .

٤) جعلت الشريعة جريمة الزنا من هذا النوع من الجرائم العامة ، أى التي تمس كيان المجتمع كله والحد فيها خالص لله تعالى ، فالمجني عليه فيها هو المجتمع .

٥) جعل القانون أثر رضاء المجني عليه في الدعوى الجنائية أثرا استثنائيا متمثلا في اشتراط تقديم شكوى من المجني عليه لتحريك الدعوى عن الجريمة بالنسبة لجرائم محددة .

٦) كان هذا الأثر لرضاء المجني عليه في الدعوى على سبيل الاستثناء نتيجة لما قرره القانون من حق قاصر للمجني عليه في تحريك الدعوى الجنائية استثناء من حق النيابة العامة في ذلك .

٧) كان الحق في تحريك الدعوى ومباشرتها حقا أصليا ومطلقا للنيابة العامة نتيجة لتحديد طبيعة الدعوى الجنائية في القانون بأنها دعوى عمومية تقوم النيابة فيها بدور المدعى نيابة عن المجتمع .

٨) رغم أن أثر رضاء المجني عليه في الدعوى الجنائية وحقه في تحريكها وارد في القانون على سبيل الاستثناء نجد هذا الأثر بالنسبة للجرائم المحددة في القانون أثرا مطلقا من كل قيد ، فتحريك الدعوى يتوقف على تقديم الشكوى كذلك تنقضى وتوقف بتنازل المجني عليه من الشكوى ، بل للمجني عليه إيقاف تنفيذ الحكم النهائي عن الجاني في جرائم زنا الزوجة والسرقه بين الأزواج والأصول والفروع .

٩) إذا كان هذا الحق الاستثنائي للمجني عليه قد أعطى له مطلقا هكذا ويصل به إلى حد إيقاف تنفيذ العقوبة فأين هو حق المجتمع الناشئ عن الجريمة ؟

وقد صرح شراح القانون بأن أعمال هذا المبدأ لا يعنى أن ضرر هذه الجرائم مقصور على المجني عليه وحده فهو لا ينفي ما تنطوى عليه هذه الجرائم من عدوان على

حقوق المجتمع وأن فكرة الجرائم الخاصة التي كانت موجودة في التشريعات القديمة قد انتهت .

١٠) نظر القانون إلى جريمة الزنا على أنها جريمة خاصة ، وجعل الزوج فيها أو الزوجة هو المجني عليه وحده ، ولهذا لم يرتب أى أثر للمجتمع في هذه الجريمة وجعل الدعوى عنها دعوى خاصة للزوج حق التصرف فيها .

وكان من نتائج ذلك :

أ : أن أوقف تحريك الدعوى فيها على تقديم شكوى من المجني عليه .

ب : التنازل عن الشكوى في جريمة الزنا يعد عفوا عن الجريمة وتترتب عليه جميع آثاره .

ج : تسقط دعوى الزنا ويمتنع قيامها لأسباب هي نزول الزوج المجني عليه عن حقه - حصول الزنا برضا الزوج - سبق ارتكاب الزوج جريمة الزنا ، عدم تقديم الشكوى خلال ثلاثة شهور .

د : أن القانون الجنائي الحديث يأخذ بمبدأ المقاصة في جرائم الزنا حين يمنع قبول شكوى زوج الزانية وسقوط دعواه عليها إذا قامت بإثبات زناه في منزل الزوجية .

١١) توقف تحريك الدعوى الجنائية على شكوى المجني عليه في جريمة قذف أو سب موظف عمومي أو ذى صفة عامه بسبب تأدية الوظيفة في القانون محل نقد ، لأن المجني عليه في هذه الجريمة هو كرامة الوظيفة وحق الدولة في هذه الكرامة يفترض فيه أنه حق عام غير قابل للتصرف فيه .

وفي البحث عن أثر رضا المجني عليه في العقوبة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي الذي خصصنا له الباب الخامس وجدنا في الفصل الأول منه الذي بحثنا فيه أثر رضا المجني عليه وعفوه في العقوبة في الفقه الإسلامي . أن الرضا بمعنى الإذن السابق من المجني عليه كما لا يبيح الفعل لا يمنع العقاب إذ لا يؤثر في المسؤولية الجنائية للفاعل إلا إذا كان الرضا بمعنى الإذن الصحيح في التصرف الصادر من صاحب الحق إلى الفاعل فيما يجوز التصرف فيه ، فيكون الفعل وقع صحيحا لا جريمة فيه ولا عقاب عليه كالإذن السابق بالتصرف في المال فإنه يمنع جرائم المال كالسرقة وغيرها من الجرائم التي تتم على غير رغبة المجني عليه ودون رضاه . كما وجدنا أن خلاف الفقهاء حول سقوط العقوبة في جرائم القتل أو الجرح والقطع بالإذن السابق بها ، ليس سببه رضا المجني عليه ، وإنما للمجني عليه وأوليائه حق العفو عن هذه العقوبات ، مما يورث شبهة مسقطه للقصاص ، وفي بيان أثر رضا المجني عليه اللاحق للجريمة في العقوبة ومدى توقف تنفيذ العقوبة أو إسقاطها على عفو المجني عليه ورضاه وجدنا أن الشريعة قد جعلت لرضا المجني عليه أثرا في العقوبة بإقرارها لنظامي الصلح والعفو كسببين لإسقاط العقوبة مع ما يقومان عليه من رغبة المجني عليه ورضاه بذلك . إلا أن

هذا الرضا ليس سببا عاما لسقوط العقوبة عن كل الجرائم ، كما أن ذلك الأثر في الحدود المقررة ليس خاليا من كل قيد ، أو مضيقا لحق الجماعة الناشئ عن الجريمة ، إذ أن ذلك العفو ليس عفوا شاملا للجريمة والعقوبة وإنما هو عفو عن العقوبة المحددة فقط . وتبقى الجريمة قائمة حيث يبقى لولى الأمر حق توقيع عقوبات تعزيرية على هذه الجرائم دون أن يحول بينه وبين ذلك رضاء المجني عليه وعفوه عن العقوبة المقررة ، فقد وجدنا أن الصلح الذي يتم بين الجاني والمجني عليه أو أوليائه قد اعتبرته الشريعة سببا من أسباب سقوط العقوبة ولكنه لا يسقط إلا القصاص والديه أما ما عداهما من العقوبات فلا أثر للصلح عليها .

كما أن الشريعة جعلت العفو عن العقوبة سببا من أسباب سقوطها وهو كما قد يكون من المجني عليه في جرائم الجرح والقطع يكون من ولى الدم في جرائم القتل وغيرهما . وكذلك أيضا قد يكون لولى الأمر نيابة عن ولى الدم إذا لم يكن للمجني عليه ولى ، أى أنه ليس حقا أصليا له وإنما هو حق بالنيابة عند توفر سببه . كما أن العفو ليس سببا عاما لإسقاط العقوبات المختلفة وإنما هو سبب خاص لرضاء المجني عليه أى أثر في العقوبات المقررة على جرائم الحدود التي تمثل اعتداء على حق المجتمع ، وقد جعلت الشريعة لولى الأمر في العقوبات التعزيرية حق العفو كما جعلت له قبلا حق تقريره وهو في هذا وذلك مقيد بما يراه محققا لمصالح المجتمع على ألا يكون في تقريره للعقوبة أو عفوه عنها وعن الجريمة مخالفا لنصوص الشريعة أو مبادئها العامة وروحها التشريعية كما هو مقيد بأن يكون مقصدا في كل هذا تحقيق مصلحة عامة أو دفع مفسدة ، وكذلك جعلت الشريعة للمجني عليه في جرائم التعازير أن يعفو عما يمس شخصه كما في الضرب والشتم ولكن عفوه لا يؤثر على حق الجماعة في تأديب الجاني وتقويمه ، فإذا عفا المجني عليه انصرف عفوه إلى حقوقه الشخصية دون أن يؤثر ذلك على حق الجماعة المتولد عن الجريمة ، كما أن ولى الأمر إذا عفا عن الجريمة أو العقوبة في جرائم التعازير فإن عفوه لا يؤثر بأى حال على حقوق المجني عليه ، وفي جرائم القصاص والديه جعلت الشريعة للمجني عليه وأوليائه دمه حقا وإن كان متسعا بعض الشيء ولكنه غير مؤثر على حق المجتمع في هذه الجرائم ، فالعفو هنا مقيد بالعفو عن العقوبة المقررة فقط وهى القصاص والديه وليس عفوا عن الجريمة بما يعدم وجودها ويمنع ولى الأمر من توقيع عقوبة تعزيرية على الجاني وإنما لولى الأمر رغم عفو المجني عليه أو أوليائه حق توقيع ما يراه مائما من العقوبات لتعزير الجاني ، هذا وقد أجمع الفقهاء على جواز العفو عن القصاص وأن العفو عنه أفضل من استيفائه ، لما فيه من حقن للدماء وإحياء للنفوس .

وعند البحث عن أثر رضاء المجني عليه في العقوبة في القانون الوضعي الذي خصصنا له الفصل الثانى لم نجد في ظل التشريع الجنائي المصري للرضا من أثر في نظام العفو عن العقوبة الذي أقره القانون وجعله حقا خالصا لرئيس الدولة دون أن يكون للمجني عليه الذي

وقعت الجريمة عليه مباشرة بالقتل أو الجرح والقطع وغيرها أدنى حق في ذلك ، وكذلك أيضا أولياؤه ممن أصابتهم الجريمة بالضرر الجسيم . مما قد يولد فيهم شهوة الانتقام وردنية الإصرار في الثأر فقد حرّمهم القانون مباشرة حقهم في العقوبة وتقدير ما إذا كان من المصلحة استيفاءه بالقصاص من الجاني أم بالعفو عن القصاص مجانا ابتغاء وجه الله وطلباً للأجر والثواب منه تعالى سموا بنفوس الأمة إلى المرتبة التي دعاها الله إليها ، أو الصلح على مال مما يعرض ورثة المجني عليه وأولياؤه عن بعض الضرر الذي لحق بهم ويحل الوثام محل الخصام . فقد جنح القانون عن كل ذلك وعرف العفو عن العقوبة بأنه نزول الهيئة الاجتماعية من كل حقوقها المترتبة على الجريمة أو بعضها ، وينهى الالتزام بتنفيذ العقوبة بالعفو الخاص الصادر من رئيس الدولة ، الذي هو عمل من أعمال السيادة ولا يخضع لأى رقابة كانت . وقد انتقد رجال القانون أنفسهم هذا النظام بأنه تدبير غير متسق مع النظام القانونى الحديث بمقتضاه يخول لشخص إبطال أهم أثر لأحكام قد تصدر من أعلى المحاكم في الدولة ثم إنه يمثل خرقاً جسيماً لمبدأ الفصل بين السلطات باعتباره يتضمن الإخلال بقوة الحكم واستقلال القضاء الذي أصدره ثم هو في النهاية يمس الصفة اليقينية للعقوبة إذ يفتح ثغرة ينفذ منها الأمل في عدم الخضوع لها . كما وجدنا أن القانون عرف نوعاً آخر من العفو سماه العفو الشامل أو العفو عن الجريمة وهو تجريد الفعل من الصفة الإجرامية بحيث يصير له حكم الأفعال التي لم يجرمها الشارع أصلاً ، وهذا النوع أيضاً يعطل أحكام قانون العقوبات في الحالة التي يصدر فيها ومن ثم فهو لا يكون إلا بقانون .

ولا نص في القانون على أثر لرضاء المجني عليه في العفو عن الجريمة ، وقد وجدنا أن القانون قد حدد موانعاً للعقاب أو أَعذاراً معفية منه ، وهى الأسباب المنصوص عليها في القانون والتي من شأنها رفع العقوبة عن الفاعل مع بقاء أركان الجريمة وشروط المسؤولية عنها متوافرة ولم نجد بين هذه الأَعذار رضاء المجني عليه أو عفوهِ عن العقوبة ، كما لم نجده أيضاً بين الأَعذار المخففة التي نص عليها القانون سواء منها العذر العام وهو الذي يسرى في كل جريمة أو العذر الخاص وهو الذي ينحصر نطاقه في جريمة أو فئة محدودة من الجرائم ، وقد وجدنا أن القانون قد خول القاضى - في نطاق قواعد محددة - سلطة الحكم بعقوبة تقل عن الحد الأدنى المقرر للجريمة عند توافر ظرف من الظروف يقتضى ذلك وهذه الظروف ليست محددة بالنص في القانون كما أن الشارع لم يضع ضوابط تعين القاضى على استخلاصها بل ترك أمر تحديدها واستخلاصها لفتنة القاضى وحسن تقديره حسب الظروف الواقعية لكل جريمة لا حسب الوصف القانونى الذي وصفته المحكمة به . وقد بحثنا فيما إذا كان فقهاء القانون الجنائي المصري يرون أن رضاء المجني عليه وعفوهِ يصلح لأن يكون ظرفاً من هذه الظروف التي تخفف العقوبة عن الجاني ؟ أم يعد غير ذلك ؟ فوجدنا البعض يرى أن الرضا إن كان له أثر فقد

يكون في حدود ما يملكه القاضى من سلطة التخفيف وأنه يصلح إذا شاء القاضى أن يكون عاملا من عوامل الرأفة في تقدير العقوبة ، وقد استقروا جميعا على أن المبدأ العام بالنسبة لأثر الرضا في العقوبة هو - أن رضا المجنى عليه لا أثر له - بحسب الأصل - على استحقاق الجاني للعقاب المقرر على الجريمة سواء كان رضا المجنى عليه سابقا للجريمة أو معاصرا لها أو لاحقا عليها .. غير أن فقهاء القانون قد أشاروا إلى استثناء يرد على هذا المبدأ لم يدر صريحا في نصوص القانون وإنما ورد في تحديد القانون لبعض الجرائم التي خول فيها للمجنى عليه تقدير المصلحة في استعمال حق العقاب فأوقف تحريك الدعوى الجنائية في هذه الجرائم على شكوى المجنى عليه ، فإن لم تقدم الشكوى فلا تقام الدعوى وبالتالي فلا عقوبة ، وقد عدنا هذه الجرائم الواردة في القانون على سبيل الحصر ثم أن القانون أيضا قد جعل الرضا يعدم الركن المادى لطائفة أخرى من الجرائم إذا ارتكبت بالرضا فلا جريمة ومن ثم فلا عقوبة .

وقد أجرينا في الفصل الثالث من هذا الباب موازنة بين أثر رضا المجنى عليه في العقوبة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي أوجزناها في النقاط الآتية :

- (١) لا نص في قانوننا الجنائي يجعل لرضا المجنى عليه أثر في العقوبة .
- (٢) ليس لرضا المجنى عليه أو عدم رضائه - بحسب الأصل - في القانون أثر في العقوبة المقررة .

- (٣) الاستثناء الوارد في القانون والذي يجعل لرضا المجنى عليه أثرا في العقوبة جاء ضمن القيود الواردة على حق النيابة في تحريك الدعوى ، وبالنسبة لجرائم ترك للمجنى عليه فيها تقدير المصلحة في استعمال حق العقاب الذي هو حق أصلى للمجتمع .
- (٤) أثر رضا المجنى عليه في العقوبة الوارد في القانون على سبيل الاستثناء اتسع نطاقه إلى أن وصل إلى منع العقوبة في جرائم يبلغ عددها نيفا وعشرين جريمة فضلا عن أن القانون :

أ : توسع في نطاق هذا الأثر بالنسبة للمجنى عليه .

ب: لم يقصر الأثر في العقوبة هنا على الرضا المعاصر للجريمة كما هي القاعدة في الرضا وإنما توسع فجعل للرضا السابق واللاحق نفس الأثر .

ج : أهمل جانب المجتمع كلية ، إذ غلب جانب الشخص في هذه الجرائم على جانب المجتمع كما لم يجعل لولى الأمر أى سلطة في العقوبة على الضرر اللاحق بالجماعة من هذه الجرائم .

هـ) لم يجعل القانون للمجنى عليه أى أثر في نظام العفو عن العقوبة (وقد تقدم نقده) وأقر العفو عن الجريمة مما يترتب عليه محوها ومحو كل أثر مترتب عليها .

٦) جعلت الشريعة لعفو المجني عليه ورضائه بالجريمة بعد وقوعها أثرا في العقوبة ليس على سبيل الاستثناء وإنما على سبيل الأصل الثابت بالكتاب والسنة والإجماع .

٧) لم تجعل الشريعة للرضا أى أثر في الحدود المقررة ، إذ أن الحدود مقررة لحماية المجتمع ، والحق فيها خالص لله تعالى وليس لأحد من الناس حاكما أو محكوما حق العفو عنها .

٨) الشريعة في إقرارها للرضا بأثر في العقوبة راعت :

أ : جانب المجتمع في كل جريمة من الجرائم ، إذ جعلت من حق ولى الأمر توقيع ما يراه ملائما من العقوبات التعزيرية في حالة العفو .

ب: قصر أثر الرضا في العفو عن العقوبة دون الجريمة .

ج: منع أى أثر للرضا في العقوبات التي هي خالص حق الله تعالى .

٩) إذا كان القانون قد وافق الشريعة في إقرار مبدأ العفو فإنه قد خالفها في جوهر هذا المبدأ والأسس التي بنى عليها . وقد تقدمت الانتقادات الموجهة إلى نظام العفو في القانون على لسان فقهاء القانون أنفسهم والتي تتلخص في أنه :

أ : تدبير غير متسق مع النظام القانوني الحديث .

ب: بمقتضاه يخلو لشخص إبطال أهم أثر لأحكام فقد تصدر عن أعلى المحاكم في الدولة .

ج: أنه يمثل خرقا جميعا لمبدأ الفصل بين السلطات باعتباره يتضمن الإخلال بقوة الحكم واستقلال القضاء الذي أصدره .

د : يمس الصفة البقينية للعفو به إذ يفتح ثغرة ينفذ منها الأمل في عدم الخضوع لها .

هـ: هذا فضلا عما يؤدي إليه نظام العفو عن الجريمة أو العفو الشامل من تجريد الفعل من الصفة الإجرامية بحيث يصير له حكم الأفعال التي لم يجرمها الشارع أصلا .

ونظام العفو عن العقوبة المقررة في الشريعة الإسلامية حقا للمجنى عليه وأوليائه ولا يكون للسلطان إلا على سبيل الاستثناء أو مقصورا على عقوبات تعزيرية من تقريره ، خال من كل هذه الانتقادات أو بعضها ، إذ أن نظام عفو المجني عليه لا يمس صالح المجتمع ، كما أن عفو ولى الأمر لا يهدر حق المجني عليه أو يضيع مصالحه .

فمن المبادئ التي قرر على أساسها نظام العفو :

١) أنه كلما اتصل الأمر بحق الله لا يجوز إسقاط العقوبة عليه بالعفو .

٢) أن الشريعة حرمت على خلاف القانون - ولى الأمر من العفو في جرائم القصاص أرادت بذلك ألا تعطل حق ولى الدم في المطالبة به إرواء لنار الحقد عنده .

- ٣) حين أباحت الشريعة لولى الدم العفو جعلته مقصورا على القصاص دون المساس بأصل الجريمة حفاظا على حق المجتمع في توقيع العقوبات التعزيرية .
- ٤) راعت الشريعة في إقرارها لنظام العفو حق الفرد وحق الجماعة بما يؤدي لحماية المجتمع وحفظه .

وقد خصصنا الباب السادس والأخير لتطبيق أثر الرضا على الجرائم المختلفة في الشريعة والقانون فطبقنا أثر الرضا على جرائم الاعتداء على حق الحياة في فصل أول وفي الفصل الثاني طبقنا أثر الرضا على جرائم الاعتداء على الحق في سلامة الجسم ، وفي الفصل الثالث طبقنا أثر الرضا على جرائم الاعتداء على العرض والشرف والحرية والمال ، وأقمنا الموازنة في كل ذلك بين الشريعة والقانون .

فبالنسبة لأثر الرضا في جرائم الاعتداء على حق الحياة فقد استعرضنا ذلك في القانون بالنسبة للقتل العمد وقد تبين أن تشريعنا الجنائي المصري لم يشتمل على نص يجعل الرضا مبيحا أو يبين أثره في وجود الجريمة ومسئولية الجاني أو في الدعوى الجنائية والعقوبة المقررة على الجريمة كما تبين أن الأصل في ذلك والقاعدة المقررة في قانون العقوبات أنه إذا توافرت أركان الجريمة فإن رضاء المجني عليه لا يؤثر في قيامها قانونا ولا في مسئولية مرتكبها ولا في الدعوى الجنائية الناشئة عنها (وان يكن له بعض الأثر فهو في مقدار العقوبة) ورضاء الإنسان للغير بأن ينفذ فيه القتل لا يمنع من اعتبار هذا الغير قاتلا إذ أن حق الإنسان في حياته غير قابل للتصرف فيه ، ويفرق بين حالة الانتحار أو الشروع فيه لا يرجع إلى قابلية الحق في الحياة للتصرف وإنما لاعتبار عملي هو عدم جدوى العقاب مع شخص تهون عليه أية عقوبة بعد أن هان عليه أن يفقد حياته أما في حالة من يقتل آخر برضائه فإن القتل هنا لم يرتكب بيد المنتحر نفسه وإنما ارتكب بمعرفة آخر . ويعاقب الفاعل في هذه الحالة على جريمة القتل العمد وإن كان القتل قد حصل بناء على أمر المجني عليه أو رضائه فريضاء المجني عليه هنا لا يكون سببا من أسباب الإباحة ولا عذرا قانونيا ولكن ربما اعتبره القاضى سببا لتخفيف العقوبة . فالرضا في سائر الجرائم وعلى الأخص جرائم الاعتداء على الأشخاص كالقتل لا يعدم صفة الجريمة ولا يضيع ركنا من أركانها .

هذا على أن بعض القوانين لا تعتبر حالة القتل برضاء المجني عليه كحالة القتل العمد بل تعتبرها جريمة خاصة وتقرر لها عقوبة القتل العمد ، وقد استعرضنا أثر الرضا في القتل العمد بالنسبة للقانون الألماني والقانون الإيطالي والقانون السوداني وبالنسبة للقتل بسبب الشفقة على المجني عليه وجدنا صحيح القانون في هذه الحالة أن القتل شفقة بالمجني عليه هو في حقيقته جنائية يعاقب عليها القانون . وهو عادة ما يكون مقترنا بظرف سبق الإصرار ومن المقرر أن الباعث على القتل مهما كان شريفا مستمدا من الحب أو الشفقة لا يغير مطلقا من الطبيعة

القانونية للجريمة عندما تتوافر جميع عناصرها القانونية . وقد كان الحكم الغالب للقضاء في فرنسا وأمريكا وبلجيكا في هذه الحالات براءة المجني عليه في هذه الجريمة التي يعتبر عنها بالقتل للشفقة .

وظهرت الدعوى في بعض البلاد الأنجلو سكسونية إلى تعديل قانون العقوبات وإجازة القتل شفقة بالمجني عليه وإراحته من آلامه . كما صدر قانون عام ١٩٠٦م بولاية أوهايو بأمريكا نص على أن كل شخص مصاب بمرض غير قابل للشفاء ومصحوب بالآلام مبرحه له أن يطلب انعقاد لجنة مكونة من أربعة أعضاء على الأقل لتقرير مدى ملائمة وضع حد لحياته المؤلمة . وفي الفقه الإسلامي وجدنا أن الشارع جعل حق الحياة حقا مشتركا بين الناس أجمعين فليس لأحد التصرف فيه سواء بنفسه أو بواسطة غيره إلا بحقه . ولذلك جعل الشارع الإسلامي الاعتداء على النفس اعتداء على الناس أجمعين . فالقتل عمدا عدوانا من أكبر الكبائر عند الله تعالى وهو ما اقترن فيه الفعل المزهق للروح بنية قتل المجني عليه . وقد تبين أن القاعدة العامة في الرضا بالجريمة في الفقه الإسلامي ، أن رضا المجني عليه بالجريمة وإنه فيها لا يبيح الجريمة ولا يؤثر على المسؤولية الجنائية للجاني ، وقد أجمع الفقهاء على أن الإذن بالقتل لا يبيح الفعل لأن عصمة النفس لا تباح إلا بما نص عليه الشرع والإذن بالقتل ليس منها فكان الإذن عمدا لا أثر له على الفعل ، ويبقى الفعل مجرما معاقبا عليه باعتباره قتل عمدا مع اختلاف البعض في العقوبة المقررة . كما رأى الفقهاء أيضا أن الإذن بالقتل لا يبيح الفعل ولا يسقط العقوبة لو أبرأ المجني عليه الجاني من دمه مقدما لأنه أبرأه من حق لم يستحقه بعد وعلى هذا يعتبر الجاني قاتلا عمدا . وخلاف الفقهاء في العقوبة هنا مبني على أن الإنتشبه تدرأ الحد لا على مجرد الرضا بالجريمة .

وفي الموازنة بين الشريعة والقانون وجدنا أن قانوننا الوضعي يتفق فيما قرره من قواعد عامة بهذا الخصوص مع ما جاء في الفقه الإسلامي فلم تجعل الرضا سببا مبيحا للجريمة كما لم تجعل له بحسب الأصل أثرا في وجود الجريمة ، خلافا لما قرره بعض القوانين من اعتبار القتل بالرضا سببا يغير وصف الجريمة من جريمة قتل عمد إلى جريمة أخف منها ، وكذلك القوانين التي أقرت للرضا بأثر يخفف العقوبة عن الجاني ، في حين أن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يجعلوا لمجرد الرضا السابق والمعاصر للجريمة أى أثر من ذلك ، وإن كان الخلاف قد ثار بينهم بسبب أثر الإذن الصريح أو الأمر الصادر من المجني عليه للجاني بارتكاب الجريمة في العقوبة المقررة . وقد رجحنا من هذه الآراء الرأي الذي لا يقر لهذا الإذن الصريح من المجني عليه بارتكاب الجريمة بأى أثر في العقوبة ، فلم يعتبره شبهة ولا عفا مقدما وجعل العقوبة في هذه الحالة القصاص الذي أوجبه الشارع الإسلامي في جرائم القتل . على أن الشريعة الإسلامية قد انفردت بإقرارها للمجنى عليه بحق العفو عن العقوبة المقررة على القتل وهو القصاص مجانا

أو عن النزول عنه إلى الدية أو الصلح عليه على مال مما يعود على أولاد المجني عليه وأولياء دمه بالنفع والعوض المادى ، ويذهب من نفوسهم الغيظ ويجعلها مملووة بالود والصفح والتسامح ، وذلك بتمكينهم من القصاص .

وبالنسبة لقتل الإنسان نفسه (الانتحار) فقد وجدنا أن الثورة الفرنسية لما جاءت وكان الفرنسية ينددون بالعقاب على الانتحار ألغت التشريع الخاص به وأطلقت حرية الفرد ولم تر في الانتحار أمرا يهم العدالة أو الجماعة واتبعت غالبية الشرائع الأوروبية التي تلت الثورة الفرنسية هذا المبدأ في عدم العقاب على الانتحار ولا على الشروع فيه غير أن بعض القوانين التي نصت على اعتبار الشروع في الانتحار والاشتراك فيه جريمة خاصة تستوجب العقاب . ولا يعد الانتحار جريمة في قانوننا المصرى كما هو الشأن في القانون الفرنسى ، فلا عقاب على الانتحار ولا على الشروع فيه وينبنى على ذلك أن من يحرض المنتحر ويساعده على الانتحار ويشاركه فيه دون مساهمة منه في فعل يعد بدءا في تنفيذ ، لا عقاب عليه إذ أنه قد حرض أو ساعد في فعل مباح لا يعده القانون جريمة .

وفي الفقه الإسلامى وجدنا كما تقدم أن حق الحياة حق مشترك بين الناس أجمعين فليس لأحد التصرف فيه سواء بنفسه أو بواسطة غيره إلا بحقه ، وقد اعتبرت الشريعة الاعتداء على النفس اعتداء على الناس أجمعين ، وكما حرم الشارع الإسلامى الجناية على الغير وجعل القتل عمدا عدوانا من أكبر الكبائر عند الله تعالى وتوعد فاعله بأشد أنواع العقاب فقد حرم الله أيضا الجناية على النفس ، ونهى عن قتل الإنسان نفسه بل ومجرد تعريضها للهلاك .

وفي الموازنة بين الشريعة والقانون وجدنا أن تشريعنا الجنائي مسائرا في ذلك القانون الفرنسى قد خالف ما قرره الشريعة الإسلامية في هذا الخصوص من تجريم قتل الإنسان نفسه، ونهياها عن ذلك وويعيدها لفاعله بالعقاب والخلود في النار ، وإذا كانت بعض القوانين قد حرمت فعل الانتحار وتعاقب على الشروع والاشتراك فيه فإن الشريعة الإسلامية قد انفردت بتقرير عقوبات أخروية لهما ما لها من أثر في النفوس . إلا أن هذه القوانين التي وافقت الشريعة فيما قررتها من تحريم فعل الانتحار والعقاب عليه أحسن حالا وأكثر فائدة من تلك التي أهملت ذلك كلية فاستهانت بالإنسان وحياته ، وإن هذه القوانين التي رأت الانتحار جريمة معاقبا عليها لما فيه من انتهاك للمبادئ الخلقية والاجتماعية وما يجره من سوء القدوة وضياح عضو على المجتمع وما فيه من منافاة للدين والفضيلة والخلق القويم لهى أحسن حالا بكثير وأعظم موقفا وأبر بما ينتمى إليه واضعوها من أديان ، من تشريعنا الجنائي المصرى الذي لم ير في الانتحار جريمة ولا في الشروع أو الاشتراك فيه مدة للعقاب .

وبالنسبة للقتل بالمبارزة فقد وجدنا من القوانين ما يعتبره القتل بالمبارزة قتلا عمدا لا فرق بينه وبين أنواع القتل الأخرى ، بل يعتبره قتلا عمدا مع سبق الإصرار عند توفر نية القتل عند

المتبارز ، فلا عبرة هنا بالرضا ولا أثر له في الجريمة . وأكثر القوانين الأجنبية ينص على أحكام خاصة للمبارزة ويعتبرها جريمة قائمة بذاتها حتى لا يعامل المتبارز معاملة القاتل الذي وقع منه اعتداء مصحوب بنية الإجرام .

كما وجدنا أن من القوانين ما لم ينص كلية على بيان حكم مسئولية المتبارز ، كالقانون المصري والقانون الفرنسي ، ويرى فقهاء قانوننا تطبيق الأحكام الخاصة بجرائم القتل والجرح والضرب فيه على الأفعال الناشئة عن المبارزة .

وفي الفقه الإسلامي وجدنا أن المبارزة في غير الحرب ومع غير حربى أو باغ ، والمقصود بها الإيذاء بالقتل أو الجرح محرم شرعا لأن الإيذاء بهذه الأفعال تحرمه الشريعة الإسلامية تحريما قاطعا والاتفاق السابق عليها لا يغير من وصف الجريمة ولا يعفي كليهما من الإثم .

وبالموازنة وجدنا أن ما قرره الشريعة الإسلامية منذ قرون ، من تحريم المبارزة وتأثم فعل المتبارزين وعدم اعتبار الاتفاق الحاصل بينهما قبل المبارزة ذا أثر على وصف الجريمة ولا على حكم الفعل من الحرمة وتأثم القائمين به ، قد جاء موافقا له ما انتهت إليه معظم التشريعات الجنائية التي تعتبر القتل بالمبارزة قتلا عمدا لا فرق بينه وبين أنواع القتل الأخرى ، وكذلك القوانين التي تطبق قواعد القتل والجرح العامة على النتائج الناشئة عن المبارزة كقانوننا المصري والقانون الفرنسي .

وفي الفصل الثاني الذي خصصناه لتطبيق أثر الرضا على جرائم الاعتداء على الحق في سلامة الجسم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، وجدنا بالنسبة لتطبيق أثر الرضا على أفعال الاعتداء على سلامة الجسم في القانون ، وجدنا أن الحق في سلامة الجسم من الحقوق العامة التي لا يجوز التصرف فيها ولذلك فإن رضا المجني عليه في حالة أحداث الجروح بواسطة آخر لا يبرر عمل الفاعل كما أن جرائم الضرب والإيذاء تظل غير مشروعة ولو رضى بها المجني عليه . على أنه إذا كان المساس بالجسد يحقق مصلحة اجتماعية تعلق بها يترتب على هذا المساس من ضرر فإن رضا صاحب الشأن يبيح الفعل ، وقد تبين مما تقدم أن الرأي مستقر في الفقه والقضاء - سواء في فرنسا أو في مصر - على أن الرضا لا يعد سبب إباحة على الإطلاق في شأن جرائم الاعتداء على سلامة الجسم يستوى في ذلك الاعتداء الجسيم والاعتداء اليسير ويستوى في هذا الحكم كل وسائل الاعتداء وصوره .

وفي الفقه الإسلامي وجدنا أن مقاصد الإسلام الأولى حفظ النفس وحماية حق الإنسان في الحياة وحقه في سلامة جسمه ، فالشريعة كما تحرم الاعتداء على حياة الإنسان تحرم الاعتداء على جسم الإنسان وتجرم الفعل الذي يعرض سلامته للخطر ، والشريعة حين تحمي جسم الإنسان وتحرم الاعتداء عليه إنما تحميه لا لمجرد ما يتعلق به من حق ارتفاق للمجتمع أو مراعاة للأدب الحسنة والشعور العام فقط ، وإنما لأن الأذى في ذاته مكرم في نظر الشارع

الإسلامي وقد فضله الله على كثير ممن خلق تفضيلاً .

وبالموازنة بين الشريعة والقانون وجدنا أن الشريعة لم تجعل للرضا أي أثر في إباحة أفعال الاعتداء على سلامة الجسم كما فعلت بعض التشريعات ، كما أنها لم تجعل الآداب الحسنة أو غيرها من المعايير التي لا تنضبط معياراً للتفرقة بين ما يباح من هذه الأفعال بالرضا وما لا يباح فضلاً عن أنها لا تبيح من هذه الأفعال بالرضا كل ما لا يسبب انتقاصاً جسدياً مستديماً كما فعلت بعض التشريعات الأخرى . والشريعة في ذلك تقصد إلى حماية الإنسان في ذاته والحفاظ على حريته وكرامته بجانب الأهمية الاجتماعية لذلك ، لأن حق الإنسان في سلامة جسمه من الحقوق العامة التي يتولاها الشارع الإسلامي بالحماية .

وفي البحث الثاني عن تطبيق أثر الرضا على إصابة الشخص نفسه وجدنا أن هذه الحالة حكمها في التشريع المصر حكم الانتحار تماماً ، فلا يعاقب القانون إلا على الجروح التي يحدثها شخص بغيره لا الجروح التي يحدثها بنفسه ، واستثناء من ذلك ينص قانون القرعة العسكرية على عقاب كل شخص فرضت عليه الخدمة العسكرية وأُتلف أحد أعضائه أو وافق على إتلافه بقصد التخلص من الخدمة العسكرية ، والملحوظ بالعقاب هنا ليس مجرد إتلاف العضو بل محاولة الفرار من الخدمة العسكرية . وينبني على أن إحداث الإنسان بجسمه جروحاً لا يعد جريمة أن من يشترك معه في هذا الفعل لا يعاقب لأن الاشتراك لا يكون إلا في جريمة .

وفي الفقه الإسلامي وجدنا أن جناية الإنسان على نفسه وإيقاعه الأذى عليه ، سواء أكان ذلك على النفس أم على جزء منها أمر محرم ومعاقب عليه في ظل قواعد التشريع الجنائي الإسلامي بل إن مجرد تقدير الإنسان على نفسه في الانفاق وحجبه عقله عن أن يباشر مهامه التي خلق من أجلها ، أفعال حرمها الشارع الإسلامي ونهى عنها لأن هذا البنيان هو بنيان الله لا يملكه أحد سواه ولا يهدمه إلا ماله .

وبالموازنة بين الشريعة والقانون وجدنا أن كثيراً من التشريعات التي تعاقب على إصابة الشخص نفسه تتفق مع ما جاءت به الشريعة الغراء وأقرته في ذلك مراعاة للصالح العام من ناحية ، ومحافظة على حياة الأفراد وسلامة أجسامهم من ناحية أخرى تكريماً للآدمي وحفاظاً على بنيان الله . وجانب تشريعات أخرى الصواب حين لم تجعل من إصابة الشخص نفسه جريمة في ذاتها واجبة العقاب ، ومنها تشريعنا الجنائي المصري الفرنسي الذي لا يعد الفعل جريمة إلا بالنسبة لحالات محددة بالنص وأشخاص معينين ويعد الفعل فيما سوى ذلك فعلاً مباحاً لا جريمة فيه ولا عقوبة عليه .

وبالنسبة لتطبيق أثر الرضا على أعمال التطبيب والجراحة في القانون فقد وجدنا أن هذا الموضوع قد أثار كثيراً من المناقشات والأبحاث واختلف الشراح في التكييف القانوني لعدم مسئولية الطبيب عن الأضرار التي تحدث في أثناء مزاولته لمهنته فهل يرجع السند القانوني

لإعفاء الطبيب من المسؤولية في هذه الأحوال إلى العادة ؟ أو إلى حالة الضرورة ؟ أو إلى رضاء المريض ؟ أو إلى انتفاء القصد الجنائي لدى الطبيب ؟ أو إلى مشروعية الغرض الذي يرمى إليه الطبيب وهو شفاء المريض ؟ أو إلى إذن القانون ؟ أو إلى أسس مختلفة من كل ذلك في وقت معا ؟

وقد وجدنا أن غالبية الشراح على أن حق الطبيب في العلاج ، أو عدم مسؤوليته عن الأضرار التي تترتب على علاجه لا يرجع إلى أساس واحد بل إلى أسس مختلفة فريضاء المريض لا يقوى وحده على إباحة الأعمال الطبية ولكنه يعد عنصرا يقوم عليه سبب إباحتها فهو شرط إلى جانب شروط أخرى لا غنى عنه لقيام هذه الإباحة . ولكي ينتج الرضا أثره هنا فلا بد أن يكون مستوفيا لشروط صحته .

وفي الفقه الإسلامي وجدنا أن تعلم فن الطب فرض من فروض الكفاية ، والتطبيب أيضا يعتبر واجبا كفائيا كلما وجد أكثر من طبيب في محلة واحدة . فإن لم يوجد إلا طبيب واحد فالتطبيب فرض عين عليه ومن ثم فإن الطبيب لا يكون مسئولا عما يؤدي إليه عمله قياما بواجب التطبيب لأن الواجب لا يتقيد بشرط السلامة كما هي القاعدة المقررة ، ولكن لما كان أداء هذا الواجب والنجاح فيه يتوقف على مدى اجتهاد الطبيب العلمي والعملى وحسن نيته في علاج المريض ، وأن ذلك متروك لاختيار الطبيب وحده وسلطانه الواسع وحرية في اختيار الطريقة والكيفية التي يؤدي بها عمله مما جعله أشبه بصاحب الحق فيه بمؤدى الواجب فقد ثار التساؤل والبحث هل يسأل الطبيب جنائيا عن نتائج عمله إذا أدى ذلك إلى نتائج ضارة بالمريض ؟

وقد أجمع الفقهاء على عدم مسؤولية الطبيب الحاذق إذا أدى عمله إلى نتائج ضارة بالمريض فلا يسأل الطبيب عن هذا الضرر مادام المريض قد أذن له بالعلاج . ولم يقع من الطبيب خطأ في هذا العلاج بل كان الضرر الحاصل نتيجة أمر لم يكن في حسابان الطبيب مما لا يمكن توقعه ولا تفاديه ، ويعتبر فعل الطبيب في هذه الحالة من قبيل الفعل المشروع .

وبالموازنة بين الشريعة والقانون وجدنا أنه لا خلاف بين ما استقر عليه الرأي في بعض التشريعات الجنائية الحديثة وما هو مقرر في الفقه الإسلامي من اعتبار إذن المريض أو وليه في إباحة عمل الطبيب وجعله شرطا من الشروط التي يجب توافرها لرفع المسؤولية عنه .

وبالنسبة لتطبيق أثر الرضا على الإصابات الناشئة عن الألعاب الرياضية في المبحث الرابع وجدنا أن حكم هذه الإصابات مثار جدل بين آراء الفقهاء وأحكام المحاكم في البلاد المختلفة والقاعدة المعمول بها في فرنسا وفي مصر أن هذه الألعاب لا تترتب عليها مسؤولية جنائية مادام اللعب في ذاته مشروعاً ولم يتجاوز اللاعب الذي أحدث الإصابة حدود النظام وقواعد اللعب فإن أخطأ اللاعب في اتباع أصول اللعب فإنه يسأل عن الإصابة التي يحدثها باعتبارها ناشئة عن

إهماله وعدم احتياطه أى باعتبارها غير عمدية ، أم إذا كان اللاعب قد انتهز فرصة اللعب وأراد أن يشفي حقه من خصمه وأحدث به إصابات لا تبيحها أصول اللعب فلا شك أنه يعتبر ضاربا أو جارحا عمدا . على أن الإصابات الناشئة ع هذه الألعاب تكون مباحة ولا يسأل اللاعب عنها جنائيا بشروط :

- (1) أن تكون اللعبة من الألعاب المعترف بها .
 - (2) أن تكون الإصابات قد حدثت أثناء مباراة رياضية .
 - (3) أن يكون اللاعب قد راعى قواعد اللعب وأصوله .
- وقد اختلف الشراح في أساس انعدام المسؤولية عن هذه الاسابات أوردناها وتناولناها بالتحليل والرد .

وفي الفقه الإسلامي فقد ذكرنا النصوص التي جاءت صريحة في الأمر بالفروسية والترغيب فيها ، وقد وجدنا فيها لا مسؤولية على الإصابات الناشئة عن الألعاب التي تستلزم استعمال القوة مع الخصم إذا لم يتعد محدثها الحدود المسمومة للعب . والعلة في عدم العقاب ورفع المسؤولية هنا لا مجرد رضا المجني عليه باللعب حيث يتضمن ذلك في ثناياه الرضا بما ينشأ عنه من إصابات ، وإنما العلة في رفع المسؤولية وعدم العقاب ترجع إلى اعتبار الشريعة أن مما رسة هذه الألعاب بالغرض الذي هو من باب الواجب وأداء الواجب لا يتقيد بشرط السلامة . وبالموازنة بين الشريعة والقانون وجدنا أن هذا النوع من الألعاب مختلف في حكمه لدى التشريعات الوضعية المختلفة . فبعضها يبيح هذه الألعاب وبعضها يعتبرها في عداد الجرائم كما يوجب بعضها المحاكمة الجنائية على الجروح والضربات الناشئة عنها في الوقت الذي تقضى فيه بعض المحاكم بزوال المسؤولية عن هذه الأفعال . كما تقضى تشريعات أخرى بأن هذه الألعاب مشروعة في حدود معينة فلا تترتب عليها مسؤولية ما . كما وجدنا نفس الصورة من الاختلاف حول أساس انعدام المسؤولية عن هذه الأفعال في التشريعات الوضعية إلى أن استقر الوضع في هذه التشريعات وأجمع الفقه والقضاء على أن الأساس الصحيح لانتفاء المسؤولية الجنائية عن هذه الإصابات هو أن القانون يبيح هذه الألعاب فمن يمارسها يستعمل حقا أباحه القانون فلا يترتب عليه أية مسؤولية . وقد وجدنا أن ما استقر عليه الفقه والقضاء الحديثان موافقا من حيث نتائجه لما جاءت به الشريعة الإسلامية منذ نشأتها .

وبالنسبة لتطبيق أثر الرضا على جريمة إسقاط الحمل في الشريعة والقانون ، فقد وجدنا أن قانون العقوبات المصري قد نص على الإجهاض في المواد (260 - 264 ع م) التي تجرم الإسقاط وتنص على عقاب كل من يتدخل في إجهاض الأم إذا رضيت به ومن يدلها عليه ويجريه لها أو يعاونها فيه سواء أكان ذلك برضاها أم بغير رضاها وسواء أكان المسقط طبيب أو غير طبيب . وجريمة الإجهاض في القانون جنحه ، وتنقلب إلى جنابة إذا كان الإسقاط

بضرب أو نحوه من أنواع الإيذاء أو إذا كان المسقط طبيباً أو في حكم الطبيب . وقد اختلف مقصود الشارع الوضعي من تجريم الإجهاض ولم ينص قانوننا المصري صراحة على عقاب من تسقط نفسها أو تشرع في ذلك ، غير أن القضاء مستقر على وجوب عقاب المرأة التي تسقط نفسها دون معاونة أحد .

وفي الفقه الإسلامي سقنا الأدلة القاطعة على أن الإجهاض أو قتل الجنين جنابة في الشريعة الإسلامية وبالموازنة وجدنا أن ما استقر عليه الحال في قانوننا الجنائي الوضعي يتفق مع ما تقره الشريعة الإسلامية في هذا الصدد .

وفي الفصل الثالث الذي خصصناه لتطبيق أثر الرضا على جرائم العرض والشرف والحرية والمال في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي وجدنا بالنسبة لتطبيق أثر الرضا على جرائم الزنا في الفقه الإسلامي أن الشارع الإسلامي قد اعتبر الاعتداء في جريمة الزنا اعتداء على حق الله تعالى والحد الثابت فيها من الحقوق الخالصة لله سبحانه ليس لأحد التصرف فيه بالعفو عنه أو التهاون في استيفائه حتى ولو كان ذلك من ولى أمر المسلمين . كما أنه لا تشترط مخاصمة الزوج لإقامة الدعوى في جريمة الزنا وليس له التنازل عن الدعوى أو إسقاطها ذلك لأنها من الدعوى العامة التي ليس لأحد إسقاطها أو التنازل عنها . وتقام حسبة لله تعالى ، فالشهاد فيها مدع كما أن للقاضي أن ينفرد باستيفائها من غير طالب إذا ثبتت بإقرار أو بينة . فالشريعة تجعل تحريك الدعوى الجنائية عن جريمة الزنا وغيرها من جرائم الحدود الخالصة لله تعالى هو واجب على كل فرد من المسلمين ، وولى الأمر في ذلك مقدم على الفرد في الوجوب فالرضا لا يبيح جريمة الزنا في الشريعة الإسلامية لأن الزنا لا يستباح بالبدل والإباحة ، وليس لأحد أن يحل ما حرم الله كما أن الرضا لا يؤثر في المسؤولية الجنائية لفاعل ، ولا أثر له على الدعوى الجنائية والخصومة الناشئة عنها ، كذلك لا أثر له على العقوبة المقررة لأنها حد خالص لله تعالى وحق الله الخالص له ليس لأحد إسقاطه بالعفو أو التنازل عنه .

وقد وجدنا عند بحث أثر الرضا في جرائم الزنا في القانون أن حق الإنسان في عرضه قابل للتصرف فيه . وقد وجدنا في القانون صوراً يعدم الرضا الصحيح في بعضها ركناً من أركان الجريمة كاعتصاب الإناث وهناك العرض بالقوة أو بالتهديد إذ أنها مؤسسة على عدم الرضا فإذا ما توافر الرضا الصحيح فلا جريمة ولا عقوبة ، وصوراً أخرى يكون الرضا فيها سبباً معفياً من العقوبة كزنا الزوجة وزنا الزوج وارتكاب فعل فاضح غير علني في حضرة امرأة إذ علق القانون تحريك الدعوى الجنائية في هذه الجرائم على تقديم شكوى من المجني عليه فإذا لم تقدم الشكوى فلا دعوى ولا عقوبة . فالقانون لا يعاقب على الزنا باعتباره اتصالاً غير شرعى وإنما لأن فيه انتهاكاً لجريمة الزوجية القائمة .

وبالموازنة بين الشريعة والقانون وجدنا التناقض واضحا وخالفه القانون صريحة لما جاءت به الشريعة ونستطيع أن نرى بوضوح بعض الفروق الجوهرية سبق ذكرها .

وفي المبحث الذي خصصناه لتطبيق أثر الرضا على جرائم القذف والسب في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي وجدنا في الفقه الإسلامي أن مخاصمة المَقْذُوف شرط في حد القذف لأن جريمة القذف من الجرائم التي للعبد فيها حق بجانب حق الله تعالى ، وجانب الحق الشخصي فيها واضح لأنها تمس المَقْذُوف مساسا شديدا وتتصل بسمعته وعرضه ، وقد اتبنى خلاف الفقهاء حول حق التنازل عن دعوى القذف والعفو عن القاذف أهو للمَقْذُوف أم لا ؟ على خلافهم في تحديد صاحب الحق في حد القذف هل هو حق لله أم حق للعبد ؟ وفي القانون وجدنا أن القذف والسب من الجرائم التي تتعلق بشرف الشخص واعتباره ولذلك علق الشارع تحريك الدعوى العمومية فيها على شكوى المَقْذُوف في حقه أو من ناله السب في شرفه وسمعته .

وبالموازنة بين الشريعة والقانون تبين وجود فروق جوهرية بين ما قرره الشريعة في جريمة القذف وما انتهى إليه القانون الوضعي في ذلك ، ذكرناها في موضعها .

وفي المبحث الثالث الذي خصصناه لتطبيق أثر رضا المجني عليه على جرائم الاعتداء على الحرية الشخصية ، وجدنا في الفقه الإسلامي أن الشريعة جاءت بتكريم الأدمى واحترام الشخصية الإنسانية وهذا وذلك لا يكونان إلا مع الحرية التي تضمنتها الشريعة للإنسان وكفلتها له بكل صورها ، وأن النظم الاجتماعية والقانونية في الإسلام تتجه إلى حماية الحريات العادلة . ومنع الاعتداء على الغير ولتثبيت دعائم العدل ، فحمى الحريات بكل أنواعها . يعتبر الإسلام حرية الشخص من الحريات العامة فالاعتداء عليها ولو بالرضا يشكل اعتداء على حرية الجماعة وأمنها ، بما قد يكون له الأثر في إشاعة روح القلق وعدم الطمأنينة في نفوس المواطنين . مما لا يستتب معه الأمن ويهدد الاستقرار والحرية . وجانب المجتمع في هذه الجرائم يجب الاعتداد به وعدم إهماله مما لا يقوى معه حق الفرد المجني عليه ورضاءه بالجريمة على تغيير وصف الجريمة وانعدامها ، ويعفي المعتدى من المسؤولية عن فعله .

وجدنا الرأي الغالب في القانون أن حق الإنسان في حريته الشخصية قابل للتصرف فيه فإذا ارتضى إنسان أن يكون حبيسا لدى آخر في مكان معين لا يعتبر هذا الآخر بحبسه إياه في ذلك المكان مرتكباً لجريمة حبس بدون وجه حق . ورأى البعض أن الغرض الأول من أحكام قانون العقوبات في ذلك هو حماية المصلحة العامة فتخلى الفرد عن حمايته بمقتضاها لا يكون جائزاً . فالراجح في القانون أن رضا المجني عليه بالقبض عليه أو بحبسه يبرر ذلك ، ولا خلاف في القانون في أن رضا صاحب المسكن أو حائزه بدخوله يعدم الركن الأساسى في جريمة انتهاك حرمة المسكن . إذ يعتبر القانون عدم رضا صاحب المسكن أو حائزه ركناً في الجريمة . فإذا ما توافر الرضاء فلا جريمة ، كذلك فإن حق الإنسان في حرمة مسكنه قابل للتصرف فيه بمعنى

أن دخول إنسان في منزل ما برضاء صريح أو ضمنى من صاحب المنزل أمر لا جريمة فيه أصلاً ويعتبر من قبيل السلوك المتلائم مع طبيعة العلاقات الاجتماعية . وبالموازنة تتضح شمول نظرة الشارع الإسلامي واهتمامه بالفرد والجماعة معا . انطلاقاً من أن للمجتمع الحر العادل أساسه الفرد الحر العادل ، وأن الإنسان مكرم بذاته ومفضل على سائر المخلوقات وفي المحافظة على حريته حفاظاً وتدعيم لكيانه وشخصه أولاً ثم لكيان وأشخاص أفراد مجتمعه الذين يشاركونه في صفة الآدمية . فكان الاعتداء عليه ولو برضائه اعتداء على الناس جميعاً .

وفي المبحث الرابع الذي خصصناه لتطبيق أثر الرضا على جرائم الاعتداء على المال وجدنا بالنسبة لإتلاف الأموال وقتل الحيوانات بفعل المالك ورضائه في الفقه الإسلامي أن الشريعة كما أجازت للمالك حق التصرف في ملكه بالبيع وخلافه من التصرفات المباحة في نظر الشارع الإسلامي كالإذن بالاستعمال أو الاستهلاك أو المنفعة ، فقد حرمت عليه إتلاف المال المتقوم النافع وأمرته بالمحافظة عليه وصيانتها في حرزه بل حرمت التذير في المال بأن لا يصرف في غير موضعه ، ووصفت المبذرين بأنهم إخوان الشياطين .

فالشريعة لم تجعل لصاحب الحق الخاص اختصاصاً كاملاً بحقه ولم تجعل حريته مطلقة في التمتع به وإنما جعلت للجماعة فيه حقاً عاماً مشتركاً بينهم ، لهذا أنهى الشارع الشخصى عن إتلاف ماله وعن تذييره لأنه إن لم يصبه هو بالخسارة أصاب الجماعة ، ولأن الله جعل فيه نصيباً معززاً للجماعة كما في الزكاة ، وعلى ذلك فلا أثر للرضا في جرائم إتلاف الأموال وقتل الحيوانات ، فلا يبيح الرضا الفعل ولا يؤثر في المسؤولية الجنائية للفاعل كما لا يعدم ركن الجريمة ولا يعفي مرتكبها من العقوبة المقررة ، إذ قد تبين أن إتلاف المال مجرم على صاحبه . وما هو محرم بإذن الرب لا يباح بإذن العبد . وبالنسبة لأثر الرضا في جريمة السرقة في الفقه الإسلامي فقد وجدنا أن الإذن السابق الصحيح بأخذ المال والتصرف السليم فيه ، ينفي عن الفعل وصف الجريمة فلا يكون أخذ المال في هذه الحالة سرقة ، إذ بالإذن والرضا ينعدم الركن الأساسى المكون للجريمة ، ثم إن تحريك الدعوى الجنائية عن جريمة السرقة ومباشرتها يتوقف على رضا المجني عليه ، فلا تقام الدعوى إلا بادعاء المجني عليه ومخاضته للجاني ، والمخاضة شرط في السرقة لأن ركنها لا يتحقق إلا بعد إثبات أن المال مملوك لصاحبه ، وأنه لم يبحه للسارق وكونه موجوداً في حرزه وكل هذا لا يتحقق إلا إذا ادعى المسروق منه وخاصم فإذا رفعت الدعوى وثبتت انتهى حق العبد فيها نهائياً وصار العقاب حقاً خالصاً لله تعالى فلا يستطيع أن يسقطه العبد .

وقد وجدنا في القانون الوضعي أن حق الإنسان في ملكه من الحقوق القابلة للتصرف فيها ولذا كان للرضا أثره في جرائم الاعتداء على هذا النوع من الحقوق ، فكانت جرائم الأموال

مؤسسة صراحة أو ضمنا على عدم رضاء المجني عليه بها . فإذا ارتكب الفعل برضاء المجني عليه وعلمه فلا جريمة ، والقانون يخول الفرد سلطة إتلاف أمواله الخاصة فإذا صرح صاحب الزوج للغير بإتلافه أو صاحب الحيوان للغير بقتله فإن الإتلاف أو القتل يكون مباحا ، كما وجدنا أن السرقة إذا تمت برضاء المجني عليه فيها تنتفي الجريمة لانقضاء ركن الاختلاس فيها لأن المالك أو الحائز يكون قد رضى بالتخلي أو التنازل عن حيازة الشيء ومن يأخذ شيئا مملوكا لغيره برضاء صاحبه لا يعد مرتكبا لجريمة السرقة ، والرضا الذي ينفي الإختلاس هو الرضا السابق أو المعاصر لسلب الحيازة ، أما الرضا اللاحق في يؤثر في قيام الاختلاس وإن جاز أن يكون له اعتبار عند القاضى في تقدير العقوبة .

وبالموازنة وجدنا أن القانون جاء موافقا لما أقرته الشريعة الإسلامية من تأسيس جرائم الموال على عدم الرضا ، ولهذا كان لا بد فيها من المخاصمة ، وبالنسبة لجرائم الإتلاف التي تقع على الأموال والحيوانات المملوكة ملكا خاصا فإن القانون لم يجرم هذه الأفعال إذا وقعت من المالك نفسه أو من غيره ولكن برضاء المالك وإذنه . ذلك لأن إتلاف المالك لماله الخاص في القانون جائز ذلك لأن له أن يتصرف في ملكه كيفما شاء ، والإتلاف ضرب من ضروب التصرف بل له أن يفعل ذلك ولو إضرارا بالغير ممن له على المال حق عيني ، وكل ما يترتب للمضرور هنا هو حقوق مدنية على المالك . وبالتالي فإن صاحب الزرع إذا صرح للغير بإتلافه أو صاحب الحيوان للغير بقتله فإن الإتلاف أو القتل يكون مباحا . هذا في الوقت الذي وجدنا فيه أن الشريعة الإسلامية قد أباحت للمالك حق التصرف في ملكه ولكنها لم تجعل لصاحب الحق الخاص اختصاصا كاملا بحقه . ولم تجعل حريته مطلقة في التمتع به ، بل جعلت للجماعة فيه حقا عاما مشتركا بينهم ، وبهذا لم تجعل الشريعة للرضا أى أثر في جرائم إتلاف الأموال وقتل الحيوانات ، فلا يبيح الرضا الفعل ولا يعدم ركن الجريمة كما لا يعفي مرتكبها من العقوبة المقررة .

تمت بحمد الله تعالى وعونه

في

٩ من جمادى الآخرة سنة ١٣٩٥ هـ

٢٠ يونيو (حزيران) ١٩٧٥ م .

الساعة الثانية عشر مساء (منصور السعيد إسماعيل ساطور)

أولاً : مصادر عامه فى التشريع الإسلامى :

- (١) القرآن الكريم .
- (٢) كتب التفسير .
- (٣) كتب الحديث .

ثانياً : مراجع فى الفقه الإسلامى :

- (١) الفقه الحنفى .
- (٢) الفقه المالكي .
- (٣) الفقه الشافعي .
- (٤) الفقه الحنبلي .
- (٥) الفقه الظاهري .
- (٦) الفقه الشيعي .

ثالثاً : مراجع فى أصول الفقه الإسلامى .

رابعاً : مراجع فى اللغة .

خامساً : مراجع فى القانون الجنائي .

سادساً : كتابات معاصره فى الشريعة والقانون .

سابعاً : المجموعات والرسائل والمجلات والمقالات .

أولاً : مصادر عامه فى التشريع الإسلامى :

١) القرآن الكريم .

٢) كتب التفسير .

- أحكام القرآن-لأبى بكر أحمد بن على الرازى الجصاص الحنفى ، المتوفى سنة ٣٧٢ هـ .
طبعة أولى . مطبعة الأوقاف .
تفسير التحرير والتنوير-لمحمد الطاهر بن عاشور . الجزء الثانى . الطبعة الأولى عيسى
البابى الحلبي سنة ١٩٦٥ م .
تفسير القرآن الكريم-الشهير بتفسير المنار للسيد محمد رشيد رضا و الطبعة الأولى مطبعة
المنار سنة ١٣٢٥ هـ ، الجزء الثانى .
تفسير القرطبي-الجامع لأحكام القرآن . لأبى عبد الله محمد بن أحمد ابن فرج الأنصارى
الخرزجى الأندلسى المعروف بالقرطبي . المتوفى سنة ٦٧١ هـ الطبعة الثانية .
جامع البيان عن تفسير آى القرآن " تفسير الطبرى "-أبو جعفر محمد ابن جرير الطبرى
" ٣١٠ هـ " مطبعة دار المعارف بمصر .
المفردات فى غريب القرآن-أبو القاسم الحسين محمد المعروف بالراغب الأصفهاني (٥٠٢ هـ)
مطبعة مصطفى الحلبي سنة ١٣٨١ هـ / ١٩٦١م تحقيق محمد سيد الكيلانى .

٣) كتب الحديث .

- أحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام-أبو الفتح محمد بن على بن وهب تقي الدين القشيري الشهير
بابن دقيق العيد (٧٠٢ هـ) مطبعة الشرق ١٣٤٢ هـ .
بدائع المنن فى جمع وترتيب مسند الشافعى والسنن-أحمد بن عبد الرحمن البناء الشهير
بالساعاتي . مطبعة الأنوار بمصر ، الطبعة الأولى سنة ١٣٦٩ هـ .
التاج الجامع للأصول فى أحاديث الرسول-منصور على ناصف . مطبعة عيسى الحلبي بالقاهرة
الطبعة الثانية وبذيلة غاية المأمول شرح التاج الجامع للأصول للمؤلف .
التلخيص الحبير فى تخريج أحاديث الرافعى الكبير (٦٢٣ هـ)-أحمد بن حجر العسقلانى
(٨٥٢ هـ) شركة الطباعة الفنية المتحدة ١٣٨٤ هـ - ١٩٦٤م وانظر طبعة الهند (طبعة
الأنصاري بالدهلي) .
الجامع الصحيح (سنن الترمذى)-أبو عيسى محمد بن عيسى بن سوره (٢٧٩ هـ) مطبعة
مصطفى الحلبي ، ١٣٥٦ هـ - ١٩٧٣ م . تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي .
جامع مسانيد أبى حنيفة (١٥٠ هـ)-أبو المؤيد محمد بن محمود الخوارزمي (٦٥٥ هـ)
مطبعة مجلس دائرة المعارف الهند ١٣٣٢ هـ .

- حلية الأولياء وطبقات الأصفياء-الحافظ أحمد بن عبد الله أبو نعيم الأصبهاني (٣٤٠ هـ)
 مطبعة السعادة بمصر الطبعة الأولى سنة ١٣٥١ هـ ، ١٩٣١ م .
- سبل السلام-محمد ابن إسماعيل الصنعاني (١١٨٢ هـ) مطبعة محمد علي صبيح
 ١٣٤٥ هـ .
- سنن ابن ماجه-محمد بن يزيد القزويني (٢٧٣ هـ) مطبعة عيسى الحلبي بالقاهرة ١٣٧٣
 هـ - ١٩٤٥ م - تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي .
- سنن الدارقطني-علي بن عمر الدارقطني (٣٨٥ هـ) دار المحاسن للطباعة بالقاهرة
 ١٣٨٦ هـ - ١٩٦٦ م . وبذيله التعليق المغنى على الدارقطني لأبي الطيب محمد شمس الحق .
- السنن الكبرى-أحمد بن الحسين البيهقي (٤٥٨ هـ) . مطبعة مجلس دائرة المعارف - حيدر
 آباد بالهند ١٣٥٥ هـ . وبذيله الجوهري النقر في الرد على البيهقي لابن التركتمان .
- سنن المصطفى (سنن أبي داود)-أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأسدي (٢٧٥
 هـ) مطبعة السعادة - الطبعة الثانية ١٣٦٩ هـ - ١٩٥٠ م .
- سنن النسائي بشرح السيوطي وحاشية السندی (١١٣٨ هـ)-أبو عبد الرحمن أحمد بن
 شعيب النسائي (٣٠٣ هـ) . المطبعة المصرية بالأزهر - الطبعة الأولى ١٣٥١ هـ -
 ١٩٣٢ م .
- صحيح البخاري مع حاشية السندی-محمد ابن إسماعيل البخاري (٢٥٦ هـ) . المطبعة
 العثمانية بمصر - الطبعة الأولى سنة ١٣٥١ هـ - ١٩٣٢ م وبها حاشية السندی وتقريرات
 أخرى الجزء الثالث تقديم فضيلة الأستاذ الدكتور عبد الغنى محمد عبد الخالق رئيس قسم
 الأصول بالكلية .
- صحيح مسلم بشرح النووي-مسلم بن حجاج القشيري (٢٦١ هـ) والشرح لإحيى بن شرف
 النووي (٦٧٦ هـ) .
- عقود الجواهر المنفية في أدلة مذهب أبو حنيفة-محمد مرتضى الحسيني (١٢٠٥ هـ) .
 المطبعة الوطنية بئر الإسكندرية - الطبعة الأولى ١٢٦٢ هـ .
- فتح الباري بشرح صحيح البخاري-أحمد بن حجر العسقلاني (٨٥٢ هـ) . المطبعة البهية
 المصرية سنة ١٣٤٨ هـ .
- الفتح الرباني لترتيب مسند الإمام أحمد الشيباني-أحمد بن عبد الرحمن البنا الشهير بالساعاتي
 الطبعة الأولى سنة ١٣٧١ هـ .
- الفتح الكبير في ضم الزيادات إلى الجامع الصغير-وهما للجلال السيوطي (٩١١ هـ) صرح
 يوسف البهاني (١٣٥٠ هـ) .

مجمع الزوائد ومنبع الفوائد-نور الدين على بن أبي بكر الهيثمي (٨٠٧ هـ) نشر مكتبة
القدس بمصر ١٣٥٣ هـ .
مصابيح السنة-الحسين بن مسعود البغوي الشافعي (٥١٦ هـ) المطبعة الخيرية العامرة
١٣٨ هـ .
الموطأ-الإمام مالك بن أنس (١٧٩ هـ) طبعة دار الشعب ١٩٧٠ م .
نصب الرأية لأحاديث الهداية-عبد الله بن يوسف الزيلعي (٧٦٢ هـ) - مطبعة دار المأمون
بشبرا - الطبعة الأولى ١٣٥٧ هـ - ١٩٣٨ م وبها حاشية بغية الأمل بتخريج الزيلعي .
نيل الأوطار-محمد بن علي الشوكاني (١٢٥٠ هـ) . مطبعة مصطفى الحلبي بالقاهرة -
الطبعة الثالثة ١٩٦١ م وانظر الطبعة الأخيرة - مطبعة الكليات الأزهرية .

ثانيا : مراجع الفقه الإسلامي :

(١) كتب الفقه الحنفي :

البحر الرائق شرح كنز الدقائق لعبد الله بن أحمد النسفي (٧١٠ هـ) - زين العابدين بن
إبراهيم بن نجيم (٩٧٠ هـ) مطبعة دار الكتب العربية الكبرى بمصر ١٣٣٣ هـ .
بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع-علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني (٥٨٧ هـ)
مطبعة الجمالية بالقاهرة ١٣٢٨ هـ - ١٩١٠ م .
تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق-أبو محمد فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي (٧٤٣ هـ)
المطبعة الأميرية - الطبعة الأولى ١٣١٥ هـ .
جواهر الرويات ودور الدرايات في الدعاوى والبيانات-محمد سليم البشتاوي قاضي محكمة
المنصورة المطبعة العامرة الشرفية ١٣١٩ هـ .
حاشية الشلبي على تبيين الحقائق-شهاب الدين أحمد الشلبي - مطبوع على هامش تبيين
الحقائق .
جاشية بغية ذوي الحكام في بغية درر الأحكام-العلامة حسن بن عمار بن علي الوفاي
الشرينلالي (١٠٣٥ هـ) وهي مطبوعة على هامش الكتاب الذي يليه .
دور الحكام في شرح غرر الأحكام-محمد بن فراموز علي الشهير بمنلا خسرو (٨٨٥ هـ)
المطبعة العامرة الشرقية ١٣٠٤ هـ .
رد المختار على الدر المختار (للحصكفي) . (١٠٨٨ هـ) - محمد أمين عابدين (١٢٥٢ هـ)
انظر طبعة المطبعة الأميرية وطبعة مطبعة المطبعة الأميرية وطبعة مطبعة مصطفى الحلبي
١٣٨٦ هـ - ١٩٦٦ م .

روضة القضاء وطريق النجاة-أبو القاسم على بن محمد بن أحمد السمنائي (٤٩٩ هـ)
مخطوط بدار الكتب (فقه حنفى ٦٠ م) .
شرح تنوير الأبصار للتمرتاش (١٠٠٤ هـ)-مطبوع على كتاب رد المختار على الدر
المختار .

شرح منلا مسكين على كنز الدقائق-معين الدين الهروى المعروف بمنلا مسكين .
العناية على الهداية-محمد بن محمد بن محمود أكمل الدين البابرتى سنة ٧٨٦ هـ . مطبوع
بها حش فتح الغدير .

الفتاوى العالمكبريه المعروفه بالفتاوى الهندية-تأليف جماعة من علماء الهند كأن يرأسهم
العلامة الشيخ نظام وذلك بأمر من السلطان أبى المظفر محيي الدين أورنگ زيب بهادر عالم
كبر . المطبعة الكاستلية بمصر ١٢٨٢ هـ .

فتح القدير فى شرح الهداية للمرغينانى (٥٩٣ هـ)-ابن الهمام كمال الدين محمد بن عبد
الواحد بن عبد الحميد (٨٦١ هـ) . مطبعة مصطفى محمد صاحب المكتبة التجارية الكبرى
بمصر سنة ١٣٥٦ هـ . وبها حشه العناية شرح الهداية للبابرتى وبذيله حاشية سعد الله الجلبى
على العناية .

فصل القفية فى المرافعات وصور التوثيقات والدعاوى الشرعية-محمود محمد خطاب السبكى
(١٣٥٢ هـ) طبع سنة ١٣٣٠ هـ - ١٩١٢ م .

قوة عيون الأخبار (تكملة رد المحتار)-محمد علاء الدين عابدين سنة ١٣٠٦ هـ . المطبعة
العثمانية سنة ١٣٢٧ هـ .

كتاب يتعلق بالقضاء والحكام-محمد بن عبد الله بن أحمد الخطيب العمري التمرتاش الغزوى
١٠٠٤ هـ . مخطوط بدار الكتب سنة ١٤١٥ هـ فقه حنفى .

المبسوط-محمد بن أحمد أبو بكر شمس الاى حة السرخسى ٤٩٠ هـ - مطبعة السعادة بمصر
الطبعة الأولى .

مجمع الأنهر فى شرح ملتقى الأبحر للحلبى ٩٥٦ هـ-عبد الرحمن بن محمد بن سليمان
المدعو بشيخى زاده سنة ١٠٨٧ هـ - المطبعة العثمانية الطبعة الأولى ١٣٢٧ هـ .
الهداية-على بن أبى بكر بن عبد الجليل الفرغانى المرغينانى سنة ٥٩٣ هـ - مطبعة المكتبة
التجارية الكبرى بمصر ١٣٥٦ هـ مطبوع على فتح الغدير .

٢) كتب الفقه المالكى :

الأحكام فى تمييز الفتاوى من الأحكام وتصرفات القاضى الإمام-شهاب الدين أحمد بن أدریس
القرافى ٦٨٤ هـ . مطبعة الأنوار بمصر الطبعة الأولى ١٣٥٧ هـ - ١٩٣٨ م .

- بداية المجتهد ونهاية المعتقد-محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي المشهور بالحفيد ٥٩٥ هـ - مطبعة الكليات الأزهرية ١٣٨٩ هـ - ١٩٦٩ م وانظر الطبعة الأولى بمطبعة الجمالية.
- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام-إبراهيم بن علي بن فرحون المدني ٧٩٩ هـ . مطبعة مصطفى الحلبي بالقاهرة ١٣٧٨ هـ سنة ١٩٥٨ وانظر الطبعة الأولى مطبعة التقدم العلمية .
- حاشية العدوى-على شرح الإمام الشيخ على الصعيدي العنوي ١١٨٩ هـ . أبي الحسن المسمى كفاية المطالب مطبعة المشهد الحسيني بالقاهرة . الرياني لرسالة ابن أبي زيد القيرواني ٣٨٦ هـ .
- حاشية دسوقي على الشرح الكبير للدردير-محمد عرفه الدسوقي ١٢٣٠ هـ . مطبعة عيسى الحلبي بمصر .
- شرح الخرش على مختصر خليل-أبو عبد الله محمد الخرش ١١٠١ هـ المطبعة الأميرية الكبرى ببلاق الطبعة الثانية ١٣١٧ هـ وبهامشه حاشية الشيخ على العنوي .
- شرح الزرقاني-عبد الباقي يوسف الزرقاني . المطبعة الأميرية ببلاق - الطبعة الأولى ١٣٠٦ هـ وانظر الطبعة الأولى مطبعة السعادة وبهامشه حاشية الرهوني على شرح الزرقاني .
- الشرح الكبير على مختصر خليل-أحمد الدردير سنة ١٢٥١ هـ . مطبوع على هامش حاشية الدسوقي .
- شرح حدود الإمام محمد-محمد الأنصاري المشهور بالرصاص التونسي ٩٤ هـ المطبعة التونسية بتونس المطبعة الأولى ١٣٥٠ هـ .
- الطريقة المرضية في الإجراءات الشرعية على مذهب المالكية-محمد العزيز جعيط وزير العدل وشيخ الإسلام المالكي بالديار التونسية (القرن الرابع عشر الهجري) مطبعة الإدارة بتونس الطبعة الثانية .
- فتح العلي المالك-أبو عبد الله محمد أحمد عlish ١٢٩٩ هـ . مطبعة مصطفى الحلبي بالقاهرة ١٣٧٨ هـ - ١٩٥٨ م .
- الفروق (أنور البروق في أنواء الفروق)-أحمد بن إدريس القراني ٦٨٤ هـ . مطبعة عيسى الحلبي بمصر الطبعة الأولى ١٣٤٦ هـ وبهامشه تهذيب الفروق .
- القول المرتضى في أحكام القضا-محمد بن عبد الرحمن البرلسي . مخطوط بدار الكتب ١٣٦ هـ فقه مالكي .
- المدونة الكبرى-الإمام مالك بن أنس ١٧٩ هـ المطبعة الخيرية - الطبعة الأولى .
- منح الجليل على مختصر خليل-أبو عبد الله محمد أحمد عlish ١٢٩٩ هـ - المطبعة العامرة بالقاهرة ١٢٩٤ هـ وبهامشه تسهيل منح الجليل .

مواهب الجليل شرح مختصر خليل-محمد بن محمد المعروف بالحطاب ٩٥٤ هـ مطبعة السعادة بمصر الطبعة الأولى ١٣٢٩ هـ وبهامشه التاج والإكليل لمختصر خليل .
موطأ مالك-لإمام دار الهجرة مالك ابن أنس الأصبحي المولود سنة ٩٥ هـ المتوفى سنة ١٧٩ هـ مطبوع بهامش المنتقى الطبعة الأولى سنة ١٩٣٢م مطبعة السعادة الجزء السابع .

٣) كتب الفقه الشافعي :

الأحكام السلطانية والولايات الدينية-علي محمد بن حبيب الماوردي ٤٥٠ هـ - مطبعة مصطفى الحلبي الطبعة الثانية ١٩٦٦م .
أسنن المطالب في شرح روض الطالب-لأبي يحيى زكريا الأنصاري - الجزء الرابع سنة ١٣١٣ هـ .
الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية-لجمال الدين عبد الرحمن السيوطي المتوفى سنة ٩١٦ هـ - مطبعة عيسى الحلبي .
الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع-لشمس الدين محمد بن أحمد الشربيني الخطيب المتوفى سنة ٩٧٧ هـ - المطبعة الأزهرية ١٣٢٩ هـ .
الأم-الإمام أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي ٢٠٤ هـ - المطبعة الأميرية ببولاق - الطبعة الأولى ١٣٢٤ هـ .
تحفة المحتاج بشرح المنهاج-أحمد بن حجر الهيتمي ٩٧٢ هـ . مطبوع على هامش حاشيتي الشرواني والعبادي .
حاشية الباجوري-للشيخ إبراهيم بن محمد المعروف بالباجوري المتوفى ١٢٧٦ هـ .
حاشية الشرواني-عبد الحميد الشرواني المطبعة الميمنية بمصر - الطبعة الثالثة ١٣١٥ هـ .
حاشية العبادي-أحمد بن قاسم العبادي المطبعة الميمنية بمصر - الطبعة الثالثة ١٣١٥ هـ .
حاشية عميره على شرح جلال الدين المحلي للمنهاج-شهاب الدين أحمد البرلس الملقب بعميره سنة ٩٥٧ هـ - مطبعة مصطفى البابي الحلبي الطبعة الثالثة ١٣٧٥ هـ - ١٩٥٦ م وانظر طبعة ١٩٣٨ م .
حاشية قليوبي على شرح جلال الدين المحلي للمنهاج-شهاب الدين أحمد بن أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي ١٠٦٩ هـ مطبوع مع حاشية عميره .
شرح المحلي على منهاج الطالبين للنووي ٦٧٦ هـ-جلال الدين محمد بن أحمد المحلي ٨٦٤ هـ مطبوع مع حاشيتي قليوبي وعميره .
عماد الرضا ببيان أدب القضا-مطبوع مع حاشيتي قليوبي وعميره - مخطوط بدار الكتب فقه شافعي .

الفتاوى الكبرى لابن حجر المكي-الجزء الرابع طبعة ١٣٠٨هـ .
 قواعد الأحكام فى مصالح الأنام-أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمى
 ٦٦٠هـ . دار الشرق للطباعة بالقاهرة ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨ م .
 مغنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج-شمس الدين محمد بن أحمد الشربيني بالقاهرة ٩٧٧هـ -
 مطبعة مصطفى الحلبي ١٣٥٢هـ - ١٩٣٣ م .
 المذهب فى فقه مذهب الإمام الشافعي-أبو إسحاق إبراهيم بن على بن يوسف الفيروز أبادى
 الشيرازى ٤٧٦هـ . مطبعة مصطفى الحلبي ١٣٧٦هـ - ١٩٦٠ م . وبذيله النظم المستعذب .
 الميزان الكبرى-عبد الوهاب الشعراني ٩٧٣هـ . المطبعة البهية ١٣٥١هـ - ١٩٣٢ م
 المطبعة الأزهرية ١٣١٧هـ .
 نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج-شمس الدين محمد بن أحمد الرملى ١٠٠٤ هـ . المطبعة
 البهية المصرية ١٣٤٠ هـ وانظر الطبعة الأولى مطبعة البابى الحلبي .
 النهاية على شرح متن الغاية والتقريب للقاضى أبى شجاع-أبو الفضل ولى الدين البصير (من
 علماء القرن العاشر الهجرى - مطبعة حجازى بالقاهرة .

٤) كتب الفقه الحنبلى :

الأحكام السلطانية-أبو يعلى محمد بن الحسن الفراء ٤٥٨هـ مطبعة مصطفى الحلبي - الطبعة
 الثانية ١٣٨٦ هـ - ١٩٦٦ م .
 أعلام الموقعين عن رب العالمين-شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبى بكر المعروف بابن قيم
 الجوزية ٧٥١هـ شركة الطباعة الفنية المتحدة ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨ م وانظر طبعة دمشق .
 الإقناع-شرف الدين موسى الحجاوى المقدس ٩٦٨هـ الطبعة الأولى - المطبعة المصرية .
 التوضيح فى الجمع بين المتنقيح-أبو العباس أحمد محمد أحمد الشويكى - الطبعة الأولى .
 زوائد الكافى والمحرر على المقنع-زين الدين عبد الرحمن بن عبد الله بن أحمد اليعلى الدمشقى
 سنة ١١٩٢هـ . طبعة دمشق .
 الشرح الكبير على متن المقنع-شمس الدين أبى الفرج عبد الرحمن بن قدامه الطبعة الأولى -
 بمطبعة المنار .
 شرح منتهى الإرادات-منصور بن يونس إدريس البهوتى ١٠٥١هـ . المطبعة الشرقية -
 الطبعة الأولى ١٣١٩هـ وهو مطبوع على هامش كشف القناع .
 الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية-ابن قيم الجوزية ٧٥١هـ . مطبعة السنه المحدثية
 بمصر ١٣٧٨هـ .
 غاية المنتهى فى المجمع بين الإقناع والمنتهى-مرعى بن يوسف الحنبلى ١٠٣٣هـ مؤسسة
 دار السلام للطباعة والنشر بدمشق - الطبعة الأولى .

كشاف القناع على متن الإفتاع-منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ١٠٥١هـ . المطبعة العامرة الشرفية - الطبعة الأولى ١٣١٩ هـ .
 المغنى-عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدس ١٢٠هـ . مطبعة دار المنار - الطبعة الثالثة ١٣٦٧ هـ .
 منتهى الإرادات فى جمع المقتع مع المتنقيح وزيادات-تقى الدين محمد بن أحمد الفتوحى الحنبلى المصرى الشهير بابن النجار ٩٧٢هـ . مطبعة دار الجيل الجديد ١٣٨١ هـ - ١٩٦٢ م .
 هداية الراغب لشرح عمدة الطالب-عثمان أحمد النجدى الحنبلى طبعة ١٩٦٠م تحقيق حسنين محمد مخلوف .

٥) الفقه الظاهري :

المحلى-أبو محمد على بن أحمد بن حزم الأندلسى ٤٥٦هـ مطبعة المنيرية بالقاهرة ١٣٥٢هـ .

٦) الفقه الشيعي :

البحر الزهار الجامع لمذاهب علماء الأمصار-أحمد بن يحيى بن المرتضى ٨٤٠هـ مطبعة أنصار السنة المحمدية - الطبعة الأولى ١٣٦٨هـ - ١٩٤٩م ومعه جواهر الأخبار والآثار المستخرجة من لجنة البحر الزهار لمحمد بن يحيى بهران ٩٥٧هـ .
 التاج المذهب لأحكام المذهب " شرح متن الأزهار فى فقه الأئمة الأطهار " -أحمد بن قاسم العنسى اليماني الصنعائى . مطبعة دار إحياء الكتب العربية الطبعة الأولى ١٣٦٦هـ - ١٩٤٧م .
 جواهر الكلام شرائع شرح الإسلام-محمد حسن بن الشيخ باقرا النجعى ١٣٢٢هـ طبع حجر بايران ١٢٧١هـ .
 الروض النفير شرح مجموع الفقه الكبير-الحسين أحمد السباعى . الطبعة الأولى .
 المختصر النافع فى فقه الامامية-أبو القاسم جعفر الحسن الحلى ٦٧٦هـ . طبعة وزارة الأوقاف .

ثالثا : مراجع فى أصول الفقه الإسلامى :

الإحكام فى أصول الأحكام-لسيف الدين أبى الحسن الآمدى .
 التلويح على التوضيح لمتن التنقيح-تصنيف سعد الدين بن عمر التفتازانى المتوفى سنة ٧٩٢هـ .

فتح الغفار يشرح المنار المعروف بمشكلة الأنوار فى أصول المنار- تأليف زين الدين بن إبراهيم الشهير بابن نجيم مطبعة مصطفى الحلبي ١٣٥٥هـ - ١٩٣٦م .
المستشفى-لحجة الإسلام أبى حامد محمد بن محمد الغزالى الطوسى الشافعى المتوفى سنة ٥٠٥هـ طبعة أولى المطبعة الأميرية سنة ١٣٢٢هـ .

رابعاً : مراجع فى اللغة :

تاج العروس من شرح جواهر القاموس- للسيد محمد مرتضى الزبيدى المتوفى سنة ١٢٠٥هـ .
القاموس المحيط- تأليف العلامة الإمام مجد الدين أبى طاهر بن يعقوب بن محمد الفيروزبادهى الشيرازى الشافعى المتوفى سنة ٨١٧هـ الطبعة الأولى المطبعة الحسينية المصرية سنة ١٣٣٠هـ .

لسان العرب- لابن منظور جمال الدين محمد بن مكرم الأنصارى المتوفى سنة ٧١١هـ .
المصباح المنير فى غريب الشرح الكبير- للعلامة الشيخ أحمد بن محمد الفيومى . المطبعة الخيرية بمصر سنة ١٣١٠هـ .

خامساً : مراجع فى القانون الجنائي :

١) القسم العام :

الأحكام العامة فى القانون الجنائي- للدكتور على بدوى طبعة ١٩٣٨م .
الأحكام العامة فى قانون العقوبات العراقى- للدكتور أكرم نشأت إبراهيم طبعة ١٩٦٢م .
الأحكام العامة فى قانون العقوبات- للدكتور السعيد مصطفى السعيد - الطبعة الرابعة سنة ١٩٦٢م .

أسباب الإباحة فى تشريعات الدول العربية- للدكتور محمود نجيب حسنى ١٩٦٢م .
أصول السياسة الجنائية للدكتور- أحمد فتحى سرور - دار النهضة العربية ١٩٧٢م .
أصول قانون العقوبات - القسم العام - النظرية العامة للجريمة- للدكتور أحمد فتحى سرور دار النهضة العربية - الطبعة الثانية ١٩٧٢م .

أصول قانون العقوبات- القسم العام طبعة ١٩٦٨م للدكتور أحمد فتحى سرور طبعة سنة ١٩٧٠م .

التشريع العقاب- للدكتور رؤف عبيد .

الحدود القانونية لسلطان القاضى الجنائى فى تقدير العقوبة- دراسة مقارنة للدكتور أكرم نشأت دار مطابع الشعب ١٩٦٥م .

دروس فى قانون العقوبات - القسم العام- للدكتور محمود نجيب حسنى - مكتبة النهضة المصرية .

- شرح الأحكام العامة فى قانون العقوبات-للأستاذ محمود إبراهيم إسماعيل ١٩٥٩م .
- شرح القانون الجنائى-للدكتور أحمد صفوت - القسم العام .
- شرح قانون العقوبات - القسم العام-للدكتور محمد كامل مرسى طبعة ثانية ١٩٢٣م .
- شرح قانون العقوبات - القسم العام-للدكتور محمود محمود مصطفى طبعة رابعة ١٩٦٠م
- مطابع دار الكتاب العربى .
- شرح قانون العقوبات - القسم العام-للدكتور محمود نجيب حسنى ١٩٦٦م - ١٩٦٧م .
- شرح قانون العقوبات - القسم العام-للدكتور محمود نجيب حسنى طبعة ثالثة ١٩٦٣م .
- شرح قانون العقوبات - القسم العام-للدكتور محمود مصطفى طبعة ١٩٦٩م .
- شرح قانون العقوبات التكميلى-للدكتور رؤف عبيد طبعة ثانية ١٩٦٥م .
- شرح قانون العقوبات الجزائرى-للدكتور رضا فرج - مكتبة جمعية الاقتصاد تحت رقم ١٣٦٣١ .
- شرح قانون العقوبات الليبى-القسم العام - للدكتور أحمد عبد العزيز الألفى مكتبة جمعية الاقتصاد تحت رقم ١٢٣٩١ .
- شرح قانون العقوبات الليبى-للدكتور أحمد عبد العزيز الألفى القسم العام سنة ١٩٦٩م .
- شرح قانون العقوبات المصرى الجديد-للدكتورين محمد كامل مرسى ، السعيد مصطفى السعيد طبعة ثالثة ١٩٤٦م .
- شرح قانون العقوبات-القسم العام - للدكتور محمود مصطفى طبعة ١٩٥٠م .
- شرح قانون العقوبات-القسم العام - للدكتور محمود مصطفى طبعة ١٩٦٤م .
- علم الإجرام-للدكتور مأمون محمد سلامه ١٩٦٧م .
- القانون الجنائى - المدخل وأصول النظرية العامة-للدكتور على راشد - طبعة أولى ١٩٧٠م
- مكتبة سيد عبد الله وهبه ، طبعة رابعة ١٩٧٤م .
- القانون الجنائى الإسلامى-للدكتور على راشد ١٩٦٩م - مكتبة جمعية الاقتصاد ١١٦٦٧ .
- القانون الجنائى العام-للدكتور حسن صادق المرصفاوى طبعة ١٩٦٢م مكتبة جمعية الاقتصاد ٩٤٢٦ .
- القانون الجنائى فى التشريع المصرى والسودانى-للدكتور محمد محيى الدين عوض طبعة ١٩٦٣م .
- قانون العقوبات السودانى-للدكتور محمد محيى الدين عوض - المطبعة العالمية بالقاهرة ١٩٧٠م .
- قانون العقوبات العسكرى-للدكتور مأمون محمد سلامه سنة ١٩٦٧م .

قانون العقوبات المصري-للدكتور السعيد مصطفى السعيد طبعة ١٩٤٧م مكتبة جمعية الاقتصاد

تحت رقم ٦١٦٨ .

المبادئ العامة في قانون العقوبات السوري-للدكتور محمد فاضل طبعة ثانية ١٩٦٣م .

مبادئ القانون الجنائي-للدكتور على راشد ج ١ طبعة ثانية ١٩٥٠م جمعية الاقتصاد ١١٢٦٥

- طبعة ١٩٤٨م - دار الفكر العربي مكتبة جمعية الاقتصاد تحت رقم ١٤٣٧٣ .

مبادئ القسم العام في التشريع العقابي المصري-للدكتور رؤف عبيد ١٩٦٤م .

مبادئ قانون العقوبات-القسم العام - الدكتور سمير الجنزوري طبعة أولى ١٩٧١م .

مذكرات في القانون الجنائي-للدكتور محمد مصطفى القللى - مطبعة عباس عبد الرحمن بمصر

سنة ١٣٣٧م - ١٩٣٨م .

مذكرات موجهة في القاعدة القانونية-للدكتور حسين النورى - طبع دار الجيل ١٤ قصر

الولولة بالفجالة ١٩٦٤م .

المسئولية الجنائية-للدكتور محمد مصطفى القللى .

موجز القانون الجنائي-للدكتور على راشد طبعة رابعة ١٩٥٧م مطبعة نهضة مصر بالفجالة .

الموسوعة الجنائية-لأستاذ جندى عبد الملك -- مطبعة الاعتماد ١٩٤٢م .

نحو قانون عقابي موحد للبلاد العربية-حسين جميل ، معهد الدراسات العربية قسم الدراسات

القانونية ١٩٦٤م - ١٩٦٥م .

نظرية الإثبات في الفقه الجنائي-للدكتور أحمد فتحى سرور ١٩٦٧م مكتبة جمعية الاقتصاد

تحت رقم ١١٥٤٣ .

النظرية العامة للجريمة في قانون العقوبات السوري-للدكتور عدنان الخطيب لجنة سنة

١٩٥٧م .

النظرية العامة للقانون الجنائي-للدكتور رمسيس بهنام طبعة ١٩٦٨م .

النظرية العامة للقانون الجنائي-للدكتور رمسيس بهنام طبعة ثالثة ١٩٧١م .

الوجيز في قانون العقوبات السوري-للدكتور عدنان الخطيب ١٩٥٨م .

٢) القسم الخاص :

جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال-للدكتور عبد المهيم بكر ١٩٦٨م .

جرائم الاعتداء على الأشخاص-للدكتور حسنين إبراهيم عبيد - طبعة ثانية دار النهضة العربية

١٩٧٣م .

دروس في الجرائم المضرة بالمصلحة العامة وجرائم الأشخاص-للدكتور أحمد فتحى سرور

مكتبة جمعية الاقتصاد تحت رقم ٩٤٢٧ .

دروس فى قانون العقوبات-القسم الخاص - للدكتور محمود نجيب حسنى مكتبة النهضة المصرية ١٩٥٩م .

شرح قانون العقوبات الأهلى-القسم الخاص - لأحمد بك امين - مطبعة دار الكتب ١٣٤٣هـ - ١٩٢٤م ، طبعة ١٩٢٣م مطبعة الاعتماد .

شرح قانون العقوبات التكميلى-للدكتور رؤف عبيد - طبعة الثالثة ١٩٦٦م .

شرح قانون العقوبات فى جرائم الأموال-للدكتور محمد مصطفى القللى طبعة ثانية ١٩٤٥م - مكتبة جمعية الاقتصاد تحت رقم ١٤٣٧٤ . طبعة أولى ١٩٣٩م مطبعة فتح الله الياس بمصر .

شرح قانون العقوبات-القسم الخاص - للدكتور عمر السعيد رمضان - مطبعة دار النهضة العربية ١٩٦٤م - ١٩٦٥م .

شرح قانون العقوبات-القسم الخاص - للدكتور محمود محمود مصطفى - الطبعة الثانية سنة ١٩٥١م مطبعة دار نشر الثقافة .

شرح قانون العقوبات-القسم الخاص - للدكتور محمود مصطفى .

شرح قانون العقوبات-القسم الخاص - للدكتورة آمال عبد الرحيم عثمان - دار النهضة العربية ١٩٧٤م .

عقوبة الإعدام والسياسة البريطانية-تأليف جيمس كريستوف - ترجمة وتعليق حمدى حافظ - الدار القومية للطباعة والنشر ١٩٦٤م .

قانون العقوبات المصرى-القسم الخاص - للدكتور حسن أبو السعود سنة ١٩٥١ .

قانون العقوبات المصرى-القسم الخاص - للدكتور حسن محمد أبو السعود - الجزء الأول طبعة أولى ١٩٥٠م - ١٩٥١م مكتبة الاقتصاد تحت رقم ٦٢٨٦ .

القسم الخاص فى قانون العقوبات-للدكتور رمسيس بهنام طبعة أولى ١٩٥٨م - مكتبة جمعية الاقتصاد تحت رقم ٩٤٢٧ .

٣) الإجراءات الجنائية :

أصول الإجراءات الجنائية-للدكتور حسن صادق المرصفاوى طبعة ١٩٧٢م - منشأة المعارف بالإسكندرية .

جرائم التزيف والتزوير فى القانون المصرى-للدكتور رؤف عبيد - طبعة ثانية ١٩٥٤م .

شرح قانون الإجراءات الجنائية-للأستاذ عدلى عبد الباقي - الجزء الأول الطبعة الأولى ١٩٥١م المطبعة العالمية .

شرح قانون الإجراءات الجنائية-للأستاذ عدلى عبد الباقي - الجزء الأول الطبعة الأولى ١٩٥١م المطبعة العالمية .

- شرح قانون الإجراءات الجنائية-للدكتور محمود مصطفى مطبعة دار مطابع الشعب - الطبعة التاسعة ١٩٦٤م .
- شرح قانون الإجراءات الجنائية-للدكتور محمود مصطفى - الطبعة التاسعة ١٩٦٤م مطابع الشعب .
- شرح قانون الإجراءات الجنائية-للدكتور محمود مصطفى - الطبعة العاشرة ١٩٧٠م دار النهضة العربية .
- شرح قانون تحقيق الجنايات-لأحمد نشأت بك مطبعة مصر بالقاهرة ١٣٤٥هـ - ١٩٢٦م .
- قانون الإجراءات الجنائية معلقا عليه بالملزمة الإيضاحية وتقارير اللجان البرلمانية وأحكام محكمة النقض-للدكتور حسن صادق المرصفاوى - طبعة ١٩٥٥م دار نشر الثقافة الجامعية .
- القانون الجنائي إجراءاته فى التشريعين المصري والسوداني-للدكتور محمد محيي الدين عوض - الجزء الأول والجزء الثانى طبعة ١٩٦٤م المطبعة العالمية .
- مبادئ الإجراءات الجنائية فى القانون المصرى-للدكتور رؤف عبيد - طبعة سابعة ١٩٦٨م مطبعة نهضة مصر .
- المبادئ الأساسية للإجراءات الجنائية- للدكتور على زكى العربى - مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر ١٩٥١م - ١٩٥٢م .

سادسا : كتابات معاصرة فى الشريعة والقانون :

- الإسلام عقيدة وشريعة-للإمام الأكبر الشيخ محمد شلتوت - مطبعة الأزهر سنة ١٣٧٩هـ - ١٩٥٩م .
- أصول الحق-للأستاذ الدكتور محمد مختار القاضى .
- بين الشريعة الإسلامية والقانون الرومانى-للدكتور صوفى حسن أبو طالب - مكتبة نهضة مصر .
- تاريخ الشرائع-للأستاذ الدكتور محمد مختار القاضى .
- التشريع الإسلامى أهدافه واتجاهاته-للأستاذ محمد أنيس عياده .
- التشريع الجنائى الإسلامى - مقارنا بالقانون الوضعى-للأستاذ عبد القادر عوده الجزء الأول فى القسم العام ، الجزء الثانى فى القسم الخاص - الطبعة الأولى سنة ١٩٦٠م مكتبة دار العروبة بالقاهرة .
- التشريع الجنائى فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى-دكتور عبد الخالق النواوى - المكتبة العصرية - ببيروت .

- الجرائم فى الفقه الإسلامى-دراسة فقهية مقارنة للدكتور أحمد فتحى بهنسى . طبعة ثالثة ١٩٦٨م - مكتبة الوعى العربى .
- الجريمة والعقوبة-لفضيلة الأستاذ محمد أبو زهرة - طبع ونشر دار الفكر العربى بالقاهرة .
- الجنايات فى الفقه الإسلامى المقارن-للدكتور سليمان رمضان ١٩٧٢م .
- الجنايات فى الفقه الإسلامى-دراسة مقارنة للدكتور حسن الشاذلى - دار الطباعة المحمدية - الطبعة الأولى ١٣٩٠هـ - ١٩٧١م .
- الحدود فى الإسلام ومقارنتها بالقوانين الوضعية-للدكتور محمد أبو شهبة ١٩٧٤م الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية .
- الحسبة فى الإسلام-لفضيلة الأستاذ إبراهيم الدسوقي الشهاوى .
- دروس فى الجنايات فى الفقه الإسلامى-للدكتور إبراهيم عبد الحميد .
- الشرعية الإسلامية والقانون الدولى العام-للمستشار على على منصور - المجلس الأعلى للشئون الإسلامية سنة ١٣٩٠هـ - ١٩٧١م .
- طرق القضاء فى الشريعة الإسلامية ومقارنتها بالقوانين الوضعية-تأليف أحمد إبراهيم إبراهيم أستاذ الشريعة الإسلامية سنة ١٣٤٧ هـ .
- فقه الكتاب والسنة-الدكتور محمد عبد الحليم العشرى - طبعة ١٩٣٦م مطبعة السعادة .
- القصاص فى الشريعة الإسلامية وقانون العقوبات المصرى-لأحمد محمد إبراهيم سنة ١٣٦٣هـ - ١٩٤٤م مكتبة نهضة الشرق .
- القضاء فى الإسلام-للدكتور محمد سلام مذكور .
- الكفاح ضد الجريمة فى الإسلام-للمستشار محمد ماهر حسن النائب العام لجمهورية مصر العربية - طبع المجلس الأعلى للشئون الإسلامية ١٩٧٢م .
- مباحث فى فقه الكتاب والسنة -للدكتور محمد الخضراوى - ططبعة أولى ١٩٦٩م .
- المسئولية الجنائية فى الاعتداء على النفس وما دونها فى الفقه الشافعى-للدكتور محمد إبراهيم الخضراوى - مطبعة دار التأليف سنة ١٩٦٧م .
- مصادر التشريع الإسلامى فيما لا نص فيه-لأستاذ عبد الوهاب خلاف سنة ١٩٥٥م .
- من الفقه الجنائى الإسلامى المقارن-للدكتور عبد العزيز عامر ١٣٨٧هـ - ١٩٦٧م .
- من الفقه الجنائى المقارن بين الشريعة والقانون-للمستشار أحمد موافى - المجلس الأعلى للشئون الإسلامية ١٣٨٤هـ - ١٩٦٥م .
- النظريات العامة للمعاملات فى الشريعة الإسلامية-لأستاذ الدكتور أحمد فهمى أبو سنه مطبعة دار التأليف ١٣٧٨هـ - ١٩٦٧م .

سابعاً : المجموعات والرسائل والمجلات والمقالات :

- أحكام المرأة فى الإسلام-لأحمد إبراهيم بك - مجلة القانون والاقتصاد السنة السادسة .
- الإسلام كفيل بالسياسة العادلة-للدكتور عبد الحميد يوسف الفايش رسالة دكتوراه من كلية الشريعة .
- الاتهام الفردى أو حق الفرد فى الخصومة الجنائية-للدكتور عبد الوهاب العشماوى رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة طبع دار النشر للجامعات سنة ١٩٥٣م .
- انقضاء سلطة العقاب بالتقادم-للدكتور محمد عوض الأحول - رسالة دكتوراه من كلية الحقوق جامعة القاهرة .
- جرائم الموظفين العموميين ضد الإدارة العامة-للدكتور مامون محمد سلامه - مجلة القانون والاقتصاد ٦٩ .
- جريمة الزنا بين الشريعة والقانون-للدكتور محمد الحسينى سويدان رسالة دكتوراه من كلية الشريعة والقانون .
- جريمة الزنى فى القانون المصرى والمقارن-للدكتور أحمد حافظ نور رسالة دكتوراه ١٩٥٨م .
- حد الزنا على مذهب الإمام مالك-للدكتور يوسف محمود البرديسى . رسالة دكتوراه من كلية الشريعة والقانون .
- الحدود فى الشرائع-للدكتور فرج محمد السيد عمار رسالة دكتوراه من كلية الشريعة والقانون .
- الحدود فى الشريعة الإسلامية-لعبد الرحمن الجزيرى - مجلة الأزهر - المجلد التاسع .
- الحق فى سلامة الجسم-للدكتور محمود نجيب حسنى - مجلة القانون والاقتصاد العدد الثالث سبتمبر سنة ١٩٥٩م .
- الدعوى الجنائية فى الشريعة الإسلامية والقانون الجنائى الوضعى-للدكتور مبارك عبد العزيز النوبيت - رسالة دكتوراه من كلية الشريعة .
- فلسفة العقوبة-للدكتور فكرى أحمد عكاز رسالة دكتوراه من كلية الشريعة .
- القتل العمد فى الإسلام-للدكتور محمد جمال الدين عواد - رسالة دكتوراه من كلية الشريعة والقانون .
- القتل العمد وجزاءه فى الإسلام-للدكتور محمد مبروك يوسف - رسالة دكتوراه من كلية الشريعة والقانون .
- القصاص فى الشريعة الإسلامية-دراسة مقارنة بالقانون الجنائى الوضعى - للدكتور منصور أبو المعاطى - رسالة دكتوراه من كلية الشريعة .
- القصد الجنائى-للدكتور عبد المهيم بكر رسالة دكتوراه طبعة ١٩٥٩م .
- مجلة الأزهر .

- المجلة الجنائية القومية .
- مجلة الشرائع .
- مجلة العلوم القانونية والاقتصادية .
- مجلة القانون والاقتصاد .
- مجلة القضاء .
- مجلة المحاماه .
- مجلة الوقائع المصرية .
- مجلة لواء الإسلام .
- مجلة مصر المعاصرة .
- مجموعة أحكام النقض-الصادرة فى المواد الجنائية منذ سنة ١٩٤٨م السنة الأولى حتى السنة الثامنة عشر .
- مجموعة القواعد القانونية-التي أقرتها محكمة النقض والإبرام فى المواد الجنائية سنة ١٩٢٨م حتى ١٩٤٩م .
- مجموعة القواعد القانونية-التي قررتها محكمة النقض فى خمسة وعشرين عاما من أول إنشائها ١٩٣١م حتى ٣١ ديسمبر ١٩٥٥م الدائرة الجنائية بالمكتب الفنى لمحكمة النقض مطابع مذكور وأولاده بالقاهرة .
- مجموعة القواعد القانونية-لمجموعة أحمد عمر ج ٦ و ٧ مكتبة جمعية الاقتصاد .
- مجموعة المبادئ القانونية لمحكمة النقض-فى عشر سنوات من يناير ١٩٥٦م إلى يناير ١٩٦٦م معلقا عليها بأحكام محكمة النقض منذ إنشائها . إشراف أحمد سمير أبو شادى . دار الكتاب العربى للطباعة والنشر .
- مسئولية الأطباء والجراحين-مقالة للدكتور محمود مصطفى - مجلة القانون والاقتصاد عام ١٩٤٨م السنة ١٨ عدد ٢ ص ٢٧٩ و ٣٠٤ .
- مسئولية الأطباء-مقالة لفضيلة الشيخ محمد أبو زهرة - مجلة لواء الإسلام س ٢ ع ١٢ ص ٥١ - ٥٧ و ع ١١ .
- مسئولية الأطباء-مقالة للدكتور أحمد محمد إبراهيم - مجلة الأزهر المجلد العشرين ص ٤٦ والمجاد ١٩ .
- المسئولية الطبية فى قانون العقوبات-الدكتور محمد فائق الجوهري - رسالة دكتوراه من حقوق القاهرة دار الجوهري للطبع والنشر ١٩٥١م - مكتبة جمعية الاقتصاد تحت رقم ٦٢٨٠ .
- المساهمة الأصلية فى الجريمة-الدكتور فوزية عبد الستار على - رسالة دكتوراه سنة ١٩٦٧م من حقوق القاهرة .

النشرة التشريعية .

نظرية الجريمة المتعدية القصد-للدكتور جلال ثروت رسالة دكتوراه .

نظرية الدعوى بين الشريعة وقانون المرافعات المدنية والتجارية-للدكتور محمد نعيم عبد

السلام رسالة دكتوراه من كلية الشريعة والقانون .

النظرية العامة للتجريم-للدكتور أحمد خليفة رسالة دكتوراه ١٩٥٩ م .

الفهرس

الصفحة	الموضوع
١	إهداء
٢	المقدمة
١١	خطة البحث
١٢	الباب الأول " تمهيدى "
١٣	"الفصل الأول" تعريف الجريمة وبيان أركانها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي
١٤	"المبحث الأول" تعريف الجريمة وبيان أركانها في الفقه الجنائي الإسلامي
١٤	أولا : تعريف الجريمة في الفقه الجنائي الإسلامي
١٤	الجريمة والجناية
١٥	الجريمة والمعصية
١٥	ثانيا : أركان الجريمة في الفقه الجنائي الإسلامي
١٥	(١) الأركان العامة للجريمة
١٨	(٢) الأركان الخاصة للجريمة
١٩	المبحث الثاني " تعريف الجريمة وبيان أركانها في قانون العقوبات الوضعي
١٩	أولا : تعريف الجريمة في القانون الجنائي الوضعي
١٩	(١) في التشريع
٢٠	(٢) في الفقه
٢١	(٣) موقف الشراح في مصر
٢٢	ثانيا : أركان الجريمة في القانون الجنائي الوضعي
٢٢	(١) الأركان العامة للجريمة
٢٥	(٢) الأركان الخاصة للجريمة
٢٦	المبحث الثالث في الموازنة بين تعريف الجريمة وبيان أركانها في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي
٢٨	الفصل الثاني " تعريف العقوبة وبيان أنواعها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي
٢٩	البحث الأول " تعريف العقوبة وبيان أنواعها في الفقه الجنائي الإسلامي ...
٢٩	أولا : تعريف العقوبة في الفقه الجنائي الإسلامي

الموضوع	الصفحة
ثانيا : أنواع العقوبات في الفقه الجنائي الإسلامي	٣١
المبحث الثاني "تعريف العقوبة وبيان أنواعها في قانون العقوبات الوضعي	٣٤
أولا : تعريف العقوبة في قانون العقوبات الوضعي	٣٤
ثانيا : أنواع العقوبات في قانون العقوبات	٣٦
المبحث الثالث "في الموازنة بين تعريف العقوبة وبيان أنواعها في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي	٣٨
الفصل الثالث " تحديد المجني عليه في الفقه الجنائي الإسلامي وقانون العقوبات الوضعي	٤٠
المبحث الأول " تحديد المجني عليه في الفقه الجنائي الإسلامي	٤١
أولا : من يصلح أن يكون مجنيا عليه في الفقه الإسلامي	٤١
ثانيا : التحديد الدقيق للمجني عليه في الفقه الإسلامي	٤٥
المبحث الثاني " تحديد المجني عليه في قانون العقوبات الوضعي ..	٤٧
أولا : التحديد العام للمجني عليه في القانون الوضعي	٤٧
ثانيا : التحديد الدقيق للمجني عليه في القانون الوضعي	٥٠
ثالثا : التفرقة بين صفة المجني عليه وصفة المضرور في الجريمة ..	٥١
المبحث الثالث " في الموازنة بين تحديد المجني عليه في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي	٥٣
الفصل الرابع " المصالح التي يحميها الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ..	٥٥
المبحث الأول " المصالح التي يحميها الفقه الإسلامي والحماية الجنائية لها	٥٦
أولا : المصلحة المعتبرة في الفقه الإسلامي	٥٦
ثانيا : حماية الفقه الإسلامي لهذه المصالح	٥٩
المبحث الثاني " المصالح التي يحميها قانون العقوبات والحماية الجنائية لها	٦٢
أولا : المصالح القانونية	٦٢
ثانيا : الحماية الجنائية للمصلحة	٦٥
المبحث الثالث " في الموازنة بين حماية كل من الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي للمصلحة	٧١
الفصل الخامس " تقسيم الفقه الإسلامي والقانون الوضعي	٧٥
المبحث الأول " تقسيم الحقوق في الفقه الجنائي الإسلامي	٧٦

الصفحة	الموضوع
٨١	المبحث الثاني " تقسيم الحقوق في القانون الجنائي الوضعي
٨٢	المبحث الثالث " في الموازنة بين تقسيم الحقوق في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي
٨٤	الباب الثاني " رضاء المجني عليه كسبب للإباحة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي
٨٦	الفصل الأول " رضاء المجني عليه كسبب للإباحة في الفقه الجنائي الإسلامي نطاق هذا البحث
٨٧	المبحث الأول " أسباب الإباحة في الفقه الإسلامي
٨٧	أولا : ماهيتها . علة الإباحة ، نطاقها ، تقسيمها
٨٩	ثانيا : استعمال الحق
٩١	ثالثا : التطبيق
٩٢	رابعا : ألعاب الفروسية
٩٤	المبحث الثاني " حق الفرد وحق الجماعة في الجرائم المختلفة ...
٩٤	أولا : الجرائم الواقعة على الجماعة والواقعة على الأفراد
٩٤	ثانيا : حق الفرد في جرائم الحدود
٩٩	ثالثا : حق الفرد في جرائم القصاص والديه
١٠٢	رابعا : حق الفرد في جرائم التعازير
١٠٧	المبحث الثالث " الإذن بالقتل والإذن بالجرح وآراء الفقهاء في ذلك
١٠٧	أولا : الإذن بالقتل
١١٠	ثانيا الإذن بالجرح
١١٣	ثالثا : الانتحار
١١٤	رابعا : إصابة الشخص نفسه
١١٥	خامسا : المبارزة
١١٨	المبحث الرابع " الرضا لا يبيح الجريمة في الفقه الإسلامي ..
١٢٢	الفصل الثاني " رضاء المجني عليه كسبب للإباحة في قانون العقوبات الوضعي
١٢٣	صور رضاء المجني عليه بالجريمة
١٢٤	الأهمية القانونية لرضاء المجني عليه ونطاقها

الموضوع	الصفحة
المبحث الأول " أسباب الإباحة في قانون العقوبات الوضعي ...	١٢٦
أولا : ماهيتها والفرق بينها وبين كل من موانع المسؤولية وموانع العقاب	١٢٦
ثانيا : استعمال الحق	١٣٢
(١) تعريفه وشروطه	١٣٢
(٢) أهم تطبيقات استعمال الحق	١٣٥
أ : حق مباشرة الأعمال الطبية	١٣٥
ب : حق ممارسة الألعاب الرياضية	١٣٧
المبحث الثاني "مدى اعتبار رضا المجني عليه سبب إباحة في القانون الوضعي	١٣٩
أولا : موقف التشريعات الوضعية المختلفة من الرضا كسبب للإباحة...	١٣٩
ثانيا : موقف القانون والشرح في مصر	١٤٥
(١) موضع رضا المجني عليه من أسباب الإباحة	١٤٥
(٢) تحديد الجرائم التي يعد الرضا سببا لإباحتها	١٤٧
(٣) شروط صحة رضا المجني عليه كسبب من أسباب الإباحة...	١٥٤
الفصل الثالث " في الموازنة بين رضا المجني عليه كسبب للإباحة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي	١٥٦
أولا : الآراء في التشريعات الجنائية الوضعية ومناقشتها	١٥٧
ثانيا : الرأي في الفقه الإسلامي ومناقشته	١٦٦
ثالثا : الترجيح	١٧٢
الباب الثالث " أثر رضا المجني عليه على وجود الجريمة والمسئولية الجنائية في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي	١٧٧
الفصل الأول " أثر رضا المجني عليه على وجود الجريمة والمسئولية الجنائية في الفقه الإسلامي	١٧٨
الفصل الثاني " أثر رضا المجني عليه على وجود الجريمة والمسئولية الجنائية في قانون العقوبات الوضعي	١٨٥
القاعدة العامة في ذلك	١٨٨
الاستثناءات العامة في ذلك	١٩١
الجرائم التي يكون أساسها عدم الرضا	١٩١

الموضوع	الصفحة
الفصل الثالث " في الموازنة بين أثر رضاء المجني عليه على وجود الجريمة والمسئولية الجنائية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي	١٩٩
الباب الرابع : أثر رضاء المجني عليه في الدعوى الجنائية والخصومة الناشئة عنها في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي ...	٢٠٨
الفصل الأول " أثر رضاء المجني عليه في الدعوى الجنائية والخصومة الناشئة عنها في الفقه الإسلامي	٢٠٩
المبحث الأول " ولاية القضاء	٢١١
(١) شروط القاضي وانعقاد الولاية له	٢١١
(٢) اختصاصات القاضي وأحكام التقليد	٢١٣
(٣) الطعن والنقض في الأحكام والعدول عنها	٢١٥
المبحث الثاني " ولاية المظالم	٢١٧
(١) خصائص وإلى المظالم	٢١٧
(٢) ديوان المظالم وعناصر تكوينه واختصاصاته	٢١٧
(٣) اختصاصات ديوان المظالم	٢١٨
(٤) أوجه التفرقة بين ولاية المظالم وولاية القضاء	٢٢٠
المبحث الثالث " ولاية الحسبة	٢٢٢
أولا : تعريف الحسبة وأساسها وشروط المحتسب	٢٢٢
ثانيا : وظيفة المحتسب واختصاصاته	٢٢٤
ثالثا : دور الفرد في دعوى الحسبة والفروق بينه وبين المحتسب ...	٢٢٩
رابعا : موازنة بين اختصاصات كل من المحتسب والقاضي	٢٣٠
خامسا : أوجه الاتفاق والاختلاف بين الحسبة والمظالم	٢٣١
المبحث الرابع " طبيعة الدعوى في الفقه الإسلامي	٢٣٣
أولا تعريف الدعوى	٢٣٣
١- في اللغة	٢٣٣
٢- في اصطلاح الفقهاء	٢٣٤
٣- تعريف الدعوى الجنائية	٢٣٧
ثانيا : أهمية الدعوى الجنائية	٢٣٨
ثالثا : طبيعة الدعوى الجنائية وشروطها	٢٤٠

الموضوع	الصفحة
المبحث الخامس " أثر الرضا في الدعوى عن حق الله الخالص ...	٢٤٤
أولا : طبيعة هذه الدعوى	٢٤٤
ثانيا : هل للرضا أثر في تحريك هذه الدعوى ومباشرتها	٢٤٦
ثالثا : أثر التنازل أو العفو في هذه الدعوى	٢٤٨
المبحث السادس " أثر الرضا في دعوى القذف	٢٥١
أولا : طبيعة الدعوى عن الجرائم التي للعبد فيها حق	٢٥١
ثانيا : طبيعة دعوى القذف	٢٥٢
ثالثا : لمن الحق في حد القذف ؟	٢٥٦
رابعا : توقف تحريك دعوى القذف ومباشرتها على رضا المجني عليه ومخاصمته	٢٥٨
خامسا : أثر رضا المجني عليه في التنازل عن دعوى القذف	٢٦٠
المبحث السابع " أثر رضا المجني عليه في دعوى السرقة	٢٦٢
أولا : طبيعة دعوى السرقة	٢٦٢
ثانيا : أثر رضا المجني عليه في تحريك دعوى السرقة ومباشرتها ...	٢٦٣
ثالثا : العفو عن الحد وإسقاطه وأثر ذلك في دعوى السرقة	٢٦٥
رابعا : السرقة بين الأقارب والزوجين	٢٦٨
المبحث الثامن " أثر رضا المجني عليه في دعوى طلب القصاص ..	٢٧٢
أولا : طبيعة دعوى القصاص	٢٧١
ثانيا : توقف تحريك دعوى القصاص على رضا المجني عليه وإذنه ..	٢٧٤
ثالثا : العفو والصلح وأثرهما في الدعوى	٢٧٧
الفصل الثاني " أثر رضا المجني عليه في الدعوى الجنائية والخصومة الناشئة عنها في القانون الوضعي	٢٧٩
المبحث الأول " الدعوى الجنائية وصاحب الحق في تحريكها ومباشرتها ..	٢٨٠
أولا : تعريف الدعوى الجنائية وتمييزها عن غيرها ...	٢٨٠
ثانيا : اختلاف الحق في الدعوى الجنائية باختلاف طبيعتها والنظر إليها من تشريع لآخر	٢٨٣
ثالثا : عمومية الدعوى الجنائية وقصر حق تحريكها ومباشرتها على النيابة العامة	٢٨٤

الموضوع	الصفحة
رابعا : النيابة العامة لا تمثل الفرد المجني عليه في مباشرة الدعوى ...	٢٨٦
خامسا : مدى انفراد النيابة بسلطة الاتهام والقيود الواردة عليها	٢٨٩
المبحث الثاني " مدى حق المجني عليه وأثر رضائه في تحريك الدعوى الجنائية	٢٩٣
أولا : دور رضاء المجني عليه وحقه في الاتهام وفقا للتشريع المصري القديم	٢٩٣
ثانيا : تطور دور رضاء المجني عليه وحقه في الاتهام في ظل نظم الاتهام المختلفة	٢٩٧
ثالثا : نطاق أثر رضاء المجني عليه في تحريك الدعوى الجنائية ومباشرتها	٢٩٩
١- حق المجني عليه في تحريك الدعوى الجنائية عن طريق الادعاء المباشر	٣٠٠
٢- نظام التظلم	٣٠٥
المبحث الثالث " توقف تحريك الدعوى الجنائية على رضاء المجني عليه وإذنه	٣١٠
أولا : أساس هذا النظام وتطوره	٣١١
ثانيا : تعداد الجرائم التي يتوقف تحريك الدعوى فيها على شكوى المجني عليه	٣١٢
ثالثا : قواعد الشكوى	٣٢٥
١- قواعد تقديم الشكوى وآثارها	٣٢٥
٢- قواعد التنازل عن الشكوى وآثارها	٣٣٠
الفصل الثالث " موازنة بين أثر رضاء المجني عليه في الدعوى الجنائية والخصومة الناشئة عنها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي	٣٣٦
أولا : من ناحية نطاق حق المجني عليه في تحريك الدعوى الجنائية ومباشرتها بصفة عامة	٣٣٧
ثانيا : بالنسبة لأثر رضاء المجني عليه في الدعاوى المختلفة	٣٤٦
الباب الخامس " أثر رضاء المجني عليه في العقوبة في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي	٣٥٨

الموضوع	الصفحة
الفصل الأول : أثر رضا المجني عليه في العقوبة في الفقه الإسلامي	٣٥٩
المبحث الأول " أثر رضا المجني عليه السابق والمعاصر للجريمة في العقوبة	٣٦٠
المبحث الثاني " أثر رضا المجني عليه اللاحق بالجريمة في العقوبة أو مدى توقف تنفيذ العقوبة أو إسقاطها على رضا المجني عليه	٣٦٣
أولا : الصلح	٣٦٤
ثانيا : العفو وأثره في العقوبات المختلفة	٣٦٧
١- لا أثر للعفو في الحدود	٣٦٧
٢- نطاق العفو وأثره في التعازير	٣٦٩
المبحث الثالث " العفو وأثره في عقوبات القصاص والديه	٣٧١
أولا : حكم العفو ودليل مشروعيته وشروطه	٣٧٢
ثانيا : من يملك حق العفو وحكم عفو ولي الدم قبل موت المجني عليه المجروح أو قبل بلوغه	٣٧٤
١- من يملك حق العفو	٣٧٤
٢- حكم عفو ولي الدم قبل موت المجروح	٣٧٦
٣- عفو ولي الصغير	٣٧٧
ثالثا : متى يكون للسلطان حق العفو ؟	٣٧٨
رابعا : عفو المجني عليه	٣٧٨
١- عفو المجني عليه	٣٧٨
٢- حكم الرجوع في العفو	٣٨٠
الفصل الثاني " أثر رضا المجني عليه في العقوبة في قانون العقوبات الوضعي	٣٨٢
المبحث الأول " موقف التشريع الجنائي في مصر	٣٨٤
أولا : الرضا ونظام العفو في القانون	٣٨٤
١- الرضا والعفو عن العقوبة أو " العفو الخاص "	٣٨٥
٢- الرضا والعفو عن الجريمة أو " العفو الشامل "	٣٨٨
ثانيا الرضا وأسباب تخفيف العقاب	٣٩٠
١- الرضا والأعذار القانونية المعفية من العقاب أو " موانع العقاب " ..	٣٩٠

الموضوع	الصفحة
٢- الرضا والأعذار المخففة من العقاب	٣٩٣
٣- الرضا والظروف القضائية المخففة للعقوبة	٣٩٤
المبحث الثاني " رأى الفقه والقضاء المصريين في أثر الرضا في العقوبة والقاعدة العامة في ذلك والاستثناءات الواردة عليه	٣٩٦
أولا : رأى الفقه والقضاء في أثر الرضا في العقوبة	٣٩٦
ثانيا : القاعدة العامة في ذلك	٤٠٠
ثالثا : الإستثناءات على هذه القاعدة أو نطاق أثر الرضا في العقوبة ..	٤٠١
الفصل الثالث " موازنة بين أثر رضا المجني عليه في العقوبة في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي	٤٠٥
الباب السادس " تطبيقات عملية	٤١٣
الفصل الأول " تطبيق أثر الرضا على جرائم الاعتداء على حق الحياة في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي	٤١٤
المبحث الأول " الرضا بالقتل	٤١٦
أولا : في القانون الجنائي الوضعي	٤١٦
١- الرضا والقتل العمد	٤١٦
٢- الرضا والقتل بسبب الشفقة على المجني عليه	٤١٩
ثانيا : في الفقه الجنائي الإسلامي	٤٢١
ثالثا : في الموازنة بين الشريعة والقانون	٤٢٥
المبحث الثاني " الرضا وقتل الإنسان نفسه " الانتحار "	٤٢٧
أولا : في القانون الوضعي	٤٢٧
ثانيا : في الفقه الإسلامي	٤٣٠
ثالثا : في الموازنة بين الشريعة والقانون	٤٣٢
المبحث الثالث " الرضا والقتل بالمبارزة	٤٣٤
أولا : في القانون الوضعي	٤٣٤
ثانيا : في الفقه الإسلامي	٤٣٦
ثالثا : في الموازنة بين الشريعة والقانون	٤٣٨
الفصل الثاني " تطبيق أثر الرضا على جرائم الاعتداء على الحق في سلامة الجسم	٤٣٩

الموضوع	الصفحة
المبحث الأول " الرضا وأفعال الاعتداء على سلامة الجسم	٤٤٠
أولا : في القانون الوضعي	٤٤٠
ثانيا : في الفقه الإسلامي	٤٤٢
ثالثا : في الموازنة بين الشريعة والقانون	٤٤٥
المبحث الثاني " الرضا وإصابة الشخص نفسه	٤٤٦
أولا : في القانون الوضعي	٤٤٦
ثانيا : في الفقه الإسلامي	٤٤٧
ثالثا : في الموازنة بين الشريعة والقانون	٤٤٧
المبحث الثالث " الرضا وأعمال التطبيب والجراحة	٤٤٩
أولا : في القانون الوضعي	٤٤٩
ثانيا في الفقه الإسلامي	٤٥٤
ثالثا : في الموازنة بين الشريعة والقانون	٤٥٧
المبحث الرابع " الرضا والإصابات الناشئة عن الألعاب الرياضية	٤٥٩
أولا : في القانون الوضعي	٤٥٩
ثانيا : في الفقه الإسلامي	٤٦٢
ثالثا : في الموازنة بين الشريعة والقانون	٤٦٤
المبحث الخامس " الرضا وإسقاط الحمل	٤٦٦
أولا : في القانون	٤٦٦
ثانيا : في الفقه الإسلامي	٤٦٩
ثالثا : في الموازنة بين الشريعة والقانون	٤٧١
الفصل الثالث " تطبيق أثر الرضا على جرائم العرض والشرف والحريّة والمال في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي	٤٧٢
المبحث الأول " أثر رضاء المجني عليه في جرائم الزنا في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي	٤٧٣
أولا : أثر الرضا في جريمة الزنا في الفقه الإسلامي	٤٧٣
ثانيا : أثر الرضا في جرائم الزنا في القانون الوضعي	٤٧٨
١- زنا الزوجة	٤٧٨
٢- زنا الزوج	٤٨٣

الموضوع	الصفحة
٣- اغتصاب الإنث ٤٨٤	٤٨٤
٤- هتك العرض بالقوة أو بالتهديد ٤٨٥	٤٨٥
٥- الفعل الفاضح غير العلني في حضور امرأة ٤٨٦	٤٨٦
ثالثا: الموازنة بين أثر الرضا في جرائم الزنا في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ٤٨٧	٤٨٧
المبحث الثاني " أثر الرضا في جرائم القذف والسب في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ٤٩٠	٤٩٠
أولا : أثر الرضا في القذف والسب في الفقه الإسلامي ٤٩٠	٤٩٠
١- القذف والقاعدة فيه والدليل عليه ٤٩٠	٤٩٠
٢- اشتراط خصومة المجني عليه ٤٩١	٤٩١
٣- مدى حق صاحب الدعوى في التنازل عنها والنعفو عن القذف ٤٩٢	٤٩٢
ثانيا : أثر الرضا في جرائم القذف والسب في القانون الوضعي ٤٩٤	٤٩٤
١- جريمة القذف ٤٩٤	٤٩٤
٢- جريمة السب ٤٩٥	٤٩٥
ثالثا : الموازنة بين أثر الرضا في القذف والسب في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ٤٩٧	٤٩٧
المبحث الثالث " تطبيق أثر رضا المجني عليه في جرائم الاعتداء على الحرية الشخصية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ٤٩٩	٤٩٩
أولا : تطبيق أثر الرضا على جرائم الاعتداء على الحرية الشخصية في الفقه الإسلامي ٤٩٩	٤٩٩
ثانيا : تطبيق أثر الرضا على جرائم الاعتداء على الحرية الشخصية في القانون الوضعي ٥٠٠	٥٠٠
١- القيص والتفتيش والحبس بغير وجه حق ٥٠٠	٥٠٠
٢- انتهاك حرمة المساكن ٥٠٢	٥٠٢
٣- إفشاء الأسرار ٥٠٢	٥٠٢
ثالثا : الموازنة بين أثر الرضا في جرائم الاعتداء على الحرية الشخصية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ٥٠٤	٥٠٤
المبحث الرابع " تطبيق أثر الرضا على جرائم الاعتداء على المال في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ٥٠٦	٥٠٦

الموضوع	الصفحة
أولا : تطبيق أثر الرضا على جرائم الاعتداء على المال في الفقه الإسلامي	٥٠٦
١- إتلاف الأموال وقتل الحيوانات بفعل المالك أو رضائه	٥٠٦
٢- أثر الرضا في السرقة	٥٠٧
٣- أثر الرضا في السرقة بين الأقارب والزوجين	٥٠٨
ثانيا : تطبيق أثر الرضا على جرائم الاعتداء على المال في القانون الوضعي	٥١٠
١- إتلاف الأموال وقتل الحيوانات بفعل المالك أو رضائه	٥١٠
٢- أثر الرضا في السرقة	٥١٢
٣- السرقة بين الأزواج والأصول والفروع	٥١٤
ثالثا : الموازنة بين أثر الرضا على جرائم الاعتداء على المال في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي	٥١٧
الخاتمة	٥١٩
المراجع	٥٥٢

تمت بحمد الله ﷻ

النباسل